

Studi in onore di Lucio Monaco

a cura di

Alessandro Bondi, Giovanni Fiandaca, George P. Fletcher,
Gabriele Marra, Alfonso M. Stile, Claus Roxin, Klaus Volk

[u]rbino
[u]niversity
[p]ress

2020

Urbino University Press 2020

Illustrazione di Luciano Bacchiocchi

**Carattere tipografico interni
Noto Sans e Serif, Google Font, 2013
Noto Mono, Google Font, 2019**

ISBN 9788831205054

INDICE

| | |
|--|--------|
| La festa di un Maestro, la festa di una Comunità Alessandro Bondi | p. 11 |
| PARTE PRIMA | p. 13 |
| Il fatto, la legge e le nozioni dell'organizzazione nella teoria della responsabilità Salvatore Aleo | p. 15 |
| L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza <i>Contrada</i> Giuseppe Amarelli | p. 31 |
| <i>Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario</i> Silvina Bacigalupo | p. 49 |
| Violenza sessuale in famiglia e diritto vivente Giuliano Balbi | p. 69 |
| La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Studio per un affresco Roberto Bartoli | p. 83 |
| Postcodificazione. Giudizi e pregiudizi sulla necessità di un Codice penale Alessandro Bondi..... | p. 103 |
| Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario Stefano Canestrari..... | p. 127 |
| Verso un diritto penale 'inumano' Mario Caterini | p. 147 |
| Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie | |

| | |
|--|--------|
| e recenti riforme | |
| Antonio Cavaliere..... | p. 169 |
| La storia (e i protagonisti) di una giurisprudenza creativa. Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice | |
| Giovanni Cocco..... | p. 189 |
| Punibilità di organizzazione? Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'Ente colpevole | |
| Federico Consulich | p. 225 |
| Il torpore del 'buon senso' genera incubi. A proposito della prescrizione del reato | |
| Giovannangelo De Francesco | p. 249 |
| Particolare tenuità del fatto e responsabilità da reato negli enti collettivi | |
| Giancarlo de Vero | p. 261 |
| Tutela penale della sicurezza sul lavoro, linee guida e 'buone prassi'. Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 C.P. in materia di infortuni sul lavoro | |
| Alberto De Vita | p. 281 |
| Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso» (Case, Kasus) | |
| Alberto di Martino | p. 303 |
| L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello 'scopo' | |
| Emilio Dolcini | p. 321 |
| Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato | |
| Massimo Donini | p. 335 |
| Nodi problematici del diritto penale di 'scopo', tra ieri e oggi | |
| Giovanni Fiandaca | p. 371 |
| Prassi e sistema. Una introduzione | |
| Stefano Fiore | p. 399 |
| La saga di Oeyuke | |
| George P. Fletcher | p. 417 |

| | |
|---|--------|
| “Non avrai altro creditore all’infuori di me!”. Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA | |
| Giovanni Flora | p. 425 |
| I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea | |
| Luigi Foffani | p. 441 |
| Aspettando i barbari (un piccolo esercizio di <i>Law and Literature</i>) | |
| Gabriele Fornasari | p. 453 |
| Illiceità securitaria e criminalizzazione della <i>sine cura</i>: il penale dell’allarme sociale oltre la ragione punitiva | |
| Francesco Forzati | p. 469 |
| Il carcere e l’idea dello scopo | |
| Gianluca Gentile | p. 491 |
| Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia | |
| Fausto Giunta | p. 517 |
| Rechtfertigung und Schuld als Beurteilungsebenen für die Triage im Angesicht der Coronapandemie | |
| Christian Jäger | p. 537 |
| Rewriting Human Rights: Lyotard and the Other’s Rights | |
| Peter Langfor | p. 559 |
| Irragionevolezza della sanzione penale e crisi dei modelli economici: l’abuso del diritto penale come antidoto ai problemi sociali | |
| Elio Lo Monte | p. 587 |
| Pene accessorie e delitti contro la Pubblica Amministrazione | |
| Carlo Longobardo | p. 607 |
| A proposito del concetto penalistico di libertà umana tra neuroscienze e naturalismo filosofico | |
| Maria Beatrice Magro | p. 623 |
| Legge e interpretazione nel ‘sistema’ di <i>Dei delitti e delle pene</i> | |
| Vincenzo Maiello | p. 647 |

L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia

Vittorio Manes p. 677

**Esiste un diritto a morire?
Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca: l'influenza delle diverse "concezioni del mondo"**

Adelmo Manna p. 701

La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti europee

Anna Maria Maugeri p. 729

Ancora sul 'diritto penale minimo' (nell'epoca del diritto penale 'massimo' e 'totale').

Nicola Mazzacuva p. 757

Quel che resta di «Mafia capitale»

Enrico Mezzetti p. 771

Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette

Sergio Moccia p. 789

Sicurezza del lavoro e diritto penale alla prova del COVID-19

Vincenzo Mongillo p. 801

La tipicità e l'antigiuridicità nella riprogettazione del Codice Penale

Francesco Palazzo p. 825

Reato e pena: Giovanni Carmignani critico dell'utilitarismo di Beccaria

Mauro Ronco..... p. 835

Zur Abwehr von Schweigegelderpressungen

Claus Roxin p. 853

Alle sprechen vom Klimaschutz – nur nicht die Strafrechtswissenschaft!?

Helmut Satzger p. 865

| | |
|---|---------|
| Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale | |
| Francesco Schiaffo | p. 885 |
| Una «cambiale in bianco alla politica criminale di 'scopo'»? | |
| Il finanziamento 'autonomo' del terrorismo 'alla luce dei principi' | |
| Nicola Selvaggi | p. 901 |
| La riforma del traffico di influenze illecite | |
| Pietro Semeraro | p. 923 |
| Amministratori non esecutivi, sindaci e omesso impedimento del fatto altrui. Problemi irrisolti di teoria generale del reato | |
| Andrea Sereni | p. 937 |
| Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale 'inedito' tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica. | |
| Antonino Sessa | p. 959 |
| La Corte e il carcere. Un <i>podcast</i> sui limiti costituzionali allo <i>ius puniendi</i> | |
| Francesco Viganò | p. 979 |
| Corona und das deutsche Strafverfahren | |
| Klaus Volk | p. 993 |
| PARTE SECONDA | p. 999 |
| Il metodo Monaco | |
| Alessandro Bondi | p. 1001 |
| Lieve o non lieve è questa colpa? | |
| La riforma Gelli-Bianco alla lente delle Sezioni Unite. | |
| Cecilia Ascani | p. 1007 |
| Brevi considerazioni sui reati di pericolo | |
| Giuseppe Basile | p. 1017 |
| Gli effetti della "euforia preventiva" alla luce della riflessione sull'idea di 'scopo' | |

Chiara Bigotti p. 1029

Confisca allargata e reati tributari nel prisma dell'idea di scopo

Luca Della Ragione p. 1055

Ricordo di un'allieva

Monica Garulli p. 1073

The UN Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition - Implementation Challenges and Responses

Simonetta Grassi p. 1075

Il peculato nel prisma del principio di offensività: appropriazione su beni di irrilevante valore

Alessio Infantino p. 1099

Problemi attuali in tema di qualifiche pubblicistiche nel diritto penale

Massimiliano Masucci p. 1109

Il diritto dei magistrati di partecipare alla politica attiva e i suoi limiti

Piergiorgio Morosini p. 1119

Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione

Daniele Piva p. 1139

Libera autodeterminazione su fine vita e punibilità del suicidio assistito. Alla ricerca di un delicato equilibrio

Fabio Antonio Siena..... p. 1147

Il 'daspo': una misura costituzionalmente problematica. Osservazioni sul «divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento» [(art. 11 co. 1 lett. b) d.l. n. 130/2020].

Mariangela Telesca p. 1159

Die Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan - Der Internationale Strafgerichtshof im Ringen um Recht und Politisierung

Nicolai von Maltitz p. 1169

GLI AUTORI p. 1183



LA FESTA DI UN MAESTRO, LA FESTA DI UNA COMUNITÀ

Alessandro Bondi

Introdurre un'opera curata da tanti Maestri è un onore; scrivere per un Maestro è un privilegio; scrivere per il proprio Maestro è un'emozione. Unica.

La festa di un Maestro è la festa di una comunità. Così si è inteso onorare il Professor *Lucio Monaco*. La generosa disponibilità dei curatori è prova che dietro la comunità accademica c'è un pensiero e un'amicizia che dà un senso a molti affanni. Ai Professori *Giovanni Fiandaca*, *George P. Fletcher*, *Gabriele Marra*, *Claus Roxin*, *Alfonso M. Stile*, *Klaus Volk* e a tutti i *Sessantatré* colleghi che hanno qui condiviso il loro pensiero: grazie.

Molte sono le costrizioni in quello spazio di libertà che il diritto s'illude di garantire. Il pensiero che accompagna questa libertà non poteva trovare troppi limiti nelle miserie editoriali. Dunque, non si sono dettati temi; non si è contabilizzata la lunghezza dei contributi; non si è imposta uniformità nelle partizioni e citazioni: frutto multiforme di diverse sensibilità scientifiche, culturali e nazionali. Una comunità accademica può dirsi unita nella diversità, grazie alla diversità.

Raccolti seguendo la dittatura dell'alfabeto, i contributi sono stati divisi in due *filosofiche* parti, dedicando uno spazio autonomo a discendenti e giovani studiosi. Un atto dovuto al loro impegno e un omaggio ai Maestri che danno un senso al fluire del pensiero, quando trova ansa nell'Accademia. In questa seconda parte, la mia misura si è distratta accennando al *Metodo* del festeggiato.

Non sono di rito i ringraziamenti alla Redazione. Colleghi e amici di lotta, contro un calendario che non ha sentito ragioni sul compleanno del Maestro che si onora.

Grazie al dottor *Sebastiano Miccoli*, anima della Urbino University Press, e al suo valente collaboratore, il dottor *Luca Catani*. Grazie al vignettista ormai ufficiale del nostro ateneo, il dottor *Luciano Bacchiocchi*. Grazie ai professori *Maria Luisa Biccari* e *Edoardo Rossi*, agli avvocati *Cecilia Ascani* e *Alessio Infantino*: colleghi che si sono prestati anche al ruolo di revisori, tentando di mantenere quell'uniformità di stile nella diversità cui si accennava.

Con la incosciente fiducia dell'indicativo, alla versione digitale di questi Studi ne seguirà una cartacea e – quando i tempi lo permetteranno – un Convegno urbinato su *Diritto penale, tra teoria e prassi*. Dopo tanta virtualità, festeggiare *in presenza* il Professor Monaco, e l'Accademia cui appartiene, sarà un modo vecchio quanto nuovo per onorare con gioia la funzione della nostra comunità.

Tanti, troppi regali non possono trovare parole acconce, solo augurarsi misura nell'illustrare il progetto editoriale e i suoi intendimenti.

PARTE PRIMA

Il Maestro apre la porta, ma tu devi entrare da solo

(proverbio cinese)

IL FATTO, LA LEGGE E LE NOZIONI DELL'ORGANIZZAZIONE NELLA TEORIA DELLA RESPONSABILITÀ

Salvatore Aleo

Ha costituito una conquista cruciale della cultura illuministica e un fondamento dello Stato di diritto l'affermazione dei principi di determinatezza e frammentarietà del fatto costitutivo della responsabilità penale e di tassatività della relativa previsione legislativa, dopo i lunghi secoli bui dell'Inquisizione. La centralità, essenzialità, del fatto nella definizione della responsabilità penale è sancita nell'art. 1 del nostro codice penale fascista e nell'art. 25 della nostra Costituzione repubblicana.

Ai principi di determinatezza e frammentarietà del fatto costitutivo della responsabilità penale ha corrisposto, nella giurisprudenza americana, l'affermazione della regola BARD (*Beyond Any Reasonable Doubt*) di accertamento processuale del fatto medesimo, recepita nei vari ordinamenti e sancita formalmente come «al di là di ogni ragionevole dubbio» nell'art. 533 c.p.p. per come riformato nel 2006.

L'essenzialità del fatto per costituire la responsabilità penale subisce una contraddizione, storicamente, nella determinazione della responsabilità penale per i reati politici, attualmente, in quella dei delitti associativi e nella repressione delle forme di criminalità organizzata. Secondo l'analisi di Ferrajoli,

Il fatto, in queste figure normative, sfuma nel percorso di vita o nella collocazione politica o ambientale dell'imputato, ed è come tale tanto poco verificabile dall'accusa quanto poco confutabile dalla difesa. E si configura tendenzialmente come un reato di *status*, più che come un reato di azione e di evento, identificabile, anziché con prove, con valutazioni riferite alla soggettività eversiva o sostanzialmente anti-giuridica del suo autore. Ne è risultato un modello di anti-giuridicità sostanziale anziché formale o convenzionale, che sollecita indagini sui rei anziché sui reati, e che corrisponde a una vecchia e mai spenta tentazione totalitaria: la concezione ontologica – etica o naturalistica – del reato come male *quia peccatum* e non solo *quia prohibitum*, e l'idea che si debba punire non per *quel che si è fatto* ma per *quel che si è*.¹

1 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, 859.

Corrisponde a un indirizzo consolidato della Corte suprema statunitense ritenere incompatibile con i principi costituzionali la nozione di responsabilità penale per la partecipazione ovvero appartenenza a una associazione od organizzazione criminale, per la genericità, indeterminatezza, di una simile nozione (*unclair*). Va aggiunto che nel sistema anglosassone la discrezionalità dell'azione penale, le prassi deflative e la giuria popolare inducono processi veloci con pochi imputati. In quel sistema sarebbe assolutamente impossibile il fenomeno del maxiprocesso.

Nel nostro sistema, l'esperienza dei processi, prima, antiterrorismo, e poi, soprattutto, antimafia ha indotto prassi investigative basate su teoremi e vicende processuali fondate su ipotesi e letture complottistiche dei fenomeni criminali e soprattutto degli ambiti circostanti e contigui a queste forme che attraversano gli ambienti sociali e istituzionali. Queste letture hanno riguardato i rapporti fra mafia e politica, fra politica, amministrazione e imprenditoria. Lo stesso è avvenuto con le indagini e i processi di Tangentopoli. Si è innescata una tendenza ad allargare l'incidenza e gli effetti dello strumento penale, pure giustificata dalle caratteristiche reali dell'illiceità, dall'ampiezza e diffusione di questa, pure sostenuta dal consenso popolare, sorretta tuttavia dalla valutazione, eccessiva ed errata, del diritto penale come adatto a risolvere i problemi sociali. Al contrario, l'eccesso penalistico e l'ipertrofia investigativa hanno alterato i rapporti sociali in modo che si può definire squilibrato e soprattutto arbitrario, non democratico. Tutte le valutazioni sono soggettive e opinabili, ma la forza significativa del diritto penale minimo, del diritto penale come assoluta *extrema ratio*, è sufficientemente e validamente legittimata dalla cultura occidentale.

Complessivamente, l'allargamento progressivo del ricorso allo strumento penale ha compromesso in modo consistente la determinatezza e frammentarietà della responsabilità penale e quindi la certezza del diritto penale e ha pure ridotto l'efficienza del sistema penale: che dovrebbe essere veloce e concentrato sui fatti di maggiore gravità, di rilevanza criminale.

La nozione di criminalità organizzata ha cominciato a essere usata in Italia intorno alla metà degli anni settanta del secolo passato, nel linguaggio comune e dei *mass media*, con riferimento ai fenomeni dei sequestri di persona e dei primi gruppi terroristici, nonché di diffusione

degli stupefacenti. Poi è stata recepita nel linguaggio dei giuristi. Non altrettanto, mi sembra di poter dire, è stata recepita la teoria dell'organizzazione, dalla importante dimensione culturale nel frattempo assunta in generale: nozione espressa per lo più dai penalisti nei termini essenzialmente delle formule normative delle figure delittuose associative.

Non è un'esagerazione affermare che quella dell'art. 416 bis c.p. sia una figura, una previsione, delittuosa priva di 'fattispecie': definitoria di una relazione del soggetto con la struttura (dei soggetti) dell'associazione e per tramite di questa con l'attività delittuosa realizzata nel contesto e a sua volta definitoria del carattere delittuoso dell'associazione. Questa figura è stata pure intesa come una ipotesi di semplificazione probatoria, rispetto alla comune associazione per delinquere; e ad essa sono pure collegate nozioni, come le misure patrimoniali, fondate su una dimensione puramente indiziaria; invece, la straordinaria rilevanza delle conseguenze che vi sono connesse richiede una proporzionale consistenza della prova e dell'argomentazione degli elementi di fatto costitutivi di questa forma di responsabilità, così come dei suoi corollari.

In generale la cultura penalistica definisce la partecipazione formalmente costitutiva della responsabilità dei delitti associativi con riferimento all'atto intellettuale dell'accordo, e assegna a queste figure delittuose una funzione di anticipazione, ovvero retrocessione, della soglia della responsabilità e quindi della risposta penale, in confronto a quella ordinaria dei delitti, giustificata dalla particolare pericolosità costituita dalla forma associativa, diretta alla realizzazione di un'attività delittuosa². Anche nella considerazione generale, con riferimento precipuo alla mafia, si tende a enfatizzare il dato e momento dell'affiliazione.

In effetti, la funzione così definita di anticipazione è contraddetta, in pratica, dal punto di vista processuale, dal fatto che sia l'associazione che l'appartenenza a questa del soggetto vengono dedotte *ex post* dall'attività delittuosa realizzata, dalla ricostruzione e dal collegamento di questa con un insieme di persone che ne è definito struttura organizzativa e dal collegamento con questa struttura della persona considerata;

2 Può essere ricordato, innanzitutto, il saggio di F. CARRARA, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in «EGI» (1884) 1. V. poi i due saggi di G. A. DE FRANCESCO, *Ratio di "garanzia" ed esigenze di "tutela" nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in «RIDPP» (1982), 888 ss. e *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in «RIDPP» (1992), 54 ss.

è contraddetta, in concreto, già dal punto di vista criminologico, dal fatto che l'associazione e la partecipazione del singolo nascono (emergono – e quindi vengono dimostrati) dalla stessa realizzazione di delitti e dalla relazione fra gli autori di questi, dall'attività delittuosa sia del gruppo che del singolo.

In linea di principio, l'adesione formale a un'associazione, che non fosse seguita da attività rilevanti sul piano delittuoso, sarebbe suscettibile del criterio generale di non punibilità della desistenza. Al contrario, l'attività realizzata in favore dell'associazione, corrispondente alle finalità di questa, è costitutiva della responsabilità penale a titolo associativo (sia di partecipazione che di concorso esterno), pure in mancanza del dato formale dell'adesione, del fatto formale dell'accordo, ovvero della prova di questo. Il contenuto della responsabilità penale a titolo associativo può essere definito nella effettività della relazione funzionale del soggetto, stabile (per la partecipazione e le figure qualificate di questa), ovvero anche con effetti di stabilità (per il concorso eventuale o esterno nel delitto associativo), con la struttura e attività dell'associazione. Relazione, che, difatti, è oggetto di ricostruzione *ex post* dalla sinergia delle varie condotte.

La funzione così definita, tradizionalmente, di anticipazione appare maggiormente concepibile, in concreto, con riferimento alle associazioni di carattere politico, relativamente, infatti, al loro contenuto ideologico, di propaganda e di proselitismo, per cui però appare proprio maggiormente discutibile la rilevanza penale, ovvero l'efficacia e la ragionevolezza della repressione penale. La dimensione criminale (anche) delle associazioni di carattere politico viene colta nei fatti nella realizzazione di delitti comuni (rivolta nelle intenzioni degli autori al perseguimento di finalità di carattere politico).

Le figure delittuose associative sono adatte, per la loro indeterminata almeno empirica, a svolgere una funzione di supplenza probatoria, rispetto alla maggiore difficoltà di prova delle responsabilità per i singoli concreti delitti comuni; ma questa è ritenuta contraria ai principi più elementari del diritto e del processo penale³.

³ Ha posto questi problemi S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, 1995.

La funzione peculiare delle figure delittuose associative può essere definita di *generalizzazione*: di definizione della responsabilità per la relazione personale con la struttura e quindi con l'attività dell'associazione, diretta alla realizzazione di attività delittuose, considerate in generale, in modo distinto e autonomo rispetto alle singole responsabilità di queste. Può essere definita altresì come funzione d'*interdizione*, concreta e dinamica, dell'esistenza e dell'attività dell'associazione, considerate nella loro dimensione sociale e storica concreta, nella fase stessa del loro svolgimento. Questa funzione è certamente peculiare rispetto alla funzione ordinaria del diritto penale, di prevenzione astratta e generale del tipo di fatto mediante la predefinizione e applicazione della pena. Di questa funzione, concreta e dinamica, sono strumentali, ed essenziali, le misure di premialità della dissociazione e collaborazione con la giustizia e quelle patrimoniali di sequestro e confisca dei beni, che accompagnano la storia dei delitti politici e associativi: queste misure tendono, infatti, a disarticolare la dimensione organizzativa negli aspetti che ne sono essenziali della solidarietà interpersonale e delle risorse materiali. Di questa funzione sono sinonimi le nozioni di *lotta* e di *contrasto*, della criminalità mafiosa e poi in generale della criminalità organizzata, che inizialmente sono state ritenute, largamente, difformi rispetto ai principi definiti generali del diritto e della funzione penale, dello Stato di diritto, e poi sono state ordinariamente adottate dal linguaggio dei penalisti e della stessa legislazione. Questa funzione, concreta e dinamica, presuppone nei fatti la consistenza, specificamente criminale, del fenomeno organizzativo: che costituisce un processo, una dinamica, secondo una lettura precipuamente sociologica.

La storia moderna della forma delittuosa dell'associazione per delinquere ha origine nella figura della *association de malfaiteurs*, concepita e formulata dopo la rivoluzione francese e nel codice penale napoleonico con riferimento alle bande armate e violente (degli *chauffeurs*) che aggredivano e depredavano i passanti, i passeggeri: definita come «associazione di malfattori, diretta contro le persone e le proprietà», configurata come crimine autonomo «contro la pace pubblica» (art. 265 cod. pen. napoleonico). Malfattori, in quanto soggetti dotati di storie criminali pregresse. Un'origine, che possiamo definire di tipo criminologico: come quella di molte altre figure delittuose associative, definite con riferimento diretto a fenomeni organizzativi di varia rilevanza crimi-

nosa; più di tutte, più evidentemente, la figura dell'associazione di tipo mafioso.

Nel successivo art. 266 del codice penale napoleonico troviamo già la nozione (e la dimensione) dell'organizzazione: «Questo crimine esiste col solo fatto dell'organizzazione delle bande o di corrispondenza fra esse ed i loro capi o comandanti, o di convenzioni tendenti a render conto, o a distribuire o dividere il prodotto dei misfatti».

Queste disposizioni del codice napoleonico sono state sostanzialmente riprodotte nel codice penale sardo, nel capo I «*Dell'associazione di malfattori*» del titolo «*Dei reati contro la pubblica tranquillità*».

La figura dell'associazione per commettere delitti comuni è stata poi oggetto di un processo di progressiva astrazione e generalizzazione, d'impronta spiccatamente tecnico-giuridica. Nel codice penale toscano del 1853 è stata prevista, fra le disposizioni comuni al titolo «*Dei delitti contro gli averi altrui*», la società di «tre o più persone [...] per commettere delitti di furto, di estorsione, di pirateria, di truffa, di baratteria marittima, o di frode, benchè non ne abbiano ancora determinata la specie, od incominciata l'esecuzione», punita col carcere da tre mesi a tre anni per «gl'instigatori e i direttori» e da un mese a un anno per «gli altri partecipanti» (art. 421). Nello stesso codice è comparso il titolo «*Dei delitti contro l'ordine pubblico*», comprendente i delitti «*contro la pubblica tranquillità*» e le «*associazioni illecite*»: «Qualunque associazione organizzata, ancorchè senza vincolo di segreto, è illecita, ognorachè si sia formata senza la permission del Governo, o non osservi le condizioni, dal medesimo imposte» (art. 207). Anche lì va rilevata la nozione di organizzazione.

Nel codice Zanardelli, nel titolo «*Dei delitti contro l'ordine pubblico*», il delitto divenuto di «*associazione per delinquere*» fu costituito da «cinque o più persone [che] si associano per commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l'incolumità pubblica, o il buon costume e l'ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà», punito «per il solo fatto dell'associazione» con pene consistenti (la reclusione da uno a cinque anni, da tre o otto anni per i promotori o capi, da tre a dieci anni per la scorreria e le armi, da cinque a quindici anni per i promotori o capi in tale precedente ipotesi, cui era «sempre

aggiunta la sottoposizione alla vigilanza speciale dell'Autorità di pubblica sicurezza») (art. 248). I delitti cosiddetti scopo erano tutti quelli indicati nei titoli del codice, nello stesso ordine, tranne quelli contro la sicurezza dello Stato, per i quali erano previste le figure associative precipue; tranne i delitti contro la pubblica amministrazione, per i quali verosimilmente quel legislatore non riteneva ipotizzabile, ovvero opportuna, la configurazione della forma delittuosa associativa; tranne gli stessi delitti contro l'ordine pubblico, ovviamente per evitare il circolo vizioso.

Il processo di astrazione e generalizzazione è giunto a compimento con la figura dell'associazione per delinquere dell'art. 416 del codice Rocco, di tre o più persone «allo scopo di commettere più delitti», con previsioni di pene assai simili a quelle del codice Zanardelli.

Il processo di astrazione e generalizzazione è avvenuto parallelamente nel titolo dei delitti contro la sicurezza dello Stato, con la previsione delle disposizioni generali e comuni a questi delitti: il *complot* del codice napoleonico fu tradotto *cospirazione* nell'edizione «pel Regno d'Italia» e così è rimasto nella nostra cultura; l'istigazione, il concerto, l'accordo, l'associazione, la banda armata, per commettere uno o più dei delitti ivi previsti.

Le figure dell'*attentat* e del *complot*, che nel codice napoleonico costituivano le forme secondo cui erano previsti i più gravi (singoli) crimini contro la sicurezza dello Stato, assunsero la dimensione autonoma e di carattere generale d'incriminazione dei fatti «contro l'autorità dello Stato» con l'ord. n. 60-529 del 4.6.1960. Nel nuovo codice penale francese, entrato in vigore il 1° marzo 1994, nel medesimo libro quarto, «*Des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique*», sono le previsioni «*De l'attentat et du complot*», rispettivamente negli artt. 412-1 e 412-2, e «*De la participation à une association de malfaiteurs*», negli artt. 450-1/3. In queste norme è sottolineata la necessità di una attività materiale, a corroborare la dimensione penalistica del complotto e dell'associazione: l'intesa stabilita... concretizzata da uno o più fatti materiali⁴.

Marcatamente sociologica, come si è detto, è la matrice della nostra figu-

⁴ Per l'analisi di queste figure può vedersi il mio volume *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, 1999, 2009.

ra di associazione di tipo mafioso.

Questa figura è stata definita come il risultato della evoluzione di fatto della comune associazione per delinquere⁵: presuppone, infatti, l'attività delittuosa dell'associazione, nonché le stesse carriere e dimensioni criminali dei singoli, con caratteristiche e diffusione tali, da aver determinato la situazione di condizionamento e controllo ambientali, di cui appunto gli associati («coloro che ne fanno parte») «si avvalgono». Per ciò che concerne la posizione dei singoli nell'associazione, tale definizione prescinde pure, nella pratica, dalla prova specifica dell'affiliazione. Proprio questa qui, in effetti, ha una rilevanza affatto peculiare, perché in concreto appare oltremodo difficile e quindi improbabile che chi sia affiliato si astenga dal contribuire alle attività dell'associazione.

L'altra nozione, categoria, usata per definire e argomentare la rilevanza penalistica dei singoli contributi, alla vita e all'attività dell'associazione delittuosa, è la causalità. Mentre, invece, la teoria dell'organizzazione equivale, culturalmente, in generale, alla consapevolezza dei limiti della causalità e al superamento di questo significato nella rappresentazione e spiegazione dei fenomeni complessi⁶.

Nei termini così sinteticamente indicati, la prova e l'argomentazione del contenuto (ovvero delle ragioni) della responsabilità penale personale a titolo associativo (quindi di elevata rilevanza criminale) hanno complessivamente fondamenti concreti deboli e ambigui. La 'prova' riguarda i fatti, e qui la nozione di responsabilità appare invece risultato della ri-costruzione di un complesso di fatti, di un insieme assai complesso di fatti, neppure tutti sempre singolarmente definiti: un insieme complesso di elementi di fatto, di indizi, di indicatori, legati insieme da ipotesi e congetture. Allora, dev'essere corposa l'argomentazione. E la coppia delle nozioni di accordo e causalità, come il complesso dei significati che ne sono ricompresi, appare straordinariamente insufficiente.

Non è difficile convenire, teoricamente, sul fatto che l'elevata rilevanza criminale non giustifichi l'abbassamento del coefficiente probatorio e

5 G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 1995, 2008.

6 Mi sono occupato di questi problemi, prima, nel volume *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, 2003, 2009, poi, nel volume *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pacini, 2020.

argomentativo della responsabilità penale. È difficile, invece, risolvere in pratica il problema così definito.

Una strada può essere quella indicata dalle riflessioni di Ferrajoli e soprattutto consolidata nella prassi giudiziaria e nella cultura anglosassone. Un diritto penale poco tecnico, gestito da giurie popolari, processi con pochi imputati, prove definite da prassi formalizzate, relative a fatti determinati. Mi permetto di aggiungere la discrezionalità dell'azione penale, come criterio generale di efficienza e ragionevolezza del sistema della giustizia. Una strada, la riflessione sulla quale è imposta dalla crisi reale e culturale attraversata dal primato della forma della legge e dalla centralità della forma del codice nei sistemi continentali, dalla crisi strutturale, soprattutto di efficienza, di questi sistemi giudiziari.

Una strada da approfondire, necessariamente, per la rilevanza della dimensione organizzativa di tutte le attività umane e la parallela, significativa, insufficienza della cultura giuridica e penalistica in questa specifica materia, è quella che riguarda la teoria dell'organizzazione e l'analisi funzionalistica: nel senso precipuo della rilevanza di nessi non propriamente causali, ovvero della intermediazione (delle nozioni) della struttura organizzativa nel rapporto fra la molteplicità degli *input* e la molteplicità degli *output* di una dinamica complessa, collettiva, organizzata, dotata di stabilità, che interseca variamente ambiti sociali e istituzionali.

Nella (analisi della) struttura organizzativa complessa, nella complessità dell'organizzazione, sbiadiscono, sfumano, le relazioni causali, tra ciascuno dei singoli comportamenti di ciascuno dei singoli soggetti e gli eventi prodotti; assumono rilevanza relazioni diverse: *funzionali*, che implicano il riferimento alla complessività della struttura organizzativa, della sua attività, e al suo contesto. La lettura dei fenomeni organizzativi non è possibile in termini eminentemente causali, ma in generale funzionali: di ogni elemento considerato in relazione con tutti gli altri, secondo la dinamica organizzativa, alla stregua di un determinato contesto.

Possiamo considerare la funzione, in tal senso sociologico, come nozione anche intermedia fra i significati di causa e di scopo: esprime un significato più debole di quello di causa, ma è espressione di un'analisi

molto più ricca di quella causale, multifattoriale e contestuale, in senso sia spaziale che temporale, quindi dinamica: l'epistemologia della complessità; è proiettata verso il futuro, riguarda il rapporto tra mezzi e fini, ma è nozione oggettiva, valutativa dal punto di vista del soggetto del giudizio; esprime una relazione di contemporaneità, tra grandezze, non una successione fra eventi⁷.

In tale quadro, in tale senso sociologico, possiamo definire l'organizzazione come l'insieme delle convenzioni di carattere generale, di coordinazione delle attività dirette alla realizzazione di determinate finalità, che tengono luogo degli accordi caso per caso. L'organizzazione è costituita da soggetti che scelgono: individui, «isole di potere cosciente»⁸; la teoria dell'organizzazione è, in fondo, analisi, rappresentazione, delle scelte. L'organizzazione è costituita dalla effettività delle relazioni funzionali: va tenuta appunto distinta dall'organigramma, ovvero la rappresentazione formale dei ruoli attribuiti nell'organizzazione. Convenzioni non sono solo gli accordi, ma anche la ripetizione, ricorsività, delle prassi: che a un certo punto diventano, sono diventate, nei fatti, normative.

Nella struttura del delitto associativo, la partecipazione o appartenenza è costituita dalla relazione funzionale stabile della persona con la struttura e attività dell'associazione, tale che le relative, corrispettive, prestazioni sono garantite in generale e oggetto di reciproche aspettative. Le garanzie generano aspettative e le aspettative corrispondono alle garanzie.

Il concorso eventuale o esterno nel delitto associativo è costituito dal contributo, anche singolo, con effetti di stabilità sulla struttura e attività dell'associazione, considerate in generale: contributo che, a differenza del precedente, deve essere concretamente di volta in volta negoziato;

⁷ Per la crisi ovvero l'insufficienza dell'analisi causale nella nostra cultura possono vedersi inizialmente N. LUHMANN, *Funzione e causalità* (1962) e *Metodo funzionale e teoria dei sistemi*, (1964), in R. SCHMIDT (Ed.), *Illuminismo sociologico* (1970), trad. it., il Saggiatore, 1983; L. VON BERTALANFFY, *Il sistema uomo. La psicologia nel mondo moderno* (1967), trad. it., ISEDI, 1971.

⁸ R. H. COASE, *La natura dell'impresa* (1937), trad. it., in M. GRILLO (Ed.), *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, 2006. Secondo questo A., premio Nobel per l'economia nel 1991, l'organizzazione equivale al trasferimento nella struttura dell'impresa delle transazioni tipiche del mercato, essenzialmente per la riduzione dei costi, ed è diversa dall'organismo, che «funziona da solo», perché costituita appunto da «isole di potere cosciente», soggetti liberi che scelgono. *Ivi*, 74-75 e 80.

perché il soggetto, appunto, non fa parte dell'associazione, ma il suo contributo è utile alla dimensione organizzativa ovvero alla struttura generale dell'associazione. Questo contributo può essere apprezzato (valutato e commisurato) nei termini generali della funzionalità, rispetto alla struttura e attività dell'associazione, considerate in generale e distintamente dai singoli delitti che qualificano in senso penalistico quell'attività.

La teoria dell'organizzazione, che contribuisce all'argomentazione, ovvero alla rappresentazione dei significati, in relazione alle condotte collettive, è analisi della (delle scelte in ordine alla) convenienza, del (al) guadagno, dei (ai) vantaggi; analisi del rapporto costi-benefici; probabilità di conseguimento del risultato, del maggior risultato, massimizzazione dei profitti, minimizzazione dei costi. Analisi assolutamente diversa da quella causale, volta alla determinazione (in termini di regolarità, quindi di necessità e sufficienza per la spiegazione) delle condizioni di produzione e riproduzione, eminentemente per evitarne il verificarsi: condizioni, cioè, la cui riproduzione può riprodurre il fenomeno, la cui inibizione può evitare il verificarsi del fenomeno. L'organizzazione è legata invece alla fantasia (alle scelte) di chi organizza, di chi fornisce il contributo, di chi lo riceve e lo riutilizza: che l'analisi deve ricostruire. Il problema così posto riguarda già i significati costitutivi del concorso di persone nel reato.

L'attraversamento scientifico di questa problematica evidenzia l'uso di nozioni poco determinate (la logica *fuzzy*), il superamento della stessa semplice alternativa vero/falso, come della logica binaria, l'uso di criteri di valutazione, in aggiunta e anche in luogo dei modelli di fatto (fatti-specie) descrittivi di condotte, il riferimento a nozioni prive di soglia semantica, di limite: appunto criteri di valutazione, di misura: in relazione a cui tutto è misurabile, l'infinitamente piccolo, come l'infinitamente grande. Questa logica non può essere deduttiva; la sussunzione dei fatti nelle norme è il risultato di procedimenti valutativi, orientati da criteri generalissimi, pochissimo condizionati da premesse formalizzate, istituzionalmente adottate e socialmente condivise.

In contesti sociali attraversati dalle formazioni associative definite illecite, tanto quelle eversive e terroristiche, quanto quelle mafiose, la demarcazione della rilevanza penale, rispetto alla irrilevanza, finisce in

concreto per essere ‘arbitraria’, ovvero frutto di opinione personale, di opportunità storica. Nella lunga linea di collegamento fra individui e pezzi di società, tra la sicura evidente illiceità e la sicura evidente liceità le possibilità concrete intermedie sono praticamente infinite; e questa deve riguardare, dal punto di vista penalistico, i ‘fatti’, non le collocazioni ambientali.

Per avere una immagine corposa di questo tipo di problema si pensi anche alla definizione della responsabilità personale dei crimini nazisti in confronto all’argomento che persone normali (anche banali, secondo l’immagine di Hannah Arendt⁹) avessero obbedito a ordini. Questione drammatica, in linea di principio, ragionevolmente, insolubile, a mio avviso.

Il problema così posto va considerato, però, generale e progressivo della nostra cultura. Le nozioni di dolo, colpa, causa, concorso, contributo, partecipazione sono, diventano, appaiono, vieppiù, tutte sostanzialmente prive di soglia. La nozione di garanzia è priva di soglia, anche per il deficit ordinario e progressivo della predefinizione legislativa rispetto alla complessità e concretezza dei problemi. È cambiata la nostra cultura: la consapevolezza della complessità dei fenomeni, delle scelte, dei giudizi. La cultura giuridica classica è formalistica in un senso più profondo che le regole sono scritte: si avvale di nozioni (qualitative, tipologie) predefinite in modo astratto e generale. Questo grande presupposto culturale è venuto meno complessivamente. Oggi adottiamo una logica tendenziale che richiede la validità, l’efficacia e la condivisione di criteri e metodi di valutazione, nonché di controllabilità empirica delle valutazioni.

Vale ricordare, e va posto a confronto con l’analisi della complessità, con l’idea che in questo modello non sono concepibili i limiti, che nel nuovo codice francese sono stati eliminati tutti i minimi edittali (anche l’ergastolo è previsto *jusqu’à perpétuité*) e parallelamente sono state eliminate le circostanze attenuanti. Nel nostro sistema il processo è avvenuto anche nella direzione opposta, cioè nel senso di dilatare gli spazi di discrezionalità giurisdizionale per la definizione della responsabilità e l’applicazione di misure afflittive.

9 H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme* (1963), trad. it., Feltrinelli, 1964, 2012.

A parte il merito di ogni singola tecnica (di cui di volta in volta si discute), deve essere fatto oggetto di necessaria indispensabile riflessione che in tal modo si modificano le condizioni dei rapporti strutturali dello Stato di diritto. L'assetto dello Stato di diritto subisce la pressione della complessità (delle attività umane, della società, della cultura) e della prassi. La magistratura ottiene un potere assolutamente ulteriore rispetto a tutte le possibilità di predeterminazione astratta e generale dei criteri e quindi di previsione delle soluzioni dei problemi, di controllo e quindi di condivisione delle condizioni logiche e sostanziali delle decisioni. Queste sono decisioni in concreto di opportunità, di volta in volta, soggette all'unica forma di controllo della magistratura medesima. Ma l'assetto istituzionale e costituzionale è concepito invece attorno all'idea che il giudice applica la legge, è la bocca che pronuncia le parole della legge (il principio di stretta legalità formale, l'obbligatorietà dell'azione penale). Questa contraddizione costituisce un limite essenziale di funzionalità dello Stato sociale di diritto.

La materia della repressione delle forme di criminalità organizzata, segnatamente prima terroristica e poi, soprattutto, mafiosa, ha costituito un'occasione e un terreno, assolutamente peculiari, di tale spostamento, quindi un laboratorio della problematica così evidenziata. Ma il problema e il fenomeno indicati sono di carattere generale. Da un canto, può anche convenirsi che le prassi utilizzate sul terreno della lotta contro le forme criminali organizzate hanno indotto lo smottamento più generale. D'altro canto, questo processo corrisponde a condizioni generali della nostra vita sociale, ne dipende e le influenza. Di fatto, è avvenuto in tutti i settori della giurisprudenza e del diritto, a partire dalla metà degli anni settanta e poi via via in modo progressivo, nel campo del diritto del lavoro, del diritto di famiglia, del diritto minorile, del diritto societario, nel campo penale e soprattutto dei rapporti fra magistratura, politica e altre istituzioni. Le reazioni sono state timide e deboli, il fenomeno ha ricevuto addirittura adesione prevalente presso il sentire comune e i *mass media*, perfino avvantaggiato esplicitamente dai successivi interventi legislativi. Ciò è motivo di grandissima preoccupazione. È uno dei profili di riflessione sul modello attuale della democrazia.

Sono venute meno, sono mutate radicalmente, le condizioni principali a contorno della edificazione del modello culturale e istituzionale dello Stato di diritto e della codificazione. La nostra è una società estrema-

mente mobile, le attività umane sono sempre più complesse, la nostra cultura non è semplificatoria, né formalistica, ma caratterizzata dalla tendenza alla complessificazione, alla contestualizzazione. Le condizioni, come si vede, contrarie all'assetto teorizzato del diritto penale. Questo assetto, per la verità, ha corrisposto a una società, e a una giustizia, che non è irragionevole definire classiste, e ha costituito una condizione, un *corpus*, culturale, tendenzialmente condivisi, fundamentalmente dal ceto borghese produttivo, per un periodo non lungo, meno di duecento anni. Mi permetto di ricordare che Beccaria considerava addirittura in termini di disvalore l'attività del giudice penale di «Interpretazione delle leggi», cui dedicò pure un capitolo della sua opera:

[...] né meno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori. [...]

In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando un giudice sia costretto, o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. [...]

Un disordine, che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale, non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione.¹⁰

Questo modello, culturale e istituzionale, quale che ne sia il relativo giudizio, è finito. Non c'è più. Allora, bisogna trarne le conseguenze sotto il profilo dell'assetto politico e istituzionale complessivo, della società democratica: della rappresentatività democratica, oltre che dell'efficacia, del sistema della giustizia.

In generale, nelle condizioni attuali (economiche, sociali, politiche, culturali, tecnologiche, produttive), lo strumento della legge diventa insufficiente, perde tassatività e attitudine predefinitoria, quindi sotto entrambi i profili dell'efficienza e delle garanzie, delle funzioni dello Stato e della garanzia del cittadino. Il diritto appare affidato vieppiù alle prassi,

10 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Giuffrè, 1964, 17-19.

anche nei sistemi di *civil law*¹¹; senza, però, i contrappesi, istituzionali e culturali, dei sistemi di *common law*: perché il sistema è pensato e realizzato alla stregua del primato della forma di legge e della centralità della forma di codice.

L'assetto della codificazione è travolto dalla proliferazione della legislazione speciale. L'assetto della legislazione tende a formalizzare l'attività amministrativa (burocrazia) mentre deformalizza le condizioni delle decisioni giudiziarie. Tutte le attività umane sfuggono alla dimensione nazionale, anche dei controlli. Molte precondizioni legislative sono presto superate dalle prassi. Il diritto diventa incalcolabile¹². Tutte le funzioni di segno positivo e propulsivo dello Stato sociale sfuggono alla possibilità di predefinizione astratta e generale, non sono sussumibili, nella forma della legge e sono affidate direttamente agli operatori¹³. Tutti questi fenomeni e meccanismi sono soggetti al controllo della magistratura, che è soggetta solo al controllo (pressoché solo disciplinare) di sé medesima: controllo solo teorico, perché le diverse componenti si annullano nel confronto fra le correnti.

L'epistemologia della complessità e la teoria dell'organizzazione possono fornire contributi alla ridefinizione delle regole del gioco, e dello stesso tavolo del gioco¹⁴. La problematica e la teoria delle garanzie, affidate alla forma della legge, vanno sviluppate in senso funzionalistico: garanzie di prova e argomentazione dei giudizi, di ragionevolezza e condivisibilità dei giudizi, quindi di controllabilità empirica delle valutazioni e dei criteri di valutazione; garanzie di professionalità, e quindi di formazione, dei giuristi; di collegialità dei giudici; di controlli e responsabilità, in

11 È interessante la riflessione di A. CORBINO, *Rigore è quando arbitro fischia. Il mito della legalità*, Jovene, 2018.

12 V. le riflessioni di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979, 1999; ID., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.

13 M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (1986), trad. it., Giuffrè, 1992. Questo titolo dell'edizione italiana corrisponde al sottotitolo dell'edizione originale, il cui titolo è *Le flou du droit*, che può validamente tradursi *La vaghezza del diritto*. Il filtro *flou* in fotografia è quello che può essere anche definito diffusore, che sbiadisce e sfuoca i contorni delle immagini.

14 M. VAN DE KERCHOVE – F. OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco* (1992), trad. it., Giuffrè, 1994.

Di M. van de Kerchove v. altresì *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005; *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009.

senso alto, nonché giuridico, innanzitutto del senso di responsabilità.

È difficile non convenire sul fatto che la criminalità organizzata non costituisca un'emergenza, e che richieda un approccio di carattere generale e sistematico: per esigenze e ragioni tanto di efficacia quanto di garanzia. Questo problema è stato posto nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata (Palermo, 2000) ratificata nel nostro Paese nel 2006.

Si faccia riferimento, d'altro canto, alla generalizzazione, e sistematizzazione, avvenute con la codificazione ottocentesca, delle problematiche e delle discipline del delitto tentato e del concorso di persone nel reato; anche, delle figure associative relative ai delitti contro lo Stato e poi, progressivamente, dell'associazione per delinquere.

Non è irragionevole immaginare uno sviluppo sistematico della problematica e della disciplina della criminalità organizzata: secondo, da una parte, la teoria generale dell'organizzazione, ovvero la teoria dell'organizzazione come dottrina di carattere generale, anche del diritto penale, d'altra parte, le normali categorie delittuose, che costituiscono l'oggetto tipico e la definizione penalistica dell'organizzazione criminale.

Questo approccio potrebbe costituire, fra l'altro, la risoluzione del problema di sempre della categoria del delitto politico. La dimensione meramente propagandistica sta proprio ai margini esterni del diritto penale. La dimensione penalistica dipende dalla realizzazione di delitti comuni in un contesto organizzativo stabile di una pluralità di persone. La pericolosità sociale e quindi il bisogno di repressione sono crescenti in relazione alle dimensioni della struttura e dell'attività delittuosa.

Completamente diverso, invece, è l'approccio del codice antimafia. Rimane vittima della sua matrice sociologica, non metabolizzata dalla cultura giuridica. Rimane nel senso della legislazione speciale e della frammentazione verticale dell'ordinamento penale. Frammentazione verticale nel senso della differenziazione di tutte le tecniche penali, di tutte le fasi e i settori della risposta penale: chi entra nel girone non esce più.

L'EFFICACIA DELLE DECISIONI DELLA CORTE EDU IN MATERIA PENALE DOPO LA SENTENZA *CONTRADA*

Giuseppe Amarelli

1. La controversa validità *erga omnes* delle sentenze della Corte di Strasburgo in materia penale dopo la sentenza *Contrada c. Italia* 2015.

Il problema della pena, a cui Lucio Monaco ha dedicato pagine fondamentali nel suo bellissimo lavoro del 1984¹, si arricchisce nell'incessante divenire giuridico di sempre nuovi aspetti.

Tra questi, uno dei più complessi e stimolanti è oggi rappresentato dalla possibilità di interrompere l'esecuzione di sanzioni penali irrogate in via definitiva per fatti analoghi a quelli per i quali la Corte EDU abbia condannato l'Italia per violazione del principio di legalità convenzionale ex art. 7 CEDU.

Ci si interroga sul fatto se una pena considerata 'illegale' nella prospettiva di Strasburgo, perché irrogata per un fatto che secondo la legge (*recte*: il diritto) del tempo non era previsto chiaramente come reato, possa essere eseguita ancora nei confronti di tutti coloro i quali si trovino in situazioni identiche al ricorrente vittorioso, ma non abbiano adito la Corte europea.

Si discute, cioè, se quella pena possa (*recte*: debba) essere rimossa dal giudice dell'esecuzione per evitare cortocircuiti interni al sistema penale implicanti patenti violazioni dei principî di ragionevolezza-proporzionalità e rieducazione che, teoricamente, secondo gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost. della nostra Carta fondamentale, dovrebbero sempre connotare ogni sanzione penale.

Com'è noto, dopo la sentenza della Corte EDU *Contrada c. Italia* del 14 aprile 2015² con cui è stata sancita l'estensione al diritto penale giuri-

1 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

2 Sul punto cfr. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*,

sprudenziiale della garanzia della legalità penale convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, *sub specie* irretroattività e accessibilità-prevedibilità, escludendo la configurabilità del reato di concorso esterno per fatti commessi prima del 1994, anno in cui si è “definito” il suo statuto di tipicità con la sentenza delle Sezioni unite Demitry³, è sorto un vivace dibattito sulla sua possibile efficacia *ultra decisum* e sulla sua eventuale estensione ai casi analoghi non giudicati a Strasburgo a causa del mancato esperimento del ricorso da parte dell'interessato e già definiti da sentenze passate in giudicato⁴.

A breve distanza dal deposito delle motivazioni, infatti, si è subito animato in ambito nazionale un contrasto interpretativo tra un orientamento favorevole all'estensione della sentenza Contrada ai c.d. fratelli minori e, quindi, alla travolgibilità di giudicati di condanna relativi a fatti di concorso esterno commessi *ante* 1994⁵, ed uno diametralmente opposto che, sulla base di argomenti eterogenei (talvolta, facendo leva su di un'interpretazione soggettiva del principio di prevedibilità, talaltra escludendo a monte la penetrabilità nel nostro ordinamento incentrato sul principio di legalità formale di arresti della Corte EDU riferiti al diritto penale giurisprudenziale⁶), negava tale efficacia *erga omnes*

in «DPP», 2015, 1061 ss.; V. MAIELLO, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, ivi, 1022 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in «DPC» (2015) 2, 46 ss.; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in «RIDPP», 2016, 347 ss.; G. FORNASARI, *Un altro passo nella “riscrittura” della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in A. CAVALIERE et al. (Edd.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, ESI, 2017, 447 ss.

3 In argomento, *ex multis*, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, 2019; nonché, sia consentito, G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, Dike, 2017.

4 Da ultimo, per un'ampia ricostruzione di tale complessa tematica, cfr. G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *Gli effetti della giurisprudenza della Corte EDU sull'ordinamento italiano: prospettive di diritto penale sostanziale*, in «IP», 2020, 42 ss.

5 In tal senso l'ordinanza da cui è scaturita la decisione Genco, Cass., Sez. VI, 22 marzo 2019, n. 21767, in «DPC», 13 giugno 2019, con nota di S. BERNARDI, *Troppe incertezze in tema di “fratelli minori”: rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'estensibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*. In precedenza, seppur limitatamente alle sole sentenze pilota, Cass., Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 46067, Scandurra, e 2 marzo 2017, n. 21635, Barbieri.

6 Così, rispettivamente, Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, Dell'Utri, e Cass., Sez. I, 12 gennaio 2018, n. 8661, Esti. Per una ricostruzione completa della giurisprudenza v. l'ordinanza di rimessione prima citata.

alla decisione di Strasburgo, reputando, altresì, intangibili le situazioni simili già definite con sentenze definitive.

Per dirimere tale discrasia ermeneutica, la Sesta sezione ha avvertito la necessità di richiedere l'intervento della Suprema Corte nella sua più autorevole composizione con una ordinanza di rimessione particolarmente ricca e articolata, compendiata nel quesito se la decisione della Corte EDU Contrada abbia "una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna; e, conseguentemente, laddove sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile".

2. La recente limitazione delle Sezioni unite *Genco* 2020 alle sole sentenze 'pilota', 'sistemiche' e 'consolidate'.

La sentenza '*Genco*' delle Sezioni unite 2020 ha fornito a tale interrogativo una risposta di netta chiusura, per un verso, frustrando le aspettative nutrite da quei condannati che versano in condizioni analoghe al Contrada e, per altro verso, segnando una più generale battuta d'arresto nel processo di interazione virtuosa tra il diritto convenzionale giurisprudenziale ed il diritto penale nazionale⁷.

Per la Corte molteplici argomenti depongono contro l'estensibilità dei principî di diritto enunciati dalla sentenza Contrada ai c.d. fratelli minori condannati ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. per comportamenti di fiancheggiamento mafioso tenuti in epoca antecedente alla pronuncia delle S.u. Demitry.

Innanzitutto, ad avviso dei giudici di legittimità non sussiste un obbligo per gli Stati parte di conformazione generalizzata al giudicato europeo

⁷ Cass. SU, 3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*, in «GI», 2020, 1756 ss., con un commento di G. AMARELLI, *Le Sezioni unite negano efficacia erga alios alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo?*. Sul punto cfr. R. BARTOLI, *Chiusa la saga Contrada: in caso di contrasto giurisprudenziale opera la colpevolezza*, in «DPP», 2020, 1 ss. dell'estratto; D. CARDAMONE, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla non estensibilità degli effetti della sentenza della Corte EDU Contrada c. Italia del 14 aprile 2015 ai casi simili*, in «QG», 27 maggio 2020; M. S. MORI, *I "Fratelli minori" di Contrada e le possibili conseguenze nei rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.giustiziainsieme.it (12 giugno 2020).

desumibile dall'art. 46, par. 1, CEDU dal momento che questa disposizione li impegnerebbe unicamente al rispetto della sentenza definitiva nei confronti del singolo ricorrente vittorioso. Ciò significa che per i casi simili a quello Contrada non giudicati a Strasburgo non può esistere alcun diritto alla "estensione" dei principî enunciati in quella sede.

Più precisamente, per le Sezioni unite deve essere operato un distinguo sull'incidenza *erga alios* del giudicato europeo secondo le cadenze elaborate dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015.

Le uniche decisioni dotate di efficacia vincolante *ultra decisum* e capaci di imporre ai giudici nazionali un obbligo indeterminato di adeguamento sono quindi: le sentenze pilota adottate ai sensi dell'art. 61, 1° comma, del Regolamento CEDU; le sentenze che esprimono un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza della stessa Corte; le sentenze che segnalano l'esistenza di un problema sistemico o strutturale all'interno di una Parte contraente, ai sensi del 9° comma del medesimo art. 61. Esclusivamente quando si segua la procedura formale prevista per le sentenze pilota e siano indicate in modo tassativo ed esplicito le misure generali o individuali per rimuovere il difetto evidenziato, oppure quando si ribadisca un principio già sedimentato nella giurisprudenza convenzionale, o si segnali un difetto strutturale o sistemico dell'ordinamento nazionale, è possibile "pretendere" l'adeguamento di quest'ultimo alle statuizioni di Strasburgo anche in casi diversi da quello del ricorrente vittorioso.

Siccome per i giudici di legittimità la sentenza Contrada non rientra in alcuna di queste tre sottocategorie di provvedimenti decisori (pilota, "sistemici" o "consolidati"), non può essere estesa ai c.d. fratelli minori.

In primo luogo, la pronuncia del 2015 non può essere ascritta alla prima *species*, in quanto priva della veste giuridica formale di una sentenza pilota; non rispettosa della procedura prevista per la sua adozione; mancante dell'indicazione esplicita delle misure individuali e generali che lo Stato deve adottare per rimuovere la violazione.

In secondo luogo, la sentenza Contrada non può essere ricondotta neanche nella seconda categoria, quella delle sentenze c.d. "sistemiche", poiché non rileva un difetto strutturale del diritto nazionale in materia di concorso esterno, non riscontrando sul piano contenutistico una vio-

lazione di carattere generale del principio di prevedibilità. “Al contrario, si sviluppa mediante l’esame del caso specifico ed analizza l’imputazione elevata al ricorrente nel processo celebrato a suo carico, la linea difensiva adottata, le risposte giudiziarie ottenute ed i relativi percorsi giustificativi”, esprimendo un “giudizio finale di violazione dell’art. 7 CEDU in termini strettamente individuali” (par. 5).

In ultima istanza, la *Contrada* non è riconducibile neanche nella terza tipologia di sentenze, quelle espressive di un diritto consolidato, non inserendosi in un filone interpretativo uniforme, costantemente rintracciabile in pronunce di analogo tenore argomentativo e dispositivo.

Tale conclusione sarebbe poi confortata da diversi elementi.

In primis, dal fatto che manchino ulteriori decisioni di accoglimento di ricorsi proposti a Strasburgo da soggetti condannati per concorso esterno a causa della carente prevedibilità della natura di illecito penale delle condotte compiute e della pena per esse irrogate.

Secondariamente, dal fatto che essa fornisca un’interpretazione del principio di prevedibilità in termini oggettivi, quando, invece, nella giurisprudenza convenzionale ne prevale una soggettiva, o quanto meno mista; anzi, a ben vedere, anche la stessa sentenza *Contrada* parlerebbe di imprevedibilità non solo da un punto di vista oggettivo – guardando alla chiarezza della base legale del concorso esterno – ma anche da quello soggettivo del singolo reo, tenendo cioè conto “dell’andamento del processo di cognizione, delle difese articolate e dei contenuti motivazionali delle decisioni susseguitesì” (par. 5.2).

Infine, perché ravvisa una violazione del principio di prevedibilità in presenza di un mero contrasto interpretativo sulla configurabilità del concorso esterno rispetto a condotte di contiguità mafiosa, quando, invece, nell’orientamento prevalente europeo, un simile *vulnus* viene riscontrato solo al cospetto della ben diversa situazione del c.d. *overruling* sfavorevole, vale a dire di un mutamento giurisprudenziale assolutamente imprevedibile che rende penalmente rilevante un fatto pacificamente non considerato tale al momento della commissione. La sentenza *Demiry* del 1994 a cui fa riferimento la *Contrada*, infatti, “si presenta, non come un mutamento normativo, ma quale mera evoluzione nell’interpretazione della disposizione di legge vigente, coerente con l’essenza

della fattispecie tipizzata dagli artt. 110 e 416 *bis* c.p., possibile e conoscibile in anticipo, oltre che consentita dalla Convenzione nel significato attribuito dalla Corte EDU, che ha sanzionato sino ad ora soltanto gli interventi decisori dei giudici nazionali dissonanti rispetto ai precedenti costanti orientamenti, sia per il loro contenuto radicalmente innovativo, sia per gli effetti peggiorativi per l'imputato" (par. 6.3).

Ad abundantiam, le S.u. ricordano di aver più volte specificato, sia in ambito penale che civile, che l'unico *overruling* considerato come non ragionevolmente prevedibile in base alle indicazioni convenzionali è quello "di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni"; non anche quello in cui "la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario".

Inoltre, nel caso Genco cui si riferisce la sentenza, la condanna a titolo di concorso esterno per le condotte di collateralismo mafioso era ancor meno imprevedibile rispetto alla vicenda Contrada, essendosi queste protratte fino al 1994 quando "il dibattito tra gli interpreti aveva già ben delineato la fattispecie del concorso esterno poi ravvisata a suo carico" (par. 6.2).

Infine, a chiusura del ragionamento, la Corte regolatrice invoca il principio di inevitabilità dell'errore così come già definito nel sistema penale italiano a partire dalla sentenza n. 364/1988 sull'art. 5 c.p., ritenendo che, nel caso di specie, non sarebbe possibile scriminare il condannato neanche invocando la regola "interna" della ignoranza inevitabile della norma penale, dal momento che questa presuppone la "previa esistenza di una posizione giurisprudenziale pacifica che abbia indotto nell'agente la ragionevole conclusione della correttezza della propria condotta", non potendo essere applicata in presenza di orientamenti interpretativi difformi, dal momento che lo stato di incertezza dovrebbe imporre al soggetto dall'astenersi dall'agire.

Come a voler dire che, anche facendo leva sul principio di prevedibilità già conosciuto dal diritto nazionale da oltre trent'anni, non residuerebbero spazi per giungere ad una conclusione diversa da quella adottata

sulla base degli argomenti “europei”.

3. La possibile interpretazione alternativa dell'art. 46 CEDU a favore dell'efficacia *ultra decisum* del giudicato europeo a prescindere dal tipo di sentenza adottata.

Nonostante lo sforzo esplicativo profuso dalla decisione delle S.u. nella densa e nodosa parte motiva, i cardini su cui questa si basa prestano il fianco a talune riserve critiche.

In primo luogo, non è incontrovertibile l'interpretazione restrittiva ed “individualizzante” del principio dell'obbligo di conformazione degli Stati alle decisioni di Strasburgo di cui all'art. 46, par. 1, CEDU, che ne circonda la portata nei confronti del solo ricorrente vittorioso.

In realtà, la disposizione in parola può essere passibile di una differente lettura, limitandosi a enunciare per le Parti contraenti il dovere di adeguarsi alla statuizione della Corte EDU nelle “controversie di cui sono parti”⁸. Se, quindi, una sentenza accerta una violazione di un diritto del singolo ricorrente convenzionalmente riconosciuto dovuta a ragioni oggettivo-strutturali della base legale – come sono per l'appunto quelle dell'applicazione retroattiva ed imprevedibile di una norma penale – lo Stato deve applicarla in forza dell'art. 46 CEDU nei confronti di tutti i casi analoghi⁹. Com'è stato rilevato, “quando a cadere sotto la scure del giudice di Strasburgo sono il precetto e/o la sanzione penale e la loro prevedibilità/accessibilità, e quindi un vizio sistemico e intrinseco della normativa interna, sembra difficile affermare che la sentenza della Corte EDU non possa avere effetti al di

⁸ In argomento, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, 2020, 160 ss.; A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, 2019, 97 ss.; A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Giuffrè, 2018, 70; A. PAGLIANO, *Gli effetti della giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, 2018; ID., *I fratelli minori e l'applicazione conforme delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «AP», 2019, 1 ss., spec. 24 ss. A favore di un'interpretazione estensiva dell'art. 46 CEDU v. F. VIGANÒ, *L'impatto della CEDU e dei suoi Protocolli sul sistema penale italiano*, in G. UBERTIS - F. VIGANÒ (Edd.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, 22 ss.

⁹ In questo senso si era espressa la Corte nella citata sentenza Dell'Utri.

là del caso concreto”¹⁰. Peraltro, di recente, la sentenza della *Grande Chambre* della Corte EDU G.I.E.M. c. Italia del 2018, nella opinione a margine di uno dei suoi giudici, ha evidenziato che “la Convenzione obbliga gli Stati non soltanto a far rispettare, conformemente all’articolo 46 della Convenzione, il carattere vincolante di una sentenza della Corte nei confronti delle parti della controversia, ma anche a impedire che una violazione constatata in una sentenza sia ripetuta nei confronti di terzi”¹¹.

In secondo luogo, non pare convincente neanche il vero fulcro della decisione, vale a dire la negazione dell’efficacia *erga alios* della sentenza Contrada in ragione della sua estraneità alle *species* “rafforzate” delle sentenze pilota, “sistemiche” e “consolidate”.

Diversamente da quanto ritenuto dalla nostra Consulta con la menzionata sentenza n. 49/2015 a cui le S.u. prestano ossequioso rispetto, la Corte di Strasburgo in tempi ben più recenti, e con l’evidente intento proprio di “dialogare” con il giudice delle leggi italiano, con la sentenza G.I.E.M. del 2018 ha inteso ribadire – anche per evitare una paradossale introduzione di “controlimiti diffusi” alla penetrazione del diritto convenzionale, attivabili discrezionalmente dai singoli giudici nazionali – che non esistono distinzioni possibili tra le sue pronunce in termini di efficacia per gli Stati parte, avendo tutte “lo stesso valore giuridico”, non potendo “il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa [...] dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate”¹².

A sembrare “lapidaria e non corredata da nessun rilievo esplicativo”, allora, non è tanto – come asseriscono le Sezioni unite – questa motivata affermazione della Corte EDU funzionale a garantire una armonizzazione tra diritto nazionale e diritto convenzionale, quanto il tentativo di confutarla sostenendo che la patrocinata soluzione contraria non eluda l’obbligo indifferenziato di dare piena attuazione agli arresti di Strasburgo, ma serva solo ad introdurre un criterio prudenziale per consentire alle corti nazionali di distaccarsi da orientamenti non corretti e ancora suscettibili di mutamento.

10 G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *Gli effetti*, cit., 105.

11 Così par. 72 dell’opinione del Giudice Pinto de Albuquerque.

12 Corte EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. et al. c. Italia.

Un passaggio così rilevante, che segna un distacco brusco dalle indicazioni ultime della Corte EDU nella sua più autorevole composizione, avrebbe meritato ben altra attenzione, dal momento che è il “filtro” che consente alle S.u. di entrare nel merito della sentenza *Contrada* e di escluderne l'efficacia *erga omnes* in ragione delle sue caratteristiche formali e sostanziali.

4. Gli specifici limiti dell'orientamento delle S.u.: l'estraneità della *Contrada* alle sentenze 'pilota' e 'sistemiche'.

Comunque, in attesa di un chiarimento da parte di Strasburgo (che, a quanto pare, non tarderà ad arrivare essendo già giunta al suo vaglio la vicenda Inzerillo), anche a voler ritenere corretta tale cruciale differenziazione (la cui caducazione farebbe crollare tutto il successivo ragionamento della Corte), le perplessità non si diradano del tutto.

In primo luogo, non pare pienamente convincente l'invocazione, quale fattore dirimente per negare l'efficacia *erga alios* della *Contrada*, della sua estraneità alla *species* delle sentenze pilota.

Queste, infatti, fin dalla loro “emersione” nel diritto giurisprudenziale della Corte EDU con la sentenza *Broniowski c. Polonia* del 22 giugno 2004, sembrano assolvere a funzioni che potremmo definire “endo-proces-suali europee” di decongestionamento del carico di lavoro oramai smisurato dei giudici di Strasburgo in presenza di violazioni sistemiche di principi convenzionali derivanti da una medesima norma interna, e di accelerazione del processo di recepimento del giudicato europeo nell'ordinamento nazionale, fissando le misure da adottare (sovente entro un termine preciso) per rimuovere il difetto strutturale attentamente evidenziato. Le sentenze pilota, cioè, servono a rendere più certi e pronti i modi ed i tempi per riallineare il diritto interno ai *decisa* di Strasburgo e a non ingolfare la Corte con cause seriali, ma non incidono sul piano sostanziale dei rapporti tra i due ordinamenti, mettendo in discussione, *ex adverso*, l'efficacia generale delle altre tipologie di pronunciamenti europei.

Affermare, dunque, che la *Contrada* non possa estendersi ai casi simili perché non è una sentenza pilota prova troppo.

Ancor meno persuasiva è l'esclusione operata dalle S.u. della *Contrada* dal novero delle sentenze c.d. sistemiche (esclusione ribadita apoditticamente anche nella *Comunicazione al Comitato dei Ministri del Governo italiano* del 12 aprile 2018¹³), dal momento che, a ben vedere, essa ruotando su una violazione dell'art. 7 CEDU ha svelato un difetto oggettivo di formulazione legal-giurisprudenziale del delitto di concorso esterno e, quindi, come ogni decisione di natura dichiarativa-accertativa di un *deficit* di tipicità/determinatezza di una norma incriminatrice nella sua dimensione generale ed astratta, ha evidenziato un problema di carattere strutturale destinato ad incidere in modo identico su tutti i casi simili.

5. (Segue): il contrasto con il diritto consolidato europeo

Più complesso è il giudizio sul terzo tipo di conclusione della Corte di legittimità, quello della non riconducibilità della decisione *Contrada* alla categoria delle sentenze "consolidate".

Sembra invero improprio a tal fine l'iniziale riferimento alla natura di *leading case* di questa pronuncia ed alla assenza di altre decisioni adottate o pendenti di analogo tenore, dal momento che, in realtà, il principio in essa affermato è ricorrente in altri arresti della Corte EDU, seppure in casi diversi dal concorso esterno che ne costituisce solo una delle tante possibili applicazioni.

Non appare ugualmente decisivo neanche il secondo ragionamento svolto dalla Corte per sostenere l'estraneità della *Contrada* al novero delle decisioni consolidate: l'insolita lettura da questa operata del principio di prevedibilità in un'accezione oggettiva. Seppure nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si ravvisavano, anche all'epoca, pronunce che interpretavano il principio in parola in chiave soggettiva, non si può dire che queste costituissero l'orientamento prevalente rispetto al quale la sentenza *Contrada* si è posta in termini eccentrici. A favore della interpretazione oggettiva e più ampia del principio di prevedibilità si era pronunciata poco prima la *Grande Chambre* nella sentenza *Del Rio Prada* del 2013 in cui la condanna della Spagna era dipesa dalla totale assenza sul piano del *case law* di precedenti conformi alla decisione sfa-

¹³ La relazione sullo stato d'esecuzione della sentenza *Contrada* c. Italia (n. 3) è consultabile in www.hudoc.exec.coe.int.

vorevole e non dalla situazione soggettiva del ricorrente, ragion per cui sarebbe stata contraria al diritto consolidato esattamente l'ipotesi opposta, ovvero quella di una presa di posizione a favore di una prevedibilità soggettiva o mista¹⁴.

Inoltre, diversamente da quanto sembra sostenere la Corte, la sentenza Contrada non pareva lasciare alcun margine di apprezzamento in ordine all'interpretazione del concetto di prevedibilità in una prospettiva anche soggettiva, affermandone in modo esplicito la natura oggettiva. Non solo nel par. 64 si precisava che compito della Corte era “di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso” e quindi di spiegare “se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale”. Ma soprattutto, nel successivo par. 72, si affermava che “il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), [...] non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo”.

Nessun cenno era contenuto al versante soggettivo del reo, né alle personali conoscenze “superiori” del ricorrente al momento della commissione del fatto, né, tanto meno, alla sua condotta processuale e alla deduzione nei gradi di giudizio precedenti della violazione dei principi di irretroattività e di prevedibilità e della diversa e più mite qualificazione giuridica dei fatti ascrittigli¹⁵. L'unico accenno alla calcolabilità personale delle conseguenze giuridico-penali della condotta (“prevedibile per quest'ultimo”) non solo ne segnalava la connessione con la libertà di autodeterminazione individuale del reo al *tempus commissi delicti*¹⁶, ma serviva solamente a limitare cronologicamente la portata della pronun-

14 Sulle accezioni della prevedibilità nella giurisprudenza della Corte EDU v. S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in «DPC» (2017) 4, 128 ss.

15 In termini critici nei confronti della prevedibilità soggettiva S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Contrada*, in www.sistemapenale.it (11 marzo 2020).

16 Di recente, questa lettura della prevedibilità è stata ripresa da Cass., 24 aprile 2018, n. 37857, in materia di accesso abusivo al sistema informatico.

cia ai fatti anteriori al 1994. Al contrario, e correttamente, in quella sentenza si censura una violazione del principio di legalità convenzionale *ex art. 7 CEDU* che attiene al piano oggettivo, generale ed astratto della chiarezza ed accessibilità della fonte dell'illecito penale – sia essa legislativa o giurisprudenziale – vigente all'epoca della commissione del fatto.

A tale riguardo sia consentito un ulteriore rilievo.

Anche a voler concedere che la prevedibilità debba esser intesa in un'accezione mista, non sarebbe stato possibile escluderne la violazione nel caso in esame, in ragione delle competenze del ricorrente e del fatto che la sua condotta di fiancheggiamento mafioso si fosse dipanata fino al 1994. In primo luogo, Genco aveva un bagaglio di conoscenze personali della legislazione antimafia sicuramente inferiore al Contrada, capo della squadra mobile impegnata proprio nel contrasto a tale forma di criminalità. In secondo luogo, a nulla vale il fatto che la condotta fosse stata tenuta fino a pochi mesi prima delle S.u. Demitry, dal momento che la Corte EDU individua come spartiacque in materia di concorso esterno proprio questa decisione, per cui tutti i fatti precedentemente commessi godono delle medesime garanzie convenzionali dell'irretroattività e della prevedibilità di cui all'art. 7 CEDU, risultando preventivabile, anche per i consulenti della difesa, una condanna per tale reato solo per i comportamenti analoghi successivi.

6. L'argomento più solido: l'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale sfavorevole

L'unico rilievo che appare persuasivo – sempre laddove si ammetta che si possa differenziare tra sentenze efficaci *uti singuli* ed *erga omnes* – è il terzo motivo individuato dalle Sezioni unite per non considerare la *Contrada* una sentenza “consolidata”: l'aver affermato, contrariamente al diritto europeo prevalente, una lesione del principio di prevedibilità in presenza di un mero e fisiologico contrasto giurisprudenziale sincronico, piuttosto che di un *overruling* improvviso, oggettivamente ed assolutamente imprevedibile.

L'estensione delle garanzie della prevedibilità e della irretroattività al diritto penale giurisprudenziale può avvenire solo quando ci si trovi al co-

spetto di una decisione *in malam partem* che, inaspettatamente, ribalti un sedimentato indirizzo favorevole del diritto interno circa l'irrilevanza penale di un certo comportamento o, al massimo, la sua rilevanza a diverso e meno grave titolo, come ad esempio nell'ipotesi in cui intervenga oggi nel nostro ordinamento una sentenza delle S.u. che, confutando la precedente decisione del 2012 e la granitica giurisprudenza successiva, affermi la rilevanza penale del c.d. uso di gruppo degli stupefacenti¹⁷. In tutti gli altri casi, si può ritenere che una discrasia ermeneutica – anche se prolungata nel tempo¹⁸ – non sia mai in grado di formare nei consociati un legittimo affidamento circa la liceità di una loro condotta, ma, al massimo, possa alimentare una speranza processuale o uno stato di incertezza che non conducono a considerare imprevedibile l'eventuale sentenza di condanna adottata sulla scorta dell'orientamento interpretativo più rigoroso. Un conflitto interpretativo in materia di contiguità mafiosa tra indirizzi quasi tutti tesi a riconoscere all'imputato la qualifica di concorrente esterno o, peggio ancora, di partecipe associativo, non rende ragionevolmente imprevedibile e assurdamente retroattiva la decisione delle S.u. 1994 di aderire al primo orientamento, “creando” un nuovo tipo delittuoso di concorso esterno più garantista di quello ricavabile dalla base legale impiegata, *i.e.* il combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.¹⁹. Come affermato di recente dalla stessa Cassazione in altre decisioni coeve in materia di accesso abusivo a sistema informatico e di pene accessorie della bancarotta, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale è situazione che esclude l'imprevedibilità e l'operatività retroattiva della decisione giudiziale che adotti la soluzione minoritaria, più rigorosa e risalente nel tempo²⁰.

7. Verso un nuovo intervento della Corte EDU?

Alla luce di quanto detto, gli scenari che al momento sembrano prospettare sono strettamente connessi alla decisione che adotterà Strasburgo

17 G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in «RIDPP», 2018, 1406 ss.

18 *Contra* M. DONINI, *Il caso Contrada*, cit., par. 9, che ammette l'estensione delle garanzie della prevedibilità e dell'irretroattività ai contrasti giurisprudenziali prolungati.

19 Non è questa la sede per soffermarsi sull'effettiva portata creativa della giurisprudenza in materia di concorso esterno, sul punto v. per tutti i lavori già citati di V. MAIELLO e M. DONINI.

20 Cass., Sez. V, 9 novembre 2018, n. 8541; Cass., Sez. V, 4 marzo 2019, n. 31970.

quando (presumibilmente a breve) si pronuncerà in materia nel caso Dell’Utri pendente dal 2015 e in quello Genco da ultimo presentato, ma soprattutto in quello Inzerillo che lo scorso ottobre 2020 ha superato il vaglio di ammissibilità ed è stato ritenuto rivedibile da Strasburgo.

Nonostante il diniego già espresso in passato all’istanza formulata nel 2015 dal Governo italiano di rimessione alla *Grande Chambre* della questione Contrada e l’attuale qualificazione da parte del Comitato dei Ministri come “sorveglianza standard” dello “stato di esecuzione” di quella sentenza in Italia²¹, si può ugualmente auspicare che, in ragione della pluralità di ricorsi di analogo contenuto nel frattempo pervenuti e della complessità e rilevanza delle questioni in gioco, la Corte possa mutare idea, decidendo di pronunciarsi sulla retroattività/prevedibilità del concorso esterno nella sua più autorevole composizione, magari con una sentenza pilota. Anche perché i ripensamenti di Strasburgo non sono più tanto infrequenti, come hanno dimostrato le note vicende del *ne bis in idem* e della confisca senzacondanna, in ordine alle quali le prime decisioni della Corte EDU hanno subito un drastico ridimensionamento per mano delle successive all’esito di un proficuo dialogo con le Corti italiane.

È appena il caso di rilevare che, in futuro, situazioni del genere potranno essere più agevolmente risolte se e quando il Protocollo n. 16 alla CEDU sarà ratificato dal nostro paese e diventerà possibile per le Corti nazionali di ultima istanza richiedere alla Corte EDU pareri consultivi su questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla CEDU o dai suoi protocolli.

8. Gli scenari possibili

La prima possibilità che si prefigura è rappresentata da un rigetto dei ricorsi europei per ragioni di carattere procedurale o attinenti ad aspetti peculiari delle vicende dei singoli ricorrenti.

In questo caso nulla cambierebbe per i “fratelli minori”, perché, in assenza di chiarimenti da parte di Strasburgo, i giudici nazionali non potrebbero far altro che conformarsi alla decisione delle S.u. 2020, tenuto

²¹ In tal senso, la scheda sull’Italia del Dipartimento per l’esecuzione delle sentenze della Corte EDU del 17 dicembre 2019, in <https://rm.coe.int/16807097c1>.

conto anche della sua “stabilizzazione rafforzata” conseguente alla riforma del 2017 dell’art. 618, c. 1 *bis*, c.p.p. Per un futuro *overruling* di un precedente arresto della massima Corte nella sua più autorevole composizione, infatti, è oggi necessario che la sezione della corte che intenda discostarsene rimetta nuovamente la decisione alle Sezioni unite.

Ad analoghi esiti sfavorevoli si perverrebbe anche nell’ipotesi in cui la Corte EDU decidesse di pronunciarsi nel merito e di ripensare le proprie precedenti statuizioni di *G.I.E.M.* e *Contrada* chiarendo, rispettivamente, che il giudice nazionale può discostarsi dal diritto non consolidato europeo e che il principio di prevedibilità si riferisce al diritto giurisprudenziale solo in caso di *overruling* assolutamente non preventivabili.

In entrambe le situazioni, l’unica alternativa percorribile per offrire una copertura alle istanze di ricomposizione dei diritti individuali dei “fratelli minori” e per rispettare i menzionati principî di ragionevolezza e rieducazione della pena (essendo stata scartata già dalle S.u. l’invocabilità dell’errore scusabile *ex art. 5 c.p.*) sarebbe quella indicata da una parte della dottrina della adozione di un provvedimento di clemenza collettiva ai sensi dell’art. 79 Cost., in particolare di un’amnistia c.d. giustizia nella sua forma di strumento di “correzione del diritto”²².

Lo scenario, invece, muterebbe completamente se la Corte EDU decidesse di pronunciarsi nel merito delle sentenze *Contrada* e *G.I.E.M.*, ma ribadendone i principî di diritto. Una volta, infatti, riaffermata l’imprevedibilità oggettiva del reato di concorso esterno per un “problema strutturale” e l’efficacia vincolante di qualsiasi decisione della Corte EDU, per i giudici nazionali (come asserisce anche la stessa *Comunicazione* prima richiamata p. 9) l’estensione della *Contrada* ai casi simili già coperti dal giudicato sembrerebbe alternativa praticamente obbligata.

A quel punto, deporrebbero in tal senso anche i principî del diritto interno in materia di pena, dal momento che l’esecuzione di sanzioni irrogate nei confronti dei “fratelli minori” per un fatto omogeneo non considerato chiaramente reato dal “diritto” del tempo in cui è stato commesso, a causa di un *deficit* di tipicità e determinatezza della base legale del reato di concorso esterno, potrebbe essere reputata in contrasto con il

22 V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, in E. MEZZETTI – L. LUPARIA (Edd.), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, 2020, 70 ss.

combinato disposto degli artt. 3 e 27, 3° comma, Cost. e con la funzione di prevenzione integratrice della pena da questi scolpita.

In una simile eventualità residuerebbe unicamente il dubbio sul rimedio da esperire tra la proposizione di una questione di legittimità costituzionale ed il travolgimento del giudicato da parte del giudice ordinario tramite la revisione europea o l'incidente di esecuzione.

La sentenza *Genco*, pur senza prendere posizione apertamente su tale aspetto, sembra implicitamente accogliere la prima opzione, ritenendo la revisione europea di cui all'art. 630 c.p.p. – anche in ragione della ampiezza di questa disposizione normativa non limitata solo al diretto interessato – lo strumento da impiegare per procedere all'adeguamento al *dictum* della Corte EDU delle situazioni già giudicate²³. Essendo scaturita proprio da una istanza di revisione europea, si evince implicitamente che se questa fosse stata considerata infondata le S.u. l'avrebbero affrontata in via preliminare.

Una parte della dottrina ritiene, però, che il rimedio preferibile in questa circostanza, trattandosi di violazione del diritto sostanziale e, quindi, bisognevole solo di un giudizio ricognitivo e non di una rinnovazione del giudizio, sia costituito dall'incidente di esecuzione²⁴, in quanto la revisione europea dovrebbe essere riservata alle ipotesi di violazioni processuali in cui è indispensabile una rinnovazione dell'istruttoria. A favore di tale opzione militano il fatto che, in questo caso, sarebbero integrati tutti i presupposti richiesti dalle Sezioni Unite Ercolano per proporre un incidente di esecuzione "europeo", ravvisandosi: l'identità della situazione con quella del ricorrente vittorioso, *i.e.* una condanna per un fatto che al momento della commissione non trovava disciplina in una norma sufficientemente chiara e prevedibile; l'esistenza di un vizio strutturale della normativa interna sostanziale; la necessità di una valutazione meramente ricognitiva per l'accoglimento della richiesta; l'irrelevanza della riapertura del processo, riguardando la decisione di Strasburgo un vizio intrinseco del titolo criminoso non sanabile da alcuna attività di rielaborazione probatoria; la possibilità di praticare un'interpretazione convenzionalmente orientata della normativa interna²⁵.

23 In tal senso S. BERNARDI, *Le Sezioni unite*, cit.

24 G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *Gli effetti*, cit., 102.

25 V. MAIELLO, *Il concorso*, cit.

In attesa di capire come si orienterà Strasburgo, le certezze al momento sono solamente due.

La prima è che la *querelle* sulla retroattività/prevedibilità del reato di concorso esterno è tutt'altro che conclusa, non essendo da escludere un ripensamento sul punto da parte dei giudici europei.

La seconda è che la diatriba più generale che sta sullo sfondo, relativa alla efficacia *ultra alios* delle decisioni in materia penale della Corte EDU, merita di trovare quanto prima una risposta chiara ed univoca, in modo da fissare una volta per tutte se e a quali condizioni il giudicato europeo convenzionale possa estendersi a casi analoghi e, magari, anche da rendere più agevole per il ricorrente vittorioso la sua esecuzione, essendo inaccettabile che, come nel caso Contrada, decorrano quasi cinque anni per la liquidazione effettiva delle somme di equa soddisfazione ex art. 41 CEDU.

In ogni caso, considerando le asimmetrie ancora esistenti tra la giurisprudenza nazionale e quella di Strasburgo su tali argomenti, l'impressione che si ha, oggi, quando si approccia al rapporto tra il diritto convenzionale giurisprudenziale ed il diritto penale interno, è molto simile al senso di straniamento e disorientamento che suscitano le suggestive – ma osticissime – pagine de *Le città invisibili* di Calvino.

Se, però, nella letteratura il superamento di una prospettiva lineare e realistica costituisce uno straordinario stimolo per l'intelletto dei lettori, nel diritto penale l'assenza di certezze apre un *vulnus* insostenibile per la libertà personale dei consociati.

ALCANCE Y LÍMITES DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL ÓRGANO DE CONTROL Y SUPERVISIÓN DE RIESGOS PENALES EN EL ÁMBITO SOCIETARIO

Silvina Bacigalupo

1. Introducción

Desde que en 2010 el Código penal introdujera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hablar de *compliance penal* se ha convertido en un tema recurrente que continúa abriendo nuevos escenarios de esta materia. En la actualidad, parece que preocupa más la responsabilidad penal individual de las personas que obran y desempeñan sus funciones en las empresas, que la responsabilidad de la propia empresa.

El Código penal de 2010 estableció una causa de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el caso de que éstas dispusieran previamente a la comisión del delito de un *modelo de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión* o, en caso de no tenerlo, dicho modelo de prevención se implementara *ex post* para evitar futuros delitos. Ante la posibilidad de implementación *ex post* con la misma consecuencia atenuante, las empresas no se sintieron motivadas por establecer un modelo de prevención de delitos. Solo unas pocas y, sobre todo, las multinacionales obligadas por la normativa internacional se adelantaron a ello.

La reforma del art. 31 bis del CP en 2015 dio un paso más allá y no solo continuó reconociendo a los modelos de organización y gestión como una *causa de atenuación de la responsabilidad penal* (art. 31 quater d) CP), sino que les reconoció incluso, como había venido exigiendo un sector importante de la doctrina penalista, la condición de *causa de exención de la responsabilidad* de la persona jurídica. Para ello, el art. 31 bis 2 y 5 CP incorporaron los requisitos legales para que los programas de cumplimiento puedan ser considerados como *causa de exención de la responsabilidad penal*. El Código penal establece así las condiciones para que una adecuada *organización preventiva* de la empresa y el *efi-*

caz cumplimiento de la función de supervisión de los riesgos penales de la actividad empresarial puedan tener un posible efecto excluyente de la responsabilidad penal o, bien, en caso de que dichas circunstancias solo puedan ser objeto de acreditación parcial, puedan tener un efecto atenuante de la responsabilidad penal. Nuestra legislación penal siguió, *mutatis mutandi*, otros modelos legislativos que con anterioridad ya habían dado este mismo paso¹.

Es desde entonces que en el ámbito empresarial y jurídico se aborda la cuestión de *compliance* como novedad y se discute sobre las características que deben tener tales programas de prevención de riesgos penales y sobre las funciones del órgano de control, su independencia, sus garantías e, incluso, si esta función se puede desempeñar por profesionales externos a la empresa².

A pesar de que ya se has ido produciendo un número importante de sentencias del *Tribunal Supremo* y de los tribunales inferiores sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas³, no ha habido aún oportunidad de que la jurisprudencia se pronunciara sobre la posición

1 Código penal francés 1994, D.L. 231/2001 italiano, Código penal suizo 2002, Ley 20.393/2009 en Chile, entre otros; posteriormente, se inspiraron en el Código penal español también e incorporaron modelos similares Colombia, Ley 1778/2016, y Perú, DLeg. 1352/2017.

2 En esta misma línea ya en 2017 una de las asociaciones españolas de profesionales que desarrollan funciones de cumplimiento presentaron una propuesta de estatuto del oficial de cumplimiento y recientemente en 2020 lo hiciera igualmente una asociación internacional. Véase, *Estatuto del Compliance Officer*, CUMPLEN, 2017, Estatuto del Compliance Officer, ASCOM, y para 2020 también la *World Compliance Association* también ha anunciado la presentación de una propuesta de Estatuto.

3 SSTS 514/2015, de 2 de septiembre (Marchena Gómez), 154/2016, de 29 de febrero (Maza Martín) (Pleno / Votos Particulares), 221/2016, de 16 de marzo (Marchena Gómez), 516/2016, de 13 de junio (Martínez Arrieta) y *Auto 516/2016, de 28 de junio* (Martínez Arrieta), 780/2016, de 19 de octubre (Granados Pérez), 827/2016, de 3 de noviembre (Soriano Soriano), 31/2017, de 26 de enero (Colmenero Menéndez de Lúcar), 121/2017, de 23 de febrero (Monterde Ferrer), 252/2017, de 6 de abril (Varela Castro), 455/2017, de 21 de junio (Saavedra Ruiz), 583/2017, de 19 de julio (Del Moral García), 639/2017, de 28 de septiembre (Ferrer García), 668/2017, de 11 de octubre (Marchena Gómez), *Auto 1521/2017, de 23 de noviembre* (Marchena Gómez), 7/2018, de 11 de enero (Jorge Barreiro), 279/2018, de 12 de junio (Palomo del Arco), 316/2018, de 28 de junio (Magro Servet), 365/2018, de 18 de julio (Magro Servet), 506/2018, de 25 de octubre (Martínez Arrieta), 614/2018, de 30 de noviembre (Sánchez Melgar), 737/2019, de 5 de febrero (Del Moral García), 742/2018, de 7 de febrero (Varela Castro), 746/2018, de 13 de febrero (Del Moral García), 123/2018, de 8 de marzo (Colmenero Menéndez de Lúcar), *Auto 711/2018, de 19 de abril* (Del Moral García), 234/2019, de 8 de mayo (De Porres Ortiz de Urbina).

de garante del órgano de control y sus funciones en el marco de una organización empresarial. En Alemania, por el contrario, el Tribunal Federal Supremo dictó un *obiter dictum* en una polémica sentencia en la que se sostiene que el compliance officer *es garante de evitar los riesgos penales de la actividad empresarial* (BGSt de 17 julio 2009). La sentencia fue muy cuestionada en la doctrina alemana y, si bien, puede parecer excesivo pensar en una posición de garante tan extensa, no cabe duda que la cuestión requiere un análisis detenido, en particular del art. 31 bis 2 y 5 CP, y la necesidad de precisar el ámbito de la posición de garante del órgano de control allí mencionado.

2. Posición de garante de la persona jurídica, del órgano de administración y del órgano de control y supervisión

El art. 31 bis 2 CP no define qué es un *programa de compliance*, ni cómo debe diseñarse un modelo de prevención de riesgos penales. Esta disposición establece las circunstancias en las que existe un *especial deber jurídico* de la persona jurídica de organizarse conforme a derecho para evitar determinados resultados lesivos previstos en el Código penal. Dicho con otras palabras, define las circunstancias bajo las cuales la persona jurídica que haya cumplido con dicho deber jurídico puede quedar exenta de responsabilidad. La ley exime de responsabilidad penal a las *personas jurídicas* cuando hayan implementado un *modelo de organización y gestión de riesgos penales* (art.31 bis 2, 1ª y 2ª CP) y también las exime cuando las personas físicas, en el ámbito de su actividad empresarial, omitan los controles internos de prevención de forma fraudulenta o cuando éstas hayan realizado un ejercicio insuficiente de la función de supervisión (art. 31 bis 2, 3ª y 4ª CP).

El art. 31 bis 2 CP determina así las *situaciones que generan un deber jurídico específico* de la organización. Al igual que las personas físicas, las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal son garantes de evitar los riesgos penales que pudieran derivarse de su actividad empresarial y por ello el Derecho penal dispone el *especial deber jurídico de organizarse para evitar dichos riesgos*. Su correcta organización como sujeto y cumplimiento de las normas de prevención permitirá disminuir o, incluso, evitar la responsabilidad penal que pudiera derivarse de aquella.

Los especiales deberes jurídicos que incumben a un sujeto dan lugar a su *posición de garante* (art. 11CP). Éstos implican que, unas veces, deben evitar los riesgos que derivan de su propia actuación y, otras, deben preservar de los riesgos externos que puedan lesionar el bien que tiene a su cuidado. En este sentido, el art. 31 bis 2 CP determina:

- la *posición de garante del órgano de administración*, en quien recae el deber de adoptar y ejecutar con eficacia el modelo de organización y gestión; dicho con otras palabras, se establece la obligación legal del órgano de administración de implementar y dotar a la organización de un modelo de organización y gestión para la prevención de los riesgos penales que puedan derivarse de su actividad empresarial (art. 31 bis 2, 1ª CP);

- la *posición de garante de un órgano de la persona jurídica que lleve a cabo la función de supervisión* del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención; este órgano ha de tener poderes suficientes -autónomos de iniciativa y de control- y debe tener encomendada la función de supervisar con eficacia los controles internos para poder cumplir la función de prevención de riesgos penales (art. 31 bis 2, 2ª CP, en relación con los deberes de los administradores que surgen de los arts. 225 y ss. LSC);

- la *posición de garante de cada persona dentro de la organización*, estableciendo el deber de cumplimiento de las normas internas de prevención de riesgos penales; por esta razón, se dispone que si las personas físicas eluden fraudulentamente los controles internos, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad (art. 31 bis 2, 3ª CP) (evidentemente, si se han cumplido además con los requisitos 1ª y 2ª);

- la *posición de garante de la/las persona/s física/s*, estableciendo el deber de supervisión y la consecuente responsabilidad por *omisión o insuficiente cumplimiento de las funciones de supervisión, vigilancia y control*; si a pesar de cumplir con 1ª y 2ª, el órgano de control incumple el deber de control o lo hace de forma insuficiente, la persona jurídica tampoco responderá (art. 31 bis 2, 4ª CP).

El art. 31 bis 2, 1ª-4ª CP describe así las *posiciones de garante* de quienes tienen un *deber jurídico específico individual en el ámbito de la organización empresarial*: todos los miembros integrantes de estos órganos

(sean colegiados o unipersonales) responderán de forma individual si no cumplen con el deber impuesto. Es claro y no resulta discutible que el legislador ha optado por un modelo de responsabilidad individual de la persona jurídica (art. 31 ter CP) y por la responsabilidad individual de las personas físicas en función del grado de su posición de garante en el ámbito de la organización (art. 31 bis 2, 1^a-4^a CP). Siendo la responsabilidad penal estrictamente individual es impensable concebir una responsabilidad por transferencia de la culpabilidad de una persona a otra, como se ha llegado a sostener por la Circular FGE 1/2011 y la 1/2016.

El art. 31 bis 5 CP, a su vez, tampoco define cómo debe ser ni cómo debe diseñarse un programa de *compliance*, sino que completa lo dispuesto en el art. 31 bis 2 CP estableciendo la *extensión de la posición de garante* para que la *persona jurídica* pueda disponer de un adecuado sistema de prevención de los riesgos penales:

- identificar las *actividades (empresariales) de la organización* en las que existen riesgos penales (art. 31 bis 5. 1^aCP): dicho con otras palabras, identificar las zonas de riesgos de la actividad de la organización que generan la fuente de peligro que da lugar a posición de garante (art. 11 CP); la persona jurídica no responderá de todos los delitos que se puedan cometer en la empresa, sino solo de aquellos que se puedan derivar de su actividad empresarial, delimitando así, a su vez, el área de riesgos penales que son objeto de supervisión y control.

Es evidente que en el marco de una organización se pueden cometer muchas conductas típicas de distinta índole, pero de su evitación no siempre es garante la persona jurídica, ni las personas físicas que constituyen el órgano de administración ni de las que desempeñan la función de control y supervisión de riesgos penales;

- establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica (art. 31 bis 5, 2^a CP): dicho con otras palabras, la persona jurídica se debe organizar para establecer el proceso de toma de decisiones de quienes deben desempeñar la función de supervisión, vigilancia y control; es preciso determinar las funciones concretas de todos aquellos que se encuentren en posición de garante para la prevención de los riesgos penales (art. 11 CP);

- disponer de recursos financieros adecuados para impedir la comisión

de delitos (art. 31 bis 5, 3ª CP): dicho con otras palabras, las personas jurídicas deben destinar recursos económicos suficientes para el programa de prevención.

En este sentido, el órgano encargado de adoptar y ejecutar con eficacia el modelo de supervisión y gestión (el órgano de administración, art. 31 bis 2, 1ªCP) debe destinar un presupuesto adecuado para que el órgano de cumplimiento pueda cumplir adecuadamente con la función de supervisión y gestión;

- imponer la obligación de informar de posibles riesgos o incumplimientos al órgano de supervisión (art. 31 bis 5, 4ªCP): dicho con otras palabras, determinar y concretar la obligación de quienes estén en posición de garante de poner en conocimiento de los riesgos que deben ser prevenidos; esta obligación genera la posición de garante de todas aquellas personas físicas en la organización empresarial a las que incumbe dicho especial deber jurídico de informar de acuerdo con las normas internas.

- establecer un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos (art. 31 bis 5, 5ªCP): dicho con otras palabras, la persona jurídica debe y, por ende, el órgano de administración debe establecer consecuencias frente a los incumplimientos de sus normas internas de prevención de riesgos penales;

- por último, realización de verificaciones periódicas del modelo y su eventual modificación (art. 31 bis 5, 6ª CP): dicho con otras palabras, define un ámbito de las funciones de verificación cuando existan infracciones relevantes de las normas internas inherentes o cambios en la estructura de la organización a quienes son garantes de la supervisión y control del modelo; de esta verificación también resulta garante, en primer lugar, el órgano de control y, en último lugar, también el órgano de administración.

En definitiva, el Código penal en su art. 31 bis 2 no define las funciones del órgano de control, sino que define con precisión las situaciones que generan especiales deberes jurídicos (art. 11 CP) y, con ello, el ámbito de la posición de garante de la persona jurídica, del órgano de administración, del órgano de control y supervisión en la prevención o reducción de los riesgos penales para la organización, así como el de cada persona física a quien incumba especiales deberes de información en relación a

los riesgos penales. A su vez, el art. 31 bis 5 CP define la *extensión de los deberes y los poderes delegados por parte del órgano de administración al órgano de control*.

Dicho esto, será la propia organización la que, en función de su actividad empresarial, de su organización social y características orgánicas, debe elaborar su propio programa de prevención de riesgos penal. En este sentido, no es el órgano de control el que debe elaborar el código ético o de conducta y la cultura empresarial, ni el programa de control y supervisión por iniciativa propia, sino que su función será la de control y supervisión por delegación del órgano de administración. El Código penal define con extraordinaria claridad el escenario de deberes y se los atribuye al órgano de administración y *por delegación* de éste al órgano de control y a las demás personas físicas obligadas por la normativa interna de la organización para la prevención de los riesgos penales.

La elección de este sistema no es caprichosa, ni arbitraria. Obedece y se deduce directamente de las normas jurídico-penales que rigen la posición de garante (art. 11 CP). Este modelo es el seguido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos continental-europeos (Francia, Portugal, Italia, Suiza, entre otros, así como también en América Latina). En este sentido, no debería ofrecer tanto debate en cuanto a sus supuestas indefiniciones ni inseguridades jurídicas, cuando toda la base dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra desarrollada a partir en una consolidada dogmática de la posición de garante, de la delegación de la posición de garante y de la responsabilidad por omisión reconocida en todos los códigos penales de tradición continental europea.

3. La función y los deberes del *compliance officer*

En relación al *compliance officer* o al responsable del órgano de control, se argumenta insistentemente en que no hay normas en el ordenamiento jurídico que se refieran de forma expresa al *rol del compliance officer y/o a sus funciones* dando lugar, según algunas asociaciones de profesionales de *compliance*, a una completa inseguridad del ámbito profesional y de los límites de su responsabilidad.

Sin embargo, la función de control y supervisión de riesgos no es una novedad en el ordenamiento jurídico español. Con anterioridad a las

reformas del Código penal de 2010 y 2015 ya nos encontramos con un importante elenco de normas sectoriales que imponen *deberes jurídicos especiales de supervisión, control y prevención de riesgos*, pero no con una norma general sobre las funciones del órgano de control. En el ámbito del mercado de valores, en la prevención de blanqueo de capitales, en la prevención de riesgos laborales, protección de datos, entre otros ámbitos regulados, son conocidos un número importante de deberes legales específicos de control y/o supervisión. Éstos también configuran la *posición de garante* de quienes tienen a cargo el cumplimiento de dichos deberes. Por otro lado, nos encontramos con las normas UNE 19600 *Sistemas de gestión de compliance* (CMS) y la 19601 *Sistema gestión de compliance penal* que disponen *normas técnicas* que por definición son de voluntario cumplimiento, aunque la administración podría llegar a determinar (por ley) su alcance y cumplimiento obligatorio para las prescripciones técnicas en los pliegos de contratación pública. No es el caso tampoco. Estas normas técnicas estandarizadas por la UNE pueden servir de importante orientación, pero ninguna de ellas tiene por finalidad, ni puede, limitar la responsabilidad ni civil, ni penal del compliance officer en el ejercicio de funciones. Por el contrario, los *deberes jurídicos del órgano de administración en relación a la prevención de riesgos* inherentes a la actividad empresarial sí encuentra un expreso reconocimiento legal en la LSC y son las normas que, precisamente, constituyen fuente de la posición de garante: arts. 225, 249 bis, 529 LSC en relación con el art. 11 CP.

Como se mencionaba en la introducción, esta situación ha llevado a diversas asociaciones de profesionales que cumplen funciones de oficiales de cumplimientos o de compliance officers a considerar que la posición jurídica de éstos profesionales *no tiene norma que respalde su actividad*, que existe una *ambigüedad legal de su función* o que su *función está envuelta en incertidumbres legales*. Por ello, vienen abogando por la necesidad de promover un *estatuto del compliance officer* con la finalidad de dotar de *seguridad jurídica la función de esta nueva profesión*. En los diversos proyectos que se han presentado se desarrolla un cuerpo normativo que pretende colmar esta laguna estableciendo, por un lado, normas deontológicas, de acceso a la profesión, incompatibilidades e independencia, y, por otro, definiendo las funciones concretas del alcance del deber de control y de supervisión.

¿Tiene esta situación que conducir a la conclusión de que la actividad de un *compliance officer* no se encuentra regulada, que esta actividad carece de toda seguridad jurídica y que, por lo tanto, es necesario un *estatuto del compliance officer*?

Antes de pronunciarse sobre si resulta o no adecuado que se dote a los *compliance officers* de un estatuto profesional, es necesario abordar una cuestión previa: esclarecer si nos encontramos, en efecto, ante una *profesión regulada* que requiere una determinada titulación específica y, por tanto, incluso se podría plantear si su ejercicio profesional debería estar sujeto a colegiación (vid. Ley 2/1974, de 13 febrero, sobre Colegios Profesionales, Exposición de Motivos y art. 2). Cabe señalar que las profesiones reguladas se encuentran determinadas por ley y son todas aquellas actividades o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o alguna de sus modalidades de su ejercicio exija de forma directa o indirecta un título específico (RD 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorpora la Directiva 2005/36/CE).

Parece claro que no nos encontramos ante este tipo de ejercicio profesional. Tal es así, que los profesionales que ocupan puestos de *compliance officers* son abogados, economistas, auditores, ingenieros, entre otras profesiones. Es un debate habitual en los foros especializados abordar cuál es el *perfil profesional idóneo* para un *compliance officer*. En todo caso, sin perjuicio de otras cualidades que pueden ser importantes para el desarrollo de su función, es unánime coincidir en que la función de cumplimiento requiere formación jurídica, no necesariamente debe ser abogado, pero sí tener conocimientos jurídicos. Si se tiene en cuenta que un número importantes de las funciones de control y supervisión derivan del cumplimiento de normas legales, es difícil pensar que dicha función no requiera una cierta formación jurídica. Podría perfectamente ser suficiente el grado en Derecho, sin necesidad de tener la habilitación para el ejercicio profesional de abogado. De hecho, han proliferado cursos de especialización y masters en esta materia, centrados fundamentalmente en los aspectos jurídicos y jurídico-penales de la función del oficial de cumplimiento que son realizados no solo por graduados en Derecho, sino también por graduados en otras profesiones.

Este escenario permite apreciar que más que ante una profesión estamos ante el desempeño una *función* específica, pero parece difícil com-

prender que podamos estar hablando de una actividad profesional cuyo ejercicio requiera una titulación específica. Si acaso, la titulación más específica que uno se pudiera imaginar es la de graduado en Derecho y ni siquiera necesariamente requeriría ser *abogado*. El control y supervisión de riesgos penales es una *función específica y cualificada*, para la que pueden ser necesarias muchas otras aptitudes. De ahí que resulte más convincente hablar del perfil y la cualificación que deba tener quien desempeñe dicha función y ello, evidentemente, no puede definirse sin tener en cuenta la actividad empresarial que desarrolle una organización.

En conclusión, *de lege lata*, no parecen darse las condiciones para considerar que estamos ante una *profesión* especializada que requiera regulación específica y su consiguiente estatuto profesional para definir el alcance de la profesión. Pero tampoco *de lege ferenda* parece necesario una regulación específica, pues sus funciones no derivan de un estatuto, sino –como veremos a continuación– de la delegación de deberes de diligencia.

4. El órgano de control y supervisión de riesgos penales como órgano de la empresa.

El órgano que cumple las funciones de compliance, sin duda, forma parte de la estructura de la empresa. En este sentido, cumple con funciones específicas como las de cualquier otro departamento dentro de la organización (asesoría jurídica, auditoría interna, control de calidad, o cualquier otra). Pero, es más, si nos atenemos a la Ley de Sociedades de Capital en la que se establecen los *deberes específicos* del órgano de administración, se percibe que el órgano de compliance tiene un rol semejante al de las *comisiones especializadas* que ejercen funciones delegadas del Consejo (art. 529 terdecies LSC, para las sociedades cotizadas). Entre los deberes del órgano de administración se encuentra fundamentalmente el *deber de diligencia* (art. 225 LSC) y entre las facultades no delegables (en las sociedades cotizadas, pero no tendría por qué ser distinto en otro tipo de organización) se encuentra *la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control* (art. 529 ter b) LSC). De estos deberes se deduce precisamente que la implementación

de los programas de compliance, la aprobación de todos sus protocolos y sus eventuales modificaciones tienen que ser aprobados por el órgano de administración, como también reconoce el art. 31 bis 2, 1º CP. Parece difícil, pues, imaginar que el órgano que realiza la función de control y supervisión de los riesgos penales *por delegación* de aquél no esté integrado en la propia estructura de la sociedad. Su *composición*, la *designación de sus miembros* y sus *funciones* tienen que estar determinadas por el órgano de administración al igual que la de cualquier otra comisión cuya función sea cumplir con deberes delegados del órgano de administración (art. 529 terdecies LSC).

Si el órgano de control no es distinto de cualquier otro órgano o comisión delegada del órgano de administración, la regulación de sus funciones está en el ámbito propio de *autorregulación* que se les reconoce a las sociedades mercantiles. *De lege ferenda*, se podría llegar a plantear si el órgano de control y supervisión de riesgos penales pudiera, si acaso, tener un reconocimiento expreso como órgano específico en el sentido de cualquier comisión especializada delegada en el contexto del art. 529 terdecies LSC. No sería desacertado.

En este ámbito, lo único determinante a los efectos de que este órgano pueda cumplir y desempeñar correctamente sus funciones, para que las mismas puedan ser consideradas una causa eximente o atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es que *su regulación interna cumpla con los requisitos establecidos por el Código penal* (arts. 31 bis 2 y 5 CP). Para que se pueda cumplir con el alcance y límites de la posición de garante que el Código penal dispone, la organización debe dotar al órgano de control y supervisión de riesgos penales con una estructura y las funciones que le permitan cumplir con los deberes de la posición de garante, es decir: *con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos* (art. 31 bis 2, 2ª CP). Ello conlleva necesariamente también la necesidad de determinar la extensión de sus *funciones de investigación*. Por consiguiente, a la hora de diseñar la estructura del órgano de control de riesgos penales, son las normas internas de la organización las que deben establecer su composición y sus funciones garantizando que dicho departamento goce de la independencia necesaria para investigar cualquier presunto incumplimiento de las normas internas de prevención de riesgos penales o de las normas legales que le

atribuyan la función de supervisar los controles internos, como pueden ser las derivadas de otras normas sectoriales.

En conclusión, el órgano de compliance forma parte de la estructura orgánica de la empresa y los profesionales que desempeñen dichas funciones están sometidos en todas sus funciones al Código de conducta de empresa, a las normas y protocolos internos y son estas mismas normas internas las que deben necesariamente garantizar su independencia para el correcto desempeño de una función.

Resulta difícil imaginar que el cumplimiento del control y supervisión inherente a esta posición de garante pueda ser desempeñada por un profesional externo a la empresa con normas deontológicas y funciones definidas en un estatuto profesional. Su función no es comparable con la de los asesores profesionales externos a la empresa, como pueden ser abogados, economistas, auditores, entre otros. Tal es así, que el Código penal ni se pronuncia al respecto y, en todo caso, respecto de las sociedades de pequeña dimensión se limita a establecer que las funciones de control y supervisión pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración (art. 31 bis 3). Es decir, el órgano de administración puede no delegar estas funciones inherentes a su posición de garante si su estructura es pequeña y, por tanto, no se encuentre justificada semejante estructura⁴.

En definitiva, el órgano de control y supervisión de riesgos penales es un órgano que debe formar parte de la estructura de la empresa y ejerce funciones delegadas del órgano de administración. Un profesional externo no ejerce funciones delegadas del órgano de administración, ni vincula a la persona jurídica. Cuestión distinta es que se pueda contratar a terceros o empresas especializadas para otras funciones, como la gestión de los canales de denuncias u otros encargos profesionales de asesoramiento sobre la prevención de concretos ámbitos de riesgos penales.

⁴ Cabe señalar que el CP establece como criterio para determinar la dimensión de la persona jurídica un criterio desacertado. A los efectos del art. 31 bis 3, se entenderá por personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada. Es evidente, que el riesgo de la actividad empresarial nada tiene que ver con un criterio contable y una pequeña empresa podría, sin embargo, tener una actividad de altos riesgos penales. Desde una perspectiva pragmática, convendría, a pesar de esta exención que permite el CP, diseñar la necesidad o no de un órgano de control y supervisión de riesgos penales, teniendo en cuenta los riesgos penales de la actividad empresarial.

5. Concreción, alcance y límites de los deberes del órgano de control y supervisión

El Código penal en su art. 31 bis 2 y 5 define, hasta donde es posible, las *posiciones de garante* dentro de una organización y la *extensión de las funciones de control de riesgos penales de la actividad empresarial*. Desde esta perspectiva, no se aprecia que haya ninguna inseguridad jurídica respecto de la función que cumple un órgano de control.

La norma penal establece, en una interpretación sistemática, el siguiente marco de las *posiciones de garante y extensión de sus funciones*:

- Posición de garante del órgano de administración y su extensión en relación a la prevención de los riesgos penales:
 - implementar el *modelo de organización y gestión* en la organización (art. 225, art. 529 ter LSC en relación con los arts. 11 y 31 bis 2, 1ª CP),
 - creación de un órgano de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención (art. 11 CP y 31 bis 2, 2ª CP),
 - dotar a dicho órgano con funciones autónomas de iniciativa y de control o la función de supervisar la eficacia de los controles internos (art. 11 CP y 31 bis 2, 2ª CP),
 - dotar a la organización de protocolos o procedimientos internos, en los que se concrete el proceso de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación los riesgos penales (arts. 11 y 31 bis 5, 2ª CP),
 - dotar al órgano de control y supervisión de recursos financieros adecuados para el cumplimiento de sus funciones (art, 31 bis 5, 3ª CP)
 - establecer que dichos protocolos o procedimientos impongan la obligación de informar al órgano de control y supervisión de posibles riesgos e incumplimiento (arts. 11 y 31 bis 5, 4ª CP),
 - establecer un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos del modelo de organización y control (arts. 11 y 31 bis 5, 5ª CP),
 - establecer revisiones periódicas de los modelos de organización y control en relación a los riesgos de la actividad, si hay cambios

dentro de la organización o en la estructura de control (art. 11 y 31 bis 5, 6^a CP).

- Posición de garante del órgano de control (art. 31 bis 2, 2^a CP) y su extensión derivada de los poderes delegados para el cumplimiento de sus funciones:

- controlar y supervisar los riesgos penales derivados de las actividades del objeto social (arts. 11 y 31 bis 5, 1^a CP),

- controlar y supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en los protocolos y procedimientos internos (arts. 11 y 31 bis 5, 2^a CP),

- controlar y supervisar el debido cumplimiento de las obligaciones de informar de posibles riesgos o incumplimientos (art. 31 bis 5, 4^a CP),

- realizar verificaciones periódicas del modelo de control y supervisión en relación a los riesgos de la actividad (art. 31 bis 5, 6^a CP)

- y las funciones concretas que le pueda otorgar por delegación el órgano de administración para el cumplimiento de la función de control y supervisión.

- Posición de garante de las personas físicas que estén sometidas por las normas internas de la empresa al cumplimiento de los protocolos de prevención de riesgos penales (art. 11 CP).

En principio, todo el que ocupa una posición de garante dentro un órgano directivo es garante frente a los riesgos (peligros) *materiales* de la actividad empresarial o frente a los peligros personales derivados del personal de la empresa que amenacen el interés social o bienes de terceros. La posición de garante dentro de la organización la tiene el órgano de administración y los administradores tienen individualmente el deber de diligencia y de lealtad (arts. 225, 227 LSC). La posición de garante de todo órgano directivo es, por tanto, inherente a la responsabilidad para la que han sido designados. La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha reconocido en este sentido desde la STS de 23 de abril de 1992 (*caso del aceite de colza o del síndrome tóxico*).

Concretar más detalladamente las acciones de las funciones inherentes al control de riesgos o establecer deberes concretos de supervisión solo

es posible respecto de una situación o caso concreto y de las circunstancias de un hecho. Por ello, ante la diversidad de actividades empresariales y la diversidad de riesgos penales que de aquellas se pudieran derivar, no es posible establecer normas generales de diligencia más allá de las que describe el Código penal para *evitar o disminuir la posibilidad de la concreción de un riesgo en un ilícito penal* y éstas deben ser concretadas en sus propios protocolos y procedimientos internos en función de los eventuales riesgos penales concretos a los que se enfrenta la actividad empresarial.

La Circular 1/2016 de la FGE sobre el art. 31 bis-quinquies acertó cuando señaló, en relación a la responsabilidad del compliance officer, que no tenía más responsabilidades que el propio órgano de administración. En efecto, no tiene ni más ni menos, tendrá las funciones que de forma expresa le delegue el órgano de administración para poder cumplir de forma adecuada con el control y supervisión de los riesgos penales.

En este sentido, no hay que dejar de recordar que los miembros de cada órgano (colegiado o unipersonal), cada directivo y cada empleado se pueden encontrar individualmente en posición de garante dependiendo de la función o el rol que desempeñan dentro de la estructura empresarial. A todos, en mayor o menor medida, les incumben deberes específicos de supervisión y control de riesgos dentro de una empresa (auditoría interna, protección de datos, prevención de blanqueo de capitales, normas sectoriales, etc.). El órgano de control al que se refiere el Código penal le incumbe en particular la supervisión y control de los riesgos penales que pudieran derivarse de la actividad empresarial, pero no significa que es el único garante de la no producción de estos riesgos, ni que la posición de garante no tenga límites. El deber de garante admite los *límites* que se derivan de la propia organización empresarial y de la división de trabajo. Por ello, una correcta interpretación de la posición de garante de los administradores, directivos y empleados debe ser analizada y definida en función de las características organizativas de cada empresa y de situaciones concretas que establezcan el deber de actuar.

De acuerdo con las reglas generales tampoco existe ningún impedimento para poder *delegar la posición de garante*. El deber de garante es, por regla general, delegable y por ello el deber específico de control y supervisión de riesgos de los administradores también se puede delegar. En

efecto, así ya lo reconoció el Tribunal Supremo en su temprana sentencia de 26 de marzo de 1994, en la que reconoce la posibilidad de delegar la posición de garante cuando las distribuciones de funciones no puedan realizarse personalmente en todas las operaciones necesarias de cumplimiento del deber. Otorga, por ello, también *valor exonerante de la delegación* cuando “*tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de todos los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar*”. Y exactamente esto es lo que dice, en definitiva, el art. 31 bis 2 y 5 CP. Esta sentencia resulta particularmente importante en relación a la delegación de la función de control y supervisión, porque señala que para que la delegación sea exonerante, ésta tiene que hacerse a *una persona que tenga capacidad para realizar la función y que debe disponer de los medios necesarios para su ejecución*. En este sentido, la formación del compliance officer y sus competencias serán importantes a la hora de valor si la elección de éste y la delegación fue hecha a quien podía cumplir adecuadamente con el deber.

Por último, no hay que olvidar que hay un sector de la doctrina que entiende que el *deber de diligencia del administrador* (deber positivo) no admite una delegación absoluta o una desvinculación total, aun cuando exista una delegación transitoria. En efecto, si el obligado societario conoce de algún peligro para el bien jurídico al que él se halla vinculado, en todo caso seguirá estando obligado a impedir el resultado dañino, aun cuando se hubiese producido una delegación temporal. En este sentido, también lo interpretó el voto particular de la STS 234/2010 que entendió que el administrador tiene un último deber de vigilancia sobre la correcta ejecución de la función delegada derivada del deber de diligencia del art. 225 LSC. Las expectativas normativas que se dirigen al administrador de una sociedad mercantil, le obligan a permanecer dispuesto y le obligan a fiscalizar posibles irregularidades societarias que puedan producirse en la sociedad. El administrador tiene el deber especial de impedir los resultados que puedan dañar a la sociedad o los daños que de su actividad se pudieran derivar para tercer. Este es el deber que, en última instancia, impone el art. 11 CP.

En conclusión, el compliance officer está en posición de garante (art. 11 CP) porque obra por delegación del órgano de administración en relación con el deber que a éste le incumbe derivado de los deberes de

diligencia y de control de riesgos de la actividad empresarial (art. 225 y 529 ter c) en relación con art. 11 y 31 bis 2 y 5 CP). De aquí deriva su función, la extensión de las mismas y su posible responsabilidad penal que ningún estatuto profesional podrá limitar, pues se rige exclusivamente por las reglas de imputación del Derecho penal.

6. Conclusión

Es por todo ello que los modelos de organización y control y el diseño de los mismos tienen que ser *específicos* para cada empresa en relación a la actividad empresarial, a su estructura societaria y su dimensión, a su organización interna y la forma en que están divididas las funciones internamente, entre los aspectos más relevantes. Sin perjuicio de que existan elementos comunes que componen un programa de prevención de riesgos penales (código ético o de conducta, protocolos internos, canal de denuncias, etc.) su elaboración es una labor que, además, no puede llevarse a cabo sin la participación del propio órgano de administración. Dicho con otras palabras, un programa de cumplimiento y prevención de riesgos penales requiere una cuidada definición de las posiciones de garante y de su alcance respecto de situaciones concretas del ámbito de la actividad empresarial que generan los deberes de informar, de controlar y de supervisar. Estos deberes son los que determinarán en última instancia el alcance y límite de la posición de garante dentro de la empresa, ya sea como miembros del órgano de administración, directivos, empleados o compliance officer.

Parece difícil ver el alcance que pueda tener un estatuto del compliance officer para ofrecer mayor seguridad jurídica y garantías para el ejercicio de su función. En todo caso, la responsabilidad penal del compliance officer dependerá del alcance y límites con que se dispongan las funciones concretas que le sean asignadas. Como órgano de la empresa, el compliance officer está vinculado a las normas contractuales y a toda la normativa interna de la empresa.

Es en el marco del art. 31 bis 2 y 5 CP, en el que se debe desarrollar la figura del compliance officer, así como las normas internas de control y supervisión de los riesgos penales de una organización para que, por un lado, tenga el perseguido efecto eximente sobre la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica y, por otro, otorgue la búsqueda

seguridad legal dentro de la cual el órgano de control pueda desarrollar sus funciones de control, supervisión e investigación garantizando su independencia y la disponibilidad de medios para su cumplimiento adecuado.

En cuanto a la posible exención de la responsabilidad penal del propio compliance officer, también habrá que estar a las propias disposiciones del Código penal entre las cuales pueden entrar en juego las reglas del error (art. 14 CP) o eventualmente alguna causa de justificación si concurriera.

Teniendo en cuenta la dimensión que han adquirido hoy por hoy los riesgos penales en la actividad empresarial y la propia responsabilidad penal de la empresa, así como los deberes jurídicos de los administradores, sería oportuno considerar la necesidad de un expreso reconocimiento en la legislación societaria de una comisión delegada para el cumplimiento de las funciones de control y supervisión de riesgos penales del compliance officer.

Bibliografía de referencia:

E. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, Hammurabi, 2ª ed. 2005, 131 ss.

ID., *Compliance y Derecho penal*, Editorial Aranzadi, 2011, 21 ss., 79 ss.

ID., *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, 2ª ed. 2006.

M. BAJO – S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª ed. 2010, 107 ss.

M. BAJO – B. FEIJOO SÁNCHEZ – C. GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas, 2ª ed. 2016.

S. BACIGALUPO – J. SÁNCHEZ-VERA, *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, 2005, 28 ss.

M. CORCOY BIDASOLO – V. GÓMEZ MARTÍN, *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2016, 66 ss.

N. DE LA MATA – J. DOPICO – J.A. LASCURÁIN – A. NIETO, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018.

P. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, ARA Editores, 2004, 331 ss.

S. HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.

ID., *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP 1995*, Tirant lo Blanch, 1997.

J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, 2002.

C. MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, 5ª ed. 2016, 514 ss.

A. NIETO MARTÍN – J. A. LASCURÁIN – P. PÉREZ FERNÁNDEZ – B. GARCÍA MORENO, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2015, 166 ss.

TH. ROTSCH, *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, Nomos, 2012, 1 ss.

J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2020, 110 ss.

J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Julio Cesar Faira Editor, 2ª ed. 2006.

K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, Heymann, 2ª ed. 2007, 101 ss.

VIOLENZA SESSUALE IN FAMIGLIA E DIRITTO VIVENTE*

Giuliano Balbi

1 - In un suo studio del 1988¹, Lucio Monaco fissava una serie di punti fermi in tema di diritto penale sessuale, mettendo sull'avviso il legislatore non soltanto circa l'assoluta necessità di riformare il settore, ma anche dei rischi in cui si sarebbe incorso se tale intervento non fosse stato sorretto da una profonda razionalità politico-criminale². Di qui i rilievi - e ne cito soltanto alcuni, quasi a campione, per evidenziare l'assoluta attualità del suo pensiero - sulla problematicità della strutturazione della violenza sessuale in un'unica fattispecie incentrata sulla realizzazione - stricto o lato sensu - violenta di atti sessuali³, della fragilità delle ragioni addotte a sostegno di tale soluzione⁴ e della inevitabile tensione con i principi costituzionali che ne sarebbero derivati; della assoluta inadeguatezza, in tale ambito, di intimidazione e deterrenza in assenza della predisposizione di adeguate opzioni di ordine trattamentale⁵, ma anche della sostanziale inutilità di un'autonoma fattispecie di violenza sessuale di gruppo che avrebbe inevitabilmente finito per assolvere ad una funzione meramente simbolica o comunque lontana dalla sua ragione criminologica di esistenza⁶. Il tempo, ma non c'erano molti dubbi, gli ha dato ragione. Quando oggi siamo tornati a ragionare della necessità di riformare questo ambito del sistema in ragione della profonda crisi che lo connota, non possiamo non rilevare come la gran parte dei problemi che si sono verificati, sul piano ermeneutico come su quello applicativo,

* Il presente contributo prende spunto dalla relazione tenuta il 26 novembre 2019 presso la Corte Suprema di Cassazione, nell'ambito del corso della Scuola Superiore di Magistratura su Violazione dei doveri di assistenza e violenza interpersonale nel nucleo familiare. Per esigenze di spazio, non sono presenti in nota, salvo imprescindibili eccezioni, i riferimenti dottrinari che accompagneranno invece il testo in una sua successiva, ulteriore pubblicazione.

1 L. MONACO, *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, in «*Studi urbinati*» 1988, 401 ss.

2 *Ivi*, 465.

3 *Ivi*, 462 s., 449.

4 *Ivi*, 462.

5 *Ivi*, 407.

6 *Ivi*, 468.

fossero stati individuati per tempo. Sul punto il pensiero di Lucio Monaco è un po' come la stella per i naviganti: nel buio della notte – e oggi la notte è molto buia - va seguita, per non smarrire di nuovo la strada.

2 - Secondo un'indagine dell'ISTAT, pubblicata nel 2014⁷, nel nostro Paese più del 20% delle donne in età compresa tra i 16 e i 70 anni è stata vittima almeno una volta, nel corso della propria vita, di reati a carattere sessuale. Incentrando l'attenzione sulle ipotesi più gravi di stupro consumato o tentato, il numero resta estremamente elevato, attestandosi intorno a un milione e quattrocentomila casi.

Il contesto elettivo è il rapporto di coppia: quasi nel 63 % dei casi ne è infatti autore l'attuale o l'ex marito, il convivente o il fidanzato. L'impatto sulla salute fisica e mentale della vittima, come evidenziato da un recente rapporto dell'OMS⁸ - che lo qualifica come *un problema di salute di proporzioni globali enormi* -, è spesso devastante.

Il tema investe in modo trasversale le dinamiche dei rapporti interpersonali, lo schema dei modelli comportamentali, in qualche modo il quadro complessivo dei valori sottesi al riconoscimento del ruolo della donna all'interno della nostra realtà sociale. Gli strumenti più efficaci cui fare affidamento per affrontarlo sono, evidentemente, la politica culturale e la politica sociale.

Nondimeno, pur nella sua inadeguatezza ad assolvere qui una funzione di prevenzione generale e speciale, lo strumento penale vi ritrova comunque un ambito elettivo di cognizione, estremamente significativo, nella sua declinazione familiare, anche per valutare la specificità del contesto come banco di prova delle forti criticità che connotano la disciplina vigente. Questo, anche alla luce del diritto vivente, cui dedicherò essenzialmente la mia attenzione.

Prendo le mosse da un tema decisamente *rétro*, quello dei *doveri coniugali*, che pur risultando oggi sicuramente non problematico in relazione al tema qui affrontato, appare tuttavia adeguato, forse un po' a sorpresa, a stimolare alcune osservazioni. Non vi è più alcun dubbio, in effetti, sul fatto che il rapporto di coniugio non comporti alcun obbligo al compimento di atti sessuali tale da elidere l'illiceità di un rapporto *stricto* o

7 Cfr. <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/>
8 <https://www.who.int/publications/i/item/9789241564625>.

lato sensu violento: il debito coniugale, pur rientrando tra gli obblighi di assistenza di cui all'art. 143 c.c., non può evidentemente legittimare alcuna forma di coercizione: *il legame coniugale non giustifica pretese sessuali ...*, richiedendo *il rapporto sessuale ... la costante presenza del consenso delle parti coinvolte, non esistendo ... alcun diritto potestativo del marito al soddisfacimento dei propri istinti sessuali*⁹.

Questi rilievi inducono tuttavia alcune riflessioni in tema di consenso, un consenso di cui la giurisprudenza evidenzia bene la costante revocabilità, assumendosene dunque come necessaria la presenza costante. Ma la prassi va oltre, delineando – come passaggio ulteriore - la configurabilità di una sorta di violenza sessuale ambientale: *non esclude l'esistenza del crimine il fatto che la donna non si opponga palesemente ai rapporti sessuali e li subisca quando è provato che l'autore, - nella specie il marito - per le violenze e minacce precedenti, poste ripetutamente in essere nei confronti della vittima, aveva la consapevolezza del rifiuto implicito della stessa agli atti sessuali*¹⁰. La conclusione lascia perplessi, trattandosi di uno schema ricostruttivo che, scomponendo il fatto tipico in termini sia diacronici sia presuntivi, conduce a conclusioni decisamente eccentriche rispetto al principio di tassatività.

Nondimeno, la progressione espansiva apportata dal diritto vivente alla fattispecie di violenza sessuale non si arresta qui. Andando ben oltre la sua ricostruzione in termini “ambientali”, infatti, la Cassazione è arrivata anche a ritenere il dissenso al compimento degli atti sessuali sempre presunto¹¹. Ma la *ratio* di tale soluzione, evidentemente espressiva della frequente difficoltà di fornire la prova del dissenso, finisce in realtà per determinare un'inversione di onere sicuramente contrastante con la presunzione di non colpevolezza.

Nel contempo, non può negarsi che la polarizzazione della tipicità sul dissenso della vittima sia una soluzione sicuramente condivisibile sul piano politico-criminale, peraltro ampiamente auspicata dalla dottrina. Resta il fatto che la disciplina vigente, al contrario, richiede la presenza di precisi indici di costrizione: violenza, minaccia e abuso di autorità. Indici sicuramente incongrui, al punto che la necessità della loro pre-

9 Così, Cass., 11 ottobre 2018, n. 46051.

10 Così, Cass., 29 aprile 2019, n. 17676.

11 In questo senso, tra le altre, Cass., 22 novembre 2016, n. 49597.

senza sembra imporre alla vittima il peso di un “onere di resistenza” irragionevole e del tutto insostenibile sul piano culturale, “infido crinale su cui si innestarono le tematiche della *vis haud ingrata puellis*, della *vis modica*, e, più in generale, la sovversione dei ruoli processuali”¹². Il problema – per il tramite degli evanescenti concetti di violenza impropria e violenza potenziale¹³ - è stato risolto dalla prassi operando, sostanzialmente, come se quei requisiti non fossero presenti nella descrizione normativa, facendo così riferimento a un paradigma di violenza sessuale molto migliore di quello vigente, ma decisamente estraneo alle scelte di incriminazione. Una volta sterilizzate le fattispecie dalla presenza degli ingombranti indici di costrizione, e sorvolando soavemente sui vincoli della tassatività, non ci sono più ostacoli, in effetti, a qualificare come tipici i toccamenti fugaci e repentini¹⁴, l’inganno del ginecologo¹⁵ o, mutando leggermente la prospettiva ma non la disinvoltura nei confronti della legalità, a ritenere investiti di autorità il parroco rispetto ai fedeli¹⁶ o il marito della sorella maggiore rispetto alla cognata¹⁷.

2.1 – Ritornando brevemente al tema dei “doveri coniugali”, appare necessario dedicare attenzione al problema dell’impatto di culture diverse dalla nostra sulla loro definizione. Si tratta di un effetto ritenuto pressoché irrilevante dalla giurisprudenza, sulla base di quella teoria dello “sbarramento invalicabile” secondo cui *nessun sistema penale potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali ..., alla punizione di fatti che colpiscono o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell’uomo garantiti e i beni a essi collegati tutelati dalle fattispecie penali)*¹⁸. Sul punto penso, tra le tante, a quella decisione della Cassazione con cui è stata confermata la condanna dell’imputato, di origini albanesi, per violenze sessuali e maltrattamenti a danno della moglie, respingendosi la richiesta di riconoscere a suo favore la scriminante putativa dell’esercizio del

12 Così, T. PADOVANI, *Pre-Art. 609 bis c.p.*, in A. CADOPPI (Ed.), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, 2006, 421.

13 Cfr., tra le altre, Cass. 13 novembre 2017, n. 51581; Cass. 16 gennaio 2015, n. 9222.

14 Per tutte, Cass., 18 settembre 2019, n. 38606.

15 Cfr., ad es., Cass., 30 settembre 2010, n. 35372.

16 Cass., 11 settembre 2018, n. 40301.

17 Cass., 22 maggio 2012, n. 19419.

18 In questo senso, ad es., già Cass. 30 marzo 2012, n. 12089.

diritto a pretendere rapporti sessuali che, secondo l'imputato, la sua cultura d'origine gli avrebbe riconosciuto¹⁹.

Va però detto, in una prospettiva più ampia, che non può negarsi l'esistenza di un impatto del multiculturalismo sulle dinamiche dei reati sessuali. D'altronde, il concetto di *atti sessuali* è pressoché inaccessibile se non muovendo da coordinate di ordine culturale, perché plasmato su di esse e mutevole al loro mutare. Quello strano, insidiosissimo, microcosmo costituito dalla famiglia costituisce anche qui un banco di prova importante.

Interessante, in proposito, un altro caso recentemente vagliato dalla nostra giurisprudenza²⁰: l'imputato, originario delle zone rurali dell'Albania, aveva in più occasioni toccato il figlio minore nella zona puberale, inducendolo anche ad avere con lui rapporti orali, prassi consueta nella zona di provenienza in cui tali pratiche costituirebbero un rituale benaugurante. L'imputato era stato assolto sia in primo sia in secondo grado: nell'un caso per difetto di colpevolezza, nell'altro per difetto di tipicità (per i primi giudici non sarebbe stato possibile muovergli un rimprovero, per i secondi, alla luce del suo contesto culturale, a quegli atti non andava riconosciuta valenza sessuale). La Cassazione perviene a conclusioni opposte: pur riconoscendo un valore importante al diritto *dell'agente a non rinnegare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali*, individua anche qui, infatti, nei diritti fondamentali della persona un limite che non può in alcun modo essere superato. La soluzione è a mio avviso corretta, non ponendosi nei confronti delle specificità culturali in un'ottica di tipo assimilazionista, ma mostrando la consapevolezza della necessità di bilanciarle con il quadro dei valori costituzionalmente irrinunciabili.

Andando più nello specifico, lo schema delineato dalla Cassazione per operare un bilanciamento tra il quadro di valori propri del nostro contesto socio-culturale e modelli diversi discendenti da altre culture, anche lontane, si articola su tre passaggi: a) ci sono dei limiti invalicabili costituiti dai diritti fondamentali della persona; b) si dovranno comunque valutare la natura della norma culturale cui ha fatto riferimento l'agente e la sua eventuale non vincolatività; c) dovrà altresì tenersi conto del

19 Cass., 31 maggio 2018, n. 24594.

20 Cass., 2 luglio 2018, n. 29613.

grado di integrazione del soggetto: minore l'integrazione, maggiore la pregnanza del diverso quadro di valori, concetto in realtà omogeneo a quell'*incolpevole carenza di socializzazione* utilizzata dalla prassi per ricondurre all'art. 5 c.p. – *sub specie* dell'errore scusabile sulla legge penale - ipotesi di circonscisione rituale²¹.

Il discorso, tutto sommato, funziona: una *cultural defence* temperata in termini di bilanciamento è infatti una soluzione condivisibile, ma nasconde delle insidie. Il rischio è infatti costituito dall'intrinseca ambiguità dei parametri di riferimento e dall'assenza della predisposizione dei criteri alla luce dei quali effettuare la ponderazione dei valori in gioco. Particolarmente emblematica, in proposito, un'altra decisione giurisprudenziale²². Si tratta di un'ipotesi di minore infrasedicenne consenziente che aveva compiuto atti sessuali con adulto convivente. Fatto ritenuto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 609 *quater*, comma 1, n. 2, c.p. Tutto normale, in effetti, se non fosse che i soggetti sono sposati, conformemente alla loro etnia e alla loro cultura, con un matrimonio rom; e per questo convivono, e per questo hanno rapporti sessuali. Ma la Corte, mostrando un estremo, per la verità sempre meno frequente, ossequio formale alla lettera della legge - *ai sensi dell'articolo 84 c.c., commi 1 e 2: "I minori di età non possono contrarre matrimonio"* -, totalmente indifferente alla *ratio* di tutela sottesa all'innalzamento, per particolari ipotesi, del limite di età - da 14 a 16 anni - per la rilevanza penale degli atti sessuali consenzienti – *il comma 2 richiede un abuso di potere, non il comma 1, n. 2, qui contestato, dove è sufficiente il mero rapporto di convivenza* –, dimentica completamente di prendere in considerazione le specificità culturali proprie dei soggetti coinvolti. Non viene infatti operato alcun bilanciamento tra i valori in gioco, né in termini di colpevolezza né sul piano dell'offesa. Eppure nessun principio sarebbe stato leso da una riduzione teleologica dell'ambito di operatività della disposizione che, al contrario, le avrebbe consentito di allinearsi a quella natura pluralista del sistema che permea di sé i connotati di un ordinamento democratico.

Nel contempo, sono tutt'altro che isolati orientamenti giurisprudenziali che determinano ingiustificabili ampliamenti degli spazi di illiceità delineati dalle norme incriminatrici.

21 Così, tra le altre, Cass., 24 novembre 2011, n. 43646.

22 Cass., 22 novembre 2017, n. 53135.

E' quel che accade, ad esempio, in relazione al dolo specifico richiesto dal secondo comma dell'art. 609 *quinquies* c.p. - *chiunque fa assistere un minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra ... materiale pornografico, al fine di indurlo a compiere o a subire atti sessuali* -, che recente giurisprudenza, peraltro in via di consolidamento, ritiene al contrario non necessario per la configurabilità dell'illecito: *l'esibizione di organi sessuali, e anche di foto pedopornografiche esplicite - con genitali in mostra e con atti sessuali evidenti* -, a persone minori di 14 anni configura il reato di corruzione di minorenni, indipendentemente dalla presenza, o dall'assenza, di qualsiasi altro requisito²³. In sintesi, la norma richiede un fine, ma per la configurabilità dell'illecito è irrilevante che sia presente.

In effetti, la frequente declinazione post-moderna del *quod principi placuit legis habet vigorem* – il *quod iudici placuit legis habet vigorem* – ha molto in comune con il modello originario: quella lontananza dalle garanzie individuali, quella superfetazione eticizzante delle istanze della difesa sociale, che le rendono totalmente incompatibili con il paradigma laico di un diritto penale democratico.

3 - Un altro aspetto che connota la specificità dei reati sessuali in ambito familiare è quello relativo alla responsabilità del genitore per i fatti realizzati sul proprio figlio minore da un terzo, in genere dall'altro genitore o dal convivente *more uxorio*²⁴. Faccio riferimento, in particolare, all'ipotesi in cui il genitore, in costanza degli abusi, ometta consapevolmente di intervenire per impedirli pur avendone la concreta possibilità, nonché all'ipotesi in cui, venutone successivamente a conoscenza, resti tuttavia inerte non adoperandosi per evitarne la successiva reiterazione.

E' evidente che le due situazioni non sono del tutto omologhe: nella prima si pone già un problema di responsabilità in relazione ai fatti perpetrati; nella seconda – cui può evidentemente equipararsi quella in cui il genitore, pur acquisendo la consapevolezza in costanza del fatto, non abbia in quel momento alcuna possibilità, diretta o indiretta, per impedirlo – si pone invece il problema della responsabilità per i reati sessuali ulteriori che dovessero essere realizzati successivamente all'acquisita

23 Così, tra le altre, Cass., 19 aprile 2017, n. 31263.

24 Ma potrebbe evidentemente anche trattarsi di altri, ad esempio il nonno, come nel caso affrontato da Cass., 29 agosto 2019, n. 36645.

consapevolezza non seguita da alcun genere di adeguato intervento ostativo.

Queste ipotesi sono tuttavia legate da un tratto comune: il presupposto della responsabilità – omissiva, *ex art. 40, comma 2, c.p.* – è il riconoscimento in capo al genitore “inerte” di una posizione di garanzia – più esattamente di protezione - strumentale a preservare il figlio minore dal pericolo di essere vittima di reati sessuali.

Il punto, in giurisprudenza, appare incontrovertito: la posizione di garanzia esiste, con il conseguente sorgere di responsabilità omissiva in capo al genitore inadempiente, ritrovando nell’art. 147 c.c.²⁵ fonte e contenuto. *Contenuto* ricostruito in termini di tutela dell’integrità fisio-psichica del minore, desunto da quell’obbligo di *assistenza morale* richiamato dalla disposizione. In alcuni casi si fa riferimento anche al *dovere di mantenere, istruire ed educare i figli di cui* all’art. 30 Cost.²⁶

E’ vero che potrebbero sorgere dubbi circa la possibilità di fondare *ex art. 40 comma 2 c.p.* la responsabilità del garante per il mancato impedimento non di un evento ma dell’altrui reato, peraltro di un reato, come nel caso di specie, di pura condotta non causalmente orientato, ma l’obiezione non mi sembra del tutto condivisibile. Innanzitutto, in una prospettiva teleologica, perché la posizione di garanzia risulterebbe fortemente menomata nella sua funzione di tutela – e dunque nella sua stessa ragione funzionale di esistenza -, in secondo luogo perché credo che il confronto dialettico, anche serrato, a volte aspro, con il diritto vivente quasi imponga alla dottrina – al di là di alcuni limiti invalicabili – di non attestarsi su opzioni ermeneutiche che hanno pochissime possibilità di essere recepite dalla prassi.

Nel contempo, ho serie perplessità circa la correttezza del ricondurre le ipotesi in esame non al concorso in violenza sessuale ma – come è accaduto - alla violenza sessuale di gruppo²⁷, fattispecie che dovrebbe ragionevolmente ritenersi integrata nelle sole ipotesi di violenza operata dal “branco”, dimensione fenomenologica che, sul piano politico-criminale, sola giustifica, peraltro, la posizione di un’autonoma ipotesi di illecito.

²⁵ Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l’obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall’articolo 315-bis.

²⁶ V., ad es., Cass., 1 dicembre 2005, n. 3124.

²⁷ Così, invece, ad es. Cass., 2011, n. 26369.

Ritornando ai presupposti per l'insorgere della responsabilità del genitore garante, ricordo che gli stessi sono stati individuati dalla giurisprudenza a) nella conoscenza o conoscibilità del fatto; b) nella conoscenza o riconoscibilità dell'azione doverosa; c) nella possibilità oggettiva di impedire l'evento²⁸. L'asserita adeguatezza dei requisiti potenziali lascia tuttavia perplessi: l'addebito che si può muovere al genitore che, non sufficientemente attento, non si renda conto di quanto accaduto o di quanto stia accadendo, è infatti tipicamente colposo, e dunque inadeguato a dar luogo a responsabilità concorsuale, ma anche a responsabilità diretta, trattandosi di fatti integrabili esclusivamente dal dolo. Nel contempo, non potrà escludersi la configurabilità di una responsabilità concorsuale strutturata sul dolo eventuale, ma questo dovrà configurarsi non in termini di mera accettazione del rischio, ma di adesione consapevole all'eventualità della verifica dell'evento²⁹.

Merita attenzione, nel contempo, il tema relativo al contenuto della posizione di garanzia, domandandosi in particolare se esso coincida con un obbligo di denuncia dell'illecito tale da determinare, se consapevolmente disatteso, l'insorgere di responsabilità concorrente a carico del garante. Credo che questa soluzione, pur diffusa nella giurisprudenza³⁰, non abbia solide fondamenta. D'altronde, salvo la presenza puntuale di obblighi espressi di denuncia – la cui violazione integrerà però gli estremi di reati omissivi propri, peraltro non consistenti nel diretto impedimento dell'altrui illecito³¹, ma solo eventualmente a tale scopo strumentali³² –, il nostro sistema non contempla obblighi generalizzati in tal senso. Nel contempo, va ricordato che il contenuto delle posizioni di protezione è per sua natura elastico, non rigidamente predeterminato, perché solo così può garantirsi l'ottimizzazione della tutela a fronte delle diverse, non sempre prevedibili, dinamiche in cui può in concreto manifestarsi la situazione di pericolo. Tornando al caso di specie, è sicuramente corretto ritenere che il garante debba fare quanto in suo potere per impedire la commissione o la reiterazione di reati sessuali a danno del figlio minore, e se non vi è dubbio che in tale ambito trovi spazio la

28 In questo senso, per tutte, Cass., 25 gennaio 2018, n. 3623.

29 Cfr. Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343.

30 Così, ad es., Cass., 10 febbraio 2010, n. 11243.

31 Si pensi, per tutte, alle fattispecie di omessa denuncia di cui agli artt. 361 ss. c.p.

32 E' il caso ad es. delle ipotesi di cui all'art. 679 c.p. e all'art. 20, co. 3, l. 18 aprile 1975, n. 110.

denuncia del fatto alle autorità, nulla esclude che anche altre opzioni possano risultare, con valutazione da operare evidentemente *ex ante*, altrettanto idonee a raggiungere tale scopo.

Sul punto, mi sembra infatti perfettamente condivisibile la ricostruzione operata dalla nostra giurisprudenza di legittimità nel caso di una madre che, venuta a conoscenza degli abusi del marito sulla figlia, aveva provveduto a farla alloggiare in un istituto lontano dalla residenza familiare, senza però denunciare il marito alle autorità. Per questo motivo veniva condannata in primo grado³³, con sentenza confermata dalla Corte di Appello³⁴. La Cassazione annullava la condanna, rilevando come la posizione di garanzia non abbia qui un contenuto riferibile esclusivamente all'obbligo di denuncia: *“l'obbligo di intervento ... impone alla madre di (tenere un comportamento) idoneo a impedire l'evento, ivi compresa eventualmente anche la denuncia del coniuge, sempre però che non vi sia la possibilità di altri interventi idonei”*³⁵. Assolutamente impeccabile, direi.

4 - C'è un altro aspetto, di ordine più generale, che mi sembra tuttavia necessario affrontare. Mi riferisco alla ricostruzione giurisprudenziale di quel concetto di atti sessuali che costituisce il perno attorno al quale ruotano le fattispecie con cui ci stiamo confrontando.

In proposito non starò qui a ripetere quel che è ampiamente noto, ovvero che il concetto di *atti sessuali* è intrinsecamente ambiguo, suscettibile di essere declinato secondo modelli anche molto diversi tra loro; che, più nello specifico e sia pur con una certa approssimazione, in astratto se ne possano immaginare quantomeno due differenti paradigmi, l'uno tipologicamente soggettivo – è sessuale ogni atto volto a soddisfare la libido o la concupiscenza dell'agente -, l'altro oggettivo – è tale soltanto il contatto *corpore corpori* con particolari zone del corpo della vittima. Non intendo soffermarmi su aspetti a mio avviso non controvertibili sul piano teorico, in particolare sull'incompatibilità del modello soggettivo - il cui accoglimento condurrebbe non di rado a punire un soggetto in ragione esclusiva della sua sessualità disturbata - con un diritto penale del fatto orientato alla tutela di beni giuridici; né sull'evidente incidenza di valutazioni di contesto che, pur muovendo da un paradigma ogget-

33 Gip, Trib. Vibo Valentia, 22 settembre 2008.

34 Corte appello Catanzaro, 3 marzo 2011.

35 Cass., 17 gennaio 2012, n. 1369.

tivo, possono tuttavia escludere la tipicità di peculiari contatti *corpore corpori*: la mamma che abbraccia il proprio bambino, il ginecologo che visita la paziente, colui che durante una colluttazione dia un calcio sui genitali al proprio antagonista, e così via.

Mi interessa invece dedicare attenzione alla prassi, per cogliere se sia stato assolto quello che a mio avviso costituisce il ruolo più significativo demandabile al diritto vivente in un sistema di *civil law*, ineludibile e virtuoso soprattutto laddove, come qui accade, le norme da applicare risultino ampiamente deficitarie sul piano astratto dei principi, su tutti quello di determinatezza: costruire certezza dove certezza non c'era, ragionevolezza e riconoscibilità dove il legislatore aveva mancato, riedificare dunque, in concreto, quei principi, e farne pietre angolari delle proprie decisioni. In sintesi, farsi attori dinamici nella tenuta della Costituzione. La partita non si gioca soltanto qui, evidentemente, ma il banco di prova, anche per le sue fortissime implicazioni sociali, è altamente significativo.

Prendo le mosse da una decisione che mi sembra assolvere bene a questo compito: il bacio fugace sulla guancia di una bambina non integra il delitto di violenza sessuale: perché l'atto non è sessuale *in obiecto*, e a nulla vale il peculiare fine perseguito dall'agente; perché nessun bene giuridico è offeso, perché valutazioni di contesto possono escludere, e non fondare, la tipicità³⁶. Devo dire che la giurisprudenza maggioritaria è attestata su questo modello ricostruttivo, assolutamente condivisibile. Eppure, ogni tanto cala un'inquietante coltre di nebbia, e le cose prendono tutt'altra direzione. Nella nebbia, d'altronde, è facile perdersi, o comunque avventurarsi per sentieri strani.

Le valutazioni di contesto, si è infatti ritenuto, non vanno operate soltanto *ad excludendum*, come si era detto sin'ora, ma possono anche conferire tipicità ad atti che *in obiecto* non sarebbero sessuali: il caso è quello di un preside che, appartatosi con una studentessa all'interno dell'istituto, l'aveva baciata sulla guancia. La sperequazione posizionale e il fine libidinoso conferirebbero carattere sessuale all'atto anche in assenza di un contatto con zone erogene o comunque idonee, secondo canoni scientifici e culturali, a soddisfare il piacere sessuale³⁷. Ma si è

36 Così, Cass., 15 maggio 2016, n. 18679.

37 Cass., 12 febbraio 2014, n. 10248.

andati anche oltre: *integra il reato di violenza sessuale aggravata la condotta di chi, all'interno di un autobus, tocca il ginocchio di una bambina di undici anni e, contemporaneamente, infila le mani nei propri pantaloni compiendo atti di autoerotismo*³⁸. Tocco l'altra persona ma compio gli atti sessuali su me stesso: uno strano caso di violenza sessuale destrutturata. L'importante, comunque, è che vi sia il contatto fisico anche se – a questo punto – con una parte qualsiasi del corpo. Ma a ben pensare, perché non si potrebbe prescindere anche dal contatto corporeo? E' sufficiente, si è infatti detto, che l'atto posseda *in obiecto* una valenza sessuale, come nel caso di chi obblighi, minacciandole, due ragazze a inviargli delle foto che le ritraggono nude³⁹. Ma siamo poi davvero sicuri che l'atto debba essere sessuale in senso *obiettivo*? Non è detto: è atto sessuale qualsiasi atto idoneo a soddisfare il piacere sessuale o a suscitare lo *stimolo*⁴⁰. Si dirà, una giurisprudenza molto severa. Non necessariamente, perché ricostruire il carattere sessuale dell'atto sulla base della sua strumentalità a soddisfare gli istinti libidinosi dell'agente potrebbe anche condurre a escluderlo quando tale fine non ci sia. Ritorniamo così alla famiglia, contesto in cui possono accadere le cose più inaspettate, anche che il marito, irritato dal fatto che la moglie abbia cucinato male il risotto, la sodomizzi, a scopo punitivo, con una chiave lunga 11 cm., perforandole il retto. La Cassazione, muovendosi su inquietanti schemi soggettivi, ha qui ritenuto non integrati gli estremi della violenza sessuale: *nel comportamento dell'aggressore non ricorreva alcun fine di concupiscenza essendo invece dettato dal chiaro proposito di arrecare alla vittima dolore e umiliazione*⁴¹. Ragionando in questo modo, in effetti, dovremmo escludere gli estremi della violenza sessuale anche nei casi di stupro etnico, ipotesi cui la finalità di concupiscenza è infatti tendenzialmente estranea. Ricapitoliamo: c'è violenza sessuale nel caso di tocco del ginocchio ma non in quello di sodomizzazione violenta. Se nella nebbia cercavamo una luce che ci indicasse una strada sicura, o quantomeno un sentiero lineare, temo che la nostra ricerca sia stata vana. Anzi, nella densa caligine determinata da una pessima normativa e da una strana giurisprudenza, ho la netta impressione di essermi perso, ritrovandomi

38 Cass., 12 dicembre 2011, n. 45950.

39 Cass., 2 maggio 2013, n. 19033.

40 Così, in una giurisprudenza minoritaria ma non isolata, Cass. 19 luglio 2016, n. 30479.

41 Cass., 1 giugno 2015, n. 24683.

in un mondo oscuro, plasmato su inquietanti istanze meta-etiche e meta-giuridiche. Un mondo in cui i compagni di viaggio di sempre, quelli più preziosi - legalità, riconoscibilità, ragionevolezza – non si trovano più al mio fianco.

**LA “GALASSIA AFFLITTIVA”: SISTEMATICA, FONDAMENTO,
LEGITTIMITÀ.
STUDIO PER UN AFFRESCO**

Roberto Bartoli

1. Dal “sistema penale”, passando per il “sistema punitivo”, fino alla “galassia afflittiva”

Negli ultimi trent'anni il sistema del diritto penale ha subito una trasformazione così radicale che la stessa espressione “diritto penale” non è più in grado di indicare l'intero sistema contraddistinto da illeciti che comportano sanzioni con contenuto afflittivo. Se prima della fine degli anni Settanta tale sistema, in buona sostanza, si esauriva e coincideva col diritto penale, a seguito della legge n. 689/1981, al sistema del diritto penale classico si è affiancato il sistema dell'illecito punitivo amministrativo. Tant'è vero che, da lì in poi, l'espressione “diritto penale” come *genus* è stata progressivamente sostituita da quella “diritto punitivo” e in nel diritto punitivo si sono per l'appunto distinti il diritto penale e il diritto punitivo amministrativo. Non solo, ma nel 2016, a questi “sottosistemi” si è aggiunto il diritto punitivo civile e, stando a una lettura più tradizionale, che tuttavia, come vedremo, non ci sentiamo di condividere, già nel 2001 era comparso anche il diritto punitivo degli enti (sistema 231).

D'altra parte, a ben vedere, anche l'espressione “diritto punitivo” come *genus* è entrata sempre di più in crisi, perché ai diversi sottosistemi punitivi se ne sono aggiunti ancora altri o comunque ci si è resi conto che accanto ad essi esistevano settori fino ad allora nella sostanza negletti o comunque trascurati (più dalla scienza giuridica che dagli operatori del diritto: legislatori, magistrati, avvocati): si pensi in particolare alle misure di sicurezza e, soprattutto, a quelle di prevenzione. Un tempo relegate ai margini del sistema, gradualmente sono divenute parte sempre più importante della legislazione e quindi della prassi applicativa, vale a dire del nostro sistema reale.

Vero questo, a me pare che oggi la trasformazione e le articolazioni si-

ano tali per cui si deve addirittura andare oltre l'espressione "diritto punitivo" come *genus* e provare a utilizzare una nuova locuzione e un nuovo concetto che indicherei come "diritto afflittivo", vale a dire un diritto caratterizzato da illeciti che comportano una sanzione che nella sostanza si pone in termini contenutisticamente disomogenei e quindi disfunzionali rispetto al contenuto dell'illecito.

Certo, com'è ben noto, e come vedremo, l'afflittività può assumere contenuti molto diversi, ma alla fin fine la cifra ultima che al momento ci pare si possa cogliere per identificare il diritto afflittivo è la circostanza che il contenuto dell'illecito e il contenuto della sanzione sono nella sostanza disomogenei, sicuramente per qualità e forse, anche, volendo, per quantità (si pensi alle condotte riparatorie pubblicitiche che assumono carattere punitivo per la particolare onerosità), con la conseguenza che la sanzione diviene priva di utilità immediata, potremmo dire, quanto meno per una parte, "inutile" nell'immediato, sia rispetto al passato (si pensi alle sanzioni riparatorie), sia rispetto al futuro (si pensi alle sanzioni impeditive), e quindi per l'appunto afflittiva.

2. Problemi di garanzia e problemi di ragionevolezza intranormativa, intrasistemica ed extrasistemica

Il diritto afflittivo costituisce ormai una vera e propria galassia rispetto alla quale si avverte sempre di più la necessità di una razionalizzazione e sistematizzazione. Non solo per esigenze di ordine e rigore, di assimilazione e differenziazione, che contraddistinguono la razionalità del diritto, ma anche per esigenze funzionali e di garanzia. Alla diversa modulazione della afflittività non possono che corrispondere differenze sul piano degli scopi. Inoltre, e conseguentemente, alla diverse afflittività e funzionalità non possono che corrispondere differenze sul piano delle garanzie.

Ma, a ben vedere, v'è una ragione ancora più profonda e significativa che impone oggi più che mai di razionalizzare la "galassia afflittiva", come del resto dimostra la giurisprudenza costituzionale soprattutto dell'ultimo ventennio. E' notissimo come accanto ai diritti e ai principi di garanzia si sia sempre più fatto strada il giudizio di ragionevolezza, un giudizio del tutto particolare, concernente nella sostanza la non contraddittorietà, che si può misurare secondo tre diverse prospettive: non

contraddittorietà nella norma, della norma nel sistema, non contraddittorietà delle norme appartenenti a sistemi diversi.

Ed infatti, anzitutto, v'è una valutazione di razionalità – per così dire – interna alla norma, basata sulla coerenza del mezzo allo scopo e quindi su un giudizio che potremmo definire intrinseco. In secondo luogo, v'è una valutazione di razionalità interna al sistema, una valutazione, cioè esterna alla singola norma ma interna al sistema a cui la norma appartiene, basata nella sostanza sulla comparazione tra norme che appartengono allo stesso sistema e quindi su un giudizio che si può definire estrinseco. Infine, si può arrivare addirittura a una valutazione di razionalità esterna non solo alla norma ma anche al sistema in cui la norma è inserita, una valutazione, cioè, che va a comparare una disciplina di una norma contenuta in un determinato sistema con una disciplina di una norma contenuta in un altro sistema, valutazione che si basa sul chiarimento delle *rationes* dei singoli sistemi e delle singole norme e quindi poi sulla comparazione tra le norme appartenenti ai diversi sistemi.

Ebbene, in tutte queste prospettive ciò che si misura è, come accennato, la non contraddittorietà, con la conseguenza che sempre di più si pone l'esigenza di stabilire per così dire a monte gli obiettivi delle norme e dei sistemi anche al fine di comprendere se differenze o eguaglianza di disciplina tra le stesse siano giustificabili.

Per fare alcuni esempi, per quanto riguarda la razionalità interna, si pensi alla recente sentenza n. 102/2020 che ha misurato la coerenza della pena accessoria della sospensione dalla responsabilità genitoriale rispetto non solo alle esigenze di tutela del figlio, ma anche al diritto del figlio alla genitorialità, disponendo quindi che l'applicazione non può essere automatica, ma necessita di una valutazione del rapporto genitore e figlio.

Per quanto riguarda la razionalità esterna alla norma, ma interna al sistema, si pensi ai numerosi giudizi di ragionevolezza fondati sul *tertium comparationis* che possono riguardare l'*an* della punibilità, il *quomodo* del fatto tipico (se in un determinato fatto tipico abbia o meno senso la presenza di un elemento costitutivo), come anche il *quantum* della pena comminata. E un esempio recente di valutazione di razionalità esterna alla norma ma interna al sistema è offerto dalla giurisprudenza della

Corte costituzionale in tema di agevolazione del suicidio, dove, in buona sostanza, la Corte ha ritenuto che la situazione di chi agevola il suicidio sia identica a quella di chi rifiuta o interrompe le cure, allorquando la persona destinata a morire risulti affetta da una patologia irreversibile.

Infine, un esempio di giudizio extrasistematico si è avuto di recente riguardo all'istituto della messa alla prova, per cui in due recenti sentenze della Corte costituzionale, la n. 68/2019 e la n. 139/2020, la messa alla prova dei minori è stata comparata a quella prevista per gli adulti rilevando differenze funzionali di sistema che giustificano differenze di disciplina: così, nella prima sentenza, la Corte ha osservato che, in caso di esito negativo della prova, mentre lo scomputo dalla pena delle limitazioni patite dall'adulto durante la prova deriva dal contenuto afflittivo della prova, la mancata previsione di tale scomputo per il minore è ragionevole perché la prova del minore non avrebbe contenuto afflittivo.

Ecco allora che all'interno dei giudizi di ragionevolezza occorre avere ben chiara la *ratio* dei vari sistemi all'interno dei quali le norme si inseriscono.

3. Diritto afflittivo individuale versus diritto afflittivo dell'ente

La prima grande distinzione che si deve fare all'interno della galassia afflittiva è tra diritto afflittivo individuale e diritto afflittivo degli enti. Come già accennato, v'è la tendenza a considerare il diritto afflittivo degli enti come una branca del diritto punitivo accanto ai tre settori del diritto penale tradizionale, del diritto punitivo amministrativo e del diritto punitivo civile. Tant'è vero che la stessa giurisprudenza, com'è noto, prima dell'introduzione dell'illecito punitivo civile, ha qualificato la responsabilità degli enti come un *tertium genus* che si colloca tra il diritto penale tradizionale e il diritto punitivo amministrativo.

Ebbene, a me pare che il diritto afflittivo degli enti debba essere distinto nettamente da quello degli individui, non tanto perché rispetto ad esso non possono operare tutte le garanzie che sono state elaborate per il diritto afflittivo individuale, quanto piuttosto perché il diritto afflittivo degli enti impone una rivisitazione delle categorie, una trasformazione totale dei paradigmi ideati per l'uomo, con la conseguenza che le stesse garanzie pensate per il diritto penale individuale devono essere riadattate per l'ente.

Uomo ed ente sono infatti due realtà completamente diverse sotto molteplici aspetti. In particolare, da un lato, mentre l'uomo è un centro di imputazione necessariamente unitario, l'ente è fisiologicamente, ontologicamente costituito da due centri di imputazione, vale a dire dalle persone fisiche che lo compongono e dall'ente in quanto tale (quella che i medievalisti chiamavano *universitas*), componenti queste che possono essere di volta in volta valorizzate secondo prospettive molto diverse tra di loro, più antropocentriche o più antropomorfe, con conseguenze enormi sugli scopi del sistema, l'afflittività delle sanzioni, la configurazione dei paradigmi di imputazione.

Dall'altro lato, particolarissime sono – per così dire – le rispettive personalità, per cui mentre quella umana ha carattere psico-motivazionale, vale a dire una consistenza naturalistica sulla quale si compiono poi giudizi normo-valutativi, quella dell'ente ha carattere organizzativo, quindi una consistenza reale ma a carattere socio-relazionale, potendosi mettere in evidenza fin d'ora un aspetto davvero decisivo, vale a dire la circostanza che mentre la personalità dell'uomo (ringraziando il cielo), pur essendo naturalistica non è conoscibile, al contrario l'organizzazione dell'ente, in quanto socio-relazionale, può essere nella sostanza conosciuta.

4. Il diritto affittivo dell'ente

Poche parole sul diritto affittivo dell'ente, per osservare come nel nostro ordinamento sia stato configurato in termini davvero peculiari.

Da un lato, infatti, si può parlare di un sistema rigorosamente reattivo, in quanto si basa sulla indefettibile applicazione di una pena pecuniaria in virtù dell'accertamento della responsabilità dell'ente; dall'altro lato, però, si può parlare di un sistema reattivo-premiale, ragion per cui, le pene interdittive possono essere evitate allorquando, una volta intrapreso un procedimento nei suoi riguardi, l'ente compie attività riparatorie e adotta o attua modelli organizzativi prima dell'apertura del dibattimento.

Ebbene, al di là di una certa contraddizione consistente nel fatto che nonostante condotte riparatorie e la riorganizzazione si va comunque incontro alla punizione attraverso la pena pecuniaria, la seconda logica reattivo-premiale merita grandissima attenzione per quattro ragioni fondamentali. La

prima: una premialità basata sulla riorganizzazione è possibile proprio perché la riorganizzazione è conoscibile, ponendosi tuttavia notevoli problemi di garanzia proprio perché l'ente finisce per essere sottoposto a un controllo penetrantissimo da parte dello Stato. Insomma, mentre rispetto agli uomini la logica premiale è connessa a comportamenti sanzionatori, rispetto agli enti la logica premiale attiene alla riorganizzazione, vale a dire alla ristrutturazione della stessa personalità dell'ente.

Seconda: nel momento in cui un sistema si configura come reattivo-premiale, scopo di tale sistema per l'appunto non è tanto punire, vale a dire rendere responsabili per qualcosa che si è fatto nel passato, ma soprattutto indurre alla riparazione e soprattutto alla riorganizzazione.

In terzo luogo, un sistema del genere ha conseguenze anche dogmatiche visto che, da un lato, i modelli organizzativi non possono essere considerati vere e proprie regole cautelari capaci di evitare l'evento, ma soltanto regole cautelative capaci di ridurre un generico rischio reato; dall'altro lato, il reato finisce per costituire l'occasione per andare a verificare l'assetto organizzativo dell'ente. Con la conseguenza ulteriore che l'idoneità del modello organizzativo non si misura tanto sul piano della efficacia impeditiva dell'evento del reato, ma piuttosto sul piano della efficacia organizzativa, risultando fondamentale distinguere a seconda che l'ente non abbia adottato modelli organizzativi ovvero li abbia adottati ma siano difettosi.

Infine, se tutto questo è vero, il sistema finisce per delineare un vero e proprio paradigma del tutto alternativo rispetto a quello individuale, diretto non tanto a rendere l'ente responsabile per il reato che è stato realizzato, quanto piuttosto per la mancata riorganizzazione richiesta dall'ordinamento in virtù della commissione del reato, con la conseguenza finale che il vero illecito dell'ente sanzionato con l'applicazione delle sanzioni interdittive è l'eventuale mancata riorganizzazione.

5. Il diritto affittivo individuale: diritto punitivo-reattivo versus diritto preventivo

All'interno del diritto affittivo individuale si deve distinguere tra il diritto punitivo-reattivo e il diritto preventivo. Questa distinzione è soprattutto di matrice europea, ma si può considerare ormai penetrata

anche all'interno del nostro ordinamento, nel momento in cui la stessa Corte costituzionale riferisce l'art. 25, comma 3, Cost. oltre che alle misure di sicurezza, anche alle misure di prevenzione.

Premessa di fondo è che tutto il diritto affittivo individuale tende a prevenire la commissione di reati da parte dei consociati, orientandosi verso l'utilitarismo della prevenzione (generale e speciale) e quindi verso il futuro. Questa funzione preventiva viene esplicitata, però, secondo due diverse prospettive. Da un lato, v'è la prospettiva che definiamo punitivo-reattiva in quanto rivolta al passato, nel senso che tale diritto punisce fatti già commessi e da accertare (*post patratum factum*) ed è attraverso la punizione di questi fatti che si vuole prevenire la commissione di futuri reati da parte non solo dello stesso soggetto, ma anche da parte dei consociati. In sostanza, la pena inflitta per reati commessi è senza dubbio orientata a prevenire reati futuri, in quanto mira a impedire l'ulteriore commissione di reati da parte della generalità dei consociati (prevenzione generale) e da parte del singolo reo attraverso l'esecuzione (prevenzione speciale); ma la reazione sanzionatoria è ancorata ad un fatto già commesso carico di disvalore in quanto offensivo di beni giuridicamente rilevanti.

In questa prospettiva, idea centrale è la commissione di un fatto, la responsabilità per quel fatto che deve essere accertata mediante un procedimento e quindi attraverso una sentenza. E la pena non può che essere irrogata e tendenzialmente eseguita. Tendenzialmente perché nel reattivo, com'è noto, da tempo si è aperta una notevole complessa e articolata flessibilità al momento della cognizione e della esecuzione.

Dall'altro lato, però, l'ordinamento ha sempre avvertito anche l'esigenza di prevenire fatti in una logica che tuttavia non è reattiva, ma – per così dire – puramente preventiva, nel senso che scopo dell'intervento sanzionatorio è quello di stroncare sul nascere, se non addirittura prima di nascere, il crimine. In questa prospettiva il diritto persegue finalità preventive attraverso un ruolo di neutralizzazione o di contenimento/controllo della pericolosità del soggetto, nel senso che, pur in assenza della commissione di reati, ma in presenza di una prognosi di pericolosità, vengono posti ostacoli (misure) volti a impedire la realizzazione di futuri reati o comunque ad esercitare un controllo sulla persona. Le misure per fatti che si devono ancora

commettere sono – per così dire – radicalmente preventive e orientate al futuro, proprio perché prescindono dalla commissione di un fatto di reato e si vuole impedire che in futuro se ne possano commettere. In questa prospettiva, lo specifico fatto commesso nel passato perde di rilevanza, come anche perde di rilevanza il concetto di responsabilità che lega l'autore al fatto, mentre assumono rilevanza il concetto e la valutazione di pericolosità. D'altra parte, come vedremo, il soggetto deve aver fatto necessariamente qualcosa, altrimenti la pericolosità non si aggancerebbe a nulla e sarebbe meramente arbitraria. Fatto sta che dal fatto ci si sposta e ci si concentra sulla persona.

6. Il diritto punitivo-reattivo e i suoi sottosistemi

All'interno del diritto afflittivo individuale punitivo reattivo si deve distinguere ormai tra tre realtà molto diverse tra di loro: diritto penale classico o tradizionale in senso stretto, diritto punitivo amministrativo e diritto punitivo civile.

Differente anzitutto l'afflittività, perché mentre nel sistema penale tradizionale si può incidere direttamente o indirettamente sulla libertà personale, negli altri due sistemi ciò non è mai possibile. Si tratta di un punto fermo determinante con conseguenze relevantissime.

Sul piano funzionale, vero che tutti perseguono scopi di prevenzione generale e retribuzione, è anche vero che il diritto penale tradizionale ha come cifra decisamente specifica la prevenzione speciale, mentre il sistema punitivo amministrativo si concentra molto sulla prevenzione generale di tipo soprattutto negativo. Il sistema punitivo civile si inserisce invece all'interno di dinamiche che valorizzano l'aspetto relazionale tra autore e vittima, nonostante che la somma di denaro sia devoluta allo Stato.

Da qui conseguenze sul piano dei principi. Ebbene, se è vero che tutti questi diritti servono per responsabilizzare, essi non possono che basarsi su alcuni principi funzionali alla stessa efficacia delle sanzioni afflittive, e in questa prospettiva si deve ritenere che siano principi imprescindibili soprattutto l'irretroattività/retroattività e la colpevolezza: da accogliere quindi con grande favore la recente giurispru-

denza costituzionale che ha esteso anche all'illecito punitivo amministrativo i principi di irretroattività e retroattività. Differenziazioni si possono poi elaborare per gli altri principi sostanziali, a cominciare dall'offensività, e per quelli formali che riguardano la scelta delle fonti legittimate a produrli.

Diversa, infine, la dinamica accertativa: giurisdizione penale per il diritto penale classico; accertamento amministrativo ed eventuale tutela giurisdizionale amministrativa per l'illecito punitivo amministrativo; giurisdizione civile per l'illecito punitivo civile.

6.1. *Il diritto penale e i suoi sottosistemi*

A ben vedere, anche all'interno del diritto penale classico si devono compiere importanti sotto-distinzioni: al diritto penale per gli adulti si affianca quello per i minori e all'interno del diritto penale degli adulti è presente il sistema penale del giudice di pace. Mentre il primo si differenzia sulla base del soggetto destinatario, il secondo sulla base della tipologia dell'illecito.

Non possiamo entrare nei dettagli di tutti questi sistemi, ma una cosa deve essere messa in evidenza. Essi rispondono a logiche molto differenti che devono essere di volta in volta razionalizzate e ben individuate, anche perché, come accennato all'inizio, si fa sempre più frequente la tendenza a comparare norme simili che appartengono però a siffatti diversi sistemi e una esatta comparazione può essere compiuta soltanto se si hanno ben presenti scopi e finalità. Così, ad esempio, l'istituto della particolare tenuità del fatto è presente sia nel sistema dei minori, sia in quello del giudice di pace sia nel sistema penale tradizionale. La messa alla prova, come accennato, è presente nel sistema dei minori e in quello tradizionale. Di recente, si è aperto il problematico capitolo delle condotte riparatorie, presenti nel sistema penale del giudice di pace come anche nel diritto penale tradizionale.

Non solo, ma nel diritto penale classico vi sono le pene accessorie che hanno un ruolo alquanto significativo nel nostro sistema penale tradizionale. E siccome hanno senso se orientate a contrastare la pericolosità, esse potrebbero essere concepite come misure di sicurezza

aventi come destinatario l'imputabile per contrastare la pericolosità strettamente connessa alla dinamica del reato.

7. Il diritto afflittivo preventivo

Nel diritto afflittivo preventivo cambia decisamente il paradigma, perché da un sistema come quello reattivo basato sull'accertamento di fatti commessi e sulla responsabilità dell'autore del reato, si passa a un sistema che muove da un ruolo marginale dei fatti per valorizzare il soggetto e la sua pericolosità sociale, valutata attraverso un giudizio prognostico di probabile futura commissione di reati.

Anche qui occorre distinguere: da un lato, vi sono le misure di sicurezza, dall'altro lato, quelle di prevenzione. Le misure di sicurezza si muovono in una logica marcatamente preventiva, ma hanno un ancoraggio a fatti commessi nel passato. Esse infatti presuppongono la commissione e l'accertamento di un reato (si parla di strumenti di prevenzione *post delictum*). D'altra parte, essendo orientate a contrastare la pericolosità sociale dell'autore in vista della probabilità che in futuro commetta ulteriori reati, il reato accertato costituisce una sorta di occasione e indizio per compiere il giudizio prognostico di pericolosità, con la conseguenza che esse si svincolano in parte dal fatto commesso per spostarsi sull'autore, la sua personalità e la sua pericolosità. E ciò è confermato anche dalla circostanza che tali misure si applicano o al posto delle pene che non si possono applicare per la mancanza di una responsabilità dovuta alla mancanza della imputabilità o comunque dopo l'esecuzione della pena, quando cioè il soggetto ha "chiuso i conti" col reato e rinnovando il giudizio di pericolosità al momento della loro applicazione.

Le misure di prevenzione si muovono invece in termini ancora più consistenti nella prospettiva preventiva, trattandosi di strumenti *ante o praeter delictum*, nel senso che sono applicate ancor prima e a prescindere dalla commissione di reati, vale a dire in presenza del mero sospetto che siano stati commessi reati, compiendosi una valutazione di pericolosità per la sicurezza pubblica.

Ebbene, questo quadro, oltre a porre problemi circa la portata dei principi di garanzia, a ben vedere, prima ancora, pone problemi già sotto il profilo della legittimità del fondamento.

7.1. *Il sistema delle misure di sicurezza*

Per quanto riguarda le misure di sicurezza, ancora una volta occorre compiere una distinzione, tra le misure di sicurezza aventi come destinatario il non imputabile e quelle che invece hanno come destinatario l'imputabile.

7.1.1. *Le misure di sicurezza del non imputabile*

Per quanto riguarda le misure di sicurezza aventi come destinatario il non imputabile, il vero oggetto del contendere non è dato tanto dal rapporto tra l'esigenza di custodia (difesa sociale, controllo, sicurezza, neutralizzazione) e l'esigenza di cura (personalizzazione, trattamento, miglioramento, specialprevenzione), né dalla tendenza alla progressiva e complessiva patologizzazione della pericolosità, che anzi, come vedremo, costituisce un autentico progresso, se non addirittura un punto di svolta. Il vero problema sembra consistere piuttosto nel rapporto e nel collegamento che deve sussistere tra il giudizio di pericolosità che giustifica la misura trattamentale e il fatto di reato comprensivo delle sue componenti oggettive e soggettive, anche perché è tale rapporto a giustificare e legittimare le misure di sicurezza, mentre se tale rapporto salta, salta lo stesso fondamento razionale della loro previsione/applicazione.

Circa il rapporto tra custodia e cura è ormai assolutamente pacifico che la cura debba essere accompagnata anche dal controllo. Uno controllo che deve essere ultima *ratio*, un controllo che si deve riconnettere alla pericolosità, ma da intendersi non come vaga pericolosità sociale, bensì come pericolosità connessa alla causa di esclusione dell'imputabilità.

Ecco allora che, come accennato, pilastro diviene la pericolosità sociale ancorata alla causa di esclusione dell'imputabilità. Ciò a prima vista suscita sospetti e preoccupazioni, ma in realtà finisce per essere il vero e proprio baluardo di razionalità e garanzia. Ed infatti, il superamento della pericolosità – per così dire – meramente sociale attraverso la valorizzazione della pericolosità connessa e derivante dalla causa escludente l'imputabilità è del tutto coerente e funzionale all'assenza di imputabilità dovuta proprio alla presenza di una patologia. Anzi, rispetto al non imputabile i maggiori problemi che si pongono anche nel rapporto tra periti e giudici sorgono proprio là dove, dopo un giudizio di impu-

tabilità interamente incentrato sulla patologia, si passa a una valutazione totalmente incentrata sulla pericolosità sociale in quanto tale. Ebbene, il giudizio di pericolosità relativo al non imputabile non può e non deve essere un giudizio di mera pericolosità sociale, ma deve essere sempre e comunque connesso alle condizioni che incidono sulla capacità di intendere e di volere. E da qui una inevitabile patologizzazione del concetto di pericolosità, con conseguente valorizzazione del ruolo della scienza e del perito.

Vero questo, il nodo problematico per il sistema delle misure di sicurezza aventi come destinatario il non imputabile, anche e soprattutto in ordine al rispetto delle esigenze di garanzia, diviene soprattutto il ruolo del fattore escludente l'imputabilità. Ebbene, sul punto, si deve osservare come l'intero sistema delle misure di sicurezza del non imputabile debba ruotare attorno al fattore escludente l'imputabilità: fattore che non solo deve essere presente al momento del reato, ma secondo le acquisizioni più moderne deve risultare addirittura causa del fatto¹; inoltre, fattore capace di razionalizzare e dare copertura scientifica al giudizio di pericolosità compiuto mediante perizia; infine, fattore in grado di plasmare lo stesso contenuto delle misure di sicurezza ben l'oltre la mera afflizione e il mero controllo.

Con importantissime conseguenze sul piano applicativo: non solo la misura di sicurezza deve cessare quando viene meno la pericolosità patologica, ma ciò accade soprattutto quando cessa la patologia oppure, pur rimanendo la patologia, si rompe la connessione tra patologia e pericolosità. Detto in altri termini, da un lato, il venire meno della patologia fa venir meno il trattamento, in quanto esclude la pericolosità patologica connessa al fatto; in quest'ultima ipotesi può permanere una pericolosità "meramente" sociale, ma essa non può essere sufficiente a giustificare una misura che si radica su una patologia. Dall'altro lato, la permanenza della patologia in sé non può giustificare la permanenza del trattamento essendo necessaria una pericolosità derivante dalla patologia.

7.1.2. Le misure di sicurezza dell'imputabile

Ammantata di legalità, ma tradita e disvelata nella sua reale essenza dalla esecuzione della misura di sicurezza dopo quella della pena, dalla

1 Cfr. Cass. pen., SU, n. 9163/2005, Raso.

connessione del giudizio di pericolosità a presunzioni assolute e dalla mancanza di limiti temporali, l'estensione da parte del Codice Rocco all'imputabile del concetto di pericolosità sociale con conseguente applicazione delle misure di sicurezza ha costituito un'operazione chiarissima: rendere le pene nella sostanza indeterminate. Non solo, ma ancora più a fondo, la pericolosità estesa all'imputabile capace di legittimare misure a sé stanti ed ulteriori rispetto alla pena, è divenuta in realtà lo strumento per sopperire all'imponderabilità della personalità e del procedimento motivazionale umano: non potendosi indagare la dimensione interiore dell'uomo, la commissione del reato è divenuta essa stessa espressione di pericolosità legittimante un trattamento sanzionatorio a sé stante e ulteriore rispetto a quello derivante dalla responsabilità per il fatto commesso, allorquando si è in grado di ritenere che tale pericolosità trovi conferma in un giudizio prognostico di pericolosità.

Se in epoca democratica le presunzioni sono state aggredite per ritenuta illegittimità (il rammarico – a dire il vero – è che sia arrivato prima il legislatore della stessa Corte costituzionale), e se il legislatore si è mosso di recente nel senso di porre limiti alla durata delle misure di sicurezza, tuttavia restano ancora in piedi i tratti essenziali di una disciplina ancora problematica sul piano del fondamento razionale e della legittimità.

Il punto da cui partire è l'ambiguità di fondo che caratterizza le misure di sicurezza dell'imputabile. Da un lato, esse sono assimilabili alle misure di sicurezza del non imputabile, ma soltanto perché si basano su un giudizio di pericolosità, risultando per tutto il resto decisamente diverse. Ed infatti, mentre le misure di sicurezza del non imputabile si fondano su un fattore causa escludente dell'imputabilità e non comportano alcuna pena, le misure di sicurezza dell'imputabile si basano su una pericolosità sganciata da un fattore "patologico" incidente sulla personalità e si aggiungono alla pena. Detto diversamente, le misure di sicurezza del non imputabile, pur avendo anche un contenuto afflittivo, non si possono considerare vere e proprie deroghe al regime di responsabilità, sia perché si applicano in mancanza della responsabilità, sia perché la misura di sicurezza trova il proprio fondamento non solo e non tanto sulla pericolosità, ma sul fattore escludente la pericolosità, con la conseguenza che, pur avendo anche un contenuto afflittivo e una funzione di controllo, finiscono per avere prevalentemente un contenuto e una funzione diversa, a carattere curativo o educativo. Al contrario, le misu-

re di sicurezza dell'imputabile non solo hanno un contenuto afflittivo, ma alla fin fine costituiscono deroghe al regime della responsabilità in assenza però di una giustificazione forte: sono deroghe perché le misure di sicurezza si aggiungono alla pena; non hanno una giustificazione forte, perché si basano sulla mera pericolosità in quanto tale, in assenza di un fattore pregnante riconducibile alla personalità.

Ecco allora che, dall'altro lato, le misure di sicurezza dell'imputabile sono assimilabili più alle pene che alle misure di sicurezza del non imputabile: vero che si basano sulla pericolosità, tuttavia esse hanno un contenuto afflittivo, la pericolosità è sganciata da peculiari fattori e si aggiungono alle pene. Detto in altri termini, in assenza del fattore che esclude l'imputabilità e fonda la pericolosità, le misure di sicurezza del non imputabile non solo non si distinguono sul piano del contenuto afflittivo e della funzione dalle pene, ma addirittura si aggiungono alle pene, ponendo problemi di proporzione, se non addirittura di *ne bis in idem*. Insomma, può la mera pericolosità sociale giustificare un trattamento pur sempre afflittivo e che in definitiva si aggiunge al trattamento afflittivo derivante dalle pene conseguenti dalla responsabilità per il fatto commesso?

Ebbene, come uscire da questa ambiguità di fondo? Si possono prospettare due strade: quella che alla fin fine mantiene fermo il doppio binario e quella che invece lo supera spingendo con forza le misure di sicurezza dell'imputabile verso quelle del non imputabile.

A noi pare che la prima prospettiva del doppio binario, che alla fin fine assimila le misure di sicurezza dell'imputabile alle pene, comporti una inevitabile violazione del principio di proporzione. Riconosciuto il contenuto afflittivo delle misure, il trattamento sanzionatorio complessivo risulterà sempre e comunque sproporzionato. Se non si adottano soluzioni vicariali, e quindi si ritiene che prima debba essere applicata la pena e poi la misura di sicurezza, l'impianto complessivo sarà necessariamente sproporzionato, proprio perché alla pena corrispondente alla colpevolezza seguirà l'applicazione della misura di sicurezza per un tempo minimo sufficiente a sfondare il limite tracciato dalla responsabilità. Se invece si adottano soluzioni vicariali, e quindi si esegue prima la misura di sicurezza e poi la pena con conseguente scomputo della prima dalla seconda, non c'è dubbio che il correttivo della vicarietà, so-

prattutto se integrale, creerà un sistema più conforme al principio di proporzione; tuttavia tale meccanismo, che oltretutto disvela l'omogeneità tra pene e misure di sicurezza, consentirà di rispettare il principio di proporzione soltanto nell'ipotesi in cui la somma della durata della misura di sicurezza e quella della durata della pena sarà comunque pari o inferiore alla durata della pena.

Ecco allora che il vero problema del doppio binario sta proprio nella mancanza di una giustificazione forte delle misure di sicurezza ovvero, detto in altri termini, le misure di sicurezza dell'imputabile non si possono basare sulla mera pericolosità sociale.

Si aprono allora due possibili strade: da un lato, si può decidere di fare totalmente a meno del doppio binario, ricomprendendo la pericolosità nella pena; dall'altro lato, si può decidere di mantenere il doppio binario valorizzando tuttavia fattori capaci di marcare la pericolosità (si pensi alla recidiva reiterata) oppure che, se non escludono l'imputabilità, sono comunque in grado di incidere su di essa, in una prospettiva di "patologizzazione" delle misure di sicurezza dell'imputabile

Mantenere la pericolosità nella pena appare plausibile, dovendosi tuttavia precisare che essa dovrebbe operare non in sede di commisurazione, ma all'interno della cognizione/esecuzione. Nella commisurazione la valutazione di pericolosità può sfondare il limite di proporzione, come del resto avviene già con la recidiva, ponendo non pochi problemi di legittimità. Nella esecuzione significherebbe adottare percorsi differenziati, ma, a ben vedere, in questa prospettiva si muovono già gli istituti della esecuzione che per la loro applicazione impongono una prognosi di non recidiva che altro non è che un giudizio di pericolosità. Detto in altri termini, la pericolosità dell'imputabile è già entrata nella esecuzione nel momento in cui si è resa defettibile l'esecuzione della pena, differenziandosi tra esecuzione in carcere ed esecuzione in libertà

Di altro tenore l'altra soluzione che avvicina le misure di sicurezza dell'imputabile a quelle del non imputabile, valorizzando nella sostanza forme particolarmente significative di recidiva oppure il disturbo della personalità. Con riferimento al disturbo di personalità, tale soluzione consente di attribuire alla misura di sicurezza, che dovrà tendere a "curare" il disturbo da cui scaturisce la pericolosità, un contenuto e una

funzione specifici che permettono di differenziarla autenticamente dalla pena. Inoltre, sempre grazie alla pericolosità connessa al disturbo della personalità, anche in considerazione di quanto detto nel precedente paragrafo, verrebbe garantita una connessione fra trattamento e pericolosità, da un lato, e fatto di reato, dall'altro. Circa la recidiva qualificata, vale a dire nella sostanza reiterata, essa verrebbe definitivamente estromessa dalla pena, sia in sede di cognizione, come anche di esecuzione, e trattata all'interno delle misure di sicurezza: il concetto di pericolosità sociale dell'imputabile che comporta misure ulteriori rispetto alla pena non può che esaurirsi nel concetto di recidiva, visto che rispetto a un soggetto "sano", la pericolosità sociale può avere un ancoraggio razionalmente fondato soltanto alla luce di indice formale quale la recidiva reiterata, dovendosi poi comunque accertare in concreto la pericolosità attuale del soggetto.

A ben vedere, nella prospettiva "patologizzante" sembra muoversi la stessa giurisprudenza della Corte EDU². Ed infatti, nelle sentenze più recenti in tema di misure di sicurezza aventi come destinatario l'imputabile, sta prendendo corpo un concetto interessantissimo di proporzione che sembra comportare una connessione tra pericolosità e presenza di un disturbo della personalità. Questo in buona sostanza il ragionamento che si compie: poiché la misura di sicurezza deve differenziarsi nelle funzioni e nei contenuti dalla pena; e poiché la misura di sicurezza, per differenziarsi dalla pena, deve avere un contenuto specifico che sia capace di realizzare un controllo e una riduzione della pericolosità: si deve concludere che il contenuto della misura di sicurezza non può che essere mutuato dalla presenza di una patologia. Con la conseguenza che la patologia diviene il punto di riferimento della pericolosità e della misura di sicurezza. Certo, la circostanza che la misura possa essere applicata al delinquente primario con disturbo può generare perplessità, tuttavia si tratta pur sempre di una soluzione meno dirompente di quella del doppio binario "modello Rocco", che, non dobbiamo scordarcelo, consente di applicare le misure di sicurezza anche all'autore primario senza disturbo.

A questo punto, non possiamo sottrarci al problema che possono residuare ipotesi in cui, per esigenze di difesa sociale, si ponga la necessità di

² CoEDU M. c. Germania 17 dicembre 2009, in «RIDPP» (2010), 326 ss.; CoEDU Grosskopf c. Germania 21 ottobre 2010, *ivi*, 2011, 202 ss.

utilizzare strumenti volti a impedire che un soggetto ritenuto pericoloso possa tornare a delinquere. Il tema si pone soprattutto per la criminalità organizzata, sia di stampo mafioso, che di stampo terroristico. Ebbene, misure di sicurezza per l'imputabile privo di disturbi di personalità e non recidivo qualificato potrebbero trovare giustificazione in ragione della particolarità delle organizzazioni criminali, e quindi in ragione della persistenza del vincolo associativo, nonché della permanenza di collegamenti, dovendosi tuttavia ribadire che il trattamento in concreto da adottare non potrà che essere diverso da quello del soggetto nei cui confronti si sta eseguendo una pena.

Da attenzionare quindi con grande interesse la recente ordinanza di remissione che ha sollevato questione di legittimità dell'art. 41-*bis*, commi 2 e 2-*quater* dell'Ordinamento penitenziario, nella parte in cui prevedono la facoltà di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla stessa legge, con adozione obbligatoria delle misure enunciate nel comma 2-*quater*, anche nei confronti degli internati, assoggettati a misura di sicurezza detentiva³.

7.2. *Le misure di prevenzione*

Mentre le misure di sicurezza presuppongono un fatto e una responsabilità accertati e quindi nella sostanza si ricollegano a un comportamento ben preciso che è stato realizzato nel passato, le misure di prevenzione si basano su un sospetto di reato e quindi prescindono dalla realizzazione di un fatto specifico che si colloca nel passato, con la conseguenza che divengono requisiti essenziali il sospetto di reato e la pericolosità. Un giudizio di pericolosità si radica quindi su un soggetto meramente sospettato. Insomma, sta qui una enorme differenza rispetto alle misure di sicurezza.

Ebbene, a me pare che rispetto alle misure di prevenzione si pongano notevoli problemi di razionalità dell'intero sistema, per il semplice fatto che stavolta è proprio il giudizio di pericolosità che nella sostanza salta.

Per comprendere questo assunto si deve muovere dal giudizio di pericolosità concernente un soggetto imputabile. In via del tutto preliminare

3 Cass. pen., Sez. I, n. 30408/2020.

si potrebbe porre in dubbio la stessa possibilità di compiere razionali e controllabili giudizi di pericolosità di soggetti imputabili, osservando come sia del tutto aleatorio stabilire se un soggetto possa tornare a delinquere. D'altra parte, in presenza di precedenti condanne e di un nuovo reato commesso e accertato, tali giudizi acquistano una loro plausibilità.

In particolare, il giudizio di pericolosità per l'imputabile, basato sulla valorizzazione della recidiva o comunque delle condanne per precedenti reati, ha una sua plausibilità potendo essere articolato su tre livelli: precedenti e/o recidiva, dai quali si ricavano indici di pericolosità astratta; reato accertato, dal quale si ricavano indici di pericolosità concreti; attualizzazione della pericolosità derivante dal raffronto tra indici di pericolosità astratta e indici di pericolosità concreta, con la conseguenza che si può ritenere sussistente la pericolosità allorquando il reato per cui si è condannati risulta per esempio commesso a breve distanza di tempo dalle precedenti condanne oppure riguarda fattispecie o modalità analoghe etc.

Ebbene, si deve osservare come, riguardo alle misure di sicurezza dell'imputabile, lo stesso fatto di reato accertato costituisca non soltanto il presupposto per il giudizio, ma acquisti rilievo strutturale anche all'interno dello stesso giudizio di pericolosità, permettendo di riscontrare l'attualizzazione della pericolosità proprio mediante il confronto con i precedenti. Insomma, vero che il giudizio di pericolosità è sempre bifasico, una parte diagnostica degli indici e una parte prognostica, è anche vero che la diagnosi si basa su indici connessi a precedenti reati e indici connessi a un nuovo reato accertato, così come è vero anche che la prognosi non è uno schiacciarsi sui precedenti (si tratterebbe di presunzioni assolute) o un appuntarsi su indici diversi da quelli connessi al nuovo reato commesso (si tratterebbe di mera intuizione svincolata dalle dinamiche criminose), ma piuttosto è l'esito di un raffronto razionale tra indici fattuali di pericolosità – per così astratta – e indici fattuali di pericolosità derivanti dal reato commesso.

Vero tutto questo, di tutt'altro tenore è il giudizio di pericolosità concernente l'indiziato destinatario delle misure di prevenzione, non tanto per problemi di tassatività, ma piuttosto proprio a causa del modo in cui sono stati risolti i problemi di tassatività. Ed infatti, mancando l'accertamento di un reato, e dovendosi "accertare" un fatto sospettato, gli

elementi indizianti della pericolosità, vale a dire i precedenti, giocano un ruolo fondamentale come elementi indizianti del fatto sospettato¹.

Ebbene, questo modo di procedere di per sé non sarebbe un problema, in quanto alla fine i precedenti finirebbero per giocare un duplice ruolo, sia come elementi indizianti del "fatto sospettato" sia come elementi fattuali sintomatici di pericolosità. Però lo diventa nel momento in cui si richiede giustamente il passaggio fondamentale della attualizzazione del pericolo, e ciò perché manca l'accertamento di un fatto di reato: essendo il fatto sospettato definito dai precedenti, proprio in virtù di questa coincidenza tra fatto sospettato e precedenti, risulta impossibile utilizzare il fatto sospettato per compiere un raffronto con i precedenti, risultando così impossibile una attualizzazione della pericolosità.

Insomma, il giudizio di pericolosità o si schiaccia sui precedenti oppure, nel tentare di attualizzare il pericolo, gira completamente a vuoto. Prova ne è un'analisi attenta della giurisprudenza, dove, al netto delle ipotesi in cui viene in gioco la criminalità organizzata, il passaggio dell'attualizzazione del pericolo risulta sempre negletto o vittima di un circolo vizioso.

Ecco allora che il sistema si accosta alla fisionomia del sistema delle misure di sicurezza dell'imputabile là dove dà rilievo ai precedenti penali, ma se ne distacca dal giudizio di pericolosità tipico di quel sistema, non solo perché si dà rilievo anche a precedenti diversi dalle sentenze definitive di condanna, ma anche perché, mancando l'accertamento del fatto, manca la possibilità di completare e chiudere il giudizio attraverso l'attualizzazione del pericolo.

Insomma, il giudizio di pericolosità finisce per esaurirsi nell'accertamento del fatto sospettato che a sua volta si riduce all'accertamento dei precedenti.

Quindi si deve fare a meno delle misure personali di prevenzione? Direi assolutamente di no, ma dall'analisi qui compiuta emerge come esse

¹ In argomento, cfr. Cass. pen., SU, n. 111/2018, Gattuso; nonché, più di recente, Cass. pen., Sez. I, n. 43826/2018, Righi. Inoltre, R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in «DPC» (2017) 3, 135. ss; F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in «disCrimen» (12.09.2018), 16 ss.

debbano essere previste per una criminalità peculiare che consenta di compiere un vero e proprio giudizio di pericolosità. Ecco allora che le misure di prevenzione devono riferirsi a una criminalità che consente di basarsi su indici ulteriori rispetto ai meri precedenti, indici ulteriori che possono essere ricavati solo in presenza di una criminalità che si caratterizza per una certa continuità e protrazione nel tempo. Ed è proprio quanto cerca di fare la giurisprudenza quando viene in gioco la criminalità organizzata². Insomma, la mancanza di un fatto accertato può essere sopperita soltanto dalla durata dell'illecito e della sua continuità risultando necessari e sufficienti come indici di pericolosità collegamenti con un certo ambiente che perdura³.

Se tutto questo è fondato, si aprono problemi di legittimità non solo per tutte le ipotesi "monosoggettive" ed "episodiche" previste dall'art. 4, ma anche per tutte le ipotesi "abituale" che tuttavia non si basano sulla criminalità organizzata, comprese quelle dell'art. 1.

² Cass. pen., SU, n. 111/2018, Gattuso.

³ E ciò in piena conformità a quanto richiesto dalla sentenza n. 177/1980 della Corte costituzionale, sentenza davvero chiave in tema di misure di prevenzione: «decisivo è che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondamentalmente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire».

POSTCODIFICAZIONE. GIUDIZI E PREGIUDIZI SULLA NECESSITÀ DI UN CODICE PENALE

Alessandro Bondi

*Al mio Maestro,
il Professor Lucio Monaco*

Prima parte. Il pregiudizio

1.0 La trama

Ora si dice del titolo, del soggetto, dell'oggetto, del vocabolario, degli intendimenti che hanno segnato questo scritto diviso in due parti. Seguirà l'analisi e la proposta. Tutto pare necessario, tutto è ridotto a poco. E poco non è mai abbastanza¹.

1.1 Il titolo

Al *post-qualcosa* non si crede. La *post-modernità* è un'illusione d'immortalità: il giorno dopo non è più vera. La *post-verità* è la notizia di una menzogna: non è mai stata vera. Ma la *post-codificazione*, intesa come modo di legiferare senza lasciar traccia nei codici, è una rappresentazione falsa oggi e incerta domani. Dunque, il vero titolo è il sottotitolo: letto al contrario.

1.2 La questione

Mantenere un titolo che si è avuto la delicatezza di far fuori dopo poche righe, merita una spiegazione: rappresenta la tesi che si vuole confutare.

L'espressione *postcodificazione* è nemica di un progetto di codice. Il ribaltamento di questo assunto ha dalla sua una motivazione forte quanto urgente: offrire principi e sistema e regole e tanto altro con cui descrivere reati in maniera coerente con la nostra Costituzione, perché da tempo un codice penale *s'ha da fare*, ma in Italia non si è *fatto*.

¹ Per ragioni di spazio, il significato che si è inteso dare alle note è *omeopatico*: bibliografico, dialogico e arbitrariamente essenziale. Le note sono perciò abbreviate, quando ripetute; raccolte per paragrafo, seppur riferite a temi diversi. Spinto dall'alfabeto o dall'autocitazione delle parti in corsivo riprese nel testo, l'autore si trova troppo spesso in testa. Nulla di elegante.

1.3 L'atteggiamento

Distinguere quel che si è da quel che si fa, , svela la disposizione d'animo di chi scrive; il *pregiudizio* da mettere in chiaro nel lavoro del giurista.

Il pregiudizio, la *precomprensione*, che qui s'indossa chiedendo un nuovo codice penale non è quello di un giurista positivista, ossia, di un attore della politica criminale che intende le disposizioni giuridiche come oggetti di argomentazione di cui non va discussa la sostanza, ma solo rispettata la forma espressa in definizioni e procedure.

Detto in generale quanto si declinerà nello specifico e – ahimè – detto senza il respiro concesso da un punto, è bene che lo studioso chiarisca i concetti o, perlomeno, il rapporto che ha con le cose del diritto: rafforza l'idea stessa di un diritto capace di argomentare la sua relazione tra *essere* e *dover essere* mediato dal ruolo attivo del giurista; un diritto attento ai simboli mentre si volge all'empiria, indirizzando la sua azione a uno scopo, secondo valori e principi condivisi, raccolti da un legislatore orientato da Costituzione e fonti internazionali; un diritto che esprime regole di convivenza per libertà, diritti, doveri promossi nelle camere della politica e gestiti dalle corti di giustizia; un diritto che riscopre il controllo tra i poteri statuali, consapevole che il vuoto della politica legislativa viene occupato dal pieno di quella giudiziaria, anche quando affronta fenomeni di corruzione e di criminalità organizzata o l'urgenza di un sistema penale dell'Unione europea per la tutela diretta di interessi comuni; un diritto che esalta l'interdipendenza tra la legge e il giudice, attori non esclusivi d'ermeneutica che dà un significato a disposizioni in attesa di essere applicate in norme; in breve, un diritto che vive il presente senza esserne imprigionato, modellando il rapporto tra l'uomo e le sue regole.

Con questo *pregiudizio* verso il diritto e i suoi giuristi, il *giudizio* sarà il risultato di una messa alla prova rispetto ad alcuni temi critici. Il tutto avverrà saccheggiando nel mondo dei dogmi: teoria ormai laica dietro cui si celano grandezze e miserie della penalistica, del suo rapporto con la politica criminale e con la realtà che la pena aggredisce ².

2 A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, 2007, 58 ss. Cfr. A. BONDI, *Odissea penalistica. Cercando Giustizia*, Urbino University Press, 2018, 109 ss.; H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, vol. 1, Mohr Siebeck, 7^a ed. 2010, *passim*; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della*

1.4 *La marmellata di Alice*

In altro studio si è cercata la fondatezza di affermazioni del tipo: «*non è più utile un codice penale*», «*non è più il tempo dei codici*». Miglior giurista avrebbe potuto aggiungere che non è nemmeno chiaro se, il diritto penale da codificare, possa ancora distinguersi da un modello unitario d'illecito che comprenda fatti presidiati da sanzioni amministrative assai afflittive (*postea* § 1.7). Mentre, non solo il giurista, avrebbe potuto mugugnare che non c'è sufficiente *stabilità politica e omogeneità culturale* per la riforma di un codice penale; che una politica volta a promuovere l'etica pubblica alimentando la paura-l'emergenza-il diverso-il popolare-lo slogan-l'effetto-la rabbia, non è la migliore levatrice di un nuovo codice; che la codificazione non è nell'agenda di alcun partito o movimento noto; che la costrizione di spazi di libertà per ragioni di sicurezza è sentita come sofferenza solo per chi la subisce; che introdurre l'abitudine all'esercizio di un potere punitivo sottoposto a garanzie è esigenza ignorata da molti e temuta da troppi.

Riprese considerazioni già svolte su idoneità, capacità, tempestività di una risposta codificata, questo studio si concentrerà sui propositi di un codice penale e sui contenuti che potrebbero dare concretezza a questi propositi. Il discorso cercherà forza nel concetto di *necessità*, intesa come modalità del ragionamento oltre che come descrizione di uno stato; e blandirà la *grammatica*, per descrivere con un'immagine la funzionalità ancora *necessaria* di un codice penale. E della sua riforma.

Il cambio di prospettiva è dettato dai tempi. Dopo la speranza di avvicinare il codice penale fascista allo spirito della Costituzione democratica, e dopo che la riforma del codice di procedura penale ha abbandonato il taglio inquisitorio vicino all'impronta autoritaria di ampi settori della parte speciale del codice penale, la questione ormai non è più il '*cosa*' riformare del codice penale, ma il '*se*' riformare un codice cui affidare la gestione centralizzata della penalità.

Purtroppo, e per fortuna, la faccenda non sopporta altri indugi. L'inazione è azione niente affatto casuale, quando la società insegue tecnologia in accelerazione permanente. Il cittadino che chiede un servizio giustizia

pena, Jovene, 1984, 165 ss.; C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato (Studi di scienze penalistiche integrate)*, ESI, 1998, *passim*.

degno del suo nome è destinato a mettersi nei panni dell'Alice di Lewis Carroll, quando s'inalbera di fronte alla regola «*Marmellata ieri, marmellata domani, ma mai marmellata oggi*». Il giurista che ignora la richiesta di un migliore servizio giustizia, perché *lui sa come vanno le cose*: non mangia la marmellata oggi né codifica domani ³.

1.5 La codificazione decodificata

Le ragioni della codificazione si radicano in un certo modo d'intendere la funzione di una norma nel suo contesto temporale. In tal senso, molto sembra condannare l'uso del codice. «*La fattualità del diritto, la sua storicità, non rientra nella gabbia di un codice. Occorre seguire i fatti e ordinarli, non illudersi che un codice possa tutto prevedere e tutto comprendere*» (P. Grossi).

Se si considera il prestigio di chi, in dotta compagnia, ha ripreso questa antica tesi, avere un'opinione diversa appare azzardato. Ma il principio di autorità è argomento insufficiente. Un codice è un modo per trasmettere e conservare informazioni usando simboli secondo una *grammatica* che dia regola alle loro correlazioni. Un codice penale non ha bisogno di *tutto prevedere e tutto comprendere*, e certo non si accontenta di solo *seguire e ordinare i fatti*, perché così facendo viene meno a una sua essenziale funzione. Un codice penale è, infatti, il prodotto di un'attività legiferante con vincoli di risultato più o meno stringenti, ma con caratteristiche sussidiarie d'intervento, nell'ambito di un protocollo di politica criminale cui è chiesto di governare in maniera organica e coerente la frammentarietà penale, mentre segue e ordina fatti agli *effetti della legge penale* ⁴.

1.6 La normalità dell'eccezione

Negli ordinamenti continentali, codificare dà sistema a istituti giuridici con forti vincoli di coerenza logica e teleologica. Decodificare è l'oppo-

³ A. BONDI, *Zero*, in A. CAVALIERE et al. (Edd.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, ESI, 2017, 83–105: 84. Cfr. C. F. GROSSO et al., *Manuale di diritto penale: parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 38; M. DONINI, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in «SP» (2020), 1–23: 4; L. CARROLL, *Alice nel paese delle meraviglie. Attraverso lo specchio*, tradotto da Paola Faini, Newton Compton, 2015.

⁴ P. GROSSI, *La riscoperta post-moderna della fattualità del Diritto. Prolusione Anno accademico 2016-17*, Università degli Studi di Urbino, 2016; G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, il Mulino, 2004; K. VOLK, *Strafrecht in postfaktischen Zeiten*, in B. HECKER – B. WEISSER – C. BRAND (Edd.), *FS-Rengier*, C. H. Beck, 2017, 691–704.

sto. È l'idea sostenuta da civilisti e, si è visto, apprezzata da storici del diritto che, in varia forma, ritengono la codificazione *inutile, impossibile, irrazionale*. Altri diranno se sia vero per il versante privato delle norme. Qui si dubita che sia vero per il versante pubblico, perché non vi è identità formale, sostanziale, funzionale tra disposizioni civili e penali che non sia l'essere principi e regole del medesimo ordinamento.

Questo scontro tra codificazione e decodificazione sa di classico contro moderno, di valori senza età contro l'età dei valori. Un'idea ciclica. La storia del diritto occidentale ama soffermarsi dalle parti dell'illuminismo – il moderno oggi classico – cui era cara l'idea di un'enciclopedia del sapere in generale che trovava proprio nel codice il suo equivalente per il sapere giuridico. L'insegnamento di allora è stato che c'è una forza nelle circostanze e una specialità nella materia. Quando oggi si parla di decodificazione, si ricordano le circostanze della legislazione ma si dimenticano le sue specialità. Riprese da altro scritto cui si rinvia per amor di sintesi, si osservi che *«il civile regola la normalità, il penale limita l'eccezione rappresentata da una devianza criminale. Anzi è lui stesso eccezione che reagisce con pena alla trasgressione di un precetto. Il penale interviene quando altra soluzione politica è inefficace. Indifferente alla solvibilità e ad altre venture civilistiche, il penale non ha nulla di volontario, poco di parte, e si attiva solo in un processo. In breve: il civile è normalità che trova la norma, il penale è eccezione che la subisce»*.

La tenzone tra normalità ed eccezione si riflette nell'invocata *necessità* di un codice penale. Una legislazione presidiata dalla pena e fondata sulla riserva di legge è consapevole dell'eccezionalità del suo intervento, nonché del carattere frammentario del suo essere. Per ritrovare unità, coerenza e principi applicativi, questa legislazione ha bisogno di un codice che riporti nella taglia unica delle garanzie quanto è stato frazionato dalla politica criminale, in pratica, per ottenere il massimo risultato sociale col minimo sacrificio personale.

Se queste sono le condizioni della legiferazione penale, la decodificazione non è la soluzione ma il problema ⁵.

5 A. BONDI, *Zero*, cit., 84; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 4^a ed. 1999, *passim*; T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nell'«età della decodificazione»*, in «QC» (1981), 89–98; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Giappichelli, 2002; R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in «Digesto-Pluris», 2010; P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico e i suoi satelliti*, in *Il codice*

1.7 La sofferenza che unisce

Presupposto della normazione penale, esaltato da una codificazione dedicata, è un certo archetipo di *pena* in un contesto sociale valutato secondo un ordine razionale, che sia logico o di solo buon senso. «*La pena è intesa come male, nasconde il taglione, teme la vendetta, cerca la prevenzione, rispetta la proporzione, offre una possibilità di risocializzazione* (art. 27/3 Cost)». A dispetto di ogni sostituzione (art. 32 ss. l. 689/1981) e alternativa (art. 47 ss. Ord. Pen.), la pena rimane sofferenza, la più grave dell'ordinamento giuridico, per la più grave delle devianze sociali: il reato.

Sofferenza sì, ma proporzionata: nel sentire disposto in legge; nel rispettare i diritti fondamentali della persona, per quanto impopolari; nell'affrancarsi dall'immagine dantesca, quando descrive lo sgomento dei condannati per cui «*nulla speranza li conforta mai, non che di posa ma di minor pena*».

Il carattere afflittivo del diritto penale è, pertanto, un elemento unificante. Deborda i confini legislativi con l'aiuto della giurisprudenza europea, preoccupandosi più della sostanza che della forma. Riprese così le perplessità iniziali circa i confini del diritto penale (*supra* § 1.4), si osservi che la Corte Edu richiede – a ragion veduta – che le garanzie penalistiche siano presenti in ogni espressione di diritto punitivo, vale a dire, in ogni disposizione che, seppure vestita dal diritto amministrativo, ricorre a sanzioni il cui contenuto afflittivo sia simile alle sanzioni che il legislatore battezza come penali ⁶.

civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli, Accademia dei Lincei, 1994, 231–244.

⁶ CoEDU Engel et al. v. Paesi Bassi 8 giugno 1976; Id. Welch v. Regno Unito 9 febbraio 1995; Id. Grande Stevens v. Italia 4 marzo 2014. A. BONDI, *Zero*, cit., 85. Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in «NSSDI» (1973) XIX, 7–101; E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico: per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pacini giuridica, 2019; M. DONINI, *Teoria del reato: una introduzione*, CEDAM, 1996; G. FIANDACA (Ed.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, 1985; W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, 2000, 85–94; L. MONACO, *Le pene sostitutive tra sistema penale «legale» e sistema «reale»*, in «AP» (1984) 2, 233–282; U. NEUMANN, *Dezision statt Argumentation? Zur (post) modernen Kritik der Rechtsgutslehre*, in M. BÖSE – K. H. SCHUMANN – F. TOEPEL (Edd.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, 2019, 183–197; F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in «DPP» (2016) 3, 285–289; C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei*

1.8 Il legislatore che divide

Contrattare della codificazione è un certo modo di legiferare. Non è solo questione di forma, ma di giudizi di valore e funzioni normative che cercano forma nelle disposizioni che li accolgono.

In effetti, si legifera molto e male; per non dire dei suoi tempi e costi. Un sistema fondato sull'obbligatorietà dell'azione penale, chiamato a gestire fino a 37.000 fattispecie, con abuso inveterato della tecnica del rinvio, ha poche possibilità di essere coerente, efficiente, efficace. Il problema non è solo italiano. Si rinviene magra consolazione nelle 300.000 disposizioni penali statunitensi; nell'ossessione federalista tedesca; nella razionalità sempre meno cartesiana dell'ordinamento francese; nella burocratizzazione anche penale dell'Unione europea.

Con smarrimento, il legislatore nazionale trova in quello europeo regolamenti da applicare e direttive d'attuare, mentre la giurisdizione urla sentenze in forma di trattati. Con troppi fatti ridotti a fattispecie, il legislatore, poco avvezzo alla regia delle scienze penalistiche integrate e alla cura dei concetti giuridici, si lava la coscienza con l'idea di ordine espressa da un *Testo unico*: a volte solo somma, a volte coordinamento di norme, spesso strumento per regolare materie complesse senza l'ambizione concettuale, sistematica, *filosofica* di un codice. Caratteristiche costanti anche quando il Testo unico è rivolto a materia che vorrebbe una disciplina *organica* perché, ad esempio, riguarda la tutela complessa ed eterodossa d'interessi finanziari, dell'ambiente, del lavoro, della sicurezza pubblica o, comunque, in attuazione di direttive e fonti sovranazionali complesse⁷.

reati bagatellari, CEDAM, 1985; C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in FS-Hassemer, C. F. Müller, 2010, 573.

⁷ A. BONDI, *Governo e garanzie...e altri dualismi*, in «IP» (2017) 3, 696-725: 707 ss.; ID., *Le disposizioni sanzionatorie del titolo I*, in L. Zoppoli – P. Pascucci – G. Natullo (Edd.), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Carinci, 2^a ed. 2010, 545-578.; ID., *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (Edd.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Giuffrè, 2006, 88-120; J. C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, in «Yale Law J.» (1992-1991) 101, 1875, 1875 ss., 1880 ss.; D. HUSAK, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal*, Oxford University Press, 2009; G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, G. Giappichelli, 2018; L. DI MAJO, *Sulla qualità della legislazione profili critici e nuove prospettive nella stagione delle riforme*, in «Federalismi.it» (2016); M. DONINI (Ed.), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam,

1.9 Il principio e la gerarchia

Al diritto piacciono le gerarchie; in particolare, quando la norma giuridica si esprime in divieti e comandi. Ma la norma penale impone anche una serie di garanzie che, mediante i principi, fondano la sottesa ‘*gerarchia*’.

I principi della penalità sono forme del pensiero che esprimono la ragione di quel che va fatto con le norme giuridiche; sono *regole di regole* che hanno come destinatari i poteri dello Stato; sono norma per logica e fonte per interpretazione di una politica criminale senza limiti di temporali. In passato, si sarebbe detto che i principi sono enti di ragione. Oggi è un dire oscuro per affermare che i principi hanno capacità di spiegare e orientare giudizi secondo valori, senza essere legati alla vigenza di singole disposizioni o sentenze. Che poi il tutto trovi riconoscimento in Carte costituzionali e norme superiori agli ordinamenti interni, o siano quest’ultime a dare rango normativo a questi principi, è ormai *petizione di principio* di fronte alla costanza della loro esistenza. Semmai è più utile sottolineare che declinare i principi costituzionali in un codice penale è un gesto politico-criminale di trasparenza democratica e di metodo giuridico: il codice diventa la vetrina della legislazione, sia per la conoscenza del cittadino sia per l’ufficio del giudice. In breve: grazie alla *necessità* di un codice penale, il cittadino, prima ancora dell’interprete, sa dove cercare disposizioni governate da principi e ha lo strumento per utilizzare quel che ha cercato⁸.

2000; A. MARINI – M. PARIS – A. CHERCHI, *Riforme, da Letta a Conte 349 decreti attuativi in attesa*, in «Sole 24 Ore» (18 agosto 2019); F. PAGLIONICO, *Garanzie ed efficienza in un sistema multilivello dei diritti*, in «AP» (2019) 1, 28; H. SATZGER, *European Criminal Policy Initiative. Manifesto sulla politica criminale europea*, in «RIDPP» (2010) 3.

8 S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in «ED» (1986) XXXV, 1–62; A. BERNARDI, «Principi di diritto» e diritto penale europeo, vol. 11, Università degli Studi di Ferrara, 1988; A. BONDI, *Governo e garanzie...e altri dualismi*, cit., 713; F. CARRARA, *Reminiscenze di cattedra e foro*, il Mulino, 2012; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in «ED. Annali» (2008) II; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, 2010; L. FERRAJOLI, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, vol. 3, Laterza, 2007; D. FERRI, *Il rango delle norme CEDU tra teorica delle fonti e retorica dei diritti*, in R. BIN et al. (Edd.), *All’incrocio tra Costituzione e CEDU - Il rango delle norme della Convenzione e l’efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, 2007; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in «RIDPP» (2013), 839–874; L. MEZZETTI, *Valori, Principi, Regole*, Universitätsverlag Regensburg, 2016; L. MONACO, *Dei delitti contro la libertà individuale*, in A. CRESPI et al. (Edd.), *Commentario breve al codice penale: Complemento giurisprudenziale*, CEDAM, 2013, 2401–2500; A. M. STILE et al., *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, ESI, 2015.

1.10 *Il sistema chiuso*

Gli ordinamenti in cui nacquero le prime grandi codificazioni penali europee contenevano pochi corpi normativi e, a parte quelli che sarebbero diventati testi unici di pubblica sicurezza, non erano soliti raccogliere norme in testi almeno compilatori, coordinati e consolidati, tanto meno per attuare disposizioni sovranazionali che non fossero imposte dalle armi. Queste codificazioni riprendevano un sistema chiuso nella concezione ideale, creativa, applicativa del diritto; un sistema che esaltava esaustività, certezza, uguaglianza appellandosi a un elemento di vertice, fosse esso un'idea di natura o di norma, in grado di offrire al caso concreto soluzioni giuridiche sussumibili per deduzione.

Il nostro cagionevole presente, globalizzato nelle paure e *pandemizzato* nella politica, conosce armate ordinamentali abituate a varcare i confini nazionali. Disposizioni speciali autonome e organiche da coordinare, insieme a disposizioni particolari d'adunare: questo è il daffare di un codice penale moderno. Un daffare tipico della penalità, *utile* e *necessario* per gestire la complessità con un sistema *aperto*⁹.

1.11 *Il sistema aperto*

Un passo indietro. Per *sistema* s'intende un prodotto *complesso* (*sýstēma*) che raccoglie (*synístēmi*) e ordina con *coerenza* principi, istituti, caratteristiche essenziali e formalizzazione di teorie che permettono di procedere con *congruenza* verso uno scopo. Data la funzionalità di un sistema alla stessa idea di codificazione, occorre perciò accennare ai suoi elementi d'ordine e agli aggettivi che, letteralmente, lo *aprono* o lo *chiudono* alla socialità.

L'*ordine ragionato* è tanto caro alla codificazione quanto avversato da una certa idea di complessità, quando constata fatti senza spiegare o proporre alternative, sancendo il carattere chiuso quanto inutile del sistema. Seguendo questa idea, i nuovi universali del pensiero giuridico

9 A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, ESI, 1999, 298; P. CAPPELLINI, *Francesco Carrara e il problema della codificazione del diritto*, in «Criminalia» (2007), 11; A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, Giuffrè, 1987; M. DONINI, *Perché il codice penale*, cit.; G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, vol. IV, Stamperia Raimondiana, 1783.

offrirebbero complessità e disordine inconciliabili con la supposta chiusura ontologica del sistema di gestione mediante norme giuridiche.

Ma chi lo dice che la complessità, come il disordine, non siano effetto della mancanza di un sistema di conoscenza efficace e, soprattutto, chi lo dice che un sistema debba essere chiuso per essere tale? Il sistema del diritto non può esserlo per definizione: tratta le relazioni dell'uomo; collega il 'cosa' col 'come' della norma; e lo fa in maniera circolare, dando una prospettiva almeno ecologica al suo antropocentrismo. La natura relazionale di questo sistema mantiene le prospettive degli attori in gioco; ha costanti nei principi e varianti nei fatti, nelle persone, nello spazio, nel tempo coinvolto: il tutto, con buona pace della complessità delle relazioni sociali e, in specie, di possibili sottosistemi penali. Grazie a queste caratteristiche un sistema giuridico *aperto* fondato sulla relazione può dialogare con l'esperienza e, al contempo, sottrarsi al relativismo impiegando la convergenza del consenso come criterio di verità.

Sollevando il velo dell'apparenza o – più semplicemente – leggendo col linguaggio della tecnologia la funzione del diritto penale, non pare azzardato sostenere che esso offra, su piani diversi, modelli di gestione mediante algoritmi espressi in forma di sistema aperto, logica e valori codificati che, con varia efficacia-adattabilità-creatività, rispondono alle esigenze di convivenza sociale. Niente di meno – ma anche niente di più – di quanto si ottiene digitando nella *stringa* di ricerca predisposta dal sistema Google e resa operativa dal suo algoritmo. E se è vero per il sistema informatico, può esserlo anche per il sistema penale: la capacità di aprirsi all'eccezionalità, al disordine, alla complessità dei fatti, in virtù di un nucleo relazionale di garanzie cui l'interprete può sempre tornare grazie all'algoritmo del suo codice¹⁰.

10 S. ALEO, *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pacini giuridica, 2020; A. BONDI, *Odissea penalistica*, cit., 52; A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in «ED. Annali» (2007) I, 1–22; S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, ESI, 2007; G. P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International. Volume One: Foundations*, Oxford University Press, 1^a ed. 2007; L. D'AGOSTINO, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in «DPC-TR» (2019) 2, 354–373; A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., 2; L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in «DPC-TR» (2019) 2, 401–416; K. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Heymanns, 2001, 81; S. STEPHENS DAVIDOWITZ et al., *La macchina della verità: come Google e i Big Data ci mostrano chi siamo veramente*, Luiss University Press, 2018.

Seconda Parte. Il giudizio

2.0 *Il codice sotto stress*

Nella prima parte si è scritto della *necessità* di un codice col pregiudizio che l'accompagna. Data e ripetuta questa *necessità*, si passerà a una selezione di caratteristiche che sarebbe utile ritrovare in un codice riformato. Liberi dalla preoccupazione di camuffare il pregiudizio confessato in esordio, si può sacrificare l'eshaustività dell'analisi a vantaggio dell'economia di un sistema verificato nei suoi punti di rottura.

Dietro il palcoscenico rimane la domanda: la mancata riforma del codice penale ha causa nella poca qualità della proposta dottrinale, nell'ignavia del proponente politico, nella reviviscenza – appena negata – della decodificazione quale modello di gestione del sistema penale?

Per valutare cotanta qualità ignavia reviviscenza, offrendo contenuti utili all'idea di codice e alla sua riforma, sette affanni della penalità fungeranno da *stress test*: uno scioglilingua usato per valutare, in un ambiente controllato, la sopportazione e reazione di un sistema, rispetto a un inusuale carico di lavoro, sia esso un *sistema* cardiaco bancario meccanico informatico o, appunto, *giuridico*.

2.1 *Il codice costituzionalizzato*

Il primo stress test. Il penalista italiano deve lavorare con la Costituzione per recuperare il codice penale nella gestione del quotidiano. Il motivo è semplice: il codice penale ha vissuto una storia, e respirato un'ideologia, in contrasto con quella della Costituzione. Detto in sintonia col denegato titolo di questo studio: ogni progetto di riforma del codice penale ha – tra l'altro – cercato di «*attuare i principi della Costituzione repubblicana...e di essere vicino ai bisogni di tutela di una civiltà post-industriale*».

Sull'*attuazione della Costituzione* c'è da crederci. Se il codice rappresenta una *grammatica*, cambiando le regole costituzionali – la lingua delle istituzioni – dovrà cambiare anche la grammatica che regola la penalità.

Sul bisogno di soddisfare la tutela di una *società post-industriale* attraverso la riforma di un codice penale, si crede invece un po' meno. Le regole grammaticali permettono di scrivere storie, nel caso, di definire

fattispecie di reato che hanno dimostrato eccellente adattabilità grazie all'evoluzione delle tecniche interpretative. Le fattispecie di parte speciale non sono né insensibili ai mutamenti sociali né imperiture, ma hanno una scadenza generosa che cammina dove il tempo corre e il *post-industriale* è ormai il passato di sé stesso. In altri termini, non basta un'etichetta storico-sociologica di '*post-industrialità*' per rendere necessaria la riforma di un codice penale. Un codice dai fondamentali saldi vive il diverso momento storico e sociale con sufficiente padronanza, finché rimane uguale il contesto istituzionale. E questo è il vero punto dolente del codice Rocco.

Pertanto, anche se il codice Rocco ha mostrato una forte resilienza, non vanno sottovalutate le conseguenze operative di una sua mancata riforma coerente col mutato contesto istituzionale. Un esempio. Se è non diversamente previsto, il codice rivendica per sé la gestione di ogni disposizione penale (art. 16 c.p.). Una prospettiva che non investe solo gli istituti del libro I del codice dedicato ai reati in generale, bensì molte disposizioni codicistiche che, almeno agli *effetti della legge penale*, permettono d'individuare: un *cittadino italiano* (art. 4 c.p.); un *delitto politico* (art. 8/1 c.p.); la *natura oggettiva o soggettiva delle circostanze* (art. 70 c.p.); la *stessa indole di reati* (art. 101 c.p.); la *pericolosità sociale di una persona* (art. 203 c.p.); uno *Stato in guerra* (art. 242 c.p.); un *prossimo congiunto* (art. 307 c.p.); un *pubblico ufficiale*, una *persona incaricata di pubblico servizio*, una *persona esercente un servizio di pubblica necessità* (artt. 357, 358, 359 c.p.); una *violenza sulle cose* (art. 392 c.p.); l'*oscenità di un atto* (art. 529 c.p.); la *filiazione* (art. 540 c.p.); un'*arma* (art. 585 c.p.).

In breve: la penalità deve ancora riferirsi al codice Rocco, ma trova in esso disposizioni che possono essere incongrue col sistema costituzionale italiano per ragioni ideologiche oltre che anagrafiche ¹¹.

11 A. PAGLIARO, *Appunti su alcuni istituti-chiave del Progetto Grosso*, in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. III, Giuffrè, 2009, 167-182. Cfr. A. BONDI, *Governo e garanzie...e altri dualismi*, cit., 699 ss.; A. BONDI, *Vietato vietare*, in E. CECCHINI (Ed.), *...ma libera veramente*, La Piazza, 2014, 267-284; R. COTTERRELL, *Law in Culture*, in «Ratio Juris» 17 (2004) 1, 1-14; Y. N. HARARI, *Da qui all'eternità*, in «Repubblica» (21 maggio 2017); G. MARRA, *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica. note a margine di Wolfgang Naucke, Negatives Strafrecht. 4 Ansätze, Lit, Berlin, 2015*, in «RIDPP» (2018) 2, 725-757: 747 ss.

2.2 *Il codice ricodificato*

Il secondo stress test. Riformare un codice è dare nuova forma e contenuti a disposizioni giuridiche per offrire ordine, sistema, razionalità di cui si va da un po' ciarlando. Dunque, si parte dalla forma per veicolare contenuti, sapendo che entrambi non sono mai veramente separati. Su questo afflato, la prima forma di un codice – e di una ricodificazione – è data dalla sua struttura.

La divisione strutturale tra parte generale e parte speciale è sperimentata e i suoi uffici si sono dimostrati eccellenti. In breve: è da mantenere. Dando per scontata questa divisione, i progetti di riforma si sono concentrati sulla parte generale: un corso prediletto in Europa, dove a grandi riforme di parte generale sono seguiti interventi più limitati della parte speciale.

In Germania, per esempio, la grande riforma del 1975 ha interessato la parte generale del codice penale; la parte speciale è invece stata il frutto di successive e più modeste riforme. In Austria, alla riforma del 1975 sono seguite diverse novelle e, nel 2015, una riforma con cura progressiva per la parte speciale. Più omogenei sono stati gli sviluppi tra parte generale e speciale in Francia e Spagna. In Francia, il nuovo codice penale del 1994 ha prima seguito una via autarchica con particolare attenzione per politica criminale, diritti dell'uomo e sistema sanzionatorio cui si sono aggiunte aperture europeiste insieme a importanti modifiche ordinamentali, come il giudizio anticipato di costituzionalità del 2008. In Spagna, la riforma del 1994 ha rifondato il sistema codicistico della rinata democrazia spagnola, con importanti interventi correttivi nel 2010 e la riforma del sistema sanzionatorio nel 2015. Insomma, la decodificazione penale non sembra essere un pensiero forte in Europa, almeno a dar credito alle *ricodificazioni* dei Paesi citati cui si deve aggiungere: il Portogallo (1982), l'Albania (1995), la Russia (1996), la Croazia e la Slovenia (1997), la Polonia (1998), l'Ucraina (2001), l'Andorra (2005), la Svizzera (2007), la Romania (2009).

In Italia, l'idea di una riforma di parte generale ha dominato a lungo la scena, senza tuttavia escludere gradi diversi di attenzione per la parte speciale. Nel complesso, i tratti comuni dei progetti Riz, Pagliaro, Nordio, Pisapia non hanno avuto particolare *appeal* presso il legislatore; gli

istituti e le argomentazioni di parte generale sono state spesso considerate frutto di elucubrazioni accademiche di poca o indesiderata utilità pratica.

Non va meglio alla parte speciale del codice Rocco, certo quella più ideologicamente compromessa. Molti principi liberali, sopravvissuti nella parte generale, sono stati dimenticati in quella speciale che, semplificando, ha molto tipizzato secondo il sentire del momento. Visto che si puniscono furti corruzioni omicidi, e non principi istituzioni regole, è della parte speciale – si sostiene – che non si può fare a meno; quella generale è una sorta di presunzione dell'intelletto.

L'osservazione fotografa gli effetti della funzione di una parte speciale, ma non inquadra le condizioni per il suo funzionamento. La parte generale sarà pure una presunzione, ma è una presunzione di cui c'è bisogno. Controprova ne sia che ogni proposta di riforma della sola parte speciale dovrà procedere secondo principi, logica, sistematica espressi dalla parte generale vigente, oppure ipotizzando contenuti e modi di una sua riforma. Utilizzare infatti la finzione di una parte generale e di una sistematica di parte speciale, in assenza di una condivisa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul modello dei sistemi di *common law*, sottrae identità e legittimità alla *grammatica* di principi, istituti, regole necessari per scrivere fattispecie in grado di esprimere coerenza, ordine, logica: scelte legislative con qualche velleità di mantenere equilibrio tra sicurezza sociale e garanzie individuali in un ordinamento di per sé ipertrofico e multilivello ¹².

2.3 Il codice semplificato

Il terzo stress test. Semplificare è rendere più semplice – e quindi più facile – qualcosa su cui si approccia il pensiero. Rischiando la tautologia, il vocabolario descrive *'cosa si fa'* ma non spiega il *'come'* farlo. L'etimologia, ripresa dalla matematica, è di maggior aiuto: suggerisce di cercare la semplicità riducendo a unità il molteplice grazie un fattore comune.

¹² M. FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer Verlag, 1975; P. FITZGERALD, *Codes and Codifications: Interpretations, Structure and arrangement of Codes*, in «*Criminal Law Forum*» (1990) 2; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, CEDAM, 10^a ed. 2017, 34; T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, il Mulino, 2^a ed. 2006, 11, 13, 14.

Un approccio metodologico di *antico pelo* sottopone al rasoio di Ockham tanto la produzione (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*) quanto la conservazione del molteplice (*pluralitas non est ponenda sine necessitate*). Ma attenzione, si tratta di rasoio che acconcia la capigliatura senza cercare lo scalpo del ragionamento. Se è pur vero che aggiungere un elemento aumenta le possibilità di errare, la mancanza di un elemento necessario nega lo sviluppo del ragionamento stesso: ed è di per sé un errore. Dunque, la semplicità non nega la complessità, ma la condiziona ad uso e consumo del ragionamento *circolare* cui si aggrappa l'umano intelletto alla ricerca di un significato.

Con questo spirito, la commissione Pisapia, l'ultima in ordine di tempo ad aver avuto un mandato di riforma del codice Rocco, ha proposto di abolire la distinzione tra delitti e contravvenzioni. In proposito, si è scritto: «*la scelta è condivisibile. Toglie la tentazione, cara alla politica del consenso, di penalizzare illeciti amministrativi col ringhio della pena e il guaito della contravvenzione. Prende atto sia dell'esecuzione penale ormai indifferenziata tra i due tipi di reato, sia del tentativo di distinguerne le funzioni*».

In linea di principio, per il mantenimento del molteplice non è sufficiente la tradizione ma occorre una *necessità*; mancando la *necessità* di tale distinzione, si può riportare la questione a unità facendo venire meno la distinzione stessa. In altre parole, la *necessità* è data dalla funzionalità della disposizione.

Un esempio. Quando si tratta di stabilire la competenza per territorio di procedimenti connessi, in cui più giudici appaiono competenti per materia, il giovane codice di procedura penale italiano prende come riferimento la gravità dei reati per distinguere i delitti dalle contravvenzioni (art. 16/3 c.p.p.). Una distinzione che non avrebbe avuto senso, se la funzione avesse giocato un ruolo reale nel differenziare le due tipologie di reato. Ma una distinzione secondo la tipologia di reato, senza una funzione che la giustifichi, non è un buon viatico per la legislazione.

Sotto il cacofonico impero del condizionale, occorre riflettere sulle conseguenze che il venir meno della distinzione tra delitti e contravvenzioni avrebbe sulla normativa complementare. Fattispecie diventate prive della punibilità al contempo dolosa e colposa delle contravvenzioni, obbligherebbero il legislatore a scelte puntuali nel creare o escludere fatti-

specie penali. Ma sarebbero, appunto, *scelte*. Nel caso, una disciplina transitoria offrirebbe aiuto, mentre il legislatore potrebbe riconsiderare, in nome della sussidiarietà, il disvalore finora espresso da delitti e contravvenzioni, integrando depenalizzazioni attuate e quelle in divenire (*postea* § 2.5). Se poi il tutto avvenisse sotto la regia di un codice penale riformato, verrebbe espresso dalla sostanza quanto dichiarato nella forma: il codice penale come *grammatica* e riferimento valoriale *necessario* per l'esercizio costituzionale della penalità¹³.

2.4 Il codice della colpevolezza

Il quarto stress test. La colpevolezza ha qualcosa di simbolico, dunque, d'importante. Permette di spaziare nella parte generale, cercando l'attualità dei problemi. Soffre però incertezze terminologiche che si riflettono in confusioni concettuali.

Valore, sistema, scopo possono fondare una responsabilità penale rispettosa del principio di colpevolezza che, per auspicio della dottrina e decisione della Corte costituzionale, ha come componente costitutiva – e perciò come limite – il riferimento minimo alla colpa. Complice però il rapporto spurio che il linguaggio giuridico ha con quello comune, si suda tanto nel distinguere la colpevolezza dalla colpa, quanto nell'intendere la colpevolezza come principio di responsabilità personale declinato nell'analisi del reato e nella commisurazione della pena.

Le difficoltà linguistiche sono, tuttavia, poca cosa rispetto alla scelta di definire titoli di responsabilità penale in base a una *partecipazione psicologica* che dia valore agli aspetti, non necessariamente alternativi, legati all'intenzionalità o non intenzionalità di una condotta: espressione di umanità giudicata non solo per quel che ha realizzato, ma anche per quanto ha voluto o non voluto senza cautela nel suo agire sociale.

La centralità assiologica della colpevolezza dovrebbe perciò rendere la responsabilità oggettiva un reietto della legittimità costituzionale. In proposito, approcci multidisciplinari sono auspicabili, interessanti ma difficili: a partire da quello con le neuroscienze, sempre più dedite a ridurre le illusioni di libero arbitrio nelle scelte dell'uomo.

¹³ A. BONDI, *Zero*, cit., 85; G. DEVOTO et al., *Vocabolario della lingua italiana*, Mondadori, 2017, v. «semplificazione» e «semplice». Cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarcato. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in «RIDPP» (1994), 1220 ss.

La stessa centralità del principio di colpevolezza offre, poi, splendido isolamento al sistema penale rispetto ad altri sistemi giuridici. Una posizione che giustifica il conservatorismo della penalità, le sue cautele nel rivolgersi agli enti, ai beni sopraindividuali, alle funzioni propulsive, alle clausole di chiusura, alle diseconomie di mercato quando sono coinvolti diritti fondamentali.

Si tratta, però, di una sorta di conservatorismo rivoluzionario. Ossimoro per sostenere che, di fronte alle possibilità della scienza, i penalisti non rischiano di confondersi con l'*originalismo* dei conservatori statunitensi. In particolare, quando si scandisce il passo lento della penalità chiedendo il rispetto di alcune garanzie per la persona che si confronta con le nuove frontiere della scienza, cercando: un inizio e una fine della vita; una vita aiutata e rimodellata dalla tecnologia; una vita gestita dalle diverse possibilità dell'algoritmo informatico rispetto a quello biologico¹⁴.

2.5 *Il codice del disvalore*

Il quinto stress test. Il progetto Pisapia propone di risolvere con la disciplina del concorso formale di reati la gestione di quelle fatti-

14 C. cost. 364 e 1085/1988; 322/2007. Cfr. F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico* (1940), in *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, 1955, 97 ss.; A. BONDI, *La geografia dei diritti*, in A. BONDI et al. (Edd.), *Sessant'anni di studi giuridici europei a Urbino: il Séminaire de Droit Européen*, 2019, 159–175; A. BONDI – G. MARRA – P. POLIDORI (Edd.), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Giappichelli, 2010; A. CADOPPI, *Mens rea*, in «DDP» VII (1993), 618–652; G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Giuffrè, 1996; S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, G. Giappichelli, 2012; A. COHEN, *The Supreme Court's Crusade: Fairness for the Powerful*, in «NYT» (26 ottobre 2006); F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, 2002; O. DI GIOVINE, *Neuroscienze (diritto penale)*, in «ED. Annali» (2014) VII, 1–44; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in «RIDPP» (1987), 836–880; G. P. FLETCHER, *The grammar of criminal law*, 65; D. D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, il Mulino, 2004; G. FORNASARI, *Il principio di inesegibilità nel diritto penale*, CEDAM, 1990; A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., 107–133; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in «RIDPP» (1987), 798–835; F. PESCE, *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata*, Università degli Studi di Trento, 2019; N. STAVROPOULOS, *Interpretivist Theories of Law*, in «Stanf. Encycl. Philos.» (2008); C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in «RIDPP» (1984), 16–34; D. SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in «ED» (1960) VII, 1–30; B. SCHÜNEMANN, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*, in «RIDPP» (1990), 3–35; G. VASSALLI, *Colpevolezza*, in «EGT» (1988) VI.

specie che prevedono un inasprimento di pena al verificarsi di un evento. Per quanto semplificante, non è una proposta condivisibile.

Le fattispecie in oggetto condividono affinità con molte tipologie di reato dagli sviluppi *circostanziali aggravanti, preterintenzionali, complessi, aberranti, dalla punibilità obiettivamente condizionata*. Tipologie di reato che, in Italia, hanno di sovente espresso ipotesi oggettive di responsabilità con riferimento all'evento che qualifica l'offesa inasprendone la sanzione. Tipologie di reato che, negli ordinamenti di lingua tedesca, hanno infine trovato una regola generale d'imputazione minima colposa dell'evento qualificante, senza con questo determinare particolari differenze negli esiti giurisprudenziali rispetto al periodo precedente all'introduzione della regola (cfr. § 18 StGB tedesco). Risultati analoghi sono stati ottenuti anche in Italia dove, in assenza di un criterio generale d'imputazione simile a quello tedesco, ma in presenza di un modello di responsabilità preterintenzionale, si è compensato in fase d'imputazione oggettiva dell'evento qualificante ciò che sarebbe altrimenti passato tra le maglie larghe della responsabilità oggettiva.

Il codice Rocco è, in effetti, infatuato dalla responsabilità *indifferente* alla presenza di un *elemento psicologico*. A questo modello sono state costrette le citate modalità preterintenzionali di un evento, sorretto dall'eco lontano di un elemento soggettivo tra il dolo e la colpa. Questo elemento soggettivo, intuito dai *Commentatori*, è il fattore mancante su cui si sarebbe potuto costruire un titolo di responsabilità penale diverso da quello doloso e colposo (cfr. artt. 42, 43 c.p.): procedere nominalmente ripreso solo per l'omicidio e l'aborto preterintenzionale (artt. 584 e 593-ter c.p.), ma infine dimenticato a favore dell'ascrizione dell'evento oltre l'intenzione secondo la responsabilità oggettiva *altrimenti* prevista dal codice penale (art. 42/3 c.p.).

Questa terza via, in cerca di connotati per un elemento *psicologico-soggettivo-personale* della responsabilità penale, non è solo riflessa da molte tipologie di reato, ma anche da mai dome considerazioni di dottrina e giurisprudenza su dolo, nella variante generale ed eventuale, e sulla colpa, nello sviluppo cosciente e grave; né mancano comparazioni con la *Leichtfertigkeit* tedesca e la *recklessness* anglosassone. Ma si tratta di comparazioni non sempre convincenti, frutto di quel vuoto normativo

per una terza modalità dell'elemento psicologico che, proprio le fattispecie dall'offesa qualificata, faticherebbero a gestire nell'alveo della colpa.

Con arguzia si è pure contestato che vi sia spazio per un giudizio autonomo sulla prevedibilità dell'evento qualificante unito alla possibilità di chiedere l'osservanza di una norma cautelare perché '*non si può uccidere con cautela*'. Ma è proprio vero? Colui che si trova in una situazione di *rischio totalmente illecito* è dispensato da ogni cautela o è proprio la mancanza di una cautela nel contesto illecito a determinare l'evento che qualifica l'offesa? Tra breve, una possibile risposta.

In generale, si osservi che l'evento causalmente legato a una condotta illecita dovrà essere associato a un elemento soggettivo utilmente gestibile e costituzionalmente ammesso, vale a dire, un elemento psicologico che non sia per disvalore inferiore a quello rappresentato dalla colpa. In tal senso, è una possibilità sia riprendere la terza via dei Commentatori, sia recuperare un titolo di responsabilità *preterintenzionale* cui corrisponda un effettivo elemento psicologico mediano tra il dolo e la colpa. Ma non è l'unica possibilità.

In particolare, prima di passare a difficili costruzioni per una nuova soggettività penale, è opportuno rispondere alla domanda lasciata poc'anzi in sospenso, ammettendo che una condotta colposa sia in effetti capace d'inserirsi in una situazione di rischio illecito, perché è praticabile una condotta alternativa a quella che cagiona l'evento che qualifica l'offesa. In pratica, non c'è bisogno di essere dei neurochirurghi per rappresentarsi i diversi effetti tra il bastonare il deretano o la testa della vittima e, perciò, prevedere le conseguenze ulteriori della propria condotta, laddove non si tenga conto di questa rappresentazione. Si tratta, in fondo, di prescrivere una norma cautelare per l'evento qualificante, pur in un contesto già illecito con riferimento al delitto di base. Detto in altro modo, vi è uno spazio alternativo di *liceità nell'illiceità* in cui l'autore del reato può osservare una condotta cautelare adeguata.

Non è invece auspicabile la soluzione *tranchant* di sostituire ogni illiceità qualificata dall'offesa con la disciplina del concorso formale di reati. Il disvalore d'azione e d'evento rappresentato da una fattispecie che esprime una diversa e autonoma offesa rispetto a quella cumulata in un eventuale concorso formale di reati, dovrebbe trovare un tipo legi-

slativo in grado di accogliere questa differenza, trattando *diversamente il diverso* in nome del principio di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.).

Si lasci allora alle condizioni obiettive di punibilità il compito di valutare le ragioni di opportunità ammessi dalla Corte costituzionale per le condizioni estrinseche all'offesa. Partendo invece dai reati circostanziati, passando per i reati complessi e aberranti, arrivando ai reati preterintenzionali, si possono notare relazioni differenti tra alcune condotte ed eventuali offese qualificanti. Si tratta di relazioni in grado di ricevere verifiche empiriche e una lettura statistica. Lettura in grado d'individuare un maggiore disvalore rispetto alla gestione solo concorsuale della fattispecie base *sommata* a un'offesa qualificante, per via della maggiore potenzialità che a una certa condotta consegue proprio quell'offesa qualificante. La diversa dimensione di questa potenzialità potrebbe in tal modo orientare le scelte del legislatore.

Il regime del concorso formale di reati sarebbe allora regola generale chiamata a coprire quelle condotte in cui la realizzazione di un evento ulteriore, già autonomamente punibile, è lontana dalle potenzialità della condotta di base che lo ha cagionato. Se invece nella condotta vi sono potenzialità accidentali o addirittura costitutive di una fattispecie la cui offesa è qualificata dal prodursi di un evento ulteriore, si aprono in crescendo le possibilità offerte dalle tipologie aggravate, aberranti, complesse, preterintenzionali della fattispecie: tutte ipotesi che, si è visto, possono prescrivere la prevedibilità dell'offesa qualificante rispetto al reato di base insieme alla violazione di una norma cautelare.

Si consideri che il rapporto tra la colpevolezza e l'elemento soggettivo è un tratto peculiare del diritto penale: è il suo marchio di fabbrica, il suo vanto, la sua sofferenza nella definizione della responsabilità penale. La connotazione personalistica si aggiunge alla sussidiarietà dell'intervento penale e alla sua necessaria materialità e offensività. Si tratta di caratteristiche dell'illecito penale che trovano migliore struttura in una situazione tipica definita con precisione; cristallizzata nella unicità di definizioni soggettive e descrizioni causali attente all'adozione di tipologie di reato condizionate dal disvalore di una fattispecie confortata da valutazioni empiriche gestite da una *politica penale integrata*. È perciò strumento necessario per legiferare, e per valutare il legiferato, cercare

sostegno nelle indagini empiriche, comparatistiche, storiche, offrendo – ricambiati – un dialogo con la dogmatica: il pomposo nome che la scienza del diritto condivide con la teologia, mentre ipotizza teorie per dare alla creazione, applicazione, esecuzione di norme elementi di razionalità, certezza, uniformità, prevedibilità, controllo¹⁵.

2.6 *Il codice riservato*

Il sesto stress test. Si è detto di quel che dovrebbe entrare, ma non di quel che dovrebbe uscire da un codice penale.

Il discorso meriterebbe un elenco argomentato, ma qui troverà solo un esempio – e una proposta – che riguarda la degenerazione di due abusati tipi normativi in un contesto emergenziale.

L'*eccezione* politico-criminale rappresentata dalla risposta penale non va difatti confusa con l'*emergenza*, la circostanza imprevista di rischio o pericolo, che può legittimare una tale risposta. Per la verità, di fronte all'ossimoro di *emergenze strutturali*, come la criminalità organizzata e il terrorismo, l'Italia è stata migliore rispetto a Stati con più antica Costi-

15 A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, ESI, 1999. Cfr. G. ARZT, *Leichtfertigkeit und recklessness*, in GS-Schröder, C. H. Beck, 1978, 119 ss.; G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Jovene, 1995; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, vol. 190, Giuffrè, 1999; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva del delitto colposo d'evento*, Jovene, 1989; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in «RIDPP» (2000) 3, 863; F. CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, 2003; W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Duncker & Humblot, 2013; M. GALLO, *Aberratio*, in «ED» (1958) I, 1–11; G. HIRSCH, *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, in D. OEHLER – R. D. HERZBERG (Edd.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Heymann, 1985, 111 ss.; A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts, in vergleichend-historischer und dogmatischer*, British Library-Historic, 2011; M. MAIWALD, *Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im unrecht – der Einfluss der Verletztenposition auf eine dogmatische Kategorie*, in H. SCHÖCH (Ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, 64–73; L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb» (1980), 399–493; V. PATALANO, *Preterintenzione*, in «ED» (1986) XXXV, 1–14; L. STAFFLER, *Praterintentionalität und Zurechnungsdogmatik. Zur Auslegung der Körperverletzung mit Todesfolge im Rechtsvergleich Deutschland und Italien*, Duncker & Humblot, 2020; A. M. STILE, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in «ED» (1977) XXVII, 1–18; F. TAGLIERINI, *I delitti aggravati dall'evento*, CEDAM, 1979.

tuzione. Ma troppi decreti-leggi hanno preso possesso della legislazione ordinaria; per non dire dei decreti del Presidente del Consiglio che, dettati sotto l'emergenza pandemica, hanno disposto provvedimenti restrittivi di libertà fondamentali che, di fatto, hanno ignorato le ragioni di necessità e di urgenza previsti dalla Costituzione per i decreti-leggi (art. 77 Cost.).

Nella sostanza, un decreto-legge trova dialogo ridotto col Parlamento e rischia di trasformare l'emergenza in uno stato di necessità e urgenza permanente; un decreto del Presidente del Consiglio, invece, non dialoga affatto col Parlamento e, protratto nel tempo, trasforma l'emergenza in uno Stato di eccezione: l'ultimo non ha a che fare *con* uno Stato di diritto; il primo, dovrebbe trovare limiti *in* uno Stato di diritto.

Una soluzione potrebbe essere data da una sorta di *riserva rafforzata di codice*. Nello spirito della Costituzione, non solo un decreto-legge non va reiterato ma, sebbene convertito in legge, dovrebbe essere oggetto di una seconda deliberazione del Parlamento dopo un certo periodo dalla sua entrata in vigore. Preso atto del venir meno di *necessità e urgenza* che – trascinati nel tempo – rischiano di portare la disposizione nel regno dell'ultrattività, l'oggetto di questa seconda deliberazione del Parlamento dovrebbe essere il consolidamento nell'ordinamento di quanto ha determinato la disposizione penale modificativa del codice. In altre parole, con questa seconda deliberazione il Parlamento potrebbe riconsiderare la *ratio* della legge senza l'assillo della cronaca, ma con attenzione per le questioni intertemporali della disposizione penale. In breve, un legiferare in divenire capace di orientare il governo costituzionale della penalità ¹⁶.

16 A. BONDI, *Zero*, cit., 92; G. EGE – D. ESCHLE, *Das Strafrecht in der Krise: Eine Untersuchung der Strafbestimmungen in der COVID-19-Verordnung 2 und welche Lehren daraus zu ziehen sind*, in «Sui Generis» (25 giugno 2020); C. FAHL, *Das Strafrecht in den Zeiten von Corona*, in «JURA - Juristische Ausbild.» (3 settembre 2020) 42.10, 1058–1065; A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Prescrizione e COVID19*, in «SP» (24 maggio 2020), 3; G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in «SP» (26 marzo 2020); M. GUALTIERI, *Il sistema sanzionatorio di contrasto al Covid-19: profili costituzionali*, in «AP» (2020) 2, 1–30; G. LOSAPPPIO, *Covid, depositi, comunicazione e giustizia penale (sotto la lente di un microscopio)*, in «disCRIMEN» (9 novembre 2020), 3; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, in «SP» (2020), 61; L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del COVID - 19*, in «PDP» (16 aprile 2020).

2.7 *La riserva codificata*

Il settimo e ultimo stress test. Oggigiorno un codice penale deve faticare più che in passato. Le ragioni di questa fatica non stanno nell'inutilità, inattualità, incongruità di un codice e del tipo legislativo che rappresenta ma, al contrario, nella *necessità* di una *grammatica* che garantisca alla giustizia penale ordine, razionalità, struttura, uniformità, certezza, semplificazione, proporzione, personalità, scopo. In una espressione: legittimità costituzionale. Ai *pregiudizi* e ai *giudizi* abbozzati si potrebbero aggiungere altri fattori legati alla politica e alle sue paure, alla democrazia e alle sue espressioni, al governo e alle sue garanzie. Ma non cambierebbero i termini dell'equazione per la gestione della penalità.

Scritto delle ragioni, dei principi, degli elementi, dei tipi legislativi che dovrebbero veicolare il traffico in entrata e uscita dal codice penale, rimane poco spazio per accennare alle disposizioni penali che, forzando in negativo gli stessi termini, già oggi non devono entrare nel codice perché disciplinano in maniera organica – e autonoma – una materia (art. 3-bis c.p.).

Di questa recente disposizione, inserita nel nostro ordinamento con la riforma Orlando, si è detto molto e bene. Ripresa dal progetto di legge costituzionale della c.d. *Bicamerale* (art. 129/4) e dai progetti di riforma del codice penale *Grosso* (art. 3/2) e *Pisapia* (art. 2), la disposizione sulla riserva di codice è rimasta orfana del rango costituzionale che le permetterebbe, senz'altra interpretazione, di vincolare il legislatore ordinario. Tuttavia, non va sottovalutata.

Oltre a ribadire una partizione sensata tra codice e leggi complementari, e a impedire di raccogliere nel codice penale il microcosmo di fattispecie di diritto internazionale penale, i *giudizi* perplessi sulla riserva di codice sono il frutto di *pregiudizi* ormai noti circa il ruolo che può ancora svolgere la codificazione penale.

Chi crede alle ragioni della decodificazione, disegna un quadro che tende ad accompagnare più che a orientare le disposizioni penali. Chi attribuisce alla riserva di codice un valore solo politico-programmatico – o solo relativo rispetto ai sottosistemi penali – e chi ne recupera i principi sottesi attribuendo alla norma una portata costituente, ripren

de l'antico confronto tra *lex* e *ius* onorando, in diversa misura, critica e proposta.

Per quanto finora scritto, e per non deresponsabilizzare il legislatore con l'ennesima delega alla Consulta, il favore va all'espreso riconoscimento costituzionale della riserva di codice nella forma rafforzata (supra § 2.6). Non è un risultato eclatante e forse sottovaluta l'ignavia legislativa. Ma il cammino non perde di vista la meta. Nella gestione del diritto, non vi un attore unico, bensì un'unica sceneggiatura. Il valore circolare dell'interpretazione cerca il dialogo nella creazione come nell'applicazione della norma. In quest'ottica, anche la Costituzione italiana ha conosciuto molti progetti e alcune riforme: non sempre di successo, non sempre opportune. Tuttavia, se non si vuol fare del penale il *servo inutile* di una politica qualunque, ci sono ancora margini per una riserva costituzionale di codice la cui piena operatività sia preludio, teorico e pratico, alla riforma del codice penale: *grammatica* della scienza giuridica, per le *necessità* di una politica criminale ormai senza più teoria ed empiria. *Senza più uno scopo* ¹⁷.

17 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit. Cfr. A. BONDI, *Opinione dissenziente sul genocidio*, in «AIPDP», 2020; R. BORGOGNO, *La "riserva di codice" e le altre modifiche al codice penale introdotte con il D. Lgs. 1 marzo 2018, n. 2*, in «AP» (2018) 6, 20; C. BRAY, *L'eccesso di delega nell'attuazione del principio della "riserva di codice": sollevata questione di legittimità costituzionale in riferimento al commercio di sostanze dopanti*, in «SP» (20 ottobre 2020), 10; A. CISTERNA, *Appunti in materia di "riserva di codice", legislazione speciale ed azione penale nello Stato di diritto*, in «AP» (2018) suppl. 1, 3; M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in «DPC-TR» (2019) 3, 62–89; M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in «LP» (20 novembre 2018), 28; L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione: le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro. Atti dell'Incontro di studio Firenze 3 marzo 2000*, CEDAM, 2001, 126 ss.; G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in L. STORTONI – G. INSOLERA (Edd.), *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, Bononia University Press, 2012, 207 ss; M. GALLO, *La cosiddetta riserva di codice nell'art. 3-bis: buona l'idea, non così l'attuazione*, in «DPC» (20 novembre 2018); M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in «DPC-TR» (2018) 5, 129–155; M. PAPA, *Codici e leggi speciali. progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in «RIDPP» (2019), 417–436; S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in «RIDPP» (2020) 2, 423 ss.

ITINERARI CONVERGENTI DI CONTENIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL SANITARIO

Stefano Canestrari

1. La stagione delle riforme della responsabilità penale del sanitario

La responsabilità professionale del sanitario è senz'altro uno dei temi al centro del dibattito penalistico italiano degli ultimi anni. Ciò non significa affatto che si tratti di un argomento nuovo, ma è piuttosto da ritenersi che la stagione attuale stia facendo registrare una più matura consapevolezza dell'insostenibilità di una diffusa minaccia penale nell'agire quotidiano di soggetti che svolgono un servizio fondamentale per l'intera società civile, come riconosce l'art. 32 della nostra Costituzione e come conferma, assai pragmaticamente, la recente emergenza pandemica¹.

Queste pagine intendono offrire una prospettiva non schiacciata sulle contingenze di un periodo davvero eccezionale come quello degli ultimi mesi, mirando piuttosto a mettere in luce un'evoluzione a più tappe e che ha riguardato due ambiti di responsabilità in particolare: quello che fa perno sui profili di consenso del paziente ai trattamenti sanitari, anche quando necessari per il mantenimento in vita, e quello avente ad oggetto condotte colpose degli operatori del settore. Sembra possibile parlare, al riguardo, di itinerari convergenti, poiché, in entrambi i casi, si è pervenuti a significative prese di posizione nel senso della contrazione dell'area della punibilità, che si segnalano anche in quanto in controtendenza con l'impeto del «diritto penale *no-limits*»², a cui per altri versi si assiste. Il fatto che ciò abbia visto protagonista il legislatore legittima l'impressione che quella recente possa essere indicata come la «stagione delle riforme»³ della responsabilità penale del sanitario.

1 Le reazioni avverse della classe sanitaria rispetto a tale rischio condurranno la trattazione a mettere in discussione, nel contesto in esame, il senso della pena; tematica su cui restano fondamentale punto di riferimento le splendide pagine dell'illustre Studioso a cui questo scritto è dedicato con profonda stima e amicizia: L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

2 L'espressione è efficacemente proposta da V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in «QG» (2019) 1, 86 ss.

3 Per un analogo ricorso all'espressione «stagione delle riforme», si veda l'intito-

La l. 22 dicembre 2017, n. 219 ha introdotto nell'ordinamento una disciplina attesa da decenni, con la quale finalmente si forniscono in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento delle risposte chiare, anche e soprattutto sul piano delle responsabilità civili e penali.

Sul fronte della responsabilità per reati colposi d'evento, il legislatore è intervenuto addirittura in due occasioni a breve distanza, prima tramite il d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (noto come d.l. "Balduzzi") e poi con la l. 8 marzo 2017, n. 24 (nota come l. "Gelli-Bianco"), la quale sta iniziando ad andare a regime soltanto ora che le numerose linee guida sottoposte a vaglio qualitativo completano, via via, il percorso di formale accreditamento previsto dalla legge stessa.

Come si avrà modo di dire meglio, un elemento che accomuna i due percorsi evocati è l'intento di porre rimedio, tra l'altro, a fenomeni perniciosi di medicina difensiva⁴, sintomi inequivocabili di un disagio diffuso e

lazione del capitolo V della monografia di M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, 2017, 213 ss., così come il titolo del saggio di M.L. MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in «RIDPP» (2018), 1220 ss. Più in generale, per una recente ricostruzione dell'evoluzione della responsabilità penale del sanitario, G. M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in «DPC» (2019) 4, 1 ss.

⁴ Ben nota è la duplicità di accezioni del concetto di medicina difensiva: se ne individua una versione "positiva", consistente nella prescrizione a titolo preventivo di accertamenti clinici non strettamente necessari e una "negativa", consistente nella mancata presa in carico di pazienti "ad alto rischio", che cioè potrebbero andare incontro, con una certa probabilità, ad un esito infausto del trattamento. Tutto ciò ha, evidentemente, ripercussioni non soltanto sulla qualità delle cure ricevute dai pazienti, spinti fuori dall'epicentro del trattamento sanitario, ma anche sul piano economico, appesantendo gravemente il bilancio delle strutture sanitarie con spese superflue. Il riferimento alla medicina difensiva è ormai un *topos* della letteratura sulla responsabilità (non solo penale) del sanitario. Senza alcuna pretesa di esaustività, si può rinviare a G. FORTI et al. (Edd.), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Edizioni ETS, 2010; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in «RIML» (2011) 1085 ss.; R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in «Riv. it. med. leg. dir. san.» (2012) 1107 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, 2012, in particolare 5 ss.; G. ROTOLO, *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in «DPP» (2012), 1259 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in «Riv. it. med. leg. dir. san.» (2014) 927 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, 2014, in particolare 11 ss.

intimamente connesso in termini direttamente proporzionali alla pressione giudiziaria, specialmente penale, avvertita dai sanitari. Diverso appare sin d'ora il grado di successo e di "stabilità" degli interventi del legislatore, ma è comunque riconoscibile il tentativo di ricondurre entro dinamiche più fisiologiche e meno viziate il fondamentale rapporto medico-paziente.

2. Una «buona legge buona». La chiara esclusione della responsabilità del sanitario e le potenzialità salvavita della riforma in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento

Nella memoria scritta relativa all'audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati, in data 28 aprile 2016, avevo posto l'accento sull'assenza di una disciplina organica nel nostro ordinamento giuridico del consenso informato, del rifiuto e della rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari. Pertanto avevo formulato, in quella sede, la proposta di un articolato, elaborato sulla falsariga di quello redatto da un gruppo di studiosi ed esperti – tra cui il sottoscritto – coordinato dal Prof. Paolo Zatti⁵.

La legge 22 dicembre 2017, n. 219 si colloca nell'ambito delle coordinate che avevo delineato e disciplina in modo chiaro ed efficace i diversi profili della relazione di cura⁶: «una buona legge buona»⁷.

Procedo con ordine e in estrema sintesi, privilegiando i profili di interesse per la riflessione sul contenimento della responsabilità penale.

L'art. 1 («Consenso informato») afferma che «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,

⁵ *Prova di testo normativo sulla relazione di cura*, consultabile all'indirizzo <https://undirittogentile.wordpress.com>. Per il testo della mia Audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera, v. « RIML » (2016), 1201 ss.

⁶ Come sottolinea la relatrice della legge, l'On. Donata Lenzi (in <http://www.donatalenzi.it>, newsletter del 16 dicembre 2017), alla stesura del testo base hanno collaborato in modo proficuo medici e giuristi (tra cui il sottoscritto e, in una fase successiva, il Prof. Paolo Zatti, la Professoressa Patrizia Borsellino e il Prof. Carlo Casonato).

⁷ È l'espressione che ho proposto nell'editoriale *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*, in « RIML » (2017), 975 ss.

tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (comma 1). Il richiamo esplicito ai principi costituzionali e a quelli convenzionali di riferimento⁸ individua una pluralità di diritti fondamentali che riconoscono la massima ampiezza dell'autodeterminazione terapeutica fino al diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà⁹.

Nell'ambito dei principi costituzionali, il consenso informato costituisce espressione eminente del principio di inviolabilità della libertà umana di cui all'art. 13 Cost., da cui discende il diritto di autodeterminazione rispetto al proprio corpo; e, sotto diversa angolatura, del diritto alla salute di cui all'art. 32, comma 1, Cost. – diritto che, in quanto tale, può essere tutelato dalla persona secondo le proprie opzioni e i propri valori – e del divieto di trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi di stretta previsione legislativa, oltre che dei limiti imposti dal rispetto della persona umana (art. 32, comma 2, Cost.).

Sotto il primo profilo, il tema del consenso informato, lungi dal rilevare solo come problema di tecnica giuridica e di collocazione dogmatica – presupposto di liceità, causa di esclusione della tipicità, causa di giustificazione – costituisce espressione primaria della tutela dell'autonomia personale: il consenso informato rappresenta presidio della libertà e prima ancora della dimensione corporea individuale da ogni tipo di prevaricazione e violenza non voluta dal paziente.

Sotto il secondo profilo, il tema del consenso informato rimanda essenzialmente alle modalità di relazione tra professionista e destinatario della prestazione, in particolare tra medico e paziente, per le quali qualsiasi intervento di diagnosi, terapia, prognosi (o sperimentazione) può essere praticato soltanto in virtù di una «autorizzazione» da parte del

⁸ Come è noto, in precedenza, nella stessa prospettiva della Carta dei diritti, il principio del consenso informato aveva trovato esplicito riferimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997.

⁹ Sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, il Mulino, 2017, in particolare 67 ss.

soggetto su cui ricade l'intervento. Il consenso informato assume rilievo come strumento necessario per produrre interazioni di tipo cooperativo – nelle quali s'incontrano «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (comma 2) – al fine di promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.

Il comma 3 dell'art. 1 pone l'accento su un'informazione esaustiva e compresa, assumendo rilievo il diritto del paziente ad avere piena conoscenza dei termini in cui la relazione con il sanitario è orientata alla ricerca della migliore opzione terapeutica a favore della sua salute. In questa direzione, mi preme sottolineare che la funzione del «consenso informato» è quella di costituire, più in generale, una garanzia che la relazione terapeutica, quantunque asimmetrica, si mantenga «umana» (non tra «stranieri morali» alla maniera di Engelhardt), a fronte della progressiva tecnologizzazione della medicina e degli esiti di «spersonalizzazione» che questa può comportare, quindi il più possibile «personale» ed «empatica».

Al comma 5 dell'art. 1 si puntualizza che «Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Questa chiara presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione e della idratazione artificiali come trattamenti sanitari conduce alla conclusione che possono essere oggetto di legittimo rifiuto anche con lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, comma 1). Di segno opposto era la disciplina restrittiva del disegno di legge “Calabrò” approvato in prima lettura dal Senato e con modifiche dalla Camera il 12 luglio 2011 (in Atti parl. Cam., XVI legislatura, doc. n. 2350), poi decaduto per la fine della legislatura¹⁰.

10 Per una severa critica a tale proposta di riforma, cfr. C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato “Calabrò” su consenso e dichiarazioni anticipate*, in www.forumcostituzionale.it (17 febbraio 2009); L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in «Dir. fam.» (2009), 1281 ss.; S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, 2° ed. 2014, 45 ss.; G. FERRANDO, (voce) *Testamento Biologico*, in «ED. Annali» (2014) VII, 987 ss.; P. BORSSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto» (2016) 3, 98-99.

In coerenza con il principio del consenso informato come (di norma) legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, la legge perviene ad un'esplicita quanto importante presa di posizione sui profili di responsabilità. Il comma 6 dell'art. 1 – richiamato anche dall'art. 4, comma 5, in riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento – afferma che «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

Si assiste dunque ad una «certificazione» del «diritto dei principi» che aveva riconosciuto l'equivalenza normativa di due situazioni distinte solo sul piano naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti sanitari salvavita da parte di un paziente autonomo e il caso della rinuncia di trattamenti sanitari *quoad vitam* da parte di un paziente che richieda la loro sospensione o la loro interruzione, operata tramite un'azione del medico (ad esempio la disattivazione di un sostegno artificiale).

Come ho da tempo sottolineato, era auspicabile che il legislatore sancisse in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario – soprattutto al fine di garantire un definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente¹¹.

In assenza di una disposizione normativa così netta, la paura del malato di poter essere irrevocabilmente vincolato alla prosecuzione delle terapie provoca gravi distorsioni nella relazione di cura, accentuate nel contesto attuale dove sono diffusi atteggiamenti di medicina difensiva, che conducono il medico a non rispettare la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi giudiziari. Mi limito a segnalare l'effetto tremendo e perverso – che ho posto più volte in evidenza nell'ambito del

11 Sul punto, sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, Tomo II, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, 2011, 1901 ss. e *ivi* l'analisi della giurisprudenza, in particolare delle motivazioni della sentenza di proscioglimento del 23 luglio 2007 del GUP del Tribunale di Roma nel caso Welby. Per l'enunciazione dei principi di biodiritto penale della fine della vita umana e i necessari riferimenti alla letteratura civilistica, costituzionalistica e penalistica, v. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 63 ss.

Comitato Nazionale per la Bioetica¹² – di finire per dissuadere il paziente a intraprendere un trattamento sanitario salvavita per il timore di rimanere in una «condizione di schiavitù» in cui viene negato valore ad una revocabilità o ritrattabilità del consenso a proseguirlo¹³. È la legge, dunque, che può essere definita salvavita, perché incentiva i pazienti in condizioni più critiche a sottoporsi ai trattamenti sanitari necessari, potendo contare sul fatto che la loro eventuale volontà successiva di sospenderli verrà assecondata, anche in quanto il medico è ora esplicitamente tutelato nel farlo dalla disciplina vigente, che non lo lascia più esposto alla sensibilità di singoli pubblici ministeri e giudici. Agli occhi del giurista penalista, l'esclusione della punibilità appare così affiancata a dinamiche di fatto preventive e che potrebbero, peraltro, limitare sensibilmente anche la casistica dell'art. 580 c.p., come riconosciuto dalla Corte costituzionale nel noto caso "Cappato-Dj Fabo"¹⁴.

Sempre al comma 6 dell'art. 1 – per concludere questa breve e necessariamente parziale ricognizione di una legge apprezzabile sotto diversi punti di vista¹⁵ – si è inteso ribadire l'ovvietà di un assunto, con una formulazione non felice che equipara legge e fonti deontologiche: a fronte di richieste, da parte del paziente, di trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia, alle buone pratiche clinico-assistenziali, «il medico non ha obblighi professionali». Il comma seguente dell'art. 1 riguarda l'urgenza e prevede che «Nelle situazioni di emergenza o di urgenza

12 In occasione della stesura del parere del CNB del 24 ottobre 2008, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, redatto da chi scrive, Lorenzo d'Avack e Laura Palazzani, consultabile all'indirizzo www.governo.it/bioetica/pareri.html.

13 Dopo che è stato ovviamente «sancito» il suo pieno e assoluto diritto a rifiutarlo. Naturalmente, la mancata attuazione del diritto del paziente di interrompere un trattamento sanitario produce inaccettabili discriminazioni tra malati sulla base della tipologia di malattia che li affligge, dello stato di avanzamento della patologia e del tipo di terapia attuata: così, chiaramente, C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in «DPC» (21 dicembre 2017).

14 Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, in www.giurcost.org, dove è pubblicato un elenco davvero notevole di contributi dottrinali di commento, a cui si consenta di aggiungere quello di chi scrive: S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": La "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in «RIDPP» (2019), 2159 ss.

15 Ci si è soffermati più diffusamente sulla riforma in commento, ad esempio, in S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in «RIDPP» (2018), in particolare 78 ss., a cui sia consentito il rinvio per gli aspetti che non è possibile qui approfondire.

il medico e i componenti dell'équipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla». La formulazione del testo è apprezzabile, l'unico rilievo consiste nel fatto che si sarebbe potuto precisare che, una volta cessate tali situazioni, il principio del consenso informato riacquista piena vigenza.

3. Il difficile assestamento della responsabilità penale per colpa del sanitario

3.1. Dall'irrigidimento della giurisprudenza nei confronti del sanitario al tentativo del d.l. "Balduzzi" di delimitare l'area della punibilità

Negli ultimi decenni, la storia della responsabilità penale per colpa del sanitario ha subito significative evoluzioni. Nel secolo scorso, lungo è stato il dominio della scena da parte di un rapporto medico-paziente di carattere paternalistico, in cui le scelte del primo erano considerate quasi indiscutibili e, di conseguenza, anche gli eventi avversi erano percepiti come la ben possibile concretizzazione di un rischio fisiologico, quindi da "accettare" senza prendere subito in considerazione il ricorso ad un'azione legale. In sostanziale coincidenza del cambio di paradigma della medicina – che via via ha abbandonato il protagonismo decisivo assoluto e tecnocratico del medico in favore di un rapporto col paziente più dialogico e di condivisione del percorso trattamentale («*shared decision making*») – da un lato, si sono poste le basi per la maturazione, avvenuta però solo diverso tempo dopo, di una disciplina organica come quella poc'anzi illustrata in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, ma, dall'altro lato, l'autorevolezza della classe sanitaria è sempre più stata messa in discussione e anche la giurisprudenza ha fatto da cassa di risonanza di questo mutamento socio-culturale, sviluppando orientamenti di maggior severità.

Sintomatica di quanto appena detto appare la "parabola applicativa" in ambito penale dell'art. 2236 del codice civile, a norma del quale «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave». Il problema della sua applicabilità nei giudizi penali si è posto perché il codice penale non prevede un corrispettivo di tale nor-

ma, sollevando peraltro una questione di ragionevolezza complessiva dell'intero ordinamento, il quale rischierebbe di contraddirsi accettando la sussistenza della responsabilità penale in coincidenza dell'esclusione esplicita, per gli stessi fatti, della responsabilità civile.

Ebbene, in un primo momento, all'incirca fino agli anni '70, la Corte di cassazione ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. anche nel settore penale, punendo solamente quegli errori davvero "grossolani" del medico. Negli anni successivi, invece, si è gradualmente perso questo atteggiamento di riguardo (di "deference") nei confronti degli operatori sanitari, cosicché la Suprema Corte è giunta a ritenere che, anche nei casi di particolare difficoltà, gli stessi rispondono penalmente pure per errori di piccola entità, quindi per colpa lieve¹⁶.

Oltretutto, a questo orientamento si è accompagnato un accertamento altrettanto severo della causalità, specialmente di quella omissiva. La responsabilità medica è stata affermata non esigendo che la condotta conforme a cautela, se osservata, avrebbe consentito con un grado di probabilità confinante con la certezza di prevenire la verificazione dell'evento dannoso per il paziente, ma accontentandosi di fare perno su un criterio "causale" molto più debole, come quello della mancata diminuzione del rischio, soddisfatto anche dal non aver attivato comportamenti efficaci ben sotto la soglia del 50%¹⁷.

Va considerato che il rigore manifestato dalla giurisprudenza, assai probabilmente, è stato alimentato dalle difficoltà da parte dei pazienti danneggiati di ottenere il risarcimento in sede civile in tempi accettabili. La giurisprudenza penale ha così assunto un ruolo di "supplenza" del giudice civile, di talché la colpa penale e quella civile sono venute a sovrapporsi, in ambito medico come in altri, sia nella struttura che nelle finalità perseguite¹⁸.

16 In argomento, ad esempio, N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in «RIML» (1984), 399 ss., in particolare 401 ss.; di recente, per una puntuale ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale in questione, G. M. CALLETTI, *Il percorso di depenalizzazione*, cit., in particolare 4, 5 e 30.

17 In senso critico, per tutti, F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (Edd.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, 1893 ss.

18 In merito alla faticosa emancipazione della colpa penale rispetto all'omologo concetto civilistico, si rinvia, in particolare, allo studio di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, specialmente 471 ss.

Qualche attenuazione della severità dei menzionati orientamenti giurisprudenziali non è mancata. Nel 2002 sono intervenute le Sezioni unite penali della Cassazione con la nota sentenza “Franzese”¹⁹, che ha respinto i criteri di accertamento della causalità omissiva più flessibili. Inoltre, in alcuni casi, i giudici penali hanno dimostrato di recepire la logica alla base dell’art. 2236 c.c., premurandosi però di precisare che «detta norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico quando il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà, 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»²⁰. Ciò non è comunque bastato a riportare il livello della pressione giudiziaria sulla classe sanitaria entro livelli accettabili ed è così che è intervenuto il legislatore con una prima riforma “di sistema” delle attività sanitarie, cioè non limitata ai profili di responsabilità e nemmeno alla sola figura del medico.

In occasione della conversione in legge (8 novembre 2012, n. 189) del già menzionato d.l. “Balduzzi”, si è inserita nell’art. 3, 1° c., una esplicita disciplina della responsabilità penale volta a contenerne l’estensione: «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».

Al di là di alcuni controversi riferimenti nel testo dell’art. 217 l. fall. (ora art. 323 codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza), è la prima volta che il legislatore italiano ha previsto espressamente un particolare grado di colpa per la sussistenza della responsabilità penale. Oltre alla restrizione della responsabilità, l’intento dichiarato della riforma è stato anche quello di costruire una maggiore determinatezza dell’illecito colposo nel settore medico, individuando – attraverso il richiamo alle linee guida – le regole cui il medico deve attenersi. Nella prospettiva del legislatore, il ricorso alle linee guida favorirebbe il giudice, che avrebbe a disposizione un testo scritto da cui partire nel valutare la colpa del sanitario.

¹⁹ Cass. pen, Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, per esteso in «RIDPP» (2002), 1133 ss.

²⁰ Così, letteralmente, Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592 (sentenza “Buggè”), in «DeJure».

Quello del d.l. “Balduzzi”, tuttavia, è apparso subito un testo piuttosto complicato da interpretare. Non a caso, uno dei primi commenti ne ha prospettato una lettura sostanzialmente abrogativa, ricorrendo all’espressione latina «*in culpa sine culpa*»²¹. In questa prospettiva ci si è domandato come possa essere in colpa un sanitario che rispetta le linee guida, strumenti che di solito racchiudono le migliori raccomandazioni cliniche da seguire per ogni diversa patologia. Dando seguito a questa impostazione, la disciplina penale del 2012 non avrebbe alcun senso.

In realtà, già da anni, la Corte di legittimità si occupava di linee guida, affermando che nel valutare la rilevanza delle stesse non sono ammessi automatismi, né in chiave accusatoria né in chiave di esonero da responsabilità. In altre parole, l’adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina automaticamente la colpa, giacché discostarsi o conformarsi alle linee guida integra una scelta del medico che il giudice reputa di per sé sola insufficiente per pervenire a una conclusione di esonero o di affermazione della responsabilità²².

D’altronde, una simile conclusione sembra imposta dalla natura stessa delle *guidelines* e delle *leges artis* mediche che esse tentano di “formalizzare”: la disciplina offerta dalle linee guida, infatti, limitandosi a proporre un «percorso terapeutico ideale», si pone per lo più come un insieme di indicazioni di massima che, per definizione, sono insufficienti ad abbracciare l’intera varietà della casistica clinica. Ne consegue che i “suggerimenti” da esse evincibili presentano un carattere non esaustivo, che risente della volubilità di ogni specifica situazione terapeutica. Per tutte queste ragioni è quindi difficile attribuire alle linee guida un carattere vincolante che, peraltro, mal si concilierebbe con il principio di libertà di cura da parte del medico.

È dunque possibile che anche nell’osservanza delle linee guida vi sia la sopravvivenza di una colpa. Ciò è stato confermato anche dalla Corte di

21 In particolare, P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all’art. 3 l co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in «DPC» (26 novembre 2012).

22 A livello giurisprudenziale, un’esauriente retrospettiva della giurisprudenza precedente alla riforma “Balduzzi” è leggibile nell’ultima sentenza (“Ingrassia”) in materia di linee guida prima dell’approvazione della legge: Cass. pen., Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, per esteso in «DPP» (2013), 191 ss., con nota di L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, 195 ss.; nonché in «RIML» (2013), 268 ss., con nota di G. ROTOLO, *Guide lines e leges artis in ambito medico*, 277 ss.

cassazione, in una sentenza divenuta un vero e proprio punto di riferimento tra la giurisprudenza successiva all'approvazione della riforma "Balduzzi". Ci si riferisce alla sentenza "Cantore"²³.

Secondo tale sentenza, due sono le ipotesi in cui l'operatore sanitario può versare in colpa pur nell'osservanza dei suggerimenti clinici: «potrà – anzitutto – ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve. Potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura il discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria».

La disciplina "Balduzzi", quindi, è stata ritenuta applicabile per lo più in coincidenza di «adempimenti imperfetti» e «adempimenti inopportuni» delle linee guida²⁴. Per questi casi era divenuto importante valutare il grado della colpa per comprendere se fosse lieve o grave.

Anche questo profilo è stato affrontato nella sentenza "Cantore", che, in assenza di una definizione della colpa grave da parte della legge, ha individuato alcuni parametri di valutazione del grado della colpa. Tale accertamento è stato sviluppato dalla Corte su due piani distinti. Nel primo, oggettivo, quello del "fatto tipico", andrebbe indagata la misura del-

23 Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, per esteso, ad esempio, in «Cass. pen.» (2013) 2984 ss., con commento di C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, 2999 ss.

24 Per il ricorso a questa terminologia, si vedano, in particolare, G. M. CALETTI – M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in «DPC» (2017) 2, 90 e 91, a cui si rinvia anche per la ricognizione di nomenclature alternative.

la divergenza tra l'operato del sanitario e quello astrattamente previsto da un agente modello di riferimento. Segue poi, sul versante soggettivo della colpa, un giudizio individualizzante, all'interno del quale andrebbero valutate, nella prospettiva di delineare quanto fosse esigibile per il soggetto il conformarsi perfettamente al modello di riferimento, tutte le peculiarità proprie del caso concreto.

Proprio quest'ultimo profilo è stato individuato dalla dottrina, come una delle novità più interessanti della riforma "Balduzzi", dal momento che la colpa grave costringe il giudice a tenere in considerazione una serie di aspetti soggettivi, laddove invece la colpa penale, da molti anni, presenta una matrice prevalente oggettiva, normativa²⁵.

L'aspetto meno convincente della scelta legislativa è senz'altro consistito nell'aver riferito la clausola penale ad una casistica apparsa subito troppo ridotta, in quanto dipendente da una coesistenza di più fattori, alcuni dei quali già in partenza non sempre soddisfabili dal sanitario, se si pensa che non tutte le prestazioni sono presidiate da linee guida e magari nemmeno da buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Oltretutto, lo spettro applicativo è stato ristretto ulteriormente dalla Corte di cassazione, che, senza un evidente fondamento normativo, ha stabilito che la disciplina speciale in esame fosse applicabile soltanto ai casi di imperizia, intendendola peraltro non come la declinazione tecnico-professionale di negligenza e imprudenza, ma come un *tertium genus* a tutti gli effetti, e preferendo regolarmente ad essa le altre due forme tradizionali di colpa generica nella qualificazione dei fatti concreti sotto giudizio. Ad esempio, la significativa casistica degli errori diagnostici è stata per lo più ricondotta all'ambito applicativo della negligenza e le dimissioni ospedaliere anzitempo conseguenti ad una inadeguata lettura delle condizioni del paziente sono invece state qualificate, non di rado, in termini di imprudenza²⁶.

La riflessione critica si è poi appuntata su quali linee guida e buone pratiche, se osservate, giustificassero il metro di valutazione più favorevole

25 Per ciò che non mi è possibile approfondire qui sulla duplicità dei piani sistematici in cui si articola l'illecito colposo, sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in «IP» (2012), 21 ss.

26 Al riguardo, si veda l'interessante rassegna critica di P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in «DPC» (24 aprile 2015).

della colpa grave, posto che riferirsi a un loro generico accreditamento della comunità scientifica non può certo dirsi pienamente coerente con l'intento di conferire maggior determinatezza all'illecito colposo²⁷. Per le linee guida, in particolare, si tratta di un problema posto a ragione, considerato che le stesse, notoriamente, non sono redatte soltanto dalle società scientifiche, ma anche da tanti altri soggetti che non perseguono finalità esclusivamente terapeutiche, come, ad esempio, le case farmaceutiche.

La soluzione adottata dal legislatore italiano nel 2012 è stata quella di lasciare al giudice – e, soprattutto, al suo perito – il vaglio sull'affidabilità scientifica delle linee guida.

3.2. Una seconda presa di posizione del legislatore: la riforma “Gelli-Bianco” e l'impegno ermeneutico della giurisprudenza

I limiti che la riforma del 2012 ha palesato negli anni successivi alla sua entrata in vigore, non certo confinati nella disciplina penale, hanno indotto il legislatore a concepire una nuova riforma “di sistema” delle attività sanitarie, ancora una volta estesa, in generale, alla categoria dei professionisti sanitari²⁸ e ampiamente incentrata sul principio organizzativo-preventivo del *clinical risk management*. Con l'occasione, la disposizione dell'art. 3, comma 1, del d.l. “Balduzzi” dedicata alla responsabilità del sanitario è stata abrogata ed è stato introdotto nel codice penale l'art. 590-*sexies*, rubricato «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario», dal seguente contenuto: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professio-

²⁷ Su questo ed altri aspetti si è concentrata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano: Trib. Milano, Sez. IX, (ord.) 21 marzo 2013, annotata da 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 «DPC» (29 marzo 2013) e ampiamente analizzata anche da D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in «DPC» (2013) 4, 73 ss. La Corte costituzionale si è pronunciata nel senso della manifesta inammissibilità della questione, in particolare per carenza di motivazione del giudice *a quo* sulla rilevanza della questione stessa nel caso sotto giudizio; il che ha consentito alla “Consulta” di non approfondire nel merito i punti critici su cui era stata interpellata: ord. 2-6 dicembre 2013, n. 295, commentata da 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*, in «DPC» (9 dicembre 2013).

²⁸ Peraltro, poco dopo, tramite la l. 11 gennaio 2018, n. 3, ha preso il via un percorso di riorganizzazione delle professioni sanitarie.

ne sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma» (comma 1). «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto» (comma 2).

Se la disposizione penale del d.l. “Balduzzi” è stata inserita in poco tempo, ossia nella gestazione della conversione in legge di tale corpo normativo, e si è posta come un primo – quindi, per definizione, sperimentale – tentativo di misurarsi con una realtà a lungo “regno” della giurisprudenza, il legislatore del 2017 ha decisamente meno alibi rispetto ai limiti della propria disciplina, soprattutto se la direzione su cui si voleva proseguire, come spesso dichiarato, era quella del contenimento della responsabilità. Alla luce di ciò, è davvero poco convincente – è anzi il punto decisamente più critico – la scomparsa di ogni riferimento esplicito al grado della colpa come condizione di rilevanza penale dell'errore del sanitario²⁹. È rimasto un riferimento alle linee guida (ora, almeno, più chiaramente individuate nell'ambito di un procedimento tassativizzante a gestione pubblica)³⁰ e si parla, ancorché in subordine, anche di buone pratiche clinico-assistenziali, conservando così, sostanzialmente, la parte più controversa del binomio *evidence-based medicine*/colpa grave. Inoltre, si è “premiato”, esplicitandolo, quel requisito che la giurisprudenza aveva innestato interpretativamente nella disciplina del 2012 e che aveva contribuito a “sabotarne”³¹ gli intenti di contrazione della pu-

29 La prima versione della legge, quella inizialmente approvata dalla Camera dei Deputati e poi modificata dal Senato, rappresentava una più plausibile evoluzione del d.l. “Balduzzi”. Si prevedeva, infatti: «L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave», aggiungendo che «è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge».

30 L'art. 5 della l. “Gelli-Bianco” prevede che le linee guida utilizzabili ai fini della limitazione della punibilità siano quelle il cui accreditamento passa attraverso un competente vaglio qualitativo e si conclude con pubblicazione nel sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità. Non passa inosservato come il sistema di gestione del rischio clinico si sorregga sull'imposizione dell'osservanza delle linee guida stesse (e solo in mancanza di esse delle buone pratiche clinico assistenziali), «salve le specificità del caso concreto».

31 Assai efficace, in tal senso, è la terminologia con cui O. DI GIOVINE, *Mondi veri e*

nibilità; una scelta che poteva essere meditata meglio, anche alla luce del fatto che la “promozione” dell’imperizia è avvenuta proprio quando la stessa giurisprudenza stava dimostrando di iniziare a metabolizzare la necessità di ridimensionarne gli effetti sterilizzanti³².

I limiti intrinseci di ciascun elemento costitutivo della disciplina del nuovo art. 590-*sexies* c.p. si sono riflessi inevitabilmente sul risultato complessivo, aprendo così la strada ad un impegnativo coinvolgimento della giurisprudenza, la quale ha via via recuperato terreno sul protagonismo legislativo, in misura direttamente proporzionale all’“imperizia” con cui lo stesso si è manifestato³³.

Davvero eloquente è il disorientamento della prima pronuncia della Cassazione, in cui il compito ermeneutico e nomofilattico è stato gestito con dichiarato disagio, parlando di «alti dubbi interpretativi», di disciplina «di disarticolante contraddittorietà», dall’interpretazione letterale esposta a esiti di «lampante» e «drammatica incompatibilità logica»³⁴.

Un approccio diverso ha contraddistinto la sentenza successiva³⁵, con la quale sono venute meno le esitazioni nei confronti di una stretta aderenza al dato legale, con l’implicazione di considerare esclusi dall’area della punibilità i soli casi di errore esecutivo (cioè, sostanzialmente, quelli che abbiamo prima indicato come «adempimenti imperfetti») di fonti comportamentali *evidence-based* scelte correttamente, a prescindere dal grado della colpa.

mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali, in «Cass. pen.» (2017) 2163, nt. 28, si è riferita all’imperizia nell’economia di una disposizione sulla responsabilità penale del sanitario, parlando di «cavallo di Troia».

32 Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283 (sentenza “Denegri”), per esteso in «DPC» (27 giugno 2016), con commento di C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*.

33 Descrive condivisibilmente il ruolo assunto dalla giurisprudenza F. PALAZZO, *La colpa medica: un work in progress*, in «Giustizia Insieme» (11 novembre 2020), parr. 5 e 6.

34 Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187 (nota come sentenza “Tarabori” o “Tarabori-De Luca”, dai cognomi, rispettivamente, della parte civile ricorrente e del sanitario imputato), per esteso, ad esempio, in «Riv. it. med. leg. dir. san.» (2017), 713 ss., con commento di M. CAPUTO, *Promossa con riserva. La legge Gelli-Bianco passa l’esame della Cassazione e viene rimandata a settembre per i decreti attuativi*, 724 ss.

35 Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078 (sentenza “Cavazza”), per esteso in «DPC» (7 novembre 2017). Per un commento, ad esempio, C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l’imperizia? La Cassazione torna sull’ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in DPC» (2017) 11, 250 ss.

È ben noto come la Corte di legittimità abbia cercato di appianare le divergenze di sensibilità interne alla IV Sezione penale facendo subito entrare in scena le Sezioni unite³⁶, con le quali, in particolare, si è apportato un correttivo alla sentenza precedente in punto di grado della colpa, non apparendo costituzionalmente sostenibile l'esclusione della responsabilità penale anche in ipotesi di colpa di speciale consistenza. La differenza tra colpa lieve e colpa grave è così rientrata a far parte della disciplina della responsabilità penale del sanitario come requisito *praeter legem*. Al di là di comprensibili scetticismi sul piano della legalità – posto che, rispetto all'esegesi più immediata, come visto, si tratta forse di rileggere il testo in *malam partem* – il risultato è equilibrato e sostanzialmente condivisibile sul piano politico-criminale, poiché riporta al centro della disciplina l'elemento chiave per il contenimento della punibilità³⁷.

In ogni caso, non si può certo affermare di essere pervenuti all'assetto migliore possibile in assoluto, posto che il testo dell'art. 590-sexies c.p. rimane eccessivamente vincolato al rispetto di precise fonti comportamentali e che il requisito dell'imperizia può riproporre quel cortocircuito a cui è andato incontro il d.l. "Balduzzi", anche se va dato conto di come la giurisprudenza, su entrambi i fronti, abbia recentemente fatto filtrare segnali di minor chiusura rispetto al passato.

Quanto al requisito del rispetto di linee guida formalmente accreditate, si è preso atto del ritardo con cui il sistema sta andando a regime³⁸ e, per non condannare la riforma allo stallo applicativo, si è accettata una nozione ampia di buone pratiche, capace di includere fonti comportamentali di varia nomenclatura, comprese le linee guida non ancora accreditate, a cui non sembrerebbe infatti ragionevole negare a priori l'etichetta di *best practice*³⁹.

36 Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770 (sentenza "Mariotti"), per esteso, ad esempio, in «DPC» (1° marzo 2018), con commento di C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*.

37 Per un'equilibrata lettura della questione, con la consueta lucidità, F. PALAZZO, *La colpa medica*, cit., par. 5.

38 Fino ai primi mesi del 2020, le linee guida pubblicate nel sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità all'esito della procedura di accreditamento erano soltanto 3.

39 Cass. pen., Sez. IV, 14 aprile 2018, n. 33405; Cass. pen., Sez. IV, 22 giugno 2018, n. 47748; Cass. pen., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102, tutte in «DeJure». Nella giurisprudenza di merito, si veda, in particolare, Trib. Parma, 18 dicembre 2018, n. 1584, in «DPC» (9

Circa l'altro aspetto problematico residuo, si è opportunamente calato l'accento sul fatto che, «in linea di massima, l'agire dei professionisti e quindi anche dei sanitari, si presta ad esser valutato primariamente in termini di perizia/imperizia»⁴⁰.

Come si accennava, i segnali incoraggianti che pervengono dalla giurisprudenza più recente, la quale dimostra peraltro una nuova sensibilità anche rispetto ad istanze finora tanto note quanto poco accreditate, come quelle sottese al principio di affidamento⁴¹, non sono comunque tali da spingere la disciplina molto oltre le potenzialità che il dato testuale le consente. Questo spiega l'apparente paradosso del successo che ha avuto, proprio nella «stagione delle riforme», una norma “classica” come quella dell'art. 2236 c.c., che è stata più volte indicata tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza come possibile via di uscita rispetto agli asfittici binari delle soluzioni *ad hoc* offerte dal legislatore.

4. Dall'emergenza pandemica una conferma dell'opportunità di pervenire a una disciplina incentrata semplicemente sul grado della colpa

L'emergenza pandemica ancora in corso nel momento in cui si scrive ha presentato problematiche senz'altro peculiari, come quelle che trascendono il giudizio di colpa relative alle drammatiche scelte di razionalizzazione di fondamentali risorse insufficienti per tutti i malati⁴². Quest'e-

aprile 2019), con commento di M. L. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co. 2, c.p.*, per cui «Un documento non pubblicato ai sensi dell'art. 5 l. 8.3.2017, n. 24 può integrare comunque una codificazione di una buona pratica clinico assistenziale. Nell'art. 590-sexies, 2° c., c.p., il legislatore ha utilizzato una formula evocativa della sussidiarietà delle buone pratiche, che consente di annoverarvi le linee guida non accreditate nonché i protocolli e le *check list*».

40 Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258, in «DeJure».

41 Ne dà conto con chiarezza M. L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in «DPC» (2019) 4, in particolare 67 ss.

42 In proposito, cfr. il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica «COVID-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica” (8 aprile 2020)», la cui redazione è stata coordinata dai Proff. Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino. Coglie bene la complessità del quadro e degli istituti penalmente rilevanti G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in «SP» (5 maggio 2020).

poca sta inoltre confermando la centralità di capitoli tradizionali della responsabilità medica⁴³, come l'urgenza del trattamento e più in generale le condizioni concrete di lavoro, tra cui anche l'eventuale intrinseca carenza organizzativa della struttura di appartenenza, l'incertezza scientifica (che può lasciare sguarnito un certo campo della medicina di fonti comportamentali consolidate, come è stato anche rispetto a molti aspetti di contrasto del COVID-19, quantomeno nelle prime fasi, mettendo quindi tendenzialmente “fuori gioco” la disciplina dell'art. 590-*sexies* c.p.), la relativa imprevedibilità delle reazioni del corpo umano ai trattamenti e la probabilità dell'esito infausto, che, in definitiva, è forse il vero fattore d'innescio delle incomprensioni tra classe sanitaria e società civile, oggi quanto mai evidenziate dall'alternarsi schizofrenico di attestati di eroismo e ondate di indignazione⁴⁴. Questi aspetti rendono davvero unico il contesto sanitario tra le professioni esposte al rischio di commissione dei più classici reati colposi di evento⁴⁵.

Quanto precede dovrebbe offrire una conferma della possibilità di superare le resistenze nei confronti di un regime più apertamente di favore – *rectius*: di compensazione – per i sanitari, la cui responsabilità penale dovrebbe, assai più semplicemente di oggi, dipendere soltanto dal grado della colpa. Si potrebbe anche valutare una più generalizzata limitazione della punibilità alle sole ipotesi di colpa grave, estesa cioè anche oltre l'esercizio delle professioni sanitarie, come suggerisce una corrente dottrinale sempre più consistente⁴⁶, ma non dovrebbero esserci in ogni caso dubbi sull'opportunità di partire dal settore in esame.

43 In argomento, tra i primi, C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in «SP» (30 marzo 2020), in particolare par. 4.

44 Sembra pertanto mancare la “serenità” per legittimare soluzioni drastiche, per quanto contingenti, come quelle che sono state recentemente evocate parlando di «scudo penale». Tra le voci critiche rispetto ad opzioni del genere, si veda, ad esempio, L. RISCATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in «disCRIMEN» (25 maggio 2020), specialmente 2 e 9.

45 Per convincenti argomentazioni in tal senso, O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in «AP» (2014) 1 (web), 6 ss.

46 Si vedano, in particolare, D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in «RIDPP» (2013), 1723 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, *ivi*, specialmente 154 ss.; con taglio comparatistico, P. F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema spagnolo: un modello da imitare?*, in «RIDPP» (2018), specialmente 926 ss.

È con queste considerazioni che si può concludere la panoramica critica avviata sui principali itinerari di contenimento della responsabilità penale del sanitario. Si auspica che tali considerazioni abbiano rafforzato la consapevolezza che se si riporta entro limiti accettabili il rischio penale (ma, più in generale, di ripercussioni giudiziarie) a carico del sanitario è probabile che l'interesse terapeutico torni finalmente al centro del rapporto con il paziente e che si possa parlare, a tutti gli effetti, di alleanza terapeutica.

VERSO UN DIRITTO PENALE 'INUMANO'^{1*}

Mario Caterini

Umano sei, non giusto.

Giuseppe Parini²

1. L'auspicata anima meccanica del giudice

Uno degli interrogativi postmoderni è se il valore della giustizia sia conciliabile con una decisione meccanica e, dunque, di per sé 'inumana'. L'ansia dell'uomo di perdere il primato ontologico ripetto alla machina sembra destinata a soccombere alla stregua di una posizione passatista che sarà travolta dal flusso della storia. Del resto, quel giudice 'essere inanimato' di montesquieuiana memoria cos'era se non una sorta di robot?³.

Si può dire, infatti, che a fondamento della teoria della separazione dei poteri statuali, gli illuministi intendevano la legge come una specie di algoritmo e immaginavano il giudice – già nel '400 preteso *geomëtra vel arithmeticus*⁴ – alla stregua di una macchina sillogistica⁵. La 'giustizia

1 * L'aggettivo è impiegato nell'accezione di trascendenza dalla sfera dell'umano per evocare *a contrario* l'aspirazione a un «diritto penale umano [...] che non sia al servizio delle ideologie», palesata dall'Onorato nel suo contributo in AA.Vv., *Crisi e riforma del sistema penale*, Cedam, 2016, 18.

2 G. PARINI, *La caduta* (1761), in *Le odi*, Libreria accademica Wagner, 1879, 90, v. 21.

3 «*Mais les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés*»: MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Garnier, 1777, Tome 1, Livre XI, Chapitre VI, 327.

4 Nel 1402 il teologo francese J. Gerson immaginava in tal guisa il ragionamento giuridico, come riferito da B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholar Press of Emory University, 1997, 230, nt. 66.

5 Il metodo 'matematistico' o 'assiomatico' applicato al diritto ha ulteriori ascendenze nelle opere di Thomasius, Heineccius e Wölfl; cfr. G. M. MAFFEI, *Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741)*, in «Heliop» (2016) 181 ss.; G. TADDEI ELMI, *Informatica giuridica. Presupposti, storia, disciplina, insegnamento, esiti*, in «I&D» (2014) 2, 89. Del resto, G. W. LEIBNIZ, *La monadologia* (1720), Sansoni, 1935, 31, riteneva di poter «ridurre tutti i ragionamenti umani ad una specie di calcolo che servirebbe a scoprire la verità, nei limiti di ciò che è possibile *ex datis*, posto cioè quel che ci è dato o conosciuto». Nel ragionamento leibniziano, come l'obiettività dei numeri prescinde dagli stessi matematici e vale indipendentemente dal fatto che vi sia qualcosa da contare e qualcuno che conta, così il diritto – che opera a mezzo della logica – ha il suo valore a prescindere dal fatto che

automatica' realizzabile con le moderne tecnologie non sarebbe altro che la piena affermazione dell'originaria aspirazione illuministica e, in ultima istanza, dello Stato di diritto⁶.

Lo stesso perfetto sillogismo giudiziale propugnato da Beccaria mostra le sue chiare affinità con l'odierno ragionamento informatico: scongiurare qualsiasi forma d'interpretazione – nella quale si annida sempre un aspetto squisitamente politico – considerando il diritto una pura premessa logico-formale prodromica ad una soluzione univoca⁷. Le operazioni più facilmente informatizzabili, difatti, sarebbero quelle di natura logica in cui il giurista compie dei sillogismi o dei ragionamenti formali. Le ragioni a favore dell'utilizzo del procedimento algoritmico nel diritto, dunque, risiedono nelle esigenze di certezza che sarebbero più facilmente assicurabili per questa via⁸. Esigenze le cui soddisfazioni necessiterebbero di un linguaggio particolarmente chiaro, inequivoco e formale che solo gli algoritmi garantirebbero⁹.

ci sia qualcosa o qualcuno da giudicare, o che a giudicare sia un essere umano o una macchina; ID., *Elementa iuris naturalis* (1669), in *Scritti politici e di diritto naturale*, 1961, Utet, 86; U. PAGALLO, *Introduzione alla filosofia digitale. Da Leibniz a Chaitin*, Giappichelli, 2005. Del resto, come segnalato da G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, 2018, 34, il pensiero leibniziano fa da sfondo a quel positivismo giuridico che per alcuni versi dà la stura ai modelli giuridico-informatici. Invece, sui prodromi ricavabili dal pensiero di Hobbes in merito alla sistematizzazione 'geometrica' e alla formalizzazione del diritto secondo un modello 'calcolabile', si veda M. COSSUTTA, *Questioni sull'informatica giuridica*, Giappichelli, 2003, 124 ss.; S. SCORSI, *Thomas Hobbes tra giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Il filo, 2006, 15; G. BOMBELLI, *Diritto, linguaggio e "sistema": a proposito di Hobbes e Leibniz*, in P. PERRI – S. ZORZETTO (Edd.), *Diritto e linguaggio. Il prestito semantico tra le lingue naturali e i diritti vigenti in una prospettiva filosofico e informatico-giuridica*, Ets, 2015, 47-68.

6 R. BORRUSO, *La legge, il giudice, il computer*, I, Giuffrè, 1997, 37; ID., (voce) *Informatica giuridica*, in «ED» (1997) Agg. I, 656.

7 «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore deve essere la legge generale; la minore l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà, o la pena. Quando il giudice sia costretto o voglia fare soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza»: cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Harlem, 9^a ed. (1780), 15.

8 M. WEBER, *Economia e società* (1922), vol. I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Edizioni di comunità, 1995, 87, auspicava un «modo di pensare giuridico formale» perché soltanto «il diritto formale è calcolabile [...], prevedibile nella sua applicazione» e il capitalismo ha bisogno di «un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina».

9 A. C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Giappichelli, 2000, 155. Sulla c.d. 'legimatica', ossia un linguaggio legislativo meno vago e più formale, utile ad una informatizzazione del diritto, si rinvia

L'informatizzazione del diritto allora pare tendere ad una sorta di disambiguazione del linguaggio giuridico, venendo incontro ancora una volta a quelle esigenze di chiarezza di matrice settecentesca e cercando di superare quell'oscurità delle leggi denunciata a partire sempre dagli illuministi¹⁰. Una specie di 'purificazione' dell'approssimato linguaggio 'naturale' utilizzato tradizionalmente dal legislatore e, più in generale, nel mondo del diritto, a favore di un linguaggio 'formale' capace di riprodurre le disposizioni normative secondo modelli adatti ai sistemi informatici. Insomma, la gius-cibernetica invererebbe il brocardo *in claris non fit interpretatio*, ove la chiarezza sarebbe restituita da un linguaggio 'di simboli'¹¹ che abbatterebbe l'arbitrio interpretativo a favore dell'implementazione automatica del diritto ove ad una certa protasi consegue inevitabilmente ogni volta la stessa apodosi. La 'formalizzazione' della fattispecie astratta e di quella concreta determinerebbe così la prevedibilità matematica delle conseguenze giuridiche di una vicenda, tanto da poter affermare che lo *ius dicere* si potrebbe tramutare nell'esecuzione di un algoritmo¹².

1. Gli algoritmi e i sistemi esperti nel mondo del diritto

Ma cos'è un algoritmo? È una sequela finita di istruzioni ripetibili e univoche indicante una combinazione di azioni da compiere per risolvere un problema; comandi espressi con un linguaggio formale di programmazione – diverso da quello che naturalmente usano le persone per esprimersi – in grado di essere compreso dal calcolatore e tale da trasformare i dati in ingresso (*input*) in dati in uscita (*output*)¹³. *L'har-*

a G. TADDEI ELMI, *Lezioni di informatica giuridica*, ISU, 1997, 107 ss.

10 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 19.

11 M. COSSUTTA, *Questioni sull'informatica giuridica*, cit., 112.

12 M. PAPA, *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in S. DORIGO (Ed.), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini, 2020, 80, in riferimento al passaggio al digitale parla di scenari del tutto inediti innanzitutto sul piano dell'interpretazione, dato che «il contenuto significativo di ciascuna norma può essere distillato, "pulito" dal rumore del testo ed individuato nel suo profilo puramente regolativo».

13 L'algoritmo, dunque, deve presentare i caratteri della finitezza (condurre alla soluzione in un numero definito di passi), generalità (risolve una classe di problemi e non uno solo), univocità (lo svolgimento delle operazioni deve avvenire sempre allo stesso modo, a prescindere dall'esecutore materiale), ripetibilità (dati gli stessi *input*, deve fornire gli stessi *output*). Per un'esaustiva definizione tecnica di algoritmo si rinvia a M. SIPSER, *Introduzione alla teoria della computazione*, ed. it. a cura di C. DE FELICE et al.,

ware del calcolatore è un esecutore di algoritmi: il programma indica alla macchina la procedura di calcolo per realizzare un certo risultato a partire da alcuni dati di *input*. Del resto, il *software* non è solo il mezzo di comunicazione tra uomo e macchina e dunque lo strumento con il quale il primo governa la seconda, ma è anche la forma di espressione del pensiero dell'esperto informatico e, più in generale, la principale manifestazione della scienza algoritmica¹⁴.

Le decisioni giudiziali automatizzate o robotiche, in definitiva, sono quelle nelle quali le statuizioni coinvolgono i c.d. algoritmi di ragionamento che, date certe premesse, consentono di raggiungere alcune conclusioni coerentemente fondate su tali protasi, attraverso una programmazione logica che esprime i presupposti del ragionamento in un linguaggio tale che il sistema possa compiere operazioni automatiche basate su quelle conoscenze¹⁵. Va da sé che l'attendibilità di queste decisioni è condizionata per un verso da quella delle premesse, ossia della base di dati utilizzata, e per l'altro verso dall'affidabilità della procedura risolutiva adottata¹⁶.

I metodi utilizzati oggi non cercano più – come in passato con risultati deludenti¹⁷ – di riprodurre pedissequamente, ossia di replicare il funzionamento del pensiero umano, ma vengono definiti sistemi esperti basati sulla conoscenza (*Knowledge-Based Systems* o KBS) perché sfruttando la base appunto di conoscenza del dominio correlato, hanno lo scopo di risolvere problemi che usualmente richiedono la particolare compe-

Maggioli, 2013, 191 ss. Nella letteratura teorico-giuridica si veda M. COSSUTTA, *Questioni sull'informatica giuridica*, cit., 110 ss.

14 Sui linguaggi di programmazione, v. G. SARTOR, *Linguaggio giuridico e linguaggio di programmazione*, Clueb, 1992, passim.

15 G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecniche dell'informazione*, Giappichelli, 2016, 133.

16 In generale A. HART, *Sistemi esperti: dall'ingegneria della conoscenza all'intelligenza artificiale*, Jackson, 1988, 13 ss.; con riferimento al 'ragionamento' giuridico, P. L. M. LUCATUORTO, *Intelligenza Artificiale e Diritto: le applicazioni giuridiche dei sistemi esperti*, in «C&D» (2006), 222: «l'efficienza di un sistema esperto dipende dal volume di conoscenza memorizzata nell'applicazione e che è costituita non solo da semplici fatti (c.d. conoscenze dichiarative), ma anche da procedure risolutive (c.d. conoscenze procedurali)».

17 M. CLEMENT, *Les juges doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle?*, in «RDalloz» (2018), 104 ss.; S. M. FERRIÉ, *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, in «SJ» (2018) 11, 498 ss.

tenza di un esperto umano¹⁸. L'obiettivo precipuo di un sistema esperto è dunque quello di offrire le stesse risposte che fornirebbe l'esperto umano, sebbene con meccanismi prodromici differenti. Il sistema, inoltre, dovrebbe essere in grado di esplicitare le decisioni assunte e la logica che ne costituisce il fondamento¹⁹.

Negli ultimi tempi, inoltre, l'intelligenza artificiale ci ha fatto assistere ad un vero e proprio cambio del paradigma di funzionamento degli algoritmi che non si limitano più a dedurre in maniera deterministica conseguenze da assiomi prefissati dal programmatore, ma in virtù di sistemi automatici di apprendimento (*machine learning*), essi stessi producono i criteri d'inferenza che rimangono perlopiù sconosciuti agli stessi programmatori²⁰. Il riferimento è alle c.d. reti neurali che riescono ad auto-correggersi estraendo modelli dai c.d. *big data*, operando proprio attraverso quei procedimenti analogici che dovrebbero distinguere il ragionamento umano e, in particolare, quello interpretativo²¹. «D'altra parte, questi algoritmi predittivi non sono costruiti per rispondere alla domanda perché avverrà una certa cosa, ma solo ad indicare con la maggiore accuratezza possibile, la probabilità che essa avvenga»²².

18 Già molti anni addietro E. A. FEIGENBAUM, *The art of Artificial Intelligence: themes and case studies of knowledge engineering*, Rap. Tecn. 621, 1977, definì un sistema esperto come un programma per calcolatore che utilizza conoscenze e tecniche di ragionamento per risolvere problemi che normalmente richiederebbero l'aiuto di un esperto.

19 Infatti E. A. FEIGENBAUM, *The art of Artificial Intelligence*, cit., aggiungeva che un sistema esperto deve avere la capacità di giustificare o spiegare il perché di una particolare soluzione ad un dato problema.

20 Le ricerche hanno messo in luce che il funzionamento degli algoritmi non è conformato sulla creazione e spiegazione delle cause e degli effetti di un fenomeno, ma è invece quello puramente statistico. Il *software* rimane dunque una *black-box*, una scatola ove le informazioni interagiscono senza che si riesca a capire perché si giunga ad un certo risultato, percorso che però è inverso a quello utilizzato dalla mente umana in un processo: «*In traditional criminal investigations, police "move data to the question". They may want to know, say, who killed X or who stole from Y. So they gather evidence, moving data to the specific question at issue. Big data analysis does the opposite: store everything, and then "move the question to the data"*»; cfr. S. E. HENDERSON, *A Few Criminal Justice Big Data Rules*, in «OhioSJCL» (2018) 15, 532, in <https://ssrn.com/abstract=3040234>.

21 O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot" e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in «CP» (2020), 952-953.

22 A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (Ed.), *Il ragionamento giuridico*, cit., 53. Bisogna ricordare del resto che gli studi sul *legal semantic web* recentemente hanno ottenuto rilevanti risultati anche in merito al ragionamento automatico o non monotono sulle norme, sviluppando le c.d. ontologie giuridiche, ossia sistemi di rappresentazione della conoscenza basati sugli *standard* e i criteri del

Nel mondo del diritto, dunque, si può dire che la decisione robotica oggi non cerca di imitare il processo mentale che dovrebbe svolgere l'interprete umano²³, ma sulla base di correlazioni tra parole ed altri parametri, appronta dei modelli ricavati dai precedenti giurisprudenziali volti a definire delle propensioni decisionali capaci di risolvere il caso concreto²⁴.

Questo processo di automazione del discorso giuridico, se così si vuol dire, passa attraverso diversi gradi di artificialità²⁵. Alcuni prodotti, già sul mercato, si accontentano, per così dire, di fornire degli strumenti molto evoluti di ricerca giurisprudenziale che riescono a delineare il probabile orientamento del giudice²⁶. Altri strumenti, sviluppati soprat-

semantic web capaci di catturare diversi aspetti della conoscenza giuridica: dai concetti fondamentali, compresi quelli deontici, ai concetti specifici delle fattispecie di dominio. In tema si rinvia, con ulteriori ampi riferimenti bibliografici, a E. FRANCESCONI, *Intelligenza Artificiale e Diritto: tra scienza e fantascienza*, ivi, 5 ss.

23 M. TARUFFO, *Judicial Decisions and Artificial Intelligence*, in «AIL» (1998), 316-317, ha ben posto in evidenza le difficoltà di inserire il ragionamento giuridico in modelli predefiniti. «*If one considers the evident features of complexity, variability, flexibility and discretion that are typical of judicial decisions, any approach aimed at interpreting the judicial reasoning according to logical rules and models may appear as doomed to failure. In fact, the history of the logical theories of judicial reasoning is largely a history of misunderstandings, errors, manipulations and defeats. [...] On the one hand, one may observe that the main attempts to “computerize” the reasoning of the judge were so rough, and unable to interpret the complex nature of decision-making, that they could not succeed in producing reliable models of the judge’s reasoning. These attempts, one might add, are a good proof of the impossibility of interpreting such a reasoning in terms of AI. On the other hand, one may consider that the decision-making procedure is so complex, variable, uncertain, fuzzy and value-laden, that it could never be reduced to logical models. Any logical model, one might say, would necessarily leave aside important features of the decision-making reasoning that cannot be reduced to logical forms. Therefore, such a model would be basically false as a description and inappropriate as a prescriptive model for judges*».

24 F. ROUVIÈRE, *Le raisonnement par algorithmes: le fantasme du juge-robot*, in «RT-DCiv» (2018), 530 ss.; L.D. GODEFROY, *La performativité de la justice «prédictive»: un phar-makon?*, in «RDalloz» (2018), 1979 ss. Per una rassegna sui diversi *software* sviluppati a vantaggio dei sistemi legali, sino al LUIMA che pare consentire il discernimento tra questioni di fatto e di diritto estrapolando “regole” da diversi documenti e testi di legge e quindi non soltanto da precedenti giurisprudenziali, si rinvia a K. D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2017, *passim*, spec. 313 ss.

25 Sul sottile distinguo tra algoritmi di supporto al giudice e algoritmi che suggeriscono una decisione, si veda E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in «AGE» (2018) 2, 537.

26 Negli USA si può far riferimento al sistema Watson/Ross dell'IBM. In Francia si

tutto in ambito accademico, tendono invece a costruire dei veri e propri *software* decisionali potenzialmente capaci di calcolare l'esito di una controversia e così di sostituire il giudice²⁷.

I primi – a differenza dei tradizionali motori di ricerca anche più avanzati²⁸ – hanno comunque la capacità di 'comprendere' il linguaggio umano, individuare le correlazioni tra parole per estrarne il senso, compiere collegamenti logici e proporre soluzioni con probabilità di successo in giudizio²⁹.

I secondi, veri e propri *software* decisionali, pur prendendo le mosse dai progressi nell'elaborazione del linguaggio naturale e nell'apprendi-

può ricordare *Predictice* in materia civile, che vanta l'analisi in un secondo di milioni di provvedimenti giurisdizionali e ove la base di dati è costituita oltre che dagli articoli di legge, dalle decisioni delle Corti d'appello e della Corte di cassazione. A seguito dell'approvazione della legge sulla *République numérique* del 6 ottobre 2016, la Francia, in Europa, è il Paese in cui è più vivo il dibattito sulla c.d. "giustizia predittiva". Infatti, per garantire maggiore trasparenza sull'operato dei Tribunali e delle Corti, l'Amministrazione è tenuta a rendere disponibili *on-line* tutte le decisioni giudiziali rese sul territorio francese, pari a circa 3 milioni all'anno. Ciò ha determinato la creazione di un'enorme banca dati *open access*, che sta spingendo verso la creazione di *software* in grado di sfruttarne commercialmente le informazioni.

27 Il riferimento prioritario è all'algoritmo sviluppato nel 2016 da un gruppo di ricercatori dell'*University college of London*, in grado offrire previsioni ritenute fortemente attendibili sul possibile esito di controversie dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'algoritmo, prendendo in esame la giurisprudenza della Corte (584 decisioni), si è rivelato idoneo a valutare la violazione o meno degli articoli 3, 6 e 8 della Convenzione in nuovi casi concreti posti all'attenzione della Corte, con un margine di successo fino al 79%. Cfr. N. ALETRAS – D. TSARAPATSANIS – D. PREOTIUC-PIETRO – V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in «PeerJ Computer Science» (2016), in <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>. Sul tema pure M. MEDVEDEVA – M. VOLS – M. WIELING, *Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights*, in «AIL» (2019) 28, 237 ss. Altro esempio potrebbe essere quello del *software* denominato *Case Crunch Alpha* (www.case-crunch.com) elaborato da studenti di legge dell'Università di Cambridge, che ha 'sfidato' cento tra i migliori giuristi nel pronosticare soluzioni di controversie innanzi al *Financial Ombudsman*, vincendo la competizione in quanto su 750 casi ne ha predetto in modo corretto l'88,6% rispetto al 62,3% degli esperti in carne e ossa.

28 Come, sempre in Francia, *Doctrine.fr* e *JurisData Analytics*, definiti come *Search engine* nella *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, 18, adottata il 3-4 dicembre 2018 dalla *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ), in <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

29 Per esplicitazioni sul funzionamento di questi *software*, in Italia si rinvia a C. CASTELLI – D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in «QG» (2018) 4, 156-157; E. GABELLINI, *La «comodità nel giudicare»: la decisione robotica*, in «RT-DPC» (2019), 1307-1309.

mento automatico, processano statisticamente alcuni gruppi lessicali di parole contenute nelle sentenze al fine di verificarne la frequenza, ma non sono in grado di individuare le reali ragioni di una decisione o di effettuare una vera analisi giuridica.

In sostanza, il c.d. algoritmo di ragionamento non è in realtà in grado di sviluppare un effettivo ragionamento giuridico come fa la mente umana, ma semmai di sostituire il giudice solo nell'approntare una decisione che però sarà fondata sull'elaborazione dei precedenti giurisprudenziali. Questo trova riscontro nelle stesse ricerche sviluppate in tale ambito dalle quali emerge che ad essere più accurati sono l'apprendimento automatico e l'analisi del fatto e non quelli relativi al ragionamento giuridico. In ciò gli stessi Autori di queste ricerche scorgono un'assonanza con il realismo giuridico nel momento in cui confermano che i «*judges primarily react to the facts of the case, rather than to legal arguments*»³⁰. In definitiva, secondo questi studi, il giudice 'reagisce' più al fatto che al diritto e, pertanto, si comporterà nello stesso modo anche l'algoritmo che si fonda sulle decisioni giudiziali anteriori.

La maggiore compatibilità col fatto e non col diritto mostrata dai sistemi esperti emerge anche dal successo che ha avuto negli USA il *software* Compas per il calcolo del rischio di recidiva, avallato dalla giurisprudenza statunitense³¹. A parte le più che fondate perplessità sulla sua legittimità per i rischi di discriminazioni³² e per la segretezza dei criteri che

30 Cfr. N. ALETRAS et al., *Predicting judicial decisions*, cit.: «*Our empirical analysis indicates that the formal facts of a case are the most important predictive factor. This is consistent with the theory of legal realism suggesting that judicial decision-making is significantly affected by the stimulus of the facts*».

31 Il sistema Compas (*Correctional Offenders Management Profiling for Alternative Sanctions*) compie un'analisi statistica basata su 137 informazioni ottenute attraverso un'intervista all'imputato e i dati giudiziari relativi allo stesso, confrontati con quelli statistici relativi a campioni di popolazione. I diritti e le licenze di sfruttamento del *software* sono posseduti da un'impresa e quindi i criteri impiegati dall'algoritmo sono coperti dal segreto industriale. La Corte suprema del Wisconsin ha ritenuto che l'uso di questo *software* non pregiudichi il diritto a un giusto processo; cfr. *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, 881 N.W.2d, 749 (2016), in www.courts.ca.gov/documents/BTB24-2L-3.pdf. Il *software* Compas in venti anni è stato utilizzato in oltre un milione di casi, come stimato da J. DRESSEL – H. FARID, *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, in «SA» (2018) 4, 1 ss.

32 J. ANGWIN – J. LARSON – S. MATTU – L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in www.propublica.org (23 maggio 2016: www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing); J. TASHEA, *Risk-Assessment Algorithms Challenged in Bail*,

governano il suo funzionamento³³, in questa sede preme evidenziare che tale sistema – a prescindere dalla sua effettiva capacità predittiva pure molto contestata³⁴ – cura la previsione di fatti futuri (la realizzazione di delitti) sulla base di fatti pregressi (*criminal involvement, relationships/lifestyles, personality/attitudes, family, and social exclusion*), condizioni queste che non riguardano profili che coinvolgono l'argomentazione giuridica, se non del tutto marginalmente³⁵. Qui, invece, si vuole sondare l'ancora più complessa capacità dei sistemi esperti di fornire un ausilio al giudice anche nell'attività interpretativa – dunque in punto di diritto e non solo di fatto – e quanto ciò sia compatibile con i principi del diritto penale³⁶.

2. L'intelligenza artificiale e il rafforzamento del ruolo del precedente

Da quanto è sinora emerso appare abbastanza chiaro che il ruolo che potrà svolgere l'intelligenza artificiale nel mondo del diritto – almeno in base alle conoscenze attuali – passa attraverso i precedenti giurisprudenziali ed un loro peso sempre più irrobustito. È altrettanto evidente che se ciò può trovare meno resistenze nei sistemi di *common law*, cosa

Sentencing and Parole Decisions, in www.abajournal.com (1° marzo 2017: www.abajournal.com/magazine/article/algorithm_bail_sentencing_parole).

33 D. KEHL – P. GUO – S. KESSLER, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing, Responsive Communities Initiative*, in *Berkman Klein Center for Internet & Society*, Harvard Law School, 2017, 11: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:33746041>.

34 J. SKEEM – J. ENO LOUDEN, *Assessment of Evidence on the Quality of the Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (26 dicembre 2007: <http://ucicorrections.seweb.uci.edu/files/2013/06/CDCR-Skeem-EnoLouden-COMPASeval-SEC-ONDREVISION-final-Dec-28-07.pdf>).

35 Sul sistema Compas e i suoi tanti profili problematici, in Italia più di recente tra i molti si vedano F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in «DPU» (29 settembre 2019), 19 ss., in <https://dirittopenaleuomo.org/wp-content/uploads/2019/09/IA-diritto-penale.pdf>; S. QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in «BLI» (2019) 1, 142 ss.; M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in «DPC» (29 maggio 2019), 5 ss., in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/6903-gialuz2019b.pdf>; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in «RivAIC» (2 marzo 2020), 421 ss., in www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2020_Donati.pdf; A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in «AGE» 2019, 47 ss.

36 Sugli altri possibili ambiti d'incidenza dell'I.A. sul sistema penale, si rinvia all'esauritiva panoramica di F. BASILE, *Intelligenza artificiale*, cit., 19 ss.

diversa dovrebbe essere in quelli di *civil law*, come quello italiano, che si fondano sulla soggezione del giudice alla sola legge e sul principio di stretta legalità penale, d'altronde nella prassi sempre più eroso appunto dal c.d. formante giurisprudenziale³⁷.

In effetti negli ordinamenti di *civil law* ove l'uso dell'I.A. è meno embrionale – il riferimento è alla Francia che vanta un'esperienza più avanzata³⁸ – il problema si è posto, sebbene forse in termini meno radicali di come dovrebbe presentarsi per il sistema penale, considerato che i *software* lì sviluppati al momento interessano il solo diritto civile. In questo contesto – venendo in gioco un'altra volta quella maggiore reattività degli algoritmi al fatto e meno all'argomentazione giuridica – si è parlato di *factualisation du droit* in quanto l'uno e l'altro sono trattati alla stessa stregua, come meri dati informatici utili al calcolo³⁹. Il diritto, e dunque anche la legge, diviene una mera informazione tra le tante da tenere in considerazione; mentre ogni fatto considerato dall'algoritmo, come ad esempio il precedente giurisprudenziale, diventa fonte normativa, legittimo o meno che sia.

A primo acchito si potrebbe pensare che tale 'fattualizzazione' del diritto frutto dell'informatizzazione dello stesso, sia consustanziale alla teoria invalsa in parte importante della dottrina secondo cui la *quaestio facti* e la *quaestio iuris* non sono scindibili, né teoricamente, né praticamente⁴⁰.

37 Sul tema, tra i tanti, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in «CD» (2001), 44 ss.; M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in P.B. HELZEL – A. J. KATOLO (Edd.), *Autorità e crisi dei poteri*, Cedam, 2012, 99 ss.; A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, in «IP» (2017), 653 ss.; M. RONCO, *La legalità stratificata*, in «RIDPP» (2018), 1387 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, *ivi*, 1406 ss.; P. ALDOVRANDI, *Elusione e diritto penale nella giurisprudenza: l'eterogenesi dei fini del legislatore nel "diritto vivente" e la crisi del principio di legalità nel diritto penale postmoderno*, in «IP» (2018), 147 ss.

38 Vedi *supra* nt. 24.

39 H. CROZE, *La factualisation du droit*, in «JCP» (2017), 101; E. JEULAND, *Justice prédictive: de la factualisation au droit potentiel*, in «RPPI» (2017) 2, dossier 9; D. CHOLET, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, in «APD» (2018) 60, 223 ss., spec. 233.

40 Nel senso dell'indistinguibilità del fatto dal diritto, sia pur con accenti differenti, tra i tanti, G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979, 25 ss.; T. MAZZARESE, *Dubbi epistemologici sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio iuris»*, in «RIFD» (1992), 294 ss.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, 2007, 54 ss.; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA et al., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2007, 501 ss.;

In realtà questa tesi, a differenza del moderno modello robotico, rifiuta il mito del giudice *bouche de la loi* guardando all'interpretazione come un'operazione cognitiva unitaria che pone in un ambito omogeneo la ricostruzione del fatto e il suo inquadramento giuridico. Per individuare la *quaestio facti*, secondo questa dottrina, è indispensabile operare una selezione nella prospettiva della sua giuridicità⁴¹, mentre il giudizio di diritto ne implica sempre uno di fatto nella misura in cui il primo non si riferisce ad una norma che vive di vita propria, ma che viene in rilievo in quanto riportata al caso concreto, con un nesso inestricabile tra il fatto così come ricostruito alla luce della norma e la norma stessa così come viene scelta e interpretata⁴². Dunque si può dire che per questa via si propone una sorta di amalgama indistinguibile tra fatto e diritto⁴³, semmai un assorbimento della *quaestio facti* nella *quaestio iuris*⁴⁴, mentre la 'fattualizzazione' del diritto informatico propone operazione diversa e comunque inversa: un appiattimento del diritto schiacciato tra i tanti altri fatti considerati dall'algoritmo, una fagocitazione del diritto nel fatto.

Tutto ciò determinerebbe una mutazione 'genetica' di quel nostalgico *ius dicere* celebrato forse in maniera ingenua. Gli algoritmi, infatti, non

S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene, 2011, 61 ss.; F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, Giuffrè, 2016, 66-67. In senso diverso M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, 2005, 233; P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in G. UBERTIS (Ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, 1992, 223-225; F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1966, 620.

41 «Non c'è immediata conoscenza del fatto, ma piuttosto un riconoscere giuridico»; cfr. N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (Ed.), *Calcolabilità giuridica*, il Mulino, 2017, 21.

42 G. UBERTIS, *Fatto e valore*, cit., 70 ss. Sul carattere circolare o a spirale dell'accertamento giudiziale, si vedano gli ormai classici lavori di W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Berlin, 1968, trad. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica giuridica*, Esi, 2007; e di J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Fischer Taschenbuch, 1972. In Italia, M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, 1989, 321; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, 1990, 257; G. ZACCARIA, *Dimensione dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, in V. MATHIEU – L. PAOLETTI (Edd.), *Il problema della fedeltà ermeneutica*, Armando editore, 1998, 155; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit.

43 Con la felice espressione di M. PAPA, *Future crimes*, cit., 86, si potrebbe dire un «amplesso creativo» tra fatto e diritto che si consuma nella decisione del giudice-uomo.

44 Già H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1966, 12. ss., ha posto le basi per il superamento del sillogismo giudiziale attraverso appunto l'assorbimento della *quaestio facti* nella *quaestio iuris*.

cercano la norma applicabile secondo la tradizionale vocazione del *iura novit curia* e non forniscono la puntuale spiegazione della scelta ermeneutica, ma esauriscono il ‘giudicare’ nel ricorso ai meri precedenti conformi⁴⁵. A ben vedere una soluzione di tal fatta sarebbe coerente con quella tendenza emersa nella legislazione italiana volta a semplificare la motivazione della sentenza attraverso il rafforzamento del peso da attribuire ai precedenti giurisprudenziali. Inclinazione nata nel sistema civile e che non ha mancato di trovare spazio pure in quello penale⁴⁶.

Qualora tale tendenza venisse implementata in un sistema esperto d’intelligenza artificiale, i rischi sarebbero anche quelli di uno svuotamento delle garanzie connaturate alla motivazione della sentenza⁴⁷. Nei siste-

45 «Nel diritto, l’intelligenza artificiale, non sarà mai capace di vivere nel presente. Essa attribuirà sempre significato all’accadere storico secondo un meccanismo di reminiscenza»: cfr. ancora M. PAPA, *Future crimes*, cit.

46 È noto infatti che in Italia sta conquistando un ruolo sempre maggiore l’uso del precedente nel tessuto argomentativo della motivazione del giudice, ove assume i connotati del *topos* che orienta l’interpretazione della norma nel caso concreto. Il riferimento è, nel sistema civile, agli artt. 281 *sexies* c.p.c. e al novellato 118, co. 1, disp. att. c.p.c., che militano verso una motivazione succinta «anche con riferimento a precedenti conformi». Così, in relazione ai c.d. filtri nelle impugnazioni, l’art. 348 *ter* c.p.c. prevede l’inammissibilità dell’appello quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolto, dichiarata con ordinanza succintamente motivata anche mediante il rinvio ai «precedenti conformi»; mentre l’art. 360 *bis* c.p.c. disciplina l’inammissibilità del ricorso per cassazione «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa». Anche nel processo penale l’art. 544, co. 1 c.p.p. suggerisce la pronuncia immediata della sentenza con la «concisa» esposizione dei motivi di fatto e di diritto, mentre l’art. 610, co. 1 c.p.p., come riformulato nel 2001 congiuntamente all’art. 169 *bis* disp. att., disciplina la procedura camerale d’inammissibilità dei ricorsi per cassazione, fra le cui cause appare la manifesta infondatezza dei motivi *ex art.* 606, co. 3 c.p.p., va da sé, anche in questo caso, con eventuale riferimento all’esistenza di precedenti conformi. Sembra militare verso un ruolo sempre più determinante del precedente anche l’art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. introdotto nel 2017, che detta nuove regole in materia di rapporti tra sezioni unite e sezioni semplici della Corte di cassazione, introducendo la rimessione obbligatoria dalle prime alle seconde ogni volta che il collegio ritenga di non condividere un principio di diritto già enunciato dalle sezioni unite. Su tali tendenze, si rinvia a C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bononia University Press, 2016, 204 ss. Sul tema generale della vincolatività del precedente, tra i tanti, V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in «CP» (2018), 2222 ss.; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in «QG» (2018) 4, 79 ss.; G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in «DPC» (28 gennaio 2018).

47 Scettica sull’operatività concreta di queste garanzie O. DI GIOVINE, *Il “judge-bot”*,

mi di *civil law*, infatti, decidere significa soprattutto motivare, in chiave dialettica e confutativa e non può risolversi in un'applicazione di precedenti giurisprudenziali secondo una logica puramente binaria. L'interpretazione giuridica quasi sempre dà vita ad una pluralità di risultati alternativi plausibili tra i quali è necessario sceglierne uno esplicitando le ragioni di questa preferenza⁴⁸, senza che ciò possa essere sostituito dall'apparente oggettività meccanica di un algoritmo che però non riesce a fornire la spiegazione causale della scelta del decidere⁴⁹.

3. “Più probabile che non” vs. “oltre ogni ragionevole dubbio”

L'interpretazione è dunque un'arte che quasi sempre ammette diverse opzioni plausibili perché e purché razionalmente fondate⁵⁰. Di fronte a più risultati ermeneutici l'algoritmo potrebbe scegliere in base al criterio del “più probabile che non”, ossia ad un parametro attuariale che va a setacciare i precedenti giurisprudenziali e calcolare l'orientamento più consolidato, più ricorrente. Si è visto, infatti, che l'I.A. offre strumenti basati su un approccio di tipo statistico anche con strepitose capacità di calcolo e oggi pure di autoapprendimento, in grado di far emergere rapidamente varie correlazioni tra informazioni e restituire un risultato, si potrebbe dire una decisione. Così funzionando, gli algoritmi servirebbero a calcolare rigorosamente il c.d. orientamento dominante o ‘diritto vivente’, la cui determinazione oggi è invece lasciata all'intuizione approssimata del giurista⁵¹.

cit., 960-961.

48 N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, 84-85; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Laterza, 2004, 69 ss.; P.G. MONATERI, «Correct our Watches by the Public Clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA – G. VATTIMO (Edd.), *Diritto, giustizia e interpretazione, Annuario Filosofico Europeo*, Laterza, 1998, 203; R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, 1995, 19.

49 V. BICHI, *Carattere recessivo della legislazione e giurisprudenza normativa: i precedenti tra ratio decidendi e legum inventores*, in A. CARLEO (Ed.), *Il vincolo giudiziale del passato*, il Mulino, 2018, 223-225.

50 Equiparare l'interpretazione giuridica all'arte, dunque frutto dell'estro umano, non significa necessariamente precluderne l'accesso all'I.A., tanto che ormai sono stati sviluppati algoritmi in grado di fornire *performance* tipicamente artistiche, come la pittura. In tema si rinvia a L. A. GATYS – A.S. ECKER – M. BETHGE, *A Neural Algorithm of Artistic Style*, in «JOV» (2016) 16, 326 ss., in <https://doi.org/10.1167/16.12.326>.

51 Sui criteri oggi invalsi per stabilire quando un orientamento possa dirsi consolidato o “diritto vivente”, recentemente si rinvia a D. PERRONE, “Nullum crimen sine iure”?, Giappichelli, 2019, 75 ss.

In queste condizioni, del resto, permettere all'algoritmo che usa i precedenti giurisprudenziali di operare in base al canone del "più probabile che non", lascia ulteriori perplessità *a fortiori* nel diritto penale⁵². In realtà, di fronte a più opzioni interpretative tutte plausibili, la scelta tra esse come non può essere rimessa ad un libero convincimento del giudice inteso come acriticabile intuizione, così non può essere riposta nel robotico e avaloriale dato attuariale.

In precedenti ricerche è stata delineata una possibile via verso il superamento di quell'eccessiva discrezionalità del giudice penale che ha consentito al c.d. diritto vivente di dare ingresso nelle decisioni giudiziali a vere scelte di politica criminale ovvero a ragioni etiche, ideologiche o a intimi sentimenti o passioni⁵³. Tale via, a ben riflettere, potrebbe trovare un'implementazione anche nel giudizio algoritmico – proprio in merito all'invalidità del criterio del "più probabile che non" – per tentare di porre rimedio quantomeno alle sue frizioni più eclatanti con alcuni principi fondamentali propri del sistema penale⁵⁴.

Sono due i punti essenziali di questa tesi volta a fissare nell'interpretazione un equilibrio improntato ai principi fondamentali del diritto penale. Il primo è dato dalla direzione ermeneutica favorevole all'imputato che il giudice dovrebbe seguire quando si trova innanzi a più opzioni ermeneutiche plausibili⁵⁵. Un verso esegetico univoco che dovrebbe

52 È noto infatti che quantomeno a livello di *standard* probatorio del fatto il sistema penale differisce da quello civile in quanto il primo è improntato al criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" e il secondo a quello del "più probabile che non". Su tali distinzioni, nella manualistica si rinvia a P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2010, 238. Nella giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 giugno 2013, n. 37373, in «D&G online» (2013), con nota di A. DE FRANCESCO, *Il giudice penale dirime ogni ragionevole dubbio, spiegando perché le opzioni contrarie vanno respinte*.

53 Per gli approfondimenti di questa tesi, anche in relazione ai riferimenti successivi, si rinvia a M. CATERINI, *Il ruolo «politico» del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del «diritto vivente»*, in «PD» (2016), 509 ss.; ID., *Il giudice penale come Ianus bifrons: un auspicabile «strabismo» interpretativo*, *ivi*, 2017, 163 ss.

54 Per una sintetica esposizione delle principali criticità costituzionali del giudizio robotico, si veda F. DONATI, *Intelligenza artificiale*, *cit.*, 428 ss.

55 M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. Ronco, vol. 1, *La legge penale*, Zanichelli, 2006, 80; A. CADOPPI, *La legge è uguale per tutti. Ripensare Beccaria oggi in tema di legalità, tra favor libertatis e diritti fondamentali*, in G. COCCO (Ed.), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Cedam, 2016, 147.

pure concorrere ad una maggiore certezza del diritto, intesa come prevedibilità degli esiti interpretativi e non come *vis* pervasiva del potere punitivo. Il *favor rei*, dunque, dovrebbe essere considerato un principio di chiusura del sistema penale utile a risolvere anche i dubbi interpretativi⁵⁶. Canone ricavabile non da criteri meta-positivi, ma «per induzione generalizzante»⁵⁷ dai superiori principi costituzionali e delle Carte sovranazionali, ma che meglio sarebbe se venisse esplicitato in una norma codicistica come regola ermeneutica⁵⁸.

Il secondo momento rappresenta il versante processuale della tesi, senza con questo distinguere nettamente i due piani che, anzi, sono facce della stessa medaglia. Infatti, se il reato è quel fatto storico corrispondente ad un tipo legale e accertato secondo le regole del giusto processo, è chiaro che queste regole contribuiscono a determinare quale sia in concreto il reato. Orbene, a poco servirebbe il richiamato canone sostanziale dell'interpretazione favorevole se a questo non si accostasse, sotto il profilo processuale, un particolare onere motivazionale. Tale dovrebbe essere l'obbligo di esplicitare compiutamente le ragioni che hanno indotto a scegliere un'interpretazione più sfavorevole anziché un'altra più vantaggiosa per l'imputato.

Detto onere, d'altronde, non potrebbe soddisfarsi in via 'autopoietica' ostendendo semplicemente le ragioni utili a convincere della plausibilità dell'opzione esegetica prescelta, che ben può sussistere proprio sulla premessa secondo cui una stessa norma può dar vita a più alternative ermeneutiche legittime perché razionalmente fondate. A questa *pars costruens* della motivazione dovrebbe affiancarsi una *destruens*, vale a dire la confutazione, ossia l'esplicitazione delle ragioni per le quali l'opzione interpretativa più favorevole è implausibile o illogica e, come tale, da escludere dal ventaglio delle alternative ermeneutiche a disposizione per la decisione.

Per indurre a scegliere la via interpretativa più favorevole all'imputato, perciò, non sarebbe necessario che questa sia l'unica 'giusta', ma sempli-

56 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, 2000, 81-83.

57 N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 24.

58 G. CONTENUTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come «principi di codificazione»*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale. Le esperienze italiana, spagnola e francese*, Cedam, 1995, 109 ss. Si veda, in tal senso, l'art. 22, co. 2, dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

cemente che sia una delle plausibili, escludendo da questo novero solo quelle meramente capziose e senza alcuna dignità ermeneutica che, quindi, danno vita ad un dubbio interpretativo squisitamente sofisticato. Perciò, pur nell'ambito del pluralismo culturale con soluzioni relativizzate, non si dovrebbe trattare di una mera opinione, ma di un'argomentazione razionalmente collaudata, di una dottrina o giurisprudenza qualificata, anche se non necessariamente incontrastata⁵⁹. In sostanza, un fondato «conflitto delle ragioni»⁶⁰.

Il procedimento logico qui proposto – oltre che su un serio orientamento dottrinale che pur potrebbe essere catalogato e informatizzato – potrebbe poggiarsi più facilmente sui precedenti della Cassazione, anche a sezioni semplici, utili a dimostrare la non implausibilità di un'interpretazione favorevole⁶¹. Sembra questa una via adeguata per l'integrazione della cultura del precedente con il principio del *favor rei*: una sorta di vincolatività relativa al *dictum* giurisprudenziale solo se *in bonam partem*, soprattutto se di Cassazione⁶². Se oggi, infatti, molti fattori – come anche l'informatizzazione – spingono «verso una minore “ossessione” della legge scritta come punto di riferimento esclusivo del *nullum crimen*, e verso un maggiore riconoscimento del precedente giudiziale come uno dei fattori capaci di generare il diritto»⁶³, è altrettanto necessario tendere verso soluzioni in cui tale *law in action* si proietti e circoscriva i suoi effetti solo in senso favorevole all'autore del fatto. Dunque, una sorta di 'generazione' del diritto tramite il precedente giudiziale a condizione che questo sia *in bonam partem*⁶⁴.

59 M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in «RIDPP» (2010), 1089.

60 N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 123.

61 A. CADOPPI, *La legge è uguale per tutti*, cit., 147: «Se di fronte ad una norma di legge la Cassazione, pure a sezioni semplici, può attuare un'interpretazione della norma di carattere assolutorio, a meno che quell'interpretazione non sia frutto di un clamoroso errore giudiziario, se non addirittura di fantascientifiche ipotesi di malafede di qualche giudice, ciò significa che quell'interpretazione deve ritenersi comunque *plausibile*. Magari non è detto che sia la *migliore interpretazione*, sempre che esista l'interpretazione *migliore*, ma comunque è un'interpretazione plausibile».

62 Argomenti in questo senso già in M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 118 ss.

63 A. CADOPPI, *Il principio di legalità e i suoi corollari*, in A. CADOPPI et al. (Edd.), *Trattato di diritto penale*, Parte generale, vol. I, *Il diritto penale e la legge penale*, Utet, 2012, 97.

64 Sulle repliche alla prevedibile obiezione relativa al contrasto della tesi esposta con il principio di stretta legalità, si rinvia a M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel*

La portata del principio garantistico dell'*in dubio pro reo*, corollario del *favor rei*, dovrebbe dunque essere estesa non solo all'accertamento del fatto⁶⁵, ma anche al ragionevole dubbio interpretativo sulla portata di una norma, nel senso che non dovrebbe applicarsi la diversa regola di giudizio del “più probabile che non” che consente di scegliere, tra più opzioni ermeneutiche, quella ritenuta più ‘giusta’ o – nella prospettiva attuariale di un *knowledge-based system* – quella calcolata come la più consolidata nei precedenti giurisprudenziali⁶⁶. Se non si può motivatamente escludere la plausibilità del precedente più favorevole all'imputato, dovrebbe dunque applicarsi il diverso criterio di giudizio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” secondo il paradigma dell'*in dubio interpretatio pro reo*⁶⁷.

4. Un succinto epilogo: il robot suggerisce e il giudice confuta

Da quanto sinora scritto emerge la necessità di differenziare anche nel futuribile giudizio robotico i criteri ai quali lo stesso dovrebbe essere improntato, a seconda se sviluppati nell'ambito penale o no⁶⁸. A questa prima e parziale conclusione non sembra essere d'ostacolo insuperabile la constatazione che lo *standard* dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” qui invocato a favore dell'interpretazione con esiti più miti, sia un canone tradizionalmente utilizzato nel processo penale per l'accertamento probatorio del fatto e non per l'attività interpretativa. Oltre agli argomenti

diritto penale dell'ambiente, Esi, 2017, 277 ss.

65 Con riferimento all'accertamento del fatto, per un'analisi dell'*in dubio pro reo* attraverso un sistema argomentativo d'intelligenza artificiale, si veda L. A. MALAVÉ NAIMÉ, *Inteligencia Artificial, In Dubio Pro Reo y Presunción de Inocencia. Modelando principios del juicio penal mediante un sistema argumentativo*, in «DOXA» (2015) 38, 131 ss.

66 È stato infatti ben osservato – del resto dallo stesso ambiente magistratuale sebbene francese – che «un sistema di giustizia digitale aprioristicamente basata sulla giurisprudenza dominante, sul “quantitativismo” giudiziario, non è accettabile»; cfr. S. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, in «QG» (2018) 4, 209, la quale pone in luce ancora che la supremazia quantitativa del precedente pregiudica l'indipendenza del giudice e il suo dovere di imparzialità, «in quanto la parte cui la giurisprudenza non è favorevole si trova in una posizione di inferiorità istituzionale».

67 Cfr. M. CATERINI, *In dubio interpretatio pro reo*, in A. CAVALIERE et al. (Ed.), *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Esi, 2017, 507 ss.

68 In Italia si segnalano due lavori monografici di giuristi volti a proporre dei modelli matematici applicati al diritto: C. ASARO, *Ingegneria della conoscenza giuridica applicata al diritto penale*, Aracne, 2013; L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Diritto avanzato, 2018, con particolare riferimento al sistema civile.

prima mentovati, si può ricordare che nel senso qui proposto sembra militare anche la direttiva europea 2016/343/UE, secondo il cui art. 6 «ogni dubbio sulla colpevolezza deve essere risolto in favore dell'indagato o dell'imputato», concetto onnicomprensivo di dubbio nel quale non può non rientrare anche quello interpretativo⁶⁹.

Premesso, dunque, che quanto qui si va dicendo riguarderebbe solo il giudizio robotico penale – giacché è nell'ambito criminale che, nel caso di dubbio, abita il *favor* per una delle parti del processo⁷⁰ –, è ora possibile tirare un po' le fila del discorso e trarre qualche approssimata e sintetica conclusione rispetto ad un tema che coinvolge molti altri aspetti che qui non è stato possibile neanche sunteggiare⁷¹.

Nonostante i giudici in carne e ossa non sempre forniscano prova di grande razionalità giuridica⁷² – ciò proprio perché sono uomini veri, con le loro idee, passioni e sentimenti⁷³ –, al momento la cabala offerta da un giudice penale robot verosimilmente frustrerebbe ancor più le garanzie individuali⁷⁴. D'altronde l'avvento dell'intelligenza artificiale anche nel mondo del diritto – come nel resto delle cose umane – non è un così difficile vaticinio: più presto che tardi anche il penalista in qualche modo

69 Si rinvia ancora a M. CATERINI, *Dal cherry picking del precedente alla nomofilia favorevole all'imputato*, in «PD» (2019) 2, 330 ss.

70 È noto invece, per esempio, che nel sistema civile il giudice non può limitarsi al *non liquet* dovendo invece decidere a favore dell'una o dell'altra parte, anche in caso di lacune dell'ordinamento che proprio per questo è integrato da fonti e strumenti ermeneutici, come l'analogia, tradizionalmente estranei al diritto penale, almeno in apparenza. Il giudice civile, infatti, anche nel caso di incertezza o confusione delle norme, deve comunque decidere senza poter invocare un principio di carattere generale che, come invece nel diritto penale, lo guidi nella decisione. In tema M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in «RTDPC» (2001), 11 ss.

71 Per un'efficace sintesi dei principali vantaggi e ostacoli nel ricorso al *machine learning* in materia penale, si veda O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 953 ss.

72 L'uso della logica giuridica da parte dei giudici, per il giusrealismo, è solo dichiarato, ma non praticato. Allora, per capire le vere forze creatrici del diritto, bisogna guardare a ciò che i giudici 'fanno' nella realtà e non a quello che 'dicono' con le sentenze. Sullo scetticismo interpretativo, tra i tanti, M. TROPER, *Una teoria realista dell'interpretazione*, trad. it. R. Guastini, in «MSCG» (1999), 476 ss.

73 In effetti, a costituire un'importante premessa per giustificare l'uso degli algoritmi nel diritto, è proprio l'alta incidenza degli errori giudiziari dovuti alle euristiche e ai *bias* cognitivi della mente umana; cfr. J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial* (2018), trad. it. *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, 2019, 31 ss.

74 «Per essere chiari: se devo scegliere qualcuno di cui non fidarmi, personalmente scelgo il giudice»; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (Ed.), *Decisione robotica*, il Mulino, 2019, 95.

dovrà fare i conti con i sistemi esperti di *machine learning*⁷⁵. Allora forse gioverebbe gestire il problema non trascurando affatto le competenze e le sensibilità proprie della scienza giuridica⁷⁶, così evitando che preconfezionate soluzioni cibernetiche – magari ancora una volta giustificate da un'altra supposta emergenza – vengano calate dall'alto da qualche autorità governativa o addirittura da talune di quelle grandi imprese dell'*information technology* che ormai condizionano molti aspetti della nostra vita⁷⁷.

Dunque, uno dei problemi di fondo dell'applicazione dell'I.A. al giudizio penale – a parte altri pure nodali che qui non è possibile esaminare – forse potrebbe essere superato proprio attraverso l'implementazione algoritmica dell'*in dubio interpretatio pro reo*. Il funzionamento di un sistema esperto sulla base dei precedenti giurisprudenziali, infatti, potrebbe operare calcolando una serie di opzioni interpretative tra le quali dovrebbe scegliere non quella statisticamente più frequente, ma quella più favorevole all'imputato. In questa maniera, il principio di stretta legalità – inteso in senso garantista e non efficientista⁷⁸ – non subirebbe una reale violazione, altrimenti abbastanza palese nel momento in cui il precedente giurisprudenziale e non la legge venisse utilizzato dalla

⁷⁵ Si pensi, solo a titolo esemplificativo, che il *Committee of Experts on Internet Intermediaries* del Consiglio d'Europa ha pubblicato, nel marzo 2018, lo studio *Algorithms and Human Rights*, e che in considerazione della «crescente importanza dell'IA nella moderna società» e dei «benefici attesi una volta che le sue potenzialità verranno impiegate anche a servizio dell'efficienza e della qualità della giustizia» poco dopo la Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ), istituita dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, ha adottato la *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, cit. In quest'ultimo documento si esprimono alcune riserve a proposito dell'I.A. nel processo penale, del resto circoscritte ai possibili effetti discriminatori: «*In criminal matters, their use must be considered with the greatest reservations in order to prevent discrimination based on sensitive data, in conformity with the guarantees of a fair trial*». In tema si rinvia a J. COVELO DE ABREU, *The Role of Artificial Intelligence in the European e-Justice Paradigm - Suiting Effective Judicial Protection Demands*, in P. MOURA OLIVEIRA – P. NOVAIS – L. REIS (Edd.), *Progress in Artificial Intelligence. EPIA 2019. Lecture Notes in Computer Science*, vol. 11804, Springer, 2019, 299 ss.

⁷⁶ Per un'apertura all'uso dell'I.A. nel diritto penale, almeno per i c.d. casi facili, recentemente si veda O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 962. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 21, evidenzia la necessità di una stretta collaborazione tra programmatori e giuristi.

⁷⁷ Sull'esigenza di una regolazione in materia di algoritmi A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi*, cit.

⁷⁸ Sul confronto delle opposte visioni della legalità, come 'scudo' o 'spada', si rinvia M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 118 ss.

macchina per legittimare un trattamento più sfavorevole⁷⁹. In sostanza, qualora si volesse accedere al giudizio robotico, ciò potrebbe avvenire solo se l'esito dello stesso fosse in senso assolutorio o comunque più mite rispetto alle possibili altre opzioni interpretative⁸⁰. Si tratterebbe dunque di sviluppare un algoritmo ottimizzato non solo in termini tecnologici, ma anche valoriali facendolo operare secondo un preciso indirizzo 'politico' capace di superare il mero dato attuariale⁸¹. La filosofia, del resto, ci ha insegnato che la tecnologia non è neutra, ma fa politica⁸². Inoltre, il principio 'politico' di legalità, come ad esempio formulato dall'art. 25 della Costituzione italiana, si limita a "vietare di punire" se non nei casi previsti dalla legge, sancendo il primato della garanzia della libertà del cittadino a fronte di altre pulsioni efficientiste volte ad espandere l'area del penalmente rilevante.

Ciò, naturalmente, non dovrebbe comportare l'esclusione del giudice dal processo decisorio, ma un suo affiancamento, una sorta di tecno-umanesimo⁸³, una contaminazione tra *humanitas* e *techne*⁸⁴ propria di un diritto penale definitivo «sinestetico»⁸⁵, utile sia per ridurre i tem-

79 Significative le parole di A. GARAPON, *Ti faresti giudicare da un algoritmo?*, in «QG» (2018) 4, 196: «Oggi, ciò può significare che il digitale introduce una nuova legalità, nel senso che rinviene delle regolarità all'interno del ragionamento del giudice fra gli elementi prescelti e le decisioni adottate. Ciò permette di stabilire delle correlazioni, che divengono vincolanti nella pratica, anche se esse non corrispondono all'applicazione della legge».

80 Tale soluzione sembra non incoerente con i principi espressi nel Regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. L'art. 22, infatti, sancisce che l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato che produca effetti giuridici che lo riguardano, salvo, tra l'altro, se vi sia il consenso esplicito del medesimo. Ammesso pure che tale norma potesse ipoteticamente trovare realizzazione in un giudizio penale, nel caso di trattamento più favorevole il consenso verosimilmente sarebbe prestato, mentre in caso contrario la decisione esclusivamente robotica sarebbe ostacolata proprio dalla probabile mancanza dello stesso.

81 D. KEHL – P. GUO – S. KESSLER, *Algorithms in the Criminal Justice System*, cit., 34, mettono ben in luce che devono essere i decisori politici, a prescindere da supposte esigenze di correttezza tecnica, a dare priorità ai valori che vengono in gioco nel funzionamento degli algoritmi.

82 U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, 1999; E. SEVERINO, *Democrazia, tecnica, capitalismo*, Morcelliana, 2009.

83 A. PUNZI, *Diritto in formazione*, Giappichelli, 2018, 149 ss., spec. 157.

84 A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. CARLEO (Ed.), *Decisione robotica*, cit., 33 ss.

85 M. PAPA, *Future crimes*, cit., 86.

pi di risposta dell'autorità giudiziaria, sia per la maggiore prevedibilità nell'applicazione della legge e uniformità degli orientamenti giurisprudenziali⁸⁶. Infatti, per raggiungere tali obiettivi anche l'*European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems*⁸⁷, come idea di fondo non ha quella di sostituzione del giudice, ma di un ruolo ausiliario dell'I.A.⁸⁸. Tale ausilio, nel caso che ci occupa, consisterebbe nell'indicare al giudice l'argomentazione più favorevole all'imputato ricavata dalla molteplicità dei precedenti giurisprudenziali. Tale opzione, utilizzando il linguaggio informatico, dovrebbe essere una specie di *default option*. Qualora il giudice, per sgravarsi un po' di quella «fatica del pensare»⁸⁹, ritenesse di aderire a tale suggerimento cibernetico, l'onere di motivazione sarebbe semplificato, potendo appunto far riferimento all'elaborazione algoritmica dei precedenti giurisprudenziali. Qualora, viceversa, il giudice volesse optare per una scelta ermeneutica più sfavorevole rispetto a quella suggerita dal robot, allora l'onere motivazionale dovrebbe essere aggravato e di quel genere prima definito confutativo⁹⁰. Una certezza giuridica non in senso materiale, ma procedurale nell'ottica di quella razionalità discorsiva capace di contrapporsi al dominio della tecnologia⁹¹. In definitiva, il giudice in tali casi, non potendo limitarsi ad ostendere i soli motivi utili a dimostrare la logicità dell'interpretazione meno mite, dovrebbe spiegare *funditus* anche le ragioni per le quali risulta implausibile l'opzione interpretativa più favorevole suggerita dal sistema esperto. Infatti, come prima scritto, la logicità dell'interpretazione di una norma non esclude di per sé la logicità di un'alternativa interpretazione della stessa norma⁹². Ciò assicurerebbe

86 Posto che la *machine learning* potrebbe assicurare una maggiore stabilizzazione della giurisprudenza, s'interroga se ciò sia davvero un effetto così desiderabile O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 962 ss.

87 Vedi *supra* nt. 26.

88 Sulla necessaria non esclusività della decisione robotica come principio del diritto europeo e per molti versi anche globale, si veda A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, cit., 54 ss.

89 L'espressione è di F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in «RDProc» (1949), 41 ss.

90 Sul diritto alla 'spiegazione' delle decisioni generate dall'intelligenza artificiale, recentemente J. GACUTAN – N. SELVADURAI, *A statutory right to explanation for decisions generated using artificial intelligence*, in «IJLIT» (2020) 28, 193 ss., in <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaab016>.

91 Il riferimento è alla teoria discorsiva del diritto di J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981), ed. it. *Teoria dell'agire comunicativo*, il Mulino, 2017.

92 Tale modello ovviamente supererebbe la motivazione implicita ammessa nella

un governo completo della motivazione da parte del giudice in quelle occasioni ove il principio di legalità impone le maggiori garanzie per l'imputato, ossia in caso di punizione ovvero di trattamento sfavorevole.

giurisprudenza, secondo cui appunto la motivazione non è carente se la sentenza manca di un'esplicita pronuncia su una deduzione difensiva, se comunque il giudice abbia dato conto delle ragioni in diritto che sorreggono il suo convincimento, giacché quelle contrarie devono considerarsi implicitamente disattese. Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 23 giugno 2011, n. 27741, in «GD» (2011) 46, 95. Oggi invece sembra militare verso la necessità della confutazione la nuova formulazione dell'art. 546 c.p.p.: sul punto cfr. M. CATERINI, *Dal cherry picking del precedente*, cit., 333 ss.

PRESCRIZIONE DEL REATO: PRINCIPI COSTITUZIONALI, PATOLOGIE E RECENTI RIFORME

Antonio Cavaliere

1. Una premessa di metodo.

Le discussioni degli ultimi anni intorno alla prescrizione del reato hanno ormai condotto all'emersione dei principali argomenti a sostegno delle diverse tesi prospettate. E tuttavia, si tratta di una disputa non sopita; anche perché i problemi da cui nasce sono ben lontani dall'essere risolti.

Nel mio modesto contributo in onore dell'illustre *Jubilar* Lucio Monaco - sempreverde esponente della Scuola napoletana, verso il quale nutro affetto e stima profondi - cercherò di sviluppare qualche considerazione in tema di prescrizione orientata ai principî costituzionali; nella convinzione che il riferimento a tali principî, secondo un metodo teleologico, debba incidere sulla conformazione concreta degli istituti. E ciò sia attraverso l'interpretazione, che dev'essere conforme alla Costituzione e dalla quale possono anche risultare profili di illegittimità costituzionale della disciplina vigente; sia in una prospettiva *de lege ferenda*.

Una tale opzione metodologica risulta, peraltro, vincolata in un ordinamento costituzionale come il nostro. Ciò non significa pervenire ad eccessi deduttivistici, nel senso di ritenere che una determinata e dettagliata disciplina della prescrizione del reato possa logicamente ricavarsi dalla Costituzione e considerarsi l'unica legittima; ma comporta che si riconosca il ruolo sia di fondamento, che di limite, che i principî costituzionali possono e debbono svolgere in rapporto alla prescrizione. Ruolo testimoniato dall'arcinota vicenda giudiziaria relativa al caso Taricco.

2. Prescrizione e principî.

Sono numerosi i principî costituzionali richiamabili in materia di prescrizione del reato. Essi concorrono a definire una *ratio* complessa di tale istituto, che deve tener conto di principi relativi sia al diritto penale sostanziale che al diritto processuale penale. *In subiecta materia*, come pure in generale, risulta fuorviante una visione se-

parata dei due ambiti e necessaria, invece, una visione da *gesamte Strafrechtswissenschaft*.

Nel dibattito degli ultimi trent'anni intorno alla prescrizione, essa è stata da taluni presentata come un male, una "mannaia", negandone qualunque utile funzione costituzionale. A mio avviso, una tale visione confonde l'istituto della prescrizione in quanto tale con una patologia che dipende, da un lato, da una particolare disciplina della prescrizione, dall'altro – e probabilmente ancor di più – dal sistema complessivo in cui tale disciplina si inserisce, come cercherò di motivare più avanti. Ma basta provare ad ipotizzare per un istante un sistema penale in cui la prescrizione del reato non esista affatto, per rendersi conto che si tratta di un istituto necessario: in un tale sistema, ad esempio, chiunque potrebbe essere processato e punito dopo cinquant'anni per un furto lieve commesso da ragazzino. Che senso avrebbe ciò, dal punto di vista di una qualsiasi funzione costituzionalmente legittima della pena? Dunque, anche la più pessimistica delle valutazioni intorno alla patologia dell'attuale funzionamento dell'istituto della prescrizione non può comportare che l'istituto in sé non possa svolgere utilmente funzioni di rango costituzionale.

Com'è noto, è stata la stessa Corte costituzionale a riconoscere, con un orientamento consolidato, la *ratio* di diritto penale sostanziale della prescrizione del reato e, conseguentemente, a ricondurla all'ambito di applicazione del principio di legalità di cui all'art.25 co.2 Cost.; principio che - è bene ricordarlo sempre - ha un rango sovraordinato rispetto all'art.7 CEDU ed una portata più ampia di quest'ultimo, in quanto comprende i corollari della riserva di legge, della determinatezza legale e del divieto di analogia. Certo, parte della dottrina ha posto condivisibilmente in evidenza come anche partendo dall'idea di un fondamento processuale della prescrizione possa affermarsi l'irretroattività di una disciplina sfavorevole della stessa. Ma, per un verso, il percorso argomentativo e le implicazioni di una tale legalità processuale appaiono meno consolidati; per altro verso, l'idea di un fondamento di diritto penale sostanziale dell'istituto, seppure concorrente con una *ratio* processualpenalistica, fa sì che ad esso debbano applicarsi le garanzie costituzionali del diritto sostanziale e, dunque, la stretta legalità con tutti i suoi corollari.

Ebbene, a mio parere è fondata l'opinione prevalente in dottrina, secondo cui il fondamento dell'istituto della prescrizione del reato risiede, sul

piano del diritto sostanziale e salvo quanto dirò in seguito in rapporto al piano processuale, nelle funzioni costituzionalmente sancite della pena – sia quella generalpreventiva che quella rieducativa - e nel principio della responsabilità personale di cui all'art.27 co.1 Cost. Inoltre, la disciplina della prescrizione dev'essere orientata al rispetto di esigenze di eguaglianza, proporzione e ragionevolezza, anch'esse di rango costituzionale.

2.1. Prevenzione generale.

Sicuramente il fondamento più condiviso della prescrizione del reato risiede nell'idea della prevenzione generale; o più precisamente nel venir meno di esigenze generalpreventive per effetto del decorso del tempo. Non appare inutile ricordare che si è rinvenuto il fondamento costituzionale della prevenzione generale nell'art.2 Cost.: il diritto penale è uno degli strumenti della tutela dei diritti fondamentali della persona. Esso deve dunque garantire la tutela di beni giuridici mediante sanzioni efficaci. E queste sono tali se sono 'pronte': la prontezza delle pene di beccariana memoria è condizione della loro efficacia, in particolare *sub specie* orientamento dei consociati. Un intervento punitivo pronto è in grado di produrre quell'effetto di pacificazione sociale che rientra, com'è noto, nel concetto di prevenzione generale positiva.

Specularmente, il decorso del tempo affievolisce le istanze di prevenzione generale, in misura inversamente proporzionale alla gravità del fatto: più il fatto è lieve, più la collettività, con il passar del tempo, perde interesse alla sua punizione. Il principio costituzionale di proporzione, di cui all'art.3 Cost., sta a fondamento di una disciplina della prescrizione del reato in cui il tempo dell'estinzione della punibilità sia commisurato alla gravità del fatto. Ancora una volta, fu già Beccaria ad affermare che l'interesse della collettività all'intervento punitivo è proporzionato alla gravità delle offese; e dunque, esso si affievolisce prima in rapporto ad offese meno gravi. Di conseguenza, il tempo necessario alla prescrizione del reato non può essere uguale per un omicidio o per un furto. E ciò, vale la pena di anticiparlo, comporta che sia in contrasto con l'art.3 Cost. una disciplina come quella introdotta dalla l. n. 3/2019, che prevede il blocco indiscriminato della prescrizione dopo il primo grado di giudizio, allo stesso modo, per reati di gravità anche diversissima.

Quando la pena interviene a distanza di molti anni dal fatto commesso, essa perde significato, già solo dal punto di vista della prevenzione generale; e ciò tanto più, quanto meno grave era quel fatto. Questo dato, come vedremo, ha intuibili riflessi processuali: un procedimento penale che cominci o continui a grande distanza temporale dal fatto appare ormai delegittimato, perché tardivo, non più oggetto di interesse della collettività. Anche in un'ottica di economia processuale - nel senso della gestione efficiente delle energie umane e delle risorse strumentali limitate di cui dispone l'amministrazione della giustizia penale - l'interesse a perseguire fatti risalenti nel tempo cede in rapporto a quello a perseguire fatti socialmente dannosi recenti.

Certamente, la spettacolarizzazione della giustizia penale, anche con l'ausilio di nuove tecniche d'indagine, può ridestare l'interesse collettivo verso cd. *cold cases* risalenti nel tempo, specialmente se ciò risulta funzionale in rapporto a procedimenti nei confronti di possibili 'vedettes penali'. Ciò mostra un aspetto rilevante in materia di prescrizione, ossia il dato, noto alle scienze umane e sociali, per cui il decorso del tempo presenta una significativa componente di percezione psicologica e sociale; non è solo un dato obiettivo, e neppure è 'continuo' o lineare. L'interesse o il disinteresse per un caso risalente viene perciò sempre, almeno in parte, socialmente 'costruito', e può esserlo specialmente attraverso i mezzi di comunicazione di massa. Ma anche questa capacità 'mediatica' di ravvivare l'interesse della collettività a distanza di tempo ha un limite, in funzione della gravità del fatto risalente. Una serie di presunte violenze sessuali risalenti a quarant'anni fa può dar luogo a campagne come quella nota con lo *slogan* "me too" e, in taluni ordinamenti, all'apertura di procedimenti penali tardivi; non così una serie di lievi furti nei supermercati commessi vent'anni prima.

Una visione opposta a quella delineata, in chiave di affievolimento delle esigenze di prevenzione generale, consisterebbe nel sostenere che si debba perseguire all'infinito ogni reato commesso, senza che il decorso del tempo possa incidere su quelle esigenze; ciò corrisponde ad un'idea retributiva, soddisfacente, che viene alimentata talora attraverso un'esaltazione fuorviante, unilaterale ed emotiva delle esigenze di "verità e giustizia" della vittima. Ma sostenere che la vittima e, più ampiamente, la collettività abbiano interesse alla "verità", ovvero all'accertamento delle responsabilità, non toglie che tale interesse, con il tempo, venga meno e che debba

comunque cedere nel bilanciamento con altri interessi, tra i quali, come vedremo, quelli della persona imputata o indagata. Sostenere, invece, che la vittima di qualunque reato possa anche esigere “giustizia” nel senso di pretendere la punizione del responsabile a distanza di decenni, opponendosi ad un’estinzione del reato – o magari, secondo lo stesso ordine di idee, ad una pena risocializzante o non desocializzante che la vittima ritenga troppo mite – significherebbe assegnare alla giustizia penale una funzione vendicativa, radicalmente incostituzionale ed in contrasto frontale con l’art.27 co.3 Cost., su cui ci soffermeremo più avanti.

Il dato per cui esistono reati imprescrittibili non può essere evocato a sostegno di una tale concezione retributiva. Vi sono, infatti, reati talmente gravi – uno per tutti: il genocidio – che neppure dopo ottanta o cent’anni può ritenersi affievolito l’interesse della collettività all’accertamento della responsabilità e all’intervento punitivo. Altra e complessa questione, com’è noto, è quella del rapporto tra tali esigenze di prevenzione generale e la legittimazione dell’inflizione della pena ad un singolo, nei cui confronti essa deve sempre avere un senso. Ma il dato che qui preme porre nel debito rilievo è un altro; e cioè quello secondo cui l’imprescrittibilità deve valere, in una prospettiva di proporzione, solo per fatti gravissimi, individuati come tali alla stregua di una concezione costituzionalmente orientata dei beni giuridici. Non può dunque certo invocarsi l’imprescrittibilità, ad esempio, di fatti di corruzione o di frode agli interessi finanziari dell’Unione europea, come pure è talora avvenuto!

Un’ultima precisazione in rapporto alla *ratio* generalpreventiva della prescrizione mi pare necessaria, soprattutto in rapporto alla discussione relativa alla concorrente funzione specialpreventiva della prescrizione stessa. L’affievolimento dell’interesse collettivo alla punizione con il decorso del tempo viene presunto dal legislatore e non empiricamente verificato nel caso concreto; ma nessuno, condivisibilmente, ha mai dubitato della legittimità e ragionevolezza di una tale presunzione, che opera *in bonam partem*. Può darsi, infatti, che in concreto un certo fatto, pur non grave, resti nella memoria collettiva a lungo; ma il legislatore ‘sancisce’ presuntivamente – a favore dell’indagato o dell’imputato - la perdita di interesse collettivo dopo un certo lasso di tempo.

Naturalmente, quella presunzione dev’essere ragionevole: in tal senso, nel definire i termini di prescrizione il legislatore deve tener conto della

percezione sociale, costituzionalmente orientata, della gravità dei reati, in assoluto e nel loro rapporto relativo. Come vedremo, un'eccessiva brevità dei termini di prescrizione in rapporto a reati gravi può essere foriera di disorientamento della collettività e di sfiducia nel sistema penale: la tenuta generalpreventiva della disciplina della prescrizione dipende dalla congruità dei relativi tempi.

2.2. Personalità della responsabilità penale e funzione rieducativa della pena.

Accanto alla *ratio* generalpreventiva, la prescrizione ha un fondamento, che ritengo prioritario, di carattere personalistico. Una pena che intervenga a grande distanza temporale dal fatto sconta una perdita di legittimazione nei confronti del singolo che la subisce, ponendosi in conflitto con gli artt.27 co.1 e 3 Cost. Infatti, non ha senso rieducare qualcuno che, al momento della punizione, è ormai, per il decorso del tempo, una persona inevitabilmente diversa da quella che era al momento del fatto. Si pensi allo studente che, durante il liceo, abbia commesso in occasione di una manifestazione una resistenza a pubblico ufficiale; quindici o vent'anni dopo, quello studente, diventato magistrato, viene riconosciuto e denunciato dall'anziano poliziotto. Ma quel fatto non 'appartiene' più all'autore - come richiesto, invece, dall'art.27 co.1 Cost. -; e intervenire penalmente a tale distanza di tempo non avrebbe certamente alcuna funzione rieducativa, come imposto dall'art.27 co.3 Cost.

Non si può sminuire la *ratio* specialpreventiva della prescrizione con l'argomento per cui si tratterebbe di una mera presunzione: anche l'effetto generalpreventivo dell'oblio, come abbiamo visto, viene presunto. Inoltre, la ragionevolezza della presunzione secondo cui una pena inflitta a distanza di molto tempo sarebbe contraria ad una responsabilità 'personale' e incongrua sul piano rieducativo va commisurata anch'essa alla gravità del fatto commesso, secondo un criterio di proporzione. La necessità di un intervento punitivo orientato alla rieducazione, in altri termini, permane più a lungo per un fatto grave che per uno lieve, anche perché va temperata con le menzionate esigenze di prevenzione generale, all'interno di un diritto penale del fatto. Ecco perché si arriva ad ammettere la punizione - o, quantomeno, l'affermazione di responsabilità, sia pure con contestuale rinuncia alla pena o sua attenuazio-

ne - di ultranovantenni per crimini gravissimi commessi quando erano ventenni.

Quest'ultimo richiamo ad un diritto penale del fatto appare utile a respingere l'obiezione secondo cui la commissione di ulteriori reati, più recenti, impedirebbe di affermare che il fatto ormai lontano nel tempo non appartenga più all'autore e che egli sia divenuto 'un altro', manifestando l'irragionevolezza della presunzione di rieducazione nel caso concreto; e tuttavia, la disciplina della prescrizione non consentirebbe di tener conto di una tale 'condotta di vita' dell'autore, il che dimostrerebbe che la disciplina della prescrizione non ha una *ratio* specialpreventiva. Ebbene, tale obiezione, oltre ad incorrere nell'inversione metodologica secondo cui il fondamento costituzionale della prescrizione verrebbe smentito dalla legislazione vigente, trascura il dato per cui in un diritto penale del fatto è coerente ritenere che, decorso un lungo periodo di tempo dal fatto stesso, l'autore non debba risponderne più, in quanto proprio 'quel' fatto non può considerarsi più 'suo'; egli risponderà, invece, dei reati più recenti commessi e non ancora prescritti. Lo *status* di recidivo, dunque, non deve mai avere effetti pregiudizievoli in materia di prescrizione, perché ciò darebbe luogo ad un diritto penale dell'autore: lo conferma il coro unanime delle critiche dottrinali alla disciplina dell'interruzione della prescrizione, discriminatoria nei confronti dei recidivi, introdotta nell'art.161 co.2 c.p. con la l. n.251/2005, cd. *ex-Cirielli*.

Dunque, la *ratio* personalistica della prevenzione, incentrata sull'artt.27 co.1 e 3 Cost., risulta tutt'altro che debole; al contrario, coloro che la criticano rischiano di scivolare verso un diritto penale dell'autore.

2.3. Principi di diritto processuale e prescrizione del reato.

In dottrina sono state da tempo individuate ulteriori funzioni della prescrizione del reato, fondate su principi costituzionali del diritto processuale penale. Tali funzioni, a mio avviso, concorrono con quelle attinenti al diritto sostanziale.

Viene in primo luogo in considerazione il diritto di difesa, di cui all'art.24 co.2 Cost.. «Un tempo determinato, scorso il quale veniva prescritta l'accusa, era l'ultimo suggello che la legge metteva alla tranquillità del cittadino.

[...] Niente di più difficile che difendersi da un'accusa, quando questa è di più anni posteriore al delitto. Il tempo, che ha scancellata la memoria delle circostanze che lo accompagnarono, toglie all'accusato i mezzi da giustificarsi, ed offre al calunniatore avveduto un velo col quale coprire le meditate menzogne. Riflessioni così ragionevoli non furono trascurate da' savii legislatori di Roma. Essi diedero alle accuse criminali una prescrizione» (Filangieri, *La scienza della legislazione*, III, Parte I, Capo II). Non occorrono molte parole per sottolineare l'attualità di tali considerazioni, ad esempio in relazione a procedimenti penali per violenza sessuale avviati, in altri Paesi, a decenni dall'asserita commissione dei fatti.

In particolare, va tenuto presente che la *ratio* della prescrizione del reato incentrata sulla tutela del diritto di difesa prescinde dal fatto che un procedimento penale sia già in corso da lungo tempo oppure venga avviato tardivamente: la distanza temporale dai fatti ostacola comunque il diritto di difesa. Dunque, non può certo sostenersi che, una volta che il procedimento penale sia cominciato, una tale *ratio* della prescrizione sia ormai fuori gioco.

Un ulteriore principio, del cui rapporto con la prescrizione del reato si è vivacemente discusso, è quello della ragionevole durata del processo.

Sicuramente l'imputato ha un diritto, costituzionalmente sancito all'art.111 Cost., a non essere sottoposto per un tempo irragionevolmente lungo al procedimento penale ed alle correlative limitazioni di libertà personale e dignità. Un diritto di cui può disporre - infatti, l'imputato può rinunciare alla prescrizione, o potrebbe adottare, mediante il difensore, tattiche dilatorie -, ma pur sempre un diritto! E un diritto che vale per ogni imputato, perché questi, secondo l'art.27 co.2 Cost., è considerato non colpevole fino alla condanna definitiva: non si può distinguere l'imputato 'innocente' da quello 'colpevole', come pure è stato sostenuto! Inoltre, il principio di ragionevole durata potrà anche avere, come si obietta, una *ratio* o funzione oggettiva, volta cioè alla tutela della collettività, che ha interesse ad un pronto accertamento processuale; ma esso ha, prioritariamente, una *ratio* di garanzia individuale. E quest'ultima va ricollegata ancora una volta all'art.27 co.2 Cost.: dal momento che l'imputato è da presumersi non colpevole fino alla sentenza definitiva, la limitazione di libertà e dignità cui egli è sottoposto deve durare il meno possibile.

Non appare, dunque, seriamente in discussione il dato per cui l'imputato abbia diritto ad un processo di ragionevole durata, ma, piuttosto, il nesso tra ragionevole durata e prescrizione del reato.

Da un lato, si afferma che la prescrizione del reato non è istituito volto a garantire la ragionevole durata del processo e che neppure di fatto svolge tale funzione. Infatti, in primo luogo, il procedimento penale può cominciare tardivamente, a ridosso della prescrizione del reato, con l'effetto di causare una cessazione, al contrario, prematura del procedimento – e la connessa frustrazione dell'esigenza di accertamento processuale – per intervenuta prescrizione del reato: dunque, non sempre la prescrizione del reato servirebbe ad assicurare la ragionevole durata del processo, ma al contrario talora la pregiudicherebbe, bloccandolo anzitempo. In secondo luogo, sul piano fattuale, il possibile intervento della prescrizione indurrebbe la difesa a non ricorrere ai cosiddetti procedimenti speciali, decretandone il fallimento nella prassi, con conseguente sovraccarico di procedimenti ordinari e prolungamento dei processi; ed ancora, la prospettiva della prescrizione del reato indurrebbe la difesa ad un ricorso strumentale alle impugnazioni, prolungando il procedimento e determinando il sovraccarico della giustizia penale, in particolare in fase di appello, com'è empiricamente documentato.

Sul versante opposto, si sostiene che la prescrizione del reato possa servire a garantire la ragionevole durata del processo e che, di fatto, intervenga sovente a sanzionarne l'irragionevole durata; inoltre, sempre sul piano fattuale, si afferma che l'incombere della prescrizione funga da 'sprone' per l'amministrazione della giustizia e che, ove tale sprone venisse meno, la durata del processo si allungherebbe ulteriormente. Inoltre, si rivendica, condivisibilmente, l'inviolabilità del diritto di difesa, nel cui esercizio rientrano – com'è ovvio – sia la scelta del rito ordinario o speciale, sia le impugnazioni: sta all'amministrazione della giustizia assicurare l'accertamento processuale in tempi ragionevoli, e le disfunzioni di tale amministrazione, che sono una delle cause principali della prescrizione, non possono gravare sull'imputato, esponendolo a procedimenti interminabili.

In effetti, appare evidente che la prescrizione del reato intervenga sovente su procedimenti penali durati per un tempo irragionevole ed abbia costituito finora l'unico rimedio realmente efficace ad una tale irra-

gionevole durata. Vi è, certamente, un ‘disallineamento’ tra prescrizione del reato e tempi del procedimento penale: schematizzando, si possono cioè distinguere due ipotesi estreme. Se il procedimento comincia tardivamente, a ridosso della prescrizione del reato, come si è accennato tale prescrizione non sanziona certo l’irragionevole durata del processo, ma, al contrario, ne determina la fine prematura; tuttavia, anticipando quanto vedremo meglio in seguito, occorre precisare che una tale conclusione è doverosa, in quanto risponde alle funzioni di diritto sostanziale, costituzionalmente sancite, della prescrizione, nonché alla menzionata funzione processuale legata al pregiudizio per il diritto di difesa, derivante da procedimenti penali tardivi. Se, invece, il procedimento penale è cominciato a breve distanza dal fatto per cui si procede, la prescrizione del reato può intervenire a sancire anche l’ormai irragionevole durata del processo, oltre che la perdita di legittimità costituzionale di un’eventuale punizione a causa del decorso del tempo.

Dunque, la prescrizione del reato svolge non insovente la funzione di impedire una durata irragionevole del processo. Peraltro, nella prospettiva di un’attuazione del principio della ragionevole durata, l’istituto conforme allo scopo potrebbe essere costituito da una prescrizione del procedimento penale, ossia dalla fissazione di un limite massimo di durata del procedimento; anch’esso rinunciabile dall’imputato. Ma la prescrizione del procedimento dovrebbe affiancarsi e non sostituirsi alla prescrizione del reato; ed è agevole comprenderne la ragione. Infatti, per un verso, se il procedimento penale comincia immediatamente dopo l’asserita realizzazione di un reato per cui è previsto un termine di prescrizione di vent’anni, certamente il procedimento non può durare vent’anni, perché sarebbe di irragionevole durata: qui deve intervenire la prescrizione del procedimento, prima di quella del reato. Per altro verso, se il procedimento penale per quello stesso reato comincia a distanza di quasi vent’anni, il procedimento potrebbe anche ragionevolmente durare diversi anni, ma ormai è tardi, dal punto di vista delle finalità di prevenzione generale e speciale, della personalità della responsabilità penale e del diritto di difesa: qui deve intervenire la prescrizione del reato.

Emerge, per questa via, il dato per cui, indipendentemente dalla sua durata, un procedimento che cominci a troppa distanza temporale dal fatto non è più un “giusto processo” ai sensi dell’art.111 Cost., né un pro-

cedimento utile: perché è un procedimento che nasce in partenza delegittimato, dal momento che, in caso di condanna, la pena non potrebbe svolgere alcuna funzione legittima e, per le ragioni illustrate, verrebbero violati comunque il principio di personalità della responsabilità ed il diritto di difesa. D'altra parte, anche un procedimento cominciato subito, ma che abbia durata irragionevole non è un "giusto processo", perché viola un diritto costituzionalmente sancito dell'imputato. Dunque, la prescrizione del reato, così come quella del procedimento, concorrono a garantire un "giusto processo".

3. Cause strutturali, specifiche e generali, delle prescrizioni 'patologiche'.

Nel confrontarsi con la denuncia diffusa della grave patologia della prassi della prescrizione del reato, occorre guardarsi da una visione indifferenziata del fenomeno. Nel momento attuale, si prescrive complessivamente il 10% dei procedimenti penali. Ma una tale media non terrebbe conto di note e rilevanti differenze che incidono sulla valutazione del fenomeno. In primo luogo, desta condivisibilmente sconcerto la prescrizione di fatti avvertiti come particolarmente gravi; un esempio per tutti può essere rappresentato dalla prescrizione intervenuta nei procedimenti penali a carico di appartenenti alle forze dell'ordine per le lesioni gravi realizzate nelle scuole Diaz e Pertini di Genova durante il G8 del 2001. Inoltre, la prescrizione incide in modo anche molto differenziato a seconda dei distretti giudiziari, del relativo carico di procedimenti e dell'organizzazione; e, com'è noto, a seconda delle fasi del procedimento, verificandosi specialmente nelle indagini preliminari – dove intervengono, di fatto e nonostante l'art.112 Cost., scelte di priorità delle Procure - e, in subordine, nel giudizio di primo grado e in appello. Non è, poi, azzardato ritenere che sull'incidenza differenziata della prescrizione influiscano tuttora differenze sociali ed economiche tra imputati e, dunque, l'effettività del diritto di difesa, in particolare in rapporto alle impugnazioni.

Specialmente, ma non solo nella fase delle indagini preliminari, la prescrizione rischia quindi di operare come filtro arbitrario, in rapporto ad un sistema processuale sovraccarico di procedimenti.

Ma tra i fattori distorsivi fondamentali dell'operatività della prescrizione ve n'è uno strutturale che non viene posto nel dovuto rilievo e che

non riguarda la disciplina della prescrizione, ma incide su di essa. Si tratta del dato secondo cui i termini di prescrizione sono correlati ad un sistema di cornici e, quindi, di massimi edittali che, per un verso, riflette gerarchie di beni giuridici che sono quelle autoritarie del codice Rocco e, per l'altro, risente di un caotico stratificarsi di nuove incriminazioni e di inasprimenti sanzionatori introdotti con novelle legislative: il risultato di ciò è l'esatto contrario di un sistema coerente, la sua "frantumazione" o riduzione in brandelli. E di conseguenza, l'assoluta irragionevolezza degli esiti in termini di prescrizione.

Il codice Rocco, originariamente, determinando i termini di prescrizione secondo classi di gravità dei reati, consentiva quantomeno di riconoscere scale di valori, seppure orientate alla nota 'progressione discendente' dei beni giuridici; e, detto incidentalmente, teneva conto dei tempi del procedimento, mediante la disciplina della sospensione e dell'interruzione dei termini. Ma le gerarchie dei beni giuridici erano diametralmente opposte a quelle riconducibili, seppur non rigidamente, alla Costituzione. Ciò si può costatare agevolmente richiamando l'esempio, tristemente confermato dalla prassi, dei fatti commessi nella scuola Diaz: in quel procedimento si sono prescritte le lesioni gravi, mentre vi è stata condanna per falso in atto pubblico fidefaciente, e ciò è stato possibile anzitutto perché, nel sistema del codice Rocco, per quel falso è previsto un massimo di pena più elevato (10 anni) che per le lesioni gravi (7 anni). Per il codice Rocco è più grave falsificare un atto pubblico che rompere un braccio o una gamba a qualcuno o infliggergli una qualunque lesione guaribile dopo oltre 40 giorni! Tuttavia, su quel caso, come vedremo, ha inciso anche la l. n. 251/2005. O, per ricordare soltanto un altro esempio, si pensi alla disciplina del furto, ad esempio di generi alimentari, aggravato dalla destrezza o dall'esposizione della cosa a pubblica fede: per il codice Rocco si trattava di un fatto più grave di una corruzione passiva, sia propria che impropria. E, quindi, per la corruzione impropria il termine di prescrizione di cui all'art.157 c.p. era di 5 anni, quello per il furto aggravato di 10.

Non è un caso che un forte allarme legato al rischio di prescrizione si sia levato sul finire degli anni '90 del secolo scorso, dopo Tangentopoli. Rischiavano di prescrivere, infatti, in particolare reati di corruzione e false comunicazioni sociali.

In effetti, anche le false comunicazioni sociali di cui all'art.2621 c.c., già secondo la disciplina originaria del 1941, prevedevano un massimo editale inferiore a quello del furto con destrezza. Si trattava di *Kavaliersdelikte*... Ma la bagatellizzazione del falso in bilancio raggiungeva notoriamente l'apice con il d. lgs. n.61/2002, laddove l'ipotesi base di cui al nuovo art.2621 c.c. diventava una contravvenzione punibile con l'arresto fino ad un anno e sei mesi, e quella di cui all'art.2622 c.c., con danno patrimoniale ai soci o ai creditori, un delitto punibile con la reclusione fino ad un massimo di ben tre anni! Con conseguente dimezzamento, nell'ipotesi più grave, dei termini di prescrizione rispetto alla disciplina originaria.

Nel frattempo, un'altra patologia generale, risalente e ben nota, del sistema penale produceva i suoi effetti anche sulla prescrizione: il *boom* della legislazione penale complementare e il conseguente sovraccarico della giustizia penale. Resosi arduo, dopo la riforma dell'art.79 Cost. nel 1992, il ricorso alla clemenza collettiva, la prescrizione è divenuta di fatto il principale strumento deflattivo dell'amministrazione della giustizia ed un potente fattore di 'selezione' secondo criteri di 'priorità' dei procedimenti. In rapporto alle indagini preliminari, tali criteri sono stati adottati talora espressamente da singole Procure in famose circolari di quegli anni, poco dopo l'entrata in vigore del nuovo c.p.p., talaltra in modo meno trasparente; criteri comunque in forte tensione con l'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art.112 Cost. - la cui *ratio*, è bene ricordarlo, si collega ai principi di legalità e di eguaglianza -, ma la cui adozione appariva conseguenza anche dell'insostenibile ipertrofia penalistica. È quest'ultima, infatti, la più grave delle patologie, che, ponendosi in frontale contrasto con il principio di *extrema ratio*, amplifica a dismisura la selettività strutturale della giustizia penale. Con l'introduzione dell'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p., la selettività si è tradotta nella previsione espressa di un elenco, di taglio casistico, di processi - relativi ad alcune tipologie di reati - ai quali «è assicurata la priorità assoluta» «nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione».

In un tale contesto distorsivo generale, che incide pure sull'operare distorto della prescrizione nella prassi, il colpo di grazia è stato assestato, com'è noto, dalla l. n. 251/2005, cd. ex-Cirielli. Un provvedimento chiaramente orientato secondo un diritto penale dell'autore: ovvero del nemico - il recidivo qualificato - e dell'amico, il ceto politico, amministrativo

ed imprenditoriale che beneficiava particolarmente dell'abbassamento dei termini di prescrizione per i delitti punibili con la reclusione massima dai 5 ai 10 anni, in virtù della commisurazione dei termini non in base alle classi di reato, o 'fasce', originariamente previste dall'art.157 del codice Rocco, ma in misura corrispondente al massimo edittale, seppur non inferiore a sei anni per i delitti; con l'effetto, di palmare evidenza, di abbassare, ad es., la prescrizione 'base' – cioè, salvo interruzioni e sospensioni - per la corruzione propria da 10 a 6 anni. Che il legislatore avesse 'a cuore' alcune tipologie di autori si evinceva pure dalla contestuale violazione del principio di eguaglianza, con il raddoppio dei termini di prescrizione «per i reati di cui agli articoli 449 e 589, secondo e terzo comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*» c.p.p., art.157 co.6 c.p. nella versione introdotta nel 2005. Nasceva, così, un 'doppio' o plurimo binario della prescrizione, confermato dalla disciplina discriminatoria introdotta per i recidivi, laddove i reati di cui all'art. 51 co.3-*bis* e *quater* c.p.p. divenivano, di fatto, imprescrittibili ex art.160 ult. co. c.p..

In particolare nella discussione intorno agli effetti sulla prassi della l. n. 251/2005 in materia di prescrizione, va dunque evitata una visione generica, onnicomprensiva di tali effetti: perché quella legge tendeva proprio a far sì che alcuni reati, quelli degli 'amici', si prescrivessero più facilmente, e quelli dei 'nemici' più difficilmente.

L'aver sancito un diritto penale 'diseguale' secondo tipi d'autore ed un diritto più favorevole in rapporto a fatti di corruzione o reati societari, lesivi di beni costituzionalmente rilevanti e socialmente avvertiti come gravi – e, dunque, da non far cadere rapidamente in prescrizione -, ha acuito l'irragionevolezza e l'effetto di disorientamento della collettività al cospetto della prescrizione, che già derivava dalla rilevata inattualità delle cornici edittali del codice Rocco in rapporto ad un'esperienza sociale dei valori costituzionalmente orientata e dal caos dei rapporti relativi tra cornici edittali risultante dall'affastellarsi della legislazione penale complementare.

Anziché porre rimedio ad una situazione complessiva così irragionevole, discriminatoria e caotica, tale da disorientare i consociati e quindi pernicioso per la tenuta generalpreventiva del sistema, si è proseguito lungo questa china, ampliando i casi di raddoppio dei termini di pre-

scrizione, in relazione a maltrattamenti in famiglia e reati sessuali, poi ai reati ambientali, poi all'omicidio stradale, infine al depistaggio aggravato... inseguendo la "perenne emergenza". Ma la tendenza alla 'frantumazione' *à la carte* dei termini di prescrizione è testimoniata anche dai ripetuti aumenti legislativi dei massimi edittali di singoli reati, dovuti probabilmente non solo alla mutata coscienza sociale e a finalità meramente simboliche, ma anche all'intento di evitare la prescrizione: si pensi all'art.319 c.p., in rapporto al quale il massimo edittale, originariamente di cinque anni, sale nel 2012 ad otto, nel 2015 a dieci; o alla corruzione impropria, che, divenuta nel 2012 corruzione "per l'esercizio della funzione" punibile con la reclusione massima di cinque anni, vede tale massimo salire prima a sei anni nel 2015, poi con la l. n. 3/2019 ad otto (con effetti quest'ultima volta non irrilevanti sulla prescrizione). Il danno per la razionalità e l'equilibrio complessivo del sistema indotto da tali provvedimenti si accompagna al rischio di aporie, dovute al fatto che la pena non viene più stabilita in funzione delle reali necessità di intervento in chiave di prevenzione dei reati, bensì in funzione del conseguimento di risultati in termini di prescrizione oppure, anche, di applicabilità della custodia cautelare o di ammissibilità delle intercettazioni. E ciò comporta il rischio concreto che l'individuo non venga punito secondo la sua responsabilità personale per il fatto, ma venga strumentalizzato per finalità di prevenzione generale o, addirittura, processuali o probatorie: in questi ultimi casi, la pena diviene 'serva muta' della funzione inquirente, per non dire dell'inquisizione.

4. Le riforme del 2017 e del 2019.

La l. n. 103/2017, nota come riforma Orlando, non interveniva su alcuno dei nodi strutturali evidenziati, neppure su quelli specifici della prescrizione; ma, com'è noto, introduceva una "sospensione" della prescrizione di un anno e mezzo in grado di appello, in caso di condanna in primo grado, e di un altro anno e mezzo in Cassazione, sempre in caso di condanna. Va accennato fin d'ora, ma sul punto dovremo tornare, che l'orientamento sotteso alla riforma, volto a 'bloccare' la prescrizione quando il processo è ormai 'in corso' ed ancor più quando è arrivato ad un certo punto – sia esso individuato nell'esercizio dell'azione penale all'esito delle indagini preliminari, oppure nella sentenza di primo grado – non è frutto dell'improvvisazione di qualche politico, ma risale

quantomeno alla fine del secolo scorso ed è tuttora sostenuto da una parte della magistratura e della dottrina.

La riforma faceva leva sui dati empirici che costatavano un'elevata incidenza della prescrizione dopo il primo grado di giudizio ed in particolare fino alla pronuncia della sentenza di appello. Si disinteressava, invece, delle fasi precedenti, in cui maturano notoriamente più prescrizioni; specialmente durante le indagini preliminari. Fronteggiare quelle prescrizioni non rientrava nella *ratio* sopra delineata, riferita a processi in corso avanzato, ed avrebbe richiesto interventi ben più strutturali, oppure drastici, ma in quanto tali insostenibili, per gli effetti disastrosi che avrebbero avuto: bloccare o 'sospendere' la prescrizione del reato con la mera notizia di reato sarebbe stato un provvedimento abnorme, in patente contrasto, a tacer d'altro, con la ragionevole durata del processo.

Volendo limitarci ad una critica interna all'ambito di applicazione della riforma, si presenta subito un dato evidente: l'incoerenza della prevista "sospensione" con la *ratio* dell'istituto della sospensione della prescrizione del reato, che è scolpita nel brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Qui, invece, la sospensione interveniva nonostante il processo continuasse. La lentezza dei procedimenti e le disfunzioni organizzative - ad esempio nella trasmissione dei fascicoli al giudice d'appello - venivano addossate all'imputato, che doveva rassegnarsi ad un processo più lungo di altri tre anni. La riforma era chiaramente ispirata al *favor reipublicae*, anziché al *favor rei*; e tendeva a consentire un allungamento della durata dei processi, in direzione opposta al principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Inoltre, che una tale sospensione, pregiudizievole per l'imputato, valesse solo per i condannati, in primo grado o in appello, appare a mio avviso - sommessamente, vista la contraria opinione di autorevoli processualpenalisti - in contrasto con l'art.27 co.2 Cost., nella misura in cui si discriminava un imputato, da presumere innocente fino alla condanna definitiva, negandogli la prescrizione del reato. Quasi che la prima sentenza di condanna lo rendesse 'provvisoriamente' o 'probabilmente' colpevole! Presunzione di 'provvisoria colpevolezza' oltretutto irragionevole, perché smentita in modo patente dalla prassi - vista la frequente riforma di sentenze di condanna in appello o in Cassazione -; ma ciò mi pare secondario rispetto alla violazione del principio costituzionale.

La l. n. 3/2019, cd. riforma Bonafede, in materia di prescrizione del reato esaspera la tendenza ‘statocentrica’ della riforma Orlando e l’idea secondo cui la prescrizione non deve intervenire ‘a processo in corso’. Neppure tale novella è frutto di improvvisazione politica, ma le è sotteso il ricordato, risalente orientamento di parte della magistratura e della dottrina; esso viene tradotto in un provvedimento che, nell’ambito di una legge ‘spazzacorrotti’, si presenta, ben al di là del tema corruzione, come ‘spazzaprescrizione’ di portata generale.

Anche stavolta, si ricorre impropriamente all’istituto della “sospensione” della prescrizione. Ma qui si tratta di un vero e proprio strafalcione legislativo, perché tale ‘sospensione’ non lascia riprendere, ma blocca definitivamente il corso della prescrizione di qualunque reato e per qualunque imputato dopo il primo grado di giudizio, anche quando si sia concluso con una sentenza assolutoria.

Ciò dà luogo ad un processo potenzialmente infinito ed impedisce la prescrizione del reato indipendentemente dalla sua gravità, anche a distanza di decenni dal fatto. Il legislatore ed i suoi sostenitori ‘addetti ai lavori’, anche nel dibattito successivo alla riforma, mostrano con ciò di non tenere in alcun conto l’affievolirsi delle esigenze di prevenzione generale, la *ratio* personalistica della prescrizione, lo stridente contrasto tra funzione rieducativa della pena e distanza temporale enorme dal fatto, il *vulnus* al diritto di difesa e più in generale il diritto della persona ad un giusto processo, di durata ragionevole. Che ciò avvenga allo stesso modo indipendentemente dalla gravità del reato ascritto all’imputato risulta in frontale, anzi, direi scandaloso contrasto con il principio di eguaglianza *sub specie* proporzione e ragionevolezza.

Come accennavo, in dottrina vi è chi difende la riforma; l’argomento principale è quello secondo cui la prescrizione del reato non deve più decorrere a processo ‘in corso’, perché ormai lo Stato, o la collettività, ha manifestato il proprio interesse all’accertamento ed all’eventuale punizione; ed occorre tutelare i beni giuridici e le vittime, nonché evitare lo spreco delle risorse ormai investite dall’amministrazione della giustizia.

Una prima obiezione, meramente interna, a tale ordine di idee è quella secondo cui esso dovrebbe, coerentemente, condurre a bloccare la prescrizione del reato con l’esercizio dell’azione penale, o addirittura

con l'inizio delle indagini a seguito di notizia di reato: perché ciò manifesta già l'interesse statale all'accertamento. Certo, in quest'ultimo caso siamo appena agli inizi del procedimento; ma, allora, il principio che viene richiamato, e che potremmo definire di 'non dispersione di energie processuali' dovrebbe valere quantomeno dal momento dell'esercizio dell'azione penale al termine delle indagini preliminari; ed infatti, com'è noto, alcuni fautori del blocco della prescrizione in corso di procedimento sostenevano tale tesi.

L'obiezione appena tratteggiata non fa che rendere più evidente l'orientamento statocentrico e, visti gli argomenti addotti, vittimocentrico della tesi di cui si discute. L'interesse della persona imputata alla prescrizione del reato, fondato sui principi costituzionali di diritto penale sostanziale e processuale precedentemente richiamati, viene completamente pretermesso. La prescrizione del reato è, invece, proprio l'istituto che determina - in un bilanciamento di interessi tra contrapposte esigenze individuali e collettive - il limite temporale entro il quale ha ancora un senso accertare un reato e punire, dal punto di vista di finalità di prevenzione generale e speciale e dei principi di personalità della responsabilità penale, del diritto di difesa e del diritto individuale ad un processo giusto e di durata ragionevole. Tale bilanciamento tra interessi salta, qui, completamente; e trionfano incontrastati - purché il processo sia 'in corso' - l'interesse dello Stato e quello della vittima. Ma un accertamento ed una pena che intervengono a distanza eccessiva dai fatti perdono di senso anche e proprio sul piano generalpreventivo: anche le vittime hanno diritto ad un accertamento connotato da 'prontezza', in tempi ragionevoli, e l'eventuale pena, se deve servire a finalità di prevenzione, dev'essere 'pronta', sempre secondo l'insegnamento di Beccaria.

Certamente, l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione in una fase avanzata del procedimento genera frustrazione nella magistratura, nell'amministrazione della giustizia penale e nelle asserite vittime; ma occorre tener conto che il protrarsi del procedimento comporta pure un ulteriore costo in termini di sofferenza e dispendio di energie dell'imputato.

Neppure il codice Rocco, in pieno regime fascista, era arrivato a sancire il primato dell'interesse statale e collettivo alla 'difesa sociale' fino al punto di bloccare la prescrizione dopo qualunque sentenza di primo grado. Eppure quel codice ha tenuto conto dei tempi del procedimento

penale, come ho accennato, prevedendo cause di sospensione e di interruzione del corso della prescrizione.

Quella disciplina teneva conto, in particolare mediante le cause interruttive, proprio del 'ravvivarsi' dell'interesse statale all'accertamento della responsabilità penale: ma non assolutizzava tale interesse bloccando il decorso della prescrizione, ed in particolare teneva conto di un dato che viene, invece, dimenticato dai sostenitori della riforma Bonafede. L'interesse statale all'accertamento, infatti, non è dato una volta per tutte, con la sentenza di primo grado; ma, al contrario, viene confermato o smentito dalla successiva attività processuale. Il tempo del procedimento penale non è un *continuum*, ma una successione di atti, tra i quali possono trascorrere lunghe inerzie. Non è certo una manifestazione di interesse statale all'accertamento il tempo perso per mesi e mesi nella trasmissione di un fascicolo o nella fissazione di un'udienza!

L'ipostatizzazione dell'interesse statale, nonostante l'inerzia e la lentezza del processo in fase di appello - dovuta anche al sovraccarico di procedimenti o a carenze organizzative - equivale al messaggio per cui l'imputato deve rassegnarsi al prevalere di quell'interesse ed alla propria soggezione al processo, con tutto il suo carico di angoscia; deve lasciar lavorare la macchina processuale, durasse anche all'infinito, o attendere per anni che riprenda il suo corso. Ma tutto questo, si perdoni l'ovvietà, è Kafka.

A sostegno della riforma si è invocato l'argomento comparatistico secondo cui una soluzione simile è adottata in altri Paesi, come ad esempio la Germania. Sul piano del metodo, si può replicare sinteticamente, per ragioni di spazio: la Costituzione prevale sulla comparazione tra leggi ordinarie. Se, ad esempio, in alcuni Paesi si esegue la condanna a pena detentiva dopo la sentenza di primo grado, la nostra Costituzione invece lo vieta, per una elementare ragione di civiltà! Nel merito, è stato condivisibilmente rilevato che la disciplina tedesca è dovuta a peculiarità storiche, relative al rischio di prescrizione di crimini nazisti; e va comunque rilevato che la legittimità costituzionale della disciplina vigente in quel Paese è controversa.

Un ultimo cenno va fatto al corollario della tesi fin qui sottoposta a critica - sostenuto anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU - se-

condo cui all'eccessiva durata del procedimento penale eventualmente conseguente al blocco della prescrizione potrebbe farsi fronte mediante indennizzi o, magari, applicando, in caso di condanna, una pena diminuita. La funzione costituzionale della pena, il diritto di difesa, il diritto ad un giusto processo sarebbero dunque principi violabili; pagando, s'intende. Ma una pena, seppure diminuita, contraria alla sua funzione costituzionalmente imposta ed inflitta in un processo ingiusto rimane illegittima: i principi e le garanzie individuali costituzionalmente sancite non sono negoziabili, non si 'barattano'.

Nel complesso, le recenti riforme si presentano dunque come risposte illegittime e fuorvianti – oltre che di incerta efficacia: ad esempio, la prospettiva di un processo infinito potrebbe addirittura incentivare l'impugnazione della sentenza di condanna - a problemi strutturali della disciplina della prescrizione e, più ampiamente, del sistema penale; essi andrebbero affrontati sulla base di una visione politico-criminale complessiva, costituzionalmente orientata, e non in maniera emergenziale e con inquietanti risvolti autoritari, come purtroppo continua ad accadere.

LA STORIA (E I PROTAGONISTI) DI UNA GIURISPRUDENZA CREATIVA. DALLA DISAPPLICAZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO ALLA DISAPPLICAZIONE DELLA FATTISPECIE INCRIMINATRICE¹

Giovanni Cocco

0. *Prologo. Il re è nudo.*

I recenti gravissimi scandali che hanno investito la magistratura nelle procedure di attribuzione di compiti di responsabilità - sui quali il giudizio culturale non ha bisogno certo di attendere gli esiti processuali penali, trattandosi del ruolo che la magistratura ha e di cui viene accreditata o si accredita nello stato di diritto - non sono direttamente riferibili alla attività giurisdizionale. Tuttavia, sono ben noti e da decenni i limiti e i pericoli della attività dei gruppi organizzati - nati come movimenti ideali ma mai del tutto, come in tutte le vicende umane intrecciandosi con le ambizioni e i limiti culturali individuali - che hanno un ruolo importante all'interno della vita della magistratura e non si possono di per sé dire del tutto estranei alla attività giurisdizionale perché certo gli uomini non possono dividersi in due, da una parte il giudice o il pubblico ministero, dall'altra il magistrato impegnato nella propria carriera e nella vita associativa. Non sono, del resto, mancate teorizzazioni del ruolo politico della magistratura e pratiche che le hanno attuate. Nemmeno è mancato chi, in sede politica, ha affidato alla magistratura italiana in diversi recenti momenti storici la soluzione dei problemi del governo del Paese. Così come in letteratura si è "scoperto" il ruolo "creativo" del giudice, finendo per fiancheggiare ambizioni "politiche" e "corporative" del tutto estranee al nostro sistema costituzionale.

Negli ultimi anni, d'altro canto, il ruolo sempre più importante delle Corti europee ha addirittura fatto apparire centrale il ruolo della giurisprudenza nella elaborazione del diritto, fino alla teorizzazione del diritto dei giudici, coperto pudicamente con l'espressione diritto dei giuristi, contrapposto al "mito" della legge penale.

Ho sempre duramente respinto tali posizioni, non solo tecnicamente erranee ma costituzionalmente inaccettabili e politicamente disastrose,

¹ Lo scritto, qui pubblicato senza note per ragioni di brevità, verrà pubblicato successivamente in rivista con note.

il cui presupposto è in effetti l'ingenua credenza che il giudice italiano vincitore di concorso o quello europeo nominato dai governi siano gli interpreti qualificati dello spirito del tempo e, dunque, legittimati a creare diritto, legge o quel che si vuole.

Ma ora "il re è nudo": i limiti della magistratura associata e personali dei magistrati emergono nella loro dirompente crudezza e con essi un concreto pericolo per lo stesso corretto svolgimento dell'attività giurisdizionale. I quali però non cambiano il mio giudizio sull'esercizio della giurisdizione in Italia - cautamente positivo per molteplici ragioni qui non analizzabili, salvo evidenziare che tra i magistrati vi è stata una significativa resistenza alla occupazione correntizia della giurisdizione - che scontava già la conoscenza dal di dentro delle problematiche emerse ora all'esterno in tutta la loro gravità e, comunque, la necessità di mettere astrattamente in conto una siffatta situazione, immutata e immutabile come la natura umana: è sufficiente leggerci i grandi illuministi per avere chiaro il carattere universale e permanente dei limiti dei giudici.

Tali limiti obbligano, tuttavia, tra l'altro, ad un mutamento metodologico nello studio della giurisprudenza, vale a dire l'introduzione o una migliore delineazione, da giuristi e non da sociologi o filosofi, dell'analisi degli indirizzi giurisprudenziali che siano portatori del germe del superamento dei limiti della legge quale espressione di scelte politico-criminali dei giudici, singolarmente o in gruppi politicamente orientati, foss'anche dell'insieme della magistratura che si trasformasse in un centro di elaborazione politica. Insomma, quel tipo di analisi a cui anche i giuristi continentali sono abituati con riferimento, ad esempio, agli indirizzi della Corte Suprema U.S.A., con lo specifico obiettivo nel nostro caso di ricondurre l'attività interpretativa giurisprudenziale alla soggezione alla legge, come imposto dal nostro ordinamento costituzionale, e liberarla dalle dette interferenze.

Un tema strategico per gli importanti principi coinvolti che merita di essere oggetto dell'analisi proposta è costituito dal rilievo della legittimità dell'atto amministrativo elemento della fattispecie penale incriminatrice, cui è dedicato questo scritto, per rilevare come una significativa componente della giurisprudenza in materia sia attestata, è il caso di dire, su una visione del ruolo giudice penale quale interprete delle necessità

di tutela di settori della vita in comune e dunque quale protagonista delle scelte di politica criminale, sulla scorta di una sorta di trasmissione culturale di ormai datate posizioni di persone e gruppi all'interno della magistratura. Trasmissione culturale estranea al ruolo del precedente giudiziale ed impermeabile all'affermarsi dei principi di legalità e colpevolezza nella giurisprudenza costituzionale nazionale e nelle Corti europee, nonché nella stessa giurisprudenza di legittimità in differenti settori del diritto penale.

1. Dal giudice penale garante della legittimità degli atti amministrativi a quello guardiano delle libertà individuali (le Sezioni Unite Giordano).

Trent'anni fa nella letteratura e nella giurisprudenza penale agonizzava l'istituto della c.d. *disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo*, ovvero l'affermazione del potere-dovere del giudice penale di valutare la legittimità e, in caso di esito negativo, di disapplicare l'atto amministrativo, cioè ritenerlo inesistente. Istituto che si faceva derivare dalla vigenza anche in sede penale del limite all'*applicazione* dell'atto amministrativo quando elemento della fattispecie penale, positivo o negativo, costituito dalla sua legittimità, in forza dell'art. 5, all. E, legge 20.3.1865, n. 2248 "sulla abolizione del contenzioso amministrativo" (l. cont. amm.), letto nel senso di pretendere sempre, anche in sede penale e non solo civile, la legittimità degli atti amministrativi. In particolare, con l'effetto della irrilevanza della previsione espressa della legittimità della autorizzazione amministrativa o di atti equivalenti nelle fattispecie incriminatrici sanzionanti attività effettuate in sua assenza, in quanto tale parola sarebbe stata inserita una volta per tutte dall'art. 5 citato.

Malgrado l'antico riferimento normativo, in realtà - come rilevai in una ampia indagine in materia - del riferimento all'istituto della disapplicazione in materia penale si aveva un apprezzabile riscontro solo nella giurisprudenza penale del secondo dopoguerra, con intenti, anche espliciti, di assoggettare ad un totale controllo del giudice penale l'attività amministrativa, in particolare in materia edilizia ma anche in materia ambientale, a fronte del diffondersi di corruzione, speculazione edilizia e abusivismo edilizio in quell'Italia. Venne infatti a formarsi, di pari passo con la nascita di una magistratura attenta ai fenomeni sociali, una

giurisprudenza penale, in una prima fase specialmente pretorile, decisa a contrastare il fenomeno con ogni strumento giuridico, in particolare effettuando una pregnante verifica sulla legittimità delle “licenze comunali” autorizzanti l’attività edilizia, il cui rilascio illegittimo era ritenuto lo snodo centrale della collusione tra pubblica autorità e interessi privati non facilmente di per sé provabile, con una attività così pubblicamente significativa da essere coniato per i giudici in questione l’appellativo giornalistico di *pretori d’assalto*.

Il dato è essenziale per comprendere le radici della persistente pretesa nella maggioranza della giurisprudenza di legittimità (peraltro per mano di un numero limitatissimo di giudici) di un controllo pressoché totale, comunque svincolato da rigorosi parametri, sulla legittimità dell’attività edilizia anche con riferimento a quella autorizzata dalla pubblica amministrazione competente, evidentemente in un contesto politico-amministrativo che non appare significativamente mutato.

Senonché, in un momento storico particolarmente fecondo per l’affermazione dei principi penalistici liberali, vi fu un importante intervento correttivo sulla valenza generalizzata della c.d. disapplicazione in sede penale da parte delle Sezioni Unite 31.1.1987, Giordano, che ancora costituiscono a rigore l’unico precedente di rango elevato concernente le fattispecie che sanzionano l’attività edilizia senza permesso (già concessione) della pubblica amministrazione.

Le Sezioni Unite Giordano limitano la rilevanza in sede penale dell’art. 5, l. cont. amm., alla sola ipotesi in cui l’atto amministrativo leda diritti soggettivi con lo scopo di «salvaguardare, nella scelta dei criteri di individuazione della giurisdizione, il principio della tutela esclusiva dei diritti soggettivi da parte del giudice ordinario, quale garanzia assoluta di libertà, con la determinazione di specifiche regole atte a salvaguardare, da un lato, il concreto esercizio del potere giurisdizionale e, dall’altro, l’attività della pubblica amministrazione». Pertanto, escludono il potere di disapplicazione *in malam partem*, cioè con riguardo a quegli atti amministrativi che non comportino lesione di diritti soggettivi ma rimuovano un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni, etc.) o addirittura li costituiscano (concessioni). D’altra parte, affermano che i comandi e divieti dell’autorità possono concretare ingiuste restrizioni della libertà individuale anche senza ledere posizioni soggettive di diritti-

ti perfetti - cioè al di fuori del potere di disapplicazione del giudice ordinario quale giudice dei diritti *ex artt. 4 e 5, l. cont. amm.* - e pertanto giustificano la necessità della previsione esplicita della *legittimità* dell'atto amministrativo in norme quali l'art. 650 c.p. in quanto posta a garantire anche posizioni di interesse semplice, che non lo sarebbe laddove sussistesse un potere generale di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario fondato sull'art. 5 *cit.*

Concludono, pertanto, che in assenza di lesione di diritti soggettivi non sussiste il potere di disapplicazione *ex artt. 4 e 5, l. cont. amm.*, pur potendo il giudice penale anche in tali casi attribuire rilevanza alla illegalità dell'atto amministrativo qualora «si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa».

Con riguardo alla specifica fattispecie incriminatrice *sub iudice* dell'attività edilizia senza concessione (ora permesso) - prevista allora dall'art. 17, lett. b), l. n. 10/1977, e rimasta immutata sino ai giorni nostri, per cui sarà individuata d'ora in poi *tout court* con riferimento alla lett. b) - secondo le Sezioni Unite Giordano la estensione alla attività edilizia effettuata con concessione illegittima della sanzione penale richiede che ad essere tutelato sia l'interesse alla osservanza delle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'attività edilizia, contrariamente al costante orientamento della giurisprudenza di legittimità e di quella costituzionale del tempo, per le quali il bene tutelato dalla contravvenzione in questione è la riserva in mano pubblica della facoltà di governo del territorio comunale e non l'assetto territoriale stesso oggetto di pianificazione.

Queste ultime asserzioni, però, mettono in secondo piano quanto in precedenza affermato dalle stesse Sezioni Unite Giordano e riconoscono in definitiva il ruolo esclusivo che assume nella materia il tenore letterale e il bene tutelato dalla specifica fattispecie incriminatrice, contraddicendo l'attribuzione di una generale funzione integratrice - seppure esclusivamente *in bonam partem* con riferimento alla salvaguardia dei diritti soggettivi - alle citate previsioni della legge sulla abolizione del contenzioso amministrativo. In effetti, solo un inquadramento in un contesto culturale garantista consente di comprendere appieno il significato dei principi posti dalle Sezioni Unite Giordano, in cui sembra udirsi l'eco del principio costituzionale francese (art. 66) del giudice penale «gardienne

de la liberté individuelle» e dell'uso di tale principio fatto dalla giurisprudenza penale francese con riguardo alla materia in esame.

2. La giurisdizione piena del giudice penale quale pendant processuale della autonomia del diritto penale.

Pur nella apprezzabile resistenza liberale ad istanze pan-penalistiche presenti nella giurisprudenza dell'epoca e mai sopite a tutt'oggi, anche i principi affermati dalle Sezioni Unite Giordano in materia di atti amministrativi non raggiungono il traguardo della piena affermazione dei principi di autonomia del diritto penale, *extrema ratio*-frammentarietà e legalità-tassatività, con il corollario processuale della giurisdizione piena del giudice penale.

Va, infatti, precisato che il reato consta sempre ed esclusivamente di elementi penalistici perché fatti propri dal diritto penale, anche quando alcuni elementi siano ricevuti da altri settori dell'ordinamento giuridico, nei cui confronti al diritto penale non può essere attribuito alcun ruolo sanzionatorio o complementare. Pertanto, occorre affermare anche nella materia i principi propri del diritto penale, tra i quali non vi è spazio per regolamentazioni speciali dettate dall'art. 5, l. cont. amm.: in vero, il giudice penale quando accerta la sussistenza della condotta di inosservanza di un ordine o di inadempimento di una prescrizione amministrativa, così come quando accerta l'espletamento di determinate attività senza la richiesta autorizzazione, non *applica* un atto amministrativo ma sussume un fatto storico nella fattispecie incriminatrice. La presenza o meno di autorizzazioni, ordini, prescrizioni o qualunque altro atto amministrativo, costituenti un elemento della fattispecie penale, positivo o negativo, rappresenta una componente del fatto storico di cui occorre verificare la corrispondenza agli elementi costitutivi della fattispecie penale.

Con la peculiarità che si tratta di elementi che rinviano ad uno schema prefissato da norme amministrative, il che impone di determinare in quale misura la conformità a tale schema condizioni l'apporto dato dall'elemento alla fattispecie penale; solo in tali termini si può parlare, pertanto, di rilevanza di "legittimità" o "validità" dell'atto amministrativo nella fattispecie penale. Al centro dell'accertamento in sede penale deve dunque essere posto il fatto considerato nella sua materialità, indipendentemen-

te dalle sue qualificazioni giuridiche, in ragione del quale si può anche «sorvolare su quei vizi che non conducono palesemente alla distruzione dell'atto e così ... riconoscere sufficiente la situazione di fatto come fattore costitutivo del reato». In questa prospettiva illegittimità, nullità e persino inesistenza (in senso giuridico) dell'atto secondo gli ordinamenti extrapenalici perdono di significato nell'ambito penale, dove qualsiasi approccio al problema che prescindendo dalla fattispecie tipica per affermare una generale rilevanza della legittimità dell'atto amministrativo oppure per negarla, quando anche solo con riferimento agli atti ampliativi e a quelli individuali, è destinato a scontrarsi con il principio di legalità.

Sul versante processuale l'autonomia del diritto penale così delineata richiama il tema delle cc. dd. *questioni pregiudiziali*, anche perché il rinvio ad esso pare implicito in tutti i ragionamenti che si fronteggiano nella materia, infatti il presupposto logico-giuridico sia delle tesi che fondano sull'art. 5, l. cont. amm., un principio generale che attribuisce al giudice penale il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi sia delle tesi che, invece, limitano tale potere agli atti amministrativi *in malam partem*, sembra essere il riconoscimento della sussistenza originaria nell'ordinamento penale (o in quello generale) di un principio che vieta al giudice penale la valutazione della legittimità degli atti amministrativi, rimettendo all'autorità amministrativa e/o alla giurisdizione amministrativa ogni valutazione al riguardo.

Tale assunto non ha però ragione d'essere nel nostro ordinamento penale e nella sua storia, in cui le pregiudiziali hanno sempre avuto un limitato spazio, tanto che, in assenza di specifiche fonti normative, si fa riferimento alla *separazione dei poteri* per effettuare un ragionamento non impostato in termini positivi sui poteri del giudice penale, bensì in negativo sulla sfera più o meno ampia dei poteri del giudice penale facenti breccia ad essa. A cui segue la ricerca dei *necessari* riferimenti normativi, che si individuano storicamente nella legge sulla abolizione del contenzioso amministrativo e nelle previsioni penali che si riferiscono alla legittimità dell'atto amministrativo, su cui fondare il superamento dei limiti posti dalla presupposta cd. *separazione dei poteri*, senza che, peraltro, si sia mai posta adeguata attenzione alla individuazione del fondamento dogmatico e del significato di quest'ultimo principio in sede penale, che solo in quanto effettivamente esistente nei termini proposti potrebbe dirsi derogato o puntualizzato dall'art. 5, l. cont. amm..

La riforma del codice di procedura penale del 1988 offre una chiara prova del limitato ruolo delle cc. dd. *questioni pregiudiziali* ponendo fin dalle prime previsioni il principio che regola la cognizione del giudice penale: «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito» (art. 2, n. 1 c. p. p.), vale a dire il principio della autonoma e piena cognizione del giudice penale in ordine alla risoluzione delle questioni dalle quali dipende la decisione. Si afferma al riguardo che la giurisdizione penale è una giurisdizione autosufficiente, nel senso che giudica autonomamente su tutte le questioni strumentali alla pronuncia finale, per soddisfare la esigenza di massima semplificazione e speditezza nello svolgimento dei processi. Ma a tale fondamento, a mio avviso, debbono aggiungersi decisive ragioni sostanziali, in ultima analisi ricollegabili alla stessa difficoltà di concepire in sede penale, anche astrattamente, questioni pregiudiziali propriamente dette: la questione di quale atto amministrativo integri la fattispecie penale non solo è di competenza del giudice penale, ma non può essere altrimenti valutata dal giudice amministrativo perché i contorni che delineano l'atto amministrativo penalisticamente rilevante, che si voglia legittimo o illegittimo, esistente o inesistente, sono del tutto autonome rispetto agli elementi costitutivi e ai vizi dell'atto di tipo amministrativo. Ciò fa anche ritenere che in sede di elaborazione della dogmatica penalistica in materia debba farsi riferimento, non distintamente agli atti amministrativi, civili, etc., ma unitariamente a tutti gli atti extrapenalistici costituenti un elemento normativo della fattispecie, con riguardo a cui le questioni relative a "esistenza" e "validità" (che è poi la stessa cosa) in sede penale sono essenzialmente identiche coinvolgendo tutti gli strumenti tipici della interpretazione della fattispecie incriminatrice.

A tal fine assume certamente un ruolo centrale l'individuazione del bene giuridico tutelato, che consente di cogliere nella fattispecie oggettiva e nei singoli elementi che la compongono i requisiti idonei ad esprimere un rapporto di contrarietà tra elemento oggettivo del reato e bene tutelato. La funzione interpretativa del bene giuridico assume in tale contesto tutto il suo rilievo: la rilevanza penale dell'atto amministrativo (o civile) va limitata al substrato di fatto necessario e sufficiente, in combinazione con gli altri elementi che connotano la figura criminosa, per la integrazione della offesa del bene tutelato, ovvero, se elemento costitutivo di segno negativo, per l'esclusione di tale offesa.

Nell'ordinamento penale perché sussista l'elemento di fattispecie integrato da un atto amministrativo, civile, etc., può essere sufficiente la presenza di un minimo di conformità allo schema normativo del settore di origine. In generale può, infatti, osservarsi che raramente un ordinamento richiede la conformità completa dell'atto alla norma per la produzione degli effetti giuridici ad esso tipici, potendosi invece solo distinguere un diverso grado di produttività di tali effetti a seconda del grado di conformità, salvo che si tratti di atti giuridicamente inesistenti o nulli, e quel minimo di conformità può ben variare a seconda dell'ordinamento in cui l'atto deve produrre effetti: si considerino, ad esempio, la possibilità della *conversione* dei negozi giuridici, particolarmente significativa quella degli atti di diritto pubblico in atti di diritto privato, e la diversa influenza delle scriminanti nei vari settori dell'ordinamento. Ne consegue la *relatività* dei vizi dell'atto amministrativo rilevanti in sede penale, come d'altra parte deve escludersi la totale equiparazione sempre e comunque dell'atto amministrativo viziato all'atto amministrativo esistente; dovendosi invece stabilire, con riguardo a ciascuna fattispecie, il grado di rilevanza penale dei vizi degli atti amministrativi, in particolare accertando «se l'illegittimità dell'atto amministrativo rientri o non rientri nel carattere lesivo dell'atto incriminato, se essa partecipi nel sindacato lesivo del fatto che è oggetto dell'incriminazione, se essa rientri tra i presupposti dell'incriminazione». E può anche aversi un mutamento di contenuto del significato dello stesso termine assunto da una legge di diversa natura per la tendenza del diritto penale a considerare decisive le situazioni di fatto, anche se prive del necessario crisma giuridico. Principi consolidati in Italia ben prima che per la "lotta" all'abusivismo edilizio si attribuisse nuova vita all'ottocentesca legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo.

Ne consegue *logicamente* che «la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo» (art. 2, n. 2, c. p. p.).

Insomma, il giudice penale deve valutare la *validità* o *legittimità* dell'atto amministrativo quando e nei limiti in cui ciò sia richiesto dalla fattispecie incriminatrice o, meglio, deve valutare la sussistenza dei caratteri essenziali dell'atto amministrativo che lo rendano conforme all'elemento della fattispecie penale, tenendo ben presente che anche il contenuto di *validità* o *legittimità*, e non solo la rilevanza, va determinato alla luce

del tenore letterale della specifica previsione incriminatrice e dal bene giuridico tutelato ricavato dalla stessa.

Pertanto, non vi sono motivi per discostarsi dalla definizione della natura della operazione decisoria in materia penale anche quando il giudice debba valutare della “legittimità” di un provvedimento amministrativo, ovvero, più precisamente, valutare la presenza dei requisiti che ne fanno affermare l’esistenza in sede penale,; operazione sempre ed esclusivamente costituita dall’accertamento della sussistenza di tutti gli elementi della fattispecie incriminatrice secondo il tipico procedimento di accertamento e di riconduzione del fatto concreto alla previsione normativa.

3. L’adesione formale al principio della pienezza di giurisdizione che avvia un indirizzo creativo sulla base di scelte politico-criminali dei giudici (le Sezioni Unite Borgia).

Formalmente seguirono siffatta impostazione le Sezioni Unite 12.11.1993, Borgia, osservando che la questione esaminata, relativa alla configurabilità, pur in presenza di concessione (ora permesso), della fattispecie di cui all’art. 20, lett. a), l. n. 47/1985 - ben differente come struttura dalla seguente lett. b), esaminata quale modello in questa indagine - non concerne tanto la problematica della cd. *disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, quanto l’ambito di operatività della previsione e, in particolare, il significato che assumono nella fattispecie le violazioni degli strumenti urbanistici e del regolamento edilizio in caso di opere eseguite in forza di concessione edilizia. Afferma, infatti, la sentenza Borgia che la previsione sub lett. a) costituisce *una norma penale in bianco* il cui precetto viene riempito da dati prescrittivi, tecnici e provvedimentali di fonte extrapenale, insomma: gli strumenti urbanistici (in particolar modo le norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale), il regolamento edilizio e la concessione edilizia rappresentano l’organico parametro per l’accertamento della liceità penale o meno dell’opera edilizia. Ne fa conseguire che l’accertamento della integrazione della fattispecie *sub* lett. a), richiede la esatta e concreta verifica tra opera realizzata - con riguardo anche alla sua funzione, oltre che alle caratteristiche fisiche, strutturali, planivolumetriche e tipologiche - e fattispecie legale, quale descrittivamente risulta dagli indicati elementi

extrapenali, di natura amministrativa. Per l'effetto, in caso di violazione degli strumenti normativi urbanistici ovvero delle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale sussiste il reato in questione anche in presenza della concessione edilizia (ora permesso di costruire), senza che rilevi il riferimento all'art. 5, l. cont. amm., in quanto tale conclusione trova fondamento nella esplicita previsione normativa, «la quale postula la potestà del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata». «Al giudice penale non è affidato, in definitiva - affermano le Sezioni Unite Borgia - alcun c. d. sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia), ma - nell'esercizio della potestà penale - è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguita o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che la fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo».

Peraltro, la sentenza opportunamente precisa che, per la presunzione di legittimità degli atti amministrativi e per l'esigenza di certezza e salvezza dei rapporti giuridici che da essi derivano, deve comunque escludersi l'elemento soggettivo della detta contravvenzione quando le violazioni delle norme urbanistiche in presenza di concessione edilizia non siano grossolane o macroscopiche.

Si tratta di un percorso inappuntabile per quanto qui interessa, ancorché la stessa definizione di norma penale in bianco evidenzii le problematiche, non ulteriormente analizzabili, della violazione sia del principio di riserva di legge sia del principio di determinatezza e connoti la sentenza come espressione di un indirizzo politico-criminale non particolarmente sensibile ai principi del diritto penale liberale.

Però la sentenza Borgia è interessante dal punto di vista di uno studio sulla giurisprudenza per tutt'altre ragioni, ovvero sia per l'uso improprio che se ne fa a tutt'oggi quale precedente in tema di fattispecie sub lett. b), pur concernendo la fattispecie *sub* lett. a) dal tenore letterale e funzione sistematica chiaramente differenti, sia perché di tale uso è responsabile la volontà espressa tra le righe della stessa sentenza Borgia di dare il via ad uno specifico indirizzo politico-criminale avente un oggetto più ampio della questione al suo esame. A tal fine, infatti, è funzionale la scorretta individuazione di un bene giuridico perseguito dalla

legge n. 47/1985 nel suo insieme - che rappresenta la pretesa di coglierne l'indirizzo politico ma che nulla ha a che fare con la nozione di bene giuridico quale limite al legislatore e all'interprete, ignorata dalla cultura giuridica ivi espressa - dovuta al relatore della decisione che, andando al di là dell'oggetto del giudizio, aveva evidentemente l'obiettivo del tutto oltrepassante i limiti del valore del precedente e lo stesso ruolo costituzionalmente riconoscibile alla giurisprudenza, di determinare la successiva lettura giurisprudenziale di tutti i reati edilizi in senso estensivo rispetto al tenore letterale della previsione di ciascuno.

Lo conferma l'evidenza che all'origine del nuovo indirizzo interpretativo vi è la affermazione dello stesso relatore, in uno scritto appena precedente la nota decisione della Consulta n. 364/1988, che i mutamenti intervenuti con la legge n. 47/1985, in particolare con le previsioni degli artt. 6 e 13, determinano la sanzione penale ai sensi dell'art. 20 lett. b), l. n. 47/1985, che succede all'art. 17, lett. b), l. n. 10/1977, anche della esecuzione di opere edilizie a seguito del rilascio di una concessione non conforme agli strumenti urbanistici, senza che al contempo il responsabile dell'attività possa addurre a discolta l'affidamento basato sulla concessione e la relativa *buona fede*.

Si comprende, dunque, il rilievo attribuito in questo studio, nell'esame della giurisprudenza, diversamente dalla tradizione scientifica italiana, non priva di lacune e opportunismi, al ruolo rivestito dall'impostazione politico-criminale degli autori delle decisioni, il quale solo consente di spiegare l'utilizzazione delle Sezioni Unite Borgia fino alla giurisprudenza più recente con riferimento alla fattispecie di cui alla lett. b), fuori dal valore riconosciuto al precedente e per canali paralleli di condivisione culturale personale dei giudici. Impostazione che può esprimersi con la subordinazione senza alcun bilanciamento - se non caso per caso - dei principi posti a garanzie delle libertà dei cittadini alle regole poste a tutela del territorio. Mentre proprio il limitato oggetto della sentenza Borgia avrebbe dovuto indirizzare, secondo un corretto uso del precedente, esclusivamente verso l'applicabilità della lett. a) per il caso delle opere conformi alla concessione (permesso) ma difformi dalla normativa urbanistica, fermo comunque il limite del principio di colpevolezza.

Non può, d'altra parte, assumere rilievo con riferimento alla fattispecie sub lett. b) nemmeno la decisione delle Sezioni Unite 21.10.1992, Molina-

ri, invocata anch'essa impropriamente quale precedente dall'indirizzo criticato. La quale afferma «l'autonomia della tutela penale rispetto alla sfera provvedimentale riservata alla pubblica amministrazione ed, in conseguenza, il potere del giudice penale di accertare la corrispondenza tra fattispecie reale e fattispecie legale indipendentemente da ogni valutazione della p. a.», con la motivazione che «l'originario orientamento giurisprudenziale sopra richiamato [Sezioni Unite Giordano] non teneva conto della considerazione che il limite posto dall'art. 4 l. n. 2248 del 1865, all. E al sindacato di legittimità dell'atto amministrativo lesivo di diritti soggettivi, da parte del giudice ordinario, non può che riguardare il giudice civile, non quello penale, dato che solo la giurisdizione del primo, non anche quella del secondo, è caratterizzata da - ed attinente a - situazioni giuridiche di diritto soggettivo. Il giudice penale non dirime controversie aventi ad oggetto situazioni di diritto soggettivo; egli è preposto alla valutazione della liceità, sotto il profilo della conformità della legge penale, della condotta degli imputati». Da cui trae la conclusione che «di fronte, dunque, ad un comportamento che si assuma essere penalmente lecito perché conforme a provvedimento dell'autorità amministrativa il giudice penale ha potestà di esaminare incidentalmente la legittimità dell'atto amministrativo sotto ogni profilo e di disapplicarlo, se illegittimo». Va, infatti, evidenziato che se, da un lato, attribuire a quest'ultima affermazione valenza di principio generale è evidentemente scorretto perché non tiene conto della specifica strutturazione di ciascuna fattispecie incriminatrice, dall'altro essa si spiega perché ha ad oggetto la previsione di cui all'art. 734 c. p., strutturata come fattispecie di danno, alla cui configurazione è del tutto estranea la presenza o meno di una autorizzazione amministrativa, semmai rilevante come scriminante o scusante, fattispecie la cui integrazione il giudice penale accerta pertanto in assoluta autonomia riguardo all'eventuale interferenza di atti amministrativi, esercitando i suoi peculiari poteri.

4. La pienezza di giurisdizione è correlata al principio di legalità e all'obbligo costituzionale di interpretazione restrittiva.

A seguito delle Sezioni Unite Borgia si è verificato in giurisprudenza un mero, quanto repentino, mutamento di etichettatura, abbandonando il riferimento alla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo e aderendo nominalmente alla pur corretta tesi della *giurisdizione piena*

del giudice penale, per ribadire un controllo totale da parte del giudice penale sulla legittimità delle concessioni edilizie con riferimento alla fattispecie di cui alla lett. b) disattendendone il chiaro tenore letterale.

L'argomento che fonda il nuovo corso è l'affermazione del mutamento del bene giuridico tutelato dall'intero complesso normativo della legge n. 47/1985, ovvero del suo indirizzo politico, comodo strumento che potrebbe giustificare qualsiasi operazione distorsiva del contenuto delle fattispecie incriminatrici, attingendo ai generici scopi delle legislazioni che le contengano.

Va, per contro, sottolineata la necessità di mettere in relazione il principio processuale della pienezza di giurisdizione con l'*autonomia* del diritto penale rispetto agli altri settori dell'ordinamento, di cui è un corollario come già evidenziato, con il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge e con i caposaldi del diritto penale liberale sanciti dalla Costituzione, costituiti dai principi di *extrema ratio*, in unione a frammentarietà, e di sussidiarietà, ai quali è collegato per forti vincoli culturali il significato di chiara impronta liberale del concetto di bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, che ne è espressione e concorre a definirli. Principi del tutto oscurati dall'indirizzo giurisprudenziale in questione, che li considera evidentemente tutti insignificanti rispetto all'obiettivo politico individuato nelle norme in materia di territorio.

Detta giurisprudenza, infatti, utilizza il detto principio processuale nella opposta prospettiva, che identifica l'illecito penale con la violazione delle norme amministrative, al fine di lotta all'abusivismo edilizio con ogni mezzo, che la rendono indifferente rispetto alle forti affermazioni - vieppiù sviluppatesi negli ultimi decenni - dei principi di legalità e di colpevolezza da parte della Corte costituzionale italiana.

Particolarmente significativa al riguardo, perché concerne la materia edilizia, è la fondamentale sentenza della Corte costituzionale 2.3.1988, n. 364, la quale, riformulando l'art. 5 del codice penale in materia di rilevanza scusante della ignoranza inevitabile della legge penale, offre precise chiavi di lettura sotto il profilo della rilevanza scusante delle *erronee assicurazioni* di persone istituzionalmente destinate a giudicare sui fatti da realizzare, nel cui ambito possono senz'altro annoverarsi

le autorizzazioni amministrative, evidenziando che la possibilità di conoscere la norma penale ha «un autonomo ruolo nella determinazione dei requisiti subiettivi d'imputazione costituzionalmente richiesti», in quanto tale possibilità costituisce presupposto della rimproverabilità del fatto. Nonché sotto il profilo della costituzionalizzazione dei principi di *tassatività* e di *irretroattività* delle norme penali incriminatrici, attraverso cui passa la garanzia per i cittadini, con la possibilità di conoscenza delle stesse norme, della sicurezza giuridica delle libere scelte d'azione.

Su queste solide basi, il ruolo del principio di riserva di legge parlamentare è di recente riaffermato dalla Corte costituzionale, ord. n. 24/2017, come «tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri [dell'UE] di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo della legge approvata dal Parlamento ...» (anche Corte cost. n. 115/2018).

Si tratta di principi che trovano conferma, d'altro canto, nei principi di accessibilità e di prevedibilità affermati dalla Corte edu che sostanzialmente compendiano i principi di legalità e di colpevolezza, ovvero della necessità in materia penale, per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena, di una base legale accessibile cosicché le conseguenze sanzionatorie del proprio comportamento siano prevedibili, in applicazione della previsione del *principio di legalità dei delitti e delle pene* contenuta nell'art. 7, co. 1 Cedu, intestato *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Il principio di legalità ex art. 7, co. 1 Cedu, infatti, sancisce «in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro». Consacra, dunque, il principio di determinatezza/tassatività (o *precisione/charezza* nella formulazione della norma), il quale - dovendo tenere conto degli ordinamenti giuridici di tutti gli stati firmatari, alcuni di *Common law* e dunque fondati sul diritto giurisprudenziale e sulla forza vincolante dei precedenti giudiziali (principio dello *Stare decisis*) - è soddisfatto quando il cittadino possa conoscere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'ausilio della interpretazione giudiziale e se del caso con l'ausilio di esperti, quali azioni o omissioni comportino la sua responsabilità penale e in quali pene incorrerà, ma

certo non elide il significato di necessità del riferimento alla lettera della legge, per cui l'inosservanza di quest'ultima ben può opporsi anche a un consolidato orientamento giurisprudenziale.

Sussiste, dunque, un chiaro precetto costituzionale ed euroumanitario, variamente denominato a seconda dei vari profili che si vogliono sottolineare di determinatezza o di tassatività, espressioni spesso usate alternativamente come sinonimi anche nella giurisprudenza costituzionale, sebbene al principio di tassatività sia comunemente attribuito lo specifico significato di vietare al giudice l'applicazione della legge penale oltre i casi espressamente previsti, che si vuole sostanzialmente coincidente con il divieto di analogia *in malam partem* (o sfavorevole), ma va esteso anche all'interpretazione estensiva, come affermato anche dalla Corte edu. Va, infatti, sottolineato che la Carta costituzionale afferma la soggezione del giudice alla legge, la quale, mantenuta nella sua absolutezza quale principio costituzionale, impone che la giurisdizione vi si adegui, cosicché ben si può affermare, in unione con il principio di legalità, «un obbligo di interpretazione restrittiva, al fine di evitare la criminalizzazione di condotte che il legislatore non ha vietato»; in altri termini, è d'obbligo la «fedeltà del giudice al testo di legge», onde evitare letture che amplino la sfera delle condotte incriminate rispetto al tenore letterale della legge o, comunque, le rendano inafferrabili al cittadino, che costituisce il problema centrale anche della specifica materia e spiega le preoccupazioni (ma non le soluzioni) evidenziate dalla giurisprudenza che distingue tra disapplicazione *in bonam* ed *in malam partem*.

Mentre, il principio di determinatezza, anche detto di precisione, costituisce un necessario affinamento del principio di legalità e nella specifica prospettiva dei sistemi di legalità formale si pone quale complemento della riserva di legge, che altrimenti non potrebbe impedire al giudice di sostituirsi al legislatore nelle scelte di incriminazione, infatti quanto più la norma è generica e ampia tanto più il potere giudiziario può sostituirsi al legislatore nelle scelte di incriminazione e assumere un ruolo creativo ed una sentenza che non possa fondarsi sulla legge non può costituire diritto giusto.

In definitiva, il principio di legalità - che non è esclusivamente collegato alla necessità di motivare direttamente il cittadino con il contenuto delle leggi, tipico delle posizioni generalpreventive - costituisce la essenziale

unitaria garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo in materia penale contro il potere statale e specialmente, per quanto qui interessa, i giudici, a cui, nelle componenti dei principi di riserva di legge, tassatività e obbligo di interpretazione restrittiva, è complessivamente rivolto a tutela della libertà del cittadino e delle sue libere scelte d'azione.

Ne vanno sottolineate anche le implicazioni sul piano del rispetto del principio di colpevolezza, a cui in effetti sembra riferirsi anche letteralmente la giurisprudenza citata della Corte edu in tema di art. 7, co. 1 Cedu. Le norme di diritto penale sostanziale «devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice».

Senonché a questa avanzata e affinamento del principio di legalità resistono, consapevolmente o meno, gli indirizzi giurisprudenziali che si ergono a garanti di interessi sostanziali senza averne alcuna investitura costituzionale e in evidente violazione del principio della soggezione del giudice alla legge, di cui esemplare è il tema approfondito.

5. La perversione dell'uso interpretativo del bene giuridico nella giurisprudenza creativa.

Sulla base di questi solidi ed insuperabili principi è inevitabile la censura dell'indirizzo maggioritario nella giurisprudenza di legittimità che applica i principi della sentenza Borgia alla più grave fattispecie della lett. b), nonché alle ipotesi di sanatoria edilizia che comportano la non punibilità dei reati edilizi e dunque hanno natura ben differente oltre ad essere diversamente costruite dalle fattispecie incriminatrici, ma sono anche differenti tra loro, e, infine, a fattispecie incriminatrici contenute in altri contesti normativi, assimilate senza alcun approfondimento della specifica previsione. Nella sostanza ribadendo con la nuova etichettatura della giurisdizione piena del giudice penale, evidentemente estranea alle conclusioni che vi si ricollegano, le datate e infondate asserzioni sul potere generale di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi in sede penale proprie della giurisprudenza d'assalto di cui abbiamo cennato, con esiti creativi inammissibili.

Si afferma infatti, come anticipato, che, sebbene le Sezioni Unite Borgia abbiano ad oggetto la sola lett. a), i principi in essa affermati hanno valore e portata generale con riguardo a tutte e tre le fattispecie previste dall'art. 20, l. n. 47/1985 (ora dall'art. 44, t.u. edilizia), a cui viene attribuito il medesimo interesse sostanziale tutelato costituito dall'integrità del territorio, che, con mutamento di prospettiva rispetto alla precedente legge del 1977, sarebbe oggetto della riforma del 1985, all'esito di quella che viene definita «una “messa a punto” del bene giuridico tutelato dalle norme penali urbanistiche».

Basta leggere i brani delle sentenze contestate che individuano il bene tutelato per avere chiara la totale fuoriuscita dai binari di un corretto discorso penalistico. Il bene protetto sarebbe: «l'attività pubblica di governo degli usi e delle trasformazioni del territorio, costituente perciò il bene oggetto della relativa tutela, bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente (Sez. U, n. 11635 del 12/11/1993, Borgia, in motiv.) e dove l'interesse al rispetto formale e strumentale del controllo dell'attività edificatoria da parte della pubblica amministrazione, inteso come bene-funzione, non definendo più interamente l'aspetto della tutela, finisce per essere assorbito dall'interesse sostanziale al rispetto dell'ordinato sviluppo del territorio in conformità allo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera eseguita o eseguita».

È chiaro, dunque, che si attribuisce il rango di bene tutelato ad una espressione generica come il “benessere complessivo della collettività e delle sue attività”, di cui ogni lesione dovrebbe essere sanzionata, senza tenere affatto conto dei limiti alla incriminazione dei principi di rango costituzionale di *extrema ratio* e sussidiarietà, che violerebbe anche un legislatore illiberale che sanzionasse penalmente ogni violazione urbanistico-edilizia, e tanto più dei principi di tassatività/determinatezza, nonché di interpretazione restrittiva, giacché la fattispecie incriminatrice non gioca alcun ruolo nella ricostruzione del bene giuridico tutelato né nella individuazione della condotta sanzionata che andrebbe individuata nella violazione del complesso della normativa urbanistico-edilizia. Sgrammaticature esemplari in materia di interpretazione di fattispecie incriminatrici invece correttamente costruite.

Né è evidente effetto la interpretazione creativa della lett. b): «l'accertamento attribuito al giudice penale, nella materia in esame, consiste nel procedere ad esatta e concreta verifica tra opera in corso di esecuzione o realizzata (con riguardo anche alla sua funzione, oltre che alle caratteristiche fisiche, strutturali, planovolumetriche e tipologiche) e fattispecie legale, quale descrittivamente risulta dagli indicati elementi extrapenalili, cioè di natura amministrativa. Sicché gli strumenti normativi urbanistici (ed in particolar modo le norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale) nonché il regolamento edilizio, la concessione edilizia (ora, permesso di costruire) costituiscono l'organico parametro per l'accertamento della liceità o meno dell'opera edilizia».

Come si vede il riferimento alla pienezza di giurisdizione del giudice penale e la individuazione del bene giuridico unico per tutte le fattispecie incriminatrici in espressioni fumose, nemmeno buone per individuare gli indirizzi politici legislativi ma certamente estranee al diritto penale, vengono utilizzati in modo strumentale come una sorta di liberazione dello stesso giudice dalla soggezione alla legge ovvero alla fattispecie incriminatrice, che ne è invece il presupposto, e il riferimento al bene giuridico da limite financo al legislatore diviene un mero artificio retorico per scardinare i principi di riserva di legge e tassatività, come evidenzia la stessa espressione utilizzata di «messa a punto del bene giuridico». Infatti, viene definito bene giuridico non l'oggetto della tutela della specifica fattispecie incriminatrice ma gli scopi perseguiti dalla legislazione urbanistico-edilizia nel suo insieme, infine costituita dalla legge n. 47/1985, con l'effetto della arbitraria assimilazione del bene giuridico specificamente tutelato ai generici obiettivi politici della normativa urbanistico-edilizia e di pretendere sempre e per qualunque fattispecie incriminatrice, con una operazione che si ascrive alle stesse Sezioni Unite Borgia, la conformità delle opere alla normativa urbanistico-edilizia. In specie, nel caso della lett. b), richiedendola come caratterizzante il concetto normativo costituito dal permesso di costruire (già concessione edilizia) contenuto nella fattispecie incriminatrice.

Il tutto condito con la lettura come statica-formale del “vecchio” bene giuridico e come dinamico-funzionale del “nuovo”, linguaggio evidentemente estraneo alla nozione e ruolo penalistico del bene giuridico preesistente e fondante, che certo non può essere “dinamico” per soddisfare lo scopo di allargare la fattispecie a piacimento.

Viene, insomma, liquidato l'unico precedente in termini costituito dalle Sezioni Unite Giordano, tecnicamente contestabile ma di orientamento costituzionale, con una nuova e arbitraria ricostruzione del bene giuridico tutelato di tipo generico e vago, utile al fine di creare una "mobile" fattispecie incriminatrice, omettendo di rilevare la perfetta identità delle fattispecie incriminatrici sub lett. b) succedutesi nel tempo e, soprattutto, la evidente diversità della scrittura delle distinte fattispecie della lett. a) e b), oltretutto inutile laddove la tutela fosse stata genericamente rivolta alla regolamentazione della attività edificatoria *tout court* e non a specifici ben giuridici contro specifiche modalità di aggressione. La individuazione di un bene così generico liquida il concetto base del diritto penale liberale definito come prepositivo e fondante, correlato alla costruzione della fattispecie incriminatrice, di stretta interpretazione, incrinando i principi di riserva di legge e determinatezza. D'altra parte, la identificazione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici con la *ratio* della complessiva disciplina in cui sono inserite, attribuisce al diritto penale un compito così ampio di tutela che non solo non gli è proprio ma gli è interdetto dai principi costituzionali che lo regolano di *extrema ratio* e sussidiarietà.

Vi è una vera e propria inversione logica nel ragionamento proposto: l'interprete delle distinte fattispecie attento al tenore letterale al contrario dovrebbe, in primo luogo, interrogarsi sul perché il legislatore penale non sanziona *tout court* tutti gli interventi edilizi richiedenti il permesso che violano la normativa di riferimento, ma sanziona proprio ed esclusivamente le condotte tenute senza permesso, per poi individuare il bene giuridico tutelato. Inversione logica a cui si fa seguire una lettura del tutto arbitraria del concetto di permesso elemento normativo della fattispecie come necessariamente e perfettamente legittimo, il che non può essere proprio per il tenore letterale della previsione incriminatrice e per la scelta di tutela operata dal legislatore che sanziona esclusivamente le condotte senza permesso. È chiaro che occorra interrogarsi sui caratteri essenziali dell'elemento normativo e dunque individuare il suo nucleo significativo, ma pretendere che sia perfettamente conforme al modello della normativa extrapenale di riferimento è semplicemente arbitrario.

Significativo dell'irrilevanza attribuita al principio di legalità nei suoi molteplici aspetti è il riferimento a sostegno dell'interpretazione crea-

tiva all'art. 29, t.u. edilizia (che riprende l'art. 6, l. n. 47/1985), il quale stabilisce la responsabilità di determinati soggetti «ai fini e per gli effetti delle norme contenute nel presente capo». È evidente, infatti, che i termini e il tipo della responsabilità (amministrativa o penale e le distinte tipologie di gravità) degli autori indicati sono oggetto delle previsioni dei distinti illeciti contenuti nel capo, «ai fini e per gli effetti» delle stesse per l'appunto, mentre la norma in questione, che va ad intersecarsi con le fattispecie che descrivono gli illeciti, si limita a specificare gli autori propri degli illeciti altrove definiti.

Si utilizzano allo stesso fine, d'altra parte, altrettanto forzatamente, le successive Sezioni Unite 28.11.2001, Salvini, in tema di lottizzazione abusiva, senza considerare che l'art. 44, lett. c), t.u. edilizia, è integrato - per espressa previsione legislativa dell'art. 30, co. 1, t.u. edilizia, a cui rinvia - anche in presenza di «opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali» e dunque non solo quando effettuate «senza la prescritta autorizzazione». Ampiezza descrittiva legislativa - e non di creazione giurisprudenziale, come deve riconoscere la stessa giurisprudenza creativa sulla lett. b) che vi fa riferimento - che trova la sua legittimazione nella particolare rilevanza offensiva della condotta di lottizzazione: è, pertanto, la fattispecie incriminatrice correttamente interpretata a demandare al giudice «la verifica diretta della trasformazione territoriale realizzata alla stregua delle prescrizioni di legge e di qualsiasi strumento urbanistico di carattere generale, anche soltanto adottato, ed una verifica siffatta, lungi dall'interferire in qualsiasi modo sull'attività della pubblica amministrazione, costituisce riscontro di elementi che concorrono a determinare la condotta criminosa».

In conclusione, va ribadito che il riferimento in tema di lett. b) alle Sezioni Unite Borgia e Salvini costituisce anche una evidente forzatura del valore del precedente, il cui esame avrebbe dovuto comportare la presa d'atto della ben differente questione decisa in relazione alla costruzione legislativa delle fattispecie interessate, che viene, invece, evidentemente considerata irrilevante.

6. L'incomprensione del significato dogmatico della causa di non punibilità costituita dalla concessione in sanatoria.

Errati sono anche, né poteva essere diversamente in un contesto di totale stravolgimento dello stesso concetto di bene giuridico, gli specifici spunti esegetici valorizzati per la sua individuazione. In particolare, è evidentemente errato il pressoché esclusivo riferimento all'art. 22, co. 3, legge n. 47/1985 (ora art. 45, co. 3, t.u. edilizia), in forza del quale «il rilascio in sanatoria delle concessioni (ora, del permesso di costruire) estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti», a cui si ascrive lo “scacco” (sic!) portato alla concezione formale del bene giuridico nei reati urbanistici, fino al momento della sua introduzione accolta anche dalla Corte costituzionale, sent. n. 47/1979.

Infatti, non si comprende come possa evincersi dalla citata fattispecie estintiva o, più esattamente, di non punibilità - sempre incentrata sul permesso amministrativo ancorché postumo e non sulla autonoma valutazione della conformità delle opere agli strumenti urbanistici da parte del giudice penale, impedita proprio dalla struttura della fattispecie incriminatrice ed ora anche dalla previsione di quella estintiva - il mutamento del bene tutelato dalla contravvenzione sub lett. b), perfettamente identica alle precedenti a sottolineare invece la conferma del bene tutelato.

Al contrario, l'introduzione di una previsione di non punibilità sopravvenuta per l'attività edilizia effettuata senza permesso, quale effetto del permesso in sanatoria per le opere conformi agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati, e non in contrasto con quelli adottati, sia al momento della loro realizzazione sia al momento della presentazione della domanda, è perfettamente coerente con il bene funzionale tutelato dalla fattispecie incriminatrice. Infatti, perché sia integrata la fattispecie di non punibilità sopravvenuta è determinante l'assoggettamento dell'attività edilizia al controllo pur postumo della autorità amministrativa, ed è d'altra parte ovvio che il permesso in sanatoria sia correlato, esattamente come quello preventivo, alla verifica della conformità della attività edilizia agli strumenti urbanistici vigenti al momento del rilascio, con l'ulteriore pretesa della conformità a detti strumenti anche al momento dell'effettuazione delle opere al fine di evitare modifiche degli stessi finalizzate a favorire le precedenti attività abusive. Pertanto, come nelle canoniche cause di non punibilità sopravvenuta, è proprio la

conseguita salvaguardia del bene, nella specie funzionale, tutelato con la incriminazione a fondare la previsione della non punibilità.

Infine, la forzatura della pan-penalizzazione della illegittimità amministrativa si conferma con l'argomento di chiusura proposto, che pretende di evincere la necessità di sanzionare l'attività edilizia effettuata con permesso illegittimo per la presunta irragionevolezza, altrimenti, della sanzione di chi agisca senza permesso ma in conformità agli strumenti urbanistici e di chi pur agendo in difformità agli strumenti urbanistici demolisca l'abuso.

Quanto alla prima asserita illogicità - peraltro già esclusa dalla Corte costituzionale proprio perché il bene tutelato è quello funzionale - il legislatore ha risposto con la riforma del 1985 attribuendo al permesso in sanatoria l'effetto della non punibilità, cosicché ha ribadito correttamente il ruolo centrale nello specifico sistema penale del controllo della pubblica amministrazione sulla attività edilizia pretendendo l'assoggettamento ad esso, ancorché postumo, dell'opera realizzata, ne consegue la ragionevolezza dell'irrilevanza in caso contrario della conformità delle opere ai dettami normativi e del suo accertamento da parte giudice penale.

Sulla seconda presunta illogicità, appare fin troppo evidente che alla asserita irragionevolezza del mancato riconoscimento quale causa di non punibilità della demolizione dell'opera abusiva non possa risponderci con la arbitraria creazione giurisprudenziale di un illecito penale per attività edilizia effettuate con permesso illegittimo, soluzione ben più irragionevole del problema proposto. Semmai, non potendosi indirizzare l'attività interpretativa nel senso di estendere analogicamente alla demolizione dell'abuso la causa di non punibilità della concessione in sanatoria, si dovrebbe sollevare questione di illegittimità costituzionale per l'irragionevole disparità di trattamento tra le due situazioni e con riferimento alle previsioni di cui all'art. 181, d. lgs. n. 42/2004, o, comunque, sollecitare l'intervento legislativo in tal senso.

7. I falsi principi del giudice penale guardiano della legalità dell'azione amministrativa e della sua non soggezione agli atti amministrativi.

L'argomento che più contrasta con i principi costituzionali penalistici, per il rango della norma invocata, è il richiamo al principio costi-

tuzionale della legalità dell'azione amministrativa. L'art. 101 Cost. non ha affatto, come invece affermato, «l'attitudine a rifondare il rapporto tra giudice ordinario e pubblica amministrazione nel senso che, fermi i principi stabiliti dalla legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato E) e l'ambito di operatività che è stato loro assegnato quale esclusivo presidio per la violazione dei diritti soggettivi (Sez. U, n. 3 del 31/01/1987, Giordano, cit.), gli atti della pubblica amministrazione soggiacciono al principio di legalità (articolo 97 Cost.) e, rispetto ad essi, il controllo di legalità (articolo 101, comma 2, Cost.) non è precluso quando gli atti amministrativi siano difformi dal parametro legale richiesto per la loro legittimità»; cosicché è errato evincerne che «dopo l'entrata in vigore della Costituzione, tutte le norme penali, siano esse preesistenti che successive alla Costituzione stessa, che facciano riferimento, implicito o esplicito, ad un atto della pubblica amministrazione come elemento normativo della fattispecie non possono che riferirsi, per ritenere o per escludere il reato a seconda che si presentino come presupposto positivo o negativo della condotta, ad un'attività amministrativa che presupponga l'emanazione di un atto legittimo di esercizio del potere, non essendo necessario, in presenza peraltro di una presunzione di legittimità di tali atti, contemplare, per fondare il controllo di legalità affidato al giudice penale allorquando debba risolvere una questione decisiva per la decisione, anche l'ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo».

Si attribuisce, infatti, alla Costituzione un inesistente disegno sovversivo del comune buon senso liberale, alla base dei principi di *extrema ratio*, frammentarietà e sussidiarietà, pienamente accolti invece dalla Carta costituzionale, disegno che appartiene esclusivamente a chi pronuncia siffatte affermazioni, evidentemente non comprendendo il senso proprio della previsione.

Vero è che la Carta costituzionale non solo non impone affatto di sanzionare penalmente ogni illegalità amministrativa ma prevede un sistema di giustizia amministrativa che costituisce, al contrario ed evidentemente, lo strumento d'elezione dell'ordinamento giuridico per garantire proprio la legalità dell'azione amministrativa. D'altra parte, le previsioni penali che sanzionassero *tout court* ogni tipo di illegalità dell'azione amministrativa sarebbero chiaramente arbitrarie perché violerebbero i principi costituzionali di *extrema ratio* e sussidiarietà, nonché il principio di determinatezza. Non ha alcun fondamento, dunque, ritenere che

il giudice penale sia una sorta di guardiano della legalità dell'azione amministrativa, egli è semmai guardiano della libertà individuale come lo stesso diritto che applica, che è la *Magna Charta* del reo ovvero del cittadino secondo la splendida formula di von Liszt, deve quindi indirizzare la sua attività in primo luogo alla osservanza rigorosa del principio di legalità penale in tutte le sue espressioni.

Puramente retorico, d'altra parte, affermare che il giudice non è tenuto ad applicare l'atto amministrativo, ma soltanto la legge, che produce in realtà la negazione del valore costituzionale dei principi di riserva di legge, tassatività e determinatezza e della stessa soggezione del giudice alla legge, quella penale nella fattispecie. Spetta solo al legislatore costruire la fattispecie incriminatrice ed è del tutto conforme alle regole di una corretta legislazione penale costituzionalmente orientata sanzionare in specifici settori esclusivamente le condotte tenute senza autorizzazione laddove si ritenga necessario la regolamentazione e il controllo amministrativo di determinate attività, e non possono certo argomenti genericamente richiamanti la ovvia necessità della legalità dell'azione amministrativa stravolgere il tenore della previsione incriminatrice, sussistendo ben altri strumenti non penali per la sua garanzia: un intero settore dell'ordinamento giuridico è a ciò destinato. L'argomento davvero insignificante venne liquidato dalla Corte costituzionale, sent. n. 370/1988 (rel. Renato Dell'Andro) e ord. n. 288/1990 (rel. Ettore Gallo), per mano di profondi conoscitori della grammatica penalistica, che rilevarono «la fragilità della proposta questione», in quanto, «a voler seguire lo stesso assunto si dovrebbe giungere a sostenere che tutte le volte in cui la legge impone al giudice penale di attenersi ad accertamenti extragiudiziali, lo subordini non alla legge ma ad altre autorità o ad altri giudici», ulteriormente precisando che «chi, peraltro, sostenesse che l'accertamento della conformità delle opere agli strumenti urbanistici vada demandato al giudice penale spoglierebbe l'autorità amministrativa delle proprie istituzionali competenze». In particolare sulla riforma del 1985 della legge edilizia, l'ordinanza n. 288/1990 riprende la «largamente consolidata giurisprudenza della Cassazione, anche a Sezioni Unite (non superata nei principi da due più recenti decisioni), secondo la quale il giudice ordinario non può disapplicare il provvedimento amministrativo di cui - salvo i casi di lesione di diritti soggettivi o di illiceità penale - non può valutare la legittimità neppure *incidenter tantum*, at-

teso quanto dispongono gli artt. 4 e 5 del citato all. E della legge n. 2248 del 1865».

Del resto, è lo stesso art. 113, ult. co., Cost., a demandare alla legge ordinaria il compito di individuare quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

Abbiamo già visto, del resto, che la pienezza di giurisdizione del giudice penale debba svolgersi nei limiti rigorosamente segnati dalla fattispecie incriminatrice, giacché la pienezza di giurisdizione non attribuisce certo al giudice penale il potere di legiferare, al contrario tiene conto della specificità del diritto penale e dei suoi principi, essenzialmente costituenti un insieme di limiti liberali a garanzia delle libertà dei cittadini. L'art. 2, co. 1, c.p.p., non ha nulla a che vedere con l'art. 101, co. 2, Cost.: è, al contrario, evidente espressione del principio della autonomia del diritto penale e, dunque del giudizio penale, rispetto agli altri settori dell'ordinamento, autonomia che si riflette in primo luogo sulla irrilevanza di per sé in sede penale della illegittimità dell'atto amministrativo se non valorizzata espressamente da una fattispecie incriminatrice o comunque penale.

Se è l'assenza del permesso amministrativo ad integrare l'elemento costitutivo dell'illecito penale di cui alla lett. b), come ben razionalmente il legislatore ha deciso e può decidere trattandosi di una delle materie di elezione del bene giuridico funzionale, il giudice penale non applica affatto l'atto amministrativo quando non ne può valutare *tout court* la legittimità ma semplicemente verifica la presenza dell'elemento negativo della fattispecie nei limitati termini dalla stessa consentiti, si assoggetta dunque doverosamente alla legge penale e non certo all'atto amministrativo.

D'altra parte, non ha fondamento invocare la uniformità della giurisdizione, rilevando al contrario l'autonomia del diritto penale, improntato ai principi di *extrema ratio* e sussidiarietà, e la pienezza della giurisdizione penale che impediscono la sovrapposizione tra illegittimità amministrativa e illecito penale.

È davvero curioso che si pretenda di agganciare all'avvento della Carta costituzionale l'ampiezza dei poteri del giudice, fino a renderli creativi, laddove è la Carta costituzionale a ribadirne la soggezione alla legge.

È la stessa giurisprudenza criticata, per contro, a riconoscere di agire nel campo della interpretazione estensiva, ben consapevole dunque della forzatura della sua lettura della fattispecie incriminatrice e del mancato rispetto della lettera della legge. Si tratta di una giurisprudenza che si sente investita del compito di salvare il territorio, fuori dai limiti della previsione incriminatrice, utilizzando l'artificio retorico e tecnicamente arbitrario di considerare richiamato dall'elemento normativo permesso edilizio tutto il complesso normativo che ne fonda la legittimità amministrativa. Insomma, si trasformano tutte le fattispecie incriminatrici in materia edilizia come sanzionanti direttamente le violazioni degli strumenti normativi urbanistici edilizi, la qual cosa viola tutti i principi che sovrintendono la costruzione e la interpretazione delle fattispecie incriminatrici.

In siffatto contesto interpretativo appare gravemente svalutato anche il principio di colpevolezza, pur richiamato come foglia di fico, giacché l'autorizzazione amministrativa esclude in linea di principio la colpevolezza, come affermò la già citata Corte costituzionale n. 364/1988, indicandola come causa dell'ignoranza scusabile della legge penale. Infatti, lo sforzo di accreditare il giudice penale quale garante della legalità dell'azione amministrativa con l'interpretazione "estensiva" della lett. b) è comprensibile solo in una prospettiva di svilimento della colpevolezza - come in effetti nacque nella mente del giudice artefice dell'indirizzo criticato - perché il riconoscimento di norma della scusante rende improduttiva d'effetti l'eventuale asserzione di illegittimità dell'atto amministrativo in sede penale, il che spiega anche quella elaborazione giurisprudenziale che già sul piano oggettivo afferma la sussistenza del reato solo in caso di crassa violazione delle norme in materia.

Esemplari in tal senso le Sezioni Unite 10.6.1994, Calzetta, a cui venne affidato «un nuovo esame sulla questione dei limiti della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario, alla luce della l. 28 febbraio 1985, n. 47 e della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale in riferimento all'art. 5 c.p.». Le quali, però, trattandosi di comportamenti motivati da plurimi provvedimenti del giudice amministrativo nonché da specifici atti ufficiali della pubblica amministrazione, riconobbero la ignoranza da parte degli imputati della sussistenza di un vincolo di inedificabilità e dunque l'assenza di colpevolezza, pertanto non esaminarono la questione della sindacabilità o meno dell'atto

amministrativo da parte del giudice penale, in quanto comunque non avrebbe determinato la responsabilità penale dell'agente.

In un contesto di rispetto del principio di colpevolezza l'indirizzo giurisprudenziale criticato perde in effetti ogni giustificazione anche sul piano, comunque inammissibile, di *indirizzo e supplenza* nei confronti della pubblica amministrazione, che sembra motivarla. Nessun rilievo può avere in tale prospettiva il mutamento di formula assolutoria, in quanto nessun altro giudice né la pubblica amministrazione debbono tenere conto, in tal caso, della valutazione del giudice penale riguardo alla illegittimità del permesso ai sensi dell'art. 2, co. 2° c.p.p..

In conclusione, affermazioni dirompenti come quelle criticate richiederebbero una adeguata e più ampia meditazione che dimostri la piena consapevolezza della totalità e della complessità dei principi in campo e non una messa in fila di argomenti forzati, parziali e strumentali a sostenere una soluzione frutto dell'adesione non a precedenti giudiziali ma ad un disegno politico-criminale appartenente ad alcuni giudici e non alla legge, del tutto fuori dai compiti affidati dalla Costituzione alla giurisprudenza. Un tratto di penna di un giudice non può mandare al macero (parafrasando la celebre asserzione di von Kirchmann) principi costituzionali, Carta europea dei diritti umani e secoli di elaborazione penalistica.

8. Le contraddizioni dell'indirizzo creativo quando si approssima ai principi penalistici di rango costituzionale.

Le criticità evidenziate rispetto ai principi costituzionali penalistici hanno sollecitato nell'indirizzo giurisprudenziale creativo tentativi di adeguamento agli stessi. Sulla scia della sentenza Cass. III, 21.2.2017, Minosi, la quale sostanzialmente esclude l'emergere di un contrasto giurisprudenziale valorizzando sul piano soggettivo quanto un recente indirizzo, che rimette opportunamente in primo piano le Sezioni Unite Giordano, ascrive al piano oggettivo, in particolare la sentenza Cass. III, 21.9.2018, Iodice, propone una sorta di mediazione tra le varie posizioni. Infatti, dopo avere riproposto gli argomenti della giurisprudenza qui criticata, la sentenza Iodice sostiene una posizione ragionevole quando distingue la illegittimità dell'atto dalla sua «mera apparenza» - seppure con ambiguità espressive che paiono volte a conciliare l'inconciliabile -, affer-

mando che «risponde all'ineludibile compito interpretativo che nelle citate sentenze Giordano e Borgia le sezioni unite hanno affidato al giudice penale, vale a dire di interpretare ed applicare la disposizione incriminatrice in funzione della tutela dell'interesse penalmente protetto, non potendosi ravvisare violazione del principio di tassatività laddove il provvedimento amministrativo, pur formalmente rilasciato, sia irrimediabilmente viziato per contrasto con il modello legale, tale da risolversi in una mera apparenza». Ambiguità espressive che permangono, così come la netta differenziazione dalle tesi della rilevanza della mera illegittimità, quando si indicano le tipologie di violazioni rilevanti nella «condotta di chi, pur munito di titolo illegittimamente rilasciato, quella disciplina violi con condotta dolosa o gravemente colposa, realizzando interventi non consentiti dalle previsioni normative o contenute negli strumenti urbanistici», non qualsiasi violazione dunque ma esclusivamente la condotta «dolosa o manifestamente colposa».

D'altra parte, la sentenza Iodice utilizza un argomento centrale della elaborazione correlata alla natura funzionale del bene tutelato, che comporta la esclusione del rilievo della mera illegittimità del titolo e la centralità, invece, dell'assoggettamento al controllo di legalità della pubblica amministrazione. Vi si legge infatti: «Detto in altre parole, si punisce chi costruisce senza aver previamente ottenuto il permesso (o aver formalizzato l'equipollente s.c.i.a.) perché in questo modo non è stato consentito all'autorità pubblica preposta di effettuare i necessari controlli finalizzati ad evitare che le attività di trasformazione effettuate dai privati possano porsi in contrasto con l'ordinato sviluppo del territorio, quale definito dalle norme di legge e pianificato dall'amministrazione nel rispetto delle stesse. Se, tuttavia, quel controllo è stato sin dall'inizio impedito con condotte criminose fraudolente (si pensi alla c.d. truffa edilizia) o collusive, oppure è stato soltanto apparentemente esercitato da un soggetto non funzionalmente competente o con un atto assunto in palese violazione della disciplina urbanistico-edilizia, l'interpretazione teleologica porta a ritenere che esso sia in radice mancato e che il provvedimento rilasciato (o la segnalazione certificata presentata) sia un titolo meramente apparente ed *ictu oculi* improduttivo d'effetti». Con ciò, in definitiva, richiamando la concezione espressa dalla sentenza Giordano, per correttamente declinarla nella concezione della pienezza di giurisdizione e nella teoria degli elementi normativi, in stretta unione

con il tenore letterale della previsione incriminatrice, come riproporrò nella conclusione dello scritto.

Vi è solo una aggiunta rispetto alla costruzione dogmaticamente ortodossa, costituita dalla «palese violazione della disciplina urbanistico-edilizia» che, sensibile al principio di prevedibilità, ascrive già all'elemento oggettivo la necessità che non si tratti di una qualsiasi violazione, ma di violazione palese e di provvedimento meramente apparente, che si aggiunge alla definizione di «condotta dolosa o gravemente colposa», così ben distinguendo le condotte penalmente rilevanti da quelle meramente illegittime e, pertanto, comunque liquidando la pretesa di fondare l'interpretazione creativa sul principio costituzionale, invece del tutto estraneo alla materia, della legalità dell'agire amministrativo.

Né inficia quanto annotato sulla motivazione della sentenza che essa poi contraddittoriamente concluda che la «macroscopicità del vizio che connota il titolo apparentemente formatosi, come si è visto spesso richiesta dalla giurisprudenza di questa Corte per poter ritenere la penale responsabilità per la contravvenzione della costruzione in assenza di permesso (o di equipollente s.c.i.a.) - e di recente riaffermata nei termini indicati dalla sentenza Cervino, applicata dall'ordinanza qui impugnata - va dunque rettamente intesa, a parere del Collegio, come suscettibile d'incidere esclusivamente sul piano della valutazione dell'elemento soggettivo di fattispecie, come affermato con cristallina chiarezza da una non recente decisione assunta in materia cautelare reale che già si è avuto occasione di richiamare (v. in motivazione, Sez. 3, n. 21487 del 21/03/2006, Tantillo e a., Rv. 234469)», evidenziando che «l'accertata esistenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità costituisce un significativo indice di riscontro dell'elemento soggettivo anche riguardo all'apprezzamento della colpa».

La assenza di adeguata coerenza sul piano dello sviluppo logico della argomentazione proposta dalla motivazione, che naviga a vista tra elemento oggettivo e soggettivo, in uno sforzo di adattamento della giurisprudenza creativa ai principi penalistici costituzionali ed euro-umanitari, evidenzia in definitiva l'inconciliabilità dell'indirizzo che la sentenza vuole difendere con i principi penalistici e, comunque, conferma l'interrogativo, in vero retorico, su quale sia la *ratio* dell'arroccarsi sulla tesi del controllo di legittimità dell'atto amministrativo da parte del

giudice penale quando comunque si riconosce che la rilevanza penale della condotta può affermarsi solo in presenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità. La risposta non può essere che la pretesa di essere portatori di una linea politico-criminale giurisprudenziale che si auto-accredita come garante della legalità edilizia, ambientale, etc., ben lontana dai compiti affidati al giudice penale dalla Costituzione.

Permane, d'altra parte, il contrasto giurisprudenziale che si vuol comporre in modo inappropriato, evidente a chi pretenda una adeguata riflessione esterna alla III Sezione penale della Corte di cassazione, più precisamente a un limitato numero di giudici della sezione, cui certo non si può delegare la soluzione della controversia su un tema di significativo rilievo e con effetti sul sistema penalistico, per i principi generali invocati, financo dirompenti.

9. I criteri di individuazione dell'atto amministrativo elemento della fattispecie penale. Il confine tra interpretazione e analogia.

In conclusione, nell'ordinamento penale non solo la disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo ai sensi della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo ma anche i principi della pienezza di giurisdizione del giudice penale e della legalità dell'azione amministrativa, nonché le altre formule utilizzate, non possono mettere nel nulla i puntuali termini della fattispecie incriminatrice rappresentati dal suo tenore letterale e dal bene giuridico tutelato da individuarsi rigorosamente ed in funzione di garanzia e limite, da evincersi in particolare proprio dalla costruzione della fattispecie e non ricavato *aliunde* per scardinarla.

Nessuna delle motivazioni proposte dall'indirizzo giurisprudenziale criticato ed in particolare il riferimento all'art. 101 Cost. può consentire - se non arbitrariamente sotto il profilo storico, sistematico ed esegetico - l'affermazione della rilevanza della illegittimità dell'atto amministrativo in sede penale quale principio che vada ad affiancarsi alle norme di parte generale del codice Rocco (tentativo, concorso di persone nel reato, etc.) che svolgono la funzione di estendere le fattispecie incriminatrici previste nella parte speciale e nelle leggi complementari. In altre parole, non ha fondamento l'affermazione come principio generale che ogni qual volta una previsione incriminatrice o estintiva richiami atti

amministrativi si riferisca ad un atto legittimo e, dunque, che il giudice penale possa ritenere sussistenti tali atti se non «in quanto siano conformi alle leggi», che non è altro, in definitiva, che una riproposizione della formula della disapplicazione *ex artt. 4 e 5, l. cont. amm.*, contraddittoriamente proposta unitamente al riferimento quale criterio interpretativo al bene giuridico tutelato dalla specifica fattispecie incriminatrice, poiché il rilievo dell'uno esclude quello dell'altro.

Certamente il giudice penale non incontra limiti di principio nel determinare, verificare e conoscere le premesse necessarie per giungere alla decisione, neppure con riguardo a questioni che possano costituire oggetto di decisione davanti ad altro giudice: il giudice penale ha autonomia cognizione, come afferma espressamente il codice di rito del 1988. È, però, altrettanto evidente che l'oggetto di tale autonoma cognizione resta fissato negli elementi della fattispecie incriminatrice (ma anche estintiva o di non punibilità) la cui integrazione deve essere accertata come formulata dal legislatore ed è di stretta interpretazione. Fattispecie penale ed elementi della stessa che sono costruiti in modo autonomo dagli altri settori dell'ordinamento anche quando da questi ultimi sono mutuati espressioni, concetti, termini, perché le esigenze proprie del diritto penale ne comportano di regola una autonoma riscrittura.

D'altra parte, è di tutta evidenza che quanto si afferma sulla irrilevanza della legittimità o meno del permesso edilizio o di altro atto amministrativo, civile, etc., in sede penale non significa però che l'elemento del reato sia integrato da un qualsiasi atto autodefinitosi permesso, etc.. Proprio l'elemento normativo *permesso edilizio*, rilevante nel reato di cui alla lett. b), costituisce un interessante esempio della distinzione tra interpretazione, pur restrittiva, e analogia, infatti per comprendere il significato dell'espressione ovvero per individuare i contorni che definiscono l'elemento della fattispecie incriminatrice occorre fare necessariamente riferimento alla disciplina extrapenale. La individuazione dei requisiti essenziali perché si possa dire sussistente il permesso edilizio che esclude il reato e la selezione nell'ambito delle norme di diritto amministrativo di quelle la cui violazione esclude la presenza del detto permesso è un procedimento interpretativo ineliminabile. Il permesso edilizio rilevante penalmente non è altrimenti definibile, in caso contrario dovrebbe riconoscersi esistente ai fini del diritto penale il permesso edilizio in presenza di qualsiasi atto da qualsiasi autore proveniente per

il solo fatto che si autodefinisca tale: chiunque può scrivere su un pezzo di carta *permesso edilizio*.

Ma se è necessaria una pur minima conformità al modello dell'ordinamento di origine, va da sé che non è affatto analogico, ma tipicamente interpretativo e financo di natura restrittiva, il ragionamento da me proposto che individua i requisiti essenziali del *permesso edilizio* rilevante penalmente alla luce del bene giuridico tutelato dalla specifica fattispecie incriminatrice, di natura evidentemente funzionale, consistente nella riserva in mano pubblica della gestione del territorio, che impone l'assoggettamento dell'opera edilizia al previo controllo della competente autorità amministrativa locale, ed esclude pertanto che possano integrarlo gli atti frutto di frode del privato o di collusione tra privato e pubblici agenti o emessi da organo assolutamente privo del potere di provvedere. Nel primo caso perché l'attività effettuata dal privato vanifica del tutto l'esercizio del potere di controllo della competente autorità amministrativa locale, nel secondo perché l'accordo criminoso impedisce l'effettuazione del controllo, nell'ultimo perché radicalmente difetta l'assoggettamento al controllo. Non si tratta di illegittimità dell'atto, che non assume rilievo nella fattispecie incriminatrice, ma di atto che non presenta le caratteristiche essenziali perché possa integrare l'elemento di fattispecie che esclude la rilevanza penale della condotta, del resto anche in altri settori dell'ordinamento giuridico il concetto di inesistenza di un atto si differenzia da illegittimità o nullità.

L'utilizzazione del bene giuridico nel caso esaminato non costituisce tanto un criterio selettivo all'interno dei possibili significati letterali dell'elemento normativo quanto uno strumento necessario per la sua comprensione, ne definisce insomma *il significato letterale* altrimenti incomprensibile. Non è corretto, pertanto, ritenere che una siffatta individuazione dell'atto amministrativo rilevante nella fattispecie incriminatrice ne rappresenti una estensione analogica al caso non previsto di illegittimità del permesso.

La soluzione raggiunta con riguardo alla lett. b), peraltro, non implica che possa affermarsi in sede penale una generale equiparazione tra autorizzazioni o simili non emanate (o inesistenti) e autorizzazioni ottenute fraudolentemente, perché si violerebbe il principio di legalità; va da sé che solo una corretta interpretazione di ciascuna fattispecie incrimi-

natrice, così come nel caso della lett. b), possa condurre a tale conclusione, per quanto appaia ragionevolmente replicabile serialmente.

Differente questione è la conformità all'elemento normativo *permesso di costruire* che esclude l'illecito di cui alle lett. b), se illegittimi, della S.C.I.A., quando alternativa al permesso di costruire, in assenza di ordine motivato di non effettuare l'intervento *ex art. 23, co. 6, t.u. edilizia*, nonché del permesso tacito conseguente alla domanda seguita da inerzia degli uffici comunali *ex art. 20, co. 8, t.u. edilizia*. A cui si può rispondere negativamente in quanto il nucleo significativo del concetto di permesso e lo stesso bene tutelato dalla previsione della lett. b) mettono al centro della tutela penale la esistenza di un provvedimento positivo espresso, ovvero l'assoggettamento al previo controllo della pubblica amministrazione con esito positivo, per le opere che ne richiedano il rilascio *ex art. 10 (interventi subordinati a permesso di costruire)*, t.u. edilizia, mentre negli altri casi compete al giudice penale verificare la sussistenza di tutti i requisiti che legittimino l'attività edilizia in forza della S.C.I.A. o del permesso tacito.

Nel senso propugnato sostanzialmente si esprime quella giurisprudenza di legittimità che del tutto correttamente distingue la lett. b) dalla lett. a), rispettando la evidente diversità delle previsioni incriminatrici e dei beni tutelati, per affermare che nella prima l'assenza del permesso non può equivalere alla sua illegittimità ma richiede che l'atto sia privo di uno dei requisiti essenziali (forma, volontà, contenuto) ovvero che sia proveniente da organo assolutamente privo del potere di adottarlo o che risulti frutto di attività criminosa del soggetto titolare del potere, riaffermata da Cass. III, 18.12.2014, Cervino, che si ricollega espressamente anche alle Sezioni Unite Giordano. A ciò spinta dalla proposizione della questione di illegittimità costituzionale - sotto i profili delle violazioni dei principi di stretta legalità *ex artt. 1 c.p. e 25 Cost.*, ragionevolezza-egualianza *ex art. 3, co. 1, Cost.*, nonché responsabilità personale per fatto proprio colpevole *ex art. 27 Cost.* - della interpretazione delle fattispecie contenute nell'art. 44, lett. b) e c), d.P.R. n. 380/2001, e dell'art. 181, d. lgs. n. 42/2004, che rispettivamente puniscono l'esecuzione di lavori in zona vincolata «in totale difformità o in assenza di permesso» e la esecuzione di opere «senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa», quali sanzionanti anche l'attività edilizia posta in essere in presenza di permesso illegittimo, equiparata irragionevolmente alla situazione del

tutto differente della assenza del permesso, con una interpretazione analogica *in malam partem* e con l'effetto di rendere imprevedibile in capo all'agente il rischio penale derivante dalla sua azione. La sentenza Cervino giudica infondata la questione alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata delle fattispecie che considera assente la concessione solo quando illecita, il che comporta anche la presenza di un adeguato coefficiente di colpevolezza, soluzione che richiama anche quella giurisprudenza che, con riferimento alla lett. b), afferma la limitazione del sindacato del giudice penale al solo caso di «macroscopica illegittimità» del provvedimento amministrativo. Seppure quest'ultimo concetto non paia rigorosamente definito ma sia comunque in linea con il principio di prevedibilità elaborato dalla Corte ed e con un certo pragmatismo che sul modello delle corti europee, influenzate dal pensiero anglosassone, va diffondendosi anche nella giurisprudenza del nostro Paese. Il punto da chiarire è che la macroscopicità della violazione non è di per sé ragione dell'invalidità penale dell'atto ma criterio probatorio per determinare l'inesistenza dello stesso secondo i criteri già formulati. Condivisibile, dunque, la precisazione che la inesistenza della concessione in quanto frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilascia o del soggetto privato che la consegue non deve essere necessariamente direttamente provata ma può essere evinta da un contrasto con norme imperative talmente grave da determinare non la mera illegittimità dell'atto ma la illiceità del medesimo e la sua nullità.

Va, infine, sottolineato in generale che, trattandosi di elemento costitutivo (negativo) del reato, l'eventuale riconoscimento, pur passato in giudicato, della legittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice amministrativo non preclude di per sé una differente conclusione del giudice penale, in quanto, come già evidenziato, non sussiste una pregiudiziale in senso tecnico. Si impongono, però, due precisazioni: da un lato, seppur vero che l'accertamento del giudice penale è autonomo rispetto al giudizio amministrativo, va però considerato che l'invalidità penale è e deve essere molto più ristretta dell'illegittimità amministrativa, ricollegandosi al nucleo significativo del concetto richiamato, cosicché di norma un giudizio di legittimità amministrativa ne esclude la sussistenza. Dall'altro, in presenza di una siffatta valutazione da parte del giudice amministrativo sarebbe certo una forzatura pretendere dal cittadino una diligenza tale da condurre ad una differente valutazione,

anticipando come un oracolo il giudizio di invalidità penale. Insomma, è evidente che un giudizio di legittimità amministrativa non può non aver un rilevante significato anche in sede penale, sia sotto il profilo della verifica della assenza dei requisiti di validità penale dell'atto sia, e in modo di norma decisivo, sotto il profilo dell'accertamento della colpevolezza. Sarebbe davvero frutto di un sistema profondamente incoerente e disfunzionale che ad una valutazione di legittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice amministrativo seguisse - salvi i casi di frode o collusione, la cui duplice valenza sul piano oggettivo e soggettivo ne rafforza il ruolo decisivo per la valutazione della illiceità del comportamento - un giudizio di colpevolezza in capo al cittadino che ha agito sulla base di quell'atto.

Anche per gli istituti della concessione in sanatoria e del condono edilizio, vale esclusivamente la costruzione legislativa della fattispecie estintiva o di non punibilità sopravvenuta e non si può affermare *tout court* il rilievo della illegittimità dell'atto amministrativo, essendo anche in tali casi la delineazione degli elementi frutto di scelta discrezionale legislativa che ben potrebbe attribuire rilievo anche all'atto illegittimo, ancorché siano ben meno rilevanti le esigenze di prevedibilità, comunque non del tutto scemate con riferimento alle cause di non punibilità sopravvenuta. Anche delle fattispecie estintive o di non punibilità il giudice verifica la sussistenza di tutti gli elementi, secondo il ruolo ad essi legislativamente attribuiti.

PUNIBILITÀ DI ORGANIZZAZIONE? POSSIBILITÀ E LIMITI DELL'ASTENSIONE DALLA PUNIZIONE PER L'ENTE COLPEVOLE

Federico Consulich

1. La punibilità dell'ente come problema di crescente impatto pratico

La punibilità è certamente la categoria penalistica più ambigua. Non appartiene alla sistematica del reato, ma nemmeno alla teoria della pena¹. È insomma una curiosa *no man's land* dogmatica priva di una connotazione stabile e di principi guida, variamente ispirata a ragioni di convenienza e opportunità politico-criminale.

Essa assume rilevanza proprio quando manca: più che affermare 'in positivo' i presupposti di applicazione della sanzione penale, il *proprium* della nozione si apprezza 'in negativo', quando ci si imbatte nei variegati fenomeni che impediscono o condizionano l'inflizione della pena. Più correttamente, deve parlarsi di *non-punibilità*, intesa come insieme che racchiude una pluralità di norme, molte delle quali (forse la più parte) di recente emersione, accomunate solo dalla capacità di interrompere la sequenza reato-pena².

La funzione del concetto è, in sostanza, razionalizzare i motivi per i quali al reato *non consegue la punizione*, mentre giustificare perché *si punisca un fatto* è invece il compito della *teoria del reato*.

Le forme della non punibilità sono molteplici e sempre nuove, la categoria è in espansione, pur essendo stato finora impossibile per la dottrina

1 Nel senso che la punibilità non sia un elemento del reato, tra gli altri M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in «IP» (2001) 3, 1038. La punibilità, per dirla con Mario Romano, si colloca lateralmente alla teoria del reato, presupponendo un reato già al completo di ogni suo elemento, cfr. M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in «RIDPP» (1990) 1, 59.

2 Già Roxin ha evidenziato da tempo l'impossibilità di identificare proposizioni comuni a tutti gli istituti che incidano sulle condizioni che fondano la punibilità e su quelle che la escludono, cfr., da ultimo, C. ROXIN – L. GRECO, *Strafrecht, A.t., Band I*, C. H. Beck, 2020, 1163 s.

ridurre ad unità le varie tesi sul suo inquadramento³, e interessa anche le fattispecie presupposto della responsabilità dell'ente.

Di qui sorge spontanea la domanda: dopo la *colpevolezza* di organizzazione è venuto il tempo di indagare la *punibilità* di organizzazione? Il quesito parrebbe ozioso se non fossimo al cospetto di una nozione, la punibilità o non punibilità appunto, concettualmente aggressiva, se non infestante, in grado di contaminare anche la riflessione sulla responsabilità dell'ente.

Si tratta di verificare se esistano già oggi ipotesi in cui il giudice deve svolgere un'autonoma valutazione sull'opportunità di non sanzionare un ente che pur abbia dimostrato un deficit nella prevenzione dei reati presupposto. L'indagine può essere svolta secondo una duplice prospettiva:

- *la non punibilità immediata*, per ragioni attinenti *esclusivamente al soggetto collettivo*. Qui l'inopportunità di punire deriverebbe da ragioni che riguardano l'organizzazione delle procedure interne o la condotta dell'ente concomitante o successiva al fatto o, infine, alle circostanze di contorno, proprio come accade, *mutatis mutandis*, per l'individuo con le cause personali e le cause sopravvenute di non punibilità e con le cause di estinzione del reato;
- *la non punibilità derivata*, in cui l'astensione dalla punizione dell'ente potrebbe conseguire alla mancanza di una sanzione penale *per l'individuo*, pur colpevole di fatto antiggiuridico.

2. Alla ricerca di una dogmatica della responsabilità dell'ente

Rispondere a simili interrogativi non è semplice, poiché le ragioni della non punibilità di un reato sono molte, una volta che le si voglia disaggregare e prescindere dal generalissimo principio di opportunità che le accomuna⁴.

³ Ripercorrono le diverse concezioni della punibilità negli ultimi lustri, G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, 2016, 2 ss. e, in precedenza A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, Bonomia, 2009, 11 ss.

⁴ Già per la persona fisica la nozione di punibilità è priva di riferimenti stabili: rimangono tutt'oggi valide le notazioni di Vassalli sulla categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, la cui stessa esistenza – constatava l'illustre Autore – è controversa, v. G. VASSALLI, (voce) *Cause di non punibilità*, in «ED» (1960) VI, 612. Successivamente, negli anni Ottanta, rilevava i diversificati giudizi di valore sottesi alle varie cause di

In alcuni casi spicca, ad esempio, la mera logica di monetizzazione della punibilità soprattutto verso forme endemiche di criminalità: è il caso dei condoni, poi mimetizzati attraverso forme e nomi più suadenti, che ha avuto la manifestazione più parossistica sul versante penal-tributario con gli “scudi” e le *voluntary disclosure*. Essi non hanno a che vedere con l’offesa o la finalità della pena nel nostro ordinamento⁵, ma sono ispirati a intenti riscossivi e finiscono per ratificare l’ineffettività di intere categorie di fattispecie.

In altri casi la non punibilità è funzionale invece ad assicurare una maggiore tutela al bene protetto. Si pensi alle prescrizioni con messa in mora nel settore della sicurezza sul lavoro o dell’ambiente, il cui adempimento estingue il reato: l’eliminazione della situazione di pericolo segna il conseguimento dello scopo dell’incriminazione.

Ancora, la rinuncia alla punizione risponde ad un programma di lotta contro fenomeni criminali⁶ (si colloca nel quadro della complessiva strategia di contrasto alla corruzione l’art. 323 *ter* c.p., a beneficio del corrotto che collabora), oppure infine si ispira a logiche di prevenzione speciale (come nel caso della messa alla prova, in cui la rieducazione si ottiene senza passare per il processo e l’esecuzione della pena).

esenzione dalla pena e che la punibilità non possedesse una consistenza autonoma, al riparo da opposte visioni sistematiche, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in «RIDPP» (1986) 2, 398 e nell’arco di un decennio la medesima osservazione era formulata da G. PIOLETTI, *Punibilità (cause di esclusione della)*, in «Dig. disc. pen» (1995) X, 524 ss., che osservava come della figura dogmatica delle cause di non punibilità non fosse unanimemente riconosciuta l’esistenza e comunque, anche dando per presupposta la nozione, fosse chiaramente assente una loro *ratio* unitaria, e da ultimo COCCO, in G. COCCO – E. M. AMBROSETTI (Edd.), *Punibilità e pene*, CEDAM, 2018, 91 ss., 108 ss. Lo stesso Autore definisce la punibilità come elemento del reato in senso ampio e non in senso stretto, formato quest’ultimo solo da fatto, anti-giuridicità e colpevolezza. Queste tre componenti in alcune occasioni non sarebbero sufficienti all’applicazione della pena in concreto, si veda G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, CEDAM, 2017, 124 ss. In precedenza, per una approfondita analisi dei meccanismi della non punibilità nel nostro ordinamento, M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in D. BRUNELLI (Ed.), *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Jovene, 2011, 871 ss., in particolare, 886 ss., che evidenzia la presenza di un bilanciamento perpetuo nei vari meccanismi di non punibilità, tra cui condoni, estinzione per sopravvenute condotte riparatorie e così via (889 ss.).

5 Fenomeno già oggetto di disincantata constatazione, a proposito dei condoni edilizi, previdenziali e tributari da T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 411 e 425 ss., ritenuti dall’Autore il vero punto di crisi della non punibilità.

6 Lo rileva M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., 887 ss.

Insomma, come reso evidente dall'ultimo esempio, sono molteplici i meccanismi con cui si giunge alla rinuncia alla sanzione, tanto da rendere la non punibilità un anfibio giuridico, in cui coesistono istituti con connotazione a mezza via tra diritto penale e processo.

Occorre però subito chiarire che la proliferazione della non punibilità non è sempre indicativa di una patologia del sistema: come detto in alcune occasioni, soprattutto quando non si tratta di *voluntary disclosure*, scudi penali e condoni *generali* variamente congegnati, la rinuncia alla pena all'interno di singole vicende processuali si iscrive in un programma razionale di reintegrazione del bene offeso o è funzionale al raggiungimento per altra via degli obiettivi preventivi della norma penale violata⁷.

Non può dubitarsi però, al contempo, che tutte le varie forme di punibilità, accanto a finalità specifiche, abbiano una comune funzione, rappresentino cioè la reazione necessitata ad un eccesso di incriminazioni in combinazione sinergica con la formale obbligatorietà della azione penale, che si concretizza in variegata tecniche normative di elusione di tale vincolo, dotate di componenti sostanziali, ma anche attinenti al processo, con vere e proprie mutazioni di funzione di quest'ultimo⁸. È il caso dell'art. 162 *ter* c.p., che denota una trasformazione strutturale del giudizio penale, non più volto ad accertare un fatto, ma a comporre autoritativamente un conflitto⁹.

7 In questo senso M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1046 ss.; in senso opposto invece, si vedano le notazioni di L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in «RIDPP» (1984) 2, 626 ss. che constatava «l'inevitabile anomalia che [...] contraddistingue l'esistenza di illeciti penali non puniti». Per una ricerca di criteri ermeneutici volta a identificare le norme che esprimono valutazioni in ordine alla sola punibilità, distinguendole da quelle che attengono alla dimensione costitutiva dell'offesa, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Giuffrè, 1998, 149, 154 ss, 186 ss. Certamente la narrazione, anche politica, della non punibilità di un soggetto che già si dimostri risocializzato può a volte restituire l'impressione di ineffettività del sistema penale e di incertezza della pena e ciò deriva dal fatto che prima o poi le ragioni della prevenzione speciale entrano in tensione con quelle della prevenzione generale. Sul punto, già da tempo, M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in «IP» (2003) 1, 85.

8 Si vedano le notazioni F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in «SP» (19 dicembre 2019).

9 Su tale possibile funzione del processo si vedano le note riflessioni fin dai primi anni Novanta formulate da M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, 1991, 173 ss. A proposito dell'art. 162 *ter* c.p., F. PALAZZO, *La non punibilità*, cit., rileva però l'evidente sacrificio degli interessi della vittima nella

Se si vuole ottenere una fotografia non sfocata dell'attuale sistema penale occorre dunque intendere la non punibilità non più solo come il risultato di *fattispecie sostanziali di favore*, a cui si chiedono determinatezza e funzionalità a interessi o scopi meritevoli di tutela¹⁰, ma, soprattutto riguardo alle nuove figure introdotte dal legislatore nell'ultimo lustro, come *procedure di sostituzione della pena*, più o meno lunghe e articolate, con censure sociali variamente stigmatizzanti (il 651 *bis* c.p.p. per l'istituto della particolare tenuità del fatto *docet*).

In questo scenario si ambienta la riflessione sull'eventuale non punibilità dell'ente, rispetto a cui si impongono delle prese di posizione preliminari.

Prima precisazione. L'applicazione della pena in capo all'ente colpevole costituisce la regola di *default*, valida salvo eccezioni esplicite da parte della stessa legge. Lo si ricava dal complessivo tessuto del d. lgs. 231 del 2001 e in particolare dal disposto dell'art. 9 del decreto e dall'assenza di qualsiasi previsione che precluda l'applicazione delle sanzioni (almeno di quelle pecuniarie e della confisca) in presenza di particolari requisiti di meritevolezza della persona giuridica sul modello delle cause di non punibilità delle persone fisiche.

Seconda precisazione. La responsabilità dell'ente non è identica a quella della persona fisica perché diversi sono i precetti che essi hanno violato ed eterogenee le strutture del rimprovero penale. Sarebbe riduttivo e in fondo errato sostenere che la persona giuridica risponda *per lo specifico reato commesso dall'individuo*. Si realizzerebbe così un'inutile duplicazione punitiva. Più corretto rilevare che il rimprovero cade sulla violazione del dovere di organizzarsi *per prevenire* la commissione di *quel genere di reato* o, con lettura solo un poco diversificata, per l'omessa adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati *del tipo di quello verificatosi*¹¹. Conseguentemente, la colpa di organizzazione configurazione attuale della disciplina.

10 Si pensi a questo proposito a L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 646 ss.

11 Nel primo senso C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in «RTDPE» (2018) 1-2, 187 ss.; nel secondo A. ALESSANDRI – G. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, Giappichelli, 2018, 120. Per una recente scomposizione dell'illecito dell'ente con successiva definizione del *Tatbestand* come nozione comprensiva di pluralità di agenti, inosservanza del dovere di autoorganizzazione, conseguente situazione di disorganizzazione e, infine, fatto tipico

non è mai episodica, ma orientata a classi di reati e intrinsecamente sistematica, per quanto banali ne possano a volte (fortunatamente) essere le implicazioni pratiche.

Quella dell'ente è, insomma, una responsabilità *per relationem* rispetto a quella della persona fisica, ma mai si identifica con essa, sicché il reato rappresenta solo l'occasione, il momento di emersione di un deficit cautelare che rende la persona giuridica concorrente per agevolazione dell'organo o dipendente.

3. Non punibilità di fatto vs non punibilità di diritto per l'ente

Il d. lgs. 231/2001 rimanda l'immagine di un diritto inflessibile che giunge immancabilmente alla punizione dell'ente responsabile, che al massimo, ove ponga in essere costose strategie di resipiscenza, può aspirare ad un'*attenuazione*, ma mai all'*eliminazione*, del complesso di sanzioni previsto.

La realtà però, come spesso accade, è ben lontana dalla sua rappresentazione giuridica. La cifra oscura degli illeciti da reato è amplissima, come segnalato anche di recente da attenta dottrina: peraltro è improprio ricorrere a tale nozione poiché rispetto alla sua originaria caratterizzazione da parte della scienza criminologica, qui è noto il fatto così come gli autori, tanto collettivi che individuali, ma solo questi ultimi vengono perseguiti.

Potremmo chiamarla cifra 'rossa', poiché di ignoto non vi è nulla e ciò che manca, la punizione del soggetto collettivo, segnala chiaramente, come la penna della severa maestra, una patologia nel *modus procedendi* delle Procure della Repubblica; solo nel 10-15% dei casi all'iscrizione nel registro degli indagati delle persone fisiche, in quanto esponenti di vertice o dipendenti della società, segue quella di quest'ultima¹². Un *trichtermodell sui generis* privo di alcuna giustificazione legale¹³.

Le ragioni di un simile stato di cose sono svariate. La necessità di non appesantire le indagini con verifiche ulteriori a quelle necessarie a con-

dell'individuo, E. GRECO, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in «RIDPP» (2019) 4, 2099 ss.

12 C. GASTALDO, *Legalità di impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in «DPC» (7 giugno 2019).

13 Sul notissimo modello a imbuto come rappresentazione grafica dei processi di selezione della criminalità H. J. KERNER, *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung: Erwägungen zum Aussagewert der Kriminalstatistik*, Goldmann, 1973, 25 ss.

durre a giudizio le persone fisiche, la comoda via del coinvolgimento processuale della persona giuridica con la veste del responsabile civile, la recente tendenza ad applicare all'ente le micidiali misure di prevenzione, con tempistiche, modalità, e onere della prova molto più agevoli¹⁴, fino a consentire, ai sensi dell'art. 34 del d. lgs. 159 del 2011, di nominare un amministratore giudiziale per riorganizzare l'ente in conformità alla legge¹⁵.

Vi sono poi le remore per il possibile coinvolgimento di terzi estranei, la tutela delle esigenze occupazionali, il timore di colpire due volte lo stesso centro di interessi soprattutto nei casi delle aziende di più modeste dimensioni, nonché la malintesa assenza di una copertura costituzionale che imponga l'obbligatorietà della contestazione dell'illecito, come invece accade per l'azione penale verso le persone fisiche ai sensi dell'art. 112 (nonostante gli artt. 55 e 59 del decreto siano molto chiari nel vincolare la Procura ad iscrivere nel registro degli indagati l'ente e ad agire verso di esso al ricorrere dei presupposti). La mancanza di un controllo del giudice sull'archiviazione 'chiude il cerchio', rendendo le scelte del Pubblico ministero *vinculis solutae*¹⁶.

La non punibilità di fatto di cui in moltissimi casi beneficia l'ente non è senza ripercussioni sul tema che ci occupa. Come visto, pur nelle loro diverse sfaccettature, gli istituti della non punibilità per la persona fisica rispondono ad una logica di opportunità e hanno come comune deno-

14 Si vedano a questo proposito le riflessioni di A. R. RUGGIERO, *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, in «Cass. pen.» (2019) 9, 3387.

15 Trib. Milano, Decreto 27 gennaio 2017, in «DPC» (4 ottobre 2017) con nota di G. CAPECCHI, *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità* e, ancor più di recente Trib. Milano, Decreto 27 maggio 2020 n. 9, su cui A. ESPOSITO, *Gig economy e recupero della legalità*, in «LP» (31 luglio 2020). Per una recente riflessione in merito alla possibilità di includere, già *de lege lata*, la persona giuridica tra le categorie dei soggetti pericolosi ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale E. TRAVERSARI, *Proporre l'ente collettivo: è plausibile un'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali nei confronti degli enti giuridici?*, in «RTDPE» (2019) 1-2, 402 ss.

16 Peraltro, allorché invece l'ente venga condotto a processo, si registra una marcata severità nella valutazione dell'idoneità del modello organizzativo, ove esistente, da parte dei giudici. Generalmente esso viene reputato inadeguato e questo ha spinto nel tempo le persone giuridiche imputate ad addivenire ad un altissimo numero di definizioni concordate della loro posizione, con svilimento di ogni investimento organizzativo in precedenza effettuato per creare ed efficacemente applicare un modello. Sul punto C. GASTALDO, *Legalità di impresa*, cit.; analoga notazione in A. R. RUGGIERO, *Il futuro della responsabilità degli enti*, cit., 3389 s.

minatore la funzionalità alla deflazione del carico giudiziario: paradigmatico il caso dell'art. 131 *bis*, istituto ispirato all'idea dell'inopportunità di una pena inflitta per un fatto bagatellare¹⁷. Ebbene, rispetto alla responsabilità da reato dell'ente, tale risultato viene già ottenuto, in via informale, prima dell'ingresso della persona giuridica nel circuito giudiziario, sicché oggi non vi è necessità pratica di rinunciare alla punibilità secondo procedure normative formalizzate.

4. La non punibilità immediata dell'ente: prescrizione e cancellazione dal registro delle imprese

Esistono due casi in cui la perseguibilità dell'ente, anche se colpevole, pare arrestarsi.

Il primo è la prescrizione, espressamente disciplinata *dalla legge*, precisamente dall'art. 22 del decreto 231, in termini di causa di estinzione dell'illecito e dunque *nulla quaestio*, al netto delle riserve sulla ragionevolezza della disciplina in sé dal punto di vista della tutela della ragionevole durata del processo a carico dell'ente¹⁸.

Il secondo è imposto *dalla logica* e riguarda la cessazione dell'esistenza giuridica dell'ente, coincidente con la sua cancellazione dal registro delle imprese¹⁹. La giurisprudenza l'ha assimilata alla morte del reo di cui all'art. 150 c.p., operando un'evidente analogia. Per la precisione, la

17 In particolare, rileva come l'istituto della tenuità del fatto miri a contenere la patologia della ipertrofia verticale, che rende la sanzione penale sproporzionata per fatti pur conformi al tipo, ma caratterizzati da esiguo disvalore. C. SCIALLA, *Spire e tentacoli della criptocondanna avviluppano l'ente*, in «Cass. pen.» (2020) 2, 859.

18 Per una riflessione sullo statuto di garanzia della prescrizione nell'ottica costituzionale e convenzionale E. BASILE, *La prescrizione nel D. Lgs. n. 231/2001 al crocevia delle garanzie domestiche e sovranazionali*, in «Soc.» (2018) 2, 213 ss.; nonché, volendo, F. CONSULICH, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in «Riv. 231» (2019) 4, 21 ss.

19 Trib. Torino, 12 gennaio 2007, in «FI» (2007) II, 262; Trib. Milano, 20 ottobre 2011, in «DPC» (26 ottobre 2011); Cass., V, 26 settembre 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44824, in «Cass. pen.» (2013) 7-8, 2781; Cass., II, 10 settembre 2019 (dep. 7 ottobre 2019), n. 41082, Rv. 277107 - 01. Quello delle cause estintive della responsabilità dell'ente è un aspetto trascurato dal legislatore del 2000/2001, con particolare riferimento agli effetti del fallimento, secondo P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in A. CENTONZE – M. MANTOVANI (Edd.), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, 82 ss., che segnala altresì l'opportunità di prevedere come causa di sospensione del procedimento punitivo contro l'ente la contemporanea pendenza di una procedura fallimentare.

Cassazione ha constatato che in questo caso si verifica l'estinzione della persona giuridica imputata ed è impedita la prosecuzione del processo, salvo che la cancellazione sia fraudolenta²⁰, ad esempio quando avvenga dopo l'esercizio della azione penale, senza che la possibile passività costituita dalla sanzione pecuniaria applicabile sia presa in considerazione nel bilancio di liquidazione *ex art.* 2492 c.c. In questi casi si imporrebbe la responsabilità degli autori della rimozione dai registri, che potrebbe integrare, ad esempio, il delitto di cui all'*art.* 2633 c.c.

Ciò posto, ogni assimilazione, se può essere utile a fini orientativi, deve però avere una dimensione relativa e puramente tendenziale. Occorre tenersi lontani da facili parallelismi: diversamente delle persone fisiche, è possibile la riviviscenza dell'ente²¹, ad esempio a seguito della riapertura del fallimento *ex art.* 121 l. fall. e nel caso di fallimento dichiarato *ex art.* 10 l. fall. entro un anno dalla cancellazione²²; soprattutto occorre ricordarsi che le cause di estinzione del reato, essendo norme eccezionali che interrompono la normale sequenza tra reato e pena, non sono estensibili analogicamente²³.

Pare dunque preferibile la tesi secondo cui, fuori da qualunque riferimento, anche implicito, all'*art.* 150 c.p., se è vero che, di regola, la cancellazione dell'ente equivale alla cessazione della sua esistenza ad ogni effetto giuridico, anche di carattere punitivo, in alcune ipotesi la responsabilità dovrebbe sopravvivere anche a tale evenienza. In particolare, ciò sarebbe auspicabile proprio quando si realizzi durante il processo o comunque fraudolentemente: la sanzione opererebbe proprio nei casi in cui si cerchi di eluderla. In questa eventualità al giudice dovrebbe essere consentito applicare la confisca *ex art.* 19 del decreto, individuando

20 Cass., II, n. 41082 del 10 settembre 2019 (dep. 7 ottobre 2019), cit.

21 P. CHIARAVIGLIO, *L'estinzione della società imputata ex d. lgs. n. 231/2001 e la "morte del reo": due varianti dello stesso istituto?*, in «AP» (2020) 2, 1 ss.

22 Anche se la giurisprudenza allo stato lo esclude implicitamente applicando per analogia la disciplina della morte del reo e dell'*art.* 129 c.p.p., si veda ad esempio Cass, II, 10 settembre 2019 (dep. 7 ottobre 2019), n. 41082, cit., vi è chi in dottrina ha evidenziato come l'eventuale condanna dell'ente cancellato potrebbe essere eseguita (almeno per quanto riguarda la sanzione pecuniaria) nei confronti della procedura riaperta, per il tramite dell'insinuazione al passivo, si veda P. CHIARAVIGLIO, *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico*, in «DPC» (11 dicembre 2012), 6 ss.

23 Nello stesso senso P. CHIARAVIGLIO, *L'estinzione della società imputata ex d. lgs. n. 231/2001*, cit., 16.

il *quantum* confiscabile nelle somme di danaro incamerato dai terzi in mala fede all'esito della liquidazione volontaria²⁴.

5. La non punibilità *derivata*. La tassonomia delle ipotesi di esenzione da pena per la persona fisica che agisce nell'interesse dell'ente

Sono molte le forme di non punibilità *dell'agente* che potrebbero rilevare *per l'ente*, perché riguardano fattispecie appartenenti al catalogo dei reati presupposto di cui agli artt. 24 e ss. d. lgs. 231/2001. Occorre dunque riasumerle di seguito, dividendole per categorie omogenee.

5.1. La particolare tenuità del fatto

Primeggia per importanza pratica la fattispecie di cui all'art. 131 *bis* c.p.²⁵, introdotta nel codice nel 2015 dal d. lgs. n. 28. Non è certo questa la sede per un'esegesi approfondita della disposizione, basti qui rilevare come si tratti di un congegno caratterizzato da una dimensione insolitamente oggettiva per le cause di non punibilità, che per lo più trovano invece la ragione d'essere in condizioni o comportamenti personali dell'agente²⁶.

Qui l'attenzione si concentra sulla tenuità dell'offesa, anche se è presente, pur recessivo, il requisito soggettivo della non abitualità del comportamento²⁷. Tanto basta per ritenere che, in caso di concorso di persone, proprio tale ultima condizione osti all'estensione del beneficio ai compartecipi, ai sensi dell'art. 119 c.p.²⁸

²⁴ Riflessioni in questo senso in P. CHIARAVIGLIO, *L'estinzione della società imputata ex d. lgs. n. 231/2001*, cit., 18.

²⁵ Evidenzia C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in «DPC» (2019) 4, 543 come il decumulo bilaterale in questo caso necessita di un intervento legislativo che consenta l'estensione all'ente della non punibilità in presenza di violazioni non occasionali da parte dello stesso.

²⁶ Si tratta comunque di una causa di non punibilità in senso stretto. Così, già C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in «DPC» (2015) 5, 517, secondo il quale «La formulazione del d.l. n. 28/2015 non lascia adito ad incertezze: si tratta di una “mera” circostanza di non punibilità, che esclude l'applicabilità della pena, ma non impedisce l'esistenza del reato e non esclude l'antigiuridicità penale del fatto».

²⁷ Sulla problematicità del requisito della abitualità, anche alla luce della giurisprudenza sul punto, si veda di recente A. NISCO, *Il comportamento abituale come condizione ostativa alla non punibilità del fatto tenue: una rassegna critica*, in «Cass. pen.» (2019) 2, 894 ss.

²⁸ M. MOSSA VERRE, *Le cause di esclusione della punibilità nel sistema della respon-*

Le fattispecie presupposto della responsabilità dell'ente cui è astrattamente applicabile sono moltissime: il limite edittale dei cinque anni di reclusione consente di ricorrervi, tra gli altri casi, per i reati informatici *ex art. 24 bis*, quelli contro l'industria e il commercio (art. 25 *bis.1*), le false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c. e vari altri reati societari, molti delitti ambientali non codicistici di cui all'art. 25 *undecies*, le lesioni colpose aggravate *ex art. 590 comma 3 c.p.*

È noto che alcuni Autori hanno sostenuto che la non punibilità, in questi casi, potesse riguardare anche l'ente. Si tratta all'evidenza di una posizione che presenta aspetti critici. È vero che l'art. 8 sancisce l'irrelevanza rispetto alla responsabilità dell'ente delle sole cause di estinzione del reato diverse dall'amnistia, ma non è altrettanto vero che un'estensione della sua portata preclusiva anche alle cause di non punibilità veicolarebbe un effetto *in malam partem* ottenuto analogicamente²⁹.

Siffatta lettura dimentica che l'art. 8 non esprime una *regola* tassativa, ma un *principio* generale, riafferma cioè l'autonomia dei due rimproveri, individuale e collettivo³⁰, e ciò, reagendo con la natura eccezionale delle cause di non punibilità, queste sì per loro statuto inestensibili analogicamente, conduce all'unico risultato interpretativo possibile, ovvero che, salvo che la legge non disponga altrimenti, la persona giuridica è sempre punibile, allorché un fatto penalmente illecito sia stato commesso da una persona fisica.

sabilità degli enti: il caso della particolare tenuità del fatto, in «RIDPP» (2020) 1, 298. In argomento si veda anche A. NISCO, *Il comportamento abituale*, cit., 894.

²⁹ G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della punibilità*, in «RP» (2019) 1, 5; E. PIRGU, *Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d. lgs. 231/2001*, in «DPC» (2018) 4, 187; P. CIRILLO, *L'estensione della particolare tenuità del fatto al vaglio della Cassazione*, in «DPC» (2018) 5, 171 ss.; A. SCARCELLA, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. non si applica all'ente*, in «Riv. 231» (2018) 2, 227; ID., *C'è ancora spazio per la responsabilità dell'ente se il fatto è di particolare tenuità?*, in «Riv. 231» (2016) 1, 119; P. CORSO, *Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, in «Quotidiano Ipsoa» (24 marzo 2015). Analoga posizione si ricava dalle *Linee Guida della Procura di Palermo in tema di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, analizzate da G. ALBERTI, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee guida della Procura di Palermo*, in «DPC» (2 luglio 2015). Nella giurisprudenza di merito si vedano anche le decisioni, inedite, del Trib di Milano, 4 ottobre 2016 (dep. 18 novembre 2016), giud. Vanore e Trib. Milano, 23 gennaio 2018 (dep. 7 febbraio 2018), giud. Busacca, citate da M. MOSSA VERRE, *Le cause di esclusione della punibilità*, cit., 284, nt. 17.

³⁰ Sia consentito il rinvio a F. CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in «Riv. 231» (2018) 4, 197 ss.

È questo il caso dell'art. 131 *bis*, che non si può negare presupponga un reato integrato in tutti i suoi elementi. Di questa opinione è peraltro la Cassazione, che ha rilevato la natura di “criptocondanna” (secondo il lessico di Spangher³¹) del proscioglimento *ex art. 131 bis*, tanto che esso viene trascritto nel casellario giudiziale e ha effetti di giudicato ai sensi dell'art. 651 *bis* c.p.p.³².

A nulla vale, invocare esigenze di *extrema ratio*, frammentarietà, uniformità di trattamento tra ente e individuo e *favor libertatis*. A fronte del chiaro assetto del sistema, si veicolerebbe un approccio antiformalistico e preterlegale che rappresenta, seppure per scopi garantistici immediati, una caduta del tasso generale di legalità dell'ordinamento.

Il fatto che il requisito della non abitualità del comportamento abbia una dimensione individuale e soggettiva che non si attaglia alla persona giuridica interviene *ad adiuvandum* rispetto a tale conclusione.

Insomma, non solo l'interpretazione sistematica, ma anche ragioni, per così dire, ‘criminologiche’ conducono ad escludere la rilevanza per l'ente dell'istituto in analisi: come già detto, una volta che il reato presupposto si sia realizzato in presenza dei requisiti imputativi di cui agli art. 5 e ss. esso non può mai dirsi tenue, poiché consegue ad una *défaillance* dell'organizzazione che in quanto tale assume natura procedurale e strutturale.

5.2. I reati procedibili a querela, tra improcedibilità, remissione e condotte riparatorie

Diverso il caso dei reati procedibili a querela, la cui mancata punizione può conseguire a vari meccanismi, di possibile rilevanza anche per l'en-

31 G. SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, in www.dirittojustiziaminorile.it, 2015, 20.

32 Cass., III, 17 novembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018), n. 9072, in «FI» (2018) II, 275 e in «DPC» (5 aprile 2015) con nota di E. PIRGU, *Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d. lgs. 231/2001*. In senso adesivo alla decisione si veda S. BELTRANI, *Non punibilità del reato presupposto per particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti*, in «Riv. 231» (2019) 1, 217. Successivamente, nello stesso senso, si è espressa Cass., III, 23 gennaio 2019 (dep. 15 marzo 2019), n. 11518, in «RIDPP» (2020), 280, con nota di M. MOSSA VERRE, *Le cause di esclusione della punibilità*, cit., nonché Cass., III, 10 luglio 2019 (dep. 15 gennaio 2020), n. 1420, in «Sist. pen.» (19 febbraio 2020), con nota di F. FURIA, *La Cassazione ribadisce che l'art. 131-bis c.p. non esclude la responsabilità da reato degli enti*.

te, pur se molto meno frequenti nella prassi rispetto all'art. 131 *bis*, data la procedibilità di ufficio di quasi tutti i reati presupposto (il caso più rilevante è l'ipotesi lieve di falso in bilancio).

Partendo dal più recente, ci si trova di fronte ad un altro istituto dell'ultimo quinquennio, questa volta risalente alla l. n. 103 del 2017, l'art. 162 *ter* c.p. che estingue il reato a seguito della realizzazione di condotte riparatorie da parte dell'autore del fatto. È evidente che l'omessa considerazione dell'ipotesi in una disposizione relativa alla responsabilità dell'ente, in uno con la natura personale della condotta riparatoria, porta ad escludere riflessi favorevoli per la persona giuridiche³³.

Nessun dubbio nemmeno per le remissione della querela, che è causa di estinzione del reato prevista espressamente solo per la persona fisica (art. 152 comma 1 c.p.). È vero che l'art. 155 c.p. prevede il principio estensivo dell'effetto della remissione per i correi, ma si riferisce evidentemente ai soli complici persone fisiche. Certo, si potrebbe discutere in merito alla opportunità di accomunarne il regime alla mancata presentazione della stessa, che ai sensi dell'art. 37 del decreto implica l'improcedibilità dell'azione tanto nei confronti dell'ente che della persona fisica³⁴. *De lege lata* non si può che constatare che la responsabilità della persona giuridica è il frutto di un giudizio collettivo, basato sulla natura sistemica e tendenzialmente sempre grave della colpa di organizzazione, e dunque è insensibile alla rivalutazione della vicenda da parte del singolo querelante.

33 G. DE SIMONE, Sub *art. 8*, in AA. Vv., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Ipsos, 2019, 346.

34 In proposito si veda G. DE SIMONE, Sub *art. 8*, cit., 344, nonché di G. MANCUSO, Sub *art. 37*, in AA.Vv., *Compliance*, cit., 904 che rileva come *prima facie* sembri paradossale che la remissione della querela comporti la sopravvivenza della punibilità, mentre in caso di mancata presentazione della stessa l'illecito dell'ente sia improcedibile, ma plurime sono in realtà le spiegazioni. Una volta che la querela sia stata sporta, è sempre possibile, alla luce dell'art. 129 comma 2 c.p.p. una valutazione di merito per giungere ad una formula liberatoria più favorevole e dunque sarebbe possibile a seguito della remissione valutare incidentalmente la sussistenza del reato. Inoltre, essendo quello di autonomia della responsabilità dell'ente un principio generale, come chiarito anche dalla Cassazione S.U., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, e Cass., VI, 10 novembre 2015 (dep. 7 luglio 2016), n. 28299, in «DPP» (2017) 7, 934, una volta che la querela sia stata sporta, i destini dei due imputati procedono separatamente. Probabilmente tale assetto mira ad evitare la privatizzazione della perseguibilità dell'ente una volta che sia stata attivata.

5.3. *Le varie figure di monetizzazione della punibilità*

Il legislatore più volte, con disposizioni ora generali, ora ben più settoriali, ha 'barattato' la punibilità del reato con il pagamento di una somma di danaro, a vario titolo qualificato, ma in fondo sempre ispirato alla logica '*solve et absolvito*'³⁵.

Beninteso, si tratta di una scelta che, in alcune occasioni, è del tutto razionale. Ad esempio, in questo quadro, l'oblazione è pur sempre funzionale ad obiettivi di tutela dell'interesse protetto e vi è comunque il ricordo della sanzione nella somma pagata. In particolare, ciò vale nel caso dell'art. 162 *bis* c.p. (che richiede una verifica giudiziale sull'assenza di conseguenze del fatto) e dell'oblazione speciale prevista per le contravvenzioni ambientali (rilevante per l'ente *ex art. 25 undecies*)³⁶, in cui l'adempimento delle prescrizioni imposte dagli organi accertatori e il pagamento in via amministrativa di una somma pari ad un quarto della sanzione pecuniaria, ove non siano persistiti effetti dannosi o pericolosi derivanti dal reato commesso, conducono all'estinzione del reato (artt. 318 bis ss. d.lgs. 152 del 2006).

Qui, peraltro, a molte delle prescrizioni il cui adempimento genera l'effetto favorevole ottempera direttamente l'ente (e lo stesso è a dirsi per il pagamento della somma dovuta), per cui sarebbe auspicabile il coinvolgimento nella non punibilità della persona giuridica, sempre tramite apposito intervento legislativo che inserisca un'autonoma causa di improcedibilità a beneficio di quest'ultima³⁷. Ad oggi, però, trattandosi di una causa di estinzione del reato, l'oblazione non spiega effetti rispetto alla responsabilità dell'ente, coerentemente al disposto dell'art. 182 c.p.

Molto meno commendevole è invece lo scambio tra un prezzo e la non punibilità nel caso dei reati tributari ai sensi dell'art. 13 comma 2 d. lgs. 74 del 2000 (esteso oggi anche ai delitti di cui agli artt. 2 e 3 del medesimo decreto). Si tratta di una previsione che deve essere ora indagata an-

35 Così T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 426.

36 Sull'ambito di interferenza tra le varie forme di oblazione, non solo quelle speciali ma anche quelle codicistiche, e il d. lgs. 231 si veda E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reati degli enti tra premialità e non punibilità*, in «Sist. pen.» 3 giugno 2020, 3.

37 Così C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 546 s. Ritiene ingiustificata la non estensione all'ente della non punibilità F. PALAZZO, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in «DPC» (2018) 1, 333.

che nell'ottica della responsabilità dell'ente dopo l'introduzione dell'art. 25 *quinquiesdecies* nel catalogo dei reati presupposto, grazie alla l. 157 del 2019 e alla legge di recepimento della direttiva PIF.

Ma già prima ne avevamo saggiato l'interazione con il d. lgs. 231/2001 rispetto ai delitti di riciclaggio e autoriciclaggio, reati presupposto della responsabilità dell'ente, ma oggetto di una causa di non punibilità in caso di *voluntary disclosure* ai sensi dell'art. 5 *quinquies* del d.l. 167 del 1990, introdotto dalla l. 186 del 2014.

Ci troviamo qui di fronte ad autentici *negozi giuridici di diritto penale* tra il privato e l'ordinamento, in cui i vantaggi per il secondo sono eccentrici rispetto a qualsiasi finalità preventiva o reintegrativa, ma hanno natura puramente riscossiva e finiscono per ratificare un'illegalità di massa. Non si può che concordare con chi ha escluso, in considerazione dell'assenza di una qualsiasi norma estensiva, che gli enti potessero beneficiare della non punibilità³⁸, il che peraltro genera effetti collaterali notevoli. Colui che decide di accedere alla causa di non punibilità finisce per denunciare, per fatti concludenti, la persona giuridica nel cui interesse ha agito.

5.4. *La non punibilità per ragioni di prevenzione speciale*

Da ultimo, si pongono altre due discipline che assicurano la non punibilità, accomunate dal fondamento special-preventivo.

Nella prima ipotesi, la ragion d'essere del beneficio risiede in particolare nella collaborazione processuale nel caso dei reati di corruzione e turbativa d'asta e premia coloro che, prima di essere indagati e comunque entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncino e forniscano informazioni utili ad assicurare le prove del reato e a individuare gli altri responsabili (art. 323 *ter* c.p., introdotto dalla famigerata legge spazzacorrotti n. 3 del 2019).

Evidentemente anche questa causa di non punibilità non è estensibile all'ente, essendo strettamente personale; vi è chi ha auspicato una

38 Così F. D'ARCANGELO, *Gli effetti penali della voluntary disclosure e la responsabilità da reato degli enti*, in «Riv. 231» (2015) 2, 19; nello stesso T. GUERINI, *Clausole di esclusione della punibilità e responsabilità degli enti*, in «Riv. 231» (2016) 1, 135, che rileva altresì come non possa estendersi al peculiare tipo di concorrente rappresentato dall'ente il beneficio dell'art. 5 *septies* comma 5, l. 167 del 1990, valido per le persone fisiche, in quanto la persona giuridica non sarebbe un concorrente.

previsione legislativa analoga per la persona giuridica, senza negare però una serie di problemi pratici da superare, tra cui l'individuazione del soggetto preposto a comunicare le informazioni rilevanti a nome dell'ente e la definizione di presidi che impediscano alla misura di fungere da arma per rese dei conti interne e comunque di costruire comodi capri espiatori³⁹. Peraltro, la legge spazzacorrotti è intervenuta sul d. lgs. 231, ma con poca acribia, affastellando una serie di condotte riparatorie ulteriori rispetto a quelle previste nel decreto fin dal 2001, ponendole come condizione per evitare le aumentate sanzioni interdittive per i delitti contro la P.A. di cui all'art. 25⁴⁰. In prospettiva è comunque auspicabile che il legislatore trovi un modello di collaborazione processuale anche per la persona giuridica, posto che la *partnership* pubblico-privato per garantire l'emersione dell'illecito è un'opzione adottata anche da altri ordinamenti⁴¹.

39 C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 547 s. Sulla necessità di incentivare adeguatamente, sulla base di una disciplina certa, la collaborazione dell'ente con le agenzie del controllo penale, onde favorire l'emersione dell'illecito, si vedano M. MANTOVANI, *Il d. lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, e F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d. lgs. n. 231/2001*, entrambi in A. CENTONZE – M. MANTOVANI (Edd.), *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., rispettivamente 117 ss. e 286 ss.

40 Parla a questo proposito di un coacervo di premi che sfigura la linearità della disciplina originaria, C. PIERGALLINI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, in «DPP» (2019) 6, 747.

41 Il punto è stato tematizzato da F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d. lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in «RIDPP» (2017) 3, 980 ss. ci si può riferire, in contesto statunitense ai *Deferred prosecution agreements* e ai *non prosecution agreements* statunitensi, su cui si vedano, tra i moltissimi contributi, i lavori di J. ARLEN – M. KAHAN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in «U. Chi. L. Rev.» (2017) 84, 323; J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in «J. Legal Analysis» (2016) 8, 191, nonché, in senso spesso critico D. M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in «Md. L. Rev.» (2013) 173, 1295, in particolare 1331-1336. Si legga anche J. EPSTEIN, *Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of Unconstitutional Conditions*, in A. S. BARKOW – R. E. BARKOW (Edd.), *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York Univ Pr, 2011, 38 ss. Con riferimento alle esperienze europee, A. MANGIARACINA, *Persone giuridiche e alternative al processo: i deferred prosecution agreements nel Regno Unito e in Francia*, in «Cass. pen.» (2018) 6, 2183 ss. Con specifico riferimento al contesto francese M. GALLI, *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla convention judiciaire d' «intérêt public»*, in «RIDPP» (2018) 3, 1285 ss. Per una riflessione critica sui vari modelli di alternative al processo e alla sanzione per gli enti E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione*, cit., 22 ss.

La seconda ipotesi è la messa alla prova con estinzione del reato in caso di esito positivo della stessa ai sensi dell'art. 168 *bis* c.p. Il contenuto sanzionatorio non detentivo veicola finalità specialpreventive molto evidenti⁴². L'istituto certamente oggi non può esplicare alcun effetto nei confronti dell'ente, essendo strettamente connesso all'opzione processuale e al programma trattamentale della persona fisica, ma potrebbe *de lege ferenda* essere ripensato anche per la persona giuridica, magari modulando diversamente il commissariamento di cui all'art. 15, sul modello delle esperienze del *corporate probation* americano e del *placement sous surveillance judiciaire* francese⁴³.

In conclusione, di fronte all'impetuosa proliferazione delle cause di non punibilità via via introdotte in generale per le persone fisiche in questi ultimi anni, nessuno degli istituti qui analizzati è apparso idoneo ad influire sulla sequenza illecito-sanzione disegnata dal d. lgs. 231/2001. A maggior ragione, ciò vale per le cause di estinzione del reato, ad eccezione dell'amnistia, come chiarito senza possibilità di equivoco dall'art. 8 comma 1, lett. b)⁴⁴. Da questo punto di vista non c'è distinzione tra quelle contemplate dalla parte generale del codice e quelle previste *ad hoc*, spesso a seguito di condotte in senso lato reintegrativo-riparatorie; proprio nell'ottica della responsabilità della persona giuridica, alcuni reati presupposto assicurano l'esenzione da pena come premio per tali comportamenti: esemplari qui le ipotesi di restituzione degli utili o ricostituzione delle riserve o del capitale o il risarcimento del danno ai cre-

42 Il contenuto sanzionatorio e la natura sostanziale della messa alla prova sono stati evidenziati da Cass., SU, 31 marzo 2016 (dep. 1 settembre 2016), n. 36272, in «RI-DPP» (2017) 2, 827 ss., con nota di L. PELLEGRINI, *Sospensione del procedimento penale con messa alla prova: le circostanze non rilevano nella determinazione della pena edittale*, e dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 68 del 2019, in particolare al § 3.2.1. del considerato in diritto e nella sentenza n. 75 del 2020, §§ 3.1.1. e 3.4.3. Sulla natura e le funzioni della messa alla prova, si veda per tutti, M. MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Giappichelli, 2020, 69 ss. La Corte cost., nella sent. n. 91 del 2018, ha rilevato che messa alla prova realizza un trattamento non eseguibile coattivamente, non conseguente ad una dichiarazione di colpevolezza, ma comunque alternativo alla pena che sarebbe stata applicata in caso di condanna.

43 G. FIDELBO – R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in «Riv. 231» (2016) 4, 2. Anche E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione*, cit., 28, ne auspica, *de lege ferenda*, la trasposizione nel contesto del decreto 231 in considerazione di un'affinità concettuale con le previsioni di cui agli art. 49 e 78.

44 Sulla distinzione tra cause di estinzione del reato e cause di non punibilità si rimanda, tra gli altri, a G. PIOLETTI, *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., 527.

ditori prima del giudizio, variamente contemplate agli artt. 2627 comma 2, 2628 comma 3, 2629 comma 2 e 2633 c.c.⁴⁵.

6. La punibilità di organizzazione. Schizzo di una categoria indefettibile ma graduabile

All'esito della nostra analisi è possibile concludere che, se vi è spazio per una valutazione di non punibilità dell'ente, questo è molto ristretto e dipende da esplicite disposizioni del d. lgs. 231 o dalla cessazione dell'esistenza giuridica della persona collettiva. Non è invece presente, allo stato, alcuna astensione dalla pena *par ricochet* dalle cause di non punibilità valide per la persona fisica.

Oggi, rispetto all'ente molto più che rispetto all'individuo, ha senso descrivere la punibilità come il «dover essere della pena dopo la commissione del reato»⁴⁶ (qui, *rectius*, dell'illecito da reato), collocato nello spazio logico tra la possibilità astratta della sanzione e la sua applicabilità concreta, tra il momento in cui si avvera l'ultimo degli elementi dell'illecito e l'esecuzione della condanna⁴⁷.

Per come è stata conformata la disciplina, emerge una stretta consequenzialità tra illecito e sanzione: agli occhi del legislatore del 2001, con un'impostazione confermata fino ad oggi, le dimensioni e le connotazioni del rimprovero all'ente conducono ad una punibilità indefettibile, salvo le due eccezioni sopra indicate, vale a dire la prescrizione e l'estinzione della persona giuridica.

Una scelta politico-criminale non priva di ragioni: il fulcro della responsabilità poggia sulla colpa di organizzazione, che si manifesta inesorabilmente con tratti di sistematicità e serialità. Ci si imbatte, infatti, in procedure carenti e opache distribuzioni di compiti e ruoli e in rischi che superano per scala le potenzialità offensive della condotta individuale. Ecco perché, se quest'ultima può presentare caratteristiche di esiguità e occasionalità tali da meritare l'astensione della punibilità o la sostituzione della sanzione penale con forme degradate di censura, il fatto dell'ente, cioè l'agevolazione all'illecito della persona fisica, supera

⁴⁵ Come ricordato, da ultimo, da G. DE SIMONE, *Sub art. 8*, cit., 344.

⁴⁶ Così A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause estintive del reato*, in «RIDPP» (1967), 480.

⁴⁷ Così G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Giappichelli, 1942, 382, 387.

sempre il minimo disvalore necessario ad attivare una risposta sanzionatoria.

La riparazione/reintegrazione del danno, che è spesso ragione di non punibilità dell'individuo, diventa per l'ente un mero motivo di modulazione dell'articolato schema sanzionatorio: irrinunciabili la confisca e le sanzioni pecuniarie, possono al più essere detratte quelle interdittive.

La dominante collettiva dell'azione dell'ente, in quanto diversa dalla mera somma delle condotte individuali dei soggetti che lavorano nell'organizzazione, giustifica l'irrilevanza della non punibilità dei singoli: si tratta insomma di due piani di responsabilità irrelati⁴⁸.

A nulla vale rilevare una disomogeneità di trattamento tra individuo ed ente, poiché le differenze strutturali tra le due imputazioni, i due rimproveri e le due attitudini alla sanzione sono tali da rendere il disvalore espresso dai due contributi sempre sistematicamente eterogeneo, pur all'interno di un meccanismo di tipo concorsuale, sì da giustificare esiti profondamente divaricati⁴⁹.

La notazione per cui, in base all'art. 8, quel che è sufficiente a generare una responsabilità dell'ente è la ricorrenza di un fatto illecito e che le vicende della punibilità non ineriscono alla configurazione del reato⁵⁰

48 Sul punto, chiaramente, G. P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, 202; nella dottrina italiana segnala come storicamente la responsabilità penale delle corporazioni si affacciò solo quando all'universitas si riconobbe una distinta personalità giuridica G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Edizioni ETS, 2012, 38; e, in precedenza, sulla diversità della responsabilità penale dei gruppi rispetto a quella delle persone giuridiche A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010, 196 ss.

49 Per C. E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, CEDAM, 2003, 17 ss.; ID., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., 191, in presenza di un reato commesso nell'interesse dell'ente ci si troverebbe di fronte ad un unico illecito che coinvolge due tipi di autore. In giurisprudenza, nel medesimo senso, Cass., S.U., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, in «RIDPP» (2008) 4, 1746 ss.

50 In questo senso anche V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018, 393; T. GUERINI, *Clausole di esclusione*, cit., 127. In giurisprudenza si veda Cass., VI 10 novembre 2015 (dep. 7 luglio 2016), n. 28299, in «Cass. pen.» (2017) 11, 4495 con nota di J. SACCOMANNI, *La disciplina sulla prescrizione dell'illecito amministrativo dell'ente di cui al d. lgs. n. 231/2001 non presenta profili di illegittimità costituzionale*.

conferma in chiave dogmatica l'intrasmissibilità di queste ultime dall'individuo alla persona giuridica⁵¹.

Insomma, per la responsabilità degli enti bisogna sempre prendere in considerazione un disvalore ulteriore e più grave, come logicamente deriva dalla constatazione che il reato presupposto rappresenta solo una parte dell'illecito della persona giuridica. Proprio per questo nell'ottica della responsabilità degli enti sono giustificate misure che finiscono per impattare anche su terzi estranei al fatto (clienti, dipendenti, indotto): il *vulnus* sarebbe ingiustificato se non contemplantimo anche il *disvalore di organizzazione*, dato dalla reiterazione e sistematicità delle condotte inosservanti delle procedure preventive del reato e dal malgoverno delle capacità lesive di un'organizzazione, quasi sempre ben superiori a quelle che si sono manifestate nel caso concreto⁵².

A ben vedere il caso opposto - un disvalore marcato della persona fisica che sovrasta quello dell'ente - è già disciplinato esplicitamente dal decreto. Di fronte ad un reato commesso dal soggetto apicale o subordinato per interessi quasi esclusivamente propri al cospetto di una disorganizzazione minima della persona giuridica si applica la riduzione della sanzione pecuniaria cui all'art. 12 comma 1, lett. a), e comunque il giudice deve tenere conto di siffatta criminogenesi nella commisurazione verso il minimo della sanzione *ex art. 11*, sempre che non si possa giungere ad integrare l'esimente dell'art. 6 del decreto nel caso in cui l'agente sia un soggetto apicale.

Un'ultima notazione in merito all'assenza di interferenza tra i profili di punibilità dell'individuo e quelli dell'ente. Non vale obiettare che, sulla base dell'impostazione illustrata, la persona giuridica sarebbe punibile prima della realizzazione di una condizione obiettiva di punibilità nei reati che ne contemplanano una⁵³.

51 Per quanto certo non sia un argomento decisivo, la non equivoca presa di posizione della relazione ministeriale al decreto sull'inesistibilità delle cause di non punibilità della persona fisica alla persona giuridica è un dato da considerare. Cfr. Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001, 11: «Le cause di estinzione della pena (emblematici i casi di grazia e indulto), al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, delle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato».

52 Rileva V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., 394, che un fatto qualificabile come particolarmente tenue dal punto di vista dell'individuo può rivelarsi invece concretamente offensivo per l'ente di fronte a gravi carenze organizzative.

53 Tema affrontato in modo problematico da G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e*

Per quanto esterne al fatto in senso sistematico, pregiudizialmente estranee all'imputazione causale e soggettiva, esse appartengono all'incriminazione in quanto suoi elementi essenziali, come è dimostrato dal fatto che in loro assenza, e finché non si realizzano, il tipo non assume alcun rilievo giuridico, non solo penale, ma per ogni effetto, dalla possibilità di formulare un'imputazione alla richiesta del risarcimento del danno da reato⁵⁴. L'art. 44 c.p. si riferisce, dunque, a condizioni *generali ed oggettive* richieste dalla legge per attribuire rilevanza giuridica ad ogni scopo (quindi anche ai fini 231) alla condotta della persona fisica; si tratta di un fenomeno normativo ben diverso delle cause di non punibilità, che sono *strettamente personali*, in quanto legate, anche nel caso dell'art. 131 *bis*, a requisiti che rimandano ad una qualità o posizione del soggetto agente persona fisica o ad una condotta più o meno immediatamente successiva dell'agente e soggiacciono ad uno stretto principio di personalità (art. 182 c.p.)⁵⁵.

La punibilità dell'ente è dunque una categoria resiliente verso l'esterno, resistente ad ogni forma di esenzione motivata da logiche premiali, riscossive o clemenziali, suscettibile solo di una degradazione della sanzione nei casi di massima collaborazione dell'organizzazione, ai sensi degli artt. 12, comma 2, e 17 del decreto⁵⁶.

responsabilità da reato, cit., 361; M. MOSSA VERRE, *Le cause di esclusione della punibilità*, cit., 294. Si noti peraltro che allo stato l'unica condizione obiettiva di punibilità menzionata tra i reati presupposto dell'ente è la contravvenzione di omessa bonifica dei siti contaminati, di cui all'art. 257 del d. lgs. 152 del 2006, ai sensi dell'art. 25 *undecies* del d. lgs. 231/2001, almeno secondo la ricostruzione di Cass., III, 14 marzo 2007 (dep. 9 luglio 2007), n. 26479, in «Amb. Svil.» (2008) 2, 132.

54 Nello stesso senso M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1041, nt. 12. Per un inquadramento sistematico delle condizioni obiettive di punibilità, in chiave teleologica improntata a valutazioni di utilità L. CORNACCHIA, *La punibilità sub condicione*, in «Leg. pen.» (12 dicembre 2017), 30 e più di recente, nell'ottica del superamento della disciplina di cui all'art. 44 c.p., V. MASARONE, *Contributo ad uno studio sulle condizioni obiettive di punibilità*, ESI, 2019, 201 ss.

55 G. DE SIMONE, *Sub art. 8*, cit., 346 ritiene che sia difficilmente immaginabile una responsabilità dell'ente che preceda e prescindendo dalla condizione di punibilità, anche in considerazione delle ragioni di opportunità che esse sottendono e che valgono tanto per la persona fisica che per l'ente. Come evidenziato da tempo, la *ratio* della non punibilità è variabile e priva di parametri cogenti, tanto dunque da non precludere al legislatore di introdurre una causa di non punibilità puramente oggettiva che abbia rilevanza per tutti i compartecipati, così M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., 68 s.

56 Rileva come gli artt. 12 e 17 del decreto 231 rappresentino un momento di svolta nell'idea punitiva sottesa all'interno sistema penale M. DONINI, *Compliance, negozia-*

Per la persona giuridica la punibilità è la categoria dell'indefettibile punizione, la cui funzione è razionalizzare la *graduazione della sanzione*, non già racchiudere e ordinare le *variae causarum figurae* dell'*esenzione dalla pena*.

7. Sintesi (*in progress*): sulla necessità politico-criminale di una sanzione indefettibile per l'ente

L'impronta originaria del decreto è dunque nel senso della punibilità come preciso vincolo di sistema, rinveniente dal testo al di là delle volontà del legislatore storico. A ben vedere ne è riprova la stessa logica della prescrizione di cui all'art. 22, pensata per permanere oltre ogni vicenda che affligga la persona fisica e mitigata appena dall'ipotesi di decadenza dalla contestazione nel caso in cui il reato presupposto si sia prescritto già prima della contestazione dell'illecito all'ente (art. 60 del decreto).

Si potrebbe criticare l'assetto esistente e in particolare due sono le disarmonie meritevoli di correzione perché foriere di cortocircuiti applicativi.

In primo luogo, la non punibilità potrebbe rappresentare il migliore premio per le forme più determinanti di collaborazione con l'autorità giudiziaria. L'ente che segnala l'illecito all'autorità giudiziaria oggi potrebbe esporsi a conseguenze sanzionatorie e preferire di tacere le informazioni che ha avuto in merito a fatti commessi da funzionari intermedi nell'organigramma o dai vertici a seguito di un cambio di amministratori⁵⁷.

In secondo luogo, occorre rimodulare le conseguenze del pagamento del debito tributario quale causa estintiva della responsabilità della persona fisica: qui il ravvedimento fiscale della persona fisica, dovendo precedere l'apertura del procedimento penale per produrre i suoi effetti favorevoli (ex art. 13 comma 2 d. lgs. 74/2000), costituisce una denuncia per l'ente, dalle cui casse peraltro per lo più deriva la provvista per il pagamento⁵⁸. Il medesimo discorso vale per le varie figure di oblazione,

lità e riparazione dell'offesa nei reati economici, in E. DOLCINI – C. E. PALIERO (Edd.), *Studi in onore di Dolcini*, II, Giuffrè, 2018, 590 ss.

⁵⁷ Lo evidenzia già A. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 981.

⁵⁸ La circostanza è segnalata già da A. INGRASSIA, *Il bastone (di cartapesta) e la ca-*

di cui abbiamo in precedenza discusso (§ 5.3.), ad oggi inestensibili alla persona giuridica.

A noi pare che, a parte questi possibili correttivi, quella del legislatore del 2001 sia stata la scelta più lungimirante: il mantenimento, in ogni caso, della sanzione pecuniaria e della confisca evita che l'attivazione di meccanismi estintivi della responsabilità *ex post* sia sufficiente ad evitare la sanzione, disincentivando l'adozione *ex ante* di idonee cautele preventive, le uniche che oggi, integrando i requisiti dell'art. 6, sono in grado di evitare *tout court* la sanzione.

Prevedere una non punibilità dell'ente, soprattutto per condotte successive di carattere riparatorio e reintegrativo, avrebbe come conseguenza più che probabile la decisione consapevole del *management* aziendale di posporre ogni cautela all'eventuale commissione del reato e all'ancor più eventuale indagine da parte della Procura, nella certezza che nel *worst case scenario* il comportamento successivo garantirebbe comunque l'impunità.

Ferma dunque la possibilità di riconoscere una attenuazione della punibilità, dilatata temporalmente fino alla fase esecutiva *ex art.* 78 (con la conversione delle misure interdittive in pecuniarie), la punizione economica (ivi compresa la confisca) deve permanere ineliminabile, come incentivo ad adottare preventivamente il modello in quanto unico strumento di esonero da responsabilità.

Naturalmente le nostre sono constatazioni provvisorie, o meglio valide *sub condicione*: data la fortuna che sta conoscendo la categoria della non punibilità, è ben probabile che perderanno di valore non appena quest'ultima attecchisca anche sul terreno della responsabilità dell'ente. In questa eventualità finirebbe per perdersi l'intima razionalità della disciplina del 2001, ma si sa che il legislatore è da sempre poco interessato all'"idea dello scopo" applicata al diritto penale⁵⁹.

rota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario, in «DPP» (2020) 3, 315.

⁵⁹ Il riferimento va naturalmente allo studioso che qui si onora, L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

IL TORPORE DEL 'BUON SENSO' GENERA INCUBI. A PROPOSITO DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO

Giovannangelo De Francesco

1. Sospensione della prescrizione e retroattività: una disputa che ritorna

Tra le molte questioni emerse – o riemerse - in occasione delle recente vicenda epidemica ha fatto nuovamente la sua comparsa quella collegata alla disciplina della prescrizione del reato. In particolare, ci si è interrogati circa la possibilità di ammettere l'applicazione retroattiva del prolungamento dei tempi di prescrizione anche con riguardo a fatti anteriori all'entrata in vigore del regime sospensivo dei processi – e della prescrizione medesima - collegato all'emergenza sanitaria.

Orbene, premesso che – come non sono in pochi a riconoscere – le esigenze postulate dalla gravità ed eccezionalità del fenomeno non sembrano rendere del tutto irragionevole una risposta positiva, un ostacolo insormontabile alla retroattività *in malam partem* potrebbe derivare, nondimeno, dal carattere inderogabile del principio sancito dall'art. 25, 2° comma Cost., laddove si ritenga ch'esso venga a 'coprire' qualsiasi modifica sfavorevole rispetto alla disciplina vigente al momento del fatto.

Le soluzioni prospettate dagli 'addetti ai lavori' con riguardo ad una simile tematica sono ben lunghi, tuttavia, dal registrare l'adozione di un punto di vista sufficientemente omogeneo. Ed invero, mentre, secondo una tendenza radicale, il suddetto principio costituzionale verrebbe ad escludere qualsiasi possibilità di ammettere l'operatività della sospensione, altri interpreti hanno invece tentato – pur seguendo percorsi differenti – di legittimare l'applicazione del nuovo regime anche a fatti precedenti la sua introduzione: ora assumendo che, già in linea di principio, la garanzia dell'irretroattività non presenterebbe la medesima valenza per tutti gli istituti incidenti sulla punibilità, ora valorizzando l'idea che la sospensione (od anche l'interruzione) della prescrizione dovrebbero essere letti in un'ottica più squisitamente processuale, ora facendo leva sulla circostanza che la recente norma sulla sospensione troverebbe pur sempre la propria base di riferimento nel disposto dell'art. 159

c.p. (“in ogni caso in cui la sospensione del procedimento è imposta da una particolare disposizione di legge”), ora rimarcando il fatto che, a tacer d’altro, non si tratterebbe di legittimare una ‘rivisitazione’ *in malam partem* di un regime già esistente, bensì di constatare soltanto l’introduzione nel sistema di una particolare ipotesi di sospensione, come tale dotata di una sua propria rilevanza (accanto alle altre) all’interno dell’ordinamento penale.

2. Critiche alle diverse opinioni in materia. Il contributo di riflessione di un processualista

Se ben si guarda, non è difficile accorgersi, tuttavia, come le tendenze sopra delineate si rivelino, in misura più o meno accentuata, difficilmente condivisibili.

Il ‘punto caldo’ dell’intera questione sembrerebbe, a prima vista, dover essere ravvisato nella visione ‘massimalista’ dei contenuti della suddetta garanzia costituzionale: beninteso, non nel senso che possa mettersi in dubbio il suo carattere inderogabile (ma sull’argomento dovremo tornare), quanto invece nell’ottica della sua vocazione ad estendersi a qualsiasi istituto che venga comunque ad incidere sui confini della punibilità. In effetti, una volta ammessa una simile estensione, ogni tentativo di accreditare l’applicazione generalizzata del suddetto regime sospensivo – per quanto abilmente ‘mascherato’ con argomentazioni più o meno sottili e ricercate – dovrebbe, di conseguenza, essere condannato all’insuccesso. Ad un tale esito sembrano andare incontro, per l’appunto, le due ultime concezioni dianzi riportate. Ed invero, sostenere che il richiamo operato dall’art. 159 c.p. renda legittimo l’inserimento di ulteriori ipotesi di sospensione non può ritenersi equivalente ad affermare che l’operatività di quest’ultima possa venire, per ciò stesso, ad esplicare i propri effetti ‘ora per allora’: il che accadrebbe, viceversa, proprio laddove l’applicabilità della medesima potesse venire riconosciuta a prescindere dal limite rappresentato dal *tempus commissi delicti*. In termini analoghi sembra profilarsi la critica all’ultima opinione ricordata. Il regime della prescrizione si esprime nell’*insieme* dei meccanismi da cui dipende il relativo decorso temporale e il risultato che ne deriva: con la conseguenza che, di fronte ad un aggravamento delle condizioni da cui dipende l’effetto estintivo, sembra allora difficile poter negare l’esistenza di una modifica *in pejus* della disciplina anteriormente applicabile.

Approfondendo la questione, si deve constatare, tuttavia, come (anche) le tendenze dottrinali (ci si riferisce, questa volta, alle due prime opinioni contrarie alla visione 'omnicomprensiva' dell'irretroattività) volte a dissociare la prescrizione del reato dalla garanzia sancita nell'art. 25 Cost. prestino il fianco ad alcune obiezioni. Ciò vale, anzitutto, in relazione alla tesi secondo la quale l'istituto in esame dovrebbe essere (in tutto o in parte) più ragionevolmente collocato nell' 'universo' processuale, con le ben note conseguenze sul piano del regime intertemporale tradizionalmente collegate al suddetto ambito disciplinare.

Ci si premura – è vero – di accompagnare un simile rilievo con la considerazione secondo cui esso non avrebbe la pretesa di ergersi a 'dogma' assoluto, risultando non di rado i confini tra i due campi di materia (ossia diritto e processo) non sempre chiaramente identificabili; né si manca, altresì, di avvertire come ad assumere valore decisivo dovrebbero essere le finalità intrinseche proprie dei singoli istituti, e non già l'attribuzione ai medesimi di una qualifica od 'etichetta' puramente formale o dettata da una logica esclusivamente 'classificatoria'.

E tuttavia, resta il dubbio che l'idea stessa di 'giocare', per così dire, sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale lasci in ombra una tematica di fondo che – questa volta – proprio la dottrina processualpenalistica ha mostrato invece di saper cogliere e decifrare nei suoi profili maggiormente qualificanti. In effetti, qualora s'intenda davvero sfuggire ai rischi di una visione aprioristica dei fenomeni interessati da una vicenda 'successoria', si dovrebbe francamente riconoscere che il carattere sostanziale o processuale di un determinato istituto – pur quando possa venire affermato senza alcuna possibile incertezza – non rappresenti di per sé una chiave di lettura in grado di 'erudire' l'interprete circa lo statuto delle garanzie ad esso applicabili.

Non si tratta di annunciare una sorta di 'novità' dell'ultim'ora (e nemmeno di enfatizzare le pur importanti 'aperture' derivanti da alcune pronunce costituzionali), ma di ricordare, anzitutto, quanto un illustre processualista come Mario Chiavario ebbe ad osservare, già in epoca non più recente (siamo del 1978), nel contesto di una trattazione 'organica' dedicata alla materia in esame: laddove, in effetti, l'Autore richiamava l'attenzione sull'esigenza di distinguere l'ambito delle regole aventi un ruolo essenzialmente 'tecnico-procedurale' – in quanto tali prive di

una dimensione apprezzabile sul piano ‘garantistico’ – rispetto a quei contesti normativi nei quali si esprime, viceversa, una ben più intensa connotazione sotto il profilo assiologico, ossia appunto quella collegata all’esigenza di garantire la sfera di libertà dei soggetti interessati (si pensi alla custodia cautelare) o l’affidamento nei mezzi disponibili per organizzare la difesa od orientare l’esito del giudizio (come accade con riguardo alla disciplina delle prove). Orbene (e a parte l’eventualità – notava l’Autore – di doversi riferire, in *sede processuale*, ad un momento temporale solitamente diverso da quello del ‘fatto’) risultava innegabile, alla luce di tali premesse, come, nel momento in cui il secondo gruppo di regole, data la natura ed il ‘peso’ dei valori in gioco, non potesse venire ragionevolmente esclusa dalla garanzia dell’irretroattività, la logica posta alla base di una simile scelta finisse con l’apparire sostanzialmente affine a quella propria della disciplina riservata alla materia penale sostanziale.

Nell’adottare una siffatta impostazione, l’Autore, consapevole della necessità di corroborarla alla luce di un’interpretazione costituzionalmente orientata, si premurava, d’altronde, di accompagnarla con un argomento particolarmente suggestivo: “perché non pensare che la Costituzione abbia, da un lato, formulato in rapporto al “fatto” il cosiddetto divieto di retroattività delle norme penali incriminatrici (art. 25 comma 2 Cost.), dall’altro oggettivato in termini assoluti la garanzia della “precostituzione” del giudice (ar. 25 comma 1 Cost.), soltanto per esplicitare gli sviluppi estremi, e non autoevidenti, di un più elastico principio di garanzia, dato per latente e per scontato sul piano generale? Dove tale principio sarebbe enucleabile nei termini dell’ultratattività, a tutela del singolo, di ogni norma sulla quale il singolo possa ragionevolmente, ed in relazione a specifiche situazioni concrete, fare affidamento”.

Ebbene, non è difficile accorgersi come una simile chiave di lettura – oggi, del resto, più che mai attuale nel quadro della tendenza europea a valorizzare il canone della ‘prevedibilità’ della soluzione adottabile – sia in grado di orientare l’interprete, salvo alcune ‘varianti’ che dovremo introdurre, verso una più corretta definizione delle stesse problematiche che andiamo considerando.

3. Il significato dell'art. 25 Cost.: il primo e il secondo comma come garanzie obiettive non derogabili

Il punto di partenza dell'indagine risiede in quel lessema, espressamente riferito all'art. 25, 1° comma Cost., ma non meno chiaramente implicato anche nel richiamo al secondo comma di tale articolo: “*oggettivato*”. Invero, non solo la precostituzione del giudice, ma anche il canone dell'irretroattività penale sembrano presentarsi, per l'appunto, in quella dimensione oggettiva di garanzie concepite in termini “assoluti”, rappresentando esse un ostacolo insuperabile rispetto a qualsiasi possibilità di reinterpretare secondo canoni meno stringenti il loro ruolo di una difesa ‘minima’ ed inderogabile dei cardini (sul piano sostanziale e processuale) dello *jus puniendi*.

In particolare, per ciò che concerne il secondo comma dell'articolo, è interessante ricordare come, all'interno della stessa Assemblea Costituente, venne sottolineato come alla formula concepita in relazione al suddetto comma – che non a caso permette (“.....può.....”), ma non sancisce in ogni caso l'applicazione della legge del *tempus delicti* - fosse destinata a rimanere sostanzialmente estranea la tematica inerente alla scelta della legge applicabile collegata, in ipotesi, al verificarsi di un (ulteriore) sviluppo sul piano intertemporale. Il senso della norma – si disse – era quello di fissare la base di partenza per la punibilità di un fatto, ossia, per l'appunto, l'originaria previsione come reato (o, si vuole, come ‘fatto tipico’ penalmente rilevante) del fenomeno considerato: una garanzia operante, insomma, come limite oggettivamente invalicabile, a prescindere, poi, dall'utilizzazione effettiva di tale legge rispetto al fatto di volta in volta realizzato. ‘In forza di una legge’: sulla base, cioè, di un *dictum* normativo pregiudiziale per poter attribuire rilevanza a quel fatto, restando impregiudicata la questione (eventualmente connessa a leggi successive a quella originaria) riguardante la definizione del regime cui sottoporre, a seconda delle circostanze, il soggetto autore del medesimo.

Ferma restando, beninteso, la più accentuata ‘declinazione’ in chiave politico-garantista, insita nel nuovo assetto costituzionale, conferita alla regola in esame, non è difficile, a ben guardare, scorgere in un simile scelta di principio un nesso di implicazione con la più antica elaborazione dogmatica secondo la quale la ‘norma’ penale, nel suo porsi come insieme di precetto e sanzione, avrebbe dovuto essere concepita quale

‘presupposto’ del reato. Un’elaborazione, come ben si sa, giuridicamente impropria, ma che veniva ad incarnare, nondimeno, a mo’ di ‘archetipo’ originario alla base del rapporto tra legge e fatto (e della garanzia in esso implicata) l’idea di una scelta ‘fondativa’ ad opera dell’ordinamento – tramite il mezzo con cui esso si esprime, ossia appunto una ‘norma giuridica’ – volta a condizionare pur sempre la ricerca della disciplina applicabile al necessario riscontro di quel ‘presupposto’, considerato intangibile, da cui veniva a dipendere la stessa *ratio essendi* (ed *existendi*) di un fenomeno di rilevanza penale.

Orientandosi in questa prospettiva – e proseguendo lungo il percorso metodico tracciato dallo studioso sopra ricordato - non è allora infondato supporre che, dovendosi affrontare tematiche ulteriori rispetto a quelle corrispondenti alle due previsioni costituzionali, possa tornare a porsi l’interrogativo se, ai fini della soluzione dei medesimi, non debba, questa volta, essere specificamente valutata la sussistenza o meno di quella *ratio* di tutela di un’aspettativa ‘ragionevole’ da parte dei consociati a ricevere un trattamento conforme alla normativa vigente *illo tempore*.

Che un simile interrogativo non possa, ragionevolmente (appunto!), essere sempre risolto in senso positivo, già viene ad emergere dall’impostazione più duttile ed articolata che quel chiaro Autore era andato elaborando con riguardo alle differenti categorie di regole processuali interagenti con la problematica intertemporale. Ma – occorre adesso aggiungere – ancor più consistenti quanto ai fondamenti normativi da cui desumere una scelta congruamente differenziata, paiono rivelarsi, *mutatis mutandis*, le motivazioni a favore di un punto di vista analogo con riguardo alla dimensione sostanziale degli istituti coinvolti nella tematica successiva.

A noi sembra, per vero, che, dandosi il caso in cui ad una *prima* legge incriminante il fatto, facciano seguito *ulteriori normative* che ne modifichino la disciplina, la ricerca in merito alla legge applicabile possa e debba dipendere da una valutazione incentrata, ove possibile, sui contenuti assiologici di *altre previsioni costituzionali*, destinate ad affiancarsi a quella contemplata nel – pur fondamentale e necessariamente preliminare – disposto normativo dell’art. 25, 2° comma, Cost. : delle previsioni, insomma, in grado di assumere il ruolo di direttive (pur sempre

di fonte costituzionale) più intimamente collegate alla cernita del 'trattamento' maggiormente in linea con siffatti, 'ulteriori', scenari dischiusi dal manifestarsi di un fenomeno successorio.

Se così fosse, per vero, accanto alla preclusione, operante senza limiti (e al di fuori di possibili 'letture' in chiave di 'prevedibilità' degli esiti del giudizio) sancita dall'art. 25 Cost., i problemi connessi a determinate 'varianti' della disciplina relativa ad un fatto *già* previsto come reato potrebbero, in definitiva, venire decifrati, pur nel rispetto delle garanzie postulate dalla Costituzione, facendo leva – lo si ripete – su disposizioni differenti da quella ora ricordata, e maggiormente in grado di 'modulare' secondo ragionevolezza la risposta ai quesiti connessi ad una *novatio legis*.

4. L'art. 27 Cost. come chiave di lettura delle modifiche sfavorevoli rispetto ad un fatto già incriminato

Orbene, e procedendo lungo la direttrice or ora accennata, sembrerebbe, in particolare, fondato ritenere che la 'norma di principio' atta a far luce su una simile problematica debba venire ravvisata nel canone 'personalistico' della responsabilità penale sancito dall'art. 27, 1° comma, Cost. Un principio, non a caso, destinato ad operare in relazione ad un contesto in cui possa già ravvisarsi la 'previsione' di un reato, e che si tratterà dunque di mettere, a questo punto, in più stretto collegamento con la 'persona' del destinatario. Un canone, pur tuttavia, che nemmeno si esaurisce nel richiedere un determinato requisito di colpevolezza quale *elemento* del reato, e neppure in una valutazione inerente alle diverse forme e 'gradi' dei coefficienti suscettibili di caratterizzarlo. Piuttosto – e ad un livello ancora più 'alto', per così dire – quel canone è destinato anzitutto a protendersi, come viene da più parti riconosciuto, verso una fondamentale correlazione, in termini teleologici, tra le scelte dell'ordinamento penale e la posizione (e 'partecipazione', per così dire, a simili scelte) in capo ai soggetti cui queste si rivolgono. Ed in tale prospettiva, come già notava più di trent'anni or sono Domenico Pulitanò, la curvatura 'personalistica' dell'enunciato costituzionale non potrà non tradursi in una particolare "qualità" della suddetta correlazione: qualità che, nel nostro caso, si eleva al rango di una significativa 'interazione' tra il carattere pur sempre generale

ed astratto del messaggio normativo e la condizione esistenziale della 'persona' del destinatario, nell'ottica della possibilità di apprezzare e 'misurare' alla sua stregua, non soltanto la sua rilevanza penale, ma anche la specifica consistenza ed estensione dei profili di disciplina che vi si ricollegano. Nel momento personalistico, da questo punto di vista, filtra il profondo 'umanismo' di un diritto a che lo 'statuto penale' del fatto – pur già previsto come tipico – non abbia a tradursi in una soluzione più sfavorevole rispetto ai termini in cui la particolare 'qualità' di quella relazione si era andata profilando per i destinatari alla luce delle opzioni racchiuse nella legge da applicare.

Si può allora comprendere, da tale angolo visuale, come, ad es., mutamenti di disciplina connessi a connotazioni di 'valore' quali quelle trasfuse nelle scriminanti, nel regime riservato alla colpevolezza, nell'assetto inerente alle condizioni 'intrinseche' di punibilità (a maggior ragione ove si ritenga che del modello condizionale debba farsi un uso limitato, ed in linea di principio tale da preservarne il legame con l'offesa), in quello relativo alle condizioni 'sopravvenute' ed antagonistiche rispetto all'offesa – come pure (secondo quanto osservato, insieme ad altri, dallo stesso Autore ora menzionato) modifiche inerenti al regime della sanzione (aggravamento di quest'ultima, previsione di pene accessorie, inasprimento delle modalità esecutive della pena o della disciplina delle misure di sicurezza) – meritino tutti di 'inscrivere' nella logica dell'irretroattività: essendo invero difficile negare che nella dimensione 'personalistica' del rapporto tra soggetto e ordinamento, non possa non risultare necessariamente implicato il contenuto profondo, in termini assiologici, degli aspetti contenutistici dell'addebito penale, come pure la connessione, alla luce pur sempre del relativo disvalore, con le vicende proprie delle sanzioni che è (ed era) legittimo attendersi potessero venire ad accompagnarsi al compimento dell'illecito. E' in questo ambito, insomma, che l'ordinamento comunica e 'parla' ai suoi destinatari, impegnandoli – ed impegnandosi – a tener conto degli aspetti di 'disciplina' che convergono sulla caratterizzazione, per quanto varia e molteplice, del 'peso' e della rilevanza delle scelte valutative sottese ai coefficienti e alle conseguenze penali che vengono ad innestarsi sul 'fatto-reato', modulandone ed arricchendone in vario modo la fisionomia e il 'trattamento' correlativo.

5. Estraneità ad una logica personalistica di 'affidamento' sul *tempus delicti* della disciplina della prescrizione. Prescrizione e ragionevole durata del processo

In un simile scenario, e venendo infine alla tematica della prescrizione del reato, è davvero possibile, ed altrettanto ragionevole e giustificato, concepire una soluzione ispirata ad una *ratio* analoga a quella che si è cercato brevemente di tratteggiare?

Non da ora, per vero, l'idea di postulare una *ratio* siffatta è sembrata difficilmente compatibile con i caratteri e la fisionomia di tale fenomeno estintivo. Non soltanto nell'opinione di alcuni processualisti – tra di essi le voci autorevoli di Mario Chiavario e di Vittorio Grevi – ma anche da parte di penalisti del livello di Marinucci, Dolcini e Pulitano', è maturata la convinzione (per usare l'icastico ed efficace argomento a suo tempo adottato) secondo il quale il fondamento dell'irretroattività consiste nel soddisfare l'aspettativa del cittadino circa l'indole del trattamento che potrà essergli applicato e non invece nel "fargli sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo aver commesso il fatto, per poter poi tornare tranquillamente alla vita di tutti i giorni".

Tale argomento, peraltro, merita di venire misurato – come si diceva – proprio alla stregua del canone 'personalistico' più volte evocato, dissociandolo dalla garanzia 'ordinamentale' di cui all'art. 25 Cost., la quale si sottrae, per le ragioni già dette, ad un *test* di verifica volta per volta della plausibilità o meno di un'aspettativa in merito all'applicazione della disciplina anteriormente in vigore. Senza esasperare il problema della 'qualificazione' – sostanziale o processuale – assunta (o che dovrebbe assumere) l'istituto (profilo, del resto, suscettibile, come si è opportunamente osservato, di andare incontro a determinate 'varianti' in relazione al rapporto tra 'tempi del reato' e 'tempi del processo'), pare giocoforza riconoscere, insomma, che in linea di principio le valutazioni inerenti al regime della prescrizione non implicino di per se stesse quel coefficiente di personale 'affidamento' da parte dei destinatari che sembra interessare, viceversa, gli altri profili dell'illecito in precedenza considerati.

Ciò non significa, beninteso, che la disciplina della prescrizione possa restare insensibile ad un necessario riscontro in termini di ragionevolezza

(anche) delle scelte operate a livello intertemporale. Ben si osservava – già quasi vent'anni or sono – come, in effetti, l'applicazione in senso retroattivo di una scelta novatrice sfavorevole non avrebbe potuto essere adottata, in via puramente 'strumentale', per 'mascherare' il fatto che l'ordinamento – a causa di una (colpevole) inerzia nel porvi rimedio – rischi di soccombere di fronte all'"incapacità" nel gestire con la dovuta efficienza i tempi della giustizia. Ma, per l'appunto, ben diversa dovrà considerarsi la situazione laddove l'applicazione del regime più sfavorevole risulti invece sorretto da motivazioni, questa volta, non prive di una loro intrinseca 'ragionevolezza': *exempli gratia*, quelle collegate a determinate categorie d'illecito (non tanto per la ritenuta maggiore gravità, quanto) per l'evenienza in cui la mutata fenomenologia del crimine a livello di strategie operative venga ad imporre più complesse indagini e verifiche probatorie, ovvero – come già veniva notato in tempi meno inquinati da 'estremismi' ideologici – dovuta al verificarsi di eventi 'inattesi', tali da rendere precario il regolare svolgimento dei processi e da far emergere, pertanto, l'interesse a 'recuperare' i tempi necessari per un più efficace e sereno esercizio della giurisdizione penale.

Al proposito, e in un'ottica più generale, non si può fare a meno di osservare, d'altronde, come il frequente richiamo all'esigenza di assicurare la 'ragionevole durata' del processo, sebbene meritevole di considerazione, possa talora indurre ad alcuni eccessi o fraintendimenti che rischiano di alterare la dimensione del problema.

Anzitutto, come si è giustamente ribadito, l'idea di una connessione inscindibile con una simile componente del 'giusto processo' rischia di incorrere nell'obiezione secondo cui quest'ultima si presta ad assumere – una volta collegata al fenomeno della prescrizione – un significato ambivalente: non soltanto, cioè, nella sua veste di un principio volto ad evitare un'eccessiva protrazione dei tempi del giudizio – rispetto alla quale la prescrizione fungerebbe appunto da utile antidoto – ma anche, all'opposto, come un'esigenza da 'difendere' contro l'eventuale ricorso ad espedienti 'dilatatori' volti a prolungare artificialmente la durata del processo, sì da poter trarre vantaggio, mediante l'abuso' di certe garanzie, dalla maturazione dei termini perché il reato si estingua.

In secondo luogo, e sulla scia di tali rilievi, sarebbe comunque opportuno tener presente la circostanza che la ricerca di una strategia volta a

soddisfare il suddetto principio costituzionale (già in precedenza riconosciuto a livello europeo, oltre che confermato nella più recente Carta dei diritti fondamentali dell'UE) dovrebbe essere sviluppata nell'ottica della necessaria salvaguardia di un valore meritevole di essere *autonomamente* coltivato, trattandosi di garanzia – ad un tempo 'soggettiva' (ossia dell'imputato, ma anche delle altre parti del processo) ed 'oggettiva', vale a dire riguardante l'intera collettività – immanente allo stesso modo di atteggiarsi di un rito conforme a giustizia.

Semmai, e pur respingendo l'idea, anche di recente contestata, volta a postulare una sorta di determinazione in termini 'aritmetici' dei tempi del processo – essendo, del resto, una simile 'rigidità' della relativa durata difficilmente compatibile con lo stesso richiamo ad un parametro di 'ragionevolezza' – si dovrebbe, nondimeno, riconoscere (anche e soprattutto in vista di una 'riforma' di maggior respiro) che la disciplina della prescrizione trarrebbe beneficio dalla parallela definizione, nel segno di un più oculato 'bilanciamento' tra efficienza e garanzie, dei poteri spettanti ai soggetti del processo e delle 'regole' variamente dislocate nei contesti in cui s'incardina il relativo esercizio. In tale logica di fondo, la prescrizione, pur venendo ad interferire con la ragionevole durata, sarebbe invero meno esposta a quelle continue (e contrapposte) 'tensioni' in precedenza ricordate; piuttosto, e senza pretendere di dire cosa nuova, parrebbe che ad un simile istituto possa e debba spettare il ruolo di un argine o limite 'estremo' (da non circoscrivere, peraltro, al solo primo grado di giudizio) rispetto ad un'eccedenza ingiustificata – ma questa volta più chiaramente addebitabile ai 'singoli', che non invece al 'sistema' (pur talora 'connivente' con i medesimi) - della durata del processo rispetto alla garanzia oggettivamente e soggettivamente postulata da quel canone fondamentale.

6. Possibilità di deroghe all'art. 25, 2° comma Cost.? Una recente vicenda giudiziaria *praeter intentionem* (ma non del tutto... 'imprevedibile')

Giunti a questo punto, e per concludere con una recente vicenda giurisprudenziale concernente la disciplina 'sospensiva' della prescrizione evocata in apertura, si rivela di particolare interesse evidenziare determinati rischi, proprio in termini di garanzie, suscettibili di presentarsi a causa della

tendenza a trascurare i profili caratterizzanti l'istituto quali si è cercato finora di tratteggiare.

Si allude alla pronuncia della Corte di cassazione (sent. 2 luglio 2020, n. 21367), con la quale, nell'intento di attribuire efficacia retroattiva al suddetto regime sospensivo del corso della prescrizione, il Supremo Collegio ha ritenuto di dover postulare (respingendo una censura di 'non manifesta infondatezza' sotto il profilo costituzionale) il carattere parzialmente 'derogabile' del principio costituzionale di cui all'art. 25 Cost., con la conseguenza di rendere ammissibile una sua eventuale 'soccombenza' a favore delle esigenze di tutela della salute connesse all'attuale emergenza epidemica.

La soluzione prospettata dalla Corte ha dato luogo ad una levata di scudi, invero non priva di fondamento, presso la dottrina più consapevole della gravità delle implicazioni collegate a tale affermazione di principio. Come si è anche qui ribadito, la statuizione dell'art. 25 Cost. rappresenta infatti un caposaldo indefettibile della 'materia penale', purché se ne sappia individuare correttamente la portata ed il significato sotto il profilo deontologico. Laddove ciò non accada – qualora, cioè, si finisca col tradirne od alterarne il nucleo ispiratore (che non sembra riguardare, come si è detto, il fenomeno della prescrizione) – il rischio immanente ad una simile 'deviazione' è appunto quello di aprire la strada, sotto la spinta di una 'flessibilizzazione' dell'irretroattività in tema di prescrizione, ad una *rilettura complessiva* di tale disposto fondamentale anch'essa 'cedevole', 'malleabile', opportunamente 'adattabile' in funzione di valori od esigenze ritenuti preminenti.

In un quadro del genere, è allora difficile liberarsi dalla sensazione di avere a che fare con una sorta di 'frutto avvelenato' – o, se si vuole, più bonariamente, con dei risvolti *praeter intentionem* - di un dibattito non sempre in linea con la reale dimensione delle categorie e dagli istituti coinvolti nella ricerca di soluzioni razionalmente e costituzionalmente equilibrate. E, se è certamente da augurarsi che la 'breccia' aperta dai giudici di legittimità, sotto la spinta di una situazione particolarmente difficile e preoccupante, venga ad esaurirsi in una forzatura episodica e senza futuro, resta il fatto che la messa in discussione di un principio per l'innanzi reputato intangibile testimonia un'ulteriore, pericolosa, incrinatura all'interno di un 'sistema-giustizia' sempre più sfigurato dalla marea incontenibile dei più spregiudicati compromessi.

PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E RESPONSABILITÀ DA REATO NEGLI ENTI COLLETTIVI

Giancarlo de Vero

1. Dottrina e giurisprudenza di fronte alla problematica estensione agli enti collettivi della causa di non punibilità ex art. 131-bis c.p.

Ad onta dell'indubbia rilevanza che la disciplina dell'*autonomia* della responsabilità dell'ente collettivo assume rispetto alle questioni centrali della struttura e natura giuridica dell'illecito c.d. amministrativo ad esso riferibile¹, non può dirsi che abbiano suscitato particolare interesse in dottrina e giurisprudenza, almeno in origine, le vicende della punibilità dell'autore del reato commesso distinte da quelle, esplicitamente menzionate nell'art. 8 d.lgs. 231/2001 comma 1 lett. b), relative alle cause di estinzione dell'illecito penale².

Eppure avrebbero meritato attenti rilievi critici le considerazioni svolte a riguardo nella *Relazione* annessa al decreto legislativo. Qui, per un verso, la permanenza della responsabilità dell'ente a fronte dell'estinzione (della punibilità) del reato c.d. presupposto veniva senz'altro ricondotta alla sua conclamata natura "amministrativa"; per altro verso, si aveva cura di sottolineare la superfluità di un esplicito richiamo legislativo alle cause di estinzione della pena e alle cause di non punibilità in senso stretto, dal momento che tali vicende non incidono sulla sussistenza del reato³. Sarebbe stato facile replicare, da un lato, che l'autonomia delle rispettive responsabilità di una pluralità di soggetti rispetto alla punibi-

1 Nell'ambito di una letteratura ormai imponente mi limito qui a citare, tra i contributi più recenti, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018, 332; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in «DPP» (2019), 530-549: 539; poi, volendo, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, 204.

2 Occasionalmente e con stringate motivazioni, che si limitano a richiamare la natura amministrativa della responsabilità dell'ente, il Supremo Collegio ha avuto modo di pronunciarsi nel senso dell'esclusione dell'applicabilità all'ente collettivo dell'indulto e della sospensione condizionale della pena: Cass. Pen., Sez. II, 21 settembre 2007, n. 35337; Id., Sez. IV, 16 ottobre 2013, n. 42503, in https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_lista_risultati?isCorrelazioniSearch=false.

3 *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in A. BERNASCONI et al., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, 2002, 432-509: 451.

lità per il reato commesso, lungi dal costituire contrassegno privilegiato di eterogenee qualificazioni giuridiche delle stesse, caratterizza innanzitutto, ai sensi dell'art. 182 c.p., un quadro unitario di responsabilità penale in senso stretto, all'interno del quale traggono beneficio dall'intervenuta causa estintiva soltanto i concorrenti in un medesimo reato ai quali questa si riferisce. Dall'altro lato, che le vicende della punibilità del reato (c.d. presupposto) restino in generale estranee alla configurabilità della responsabilità punitiva in capo all'ente è rilievo che prova troppo, non lasciando comprendere perché il legislatore del 2001 abbia ritenuto necessario sottolineare tale dato in riferimento alle (sole) cause di estinzione del reato, sia pure con l'eccezione dell'amnistia, tacendo delle cause estintive della pena e di non punibilità in senso stretto.

E' stato il recente irrompere sulla scena penalistica dell'art. 131-bis c.p. a riscuotere l'attenzione di dottrina e giurisprudenza rispetto al significato del mancato riferimento dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 alle cause di non punibilità e ai riflessi di tale lacuna tanto sull'immediata questione 'pratica' dell'estensione o meno all'ente collettivo della particolare tenuità del fatto quanto sulla più ampia prospettiva della natura giuridica della relativa responsabilità. Ma i risultati di questo rinnovato interesse, in una direzione o nell'altra, non sembrano particolarmente plausibili.

Quanti propendono per l'esclusione (dell'autonomia e quindi) della responsabilità dell'ente in presenza della causa di non punibilità in discorso ravvisano nelle disposizioni del suddetto art. 8 il carattere della *tassatività*: affermare l'inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. alla persona giuridica significherebbe dunque estendere la permanenza della sua responsabilità a casi diversi da quelli espressamente contemplati, con conseguente violazione del divieto di analogia in *malam partem*⁴.

4 G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della punibilità*, in «disCrimen» (14.12.2018), 1-20: 11; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2020, 482. Nella sostanza, anche A. SCARCELLA, *C'è ancora spazio per la responsabilità dell'ente se il fatto è di particolare tenuità?*, in «Resp. Amm. Soc. En.» (2016) 1, 119-126: 124. Afferma la tassatività dei casi di responsabilità autonoma ex art. 8 d.lgs. 231/2001, nella prospettiva della legalità processuale e quindi del divieto di estensione analogica in *malam partem* dell'area di punibilità dell'ente, C. MARINELLI, *Il processo all'ente in esito al proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto: un percorso accidentato tra incoerenze sistematiche ed effetti del giudicato*, in «CP» (2018), 2807-2814: 2813. Perplesso sulle censure per violazione del divieto di analogia, che ricorrerebbe ove si riconosca l'impermeabilità della responsabilità dell'ente collettivo alle cause di non punibilità, M. MOSSA VERRE, *Le cause di esclusione della punibilità*

L'osservazione appare a prima vista suadente, ma a ben guardare perde buona parte del suo fascino. Innanzitutto, affermare in via di principio la tassatività di una norma significa sostenere, in forza dell'*argumentum a contrario*, che essa risulti già *di per sé* inapplicabile a casi diversi da quelli contemplati, sulla base di un'implicita volontà negativa del legislatore che escluda la stessa presenza della lacuna normativa: verrebbe dunque meno il primo presupposto di ogni discorso sull'analogia e sui relativi limiti, che in tanto è prospettabile in quanto l'interprete della norma in questione abbia al contrario preliminarmente optato per l'*argumentum a simili*. Sennonché non sembra raccomandabile una valorizzazione estrema della (originaria) tassatività delle norme che richiamano i rapporti tra il sottosistema punitivo della responsabilità dell'ente e il sistema penale in senso stretto: non va dimenticato come essa abbia talora condotto a risultati fortemente opinabili, come quando la giurisprudenza ha escluso in radice la legittimazione alla costituzione di parte civile nel processo contro l'ente sulla base di una pretesa volontà legislativa negativa, che contraddirebbe la cauta apertura alle norme del codice di procedura penale operata dall'art. 34 d. lgs. 231/2001⁵.

E' dunque più corretto far immediato riferimento all'analogia, prospettando la tassatività della norma in questione non come un *prius*, ma quale risultato di eventuali limiti del ricorso a tale procedimento che debbano riconoscersi pur in presenza della lacuna normativa; eppure la perentoria affermazione che la permanenza della responsabilità dell'ente a fronte di ogni causa di non punibilità diversa da quelle espressamente richiamate nell'art. 8 comma 1 lett. b) d.lgs. 231/2001 concretebbe un'inammissibile analogia *in malam partem* non può convincere appieno.

Intanto lascia alquanto perplessi l'eclatante contraddizione che tale soluzione esprimerebbe rispetto all'intenzione del legislatore, sia pure malaccortamente motivata nella citata *Relazione*: dalla ivi affermata superfluità del richiamo legislativo alle cause di estinzione della pena e di non punibilità in senso stretto si transiterebbe verso una loro applicazione generalizzata. Ma è sul piano della complessiva *ratio legis* che sor-

nel sistema della responsabilità degli enti: il caso della particolare tenuità del fatto, in «RIDPP» (2020), 280-300: 291.

5 Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 1437 in https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_lista_risultati?isCorrelazioniSearch=false.

gono le maggiori riserve. L'immanenza in materia di un rigoroso divieto di analogia dovrebbe coerentemente condurre, ben al di là delle esigenze ermeneutiche legate all'art. 131-*bis* c.p., ad escludere la (autonomia e quindi la) responsabilità della persona giuridica anche a fronte della gran parte delle cause di non punibilità in senso stretto, pur risultando esse strettamente collegate con la persona e/o la condotta del singolo reo: si pensi alla desistenza da delitto tentato, della quale si potrebbe sostenere l'idoneità ad escludere in ogni caso la responsabilità dell'ente al di là di quanto (non) prescrive l'art. 26 comma 2 d.lgs. 231/2001⁶.

Sul versante opposto, la posizione intesa a confermare l'autonomia (e quindi la permanenza) della responsabilità dell'ente in presenza di una riconosciuta particolare tenuità del fatto, talora si riconnette senza ulteriore vaglio critico alle ripetute considerazioni contenute nella *Relazione*⁷; talaltra si inoltra nella struttura propria della causa di non punibilità, rilevando come la componente strettamente personalistica della «non abitudinalità» del comportamento criminoso mal si concili con la sua estensione all'ente collettivo⁸. Si affaccia così lo spunto argomentativo che è la giurisprudenza di legittimità a valorizzare pienamente.

Nella pronuncia più articolata fino ad oggi disponibile⁹ la Cassazione sviluppa la ritenuta dimensione personale della particolare tenuità del fatto, come ostativa alla sua estensione alla persona giuridica, fino a ravvisarla, oltreché nell'abitudinalità o meno del comportamento, negli elementi dell'illecito rappresentati dal dolo e dalla colpa. Non è questo il momento di approfondire il merito della questione relativa alla congruenza di tali requisiti con l'«offesa» cui fa riferimento l'art. 131-*bis* comma 1 c.p.¹⁰. Basti solo dire che lo spostamento del discorso sugli elementi costitutivi della causa di non punibilità, in un'evidente valorizzazione del dualismo oggettivo-soggettivo, finisce per tradire una

6 Naturalmente la considerazione della desistenza in termini di causa di non punibilità in senso stretto presuppone – come è pressoché pacifico – che l'azione interrotta abbia già di per sé integrato gli estremi del tentativo.

7 T. GUERINI, *Clausole di esclusione della punibilità e responsabilità degli enti*, in «Resp. Amm. Soc. En.» (2016) 1, 127-141: 132.

8 V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 394.

9 Cass. Pen., Sez. III, 15 marzo 2019, n. 11518, in https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_lista_risultati?isCorrelazioniSearch=false. Ribadisce l'inapplicabilità all'ente collettivo dell'art. 131-*bis* c.p. Cass. Pen., sez. III, 15 gennaio 2020, n. 1420, ib.

10 V. *infra*, n. 3.

rinnovata attenzione nei confronti dell'archetipo strettamente penalistico dell'intera problematica, vale a dire la diversa comunicabilità delle cause di esclusione della pena ai concorrenti sancita dall'art. 119 c.p.; e ciò colpisce tanto più in quanto il discorso si inserisce, anzi presuppone nella motivazione della sentenza, quella risoluta adesione al paradigma amministrativistico della responsabilità da reato delle persone giuridiche che mal si concilia con una tale significativa apertura alla disciplina del codice penale¹¹.

Proprio questa innegabile seppure velata incombenza della normativa strettamente penalistica dell'ambito soggettivo di applicazione delle cause di non punibilità impone allora di riconsiderare attentamente il profilo della natura giuridica della responsabilità dell'ente collettivo, senza indugiare sul richiamo tralattizio all'autonomia strutturale di un conclamato illecito amministrativo, distinto dal reato commesso dalla persona fisica, che sarebbe soggetto ad una disciplina in larga parte autonoma.

2. L'ineludibile priorità di una presa di posizione sulla natura giuridica della responsabilità *ex crimine* degli enti.

Il problema dell'estensione all'ente della causa di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* conferma dunque che la configurazione della natura giuridica della relativa responsabilità da reato è questione tutt'altro che "accademica", ma rivesta talora una determinante rilievo "pratico"¹².

Illuminante resta in proposito l'approccio della giurisprudenza al profilo, già sopra accennato, dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento che vede la persona giuridica nelle vesti di (quasi?)¹³ 'imputata'. Al di là del discutibile rilievo di un'assoluta mancanza di lacuna normativa a fronte dell'implicita volontà negativa del legislatore del 2001, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo sviluppato un ragionamento di per sé accettabile sul piano del metodo. Partendo appunto dal postulato che l'ente collettivo non commette alcun reato, ma

11 *Supra*, nt. 9.

12 Cfr., con riferimento specifico alla questione qui trattata, C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 538.

13 Alludo chiaramente all'art. 35 d. lgs. 231/2001, che sottopone ad una valutazione di compatibilità l'applicazione all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato.

realizza una fattispecie di struttura complessa, riconducibile all'illecito amministrativo, che semplicemente *presuppone* l'illecito penale realizzato dalla persona fisica inserita nella compagine societaria, la Suprema Corte ha buon gioco a sostenere che esulino nella specie i presupposti essenziali per la costituzione di parte civile: l'ente non è "colpevole" di alcun "reato" ai sensi dell'art. 185 comma 2 c.p., potendo assumere al più la veste di responsabile civile per l'illecito commesso dal soggetto individuale, né tanto meno può essere considerato "imputato" ex 74 c.p.p.¹⁴

Ecco dunque che la questione della struttura e della qualificazione dell'illecito punitivo commesso dalla persona giuridica assurge a presupposto *necessario* per sviluppare un discorso sull'estensione all'ente di taluni istituti sostanziali e processuali propri del sistema penale generale, anche se non necessariamente *sufficiente* ai fini di una soluzione affermativa. Se si resta fermi alla qualificazione dell'illecito dell'ente ripetuta nella legge delega, nel titolo e in vari enunciati del decreto legislativo, nella *Relazione* di accompagnamento e infine fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale¹⁵, un ragionamento a riguardo rischia di non poter essere neanche avviato. Se invece si può dimostrare che la persona giuridica commette lo stesso reato realizzato dal soggetto individuale, non c'è motivo per non ravvisare nel complesso normativo del d.lgs. 231/2001 un autentico sottosistema penale, come tale soggetto alla vigenza dell'art. 16 c.p.: ad esso andrebbero applicate in via di principio le norme (della parte generale) del codice penale, in mancanza di diverse disposizioni¹⁶.

Quale può dunque essere l'alternativa strutturale alla configurazione del fatto dell'ente come illecito amministrativo soltanto dipendente da un distinto reato? La risposta è molto semplice: può trattarsi di un caso

14 V. *supra*, nt. 5. Questo orientamento è stato altresì valorizzato con riferimento ad una questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art 83 comma 1 c.p.p., che ad avviso del giudice remittente avrebbe ostato alla citazione dell'ente come responsabile civile nel procedimento penale a carico dell'autore individuale del reato in quanto "coimputato"; tra le ragioni della dichiarata inammissibilità la Consulta ha annoverato appunto l'erroneità di considerare persona fisica e persona giuridica come coimputati nel processo che li riguarda, dal momento che ad essi sono ascritti illeciti strutturalmente diversi e non il medesimo fatto di reato: Corte cost. 18 luglio 2014, n. 218.

15 *Supra*, nt. 14.

16 Quali, ad esempio, quelle relative alla prescrizione (art. 22) e – sul piano processuale – al regime dell'archiviazione (art. 58 d.lgs. 231/2001).

di concorso della persona giuridica nel reato commesso dal soggetto incardinato nella struttura societaria¹⁷. Ancor meglio, è prospettabile una genuina ipotesi di *correatità*, addirittura più pregnante di quella conosciuta dal diritto penale generale, in quanto la «medesimezza» cui accenna l'art. 110 c.p. riguarderebbe qui non soltanto il fatto commesso, ma addirittura i soggetti attivi dello stesso: in forza del rapporto organico che avvince persona fisica e persona giuridica, la prima realizza il reato, per così dire, in proprio e nella qualità, coinvolgendo strettamente la seconda nell'unica vicenda criminosa.

Sono appunto le disposizioni dell'art. 5 d.lgs. 231/2001 a legittimare in partenza un tale approccio. Esse identificano le due componenti essenziali, statica e dinamica, del rapporto di immedesimazione organica. Il soggetto individuale deve innanzitutto risultare incardinato o comunque strettamente collegato alla struttura della *societas* secondo la fondamentale distinzione tra soggetti in posizione apicale e subordinata; ma è altresì necessario che egli abbia in concreto commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Il ricorrere di queste due condizioni, unitamente all'ormai consolidato riconoscimento che attraverso il canale dell'immedesimazione organica transitano non soltanto gli elementi obiettivi ma anche le componenti soggettive dell'illecito penale¹⁸, consentono di affermare che la persona giuridica ha commesso, integro di ogni suo requisito, lo stesso reato immediatamente imputabile al soggetto individuale.

Prima di procedere oltre occorre però misurarsi con una prevedibile obiezione. La compartecipazione criminosa non realizza un allargamento dell'area dei soggetti punibili per un determinato reato? Come possono estendersi all'ente norme portatrici di un'incriminazione suppletiva che non trovano alcun riscontro nel corpo del decreto legislativo, laddove anzi l'esplicita disciplina, ad opera dell'art. 26, del solo delitto tentato sembrerebbe indicare un orientamento volto a restringere in

17 Per l'unità dell'illecito penale imputato alla persona fisica e all'ente collettivo v. già T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (Ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Giappichelli, 2004, 13-19: 14; C. E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, *ibidem*, 21-33: 31, con un più esplicito riferimento al concorso (necessario) di persone nel reato.

18 Sul punto mi permetto di rinviare, anche per i necessari riferimenti, a G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., 46 e 162.

rapporto agli enti l'ambito delle c.d. forme di manifestazione del reato? Al di là dell'immediata suggestione dell'argomento, la risposta è in realtà lineare. Quel che ora si prospetta – va ribadito – è la *correatà*, non la semplice *partecipazione*, della persona giuridica: si assume cioè, sulla base dei criteri c.d. oggettivi di cui all'art. 5, che la persona giuridica realizza per intero lo stesso reato commesso dal soggetto individuale; non viene dunque in considerazione il concorso di persone nella sua funzione di incriminazione suppletiva, rispetto alla quale soltanto potrebbero risultare pertinenti le perplessità sopra avanzate.

L'accertamento della natura penalistica dell'illecito punitivo delle persone giuridiche può sembrare a questo punto già acquisito. Sennonché è la successiva (di per sé corretta) valorizzazione dei criteri c.d. soggettivi di imputazione, di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, ad aprire la strada all'orientamento inteso a ribadire la netta diversità del fatto proprio dell'ente rispetto al reato commesso dalla persona fisica, tanto sul piano strutturale quanto su quello conseguente della sua qualificazione in termini di (autonomo) illecito amministrativo: ciò in quanto si fa regredire l'illecito penale a semplice presupposto di una distinta 'condotta' (questa sì propria dell'ente) consistente nell'inadempimento da parte della *societas* di obblighi di vigilanza volti a prevenire la commissione di reati della specie di quelli verificatisi, fondamentalmente incentrato sulla mancata adozione dei corrispondenti modelli organizzativi e gestionali¹⁹.

Una tale posizione appare già a prima vista scarsamente conciliabile con la manifestazione più significativa (e nel diritto vivente tendenzialmente esclusiva) della responsabilità *ex crimine* dell'ente, in quanto collegata con il reato commesso da un soggetto in posizione apicale. Qui l'unico *illecito* a venire in considerazione è appunto il reato impropriamente qualificato nel linguaggio dottrinale e giurisprudenziale come 'presupposto', mentre la prova liberatoria concessa dall'art. 6 d.lgs. 231/2001

19 E' questa la sostanza dell'atteggiamento che – come più volte sopra rilevato – accomuna la *Relazione* al decreto legislativo al consolidato orientamento giurisprudenziale nel senso della eterogeneità degli illeciti rispettivamente ascrivibili alla persona fisica e alla persona giuridica. *Contra*, T. PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., 15, secondo cui «neppure gli artt. 6 e 7 D.Lgs. 231/2001, pur riferendosi (anche) a comportamenti (adozione di modelli organizzativi; vigilanza sul loro funzionamento e sulla loro osservanza), possono costituire la fonte di tipizzazione di una condotta *costitutiva* di un illecito amministrativo».

all'ente collettivo, articolata su di una serie di requisiti diretti a significare l'occasionale discostarsi del crimine realizzato da una politica d'impresa altrimenti 'osservante', integra una sorta di causa di esclusione della *colpevolezza*²⁰ nel senso, squisitamente 'normativo', di impossibilità di muovere al soggetto attivo del reato un giudizio di riprovazione per il fatto da lui commesso.

Per quanto attiene poi alla responsabilità dell'ente coerente con reati commessi da soggetti in posizione subordinata, si tratta certo di una *fattispecie* complessa, in cui l'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza, di nuovo incentrata sulla mancata adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi, assume un ruolo costitutivo, evidenziando ancora una *colpevolezza* d'impresa qualificabile più specificamente come *colpa d'organizzazione*²¹. E' dunque comprensibile che si tenda a costruire tale inosservanza, come pure sembra suggerire il tenore letterale dell'art. 7 comma 1 d.lgs., in termini echeggianti un fatto illecito di agevolazione colposa distinto dal reato commesso²². Ma non si tratta dell'unica opzione disponibile, se appena ci si ricollega ad un più ampio orizzonte dogmatico che indagli in generale i rapporti tra *illecito* e *colpevolezza* nel diritto (penale o, se si vuole utilizzare un termine provvisoriamente meno impegnativo) punitivo.

Bisogna innanzitutto riflettere sulla straordinaria portata politico-legislativa rivestita dal progresso realizzato dal decreto legislativo, rispetto

20 La natura di *scusante* della complessa *fattispecie* ex art. 6 d.lgs. 231/2001, pur oggetto di prevalente riconoscimento in dottrina, non corrisponde a concordi valutazioni; taluni autori vi ravvisano una semplice *causa di non punibilità*, peraltro solo parziale in vista della permanente applicazione della confisca del profitto disposta dall'ultimo comma dello stesso articolo: cfr., anche per gli ulteriori richiami, G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, ETS, 2012, 392.

21 A differenza del caso di reato commesso dal soggetto in posizione apicale: qui, come sopra accennato, la *colpevolezza* dell'ente è più propriamente riferibile alla politica d'impresa di cui il soggetto individuale è in via di principio portatore ed espressione, salvi i casi contemplati nell'art. 5, laddove egli appare agire si nell'interesse dell'ente, ma alla stregua di una sua personale determinazione deviante che si pone in conflitto con il complessivo orientamento della *societas* verso la prevenzione dei reati.

22 Chi scrive ha già sostenuto tale configurazione in relazione all'illecito, pur sempre di natura penale, commesso dalla persona giuridica in rapporto al reato posto in essere dal subordinato: G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., 212; una piena valorizzazione della dimensione rigorosamente normativa della *colpevolezza* (anche) d'impresa consiglia ora di confermare la natura in ogni caso unitaria dell'illecito penale commesso in concorso dal soggetto individuale e dall'ente collettivo.

agli stessi dettami della legge delega²³, attraverso la traduzione in termini normativi della categoria della colpevolezza d'impresa. Costruendo una specie di colpevolezza ritagliata direttamente ed esclusivamente sulle fattezze dell'ente collettivo e presupponendo già integrato l'elemento soggettivo del reato in questione ad opera del dolo o della colpa della persona fisica, da un lato è stato recato il più alto tributo al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale; dall'altro lato, è stata configurata la forma probabilmente più raffinata di colpevolezza in senso rigorosamente normativo. Mentre buona parte della dottrina penalistica indugia ancora su di una concezione "centauresca" di tale categoria, che, anche nella più evoluta espressione della *doppia posizione* di dolo e colpa, continua a giustapporre gli elementi soggettivi del reato ai fondamenti del giudizio di riprovazione nei confronti del reo²⁴, proprio la colpevolezza d'impresa fornisce il più convincente paradigma di una declinazione esclusivamente normativa. Nella vicenda della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche il dolo o la colpa del soggetto individuale assumono rilievo prioritario quale disvalore soggettivo del fatto di reato che si trasferisce interamente all'ente attraverso il canale dell'immedesimazione organica: è la *societas* che commette, insieme alla persona fisica, il delitto doloso o colposo di cui si tratta; ma per risultare punibile e assoggettabile allo specifico arsenale sanzionatorio per essa costruito, è ancora necessario che possa essere mosso nei suoi confronti il giudizio di riprovazione (si ripete, di natura interamente normativa) sotteso alle varie forme della colpevolezza d'impresa.

E' vero dunque, come già accennato, che la *fattispecie* punitiva riferibile all'ente in relazione ai reati commessi dai soggetti subordinati è complessa; ma non è tale l'*illicito* che ne costituisce il cuore e che, a differenza di quanto sostenuto dalla giurisprudenza sulle orme dei non vincolanti postulati dogmatici di matrice legislativa, viene interamente esaurito dallo stesso reato commesso dalla (e insieme alla) persona fisica. A fronte di tale identità strutturale è poi la *colpevolezza* d'impresa

23 Come è noto, l'art. 11 comma 1 lett. e) l. 29 settembre 2000 n. 300 intendeva fondare la responsabilità della persona giuridica sul solo nesso dell'immedesimazione organica con il soggetto individuale, poi ridotto dall'art. 5 d.lgs. 231/2001 a semplice criterio "oggettivo" di imputazione del reato all'ente.

24 Per una più articolata critica della genesi e dei postulati della *Doppelstellung* di dolo e colpa nella teoria generale del reato rinvio a G. DE VERO, *Le scriminanti putative*, in «RIDPP» (1998), 773-844: 829.

che vale a differenziare le conseguenze giuridiche dell'unitario fatto di reato, orientandole verso le sanzioni appropriate per la persona giuridica così come l'imputabilità, quale fondamento della colpevolezza in senso normativo del reo persona fisica, apre la strada alla pena criminale con funzione rieducativa di cui all'art. 27 comma 3 Cost.²⁵ Ridurre invece il rilievo della colpevolezza d'impresa ad una sorta di distinto fatto omissivo dell'ente collettivo, che degrada il reato commesso a mero presupposto di un illecito amministrativo strutturalmente autonomo, significa disconoscere la straordinaria coerenza che la categoria in parola esprime rispetto al principio costituzionale strettamente penalistico di personalità della responsabilità: è il caso di sacrificare questo riscontro altamente significativo solo per affermare ad ogni costo il dogma della natura amministrativa o al più di *tertium genus* della responsabilità dell'ente?

Esistono certo altri numerosi dati normativi, ricavabili dalla complessiva disciplina della responsabilità *ex crimine* degli enti, che depongono in favore della natura penale di tale istituto²⁶. Ma mi sembra che sia proprio la vocazione rigorosamente normativa della colpevolezza d'impresa – non elemento 'fattuale' che compone un distinto illecito, ma condizione che legittima un giudizio di riprovazione della persona giuridica per avere commesso, insieme al soggetto individuale, il reato in questione – a suggellare la piena assunzione di tale responsabilità nel più pertinente orizzonte penalistico.

3. Il conseguente riferimento all'art. 119 c.p.: la particolare tenuità del fatto tra natura oggettiva o soggettiva

Accertato dunque che l'ente collettivo assume la veste di autentico concorrente o meglio di *correo* nell'unico illecito punitivo presente sulla scena, cioè il reato commesso dal soggetto attivo nella doppia veste

²⁵ Pur a fronte della natura penale dell'illecito e della corrispondente responsabilità dell'ente, resta ferma l'irriducibilità delle sanzioni punitive previste dall'art. 9 d.lgs. 231/2001 alla pena criminale, a causa dell'impermeabilità della persona giuridica al finalismo rieducativo della stessa: da qui la configurazione del suddetto arsenale sanzionatorio quale *terzo binario* del diritto penale, che si affianca alla pena e alla misura di sicurezza (per una più diffusa argomentazione, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in «RIDPP» (2001), 1126-1167: 1162.

²⁶ Per un attento riesame critico di tali profili, alcuni dei quali non univoci, v. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., 324.

strettamente individuale e di organo della persona giuridica, nulla osta all'applicazione (forse neanche analogica bensì) 'diretta' delle corrispondenti disposizioni del codice penale che risultino compatibili con il sottosistema della responsabilità dell'ente, così come si esprime l'art. 34 d.lgs. 231/2001 a proposito delle norme processuali penali.

Qui tornano utili le considerazioni già svolte a proposito del ruolo effettivo che possono giocare le norme codicistiche sul concorso di persone nella vicenda in esame. Trattandosi appunto di un caso di *correità*, cioè di realizzazione dell'intero fatto di reato da parte di ciascuno dei concorrenti, tali norme non vengono in gioco nella loro funzione *incriminatrice*, come accade per la partecipazione in senso stretto, ma semplicemente di *disciplina*. E punto di riferimento immediato in questo contesto torna ad essere a buon diritto l'art. 119 c.p., che regola l'estensione o meno ai concorrenti, tra l'altro, delle cause di non punibilità in senso stretto e, nella specie che interessa, della particolare tenuità del fatto. Si tratta peraltro di una disciplina in via di principio *in bonam partem*, rilevando appunto le cause di non punibilità quali esimenti in senso lato²⁷: essa va dunque assunta nell'insieme delle sue articolazioni, non potendosene poi discostare nel caso in cui l'applicazione alla fattispecie implicata risulti sfavorevole ad alcuni dei concorrenti.

E' dunque di tutta evidenza il ruolo determinante che assume a questo punto la questione, già evocata da dottrina e giurisprudenza²⁸, della natura oggettiva o soggettiva da attribuirsi alla non punibilità per la particolare tenuità del fatto, destinata ad «avere effetto» o meno nei confronti dell'ente collettivo secondo il chiaro disposto dei due commi dell'art. 119 c.p.

E' difficile negare che una prima considerazione degli elementi costitutivi indicati dall'art. 131-*bis* c.p. sembra orientare verso una caratura (almeno prevalentemente) oggettiva della fattispecie, non senza che si accompagni a tale immediato rilievo una sorta di imbarazzo dell'interprete nel dover coniugarla con la tradizionale configurazione generale della cause di non punibilità in senso stretto, rivolta essenzialmente alla dimensione personale del reo, alle sue qualità, ai rapporti con la perso-

²⁷ Intendo qui tale la categoria come comprensiva di ogni fattispecie che comunque escluda l'applicazione di norme incriminatrici, si tratti di cause di liceità, di scusa o di punibilità in senso stretto; in questo senso il termine verrà usato anche nel prosieguo.

²⁸ *Supra*, nt. 1.

na offesa o ad una condotta susseguente al reato a lui soltanto riferibile. Ma tant'è. Già la pregnante definizione di sintesi contenuta nelle rubriche del Capo I titolo V libro I e dello stesso art.131-*bis* c.p. privilegia decisamente, tra le componenti dell'esimente, la consistenza dell'«offesa» enunciata nei primi due commi; ed anche il «comportamento abituale» di cui al terzo comma risulta ancorato solo in parte a condizioni personali del reo, relative alla pericolosità sociale, evocando per altro verso la caratura oggettiva che le condotte incriminate, in quanto «plurime, abituali e reiterate», possono conferire ai reati di riferimento.

Eppure parte della dottrina²⁹ e con maggiore determinazione la giurisprudenza di legittimità attribuiscono alla particolare tenuità del fatto una significativa coloritura soggettiva, la quale, anche se non esclusiva della componente oggettiva, sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la comunicabilità della non punibilità all'ente collettivo a prescindere da valutazioni circa la natura giuridica della corrispondente responsabilità³⁰.

Si comincia con il sostenere che già alcune componenti dell'offesa particolarmente tenue rivestirebbero natura soggettiva, quali l'intensità del dolo e il grado della colpa. L'osservazione è per un verso difficilmente conciliabile con l'interpretazione letterale dell'art. 131-*bis* comma 1 c.p.; per altro verso, appare ininfluyente rispetto alla particolare applicazione della causa di non punibilità all'ente collettivo qui in discussione.

Da un lato, invero, la norma in parola richiama espressamente solo le prime due componenti della gravità del reato cui fa riferimento l'art. 133 comma 1 c.p., cioè il disvalore *oggettivo* di *azione*, risultante appunto dalle varie modalità della condotta criminosa, e di *evento*, espresso dalla consistenza del danno o del pericolo arrecato³¹; semmai un profi-

29 Afferma la natura soggettiva della causa di non punibilità, valorizzando il ruolo che assumono nella complessiva economia della fattispecie le figure tipiche di pericolosità sociale richiamate dall'art. 131-*bis* comma 3 c.p., G. PANEBIANCO, *Offesa esigua, assente e incidente sulle soglie di punibilità*, in «LP» (7.1.2020), 1-69: 45; nello stesso senso B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in «AP» (2015) 3, 1-20: 10; v. anche *supra*, nt. 8.

30 A dire il vero la giurisprudenza (*supra*, nt. 9) sviluppa questo discorso senza far esplicito riferimento all'art. 119 c.p., quasi timorosa che un diretto richiamo alle norme ivi contenute possa contraddire la preliminare ripulsa della consistenza criminale della responsabilità dell'ente; ma la natura delle osservazioni svolte tradisce chiaramente l'incombente sulla questione di tale contesto propriamente penalistico.

31 Cfr. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in

lo di natura soggettiva sembra emergere, ma solo in negativo, dall'art. 131-*bis* comma 2, laddove la particolare tenuità dell'offesa viene esclusa quando l'autore abbia agito per «motivi abietti o futili»³².

Dall'altro lato, sfugge a quanti vanno alla caccia di elementi soggettivi della causa di non punibilità, al fine di escluderne l'applicazione ai concorrenti che non ne siano investiti, che è la particolare e irripetibile struttura della correatà tra persona fisica e persona giuridica a promuovere comunque la soluzione contraria. Si è già osservato che il rapporto di immedesimazione organica che lega i soggetti attivi della vicenda criminosa comporta l'attribuzione all'ente collettivo dell'intero illecito commesso dal soggetto individuale, comprensivo, tra i profili di disvalore soggettivo, quanto meno dell'intensità del dolo e del grado della colpa; mentre ciò che rimane di esclusiva e quindi incomunicabile pertinenza personale dei due autori è la colpevolezza in senso normativo "puro", radicata per l'uno nell'imputabilità e per l'altro nella colpevolezza d'impresa. Proprio questa condivisione strutturale della pienezza dell'illecito penale posto in essere porta a concludere che le "circostanze soggettive" relative quanto meno a dolo e colpa, se non anche ai motivi a delinquere, «hanno effetto» riguardo all'ente collettivo, non diversamente che rispetto all'autore individuale, in quanto «persona a cui si riferiscono» secondo la chiara lettera dell'art. 119 comma 1 c.p.

Tra gli «aspetti precipuamente soggettivi»³³ della particolare tenuità del fatto viene poi annoverato il «comportamento non abituale», desumibile *a contrario* dagli indici segnalati dall'art. 131-*bis* comma 3 c.p. con riferimento alle figure tipiche di pericolosità sociale relative all'autore

«DPP» (2015), 659-671: 661; B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, cit., 13; A. NISCO, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in M. BACCARI et al. (Edd), *Il nuovo volto della giustizia penale*, CEDAM, 2015, 195-224: 202. Propendono invece a considerare il rinvio all'art. 133 comma 1 c.p. come implicante la rilevanza, tra i criteri di accertamento dell'esiguità dell'offesa, anche dell'intensità del dolo e della gravità della colpa G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in «*Studium iuris*» (2015), 1102-1114: 1110; G. DE FRANCESCO, *Illecito esiguo e dinamiche della pena*, in «*Criminalia*» (2015), 199-223: 222; C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in «DPP» (2015), 517-523: 519.

32 Questo puntuale richiamo, mentre amplia la valutazione su basi soltanto obiettive della tenuità dell'offesa, non può di per sé significare che qualunque componente soggettiva integri già ai criteri di cui al primo comma dell'art. 131-*bis* c.p.: cfr. G. PANEBIANCO, *Offesa esigua*, cit., 23.

33 Cass. Pen., sez. III, 15 marzo 2019, n. 11518, cit. *supra*, nt. 9.

del reato, all'aver questi commesso più reati della stessa indole, anche se ciascuno di particolare tenuità, e infine alla qualificazione come «plurime, abituali e reiterate» delle condotte costitutive dei reati di riferimento.

A questo proposito è fuor di dubbio che le dichiarazioni di delinquenza abituale, professionale o per tendenza sono del tutto estranee alla consistenza oggettiva della particolare tenuità del fatto, chiamando esclusivamente in causa la persona del singolo autore, addirittura la sua carriera criminale. Altrettanta sicurezza non può esprimersi nei riguardi degli altri indici di abitualità del comportamento richiamati dall'art. 131-bis comma 3 c.p.

Con riferimento alla commissione da parte dell'autore di più reati della stessa indole sembrerebbe a prima vista che ci si trovi di nuovo di fronte a momenti di carriera criminale di esclusiva pertinenza del singolo individuo, come tali assolutamente estranei alla caratura oggettiva del fatto criminoso: una sorta di recidiva specifica che si aggiunga alle figure tipiche di pericolosità sociale. Ma questa interpretazione è tutt'altro che obbligata. Il mancato riferimento della norma ad una precedente condanna subita dall'autore autorizza a ritenere che la pluralità di reati della stessa indole, piuttosto che integrare una specie di recidiva aggravata, debba costituire essa stessa oggetto del procedimento penale nel quale si prospetta la ricorrenza della causa di non punibilità³⁴: una sorta insomma di concorso di reati ai sensi dell'art. 71 c.p., che come tale dovrebbe riguardare in via di principio anche il soggetto compartecipe.

Non può poi dubitarsi della natura oggettiva delle qualifiche delle condotte criminose come «plurime, abituali e reiterate». Qui non è necessario approfondire l'esatto significato di questa formulazione legislativa comunque infelice. Quale che ne sia l'estensione³⁵, è chiaro che siamo di

34 Cfr. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., 668; A. R. CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-bis c.p.*, in A. CADOPPI et al. (Edd.), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET, 2015, 111-127: 117; G. PANEBIANCO, *Offesa esigua*, cit., 28. *Contra*, G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., 1111.

35 A fronte dell'evidente ridondanza di qualifiche, occorre avviare in sede ermeneutica una necessaria semplificazione: le condotte "plurime e "abituale" dovrebbero segnalare entrambe le fattispecie criminose caratterizzate dalla reiterazione della condotta tipica, non a caso tradizionalmente ricondotte alla categoria unitaria dei *reati abituali* o a *condotta plurima*; la lettera della legge potrebbe raccomandare la medesima

fronte a connotazioni della figura legale dei reati di riferimento, come tali necessariamente coinvolgenti tutti coloro che vi sono concorsi.

Trova dunque conferma che gli unici «aspetti precipuamente soggettivi» caratterizzanti la disciplina della non particolare tenuità del fatto riguardano le figure qualificate di pericolosità sociale. Che cosa comporta ciò in vista di un conclusivo inquadramento della causa di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* nell'alternativa oggettiva-soggettiva? Occorre orientarsi nel primo senso, confermando quanto meno la prevalenza della primaria e ineludibile componente oggettiva e sancendo così l'estensione dell'esimente al concorrente nel reato? O bisogna ritenere che la pur limitata connotazione soggettiva attinente alla carriera criminale del reo valga da sola a promuovere la soluzione contraria ai sensi dell'art. 119 comma 1 c.p.?

La prevalente connotazione oggettiva della causa di non punibilità in discorso sembrerebbe trovare conferma se dal piano dell'esegesi letterale dell'art. 131-*bis* c.p. ci si sposta su quello teleologico della sua *ratio* giuridico-sostanziale, che ripropone la stessa gerarchia già individuata tra le componenti della complessa fattispecie. Il fondamento essenziale dell'esimente, in termini di particolare tenuità dell'offesa, vuole significare una minima consistenza criminosa dell'accadimento concreto, appena distinguibile da quella piena inoffensività del fatto conforme al tipo che ne esclude la stessa configurabilità quale illecito penale: in tali termini la scelta legislativa di non punire l'autore del reato sembra addirittura, se non dettata, quanto meno coerente con una piena adesione al principio di proporzione dell'intervento punitivo³⁶. Sennonché il contesto di cauta deflazione processuale in cui si è mossa la novella legislativa, caratterizzato dalla ritenuta opportunità di temperare soluzioni di sicura valenza giuridico-costituzionale con più modeste attenzioni all'allarme sociale che potesse conseguirne, ha imposto di tener conto altresì di esigenze di prevenzione speciale apparse ineludibili: da qui il rilievo delle figure qualificate di pericolosità sociale come requisiti negativi di una causa di non punibilità di per sé fondata su dati squisitamente oggettivi.

soluzione anche con riferimento alle condotte "reiterate", ma la *ratio* complessiva della formulazione, intesa a segnalare figure di reato comunque caratterizzate da una pluralità di condotte, consiglia di ricondurle alle fattispecie *alternative miste*, laddove, come è noto, la realizzazione anche di una sola di esse è sufficiente per l'integrazione del delitto (cfr., ma con una diversa dislocazione di tali significati tra le varie qualifiche legislative, G. PANEBIANCO, *Offesa esigua*, cit., 31).

36 Cfr., tra gli altri, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2018, 605.

Ma al di là della pur ribadita prevalenza della dimensione oggettiva della causa di non punibilità, tanto sul piano strutturale che teleologico, non si può disconoscere che la componente personale sottesa all'assenza delle particolari condizioni di pericolosità sociale resta comunque presupposto ineludibile per l'applicazione dell'esimente, non diversamente dall'assenza anche di uno solo dei requisiti attinenti alla tenue consistenza dell'offesa; e tanto basta per attribuire ad essa una definitiva natura soggettiva.

Bisogna allora concludere nel senso dell'assoluta non estensibilità dell'esimente ai concorrenti nel reato ai sensi dell'art. 119 c.p.? La risposta è in realtà negativa, come dimostra un ulteriore approfondimento che svela l'equivoco in cui cadono di solito dottrina e giurisprudenza a questo riguardo.

A ben vedere è proprio l'affermazione della natura soggettiva della causa di non punibilità a condurre, seguendo il chiaro dettato dell'art. 119 comma 1 c.p., ad applicarla a tutti coloro ai quali essa «si riferisce» in quanto si tratti di soggetti che *non* siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza; è (solo) rispetto ai concorrenti investiti da tali qualifiche che la «circostanza soggettiva» non può trovare di contro applicazione appunto perché ad essi non riferibile *ab origine*, verrebbe da dire indipendentemente dallo stesso riferimento all'art. 119 c.p., che vale comunque a ribadire la soluzione negativa. Ed è significativo come sia l'opposta affermazione della natura oggettiva della non punibilità per particolare tenuità del fatto a mettere paradossalmente in imbarazzo i rispettivi fautori, i quali, paventandone l'estensione per tale via a tutti i concorrenti anche se delinquenti qualificati, finiscono per auspicare una costruzione alternativa che neutralizzi tale grave inconveniente³⁷.

4. Applicazione all'ente della causa di non punibilità con esclusione dell'incidenza negativa delle forme qualificate di pericolosità sociale.

Ribadito dunque come, già rispetto ad un'ordinaria vicenda di concorso di persone nel reato, la causa di non punibilità dell'art. 131-bis c.p. trova esclusiva applicazione nei confronti dei concorrenti non investiti dalle qualifiche di delinquente abituale, professionale o per tendenza – poiché, ad onta del pur condiviso insieme di elementi oggettivi, solo a tali

37 Così G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., 978.

persone essa in definitiva «si riferisce» secondo la chiara lettera dell'art. 119 comma 1 c.p. - occorre chiedersi se la situazione vada apprezzata diversamente nel caso in cui la correatità si realizza rispetto all'ente collettivo.

A prima vista potrebbe sorgere qualche motivo di perplessità. L'impossibilità 'ontologica' di valutare le persone giuridiche che siano soggetti attivi di reato alla stregua dei modelli di cui agli artt. 102 ss.³⁸ può suggerire una sorta di loro totale estraneità al complessivo ambito di rilevanza dell'art. 131-*bis* c.p., addirittura ancor prima che venga in considerazione il regime di estensione ai concorrenti delle cause di non punibilità: se il requisito ultimo e determinante dell'esimente evoca, sia pure in negativo, condizioni di pericolosità sociale che risultano originariamente incompatibili con gli enti collettivi, se ne potrebbe dedurre che la particolare tenuità del fatto appartenga ad un dominio per essi inaccessibile.

Ma sarebbe un'impressione fallace. A ben guardare, non è corretto andare ad indagare se e perché taluni soggetti non possano essere investiti già in astratto delle qualifiche tipiche di pericolosità sociale. Ciò che conta, ai fini dell'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., è *di per sé* il dato dell'assenza di queste ultime; e se tale assenza è in certo qual modo coesistente agli enti collettivi, perché si dovrebbe rinunciare a sviluppare pienamente nei loro riguardi la primaria vocazione operativa – coerente con il principio di proporzione - della particolare tenuità dell'offesa e della residua non abitudine del comportamento, non più ostacolata dai concorrenti requisiti negativi di esclusiva pertinenza dei soggetti individuali?

Ma c'è di più. Proprio la natura soggettiva della causa di non punibilità dischiude per l'ente potenzialità applicative addirittura superiori a quelle già venute in evidenza nell'esperienza giurisprudenziale. Sinora si è trattato di casi in cui l'autore individuale del reato ha beneficiato dell'esimente in quanto estraneo alle condizioni personali richiamate

38 Ciò vale certamente rispetto alla tendenza a delinquere, con particolare riferimento alla «indole particolarmente malvagia» quale causa di «una speciale inclinazione al delitto». Ma già le complessive carriere criminali sottese all'abitudine e professionalità nel reato risultano chiaramente “non compatibili” con il soggetto collettivo, in quanto incentrate sull'essere «dedito al delitto» ovvero sul «vivere abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato»; senza poi dire dell'assoluta inconciliabilità delle persone giuridiche con il momento sanzionatorio delle figure tipiche di pericolosità sociale in termini di applicazione di misure di sicurezza detentive.

dall'art. 131-*bis* comma 3 c.p.: *quid iuris* ove, di contro, le relative qualifiche abbiano precluso la di lui non punibilità? Se si è convinti dell'autentica natura di 'correità' inerente alla condizione della persona giuridica, la risposta discende ancora una volta linearmente dal disposto dell'art. 119 comma 1 c.p.: la causa di non punibilità, in presenza di ogni altra componente oggettiva, va comunque applicata all'ente collettivo, in quanto persona alla quale essa «soltanto si riferisce».

Piuttosto il riferimento dell'art. 131-*bis* comma 3 c.p. alla realizzazione di più reati della stessa indole potrebbe suggerire di stabilire un collegamento in termini di somiglianza con la *reiterazione*, quella sorta di recidiva infraquinquennale prevista dall'art. 20 d.lgs. 231/2001, inibendosi così, almeno in sua presenza, l'estensione agli enti della causa di non punibilità. Ma sarebbe una proposta del tutto azzardata: anche ammesso che l'art. 131-*bis* comma 3 c.p. configuri una recidiva aggravata nel far riferimento alla commissione di più reati della stessa indole³⁹, si tratterebbe comunque di una forma diversa da quella che il citato art. 20 incentra invece sul dato cronologico; l'estensione all'ente collettivo dell'effetto preclusivo integrerebbe dunque un'intollerabile *analogia in malam partem*⁴⁰.

39 L'interpretazione, secondo cui tale requisito negativo presupponga sentenze definitive di condanna già intervenute, è stata qui respinta in favore di quella che vi ravvisa un semplice concorso di reati come oggetto dello stesso procedimento penale in atto (*supra*, nt. 3 e nt. 34).

40 Anche chi ritiene opportuno che l'estensione della causa di non punibilità all'ente trovi un limite nella reiterazione di reati facenti capo ad un *deficit* organizzativo, demanda tale soluzione ad un futuro intervento legislativo: C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 543.

TUTELA PENALE DELLA SICUREZZA SUL LAVORO, LINEE GUIDA E 'BUONE PRASSI'.

CONSIDERAZIONI PER UNA PROPOSTA DI MODIFICA DEGLI ARTT. 589 E 590 C.P. IN MATERIA DI INFORTUNI SUL LAVORO¹

Alberto De Vita

1. Il problema della “sostenibilità” economica e sociale dell'intervento punitivo in materia economica e la crisi della legalità. Cenni

Il dibattito che si sviluppò nell'estate del 2015 in occasione dei provvedimenti di sequestro preventivo che interessarono due grandi imprese italiane² e dei rimedi d'urgenza adottati dal Governo Renzi per scongiurare il blocco di due stabilimenti “di interesse strategico nazionale”³, riaccese l'attenzione dell'opinione pubblica sulla gestione degli effetti che l'intervento del giudice penale determina sull'attività d'impresa⁴,

1 Il presente scritto è la versione rivista e ampliata del contributo personale, che impegna solo l'autore, redatto in occasione della partecipazione all'iniziativa dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale per la riforma dei reati contro la persona.

2 Si trattava del sequestro dell'impianto *Fincantieri* di Monfalcone per illeciti connessi alla gestione dei rifiuti e al rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale, e della paventata chiusura del secondo altoforno dell'ILVA di Taranto in seguito al sequestro preventivo disposto per un grave incidente sul lavoro.

3 Decreto-legge 4 luglio 2015, n. 92 recante «Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale» pubblicato con il commento di S. ZIRULIA, *In vigore un nuovo decreto 'salva Ilva' (e anche Fincantieri)*, in «DPC» (6 luglio 2015). Il decreto non venne convertito in legge ma gli effetti che l'art. 3 d.l. aveva prodotto sulla vicenda ILVA furono “stabilizzati” *ex tunc* dall'art. 1, co. 2°, della l. 6 agosto 2015, n. 132 e la norma fu trasfusa nell'art. 21-*octies* del cd. Decreto Giustizia (d.l. 83/2015), convertito appunto dalla citata l. 132/2015. Tuttavia, la Corte Costituzionale, con sentenza 23 marzo 2018, n. 58 ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale sia dell'art. 3 del d.l. 92/ 2015, sia dell'art. 21-*octies* del d.l. 83/2015 (v. ord. di correzione di errore materiale della C. cost. n. 119/2018), ritenendo che tali norme avessero diacronicamente privilegiato in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, a detrimento dei diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.). Gli effetti prodotti sulla vicenda *Fincantieri* dagli artt. 1 e 2 del d.l. 92/2015, invece, sono stati definitivamente (*per ora*) confermati *ex tunc* dall'art. 1, co. 3°, l. 6 agosto 2015, n. 125.

4 Il dibattito sulle vicende *Fincantieri* e ILVA si sviluppò in un primo tempo sulle

con riflessi cruciali sulla stessa sostenibilità, economica e sociale, di tale intervento quando incide su realtà economiche di grande rilievo, con la gran parte dei soggetti coinvolti del tutto estranea all'illecito contestato⁵.

Si deve parlare di illecito «contestato» (ovvero *ipotizzato*) e non «accertato» perché, nella quasi totalità dei casi, le misure reali che più incidono sulla vita delle aziende sono di natura cautelare o preventiva e non conseguono ad alcun accertamento di merito, tantomeno definitivo. Anzi, accade non di rado che le misure di prevenzione ablativa sopravvivano ad un processo penale giunto ad esiti assolutori e svelino così la vera natura del sistema di prevenzione come strumento repressivo di intervento *post delictum* e *praeter probationem delicti*⁶, «un sistema di intervento parallelo e più duttile, da utilizzare come una sorta di “scorciatoia” per sfuggire alle strettoie probatorie del normale processo penale»⁷. Situazione analoga a quella delle misure cautelari reali, che anticipano gli effetti della misura di sicurezza, ma risultano caratterizzate da minori garanzie rispetto a quelle previste per le misure cautelari personali, bastando il mero *fumus* invece dei gravi indizi di colpevolezza⁸. Non sembra quindi azzardato affermare che nell'ambito delle misure ablativa penali si assiste ad una progressione del gradiente garantistico che va dal livello massimo previsto per la confisca cd. di valore prevista dall'art. 322-ter c.p., considerata quale sanzione penale, alla misura di

pagine del *Corriere della Sera* con l'intervento di D. DI VICO, *Industria e giustizia. Il dialogo che non c'è*, in «Corriere della Sera» (1° luglio 2015), 28, seguito da quello dell'allora vicepresidente del CSM, G. LEGNINI, *Giustizia e imprese. Le toghe valutino gli effetti delle scelte*, ivi (5 luglio 2015), 25 e di V. IMPROTA, *Industria e linguaggio della modernità*, ivi (19 luglio 2015), 37.

5 Sulle origini storiche della «partita in corso, ieri e oggi, tra penalità e impresa», v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, 13 ss.

6 In termini, 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 A. BARGI – A. CISTERNA (Edd.), *La giustizia penale patrimoniale*, vol. I, UTET, 2011, 131-132; O. MAZZA, *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, in «AP» (2019); A. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in O. MAZZA – F. VIGANÒ (Edd.), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Giappichelli, 2009, 446. Per una diversa prospettiva v. G. LINARES – G. ANNICHIARICO – F. MESSINA, *La confisca di prevenzione: tra finalità preventive, effetti neutralizzatori ed esigenze ripristinatorie*, in «SP» (2020), 48.

7 G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in «DDP», vol. VIII, UTET, 1994, 120.

8 Ancora di recente, Cass., V, 11 dicembre 2019, n. 3722; Id., III, 27 giugno 2019, n. 39333.

sicurezza della confisca “diretta” (art. 240 c.p.), fatti salvi i sequestri propeedeutici, per finire alla confisca allargata (già art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, ora art. 240-*bis* c.p.) e di prevenzione (art. 24 D. Lgs. 159/2011). Il tutto in un intreccio, talvolta inestricabile, di discipline codicistiche e di leggi speciali⁹.

A cospargere sale sulle ferite inferte ai principi fondamentali dalla perentoria mitigazione delle garanzie penalistiche nelle plurime morfologie ablatorie penali, soprattutto cautelari e preventive, che possono incidere in modo esiziale sulla vita dell'impresa¹⁰, interviene da tempo la ben nota “crisi della legalità”, nel cui contesto la giurisprudenza creativa non assume certo il ruolo di causa, piuttosto di volano che “concretizza i rischi” insiti in una legislazione penale spesso approssimativa. Emblematiche di uno stile legislativo poco attento alle esigenze di determinatezza e tassatività sono due recenti riforme in materia di reati contro la pubblica amministrazione: in primo luogo la riforma della concussione per induzione operata dalla L. 190/2012, con l'inserimento nel codice penale dell'art. 319-*quater* c.p., una norma che, prima ancora di compiere il primo anno di vita, ha dovuto subire un intervento non solo di ortopedia giuridica ma addirittura di “attribuzione di senso” da parte delle Sezioni Unite, in particolare con riferimento alle ragioni sottese alla punibilità del soggetto indotto¹¹. È poi intervenuta l'interpolazione della fattispecie di abuso d'ufficio ad opera dell'art. 23, co. 1°, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120. Mossa dalla giusta esigenza di limitare l'interpretazione giurisprudenziale estensiva, in particolare con riferimento ai limiti di configurabilità del requisito della violazione di legge, la novella ha previsto che, per integrare la fattispecie di reato, la condotta debba consi-

⁹ Sul punto v. E. APRILE, *Gli effetti dell'intervento penale sull'economia delle imprese. Nuovi equilibri tra repressione dei reati e continuità delle attività produttive?*, in «DPC» (30 novembre 2015), 2.

¹⁰ Al punto da spingere a parlare di vero e proprio «omicidio d'impresa» (C. PATALANO, *Omicidio di impresa, Il caso del gruppo bancario Delta*, Rubbettino, 2016) ovvero di «enticidio» (M. MEZZETTI, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in «DPC - RT» (2018), 133 ss.

¹¹ Cass., SS.UU., 24 ottobre 2013 - 14 marzo 2014, n. 12228, Maldera, sulla quale v. G.L. GATTA, *Dalle sezioni unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in «DPC» (17 marzo 2014); F. RIPPA, *Induzione indebita e condotte fraudolente, tra vecchi e nuovi assetti normativi*, in «DPC - RT» (2018), 207 ss.

stere nella violazione del dovere di astensione oppure sia realizzata «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Confortato dall'inconsapevolezza della distinzione tra “enunciato” e “significato” che caratterizza ogni documento normativo, distinzione ereditata dalla filosofia del linguaggio e divenuta da tempo patrimonio comune della scienza giuridica¹², il Legislatore del 2020 ha potuto immaginare che esistano norme tali da non consentire alcuna discrezionalità esegetica (indipendentemente da chi sia l'esegeta), magari proprio sul modello del novellato art. 323 c.p. Ed è paradossale che il tentativo di assicurare un maggiore vincolo del giudice alla legge avvenga proprio inserendo nella fattispecie un *enunciato* normativo il cui *significato* prescrittivo si presta alle più disparate interpretazioni, al punto che, ora, per decifrare i limiti di configurabilità della violazione di legge ex art. 323 c.p. si dovrà ricorrere alla mantica più che all'ermeneutica.

Oltre alla “ingenuità” di talune formulazioni legislative e alla (fin troppo) volenterosa opera di integrazione/correzione delle norme da parte della giurisprudenza, ad aggiungere ulteriore incertezza nell'applicazione della legge penale interviene la stratificazione di normative, nazionali e internazionali, che disciplinano soprattutto materie tecniche di grande impatto sulla vita economica (così avviene, ad esempio, nella materia ambientale, finanziaria e della sicurezza sul lavoro). Com'è stato osservato¹³, la molteplicità di “Carte”, nazionali, comunitarie e internazionali, che riconoscono diritti ai cittadini e ne consentono l'azionabilità anche in sede penale¹⁴, rischia di produrre un diritto *à la carte*¹⁵ mentre è noto che, almeno nella materia penale, ai giudici dovrebbe essere offerto un menù fisso: gli ineliminabili problemi interpretativi devono pur sempre

12 G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, 1974.

13 S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto à la carte?*, in «DPC - RT» (2013), 242 ss. Sul fenomeno, v. le interessanti, ma forse un po' indulgenti, considerazioni di E. APRILE, cit.

14 Con la conseguente compresenza, insieme alla Corte costituzionale, di altri due livelli di giurisdizione di tipo “costituzionale” sebbene sovranazionale: la Corte Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sede a Lussemburgo, come osservato da A. BONDI, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro, persone ed enti*, in P. CAMPANELLA – P. PASCUCCI (Edd.), *La sicurezza sul lavoro nella galassia delle società di capitali*, Olympus working papers, 2015, 14.

15 L'espressione è di M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, 2000, 49.

avere ad oggetto, secondo un insegnamento molto autorevole, una legalità riconoscibile «quale parametro di giudizio preesistente all'interpretazione e indisponibile da parte del giudice¹⁶.

2. Normativizzazione di categorie penalistiche e *compliance* penale

Tra i fattori che hanno prodotto l'attuale espansione della funzione *normativa* della giurisprudenza, un ruolo di rilievo dev'essere attribuito alle tendenze legislative tese all'espansione del penale¹⁷ che concorrono a trasformare il giudice penale in «attore giurisdizionale di una vera e propria politica sociale»¹⁸. Il diritto giurisprudenziale¹⁹ è entrato così a far parte del «nuovo assetto policentrico delle fonti e della pluralità degli ordinamenti, contrassegnato dall'intermittenza delle loro gerarchie intrecciate che fanno pensare a una "rete" giuridica, anziché alla classica "piramide", ad un *nuovo medioevo penale*»²⁰. Si tratta del risultato del processo di parcellizzazione e deformalizzazione delle fonti del diritto, realizzato attraverso la parziale delega della funzione normativa ad una molteplicità di "agenzie" prive di legittimazione popolare, territorialmente decentrate ma legate dalla comune natura elitaria e/o

16 C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi della riserva di legge in materia penale)*, in «Criminalia» (2011), 134. Sul tema v. V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in «DPC» (9 luglio 2012) e, *amplius*, ID., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012.

17 Cfr. D. PULITANÒ, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in «DPC - RT» (2013), 52.

18 In questi termini, nell'ambito del più ampio tema dei rapporti tra giudice penale e potere pubblico, F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in «CP» (2012), 1614.

19 La letteratura sul tema è sterminata ma non si può prescindere dal volume collettaneo A. STILE (Ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, 1991. V., inoltre, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in «DPC» (2016), 13 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, ESI, 2008; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI – C. E. PALIERO (Edd.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, 515 ss.

20 M. DONINI – G. INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale - considerazioni introduttive*, in M. DONINI – G. INSOLERA (Edd.), *Riserva di legge e democrazia penale*, Monduzzi, 2005, 16 (corsivo aggiunto). Sull'argomento v. A. DE VITA, «Filosofia della prassi» o «Medioevo penale»? Il futuro del metodo del diritto penale visto da una retrospettiva della scuola positiva, in «Critica del diritto» (2007), 208 ss.

burocratica²¹. In definitiva, l'orizzonte che si traccia, pur affermandone la storica irripetibilità, non è altro che un ritorno al «medioevo giuridico» interpretato, secondo la descrizione dei fautori di questo indirizzo, come «una coscienza collettiva che genera forme giuridiche plastiche, dalla intensa storicità, che individua il diritto come sua espressione riconducendolo alla globalità e complessità della società e non di una cristallizzazione politica ingombrante, o di un apparato forte di potere. In un mondo politico-giuridico senza burattinai invadenti il pluralismo è nelle cose. Non una fonte unica di produzione che impone canoni sui quali misurare la giuridicità, ma pluralità di fonti, convivenza di fonti e di diritti»²².

Sul piano inclinato della delegificazione della materia penale²³, qualsiasi tentativo di impedire che prosegua lo scivolamento verso forme sempre più remote di legittimazione democratica della produzione normativa deve tener conto della attuale *legislative public opinion*²⁴, ancora caratterizzata dalla tendenza alla delegificazione, alla privatizzazione e al decentramento della produzione giuridica²⁵ e, in materia economica, dalla «funzionalità invertita tra stati e mercati: sempre più gli stati tendono a diventare funzionali ai mercati»²⁶.

La materia economica e, segnatamente, la disciplina della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, potrebbe invece rappresentare un laboratorio per sperimentare tecniche legislative che consentano di recuperare i principi di determinatezza e tassatività e, quindi, il controllo democratico sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale. Lo strumento potreb-

21 Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001, 81-82.

22 P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in «Quaderni fiorentini» (2002), 49.

23 Sull'argomento M. DONINI – G. INSOLERA (Edd.), *Riserva di legge e democrazia penale*, cit.

24 Intesa nell'accezione che ne diede il maggior costituzionalista inglese, Dicey, il quale indicava con questo termine «a body of beliefs, convictions, sentiments, accepted principles, or firmly-rooted prejudices, which, taken together, make up the public opinion of a particular era... only with that kind of public opinion which, since it has told on the course of legislation, may with strict propriety be called law-making or legislative public opinion» (A.V. DICEY, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion*, Macmillan & Co., 1905).

25 In diritto dell'economia un caso emblematico è offerto dall'esperienza dei codici etici di autoregolamentazione, sui quali cfr. V. PATALANO, *Etica degli affari e diritto penale*, in «Critica del diritto» (2006), 33 ss.

26 M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 14.

be essere il ricorso a forme di normativizzazione delle categorie penali-stiche²⁷, similmente a quanto avviene, per la verità non senza problemi, in materia di responsabilità medica²⁸.

Responsabilità medica e sicurezza sul lavoro sono entrambe materie la cui regolazione presenta un alto coefficiente tecnico²⁹ e nell'ambito delle quali la giurisprudenza, prestando particolare attenzione allo scopo di tutela, tende ad dilatare l'ambito di applicazione delle fattispecie di reato, con la conseguenza che «le scelte ermeneutiche risultano non di rado condizionate da concezioni pregiudiziali o fattori di contesto, che ben trascendono la dimensione testuale delle disposizioni normative oggetto di applicazione»³⁰.

Proprio in ragione della particolare complessità tecnica, la materia antinfortunistica già potrebbe ricevere beneficio, in termini di effettività di tutela e di recupero di determinatezza/tassatività, dalla normativizzazione di linee-guida e *best practices*, nelle forme che già oggi sono previste dal Testo Unico della sicurezza sul lavoro (Tusl) emanato con il D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. L'operazione, *in subiecta materia*, sarebbe agevolata dalla *compliance* aziendale già prevista dall'art. 30 del Tusl, usufruendo dei relativi standard di "legalità preventiva".

27 Per alcuni spunti in tal senso v. G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti dell'espansione del diritto penale*, in «Diritto@Storia» (2013), 28 dell'estratto.

28 Il riferimento è, ovviamente, alle riforme cd. Balduzzi (art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 come modificato dalla legge di conversione l. 8 novembre 2012, n. 189) sulla quale v. G. FORTI, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate*, in «DPP» (2015), 738, e cd. Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24) sulla quale v. C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in «DPC» (2018). Sui problemi posti dalle due riforme v., ad es., N. CALLIPARI, *L'applicazione della legge Gelli-Bianco (l. n. 24/2017). Primi orientamenti*, in «Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale» (2019), 405 ss.; M. SCHIAVO, *La persistente imprevedibilità delle pronunce sulla colpa medica a due anni dall'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco*, in «DPC» (2019), 5 ss.

29 Sui tratti comuni delle due materie, considerate come "laboratori" delle categorie penalistiche (in particolare la colpa e la causalità), v. D. CASTRINUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. BELVEDERE – S. RIONDATO (Edd.), *Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, 2011, 934, 940 ss. Con riferimento specifico alla materia della sicurezza sul lavoro, D. CASTRINUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in «DPC» (2016), 216 ss.

30 Sul punto v. G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., 19 ss.

3. La costruzione di sistemi complementari e integrati di tutela penale e amministrativa nei contesti leciti di base

Quando si parla di *compliance* penale ci si riferisce in genere alle attività di vigilanza, organizzazione e controllo dirette a prevenire la commissione di reati. Si tratta di strumenti di natura pre-penale o para-inquisitoria, che intervengono per scongiurare il verificarsi di situazioni “ambientali” favorevoli alla commissione di reati ovvero per “fiutare” tracce di un reato *in itinere*.

Talvolta la spinta alla *compliance* — sebbene “coatta” — può avvenire a reato già realizzato, come nel caso delle prescrizioni in materia di sicurezza sul lavoro che integrano il particolare meccanismo di estinzione del reato previsto dal d. lgs. n. 758/94³¹. Riecheggiano in parte, in tale meccanismo estintivo, le proposte avanzate vent’anni or sono da un illustre Maestro³² per l’attuazione di «forme di messa alla prova da adottare nel settore della criminalità economica, ed aventi come contenuto la regolarizzazione della situazione di sicurezza del lavoro, la cui precarietà è stata evidenziata dal reato».

Durante l’intenso dibattito che si sviluppò all’inizio degli anni Ottanta soprattutto presso il Centro Studi per la Riforma dello Stato di Pietro Ingrao, si era osservato con interesse, ma anche con preoccupazione, l’impulso deciso verso la creazione, soprattutto nel diritto penale dell’economia, di aree di tutela nelle quali sanzioni penali e amministrative entrassero in rapporto di integrazione o di complementarità, anche per effetto dei limiti imposti dalle direttive comunitarie prima al legislatore delegante e, quindi, al Governo³³. Nel panorama delle soluzioni adottate

31 Sui cui profili dogmatici v. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, CEDAM, 1996, 243, nota 74. Sull’argomento, *amplius*, G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Jovene, 2008.

32 F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in «RIDPP» (1977), 13 ss.; ID., *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *La responsabilità dell’impresa per i danni all’ambiente e ai consumatori*, Giuffrè, 1978, 118.

33 A tal proposito fu detto che si trattava di «ipotesi nelle quali il legislatore, nella consapevolezza di non poter fare affidamento sulla efficace azione fisiologica e preventive della macchina amministrativa (che, se funzionasse, impedirebbe gran parte dei pericoli e delle lesioni dei beni da proteggere), non è in grado di intervenire “a monte”, e scarica “a valle”, cioè nella sanzione penale, la sua forza impeditiva. Si crea, così, un diritto penale “appendicolare” o di “supplenza”, facile ribollente impluvio che raccoglie le acque non assorbite dalle vallate spogliate delle loro naturali difese» (M. RAMAT, *Presen-*

dal diritto penale dell'economia, quindi, si delineava progressivamente una categoria più ampia del diritto penale "classico", quella del «diritto punitivo» che, forse proprio in questo più che in altri campi, tende ad affermarsi come modello di protezione "complementare" e/o "integrata" di beni giuridici. Tale direzione di marcia continua ad essere percorsa ancora oggi, con riferimento soprattutto alla tutela di beni a titolarità "diffusa"³⁴ ma anche di beni giuridici di altro tipo comunque coinvolti nella costruzione di "ordini pubblici tecnologici" qual è, ad esempio, la materia antinfortunistica.

Il Testo Unico della sicurezza sul lavoro (Tusl) emanato con il D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ha inaugurato un "nuovo corso" del sistema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Aderendo all'impostazione offerta dalla normativa europea, ha attribuito un ruolo preminente alle procedure organizzative dirette ad una più efficace ed efficiente organizzazione e gestione della prevenzione in azienda³⁵.

Tale approccio, nell'ambito del quale particolare rilevanza ha assunto l'elaborazione di "buone prassi" dirette alla migliore e più efficace valutazione dei rischi³⁶, ha determinato un processo di aggiornamento dei modelli sanzionatori operanti nei settori "a rischio di base consentito"³⁷, elaborati dal legislatore soprattutto nel corso degli anni Novanta.

Proprio nel 1990, quando l'uso di modelli sanzionatori diretti alla costruzione di «aree complementari» o di «aree integrate» di tutela per il controllo di talune attività rilevanti³⁸ non aveva ancora raggiunto la

tazione, in CRS (Ed.), *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Giuffrè, 1987, 13-14). La preoccupazione era dovuta alla creazione di un gran numero di illeciti di minima entità sanzionatoria «anche là dove, invece, i beni protetti hanno un valore molto alto (si pensi ai beni ambientali, alla protezione della salute in fabbrica, al lavoro nero)» e alla "riforma-tampone" (così definita dall'A.) della l. 689/81 (ivi, 14).

34 Sull'argomento, sia consentito rinviare a A. DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Jovene, 1999.

35 In tal senso, G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata*, in G. NATULLO (Ed.), *Salute e sicurezza sul lavoro*, UTET, 2015, 16.

36 V. *infra*, par. 6.

37 Sull'argomento, con riferimento precipuo alla responsabilità medica, v. R. BLAIOTTA, *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse* (intervento all'incontro "chi valuta, chi decide, chi giudica" organizzato presso il Dipartimento della Protezione civile a Roma il 14 ottobre 2011), in «DPC» (20 gennaio 2012).

38 Cfr. C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta*

massima diffusione, una nota e lungimirante ricerca³⁹ già avvertì che la conseguenza dell'espansione di tali costruzioni legislative sarebbe stata — ed era già — la trasformazione del reato in un pervasivo “rischio sociale”, con il conseguente (ulteriore) smottamento del terreno sul quale si fondano le garanzie penalistiche.

Pochi anni dopo, in occasione del citato studio sul ruolo che possono giocare le sanzioni amministrative nel controllo e nella repressione della criminalità economica⁴⁰, fu definita come «area complementare» di tutela il modello d'interazione tra controllo penale e amministrativo nel quale alla sanzione amministrativa compete un ruolo, appunto, di *complementarità* rispetto alla sanzione penale. Questo modello può realizzarsi in due modi: nel primo la tutela apprestata può definirsi “*polarizzata*”, «si impernia, cioè, su alcune macro-fattispecie (penali) espressive delle modalità di aggressione tipicamente più lesive dei beni giuridici, contornate da una “rete”, distesa intorno ai medesimi beni giuridici, di precetti “ordinatori” o “preventivi” (figure di pericolo astratto, omissioni pure, illeciti di mera disobbedienza), tutti presidiati dalla sanzione amministrativa»⁴¹; un secondo tipo di «area complementare di tutela» predispone per uno stesso interesse, una tutela “*stratificata*” dove fattispecie amministrative e penali si avvicendano, senza soluzione di continuità, «secondo una progressione regolata da parametri *quantitativi* (spesso, addirittura secondo soglie di valore — di gravità — *monetizzate*)»⁴².

Nel modello dell'area *integrata* di tutela, invece, alla sanzione penale-criminale viene attribuita la funzione di “strumento di chiusura” del sistema di controllo⁴³. In tale sistema, un ruolo centrale viene ricono-

alla criminalità economica, in «RTDPE» (1993), 1021 ss.

39 F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, il Mulino, 1990.

40 C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa*, cit.

41 C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa*, cit., 1031. Un esempio di tale modello, secondo l'Autore, poteva essere rappresentato proprio dal sistema sanzionatorio delineato all'epoca nella legge delega n. 499/93 in materia di lavoro. Le leggi di attuazione della delega, tuttavia, in alcuni casi hanno creato un sistema più complesso, nel quale sono presenti, oltre alle “classiche” fattispecie penali e amministrative, meccanismi di “incentivazione” all'osservanza (tardiva) del precetto, come nel sistema delle prescrizioni delineato dal D. Lgs. 758 del 1994.

42 C.E. PALIERO, cit., 1031.

43 C. E. PALIERO, cit., 1034; cfr. altresì D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispe-*

sciuto all'organo di controllo che esercita una supervisione diretta delle attività ad esso soggette e non si limita ad intervenire solo *ex post*, con la sanzione penale o amministrativa. In tale contesto l'organo può utilizzare anche le potenzialità che lo strumento amministrativo offre per la prevenzione dell'illecito *ex ante*, esercitando una pressione diretta sui destinatari delle regole stesse⁴⁴ affinché vi si adeguino.

4. Le conseguenze del ricorso ai modelli “complementari” e “integrati” di tutela penale-amministrativa: “il reato come rischio sociale” e la crisi del principio di responsabilità colpevole

Anche per effetto del ricorso a tali tecniche di tutela, è nell'ambito della legislazione speciale che il principio della responsabilità penale colpevole conosce importanti deroghe. Invero, l'esigenza che il soggetto sia chiamato a rispondere soltanto del fatto proprio, che sia a lui ascrivibile anche psicologicamente, in quanto posto in essere con dolo o, quanto meno, con colpa, risulta difficile da soddisfare nell'ambito dei modelli “misti” di tutela penale, essenzialmente incentrati su paradigmi istituzionali di governo e di controllo di attività umane lecite ma potenzialmente lesive di interessi collettivi o individuali, attraverso la predisposizione di regole tecniche⁴⁵.

I modelli di governo delle attività umane, in molti settori regolati dalla legislazione penale speciale (legislazione antinfortunistica, diritto finanziario, antiriciclaggio, normativa antinquinamento, regolamentazione urbanistica ecc.), sono costruiti sulla base di norme extrapenalistiche il cui complesso costituisce dei veri e propri «ordini pubblici tecnologici»⁴⁶. In tali ambiti, la violazione delle regole che presidiano il *modello di governo* delle attività è punita con incriminazioni che, in tal modo, assu-

cie di reato: oggetti e tecniche, in CRS (Ed.), *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., 38, il quale, proprio in materia di reati a soggetto passivo indeterminato, assegna alla pena criminale una funzione di «sanzione di chiusura» per la repressione di comportamenti incompatibili con il modello di governo di volta in volta programmato per determinate attività ma, sembra di poter dire, attribuendovi un significato diverso: v. *infra*, nel testo.

44 In termini, C. E. PALIERO, cit., 1033-1034. Un esempio emblematico è quello, già citato, offerto dal D. Lgs. 758/94 (*supra*, nt. 31).

45 Cfr. D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, cit., 39.

46 F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 19. La formulazione del termine è dovuta a TH. IVAINER, *De l'ordre technique à l'ordre public technologique*, in « JCP » (1972), 2495.

mono il ruolo di “norme di chiusura” idonee a garantire la “tenuta” del modello, assolvendo ad una funzione meramente sanzionatoria. L’ordinamento e la norma penale diventano funzionali alla conservazione o raggiungimento dell’equilibrio materiale espresso dalle suddette regole tecniche: l’obiettivo consiste nell’osservanza della regola in quanto conformità oggettiva alla regola stessa. La *trasgressione* viene punita come dato disfunzionale — “disutile” — rispetto al perseguimento dell’utilità e del fine prefissato. Esula da tale schema qualsiasi profilo “moralistico” di rimprovero della disobbedienza⁴⁷: *la violazione assume una natura impersonale*, interessa soltanto l’avvenuta trasgressione oggettivamente considerata ed accertata.

D’altra parte, anche l’esame degli indirizzi giurisprudenziali elaborati con riferimento a questi sistemi di tutela, costruiti attorno alla combinazione di sanzioni amministrative e penali, dimostra lo stretto legame esistente tra le tecniche di tutela adottate dal legislatore penale complementare e la svalutazione, in termini sia politico-criminali sia dogmatici, dell’elemento soggettivo del reato.

Vi sono poi settori, come quello riguardante la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, nei quali gli illeciti di pericolo astratto sono puniti, senza una vera progressione, sia con sanzioni amministrative, sia con fattispecie contravvenzionali. Il delitto interviene solo nei casi di pericolo concreto o di danno. In questo modello, che potremmo definire “misto”, a differenza di quanto avviene nelle aree “integrata” e “complementare” di tutela, manca una reale ed esplicita “divisione di compiti” tra diritto penale-criminale e diritto penale-amministrativo. La conseguenza è che il diritto penale in senso stretto vede mortificato il proprio ruolo, perde tendenzialmente qualsiasi efficacia stigmatizzante e finisce, inconsapevolmente, con l’essere considerato come uno strumento di controllo sociale come gli altri (anzi, talvolta meno severo degli altri). Ciò che oggi minaccia realmente la “selettività” del diritto penale in senso stretto è l’utilizzazione della sanzione criminale per funzioni di “governo” delle attività umane invece che di tutela di beni, funzioni che non gli sono proprie e che producono il fenomeno noto con il nome di “amministrativizzazione” della tutela penale⁴⁸. Il diritto penale diventa strumento di

47 Cfr. F. D’AGOSTINO, *Sanzione e pena nell’esperienza giuridica*, Giappichelli, 1987, 16 ss.

48 Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte speciale, *Delitti contro la per-*

governo come gli altri, intercambiabile magari con essi: «*sanzione penale ed imposta* finiscono così col coincidere per struttura e per funzione»⁴⁹.

Per una reale selettività dell'intervento *stricto sensu* penale (o penale-criminale) è necessaria una previa presa di coscienza della perseguibilità di funzioni (soprattutto preventive), che finora sono state attribuite esclusivamente alla sanzione penale-criminale, anche attraverso altri strumenti sanzionatori. In questo senso, l'affinità di natura, l'«osmosi» del diritto punitivo para-penale con i principi strettamente penalistici dovrebbe rendere più consapevole il legislatore dell'opportunità di scelta tra diversi tipi di sanzione. Una scelta che, ovviamente, non può essere arbitraria ma che dev'essere operata guardando all'*offensività* del fatto, criterio idoneo, seppure non da solo, a fungere da "pietra angolare" della selettività penalistica.

In questa prospettiva va letto anche il riferimento al valore paradigmatico del nuovo diritto penale dell'economia, poiché le disposizioni punitive, in questo settore ancora più che in altri, rappresentano il risultato di *bilanciamenti d'interessi* sui quali fondano la loro stessa legittimazione. Invero, le cd. esternalità negative⁵⁰, che derivano dalla gran parte delle attività produttive, rappresentano altrettanti pericoli o lesioni di beni giuridici appartenenti, il più delle volte, a comunità indeterminate di persone⁵¹. Ne deriva che, accanto alla finalità di tutela di tali beni giuridici fondamentali, messi in pericolo da attività, al tempo stesso, "peri-

sona, CEDAM, 1995, 5, dove l'illustre Autore, nel definire l'attuale stato della legislazione penale, la descrive come una «"nebulosa" delle leggi penali, usate come strumento di governo della società e non di tutela di beni; delle leggi compromissorie, dalla formulazione indeterminata, e valutative; delle leggi privilegianti potenti gruppi sociali; delle leggi vuote, simboliche, magiche, volte soltanto a declamare la sollecitudine nella lotta contro certe forme di criminalità; delle leggi "ermafrodite", aventi la forma di legge, ma la sostanza di atti amministrativi; delle "leggine" clientelari, corporative, per lo scambio del voto elettorale con privilegi particolari; delle leggi-espedito, del caso per caso, per sopravvivere giorno per giorno e pressoché sempre male; delle leggi "burocratiche", meramente sanzionatorie di generici precetti extrapenali; nonché delle leggi tecnicamente sciatte, ispirantisi alla "logorrea legislativa", allo "spreco delle fattispecie", alla "libertà di parola" (per non dire "alla parola in libertà"), e di sempre più ardua comprensione».

49 F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 36 (i corsivi sono aggiunti).

50 Sulla relativa nozione cfr. F. PICA, *Economia pubblica*, UTET, 1987, 151, il quale definisce le «esternalità» come effetti esterni, vantaggiosi o svantaggiosi per la comunità, che sono connessi a scelte di consumo o di produzione di un individuo, senza che chi compie la scelta sia, a seconda dei casi, compensato, o paghi un indennizzo.

51 Più ampiamente, A. DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato*, cit., 17 ss.

colose” ma anche socialmente necessarie, c’è l’esigenza di consentirne comunque lo svolgimento, almeno entro certi limiti. L’individuazione di tali limiti è il risultato del bilanciamento.

Appare chiaro, a questo punto, il motivo per il quale proprio *nel settore degli illeciti economici il diritto penale-amministrativo trova il proprio terreno elettivo di sperimentazione e di realizzazione*. Invero, è qui che l’orizzonte classico della politica criminale viene stravolto: nei «contesti leciti di base» costituiti dalle attività economiche, il “problema penale” non consiste più nel verificare fino a che punto la “devianza” può essere tollerata, ovvero nel risolvere i conflitti che ne derivano in modi diversi dalla coercizione⁵². Non si tratta, in altri termini, di evitare che vengano realizzate determinate condotte, bensì di *governare* alcune attività umane in modo che non mettano in pericolo (ovvero, più realisticamente, non mettano *troppo* in pericolo) i beni giuridici sui quali incidono o possono incidere. E poiché *governare* è, per definizione, un’attività *amministrativa*, ecco allora che il problema “classico” dei limiti della politica criminale viene capovolto: la questione che si pone, invero, non è più quella di ricercare dei «sostitutivi penali»⁵³ diretti a prevenire attività devianti, ma è la stessa pena criminale che diventa (*deve* diventare) un “sostitutivo” del controllo amministrativo su attività umane dal canto loro perfettamente lecite e, anzi, necessarie⁵⁴.

In tali settori d’intervento, dunque, la «politica penale»⁵⁵ dev’essere connessa «con un orizzonte politico più vasto: come tecnica giuridica specifica, la pena (la coercizione) ha uno spazio non determinabile in modo

52 Cfr. D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (Edd.), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, 49.

53 In tal modo capovolgendo il significato della tradizionale terminologia di E. FERRI, *Dei sostitutivi penali*, in «Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale» (1880), 80 s.; ID., *Sociologia criminale*, vol. I, Fratelli Bocca, 1929, 472 s.

54 Si tratta infatti di condotte che, all’interno dell’ordine pubblico tecnologico, vengono inserite in un’area di «liceità condizionata» dove ciò che conta per determinarne l’illiceità non è l’offesa al bene, bensì il mero rispetto dell’ordine normativo creato (cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 13 s.).

55 Intesa come «politica del diritto penale» e quindi in un’accezione più ridotta rispetto alla «politica criminale» che, viceversa, non ha come oggetto i soli strumenti della giustizia penale, bensì l’intera gamma degli interventi idonei ad incidere sul fenomeno sociale della criminalità: sul punto cfr. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico*, in «Questione criminale» (1975), 221 s.; cfr. altresì G. VASSALLI, *Politica criminale e sistema penale*, in «Il Tommaso Natale» (1978), 1006 s.; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., 6 s.

autonomo, ma solo all'interno di una politica sociale complessiva, in cui altri piani d'intervento vengono o possono venire in considerazione»⁵⁶. Se dunque il diritto penale è «la forma nella quale obiettivi di politica criminale vengono tradotti in termini giuridicamente validi»⁵⁷, quando tali obiettivi riguardano il governo complessivo di attività umane lecite (per lo più di attività produttive), essi non possono trovare una “formalizzazione” appropriata nelle sole sanzioni penali in senso stretto, bensì in un sistema sanzionatorio articolato ed integrato composto da strumenti sanzionatori diversi. L'aver voluto “forzare” tali obiettivi di “governo” entro la forma rigida del diritto penale-criminale è all'origine del fenomeno noto come “ipertrofia” del diritto penale⁵⁸.

5. Il diritto penale del lavoro come sistema “misto” di tutela penale - amministrativa

Come si è accennato, nella materia della prevenzione degli infortuni sul lavoro è stata costruita un'«area complementare» di tutela, nella quale illeciti amministrativi e contravvenzionali puniscono “a tappeto” tutte le condotte “disfunzionali”, mentre i delitti intervengono solo per sanzionare le fattispecie più pericolose o gravemente lesive e connotate da un maggiore disvalore d'evento. Si tratta di un *leit motiv* che segna la continuità della legislazione in materia dal D. Lgs. 626/1994 al vigente TUSL.

Come si è più volte rilevato, nonostante le impegnative e ricorrenti professioni di fede nei principi di offensività e di colpevolezza da parte del legislatore — e taluni vincoli in tal senso provenienti dai criteri di criminalizzazione contenuti nelle periodiche leggi comunitarie — l'obiettivo della vigente legislazione penale speciale sembra essere ancora, come già in passato, la mera salvaguardia degli *scopi* dell'ordinamento, che viene perseguita talvolta secondo valutazioni del tutto slegate dalla con-

56 D. PULITANÒ, cit., 48.

57 Secondo l'icastica definizione di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, ESI, 1998, 68. Sul punto cfr. le considerazioni di F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in «RIDPP» (1988), 10, e di L. PETTOELLO MANTOVANI, *Pensieri sulla politica criminale*, ivi (1998), 22 ss.

58 Sull'argomento, tra gli altri, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, 2000, 29 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in «RIDPP» (1994), 26 ss.; C.E. PALIERO, «Minima non curat prae-tor». Iper-trofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, CEDAM, 1985.

creta lesività del fatto⁵⁹ e, soprattutto, dalla verifica circa l'esistenza di un nesso psicologico tra la condotta dell'agente e l'evento. *Il profilo soggettivo del fatto viene riassunto nella posizione di garanzia rivestita dal soggetto*, come appare evidente, ad esempio, da una sia pur rapida ricognizione della normativa in materia antinfortunistica.

Nella materia antinfortunistica — sotto questo profilo davvero emblematica — la rilevata marginalità della partecipazione psicologica dell'autore al reato, comune ai diversi campi del diritto penale complementare, assurge a vero e proprio paradigma di riferimento per l'imputazione del fatto. Una delle caratteristiche di tale tipo di normazione, infatti, è la creazione di una legislazione "precaria" perché «nasce come manufatto semilavorato che viene elaborato, approvato, pubblicato, diventa sì vigente ma viene poi affidato alla realtà pratica per il suo rodaggio», sicché «la legge nasce come sperimentale»⁶⁰. Avviene così, ad esempio, che la clausola di equivalenza causale, dettata dall'art. 40 cpv. c.p., venga applicata senza prendere in alcuna considerazione l'effettiva partecipazione psicologica al fatto da parte del soggetto che riveste la posizione di garanzia ma si faccia riferimento esclusivamente a considerazioni basate sui "segnali di allarme", e la configurabilità della colpa venga ricondotta ad una pura e semplice responsabilità *da posizione* più che al ruolo realmente esplicato o all'attività effettivamente svolta⁶¹.

Si sviluppa in questo modo, anche nel sistema di prevenzione degli incidenti sul lavoro, un diritto giurisprudenziale che vive delle interazioni tra legislazione penale e processo, e che può essere meglio compreso attraverso un approccio al «sistema penale» (diritto sostanziale, diritto processuale, discipline criminologiche) improntato alla teoria generale dei sistemi, in modo da cogliere le interazioni tra i singoli elementi. In particolare, anche dopo il Tusl del 2008, si conferma l'idea per la quale la "marginalizzazione" del ruolo giocato dall'elemento psicologico deriva, più che da consapevoli opzioni politico-criminali, da esigenze strettamente processuali di soluzione delle difficoltà probatorie poste dalla

59 Con alcune significative eccezioni, tra le quali è da annoverare la riforma del diritto penale societario operata dal D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, sulla cfr. A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in «RIDPP» (2002), 993 ss.

60 In tal senso, F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in «RIDPP» (2001), 1194 s.

61 Per tali considerazioni v. V. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa*, cit., 243 ss.

dimostrazione della partecipazione psicologica dell'autore al fatto. Alla svalutazione dell'elemento psicologico nell'ambito degli elementi del reato concorre anche l'orientamento della legislazione penale diretto alla punizione di illeciti di mera trasgressione, nei quali il precetto risulta privo di qualsiasi dimensione o *ratio* pre-normativa, poiché non mira né ad orientare i comportamenti umani in funzione della protezione di beni, né in funzione dell'acquisizione di fedeltà ai valori. Invero, in una legislazione penale di tal genere il nesso psicologico tra soggetto e fatto, inteso come rappresentazione o rappresentabilità di un risultato dannoso quale conseguenza del comportamento dell'agente, viene meno, poiché il precetto non ha alcuna funzione di tutela effettiva di beni giuridici: di conseguenza non c'è alcun risultato della propria condotta, dannoso o pericoloso, che il soggetto possa rappresentarsi.

In tale contesto, l'effettività delle previsioni normative non può essere affidata ai paradigmi del "diritto penale incerto ed efficace" perché la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori non si realizza solo con astratte previsioni normative ma garantendo l'effettività di quelle tutele nei luoghi di lavoro. Proprio a questa esigenza di effettività risponde la previsione di articolati percorsi procedurali nella predisposizione e implementazione di sistemi di prevenzione in azienda (in particolare, la valutazione dei rischi) e la rilevanza attribuita ai modelli organizzativi e gestionali idonei a garantire un effettivo perseguimento di elevati livelli di prevenzione e di sicurezza del lavoro⁶². Si tratta quindi di seguire il percorso indicato dalle disposizioni e strategie europee che individuano nella compliance, nella programmazione e nella prevenzione lo strumento per assicurare il miglioramento, nel tempo, dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e "buone prassi", accentuando il ruolo del fattore organizzativo a fini prevenzionali.

6. Proposte per la rivalutazione dell'elemento psicologico e per la riaffermazione della selettività penale nei contesti leciti di base: il paradigma della responsabilità medica e il modello delle "linee-guida"

L'estensione dell'operatività delle linee-guida e delle "buone prassi" alla materia antinfortunistica trova già oggi un riferimento normativo

62 Così G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., 16 s.

nell'art. 6 del Tusi⁶³ che prevede l'istituzione presso il Ministero del la-

63 Il testo attuale dell'art. 6 Tusi è il seguente: «Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro

1. *Presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e' istituita la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro. La Commissione e' composta da:*

a) un rappresentante del Ministero del lavoro e delle politiche sociali con funzioni di presidente;

b) un rappresentante del Ministero della salute;

c) un rappresentante del Ministero dello sviluppo economico;

d) un rappresentante del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

e) un rappresentante del Ministero dell'interno;

f) un rappresentante del Ministero della difesa, un rappresentante del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, un rappresentante del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca o un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica quando il Presidente della Commissione, ravviando profili di specifica competenza, ne disponga la convocazione;

g) sei rappresentanti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, designati dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano;

h) sei esperti designati delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale;

i) sei esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale;

l) tre esperti in medicina del lavoro, igiene industriale e impiantistica industriale;

m) un rappresentante dell'ANMIL.

...

4. *La Commissione si avvale della consulenza degli istituti pubblici con competenze in materia di salute e sicurezza sul lavoro e può' richiedere la partecipazione di esperti nei diversi settori di interesse.*

...

8. *La Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro ha il compito di:*

a) esaminare i problemi applicativi della normativa di salute e sicurezza sul lavoro e formulare proposte per lo sviluppo e il perfezionamento della legislazione vigente;

b) esprimere pareri sui piani annuali elaborati dal Comitato di cui all'articolo 5;

c) definire le attività di promozione e le azioni di prevenzione di cui all'articolo 11;

d) validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro;

e) redigere annualmente, sulla base dei dati forniti dal sistema informativo di cui all'articolo 8, una relazione sullo stato di applicazione della normativa di salute e sicurezza e sul suo possibile sviluppo, da trasmettere alle commissioni parlamentari competenti e ai presidenti delle regioni;

f) elaborare, entro e non oltre il 31 dicembre 2010, le procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi di cui all'articolo 29, comma 5, tenendo conto dei profili di rischio e degli indici infortunistici di settore. Tali procedure vengono recepite con decreto dei Ministeri del lavoro e della previdenza sociale, della salute e dell'interno acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e province autonome di Trento e di Bolzano. La Commissione procede al monitoraggio dell'applicazione delle suddette procedure al fine di un'eventuale rielaborazione delle medesime;

voro e delle politiche sociali di una «Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro» alla quale sono attribuiti, per quanto interessa in questa sede, compiti di validazione di buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 6, co. 8, lett. d) Tusl) e di elaborazione di procedure standardizzate di valutazione dei rischi per le microimprese, per le piccole imprese e per le imprese che operano in settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali (art. 6, co. 8, lett. f) Tusl). Si tratta di un organismo che eredita, incrementandoli, i compiti della «*Commissione consultiva permanente per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro*», di cui agli artt. 393 e 394 del dPR 27 aprile 1955, n. 547, come sostituiti

g) elaborare i criteri finalizzati alla definizione del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi di cui all'articolo 27. Il sistema di qualificazione delle imprese e' disciplinato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali, acquisito il parere della Conferenza per i rapporti permanenti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da emanarsi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto;

h) valorizzare sia gli accordi sindacali sia i codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente;

i) valutare le problematiche connesse all'attuazione delle direttive comunitarie e delle convenzioni internazionali stipulate in materia di salute e sicurezza del lavoro;

i-bis) redigere ogni cinque anni una relazione sull'attuazione pratica della direttiva 89/391/CEE del Consiglio e delle altre direttive dell'Unione europea in materia di salute e sicurezza sul lavoro, comprese le direttive del Consiglio 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE e 94/33/CE, con le modalità previste dall'articolo 17-bis della direttiva 89/391/CEE del Consiglio.

l) promuovere la considerazione della differenza di genere in relazione alla valutazione dei rischi e alla predisposizione delle misure di prevenzione;

m) indicare modelli di organizzazione e gestione aziendale ai fini di cui all'articolo 30. La Commissione monitora ed eventualmente rielabora le suddette procedure, entro 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto con il quale sono stati recepiti i modelli semplificati per l'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese.

m-bis) elaborare criteri di qualificazione della figura del formatore per la salute e sicurezza sul lavoro, anche tenendo conto delle peculiarità dei settori di riferimento;

m-ter) elaborare le procedure standardizzate per la redazione del documento di valutazione dei rischi di cui all'articolo 26, comma 3, anche previa individuazione di tipologie di attività per le quali l'obbligo in parola non operi in quanto l'interferenza delle lavorazioni in tali ambiti risulti irrilevante;

m-quater) elaborare le indicazioni necessarie alla valutazione del rischio da stress lavoro correlato. La Commissione monitora l'applicazione delle suddette indicazioni metodologiche al fine di verificare l'efficacia della metodologia individuata, anche per eventuali integrazioni alla medesima.

dall'art. 26 del D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626.

Inoltre, l'approccio prevenzionistico fondato sull'instaurazione di *rule based behaviours* è chiaramente espresso dall'art. 16, co. 3°, Tusl che, con riferimento al dovere di vigilanza del datore di lavoro in caso di delega di funzioni, prevede che «l'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4».

A questo punto, per elaborare una proposta di modifica, appare opportuno rifarsi ai precedenti, più volte citati, rappresentati dall'art. 3 del Decreto Balduzzi (DL 158/2012) come modificato dalla Legge di conversione n. 189/2012, e dall'art. 590-*sexies* c.p. introdotto dalla Legge Gelli-Bianco (L. 24/2017).

Com'è noto, le Sezioni Unite penali⁶⁴ hanno ritenuto che la Legge Gelli-Bianco, a differenza della legge di conversione del Decreto Balduzzi, non abbia derogato ai principi generali della responsabilità per colpa ma si sia limitata ad un'opera di specificazione.

Parafrasando quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al settore della responsabilità medica⁶⁵, la differenza tra linee-guida e buone prassi si pone sotto il profilo sia concettuale, sia tecnico-operativo. Le linee-guida sono norme di contenuto molto diverso da una semplice buona pratica, perché si sostanziano in raccomandazioni di comportamento, sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a offrire indicazioni utili agli operatori del settore nel decidere quali siano le misure di tutela più appropriate in specifiche circostanze concrete, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà del lavoro da svolgere⁶⁶. Esse consistono dunque nell'indicazione di standards prevenzionistici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza ed esperienza del momento, a garanzia della salute e sicurezza del lavoratore⁶⁷, e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi⁶⁸.

64 Cass., SS.UU., 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti.

65 Cfr. Cass., IV, 21 marzo 2019, n. 28102.

66 In tal senso, con riferimento alla responsabilità medica, Cass., IV, 16 novembre 2018, n. 412; Cass., IV, 5 novembre 2013, n. 18430.

67 In tal senso nella prospettiva dell'attività sanitaria, *mutatis mutandi*, Cass., IV, 24 gennaio 2013, n. 11493; Cass., IV, 8 ottobre 2013, n. 7951.

68 Cass., SS.UU., 8770/2018, cit.

Sulla base di quanto rilevato, la codificazione delle linee-guida e delle buone pratiche in materia di infortuni sul lavoro, attraverso una procedura di elaborazione e validazione svolta da una apposita istituzione governativa e, quindi, tesa a formare un sistema con connotati pubblicistici, consente di attribuire a tali regole un valore cogente più e meglio di quanto (non) avviene nell'ambito dell'attività sanitaria che sconta, invece, una maggiore variabilità dovuta alla particolarissima natura della "materia viva" sulla quale agisce l'operatore sanitario.

Il beneficio in termini di determinatezza del precetto, di tassatività nell'applicazione della norma e di prevedibilità delle decisioni è evidente.

Anche nella prospettiva antinfortunistica, infatti, si può ripetere quanto sostenuto dalle Sezioni Unite Mariotti: «la configurazione delle linee-guida con un grado sempre maggiore di affidabilità e quindi di rilevanza - derivante dal processo di formazione - si pone nella direzione di offrire una plausibile risposta alle istanze di maggiore determinatezza che riguardano le fattispecie colpose qui di interesse. Fattispecie che, nella prospettiva di vedere non posto in discussione il principio di tassatività del precetto, integrato da quello di prevedibilità del rimprovero e di prevenibilità della condotta colposa, hanno necessità di essere etero-integrate da fonti di rango secondario concernenti la disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo»⁶⁹.

Resta tuttavia fermo, allo stato della legislazione, un considerevole fattore limitante: infatti, mentre l'art. 6, co. 8°, lett. *d*), Tusi non circoscrive in alcun modo l'ambito di operatività delle «buone prassi» validate, la successiva lett. *f*) confina l'elaborazione delle «procedure standardizzate» alla sola attività di valutazione dei rischi che si svolga in microimprese, nelle piccole aziende e nelle realtà che operano in settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali.

In tale prospettiva, i reati di omicidio colposo e lesioni colpose commessi per inosservanza di norme antinfortunistiche, dovrebbero essere collocati in una nuova disposizione da inserire nel codice penale (che potrebbe essere l'art. 590-*septies* c.p.) del seguente tenore:

69 Cass., SS.UU., 8770/2018, cit.

«[1] Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, si applicano le pene ivi previste, salvo quanto disposto dal secondo comma.

«[2] Non può essere punito chi ha adempiuto le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, ha applicato le buone pratiche validate ai sensi dell'art. 6, ottavo comma, lettera *d*), del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida e le buone pratiche risultino adeguate alle esigenze prevenzionistiche [*o specificità*] del caso concreto».

A parere di chi scrive, la soluzione proposta garantirebbe una migliore conoscibilità dei precetti, consentendo alle pene di esercitare la connessa, auspicabile, funzione di prevenzione generale integratrice⁷⁰, recuperando anche un maggiore coefficiente di determinatezza-tassatività, sia pure nella forma propria delle norme extrapenali integratrici del precetto. La previsione normativa di linee-guida e buone prassi, inoltre, dovrebbe contribuire a generare un lessico comune, che giustizia e imprese devono acquisire per affrontare le trasformazioni indotte dalla globalizzazione e dalla rivoluzione tecnologica e digitale⁷¹. In tal modo si potrebbe, almeno in parte, soddisfare l'esigenza generale di prevedibilità delle decisioni giudiziarie e di chiarezza delle norme che, nel caso della regolamentazione delle attività economiche, ha anche importanti ricadute sull'allocazione delle risorse finanziarie destinate all'attività d'impresa.

⁷⁰ Cioè una prevenzione non concepita «come mera intimidazione, ma come azione socialpedagogica, intesa a rafforzare nella coscienza dei consociati una tavola di valori con le conseguenti direttive di comportamento» (C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in «DDP», vol. IV, UTET, 1990, 67). Nella stessa prospettiva, J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. ROMANO – F. STELLA (Edd.), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, il Mulino, 1980, 33 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, 1992, 61 ss. Inseriscono invece la teoria della prevenzione generale integratrice nell'ambito delle teorie retribuzionistiche, G. MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in CRS (Ed.), *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., 21; E. MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in «RIDPP» (1988), 58 ss. Sull'argomento, in generale, resta fondamentale L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

⁷¹ Per tali considerazioni, in termini, v. V. IMPROTA, *Industria e linguaggio della modernità*, cit.

DALLA REGOLA PER IL CASO AL CASO PER LA REGOLA. VARIAZIONI BREVI E STRAVAGANTI SUL CONCETTO DI «CASO» (CASE, KASUS)

Alberto di Martino

«Giudicar da' casi seguiti vien per non voler intendere il presente per se [sic], ma per lo passato: viene anche per non voler giudicar da se, ma per lo intelletto altrui, e non con la sua coscienza, ma con l'altrui».

«Non si giudica adunque per casi seguiti, ma per ragion e coscienza, onde seguono e dipendono i casi, e non la coscienza dai casi... le leggi non si fanno colli avvocati in Quarantia, ma in Senato, in gran Consiglio da tutta la città in ogni caso, ed in niun caso particolare, che allora si tratti. Voi adesso sete li interpreti, non più quelli: interpretatela voi secondo l'intelletto e coscienza vostra, e *per allegata & probata* del caso, non for del caso, o in altro caso»

Sperone Speroni (1500-1588), *Contra il giudicar per casi seguiti*, circa 1572 (in: Opere di S.S. degli Alvarotti, tratte da mss originali, t. V, Venezia, 1740, 419, 420)

1. Fatto tipico, fatto concreto, caso (premessa)

Più di dieci anni fa è apparso uno studio, potremmo dire una sorta di meta-studio dedicato al modo con cui nelle scuole di diritto s' insegna (e si impara) a «pensare come un giurista» (*thinking like a lawyer*)¹: un volume considerato come una delle migliori analisi empiriche sulle tecniche con cui gli studenti sono iniziati alle specificità della conoscenza giuridica, avviati a «pensare giuridicamente», e dove si evidenzia un aspetto cruciale dell'avvicinamento alla lettura giuridica della realtà: la selezione di quello che i giuristi chiamano i fatti, vale a dire la narrazione specificamente giuridica di ciò che è accaduto nella realtà. È appena il caso di notare un dato forse scontato ma comunque interessante, che risulta da alcune ricerche empiriche condotte negli Stati Uniti: ricostruire fatti non è attività neutra rispetto alla prospettiva metodologica che si adotta. In particolare si tratta, in quel contesto ordinamentale, della

¹ E. MERTZ, *The Language of Law School: Learning to "Think Like A Lawyer"*, OUP, 2007.

prospettiva accusatoria (*adversarial*)²; ma è anche questione di identità e caratteristiche soggettive del discente³. Non che si tratti di originalità esotiche degne d'importazione perché non già circolanti nel mercato continentale⁴ e locale delle idee od estranee alla prassi; il richiamo ai fatti è ben presente alla cultura giuridica nostrana:

«Ogni pronuncia giudiziaria trova il proprio limite nel collegamento con una vicenda concreta»; su questa base, anche la stessa attività nomofilattica della Corte di cassazione – determinazione del contenuto della regola per il caso sottoposto – non consiste nella «enunciazione di principi generali e astratti o di verità dogmatiche sul diritto, ma [nella] soluzione di questioni di principio di valenza nomofilattica pur sempre riferibili alla specificità del singolo caso della vita»⁵.

Queste riflessioni, per quanto siano condivisibili in termini generali anche dal punto di vista del diritto penale, in questa branca giuridica possono tuttavia apparire parziali; riportare il fatto – in senso strettamente naturalistico – all'attenzione della riflessione teorica, può tradursi, nella migliore delle ipotesi, in operazione antistorica; altrimenti, in esercizio bizzarro e in fin dei conti strampalato. Occuparsi di casi e di fatti nel diritto penale, infatti, non può prescindere dalla *lente* con la quale sono presi in considerazione quei casi e quei fatti (indipendentemente da cosa si intenda con questi concetti: su questo torneremo fra poco). Questa 'lente', come tutti sanno, è la fattispecie tipica: strumento di selezione degli accadimenti reali e concreti della vita umana, tecnica di descrizione dei comportamenti vietati che supera, con la sua dimensione astratta, il tradizionale sistema della casistica in stile *ancien régime*; fonte di garanzia perché segna (o aspira a segnare) il confine fra lecito ed illecito. L'attenzione scientifica si è sempre concentrata, quindi, e comprensibilmente, sulla fonte della sussunzione, sulle sue tecniche, sull'esito di quel processo cioè appunto la conformità dell'accadimento

2 Su questi aspetti cfr. per una prima introduzione F. COWNIE, *Legal Education and The Legal Academy*, in P. CANE - H.M. KRITZER (Edd.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, 2010, 854 ss.

3 È stato notato ad esempio che proprio le caratteristiche dell'educazione al rito accusatorio si ripercuotono in senso negativo sulla prospettiva vocazionale delle donne, che trovano appunto respingente la focalizzazione sull'argomentazione e l'enfasi sul ragionamento astratto, contrapposto al ragionamento "contestuale".

4 Cfr. soprattutto K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it., Giuffrè, 1970, spec. il capitolo III. Cfr. anche infra, nt. 8.

5 Cass. civ. 22.5.2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567 (la citazione si riferisce alla prima sentenza).

concreto alla fattispecie astratta. Il fatto, per il diritto penale, è quindi essenzialmente il fatto tipico.

Questa centralità è tanto più accresciuta – in termini solo apparentemente paradossali – proprio in ragione della sua diagnosticata crisi: «il diritto penale non è più in grado di assolvere da solo la funzione di limite ai poteri di investigazione dell'autorità giudiziaria»⁶. La crisi della tipicità, d'altronde, è automaticamente crisi dell'intero sistema; in particolare, va di pari passo con quella della legalità, e non soltanto in Italia⁷.

Quanto al 'fatto tipico' in particolare, quella crisi si traduce nell'incapacità (o nell'impossibilità) di formulare norme generali e astratte comprensibili ad interpreti e destinatari; al punto che tutti gli studiosi sono accorsi al capezzale, seppure con diagnosi e proposte terapeutiche diverse, talvolta anche radicalmente. Fra gli approcci interpretativi più 'liberistici', cioè meno legati al rigore della secolare tradizione d'ascendenza illuministica, si registrano quelli che, riconosciuto al giudice un potere inevitabilmente creativo della regola del caso concreto⁸, prendono atto del fatto che i limiti del potere giudiziale di definire questa regola del caso concreto non potrebbero essere segnati dalla sola fattispecie astratta, e devono dunque essere stabiliti altrove. Ad esempio, mediante la pretesa della 'prevedibilità' dell'incriminazione, cosicché la ricerca dovrebbe orientarsi piuttosto verso l'elaborazione e la messa a punto di meccanismi per garantire questa prevedibilità, piuttosto che verso la tecnica di formulazione delle fattispecie⁹.

6 A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Giuffrè, 1997, 527.

7 Mi limito a ricordare qui, proprio perché relativo ad un sistema ben diverso da quelli continentali, lo scritto di A. ASHWORTH, *Is The Criminal Law A Lost Cause?*, in «Law Quarterly Review» (2000), 225 ss.

8 Sulla creatività cfr. soprattutto O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006: qui, a proposito dell'interpretazione del fatto storico, cfr. soprattutto pp. 191-245; tuttavia, l'attenzione dell'Autrice si sofferma, ricordando Karl Engisch circa la selezione delle circostanze di fatto che si assumono rilevanti, sulla valutazione e non sulla descrizione accurata del fatto storico; la prima è successiva a quest'ultima. È vero che la conoscenza del fatto si risolve anch'essa in una sua interpretazione (*ibid.*, 213 ss.); ma qui importa soltanto sottolineare che si tratta di un momento diverso da quello della qualificazione alla stregua della norma (né ha a che vedere con il problema della struttura di accertamento dei fatti e della scelta delle modalità di esso sotto il profilo *lato sensu* processuale). I problemi sollevati dall'A. si pongono in realtà precisamente al momento della costruzione del 'caso'.

9 Cfr. ad esempio F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in «DPC» (2016), ora in C.E. PALIERO et al. (Edd.), *La crisi della legalità*.

Sotteso a queste discussioni, nonché ai diversi approcci ideali adottati di fronte alla crisi della tipicità, è proprio il concetto di fatto concreto, nella sua dimensione naturalistica¹⁰, e con esso inevitabilmente anche il concetto di ‘caso’. Rimasto inosservato per la stessa natura di quella ‘lente’, cioè dello strumento di selezione della rilevanza giuridica della realtà caratteristico del diritto penale, il fatto e/o il caso concreto torna a riprendere la propria centralità.

Decisivo per lo stesso giudizio di tipicità, perché esso appare come requisito materiale della stessa fattispecie: accadimento della vita umana reale o concreto, cui deve accedere per l'appunto la qualificazione di tipicità, cioè di conformità alla fattispecie astratta; insieme delle trame esteriori del reato, base un tempo della *inquisitio generalis* cioè della ricerca di ciò che è accaduto, un *corpus delicti*, prima ancora di verificarne l'eventuale autore; fatto umano concreto e reale da sussumere sotto la fattispecie incriminatrice. Se questo accadimento non è visibile, se cioè non è chiaro a quali fatti materiali la fattispecie astratta intende riferirsi, cade la struttura portante dello stesso meccanismo di selezione. Il reato diventa una generica offesa ad un interesse di fonte (anche) sociale ed il giudice non è l'interprete della norma ma del bisogno di pena proiettato sulla norma. La regola di diritto diventa ‘regola per il caso’ perché, piuttosto che sussumerlo, crea il fatto, lo plasma affinché diventi un caso della regola. Nei casi più estremi, il diritto penale finisce con il qualificare potenzialmente ogni comportamento: la regola fagocita in sé il fatto (e si spiana la strada al diritto penale totale)¹¹.

Il “sistema vivente delle fonti penali”, ESI, 2016; v. inoltre M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, 2011. In termini fortemente critici cfr., in particolare, i lavori di G. MARINUCCI, di cui qui mi limito a ricordare *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in «RIDPP» (2007), 1254 ss., nonché ID., *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, in «RIDPP» (2008), 325 ss. Maggiori aperture, tuttavia, in quella corrente di pensiero che si rifà agli studi di G. FIANDACA, di cui v. in particolare, fra molti scritti, ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in «CP» (2005), 1722 ss.

10 Cfr. ancora K. Engisch, op. loc. cit.: «in proposito, consideriamo come fatti quegli eventi, situazioni fattuali, rapporti, oggetti, caratteristiche obiettive che appartengono al regno della percezione esteriore o interiore e sono governati dalle leggi naturali» («als Tatsachen wollen wir dabei ansehen: in der Vergangenheit liegende raum-zeitlich oder auch nur zeitlich bestimmte Ereignisse, Zustände, Verhältnisse, Gegenstände und Beschaffenheiten, die der äusseren und inneren Wahrnehmungswelt zugehören und naturgesetzlich zugeordnet sind»): testo al richiamo della nt. 25; diverso problema è in quali termini ed in quale grado siano significative delle circostanze direttamente rilevanti per la selezione giuridica, cioè siano da considerare come «unmittelbar erhebliche Tatsachen»).

11 L'espressione è di F. SGUIBBI, *Il diritto penale totale*, il Mulino, 2018.

Decisivo anche per la prospettiva della prevedibilità, perché l'idea secondo la quale la giurisprudenza deve essere prevedibile nelle soluzioni chiama programmaticamente in causa proprio il fatto concreto, il quale – è stato suggerito – deve appartenere ad una tipologia di casi c.d. paradigmatici per i quali si ritenga plausibile la sussunzione nella fattispecie astratta. La chiarezza del giudizio di appartenenza del fatto ad una tipologia dei casi, in questa prospettiva, fa aggio o (se quest'espressione suona dispregiativa) prevale sulla legittimità formale della scelta di incriminazione che non sarebbe più garantita o forse non sarebbe mai possibile veramente garantire mediante la fattispecie astratta, e sarebbe dunque una astrattezza vuota, apparente, pericolosa.

La regola del caso, in questa prospettiva, anche se formulata dal giudice, resta a suo modo astratta e come tale per l'appunto prevedibile, perché ripetibile per una definita tipologia di casi.

Quanto più il sistema si allontana dalla centralità ideale o comunque fattuale del diritto legislativo, tanto più rilevano le attitudini mentali più familiari alla cultura del diritto argomentato¹². Si ricordino le avvertenze del giudice Antonin Scalia:

«Don't underestimate the importance of facts. To be sure, you will be arguing to the court about the law, but what law applies—what cases are in point, and what cases can be distinguished—depends ultimately on the facts of your case»¹³.

Ma proprio in questo contesto diventa fondamentale comprendere l'intero meccanismo del diritto argomentato e per casi, sia nella sua struttura sia nel suo contesto. Ogni proposta che dimentichi l'una o si disinteressi

12 Dove, per citare – fra gli infiniti esempi possibili – le parole di un giudice della Corte Suprema americana fra i maggiori dell'età contemporanea, Antonin Scalia, «[t]he student is directed to read a series of cases, set forth in a text called a “casebook”, designed to show how the law developed»; e in tal modo si impara la prima lezione di metodo, nel senso che «[c]ommon law courts performed two functions: One was to apply the law to the facts. All adjudicators – French judges, arbitrators, even baseball umpires and football referees– do that. But the second function, and the more important one, was to *make the law*» (A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton university press, 1997, 6; corsivo in originale). Una teorizzazione che – è necessario sottolinearlo – sta e cade con il principio dello *stare decisis*: cfr. ancora A. SCALIA, op. cit., 7-9; e che non può valere senza residui quando entra in gioco il diritto legislativo (ancora Scalia, 9 ss. e, per il concetto di «textualism», 23 ss.).

13 A. SCALIA - B.A. GARNER, *Making Your Case. The Art of Persuading Judges*, Thomson, 2008, 9.

dell'altro deve ritenersi insostenibile. Non è questa la sede, com'è ovvio, per immergersi nel tema anche solo in profondità di qualche metro; si accenna solo a due aspetti. Quanto alla struttura, quando si auspica «l'elaborazione di casi paradigmatici, meno astratti della fattispecie normativa, ma tali da riuscire ad abbracciare singole situazioni sulla base di generalizzazioni»¹⁴ si deve precisare, da un lato, la disponibilità a dare la massima attenzione al fatto storico (fatto bruto o fatto istituzionale che sia, nei termini di John Searle)¹⁵ e a distinguere rigorosamente fra proposizioni descrittive e valutative. Inoltre, il meccanismo della vincolatività (o tendenziale vincolatività) del caso paradigmatico presuppone di riconoscere allo stesso tempo e negli stessi termini la forza della singolarità dissonante, sulla cui base poter 'distinguere' sempre (il c.d. *distinguishing*). In altri termini, è assolutamente centrale, accanto e forse più ancora che attribuire forza vincolante (*stare decisis*) o anche solo persuasiva ad una decisione per classi di ipotesi (che infatti nell'ordinamento di *common law* è semplicemente il dato di partenza), stabilire se il caso debba o meno essere diversificato dai precedenti: ancora con le parole di Antonin Scalia:

«there is another skill...that is essential to the making of a good judge. It is the technique of what is called "distinguishing" cases... Within such a precedent-bound common-law system, it is critical for a lawyer, or the judge, to establish whether the case at hand falls within a principle that has already been decided. Hence the technique – or the art, or the game – of "distinguishing" earlier cases. It is an art or a game, rather than a science, because what constitutes the "holding" of an earlier case is not well defined and can be adjusted to suit the occasion».

Dall'altro lato, si deve espressamente riconoscere che, se l'attività di selezione dei fatti e relativa qualificazione sono imprese valoriali ad effetti vincolanti, esse devono esser compiute da un soggetto specificamente

14 Così Ombretta Di Giovine (op. cit., 233 e nt. 101) riassume la posizione di G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., 1734.

15 J. SEARLE, *How to derive 'ought' from 'is'*, in «The Philosophical Review» (1964), 43-58 (dove si trova la distinzione dei fatti in «brute» o «non institutional» e «institutional»: spec. p. 55). Cfr. un approccio critico in B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, 2010, spec. la Parte prima (ove necessari riferimenti anche alla più recente elaborazione di Searle). Cfr. comunque anche la filosofia di M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012 (ad es. p. 74 per il riferimento al rapporto fra epistemologia ed ontologia rispetto ai fatti sociali) e soprattutto la cornice disegnata ampiamente in ID., *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, 2009 (per una serrata critica di Searle spec. capitolo 2).

titolato a compierle. Questo porta al secondo aspetto, quello del contesto istituzionale.

Quanto al contesto ordinamentale, dunque: *nessuna proposta di superamento del diritto legislativo può limitarsi ad asseriti fondati sulla natura del ragionamento giuridico*, dai quali dedurre proposte di revisione dei poteri *all'interno di una cornice istituzionale imm modificata*¹⁶: il ragionamento del giudice è esercizio discorsivo di uno specifico potere – se si vuole, è formulazione di ‘narrative’ vincolanti perché fornite di potere coercitivo; ciò che fa dell’ufficio del giudice un ufficio (come scrisse un costituzionalista americano in un saggio famoso) «jurispathic»¹⁷. Sono dunque nuove e diverse condizioni e limiti del potere che devono essere definiti, quando istituti che presuppongono un certo assetto di potere siano trasposti all’interno di una cornice istituzionale del tutto diversa, almeno – anche se non esclusivamente – in termini di nuovo “ordinamento giudiziario”: reclutamento, formazione, separazione delle funzioni, condizioni per l’esercizio dell’azione penale, e così via: in una parola, una nuova e diversa legittimazione.

2. Fatto e caso. Dalla regola per il caso al caso che attrae le regole

Quale che sia la prospettiva epistemologica prescelta – ancoraggio alla fattispecie e primato del diritto legislativo, oppure creatività del giudice – si deve osservare come in realtà pretendano centralità, nell’uno e nell’altro orizzonte, i due concetti più sopra evocati pur senza definirne la rispettiva cornice concettuale: il fatto e il caso. Talvolta utilizzati in modo fungibile, evocati ma non specificamente tematizzati. Anche in un recente, cospicuo testo manualistico di teoria generale del diritto, caso e fatto trascorrono l’uno nell’altro senza che ne sia definita una cornice concettuale davvero nitida. Così, Umberto Breccia definisce il caso come un fatto, cioè un frammento di esperienza che sia determinato nel tempo e nello spazio¹⁸; il caso, insomma, è innanzi tutto un fatto della vita.

16 Ad esempio, introducendo forme di vincolatività del precedente. Su questo cfr. comunque l’articolata proposta di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, II ed., 2014. Cfr. in tema pure L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, 2018.

17 R. M. COVER, *Nomos and Narrative*, in «97 Harv. L. R. 4» (1983-1984), spec. 53 ss.

18 U. BRECCIA, *Teoria generale del diritto*, Pacini, 2019, 305; 405; 451.

Come frammento della vita, è oggetto di qualificazioni giuridiche, a volte contrapposte. Così è espresso un insegnamento classico:

«Fatto altro non è se non un accadimento temporale che, idoneo a modificare la realtà materiale, può essere o non essere giuridicamente rilevante a seconda della concreta previsione che ne abbia fatto il legislatore»; e ancora, «I fatti, ovvero eventi, se hanno poi, dal punto di vista materiale, una propria chiara e netta autonomia, essendo ogni fatto per sua natura singolo, possono invece collegarsi e ridursi ad unità una volta presi in considerazione dal legislatore»¹⁹.

L'importanza del fatto tipico e la centralità del procedimento di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta (talvolta definita fattispecie concreta con riferimento all'esito della sussunzione) è innegabile; tuttavia, il meccanismo della sussunzione in quanto tale non è forse la situazione più interessante per il giurista. Il fatto concreto emerge presoché sempre come presupposto di varie qualificazioni possibili, che possono portare ad esiti non soltanto diversi ma persino contrapposti. Le qualificazioni sono oggetto di un 'bilanciamento' da parte del giudice; la sussunzione è un mero strumento *a partire dal* quale, ma non *mediante il quale* o per *effetto diretto del quale* è presa la decisione su quale delle qualificazioni possibili è maggiormente pertinente al fatto/caso. Non c'è molto spesso una sola norma che qualifica il fatto, che ne costituisca l'unica 'premessa maggiore'; il fatto attrae più norme e la scelta fra queste precede il meccanismo di vera e propria sussunzione.

In quest'ottica, il 'caso' può essere inteso come *il fatto che diviene oggetto di più qualificazioni giuridiche*; esso non coincide con l'esito della sussunzione – quello è la *decisione sul caso* – ma piuttosto ne rappresenta la condizione di partenza. Il caso è dunque il rapporto tra fatto e qualificazioni possibili e concorrenti; con l'avvertenza che, in realtà, potrebbe trattarsi non soltanto di qualificazioni penali o soltanto giuridiche, ma anche alla stregua di norme etiche e/o sociali; che dunque la qualificazione è procedimento complesso nel quale il giudice deve sempre tenere in conto la possibilità che nessuna norma penale, addirittura nessuna norma giuridica qualifichi il fatto.

Detto altrimenti, il fatto ridotto all'osso deve essere depurato da ogni nota di qualificazione; il caso si ha quando il fatto è inteso come centro

19 F. GAZZONI, *Diritto privato*, ESI, 81.

di attrazione di ogni qualificazione possibile, salvo poi decidere quale sia la qualificazione pertinente. In realtà il caso nasce dopo il bilanciamento delle qualificazioni possibili, che può portare a vari risultati: tecnicamente gli strumenti del bilanciamento possono avere proprie denominazioni: ad esempio, concorso apparente di norme o concorso di reati; oppure esiti multicolore: un titolo di reato piuttosto che un altro titolo di reato, o addirittura l'irrilevanza penale.

Si pensi alla lunga discussione sul cosiddetto peculato telefonico, cioè il fatto materiale di chi usi indebitamente il telefono dell'ufficio per effettuare telefonate private: peculato comune; peculato d'uso; abuso di ufficio; mero illecito disciplinare – tutte qualificazioni astrattamente possibili, fra le quali è necessario scegliere.

Le qualificazioni, per un verso, sono oggetto non di un'attività di sussunzione ma, per così dire, di bilanciamento la quale è inevitabilmente e legittimamente svolta dal giudice. Per altro verso, tuttavia, come attività di scelta fra più qualificazioni possibili, l'attività del giudice non 'dice' la regola che si applica al caso mediante un procedimento di sussunzione, ma articola un bilanciamento fra più procedimenti di sussunzione attratti dal caso. Ciò equivale ad osservare che è il caso che attrae la regola di decisione.

Detto in altri termini, e cercando di ricapitolare quanto appena osservato, prima della sussunzione sta la scelta della regola per il caso; ma non è il meccanismo di sussunzione che decide né quali siano le qualificazioni concorrenti, né quale sia la norma 'prevalente'. Il sillogismo presuppone un altro momento decisionale, che non è di natura puramente logica.

È il rapporto tra fatto e norme, che forma e si esprime nel 'caso', che pone al giudice la domanda alla quale questi deve rispondere. Scriveva un grande linguista del Novecento, a proposito del concetto di 'caso' (Kasus), che il caso esprime un dovere di decidere, ma non contiene la risposta. Ciò che è caratteristico della «forma caso» è che pone la domanda, ma non fornisce la risposta: ciò che in esso si realizza è il fatto del bilanciare, ma non il risultato del bilanciamento. Ogni decisione genera un altro caso; non c'è un regno delle norme assolute, ma una morale che bilancia norme diverse l'una con le altre, una «balancierende Moral»²⁰.

20 A. JOLLES, *Einfache Formen: Legende, Sage, Mythe, Rätsel, Sprüche, Kasus, Memo-*

3. «Forme elementari», ovvero come descrivere un caso

Sottolineare l'importanza del fatto a partire dal quale è costruito il 'caso' significa porre l'accento sull'importanza di ricostruire con attenzione certosina la vicenda storica.

Potrà sembrare banale, ma l'operazione che deve essere effettuata in modo primario, con atteggiamento umile e paziente, è proprio quella di ricostruire gli avvenimenti storici, i fatti della vita in senso naturalistico che dovranno poi essere sottoposti alla lente, essere selezionati nello specifico racconto giuridico. Perché ciò sia possibile, occorre partire già quelle che potremmo chiamare, con un linguista della prima metà del Novecento, le forme semplici, unità non ulteriormente divisibili che compongono il fatto o meglio i fatti. È un'operazione materiale, che costituisce tuttavia già un'attività dello spirito con la quale la realtà è presentata come giudicabile, valutabile-secondo-norme. In questa attività non sono soltanto misurate azioni alla stregua di norme, bensì anche norme rispetto ad altre norme²¹. Una volta che si riconduca il fatto alla norma, si produce un caso.

Come si è detto, è decisivo innanzi tutto scomporre nel modo più accurato possibile in forme semplici il fatto concreto. Sottolineare l'importanza della riduzione del fatto le forme elementari può apparire un'ovvietà; e tuttavia importante sotto due profili: uno strettamente applicativo, l'altro di teoria del diritto. Quanto all'aspetto applicativo, si è accennato come possa accadere che l'ossessione qualificatoria impedisca di considerare adeguatamente il fatto materiale e conseguentemente si definisce un caso non congruente rispetto al fatto. Ne vedremo subito un esempio. Quanto all'aspetto di teoria del diritto, l'importanza del caso si ricollega alla pluralità di qualificazioni possibili da parte di vari ordinamenti che tutti concorrono in questa pretesa di qualificazione senza che sia possibile individuare una relazione di tipo gerarchico.

rabile, Märchen, Witz, Niemeyer, 1930: sul «caso» (Kasus) cfr. specificamente 171 ss.; la citazione nel testo è a p. 198.

²¹ Con le parole di A. JOLLES, *op. cit.*, 179: «nel caso, considerato come attività dello spirito in cui il mondo è rappresentato come giudicabile e valutabile alla stregua di norme, non vengono soltanto misurate condotte rispetto a norme, ma vieppiù valutate norme verso norme» («Norm gegen Norm»).

4. Qualificazioni che divorano il fatto e confondono il caso: un esempio in tema di prostituzione minorile

L'esistenza di molteplici qualificazioni del fatto può non escludere, anzi in sostanza presuppone, un accordo sul fatto stesso, sull'accadimento concreto, e ciò di cui si discute è per l'appunto soltanto la qualificazione corretta fra le varie concorrenti sul fatto. Si tratta dell'evenienza nella quale lo schermo delle qualificazioni, oggetto degli argomenti giuridici, ottunde la costruzione del caso: si perde di vista il vero oggetto della qualificazione, e le discussioni girano a vuoto, perché hanno perso di vista il caso e con esso sé medesime. Tanto da essere eventualmente qualificazioni solo apparentemente opposte; oppure, al contrario, realmente opposte ma inutilmente tali, perché passano sopra al fatto, lo dimenticano, e con questo non viene colto il problema del caso, il quale resta non risolto e si ripresenterà ed imporrà una ulteriore discussione, ulteriori pronunce, ulteriori tempi, ulteriori sprechi: e questo solo perché, non inquadrato un fatto, non è stato correttamente costruito il "caso". Ma, a questo punto, cosa è veramente il caso? Cosa comporta identificarlo, come deve essere descritto?

Un esempio della sovrapposizione della qualificazione al fatto, con creazione di un caso inappropriato, può essere individuato in una vicenda decisa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in tema di promessa o dazione di utilità, rivolette a minorenni, con la quale li si convinca a prestazioni sessuali con il (solo) soggetto che dà o promette²². La rimessione alle Sezioni Unite partiva da un dubbio sullo schema di qualificazione della condotta così descritta: se essa sia rilevante alla stregua della disposizione che punisce chiunque «induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto»²³.

Secondo parte della giurisprudenza la condotta induttiva della prostituzione di un minore fra quattordici e diciotto anni può essere commessa anche mediante un 'pagamento persuasivo': cioè «può consistere anche nel mero pagamento della prestazione da parte del "cliente", che persuada il minore a consentire agli atti sessuali»²⁴. Ciò che persuade e rientra per ciò stesso nello schema qualificatorio della 'induzione' è, insom-

22 Cass. S.U. 19.12.2013, n. 16207, ad es. in «CP» (2015), 2179 (nota V. FEDERICA); «GI» (2014), 1718 (nota E. APRILE); «GP» (2014), 257 (nota B. ROMANO).

23 Art. 600, co. 1, n. 1, c.p.

24 Cfr. le pronunce citate in Cass. S.U. 19.12.2013, cit., fg. 6 della motivazione.

ma, il pagamento preventivo, o la semplice promessa, senza che siano necessarie ulteriori condotte di persuasione, per così dire, discorsiva. Il pagamento, è precisato nelle motivazioni, è forma *automaticamente* induttiva soltanto nel caso dei minori: in ciò la differenza con l'induzione nei confronti del maggiorenne – spiega la Cassazione, con insegnamento peraltro costante – la quale richiederebbe invece l'accompagnamento di condotte ulteriori, *sub specie* di pressioni fisiche e psicologiche che, superando le resistenze di ordine morale o di altra natura che trattengono la persona dalla prostituzione, incidono sulla libertà fisica o psichica della persona che viene spinta a prostituirsi.

Lo *stylus curiae* non è specialmente scorrevole, ma il concetto è chiaro. L'argomentazione ruota tutta intorno alla differenza fra gli schemi qualificatori, cioè alla differenza tra le fattispecie astratte di prostituzione di maggiorenni e di minorenni. Su questo stesso, indiscusso presupposto della diversità tra le due situazioni normativamente qualificate come reato – pagamento di un adulto e pagamento di un minore – si innesta il dubbio che porta ad investire le Sezioni Unite. L'ordinanza di rimessione si chiede se

«le esigenze di tutela dei minori possano giustificare un approccio differenziato, tale da condurre al punto di ritenere che il concetto giuridico di “prostituzione minorile” sia integrato anche nella ipotesi che la relazione sessuale dietro compenso sia limitata ad un unico adulto in assenza di intermediari e/o sfruttatori e, successivamente, che l'attività di “induzione” nei confronti del minorenne possa essere configurata anche nella sola condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, così da convincere la vittima a compiere una o più volte atti sessuali esclusivamente con il soggetto agente».

La questione di diritto – per come posta dai giudici □ riguarda dunque una situazione in cui, tenuta per ferma la sinallagmaticità (prestazione sessuale dietro compenso), si contesta la tesi che ascrive l'atto sessuale col cliente che dà o promette compenso al concetto di (induzione alla) prostituzione.

Le Sezioni Unite escludono l'applicabilità della fattispecie astratta di induzione alla prostituzione, e ritiene applicabile la meno grave fattispecie che punisce il ‘ semplice ’ compimento di atti sessuali «in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi»; ed è giusto. Ma anche la punizione del ‘ mero fruitore ’ si inserisce a pieno titolo nel quadro della prostituzione (minorile) come fenomeno, e sarebbe questa

la ragione dell'accorpamento delle due fattispecie sotto un unico titolo di reato: si tratta di

«sanzionare autonomamente anche il singolo ed estemporaneo rapporto a pagamento per la sua attitudine ad alimentare, sia pure indirettamente, il circuito della prostituzione (lo stimolo del compenso, infatti, potrebbe spingere il minore a proseguire l'attività e ad estendere la sfera dei clienti, con l'inevitabile pericolo di determinare, nel tempo, un suo stabile inserimento nel mercato)» (para 8 della motivazione).

La tutela del minore nella sua libertà sessuale anche *contra unum actum* risponde in effetti allo scopo generale, espresso anche dagli strumenti internazionali ai cui obblighi di incriminazione l'Italia si è progressivamente conformata, di tutelarne lo «sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale». In quest'ottica, il minore dev'essere tutelato contro il singolo atto non già perché potrebbe essere inserito in un giro sistematico di prostituzione, ma perché l'atto retribuito costituisce un attacco potenzialmente devastante alla personalità individuale: il legislatore ha tenuto conto di un orizzonte culturale che coinvolge neuropsichiatria infantile, la psicologia dell'età evolutiva o in generale le discipline comunque denominate che si occupino della personalità in via di sviluppo.

Ma non è tanto questo il punto che s'intende qui discutere. Il vero problema è che la discussione sugli schemi alternativi di qualificazione della condotta ha perso di vista il fatto.

Nella situazione di partenza, descritta rapidamente in sentenza,

«i primi contatti sessuali si erano consumati in *assenza di un accordo* fra il ricorrente e i minori in ordine ad un qualche compenso ed in assenza di previa dazione di utilità, *laddove invece i successivi approcci a carattere sessuale erano stati accettati dai minorenni sul presupposto del ripetersi delle regalie che il ricorrente aveva elargito al termine del primo episodio*»²⁵ (corsivo aggiunto).

Il caso, a questo punto, è diverso da come rappresentato nell'interrogativo sottoposto alle Sezioni Unite, se costituisca induzione alla prostituzione anche il solo pagamento 'persuasivo'. La 'sinallagmaticità' delle prestazioni, nel senso dell'accordo per il quale una prestazione ha come contropartita un'altra non può essere assunta a priori, perché non c'è: non c'è l'accordo precedente.

25 Cass. S.U. 19.12.2013, cit., fg. 5.

Il vero interrogativo che nasce dal ‘fatto’, a questo punto, è diverso, e consiste nel chiedersi *se la mancanza di un accordo esplicito, cioè di una esplicita promessa abbia influenza sull’integrazione del reato, sotto il profilo della sinallagmaticità (cioè se escluda che i donativi dati dopo il fatto possano esser considerati comunque «in cambio» dell’avvenuto compimento di atti sessuali, ne siano cioè un corrispettivo).*

Questa domanda resta irrisolta perché la Cassazione, enunciando il principio di diritto secondo il quale si applica la fattispecie meno grave alla «condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso sui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente»²⁶, risponde (negativamente) ad un’altra domanda. Alla domanda, cioè, se costituisca induzione il pagamento o la promessa (accettati).

Ma è la risposta alla domanda sbagliata, e la domanda è sbagliata perché non è stato costruito in modo appropriato il ‘ caso ’, non è stato cioè descritto il fatto nelle sue forme elementari, nelle sue unità non ulteriormente scomponibili che sono l’appropriato oggetto della sussunzione.

Il caso è stato inteso come se si dovesse stabilire se la promessa fosse sufficiente ad integrare l’induzione (rappresentazione totalmente normativizzante, che non è una “forma semplice”, non esprime il *Kasus*).

Invece la corretta narrazione del caso dovrebbe articolarsi secondo questa scansione:

T₁

- 1-Tizio invita Caio minorenne una prima volta
- 2-non promette né dà regali
- 3-Tizio e Caio compiono atti sessuali
- 4-Tizio offre donativi dopo il compimento degli atti

T₂

- 1-Tizio invita Caio minorenne
- 2-Caio accetta sul presupposto implicito che tizio lo remunererà

²⁶ Cass. S.U. 19.12.2013, cit., fg. 18.

3-Tizio e Caio compiono atti sessuali

4-Tizio offre donativi dopo il compimento degli atti

Se 1, 3, 4 sono identici in entrambe le sequenze temporali (T_1 e T_2), la differenza tra la prima e la seconda sta nella valutazione della situazione al punto 2: la domanda è dunque non già se costituisca induzione alla prostituzione il pagamento o la sua promessa, ma *se il compimento di atti con un minore che agisca sul presupposto implicito che siano remunerati abbia rilevanza penale ed a quale titolo.*

Non compare nella descrizione del fatto, come si vede, il termine “prostituzione”; questo appartiene non al piano dell'accadimento concreto, ma al livello della sua qualificazione normativa: non è concreto e dunque non può partecipare alla descrizione del caso.

Il paragone con la prostituzione degli adulti, che ha un ruolo argomentativo cospicuo nella posizione del problema giuridico sottoposto alle Sezioni Unite, e che anche queste prendono diffusamente in considerazione, svela qui una sorta di crittòtipo, cioè *l'idea che dovunque vi sia il compimento di atti sessuali aventi come contropartita un prezzo, lì vi sia prostituzione.* La promessa penalmente rilevante potrebbe essere anche implicita, e come promessa costituirebbe certamente induzione alla prostituzione. In realtà, lo schema qualificatorio della prostituzione, ad onta della rubrica comune ad entrambe le ipotesi contenute nell'articolo, non c'entra. O almeno non rileva dal punto di vista della fattispecie tipica: la disposizione punisce il compimento di atti «in cambio di un corrispettivo anche solo promesso»; cioè potrebbe essere promesso e non dato, ma non importa che lo sia; ma soprattutto, *potrebbe non essere stato neppure promesso dall'agente, ma soltanto atteso dalla vittima, purché sia dato come corrispettivo*

Insomma, quella sulla prostituzione non è l'unica norma sul caso, ma intercetta altre norme basate su diversi atteggiamenti valutativi- le norme sono *wertende Normen*. Assumere un orizzonte escludendo altri non rende conto del caso. Ecco perché si arriva a qualificazioni contrapposte: si contrappongono valori astratti. Il caso media: tutte le sentenze sarebbero d'accordo nel dire che la promessa implicita nella ripetizione delle esperienze pregresse è una promessa -anche se non è “induzione”.

5. Interlegalità (un cenno)

Veniamo alla prospettiva di teoria del diritto, di cui si è accennato più sopra (§ 3) che rende attuale e pone come centrale il ruolo del ‘caso’.

Per impulso di cultori di cd. *applied legal theory* e di diritto internazionale stata tematizzata la situazione – denominata di inter-legalità²⁷ per la quale «la precettività giuridica è condivisa fra più ordinamenti», nel senso che ogni ordinamento può produrre effetti giuridici in costanza di quelli prodotti da altri ordinamenti, senza che sia possibile istituire una relazione gerarchica, e addirittura una relazione comunque ‘governata’. In questi casi, «il diritto rilevante è ... quello che risulta dall’interconnessione che si stabilisce fra le diverse legalità nel caso concreto. Non c’è un diritto inter-legale astratto e generale dunque: l’articolazione fra regimi giuridici non è l’esito di una preventiva pianificazione da parte di un soggetto creatore di diritto, ma è un accadimento... È solo quando, nel caso concreto, le legalità si fronteggiano e si intrecciano che emerge il problema pratico dell’Inter-Legalità». E ancora: «le circostanze che si irradiano dal caso evocano diversi ordinamenti che danno vita al fenomeno dell’inter-legalità: all’unitarietà del fatto si contrappone la pluralità delle fonti, a sua volta derivante dalla necessità che la sua disciplina ha imposto. Il diritto inter-legale ... è un diritto del caso concreto»²⁸. «Il caso situato in mezzo agli ordinamenti non è terra di nessuno, ma uno spazio in cui convergono discipline derivanti da più fonti: paradossalmente è un luogo in cui c’è più diritto e la questione giuridica riguarda proprio quale sia la disciplina di un fatto cui è associato un eccesso di diritto»²⁹.

Anche in questo contesto, la riduzione alle «forme semplici» è il primo momento di una complessa operazione intellettuale: consiste nell’accertamento dei caratteri propri del caso e nella comprensione del problema giuridico che esso pone. Nell’ipotesi di concorso fra pretese regolative di ordinamenti diversi, ciò che muta rispetto al caso «ordinario» sarebbe la circostanza che il caso giuridico inter-legale «è il prodotto di un composito e poliedrico plesso di qualificazioni normative in genere

27 J. KLABBERS - G. PALOMBELLA (Edd.), *The Challenge of Inter-legality*, CUP, 2019; per una prima sommaria riflessione anche dal punto di vista del diritto penale cfr. A. DI MARTINO, *Interlegality and Criminal Law*, *ibidem*.

28 G. PALOMBELLA - E. SCODITTI, 6 del dattiloscritto. V. già per la tematizzazione del concetto G. PALOMBELLA, in J. KLABBERS - G. PALOMBELLA (Edd.), *op. cit.*

29 G. PALOMBELLA - E. SCODITTI, 11 del dattiloscritto.

determinate attraverso le singole legalità rilevanti»³⁰. Più precisamente, il principio regolativo del caso consiste, metodologicamente, nella presa in considerazione di tutti i parametri di qualificazione, riconoscendo validità («reciproco riconoscimento di forza normativa») ad ordinamenti diversi da quello ‘domestico’ ed eventualmente anche a livelli regolativi non statuali né, eventualmente, pubblici in senso classico³¹.

La differenza con il caso ordinario, tuttavia, è forse meno vistosa di quanto possa apparire. Nelle situazioni di inter-legalità il principio regolativo di carattere metodologico non impone di per sé un contenuto decisorio identificabile secondo un principio di carattere sostanziale (ad esempio, la massima tutela dei diritti individuali); analogamente a quanto già visto in relazione a situazioni pensate come puramente ‘interne’, il giudice deve effettuare un bilanciamento e questo non deriva dallo schema meccanico della sussunzione ma da complessiva ponderazione delle circostanze del caso, normativamente qualificate.

Piuttosto, esiste una reale differenza, in effetti, fra questa situazione e il ‘caso’ puramente interno: che non solo si può dare l’ipotesi nella quale fra più qualificazioni normative astrattamente possibili una sola è quella appropriata, ma anche quella in cui più d’una di queste sia appropriata e se ne debba bilanciare il ‘peso’ nel regolare il caso (si pensi alle vicende *Kadi*, o *Melloni*). Anzi, nell’inter-legalità in senso pluriordinamentale quest’ultima è la situazione forse più consueta. Ma è un orizzonte nuovo, in cui c’è ancora da studiare, e pensare, prima di scriverne.

30 G. PALOMBELLA - E. SCODITTI, 18 del dattiloscritto.

31 Penso, ad esempio, a determinati standard internazionali (del tipo di quelli promossi dal sistema ISO) che mirano a regolare determinati settori di attività a fini di certificazione di conformità.

L'ERGASTOLO OSTATIVO ALLA RESA DEI CONTI? IMPOSSIBILE OGNI COMPROMESSO CON L'IDEA DELLO 'SCOPO'

Emilio Dolcini

1. Ergastolo, ergastolo bianco, ergastolo giudiziario.

1.1. Nel *Manuale di diritto penale*, di cui sono coautore con Giorgio Marinucci e Gianluigi Gatta, fino alla settima edizione, licenziata per la stampa a inizio giugno 2018, si dava conto di *due forme di ergastolo*¹: l'ergastolo 'comune' e l'ergastolo 'ostativo', l'uno e l'altro riconducibili alla previsione dell'art. 22 c.p. e dunque connotati dal carattere di "pena perpetua"². Si segnalava che, per effetto di diverse riforme legislative, il carattere di perpetuità dell'ergastolo si era progressivamente eroso, offrendosi al condannato la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, ai c.d. benefici penitenziari e alla semilibertà. Proprio su questo terreno – in relazione, cioè, agli istituti richiamati da ultimo – emergeva la peculiarità dell'ergastolo ostativo, disciplinato all'art. 4 *bis* ord. penit. e all'art. 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, tendenzialmente riservato agli autori di gravissimi reati di mafia, per i quali l'unica via per accedere a un percorso di recupero sociale era quella della collaborazione con la giustizia: in assenza di collaborazione, l'ergastolo ostativo era (ed è) una pena ineluttabilmente perpetua. A dispetto delle apparenze, legate ai nomi convenzionali delle due forme di ergastolo e alle rispettive *sedes materiae*, si metteva in evidenza lo schiacciante predominio dell'ergastolo ostativo nella prassi applicati-

1 Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di dir. pen., pt. gen.*, Giuffrè, VII ed., 2018, 659 s.

2 Nella vastissima letteratura sull'ergastolo, cfr., fra gli altri, F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (Edd.), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo*, Ediesse, 2012; E. DOLCINI - E. FASSONE - D. GALLIANI - P. PINTO DE ALBUQUERQUE - A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, 2019; E. DOLCINI - F. FIORENTIN - D. GALLIANI - R. MAGI - A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, in preparazione; L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in «CP» (2012), 1220 ss.; E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Sellerio, 2015; E. FASSONE, *L'ergastolo e il diritto alla speranza*, in «QG» (24 febbraio 2020); M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in «RIDPP» (2016), 575 ss.; M.E. SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione "fuori" dal carcere*, in «IP» (2019), 59 ss.

va: l'ergastolo ostativo rappresentava (e rappresenta) la regola, l'ergastolo comune l'eccezione.

1.2. Pochi giorni dopo la chiusura della settima edizione del nostro *Manuale*, la Corte costituzionale, con una coraggiosa sentenza di accoglimento (sent. 21 giugno 2018, n. 149)³, estrometteva dall'ordinamento una particolare forma di ergastolo, relativa alle ipotesi in cui la condanna sia pronunciata per sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 289 *bis* c.p. e art. 630 c.p.) e il colpevole abbia cagionato la morte della vittima. Una sorta di *ergastolo di terzo tipo*, che si rivolgeva a condannati collaboranti, escludendoli peraltro dal lavoro all'esterno, dai permessi-premio e dalla semilibertà: a quei condannati rimaneva accessibile soltanto, senza passaggi intermedi, la liberazione condizionale, che presupponeva l'effettiva espiazione di almeno ventisei anni di pena (art. 58 *quater* co. 4 ord. penit.). Un ibrido, dunque, tra ergastolo comune e ergastolo ostativo, la cui patente irragionevolezza (e la cui chiusura a serie prospettive di rieducazione) ha portato la Corte costituzionale a dichiararne l'illegittimità. Di questa forma di ergastolo abbiamo trattato a partire dall'ottava edizione del nostro *Manuale*⁴, nel quadro di un più ampio approccio ai profili di legittimità costituzionale dell'ergastolo: una forma di ergastolo che merita tuttora attenzione proprio in ragione delle aperture che la sentenza n. 149/2018 segna nella giurisprudenza costituzionale sull'intera problematica dell'ergastolo⁵.

³ Cfr., fra gli altri, E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in «DPC» (18 luglio 2018), 145 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del “doppio binario penitenziario” e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, in «GC» (2018), 1657 ss.; A. GALLUCCIO, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in «QG» (16 luglio 2018); M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in «RIDPP» (2018), 1359 ss.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La funzione rieducativa della pena, le rigidità dell'ergastolo e l'opera correttiva della giurisprudenza costituzionale*, in «DPC» (2019), 363 ss.

⁴ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di dir. pen., pt. gen.*, Giuffrè, VIII ed., 2019, 681.

⁵ Cfr. – oltre a E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza*, cit. – A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in «Osservatorio AIC» (2018), 405 ss.; M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, cit., 1359 ss.

1.3. Al di là delle diverse forme di ergastolo previste – e così designate – dalla legge, l'ergastolo viene talora evocato, in dottrina, attraverso metafore.

Non di rado si parlava di *ergastolo bianco*⁶, per alludere alla condizione di chi, magari autore di un reato bagatellare, veniva sottoposto a una misura di sicurezza detentiva – spesso, l'ospedale psichiatrico giudiziario – la cui esecuzione si protraeva per anni, o per decenni, sull'assunto del permanere della pericolosità sociale dell'internato: e in effetti la mancanza di cure adeguate non di rado creava il rischio di una privazione di libertà protratta per tutta la vita della persona. È merito, questa volta, del legislatore (d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito in l. 30 maggio 2014, n. 81, recante *Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*) aver eliminato questo rischio, stabilendo che la durata delle misure di sicurezza detentive non possa superare il massimo della pena detentiva comminata per il reato oggetto del procedimento. Il c.d. ergastolo bianco può dirsi, dunque, uscito di scena, anche se – al di fuori della sfera delle misure di sicurezza detentive – rimangono serissimi problemi relativi alla tutela della salute mentale dei detenuti nelle carceri⁷, in relazione a patologie sopravvenute alla commissione del reato: problemi ai quali, nell'inerzia del legislatore, ha cercato di dare una risposta la Corte costituzionale attraverso lo strumento della detenzione domiciliare⁸.

6 Cfr. per tutti G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di dir. pen., pt. gen.*, Giuffrè, IX ed., 2020, 845.

7 Cfr. GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento 2020*, § 39, *La questione della salute mentale in carcere*, 274 ss. V. inoltre E. DOLCINI, *Quale futuro per la pena carceraria?*, in «SP» (25 novembre 2019), 21 ss., in particolare 42 ss., nonché, da ultimo, F. FIORENTIN, *L'Italia assolve, Strasburgo condanna. La tragedia dei suicidi in carcere esige riforme a tutela delle persone affette da disagio psichico. Riflessioni in margine alla sentenza Cedu, sez. I, Citraro e Molino c. Italia del 4 giugno 2020*, in «DPC» (29 luglio 2020).

8 C. cost. 19 aprile 2019, n. 99. A commento, cfr. M. BORTOLATO, *L'esecuzione domiciliare della pena per il malato psichico detenuto: prime riflessioni sulla sentenza n. 99 del 2019 della Corte costituzionale*, in «RIDPP» (2019), 1040 ss.; M. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in «DPP» (2019), 1261 ss.; M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in «GC» (2019), 1103 ss.

Di recente, è affiorata in dottrina un'ulteriore metafora: si è parlato di *ergastolo giudiziale*⁹, una sorta di pena alla quale verrebbe potenzialmente consegnato qualsiasi imputato per effetto della disciplina della prescrizione dettata dalla c.d. legge spazzacorrotti (l. 9 gennaio 2019, n. 3), in vigore dal 1° gennaio 2020. Come è noto, la riforma, mentre ha lasciato inalterato il ruolo della prescrizione del reato in assenza di un procedimento penale volto ad accertare fatti e responsabilità, ha inciso profondamente sul ruolo della prescrizione a procedimento in corso: nella sostanza, ha individuato il termine finale della prescrizione del reato nel giorno in cui viene pronunciata la sentenza di primo grado (o diventa irrevocabile il decreto penale di condanna), sia che si tratti di sentenza di condanna, sia che si tratti di sentenza di assoluzione.

Non è questa la sede per entrare nel merito delle roventi polemiche innescate dalla riforma Bonafede¹⁰. Mi limito a qualche rapida osservazione. È un'evidente forzatura affermare, come è stato fatto, che "la riforma varata nel 2019... ha sostanzialmente abrogato la prescrizione"¹¹; è quanto meno discutibile individuare "la più vitale funzione" della prescrizione nel "contenimento della 'pena processuale'"¹² (a mio avviso, il terreno di elezione della prescrizione è invece rappresentato dai reati che non vengono a conoscenza dell'autorità giudiziaria)¹³; mi ha fatto sorridere vedere che si è arrivati ad arruolarmi, insieme a Giorgio Marinucci, in una schiera di penalisti che coltiverebbero un'"ideologia retributivo-populista", un "odio viscerale per la categoria della non punibilità", nonché "l'avversione per qualunque meccanismo che si prefigga di comporre il conflitto aperto dal fatto offensivo in modo diverso dalla dispensazione di ulteriore sofferenza: dai provvedimenti di clemenza alle cause di non punibilità, dalle misure alternative alle cause di estinzione"¹⁴.

9 Così D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale*, in «DisCrimen» (4 luglio 2020), 5.

10 Cfr. fra molti, su posizioni diverse, R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in «DPP» (2019), 900 ss.; G. L. GATTA, *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, in «RIDPP» (2018), 2345 ss.; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, ivi (2019), 557 ss., nonché, da ultimo, G. SPANGHER (Ed.), *Prescrizione: opinioni a confronto*, in «DPC» (2020), 971 ss., con contributi di G. SPANGHER, D. PULITANÒ, P. FERRUA, O. MAZZA, A. MARANDOLA, V. MONGILLO, L. IANDOLO.

11 Così D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale*, cit., 5.

12 *Ibidem*.

13 Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di dir. pen., pt. gen.*, IX ed., cit., 494.

14 Cfr. D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale*, cit., 1 s.

2. L'ergastolo ostativo sotto il tiro incrociato delle corti.

2.1. Una realtà multiforme, quella dell'ergastolo: una pena il cui nome viene non di rado evocato – a proposito o a sproposito – per alludere a momenti patologici del sistema penale, nella sua accezione più vasta. Mi conforta, in ogni caso, che la parola 'ergastolo' abbia assunto una connotazione pacificamente negativa, per Papa Francesco¹⁵ come per la grande maggioranza dei penalisti.

Lasciando da parte metafore dell'ergastolo e forme di ergastolo non più presenti nel nostro ordinamento, fermo ora l'attenzione sull'*ergastolo ostativo*. Ribadisco che si tratta della forma di ergastolo statisticamente più rilevante, interessando oltre il 70% dei condannati alla massima pena¹⁶. In quanto pena privativa della libertà personale ineluttabilmente perpetua, l'ergastolo ostativo rappresenta, d'altra parte, il principale momento di tensione tra tipologie sanzionatorie e principi costituzionali.

Per l'ergastolo ostativo sembra giunta ormai la *resa dei conti*¹⁷: è sottoposto a una sorta di tiro incrociato da parte della Corte Edu e della Corte costituzionale. Spiccano per importanza: nella giurisprudenza europea, Corte Edu, Prima Sezione, Viola c. Italia, 13 giugno 2019, definitiva dal 7 ottobre 2019; nella giurisprudenza costituzionale, la sentenza 4 dicembre 2019, n. 253¹⁸.

15 Tra le molteplici prese di posizione del Pontefice sull'ergastolo, ricordo quella del 2019, allorché, ricevendo in udienza i partecipanti a un congresso dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, Papa Francesco così si è espresso: "Le carceri devono avere sempre finestre, cioè orizzonti. Dobbiamo guardare ad un reinserimento, pensare profondamente al modo di gestione delle carceri, cercando di seminare speranze di reinserimento": "e ripensare sul serio l'ergastolo". In un'altra occasione, il Papa aveva affermato che "una pena senza futuro, una condanna senza futuro non è una condanna umana: è una tortura". In precedenza, nel 2014, Papa Francesco aveva definito l'ergastolo come una "pena di morte nascosta".

16 "Per il 75% degli ergastolani italiani la liberazione condizionale è un istituto che rimane 'sulla carta', sanno che esiste, ma non la otterranno mai": così D. GALLIANI, *"La forza della democrazia è non avere paura"*. *L'ergastolo ostativo e Viola v. Italia n. 2 della Corte di Strasburgo*, in «Giustizia insieme» (18 giugno 2019).

17 Di "conto alla rovescia per il superamento dell'ergastolo ostativo" parla A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in «GC» (2019), 3321 ss., in particolare 3339.

18 Un ulteriore precedente di rilievo è rappresentato da C. cost. 6 dicembre 2019, n. 263, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2 co. 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, recante *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n.*

2.2. Di *Viola c. Italia*¹⁹, relativa a un condannato all'ergastolo per delitti di mafia la cui istanza di ammissione alla liberazione condizionale era stata giudicata inammissibile²⁰, mi limito qui a evidenziare come la sentenza stabilisca uno stretto collegamento fra il principio di umanità della pena (enunciato sia nella Cedu, sia nella Costituzione italiana) e il principio della rieducazione (presente, in forma espressa, nel solo art. 27 co. 3 Cost.): l'anello di congiunzione viene individuato nella dignità umana, diritto inviolabile della persona secondo la Costituzione e fulcro dell'intero sistema della CEDU²¹. Muovendo da tali principi, rilevato che "il cd. ergastolo ostativo li-

103: tale disposizione, estendendo l'applicabilità dell'art. 4 bis co. 1 e co. 1 bis ord. penit. ai condannati minorenni e ai giovani-adulti, rendeva accessibili le misure penali di comunità, i permessi-premio e il lavoro all'esterno ai soli condannati che collaborano con la giustizia, o per i quali la collaborazione sia impossibile o inesigibile. Come ha rilevato la Corte, tale estensione integrava un eccesso di delega ex art. 76 Cost. e una violazione del principio della rieducazione del condannato: con la conseguenza che nei confronti dei minori, a differenza che nel diritto penitenziario comune, "non può essere lasciato spazio a presunzioni di pericolosità di sorta, nemmeno se relative". Cfr. S. BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in «SP» (26 gennaio 2020). Parla di "due colpi di piccone assestati, con le sentt. nn. 253 e 263/2019, al muro maestro dell'ostatività penitenziaria tirato su dal legislatore con i mattoni dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., e la calce del suo art. 58-ter", A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale*, cit., 3322.

19 Cfr., fra gli altri, D. GALLIANI, "La forza della democrazia è non avere paura", in «RistrettiOrizzonti» (16 giugno 2019); D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in «Osservatorio AIC» (2019), 191 ss.; D. MAURI, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia*, in «SIDIBlog» (20 giugno 2019); M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, ivi (21 giugno 2019); N. ROMBI, *Dopo il caso "Viola" nuove prospettive per un superamento dell'ergastolo ostativo*, in «DPC» (2020), 565 ss.; A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, in «CP» (2019), 3769 ss.; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in «DPC» (1 luglio 2019); S. TALINI, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, in «Quaderni Costituzionali» (2019), 931 ss.

20 In questo senso si era pronunciato il Tribunale di sorveglianza dell'Aquila, con ord. 26 maggio 2015. Contro questo provvedimento era stato proposto ricorso per cassazione, rigettato da Cass. Sez. I, 22 marzo 2016, Viola, CED 271232-01, che dichiarava la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente.

21 Come si legge, tra l'altro, in Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, §113.

mita eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di riesame della pena"²², la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU. In breve: per la Corte di Strasburgo *l'ergastolo ostativo è una pena inumana*, la cui disciplina deve essere radicalmente riformata. La riforma dovrà eliminare l'attuale automatismo legislativo, dando atto che "la dissociazione dall'ambiente mafioso" può "esprimersi con strumenti diversi dalla collaborazione con la giustizia"²³.

2.3. Quanto alla sentenza della *Corte costituzionale n. 253/2019*²⁴, sottolineo che riguarda aspetti della normativa dettata dall'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. almeno in parte diversi da quelli presi in considerazione dalla Corte Edu nella sentenza *Viola c. Italia*: riguarda infatti la condizione di tutti i detenuti per un reato 'di prima fascia' dell'art. 4 *bis*, sia che scontino una pena detentiva perpetua, sia che scontino una pena temporanea; d'altra parte, la sentenza fa riferimento non alla liberazione condizionale, istituto che segna il punto di arrivo di un percorso di rieducazione avviato in carcere, bensì ad uno specifico beneficio penitenziario – il permesso-premio – che di quel percorso rappresenta soltanto un momento intermedio, accanto al lavoro all'esterno e alle misure alternative alla detenzione.

22 Corte Edu, Prima Sezione, *Viola c. Italia*, cit., § 137.

23 Corte Edu, Prima Sezione, *Viola c. Italia*, cit., § 143.

24 Cfr., fra molti, S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in «SP» (28 gennaio 2020); ID., *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in «Osservatorio AIC» (2020), 1 ss.; M. BORTOLATO, *Il futuro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga. Brevi riflessioni sulla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, in «DPP» (2020), 632 ss.; M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in «Osservatorio AIC» (2020), 211 ss.; G. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in «RIDPP» (2020), 259 ss.; A. MENGHINI, *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4-bis comma 1 ord. penit.*, in «GI» (2020), 410 ss.; A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in «Studium Iuris» (2020), 399 ss.; ID., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, cit., p. 3321 ss.; M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in «SP» (12 dicembre 2019).

Al di là di queste diversità di oggetto, la Corte costituzionale è peraltro in piena sintonia con la Corte Edu nel punto nodale della sua pronuncia. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati possano essere concessi permessi-premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, la Corte costituzionale afferma a chiare lettere che l'illegittimità non riguarda la presunzione in sé che sta alla base del divieto, bensì riguarda il *carattere assoluto della presunzione*: ed è proprio “tale assolutezza che impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost.”²⁵. Al centro della propria pronuncia la Corte colloca dunque un principio costituzionale – quello della rieducazione del condannato – del quale la Corte Edu si era, per così dire, appropriata nella sentenza Viola attraverso una lettura del principio di umanità della pena tanto convincente, quanto non banale.

Rileva inoltre la Corte costituzionale che, quando la condanna sia pronunciata per uno dei reati dell'art. 4 *bis*, il contenuto della pena risulta largamente modellato su *esigenze investigative e di sicurezza collettiva* che emergono successivamente alla condanna e poco o nulla hanno a che vedere con la gravità del reato e con la stessa capacità a delinquere del suo autore²⁶. Si evidenzia così una violazione del principio di proporzionalità, e dunque una violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza, nonché, ancora una volta, del principio della rieducazione del condannato: richiamo, in proposito, una precedente pronuncia della Corte costituzionale, secondo la quale al raggiungimento dell'obiettivo della rieducazione “è di ostacolo l'espiazione di una pena oggettivamente non proporzionata alla gravità del fatto, quindi, soggettivamente percepita come ingiusta e inutilmente vessatoria”²⁷.

25 C. cost. 4 dicembre 2019, n. 253, punto 8 del *Considerato in diritto*.

26 C. cost. 4 dicembre 2019, n. 253, *ibidem*.

27 C. cost. 8 marzo 2019, n. 40, punto 5.2. del *Considerato in diritto*, e ivi ulteriori richiami a precedenti pronunce nelle quali la Corte affermava che “allorché le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato, si profila un contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa” (così C. cost. 2018, n. 222, punto 7.1 del *Considerato in diritto*).

3. La Corte di cassazione solleva di nuovo una questione di legittimità costituzionale.

Su questo sfondo si colloca l'intervento con il quale la *Prima sezione della Corte di cassazione* – attraverso l'ormai celebre ordinanza Pezzino²⁸ – chiama ora la Corte costituzionale a pronunciarsi nuovamente sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo.

L'ordinanza si segnala per completezza e ordine sistematico. Fornisce in primo luogo un'accurata ricostruzione delle vicende processuali e penitenziarie che hanno interessato il ricorrente: la condanna all'ergastolo per omicidio aggravato dal contesto mafioso, la faticosa e costante partecipazione da parte del detenuto all'opera di rieducazione, l'esecuzione della pena in corso – tenuto conto delle detrazioni *ex art. 54 ord. penit.* – da oltre 27 anni. Acclarata, dunque, la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, la Corte di cassazione affronta il tema cruciale della sua 'non manifesta infondatezza'. Dato atto di una propria precedente giurisprudenza, anche recente, che, sulla scia di diverse pronunce della Corte costituzionale, si era orientata in senso opposto – nel senso cioè della manifesta infondatezza della questione –, la Corte di cassazione evidenzia il ruolo centrale che da sempre, a partire dalla sentenza n. 264 del 1974, il giudice delle leggi attribuisce alla liberazione condizionale per affermare la compatibilità dell'ergastolo con il quadro costituzionale. Passa quindi in rassegna la giurisprudenza della Corte Edu, orientata ad ammettere la compatibilità convenzionale della pena perpetua solo a condizione che non privi il detenuto del 'diritto alla speranza': una condizione che, come rilevato nella sentenza Viola c. Italia, non si realizza per l'ergastolo ostativo. Decisivo, per la Suprema Corte, il rilievo che la dissociazione dall'ambiente criminale può essere desunta altrimenti che dalla collaborazione con la giustizia. L'analisi della Corte di cassazione si concentra, da ultimo, sulla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, nella quale spicca per importanza, ovviamente, la sentenza n. 253 del 2019.

In definitiva, l'ordinanza Pezzino mette il giudice delle leggi di fronte ad una scelta quasi obbligata. Una pronuncia di rigetto esporrebbe la Corte costituzionale a un duplice rischio: quello di porsi in contraddizione con se stessa e quello di dare adito a nuove condanne dell'Italia da parte della Corte Edu.

28 Cass. Sez. I, ord. 3 giugno 2020, n. 18518, Pezzino.

Anche la Corte di cassazione, dunque, ha fatto la sua parte nel tiro incrociato sull'ergastolo ostativo.

4. L'attesa pronuncia della Corte costituzionale.

Il conto alla rovescia – sottolineo nuovamente – è iniziato. Tutto fa pensare che la scure della Corte costituzionale, scesa finora sul solo divieto di accesso ai permessi-premio, stia per abbattersi anche sull'accesso alla liberazione condizionale: all'ergastolano condannato per un delitto dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., anche in assenza di collaborazione con la giustizia sta per essere riconosciuto, credo e mi auguro, il 'diritto alla speranza'.

Sottolineo, per inciso, che la dichiarazione di illegittimità costituzionale dovrebbe, a mio avviso, estendersi in via consequenziale a tutti i delitti di cui all'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit., dunque dovrebbe andare oltre i delitti commessi avvalendosi del metodo mafioso o per agevolare associazioni di tipo mafioso ai quali fa riferimento l'ordinanza di remissione²⁹: basterà in proposito rammentare che una scelta dello stesso tenore è stata compiuta dalla Corte costituzionale, a proposito dei permessi-premio, nella sentenza n. 253/2019³⁰.

Se è lecito e ragionevole attendersi dalla Corte costituzionale una pronuncia di accoglimento, su diversi punti cruciali della questione di legittimità è invece difficile fare previsioni. Un punto su tutti: quello relativo al regime probatorio rafforzato che la Corte ha previsto per il condannato 'non collaborante per scelta', in relazione "all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il *pericolo di un loro ripristino*, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali"³¹. Sul pia-

29 Cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, Relazione introduttiva al Seminario "Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale" (Università di Ferrara, 25 settembre 2020), 11, in <http://www.amicuscuriae.it/wp-content/uploads/2020/09/Relazione-RUOTOLO.pdf> (consultato: 31 ottobre 2020).

30 La questione di legittimità costituzionale era stata infatti sollevata in relazione ai "delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste", mentre la dichiarazione di illegittimità ha riguardato, in via consequenziale, tutti i delitti previsti dall'art. 4-*bis* co. 1 c.p.

31 C. cost. 4 dicembre 2019, n. 253, punto 9 del *Considerato in diritto*.

no sistematico non è pensabile che per l'accesso alla liberazione condizionale vengano dettate regole meno stringenti di quelle stabilite per la concessione dei permessi-premio³². Tuttavia, a proposito dell'onere di allegazione/prova³³ riferito al pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, si pone un problema al quale la Corte dovrà comunque dedicare la massima attenzione, approdando – auspicio – ad una sua ridefinizione che allarghi le maglie della condizione imposta al condannato: infatti, come è stato acutamente rilevato in dottrina a proposito della sentenza 253/2020, “il criterio formulato dalla Corte, se preso rigorosamente alla lettera, si tradurrà in una *probatio diabolica* che vanificherà gli effetti della pronuncia di incostituzionalità dell'obbligo di collaborazione”³⁴.

5. L'ergastolo ostativo non si concilia con gli scopi che la Costituzione assegna alla pena.

In anni – ahinoi – lontani Lucio Monaco pubblicava una splendida monografia intitolata “*Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*”³⁵: una monografia che rimane una pietra miliare per ogni studioso che aspiri ad acquisire consapevolezza delle questioni di fondo che dal secolo scorso ad oggi percorrono il sistema sanzionatorio penale.

Tra i filoni tematici dell'opera, segnalo quello della problematica sopravvivenza di residui dell'idea retributiva in un quadro complessivo – quello di uno Stato laico e secolarizzato³⁶ – nel quale sono venute meno le condizioni minime di esistenza di una teoria retributiva della pena³⁷. L'impatto dell'idea dello scopo sul sistema penale si traduce in primo

32 Cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, cit., 12. Nello stesso senso, G. GIOSTRA, *Spunti per una discussione*, *ibidem*, 8, il quale si spinge anzi ad ipotizzare che, a fronte degli ostacoli probatori opposti dalla Corte alla concessione dei permessi-premio, “le ben più rilevanti implicazioni della liberazione condizionale potrebbero indurla a prevederne di ancor più impegnativi”.

33 Di “sostanziale inversione dell'onere probatorio” parla M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, cit., 12.

34 Cfr. G. GIOSTRA, *Spunti per una discussione*, cit., 9. Per una penetrante analisi della questione, v. inoltre D. GALLIANI, *Un dialogo (immaginario) fra un ergastolano ostativo e un giudice costituzionale*, in «QG» (21 ottobre 2020).

35 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

36 L. MONACO, *Prospettive*, cit., 6.

37 L. MONACO, *Prospettive*, cit., 7.

luogo nell'attribuzione ai giudizi prognostici di spazi sempre ampi nel sistema sanzionatorio, un fenomeno che si sarebbe accentuato nel tempo, spesso sotto l'impulso della Corte costituzionale. Come sottolinea Monaco, nel momento stesso in cui la teoria preventiva ha estromesso l'idea retributiva dalla teoria della pena, "le ha spalancato la porta della commisurazione, attribuendole la delicata funzione di limite del potere punitivo nei confronti del singolo"³⁸: primo e fondamentale momento di compromesso tra le idee di prevenzione e di retribuzione sul terreno della commisurazione della pena.

Questo mio breve saggio si proponeva di vagliare un diverso risvolto dell'irrompere dell'idea dello scopo nel sistema sanzionatorio penale: un risvolto relativo non alla commisurazione, bensì alla tipologia delle sanzioni penali, tra le quali è presente, quale massima pena, l'ergastolo.

Per chi facesse astrazione dai tratti caratterizzanti del nostro ordinamento, la legittimazione dell'ergastolo potrebbe essere ricercata nell'idea retributiva (si assume, talora, che ci siano reati così gravi da meritare l'ergastolo, reati per i quali l'unica pena 'giusta' sia la detenzione a vita), nell'idea di prevenzione generale (ci sarebbero reati così gravi che l'unico valido deterrente nei loro confronti debba essere individuato nell'ergastolo, reati per i quali la coscienza collettiva reclama la pena dell'ergastolo) o ancora nella prevenzione speciale *sub specie* di neutralizzazione (ci sarebbero reati così gravi che il loro autore debba essere escluso per sempre dal consorzio civile).

Fare astrazione dal quadro dell'ordinamento nel tentativo di cercare una legittimazione per la pena è però un approccio metodologicamente scorretto. Quale sia la funzione della pena, e dunque come la pena si legittimi, è quesito da affrontare muovendo linee di fondo dell'ordinamento dello Stato in cui si pone il problema³⁹: nel nostro ordinamento, muovendo, in primo luogo, dalla Costituzione. E la Costituzione afferma che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al sentimento di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato" (art. 27 co. 3).

E allora nessuna delle possibili legittimazioni dell'ergastolo precedente-

³⁸ L. MONACO, *Prospettive*, cit., 15.

³⁹ V. per tutti G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di dir. pen., pt. gen.*, IX ed., cit., 5.

mente prospettata risulta praticabile. La Corte costituzionale ha affermato la compatibilità costituzionale dell'ergastolo 'comune' in ragione, soprattutto, della possibilità per l'ergastolano di accedere alla liberazione condizionale⁴⁰: una risposta che non considero persuasiva⁴¹. L'argomento, in ogni caso, non vale per l'ergastolo 'ostativo': parla anzi nel senso dell'illegittimità costituzionale di questa pena.

Il sistema sanzionatorio penale è luogo di incontro di istanze contrapposte e, spesso, come ci mostra magistralmente Lucio Monaco, di compromessi: l'ergastolo ostativo non tollera invece, a mio avviso, alcun compromesso. La collisione con il dettato costituzionale è totale.

40 Cfr. C. cost. 21 novembre 1974, n. 264. In proposito, anche per un quadro della giurisprudenza costituzionale in tema di ergastolo comune, cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in E. DOLCINI - E. FASSONE - D. GALLIANI - P. PINTO DE ALBUQUERQUE - A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, cit., 27 ss.

41 Cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 31 ss.

PENA AGÌTA E PENA SUBÌTA. IL MODELLO DEL DELITTO RIPARATO¹

Massimo Donini

1. Premessa. Il problema della legittimazione del sistema punitivo.

Devo dire che ho cambiato il mio modo di intendere e di concepire la pena da una decina di anni. Un momento centrale in questa evoluzione è stato rappresentato dalla partecipazione alla fondazione di un *Centro di giustizia riparativa* a Reggio Emilia coordinato dalla cooperativa L'Ovile, che abbiamo organizzato² insieme anche a docenti dell'università Cattolica di Milano, Claudia Mazzucato e Leonardo Lenzi in particolare, e che mi hanno fatto riflettere molto e cambiare, nel prendere posizione finalmente su tutta una serie di tematiche che ormai sono diventate per me (e io ritengo per tutti noi) pregiudiziali. È una questione di legittimazione dell'intero sistema punitivo, nel senso che al di fuori di una determinata concezione e applicazione della pena io trovo che il

1 Scritto dedicato agli *Studi in onore di Lucio Monaco*. Il testo è stato alla base della relazione svolta al Convegno di Bologna il 30 settembre 2020, organizzato dall'Ass. Franco Bricola su "Carcere senza fabbrica. Modelli correzionalistici ed esclusione sociale ricordando Massimo Pavarini", ma riprende anche l'intervento di una mai pubblicata relazione svolta a Perugia, al Convegno "Punire come? La giustizia penale tra retribuzione e riparazione", organizzato dal Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini", nei giorni 21-22 ottobre 2016, e tiene conto di aggiornamenti intervenuti nel sistema punitivo, oltre che nel pensiero dell'autore, per tentare una sintesi esplicita di diversi precedenti studi. In particolare: M. DONINI, *Silète poenologi in munere alieno!* (con M. PAVARINI), in M. PAVARINI (Ed.), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Monduzzi, 2006, 11 ss., in part. 25-31 (parte seconda); ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come un raddoppio del male*, in «RIDPP» (2013), 1162 ss.; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI (Edd.), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, 2015, 135-151 (versione maggiore in «DPC-TR» [2015], 236-250); ID., *Il raddoppio del male*, in «Una città» (2014), consultabile in <https://www.unacitta.it/newsite/articolo.asp?id=93>; ID., *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in C. E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G. GATTA (Edd.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Giuffrè, 2018, 579 ss., spec. 589 ss., 593 ss.; ID., *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in «Criminalia» (2019), anticipato in «disCrimen» (2020), 1-26.

2 Come Università di Modena e Reggio Emilia, insieme a Caterina Pongiluppi.

sistema non sia più legittimabile, mentre possa esserlo – io non voglio delegittimarlo – solo in un’ottica diversa da quella tradizionale, dove per tradizionale intendo una concezione millenaria dominante, nel cui alveo rientra, nonostante dunque tutti gli aggiornamenti del XX secolo, il modo di pensare di tanti che vorrebbero magari distaccarsi da essa con qualche *distinguishing* e ammodernamento lessicale.

La concezione millenaria, per essere subito espliciti, è la retribuzione, intesa non come proporzione nella risposta all’illecito, ma come *reazione simmetrica* a un fatto del passato con *finalità intrinseca di castigo*, la quale si spiega da sé in modo automatico, e solo in un momento successivo di riflessione si corregge in modo proporzionalistico aderendo a una visione che appaia razionale.

2. La *restorative justice* come correttivo della pena classica.

La giustizia riparativa, la *restorative justice*, è una parte del delitto riparato come lo intendo; essa, peraltro, pur contenendo in sé matrici ideologiche totalmente diverse da quelle della penologia tradizionale³, non costituisce una vera alternativa al ripensamento della pena classica, ma un suo correttivo in ambiti che trovo ancora circoscritti, perché la giustizia riparativa in senso stretto, modellata sulla mediazione penale, relativa alla ricostituzione personale del rapporto autore-vittima⁴, non

3 Mi riferisco in particolare alla linea di pensiero di studiosi come Albert Eglash, Randy Barnett, Howard Zehr e Nils Christie nell’operazione di *pars destruens* della tradizionale visione della giustizia penale in merito al rapporto autore-vittima. Per un quadro sintetico cfr. K. DALY, *The Punishment Debate in Restorative Justice*, in J. SIMON - R. SPARKS (Edd.), *Punishment and Society (The Sage Handbook of)*, Sage, 2013, 356 ss.

4 Cfr. i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* varati nel 2002 dalla *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice* delle Nazioni Unite e l’*Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, New York, 2006; H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Herald Press, 1990; M. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey Bass, 2001; J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, 2003 (orig. *L’esprit de la Médiation*, Erès, Toulouse, 1998); C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSI - M.A. FODDAI (Edd.), *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, 2003, 151 ss.; D. W. VAN NESS - K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, Elsevier, 2015; J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2002; J. BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, in A. VON HIRSCH - J. ROBERTS - A. BOTTOMS - J. ROACH - M. SCHIFF (Edd.), *Restorative Justice and Criminal Justice: competing*

è certo sempre applicabile, in quanto la vastità dei reati senza vittima, e dei reati di pericolo astratto, rende impossibile un tipo di soluzione come questa in via costante o principale.

Tra l'altro, la maggior parte dei reati sono di pericolo e se uno allarga l'orizzonte e ha un disegno complessivo che riguardi il sistema penale, interrogandosi sulla pena in tutti i suoi territori, ha difficoltà nel trovare soluzioni unitarie, perché la pena da sempre condivide una serie di antinomie al proprio interno, dalle concezioni utilitaristiche a quelle idealistiche, antinomie che convivono nel sistema, sono nella società e nell'attività legislativa, nella mente del legislatore che riflette il corpo sociale.

Quindi, consapevoli di questa complessità, è necessario – se si vuole riportare un po' di ordine – adottare strategie non semplicissime.

Idealismo e utilitarismo fanno parte in modo inevitabile del nostro tema. La *restorative justice* è molto idealista, e ci rende più tollerabile questa terra di desolazione giuridica. Però il diritto è molto utilitaristico, quando non anche addirittura economico⁵: ciò che occorre sempre tenere presente.

La *restorative justice* è una di queste strategie che mirano al superamento della pena classica, ma tradizionalmente ha trovato applicazione e

or reconcilable Paradigms?, Hart Publishing, 2003, 1 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003; C. MAZZUCATO, *Tra il dire e il fare. Sfide attuali e "crisi di crescita" della giustizia riparativa in Italia. Brevi riflessioni sulla giustizia senza ritorsione in un sistema penale ancora retribuzionistico*, in F. T. TAGLE (Ed.), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Massimo Pavarini*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015, 289 ss.; L. EUSEBI, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in L. EUSEBI (Ed.), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Vita & Pensiero, 2015, 3-20; G. FORNASARI - E. MATTEVI (Edd.), *"Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione"*, Trento, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, 2019; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in «RIDPP» (2016), 96 ss.; G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in «ED Annali», X, UTET, 2017, 465 ss., 473 ss.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017, ai quali rimando per ulteriori richiami.

⁵ Anche se non lo amiamo troppo, credo sia opportuno ricordare l'insegnamento di Benedetto Croce. Ho cercato di riportare alla memoria le sue idee sulla "economicità" del diritto (un concetto controintuitivo, ma importante), in relazione al *ius criminale* e al contrapposto pensiero "etico" di Giovanni Gentile, in M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, in «disCrimen» (28 marzo 2019), 1-27; anche in «Riv. it. per le scienze giuridiche» (2018), 117-146.

può trovare applicazione in alcuni ambiti soltanto, anche se è portatrice di un'idea di fondo che poi illumina un cambiamento effettivamente generale⁶. Essa si affianca normalmente alla pena subìta, in modo direi complementare⁷, proponendo quella che preferisco definire una pena agìta a quella parallela, perché c'è la pena tradizionale, subìta, e poi c'è la possibilità di una giustizia riparativa in ambiti circoscritti, in momenti distinti, in istituti particolari. Fino ad oggi però questa prospettiva non è riuscita ad intaccare l'idea che la pena «nasca concettualmente» in modo indipendente dalla riparazione, in quanto la riparazione è vista come un'eventualità successiva.

D'altra parte, la prospettiva della *restorative justice* non sempre si adatta alle applicazioni non buoniste della riparazione, perché c'è una riparazione non buonista, non pura, come l'ha definita Giovanni Fiandaca, come sono quelle degli strumenti coattivi per il recupero del profitto, per esempio, o per l'affermazione del principio che il delitto non paga, declinato però nei suoi profili orientati alla vittima e non all'autore: perché anche questo fa parte della "giustizia riparativa"; non c'è la sola riconciliazione personale, c'è anche l'idea che il delitto comunque deve avere una sua risposta, che il delitto non paga e deve avere una pena perché se non c'è neanche riparazione rimane la pena classica in qualche modo: lo zoccolo duro e "originante" di tutto il discorso.

3. Il delitto riparato come alternativa alla pena classica.

Invece il delitto riparato nel significato che propongo, e che raccoglie comunque istanze presenti in tutto il movimento della giustizia riparativa,

6 Sono molto lieto che una sostenitrice così appassionata della giustizia riparativa come G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, cit., 473 s. ravvisi in essa una *alternativa* alle concezioni tradizionali, riprendendo testualmente varie affermazioni che contrassegnano la visione del delitto riparato qui e in passato illustrata. I punti di convergenza pratica sono certo importanti. Però tutta la parte "utilitaristica" della riparazione, così larga nella legislazione contemporanea, non trova a mio avviso adeguato spazio nella costruzione della *restorative justice* consolidata. Sulla alternatività tra retribuzione e idea riparativa cfr. anche, per es., L. ZEDNER, *Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?*, in «Modern Law Review» (1994), 228 ss.

7 Sulla „complementarità“ della *restorative justice* v. G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, cit., 483. Ovviamente, la complementarità è diversa, a seconda che si muova da una base post-riparatoria della pena (v. *infra* nel testo) o da una riparazione aggiunta alla pena che basicamente ne prescinda. V. pure sul tema l'utile ricostruzione di K. DALY, *The Punishment Debate in Restorative Justice*, cit., 356 ss.

mira a ricostruire dall'origine la pena criminale su basi post-riparatorie, senza tuttavia dimenticare gli aspetti utilitaristici della legislazione. Non la pena nelle sue radici storiche, ovviamente, che non fu mai una "aritmetica di Stato", un'invenzione scientifica o tecnica come la ruota o la leva, perché sorse da reazioni istintuali: lo ricordavano in pagine indimenticabili von Liszt⁸, Nietzsche⁹ e, prima, Carrara¹⁰.

La pena è una reazione fattuale praticata o annunciata, in cerca di continui programmi di razionalizzazione.

In questo paradigma razionalizzante il delitto riparato esige che vi sia una vera *rivoluzione epistemologica* nella costruzione delle pene e nella loro applicazione, ma anche nel programma punitivo presentato a chi ha commesso un reato. Il delitto riparato suppone un nuovo orientamento della risposta punitiva dello Stato, dove la pena che semplicemente aggiunge un male al male commesso, sia concepita come *residuale* o *successiva* rispetto al programma riparativo.

Oggi invece è il programma riparativo a risultare residuale rispetto alla pena. Una nuova concezione della pena appare tuttavia necessaria, perché il sistema è altrimenti delegittimato, e solo alla luce di una nuova fondazione è possibile sopportarne l'esistenza. Finché vedremo le Procure della Repubblica come macchine da guerra finalizzate alla scoperta e alla punizione dei reati – perché è questo il loro obiettivo evidentemente minimo e sufficiente oggi – esse ci restituiranno sempre l'immagine di un diritto penale che mira al raddoppio del male quale risultato (questo, certo, è sufficiente per la loro attività essenziale), e alla sua riparazione invece come a una eventualità lasciata ai singoli di cui lo Stato non si fa carico. Una vicenda *privata*. Lo Stato punisce, mentre la riparazione è lasciata ai privati. Questa è la verità. Ora, questa immagine tradizionale del sistema è fundamentalmente negativa, nel senso che nega il delitto e accresce il dolore; se poi questa macchina da guerra produrrà effetti benefici sulla società o sui singoli è del tutto eventuale e non necessario per il suo funzionamento, per la costruzione aritmetica

8 F. V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882, rist. 1905), tr. it. *La teoria dello scopo in diritto penale*, Giuffrè, 1962, 15.

9 F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (1887), tr. it. *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, 1989, 51 s.

10 F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Tip. Giusti, III ed., 1867, 586 ss.

della sua pena, per una sua commisurazione basica e dunque per la sua essenza giuridica.

L'effetto positivo di questa macchina è senz'altro la neutralizzazione dei fenomeni criminosi in atto, nei pericoli più urgenti da bloccare. Questa insuperabile utilità la vede chiunque: quando la Procura interviene nel corso di vicende criminali in atto, è un fenomeno che viene scoperto e fermato, il che è molto importante, ma in questo istante preventivo e preliminare il diritto penale non ha ancora cominciato ad applicarsi: sono misure cautelari, provvisorie, anche se all'inizio di un procedimento, anche se tale intervento è capace di fermare il male di un delitto in atto.

Nel diritto penale, invece, la produzione di un male specifico aggiunto inizia dopo. Ecco, le Procure dovrebbero costituirsi a centri che prendono in carico il compito fondamentale della riparazione dei delitti commessi per ridurre complessivamente diciamo l'entropia, il grado di disordine del sistema del male innescato dal reato, complessivamente, vale a dire tenendo conto dei costi sociali, dei rischi di tutte le persone coinvolte in un processo, dei potenziali soggetti ingiustamente indagati, degli autori e delle vittime.

La legge penale come legge sociale e il diritto penale come scienza sociale, non meramente sanzionatoria: questo il *background* di una *Kulturwissenschaft*, o meglio ancora di una *human science*¹¹, scienza umana non neanderthaliana.

Per farsi carico della riparazione e della vittima lo Stato non deve vedere nella riparazione solo un onere da parte del responsabile, del condannato, ma inserire nella sua politica criminale ordinaria, costante - intendo la politica criminale anche nel senso lato di alternativa al sistema penale, come l'ha illustrata molto bene Luciano Eusebi in varie occasioni¹²

11 Il retroterra delle *Kulturwissenschaften* di matrice tedesca risentiva ancora, tra fine-Ottocento e primi del Novecento, di premesse legate a filosofia dei valori, neokantismo e distanza dai saperi empirici (si cercava anzi di differenziare le scienze umanistiche da quelle naturali che erano dominio dell'odiato positivismo). Le *human Sciences*, nel corso del Novecento, recepiscono dalla cultura anglosassone maggiore attenzione ai caratteri delle scienze sociali, e dunque di sensibilità agli *outputs*, ai prodotti sociali e politici del sapere. Una cultura antidogmatica più adatta a una "giurisprudenza degli interessi", che dei concetti, se volessimo classificarla secondo i paradigmi della giurisprudenza colta tra fine-Ottocento e primi del Novecento.

12 L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcel-

- la soluzione del conflitto con la vittima, ma anche e comunque la ricostruzione del valore e del bene che sono stati lesi attraverso il comportamento; inserire nella politica criminale questo *post delictum* contrario e riparatore della persona responsabile, sia esso spontaneo – è l'immagine classica della “giustizia riparativa” in senso stretto, quella illustrata da vario tempo nel quadro della mediazione penale –, sia comunque positivamente indotto e in qualche caso anche coattivamente indotto, perché il concetto di delitto riparato da cui parto è più complesso, contiene la, ma non si esaurisce nella giustizia riparativa in senso idealistico.

4. Oltre il “Cur Deus homo” di S. Anselmo. Perché la riparazione deve essere all’origine concettuale della pena.

Sant’Anselmo d’Aosta scrive nel 1098 un libro illuminante per capire la pena (piuttosto che l’incarnazione in termini teologici): il *Cur Deus homo*¹³.

Il tema del libro è perché Dio si è fatto uomo. La tesi è che l’uomo (Adamo), peccando contro Dio, ha contratto un debito incommensurabile, dovuto all’immensità della persona offesa, Dio stesso, che il suo peccato ha “disonorato”: mai Adamo, semplice creatura, avrebbe potuto “riparare” questa offesa, restituendo a Dio l’onore offeso. Concetto arduo oggi da assimilare nella sua sproporzione manifesta tra il finito e l’infinito. In ogni caso, senza restituzione del bene tolto non resta che subire la pena. Non solo il peccato doveva essere punito, perché “è necessario che a ogni peccato segua la soddisfazione o il castigo” (I, § 15), ma occorreva anche, per compensare quell’offesa con una riparazione o pena corrispondente, che venisse sacrificata una persona altrettanto immensa, cioè il figlio di Dio stesso. Conclusione antimoderna per come gestisce in modo patriarcale lo stesso rapporto di filiazione divina. La pena di Adamo (la cacciata dal paradiso terrestre) non era comunque sufficiente, non era né una riparazione né un castigo adeguato. Neppure sarebbe

liana, 1990, in part. i capitoli II, IV e V; ID., «Gestire» il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione», in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. I, cit., 223 ss.; ID., *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in L. EUSEBI (Ed.), *Una giustizia diversa*, cit., 3-20; ID., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un’evoluzione necessaria*, in G. MANNOZZI - G. LODIGIANI (Edd.), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, 2015, 97 ss.

¹³ ANSELMO DI AOSTA, *Cur Deus homo* (1098), tr. it., *Perché Dio si è fatto uomo*, in ID., *Trattati*, tomo 2, Jaca Book, 2016, 77 ss.

bastato il perdono: se Dio avesse perdonato l'uomo, egli avrebbe avuto lo stesso trattamento spettante a chi non avesse peccato, e ciò sarebbe stato ingiusto (I, § 12). C'è dunque una perfetta logica retributiva che, muovendo dalla giustizia riparativa, illumina il senso diverso della giustizia punitiva: al ladro non basta infatti neppure restituire quanto fu tolto, perché "il ladro deve restituire di più di quello che ha rubato" (I, § 11).

L'opera di Anselmo ha tratti oggi difficilmente accettabili anche per un credente ortodosso, inserendo una prospettiva penalistica in un gesto di donazione suprema. Essa, peraltro, presenta un valore documentale e teorico importante per una lettura laica.

Il concetto è: la pena è necessaria quando non è possibile la "soddisfazione" o la riparazione; ma la pena è comunque superiore al valore della riparazione. In questo *quid pluris* sta la sua essenza.

Nessuno può oggi contestare questo dato di fondo. La pena supera il valore della riparazione. Ma solo quel valore può restituire razionalità alla sua misura, riempita altrimenti di mille scopi, finalità, bisogni, interessi capaci solo di strumentalizzare le persone.

Per questo motivo la riparazione deve essere all'origine concettuale della pena.

5. Pena subìta e pena agìta.

Lo Stato dovrebbe offrire come prima scelta, come programma principale, un percorso riparativo, cioè una sorta di pena agìta, che si agisce, e poi solo in forma sussidiaria o alternativa la pena subìta, perché se non c'è la prima allora non si può negare una vera sanzione afflittiva, che a questo punto costituirà l'*extrema ratio* perché il primo progetto non è stato seguito.

Io considero ipocrita sentire in ogni convegno nazionale o internazionale che il diritto penale è l'*ultima ratio* e poi vedere che la sola preoccupazione dello Stato è quella di trovare e punire i colpevoli. Ma che cosa ce ne facciamo di questo programma di raddoppio del male se esso aumenta il disordine, l'entropia delle molecole maligne, diciamo, dentro il sistema?¹⁴

14 Oltre ai lavori citati a nota 1 dove discuto di questo tema del raddoppio del

Descriviamolo in termini aritmetici, e vedremo che accanto al segno “meno”, meno diritti, quelli lesi, meno beni protetti, cioè il negativo rappresentato dal reato commesso, avremo il segno meno dei diritti lesi del condannato in esecuzione.

È tutto un segno “meno” in questo non-progetto tradizionale, se lo dovessimo definire aritmeticamente. Esso, più che un vero progetto, resta una reazione: *malum passionis propter malum actionis*¹⁵.

Come risultato indispensabile il male aggiunto è certo; invece il resto, il conseguimento di un vantaggio individuale o di sistema, è eventuale. Se da questo segno “meno” complessivo possa derivare un segno più nessuno lo sa.

La giustizia riparativa invece costituisce un segno positivo, ma esso è rimasto fino ad oggi eventuale nella concezione e nell’epistemologia della pena attuale perché la scansione è questa: ci sono dei doveri, doveri di subire la pena, la pena subita, la pena come *pati*, sanzione coercibile; poi invece c’è l’obbligo del risarcimento, risarcimento civilistico, sanzione ovviamente eseguibile coercitivamente con esecuzione forzata. La riparazione dell’offesa in senso stretto viene concepita come un onere, perché non è coercibile, perché non posso costringere a un *facere*, a un fare, a parte l’interferenza fra riparazione e risarcimento che concettualmente sono due cose diverse: anche quando c’è il risarcimento di un reato patrimoniale, questo non ripara interamente l’offesa perché l’offesa non è solo il danno, c’è anche il disvalore di azione, l’offesa è più complessa, quindi il mero risarcimento non ripara integralmente, risarcisce ma non ripara integralmente l’offesa. Poi abbiamo la riparazione coatta, un vecchio progetto dei positivisti, di Raffaele Garofalo¹⁶, perché esistono forme di riparazione coatta, a cominciare dalla confisca per equivalente del profitto: tuttavia essa è riparativa se il bene confi-

male, non possono non ricordare il classico e dimenticato studio di G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale e del nuovo fondamento etico* [1872], Ernesto Anfossi, 1883, 40 ss., 58 ss.

15 V. di recente sul tema, con vaste aperture al discorso riparatore e riconciliativo e alla regressione della simmetria punitiva, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, 2018.

16 Tra le varie proposte antiumanitarie e di eliminazione giuridico-sociale dei delinquenti contenute in R. GAROFALO, *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Fratelli Bocca, 1885, spicca questa prospettiva riparatoria più lungimirante a carico dello Stato, ma nella prospettiva dell’A. coattiva: ivi, 312 ss.

scato ritorna al soggetto passivo, non se lo si attribuisce semplicemente allo Stato. Se consideriamo gli art. 322-ter e -quater del codice penale per come riformato, accanto alla confisca per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione tipizzati, fra i quali anche la concussione in cui c'è una vittima persona fisica, qui si aggiunge una riparazione pecuniaria coattiva che però non spetta alla eventuale vittima persona fisica, ma è destinata all'amministrazione (persona offesa principale secondo il codice). Quindi abbiamo una confisca del maltolto, del profitto, che va allo Stato e una successiva confisca assegnata all'amministrazione. Si parla di sanzione civile, ma l'effetto è di salvare e mascherare la sostanza punitivo-afflittiva moltiplicante le pene (oltre a confisca primaria, pene principali, accessorie etc.). E alla vittima persona reale, se c'è per es. un concusso, cosa spetta? Nei reati tributari, come noto, si prevede che la confisca anche per equivalente applicata sia scomputata dal debito erariale; in altre fattispecie come l'usura, il recupero del profitto confiscato viene assegnato alla vittima: quindi non c'è una doppia confisca, ma una soltanto, con funzione riparatoria. In questo diverso caso degli artt. 322-ter e -quater c.p., come in altri casi di confisca per equivalente, almeno una possibile vittima privata è dimenticata.

2. La riparazione da onere a programma dello Stato.

Ben altri dovrebbero essere i progetti statali di un penale positivamente recuperatorio, ripristinatorio e risarcitorio. Non una legge “meno che perfetta” come la definiva Ulpiano nelle *Regole*¹⁷: cioè una legge che sanziona senza preoccuparsi di annullare gli effetti o di rimediare all'atto o al fatto che punisce.

Tuttavia la riparazione, tradizionalmente, è vista come mero onere anche per un altro motivo, non semplicemente perché non è (entro certi limiti) coercibile. È vista come mero onere perché la società non crede che la riparazione dell'offesa rappresenti la risposta vera al delitto.

La risposta “vera” nella sua scansione ordinaria, nella misura normale,

¹⁷ ULPIANO, *Regulae* (I,1-2) definisce “perfetta” la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; “imperfetta” la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; “meno che perfetta” la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito.

è parametrata sull'offesa cagionata e prescinde geneticamente dalla riparazione.

Questa è la legge millenaria del diritto penale: la pena c'è a prescindere dalla riparazione, c'è proprio perché la riparazione o è impossibile, o non potrebbe bastare mai.

Viceversa, nel quadro che prospetto, *la pena va considerata geneticamente in modo diverso a seconda che vi sia stato un percorso riparatorio oppure no, che in tal modo viene promosso, ma volontariamente, non coattivamente.*

La riparazione coatta è utile, ma non rieduca, non essendo una pena agita.

Quando scrivo, nella cornice edittale di un delitto, che è prevista la reclusione da 1 a 6 anni penso a questa pena a prescindere dalla riparazione; ci sarà poi l'art. 62 n. 6 c.p. o qualche altro meccanismo attenuante anche eventualmente nella parte generale del codice, ma soprattutto nella legislazione speciale che ha decodificato tutto questo sistema dell'art. 62 n. 6, prevedendo una serie numerosissima di forme di condotta sopravvenuta in senso lato riparativa e fonti di risposte premiali (§ 13, *infra*).

Se la riparazione dunque ci sarà, si potrà aggiungere *ab extra*, diciamo dall'esterno, un'altra scala sanzionatoria per il delitto riparato, non solo una circostanza come l'art. 62 n. 6 c.p., ovvero una figura di riparazione prevista in modo diversissimo a seconda delle fattispecie della legislazione speciale.

Anche in caso di recesso attivo, l'ultimo comma dell'art. 56 c.p., il ravvedimento operoso secondo il modello codicistico di parte generale vigente, prevede una forte diminuzione, ma essa rimane tecnicamente un'attenuante fino alla metà rispetto alla pena del tentativo (che è da uno a due terzi della pena prevista per la consumazione): ciò significa che se quel delitto ha una pena massima di 6 anni, in caso di recesso la pena massima, con la diminuzione più larga possibile, è di un anno (riduzione fino alla metà di due terzi di 6 anni): una forte riduzione devo dire, anche se non è la non punibilità della desistenza.

Ebbene anche in questo caso il sistema concepisce come diminuyente, come una circostanza, l'eliminazione originaria dell'offesa, che non viene equiparata alla vera desistenza non punibile.

Il recesso rimane una diminuzione del titolo autonomo di tentativo che è ritenuto ancora esistente, e quindi attenuato dal recesso. Vero è, per altro, che tutti i progetti di riforma vorrebbero equiparare desistenza e recesso a una comune non punibilità per la riparazione dell'offesa.

Il mio discorso nasce qui: programmo un'estorsione, ma poi il giorno dell'abboccamento con la vittima per ricevere il denaro non mi presento e anzi faccio sapere che la cosa non avrà seguito; mal che vada è recesso, ben che vada è desistenza; si può discutere, c'è qualche diversità di opinione. C'è comunque stata al massimo un'offesa di pericolo minimo, o un delitto tentato forse desistito; valutiamo se l'offesa di pericolo sia stata completamente eliminata dal fatto successivo, oppure senza neppure giungere agli atti univoci: questa è un po' la tematica. Ma se poi si fosse giunti a consumazione e il maltolto venisse restituito *ex post* non sarebbe un atto più meritevole di premio rispetto alla pena del tentativo semplicemente fallito nel caso in cui la vittima abbia chiamato la polizia e solo per il suo intervento sia stata impedita la consumazione?¹⁸

Altro esempio. La distribuzione di un prodotto alimentare pericoloso per la salute: il produttore, per mero calcolo utilitaristico rispetto all'immagine della società di fronte a quello che si sta per scoprire, ritira il prodotto prima della sua circolazione effettiva presso i potenziali acquirenti. Lo fa volontariamente, e quindi non costretto. Dunque fa sì che resti la contravvenzione magari dell'art. 5 l. 283/1962, perché il reato prescinde da questo pericolo concreto, mentre non si realizzerà il successivo delitto doloso, dell'art. 440 c.p., essendo il delitto di pericolo. Rispetto al delitto la condotta integra una desistenza piena o comunque non c'è il fatto tipico di reato. L'art. 5 invece (oggi contravvenzione, ma nei progetti di riforma governativi sarebbe ora un delitto se commesso dolosamente¹⁹) potrebbe rimanere, questa volta oblazionabile, perché è una contravvenzione oblazionabile, e anche nei progetti di riforma lo resta, oblazionabile e contravvenzionale purché colposo, ma a una condizione più significativa, che è quella della neutralizzazione del pericolo a livello di produzione, dopo messa in mora e prescrizione amministra-

¹⁸ Parte della giurisprudenza, come noto, ritiene integrata la stessa consumazione in caso di appostamento della polizia preavvisata dalla persona offesa che consegna formalmente il profitto dell'estorsione.

¹⁹ Cfr. Il *Progetto di legge* presentato dal Governo al Parlamento il 26 marzo 2020, DDL AC 2427.

tiva, come nei reati in materia di sicurezza del lavoro, o in quelli in materia di sicurezza ambientale: una nuova forma di oblazione molto più costruita sulla neutralizzazione dell'offesa di pericolo; quindi in effetti una riparazione.

Questa è una legislazione che mira *ab origine* a non applicare la pena qualora vi sia riparazione dell'offesa di pericolo²⁰. In questo caso, ciò avviene a seguito di una condotta attiva sopravvenuta e con il residuo di mera sanzione pecuniaria, che ormai degrada a sanzione non penale.

Peraltro anche qui, in queste oblazioni speciali, la riparazione è vista come un mero onere, e la pena edittale ne prescinde, essendo costruita autonomamente; nondimeno l'avvenuta riparazione sostituisce integralmente la cornice originaria; si applica un istituto sanzionatorio del

20 Sono i percorsi della “non punibilità”, più volte descritta (M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in «IP» [2001], 1035 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi* [2003], 75 ss., 89 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, 259 ss.; del tutto conformemente, poi, F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in «SP» [29 settembre 2019]; v. pure P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in «SP» [2019]; D. TONON, *Fra delitto e castigo. Sistematica e genetica politico-criminale degli 'istituti della punibilità'*, Giappichelli, 2014): categoria “esterna” e successiva all'analisi del reato, la quale *non significa affatto assenza di responsabilità*, ma recessione della risposta penale tipica, quella puramente afflittiva, verso tecniche di degradazione orientate a outputs, a risultati socialmente utili, secondo percorsi di attuazione del principio di ultima ratio in chiave applicativa e commisurativa. V. in senso del tutto corrispondente, pur inquadrando i medesimi e numerosissimi istituti (di non punibilità e degradazione sanzionatoria) nella categoria “classica” della punibilità, G. COCCO, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, Wolters Kluwer Cedam, 2018: in realtà, tale categoria è nata in una *cultura della retribuzione*, ma più che nel pensiero retribuzionista di Ernst Beling ai primi del Novecento, come si è voluto sostenere da parte di alcuni Autori (in realtà, in *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, rist. Scientia Verlag, 1964, 50 ss., 74 ss. Beling tratta solo delle *cause che escludono la punibilità* come categoria “estranea” al “tipo di reato”; “*durchaus jenseits*” rispetto al “*Verbrechenstypus*”: *ivi*, 201; ID., *Grundzüge des Strafrechts*, 11. Aufl., Mohr, 1930, 31 s., 72 ss.), in elaborazioni successive: soprattutto a cominciare da R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Bd. II, *Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Springer, 1930, 377 ss., e di tale matrice la “punibilità” conserva in effetti l'impronta (“*Vergeltung und Verhütung*”, *ivi*, 377), che ritengo inconciliabile con gli istituti essenzialmente specialpreventivi o di *ultima ratio* che oggi la occupano. Cfr. per altri richiami alla prevalente letteratura che esclude una quarta categoria del reato definita “punibilità”, il nostro *Non punibilità e idea negoziale*, cit., nota 8; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001, 652 e AA. *ivi* cit.; C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht*, AT, Bd. I³, Beck, 2020, § 23/21 ss. (gli AA., che non sono retribuzionisti, discutono ampiamente di una quarta categoria, ma non la chiamano punibilità, anzi neppure le danno una vera denominazione, contenendo essa, a loro avviso, istituti che danno spazio a interessi extrapenali eterogenei).

tutto diverso ed extrapenale accanto all'estinzione del reato per sopravvenuta oblazione.

Il tema della riparazione non tocca solo i grandi delitti, della vittima e dell'autore che si riconciliano nelle forme della mediazione penale; c'è anche questo, ma è molto più complesso il discorso sulla riparazione ed è anche molto laico, a volte molto più utilitaristico, non sempre quindi straordinariamente umanistico, benché alla fine miri a un risultato riparativo.

6. L'idea di una figura generale di delitto riparato.

Al di là di queste forme riparatorie speciali e della *restorative justice* di tipo mediativo, *l'idea di una figura di parte generale del delitto riparato*, generalizza ma *estende il modello di una diversa cornice*: esso suppone che la stessa pena originaria sia pensata in rapporto alla riparazione dell'offesa e che l'avvenuta riparazione sia concepita come *un titolo autonomo di reato*.

Non l'estorsione tentata, né quella consumata, ma l'estorsione riparata. *Con una sua pena indipendente, anche se assimilabile a quella del tentativo*.

Come avviene nel caso degli enti, la cui responsabilità da reato in caso di riparazione dell'offesa riduce la sanzione pecuniaria fino a due terzi (art. 12, co. 2 e 3, d. lgs. 231/2001).

Perché titolo autonomo, e perché è un vero onere che però diventa un programma di politica criminale principale?

L'impegno dello Stato verso restituzioni coattive un merito del responsabile: la confisca per equivalente attua un recupero che non è spontaneo. Questa misura coattiva mira solo alla vittima, se davvero le restituisce il profitto, se ad essa vengono destinate queste restituzioni, cioè le confische del profitto, perché se invece le incassa lo Stato la vittima rimane insoddisfatta.

L'attuale impegno confiscatorio riguarda perciò solo un aspetto dell'azione pubblica possibile ed auspicabile.

Il delitto riparato invece coinvolge il rapporto con l'offesa, e dunque con il titolare del bene giuridico protetto, e muove da questa idea: la

neutralizzazione dell'offesa *post factum* non è più meritevole di pena di un tentativo di delitto, ma è a questo al massimo equiparabile, se non anche di disvalore inferiore.

Questa valutazione è molto frequente anche in tanti istituti riparatori nelle leggi complementari fino a giungere alla non punibilità. Io proporrei una disequazione, come l'ho chiamata: delitto riparato uguale o minore al diritto tentato, *delitto riparato* \leq *delitto tentato*, il che significa che il disvalore e il trattamento punitivo del delitto riparato sono o meno gravi di, o equivalenti a, quelli del tentativo. Alla fine ciò significa che quantomeno la diminuzione fino a due terzi *potrebbe* essere una circostanza, ma viene prospettata come titolo autonomo e accresciuta nel valore diminuento.

La differenza tra circostanza e titolo autonomo non è veramente decisiva in termini di prevenzione generale – *una circostanza ad effetto speciale potrebbe servire altrettanto allo scopo* –, ma è soprattutto culturale (v. *infra*), salvo accentuare i profili di volontarietà della riparazione, che nell'ipotesi circostanziale dell'art. 62 n. 6 c.p. è stata spesso offuscata.

È vero che, a differenza del tentativo, qui l'evento lesivo c'è stato, o quello di pericolo - il pericolo è più semplice da tollerare, invece ci può essere stato l'evento lesivo, e quindi non è detto che si possa applicare a tutti i reati indifferentemente; alcuni reati possono restarne esclusi, ci possono essere eccezioni, io capisco le politiche criminali differenziate per certi titoli di reato; propongo dunque un modello generale che ammette realisticamente attuazioni differenziate.

Attualmente, se l'evento è accaduto, non si può tornare indietro; ciò che è stato fatto non può essere posto nel nulla. Però nel tentativo il disvalore d'azione in qualche modo è maggiore - sia chiaro, il disvalore d'azione-intenzione complessivo, perché abbiamo un fatto dove solo per caso il delitto non ha avuto successo. Nel delitto riparato è vero che l'azione è compiuta, e con essa anche il fatto tipico, ma non c'è solo il fatto tipico "nella pena minacciata", la pena non tiene conto solo del fatto tipico, tiene conto anche del comportamento successivo del responsabile e quant'altro.

Nel delitto riparato abbiamo un percorso successivo, per esempio la restituzione volontaria del profitto o una prestazione a favore della vittima.

ma, della società, un lavoro di pubblica utilità, condotte “aperte” per il momento, e di tipo riparatorio, che dovranno essere meglio tassativizzate, dovranno essere tipizzate: tra queste c’è anche la neutralizzazione del rischio di eventi futuri se il reato è di pericolo, il che prova l’avvenuta restaurazione del valore del precetto violato.

Ciò avviene attraverso forme o di riconciliazione con la vittima - è l’esempio più luminoso, la mediazione penale, eccetera - oppure con prestazioni volontarie a favore di terzi o della comunità, anche di vittime sostitutive o vicarie, perché se la vittima reale non vuole riconciliarsi rimane il diritto di riconciliarsi o di effettuare un percorso corrispondente, non con la vittima reale o con i parenti della vittima reale: forme sostitutive già praticate nella mediazione.

Quando il responsabile del reato è giudicato su tali basi, non c’è più solo il fatto, ma anche l’autore, nel senso che se egli ha già effettuato questo percorso riparatore, cambia il giudizio complessivo sul fatto diciamo da giudicare, perché c’è anche una componente che riguarda l’autore che non può essere dimenticata nel momento sanzionatorio, perché nel momento dell’attribuzione dell’*an* della responsabilità, non devo guardare all’autore, ma nel momento del *quantum* sì: il suo percorso, il rapporto con la vittima cambia il giudizio già *ex art.* 133 c.p.

Noi abbiamo studiato e sempre privilegiato il diritto penale del fatto, che è garantistico, tanto che abbiamo in un certo senso un singolare processo penale bifasico: nel processo di cognizione c’è solo il fatto, nel processo di esecuzione c’è solo l’autore, che deve anche dimostrare di avere seguito, o di seguire un percorso critico di revisione anche se eventualmente non avesse commesso il fatto, perché *in executivis* è già accertato “colpevole”.

Obietta Mimmo Pulitanò che l’idea del delitto riparato “spezza o nasconde l’unità del precetto”²¹ – facendo supporre che non sia stato veramente violato, ma quasi restaurato prima ancora dell’intervento della pena – sì che indebolirebbe l’affermazione del precetto penale, depotenziandone il significato deterrente: è di questo che si tratta, in definitiva.

In realtà, quella del delitto riparato come attenuante elevata a titolo au-

21 D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in «RIDPP» (2016), 654 ss.; ID., *Sul libro dell’incontro fra responsabili e vittime della lotta armata*, in «DPC» (2016), 14 s. V. anche ID., *Minacciare e punire*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., vol. I, 20-24.

tonomo non è una prospettiva solo individualistica, ma essa stessa generalpreventiva.

Non si trascura la prevenzione generale negativa: la diminvente ha margini di discrezionalità, per es. da uno a due terzi. La pena tradizionale resta, però muta la sua genetica²².

Nella pratica si tratterebbe, per i reati meno gravi, di aumentare le ipotesi di messa alla prova (art. 168-*bis*, -*ter* c.p.)²³, e per quelli più gravi, dove una esecuzione anche detentiva sarebbe inevitabile, di aumentare comunque le ipotesi di pene alternative al carcere: v. solo il lavoro all'esterno, ex art. 21 ordin. penit., u.mo co. riformato nel 2018: è potenzialmente un 'modello' amplissimo e generale.

L'idea di una riparazione come *prima scelta possibile* sostiene comunque l'affermazione del precetto penale, perché la riparazione volontaria è una restaurazione del precetto, non va in senso contrario, va proprio in questo senso²⁴.

Se le persone violente (*aut vi aut fraude delinquitur*) seguono una terapia psicologica con percorsi riparativi verso le vittime, il precetto ne risulta rafforzato: è nella mera pena subita che la sua dimensione culturale resta estrinseca alla coscienza del condannato.

22 Sul tema v. anche le argomentazioni di L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, cit., 97 ss.; G. DEMURO, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, cit., spec. 703 ss.; G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Wolters Kluwer Cedam, 31 ss.; M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, 2017, 252 ss., 273 ss.; M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione e della pena*, Giappichelli, 2020, 119 ss., 452 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza (Trento), 2017, 56 ss.

23 Questo dato – la messa alla prova conduce alla estinzione del reato, non si dimentichi, mentre nella prospettiva qui indicata avremmo una diminvente – dovrebbe attenuare, anche se non elidere, le obiezioni incentrate sul problema della “indeterminatezza” del concetto di riparazione a cui si è fatto cenno nella stessa proposta iniziale del delitto riparato (M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., § 9): né più né meno, è la stessa indeterminatezza che oggi abbiamo negli artt. 168-*bis* e -*ter* c.p. Al riguardo c'è ancora molto da costruire soprattutto in via ermeneutica.

24 C. MAZZUCATO, *Il contributo della giustizia riparativa alla comprensione del reato e alla riforma del sistema sanzionatorio*, in «Quaderni del Dipartimento di Scienze Giur. dell'Università Cattolica del Sacro Cuore» (sede di Piacenza), 2010, dattiloscritto.

E non è vero che ci sia una dimenticanza del fatto che il comportamento ha comunque prodotto un danno e quindi sarebbe – si obietta – più grave del tentativo.

Proprio quel danno deve essere riparato, se possibile.

Inoltre, gli istituti della riparazione dell'offesa tengono conto anche della componente soggettiva. Se esistesse solo il danno, posto che l'evento sicuramente c'è stato, sarebbe sempre maggiore il disvalore rispetto al tentativo. Qui invece subentra una neutralizzazione dell'offesa (non solo del 'danno'), alla quale va aggiunta tutta la componente soggettiva di questo postfatto che l'autore del tentativo, viceversa, non ha interiorizzato, avendo solo mancato per un caso il suo obiettivo. Ciò che bilancia e controbilancia le due situazioni: e quindi anche sotto il profilo oggettivo e soggettivo la disequazione ha una sua razionalità. Peraltro si tratta di una prospettiva di indirizzo che ha anche un supporto più largo di politica criminale, perché aldilà di questo ragionamento simmetrico c'è proprio il fatto della importante valorizzazione di un programma diverso, di un programma nuovo.

Le prestazioni, inoltre, dovrebbero essere personali: se è un terzo a riparare non dovrebbero esserci benefici, perché sarebbe altrimenti una sorta di "evasione" dalla pena.

L'aspetto politico-criminale straordinariamente nuovo è che lo Stato dà al responsabile un progetto, un programma diversi *fin dall'origine* e questo è ciò che induce a postulare l'idea di un titolo autonomo, perché il postfatto aggiunge al fatto *una nuova tipicità*: "fatto + postfatto". Vale a dire che c'è la tipicità del fatto, che non si cancella, è vero, ma c'è una nuova situazione che le si aggiunge, che dà titolo per costruirla autonomamente, non come un'eventualità, ed è autonomo proprio perché esiste un programma di Stato, non privatistico; non è l'eventualità lasciata al singolo, quella logica che lasciava intendere: ti arrangi, ti costituischi parte civile, fa' quello che vuoi e avrai un'attenuante, che c'importa, in pratica sono affari tuoi.

È compito dello Stato, invece, e se è compito pubblico certo è un compito in più, è un impegno importante perché dà un'identità diversa al magistrato, al Procuratore della Repubblica, ma anche al giudice che non è più un distributore di pene subite: egli assume un ruolo sicuramente

meno odioso per tutti, e più positivo ma *non buonista*, perché il buonismo non è questo.

Io dico ai magistrati, alla Procura, agli studiosi, ma anche ai cittadini che il compito dello Stato non è innanzitutto il raddoppio del male quando si è commesso il fatto individuale; il delitto non paga, ed è a favore della vittima la proposta di un differente percorso di questo tipo: ti do un programma, è la prima scelta, ripara; se non l'accetti ovviamente ci sarà la pena subita.

7. La trasformazione della pena tradizionale.

A questo punto, peraltro, dobbiamo osservare che l'idea del delitto riparato incide sulla concezione della pena tradizionale.

Questo è il secondo aspetto molto rilevante perché il primo aspetto "responsabilizzante-premiale" si può capire agevolmente.

Ma se invece il percorso non viene seguito, se io non riparo niente, se voglio la mia pena tradizionale, tra virgolette meritata, che cos'ho? Che cos'è la "pena meritata"?

La pena ordinaria che noi tutti conosciamo presenta debolezze costitutive insuperate, perché vorrei semplicemente ricordare che cos'è il diritto penale tradizionale e quali sono alcuni suoi *deficit* strutturali che oggi mi appaiono così evidenti da rendere inevitabile l'esigenza di trovare un percorso alternativo.

La pena retributiva tradizionale è una sanzione che riesce a giustificare le sue valenze general-preventive – prevenzione mediante retribuzione – mediando tra la paura (la *deterrence*) e il castigo biasimante (la retribuzione) in una sintesi utile alla costruzione delle cornici di pena dei reati.

Senonché questo modello strumentalizza il singolo.

Non è vero che la retribuzione sia un vero limite.

Anch'io ho ritenuto in altri tempi che il pensiero retributivo alla fine limiti l'esagerazione della vendetta e quindi offra un parametro che produce un bene. Senonché il pensiero retributivo, nella pratica applicazione, ha un effetto che non garantisce assolutamente la proporzione.

Ne contiene solo l'idea, ma non il criterio.

Noi parliamo continuamente di proporzione, ma non c'è un'unità di misura della proporzione:

“The amount of disapproval conveyed by penal sanctions is a convention”²⁵.

Rispetto ai delitti più gravi non c'è perché non possiamo punire un genocidio con un genocidio o un omicidio con la perdita della vita, e quindi qui la pena è sproporzionata per difetto: giustamente è sproporzionata per difetto; così anche un ergastolo poi si traduce in vent'anni o poco più (molto meno in altri Paesi UE), salvo percorsi individuali che non consentono riabilitazione, liberazione anticipata o quant'altro.

Invece nei reati meno gravi c'è sempre un *overkill*, una eccessività della pena, una ‘parte che è del Principe’ come scrive Foucault²⁶, perché già per i reati patrimoniali la perdita della libertà per molti anni è chiaramente sproporzionata, non c'è proporzione tra questi beni, lo vediamo tutti, come facciamo a parametrarli?

Il diritto civile, come ripeto da un po' di tempo, ha sicuramente una valenza aritmetica straordinaria, è (almeno di regola) matematica: se ho commesso un fatto illecito che produce un danno di “100” risponderò di “100 + interessi e rivalutazione” presso qualsiasi ufficio giudiziario. Nel diritto penale non avrò mai la stessa pena, perché sarà sempre diversa, e ciò per ragioni giuste di individualizzazione, ma anche per vizi dovuti a disuguaglianze politiche di costruzione delle pene²⁷. Tra l'altro, nel diritto penale non solo non c'è un parametro unificante il punto di vista del legislatore e del giudice – il primo è generalpreventivo e guarda al futuro, il secondo è più retributivo, e guarda al passato: da Aristotele a Herbert Hart è una *vision* assai realistica²⁸ – ma c'è anche l'assoluta ingestibilità epistemologica di volere commisurare la colpevolezza, che poi è il fondamento di tutta la materia penalistica degli ultimi cinquant'anni: bisogna – si dice – commisurare tutto solo “nei limiti della colpevolezza”²⁹.

25 A. V. HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, (1993), 2003, 19.

26 M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, 1993, 52.

27 *Amplius*, il nostro *Genesis ed eterogenesi “moderne” della misura e dell'unità di misura delle pene*, cit., 13 ss., 24 ss.

28 H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility* (1968), tr. it. *Responsabilità e pena*, Edizioni di Comunità, 1981, 34 ss.

29 Un mito deutsch penetrato in Italia come una tossina. Cfr. già E. BELING, *Die*

Ma chi è capace di commisurare la colpevolezza? Non c'è bisogno di parlare con un chimico, con un fisico. Che cos'è la colpevolezza? Lo sapranno i giuristi? No, non c'è un parametro. Non c'è per la prevenzione generale, ma neppure per la colpevolezza che deve limitarla. Ovviamente non parliamo del dolo o della colpa, senza i quali l'illecito neppure esiste come illecito penale, essendo *incostituzionale* un illecito oggettivo.

Dolo e colpa fondano e non limitano, dunque, la responsabilità.

La colpevolezza è una loro qualità, un ulteriore livello di imputazione personale legato alla normalità o al contenuto della motivazione. Ma che fatica entrare nei moventi! Il dolo di un autore normalmente motivabile è più grave e "colpevole" della colpa. Ma come lo misuriamo in termini di pena? La quota fissa maggiorata per il dolo è una scala edittale, ma va poi riempita in concreto.

In diritto civile infatti non si commisura la colpevolezza: il risarcimento è 100 perché prescinde anche dal dolo o dalla colpa, naturalmente, ed è uguale la risposta. Quando il diritto civile si avventura in tali meandri, come si sta avventurando nei *punitive damages* e nelle nuove sanzioni civili per i reati depenalizzati che rimangono un illecito punitivo, vediamo che ovviamente si smarrisce la sanzione civile classica, che diventa più simile alla sanzione penale commisurata alla colpevolezza, ma è ormai un'altra cosa.

E allora di che cosa è riempita questa proporzione? È riempita di *prevenzione generale* in prima istanza, da parte del legislatore, e questo lo vediamo ogni giorno. Osserviamo le cornici edittali, guardiamo come sono costruite³⁰: c'è un rapporto tra la pena fino a 30 anni per il sequestro di persona a scopo di estorsione e i fatti che in concreto possono integrar-

Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht (1908), Neudruck Scientia Verlag, 1978, 72: "Sono una legione i mali idonei alla retribuzione. Qualsiasi male che si possa immaginare di provocare all'uomo si armonizza con l'idea della retribuzione, purché sia rispettata l'identità di proporzione con la colpevolezza". Il fatto è che la personalizzazione non coincide con la misura della colpevolezza (che presenta margini insuperabili a volte, tanto più per un diritto penale laico) e la possibilità di "misurare il postfatto" è assai più affidabile del concentrare tutto il giudizio commisurativo su un atto spesso puntiforme della vita come il fatto commesso, nel quale si concentrerebbe tutta la colpevolezza del "reo".

30 V. già M. DONINI, *Silète poenologi in munere alieno!* (con M. PAVARINI), cit., 25 ss.

lo? anche un sequestro di un giorno? Infatti la Corte costituzionale ha dovuto dichiarare l'illegittimità dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevedeva una diminuzione di pena per i casi di lieve entità. Lì c'era un *tertium comparationis* (l'art. 311 c.p.) costituito dall'attenuante della lieve entità del fatto per i delitti contro la personalità dello Stato, compreso il sequestro a scopo di terrorismo *ex art. 289-bis c.p.*³¹

Altrimenti, oggi, neanche l'esiguità di cui all'art. 131-*bis* c.p. varrebbe allo scopo, perché l'art. 131-*bis* si applica solo nel limite massimo di pena di 5 anni di reclusione. Un *overkill* sanzionatorio originario è presente in tante altre fattispecie: ricordo l'art. 74 dpr 309/1990 in materia di stupefacenti, l'omicidio stradale, la corruzione continuamente aggravata in un rialzo periodico all'avvicinarsi dei governi. Sono continui gli esempi. Oltre ai massimi, in Italia abbiamo il problema dei limiti edittali inferiori molto elevati, perché si vuole impedire al giudice di operare una commisurazione della pena reale. In Francia non c'è il minimo editto, c'è il massimo; in Germania abbiamo dei minimi bassissimi, tranne che per i crimini, che sono i delitti più gravi. Noi invece abbiamo quasi sempre minimi alti, che impediscono di individualizzare veramente la pena, di attuare quella individualizzazione che invece è il vero progetto penologico dell'art. 27 co. 1, Cost., perché la pena vera non è quella minacciata, la pena *giuridica* è quella che si applica, quella applicata, e che comporta un percorso di individualizzazione.

Se consideriamo i criteri dell'art. 133 c.p., essi sono tutti diretti alla individualizzazione, e quindi opposti alla prevenzione generale, la quale invece riempie già di sé le cornici edittali che quei criteri dovrebbero individualizzare. Ma a questo punto si rende necessario unire o conciliare un progetto di individualizzazione a una cornice che, invece, è fondata su parametri di prevenzione generale, che per definizione strumentalizzano i singoli. Kant e Bentham, o Kant e Beccaria insieme.

C'è così una antinomia strutturale tra cornici e commisurazione.

A tale contrasto da sempre si cerca di rimediare vincolando lo stesso legislatore a parametri di proporzione e ragionevolezza idonei a porre un limite alla prevenzione generale.

31 C. cost., 19 marzo 2012, n. 68.

8. L'incapacità della retribuzione-proporzione di costituire un vero limite.

È dai tempi dell'illuminismo che questa tematica si è posta restando attualissima sino a oggi.

Il fatto è che la stessa retribuzione, che dovrebbe servire allo scopo indicato di limitare l'utilitarismo smisurato della prevenzione generale, in realtà non ha un parametro di grandezza.

Io non posso commisurare il bene della libertà ai reati di violazione dei sigilli, alla bancarotta semplice o preferenziale, a un reato di intralcio alle indagini e quant'altro: qual è l'unità di misura che mi fa dire che in un caso 2 anni o 6 anni sarebbero congrui?

Accade allora – ecco come viene riempita la proporzione, questa volta in concreto, oltre che di prevenzione generale – che ci si accorda con una definizione stipulativa del *listino prezzi*, per riprendere un'espressione che Hegel usò per dire che cosa *non* doveva diventare il codice penale³². E quindi il legislatore, quasi immune da sindacati di legittimità, salvo il rispetto di un relativissimo art. 3 Cost., riempie come vuole le cornici di prevenzione generale; quando poi il magistrato comincia a svolgere l'attività giudiziaria, gli viene insegnato che per questo reato, almeno in questo ufficio, almeno in questa circoscrizione, si applica mediamente una certa pena-tariffa, mentre da un'altra parte c'è un altro criterio, magari. Ma dove è scritto il criterio? Questo per dire quanta politica, prassi, convenzione siano coinvolte; che è una scelta cangiante, di politica giudiziaria, ma di scientifico il tema della pena applicata ha molto poco, quasi nulla, e deve essere completamente ricostruito, nei limiti del razionalmente possibile.

L'idea del delitto riparato, della riparazione come matrice orientativa di calcolo e di "senso", vuole offrire una prima base (più) scientifica di commisurazione, perché dice: attenzione, il primo parametro è la riparazione, se c'è la riparazione *cambia la base della pena*, che riparte da un limite edittale nuovo, ma tutta la pena dovrà beneficiare di questo *nuovo orizzonte di senso*.

32 G. W. F. HEGEL, *Über die neuzeitlichen Behandlungsarten des Naturrechts* (1802-1803), tr. it., C. SABBATINI (Ed.), *Le maniere scientifiche di trattare il diritto naturale*, Bompiani, 2016, 318 s. § 168.

Trovare misure equivalenti per la riparazione è più oggettivabile e razionale della ricerca di parametri di misura degli stati soggettivi.

Però - ritorniamo alla domanda iniziale - se la riparazione non c'è, rimane la pena ordinaria? quella sulla base della quale è stata immaginata la diminuzione, la diminuzione, o il titolo autonomo del delitto riparato?

Se la riparazione non c'è, residuerà la pena tradizionale, ma una pena agita, anche in questo caso, sarà sempre più rieducativa e risocializzante della pena subita.

9. Il postfatto come parte della cornice di pena e la riparazione come pena.

Si consideri che già l'attenuante dell'art. 62 n. 6 c.p., che abbatte la pena fino a un terzo, non è un quadro sanzionatorio realmente esterno, come potrebbe sembrare all'apparenza. Il postfatto è già parte della cornice ordinaria (anche se non contiene la diminuzione fino a un terzo). Tanto ne è ricompreso che occupa anche la seconda parte dell'art. 133 c.p. (la capacità a delinquere è desunta: ..."3) dalla condotta contemporanea e susseguente al reato").

La *cornice ordinaria* (per es. da uno a sei anni) non è dunque pensata solo per il *fatto* commesso (la gravità del reato, prima parte dell'art. 133 c.p.). E se il *postfatto* è già al suo interno, non possiamo pensare una diminuzione del delitto riparato come qualcosa di *estrinseco alla pena*.

Se diventa programma sanzionatorio è pena esso stesso! Non una sua mera "diminuzione" che tenga conto di una "vicenda privata": è una modalità sanzionatoria. E dunque la pena non è costitutivamente retrospettiva, né dominata dalla colpevolezza *ex ante*. Ciò che rappresenta una formidabile sconfessione ulteriore della prospettiva retribuzionista³³.

33 La stessa pena ordinaria va pensata sottraendo ai suoi limiti maggiori una parte in diminuzione per condotte successive al reato che non attingano a una attenuante tipica. Abbiamo una pena generale che mi dà 6 anni, che peraltro in caso di delitto riparato considera nel suo programma originario questa possibilità di ridursi a 4, la "contiene" già nella sua misura astratta edittale, perché già la conterrebbe in assenza della attenuante comune. Nel dibattito penologico un tema interessante, che ora non posso approfondire qui, è se la riparazione sia opposta alla retribuzione, oppure se i due concetti siano davvero alternativi, tanto da vedere correnti del pensiero riparativo

Attualmente viene semplicemente considerata la possibilità di una attenuante comune della riparazione, salvo ipotesi speciali. Ma in prospettiva le cose potrebbero cambiare.

La commisurazione infraeditale (che guarda alla condotta successiva al reato: art. 133, seconda parte, n. 3 c.p.) non è un genere di pena diverso da quella extraeditale (art. 62, n. 6 c.p.): la mediazione penale, che fino a poco tempo fa era valorizzabile solo ex art. 133 c.p., se realizzata prima del giudizio, è una forma di pena agita. Certo, lo diventa poi con tutti i crismi quando sia riconosciuta la sua valenza sanzionatoria nel codice penale.

La riparazione della messa alla prova (art. 168-bis e -ter c.p.) è ancor più concepita oggi come pena agita, che “tiene luogo” della pena subita.

Siamo così entrati in un diverso orizzonte di senso.

Se queste sanzioni diventano la prima scelta del menu sanzionatorio, la pena subita ne resterà coinvolta, condizionata, riparametrata.

10. Le nuove cornici e il ruolo del bene protetto.

Veniamo dunque alla strategia di costruzione delle scale sanzionatorie “tra” i diversi reati e a quella delle cornici dei singoli reati.

Come si dovrebbe tenere conto qui dell’idea riparativa? A mio avviso si dovrebbe cominciare dai delitti più gravi per la costruzione delle cornici editali: quelli normalmente ritenuti irreparabili, dal genocidio all’omicidio eccetera, irreparabili *in rerum natura* diciamo, che però non possono

come orientati alla sostituzione del momento riparatore a quello retributivo (cfr. per es. L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, Willan, 2008, 49 ss., 57 ss.), oppure se siano in qualche misura complementari e concepibili come coesistenti fino a ritenere la stessa componente riparativa come parte del pensiero retributivo (per es. A. DUFF, *Alternatives to punishment – or alternative Punishments?*, in W. CRAGG (Ed.), *Retributivism and its Critics*, F. Steiner, 1992, 44 ss.). Nella prospettiva qui seguita, viceversa, sono la pena e il contenuto di castigo della pena afflittiva-simmetrica a dover presupporre il confronto con la riparazione. *La riparazione può esser vista come pena, ma assolutamente non come castigo*, anche se lo sostituisce o si aggiunge ad esso. Storicamente, invece, si tratta di categorie pensate come alternative o complementari, in ogni caso con netta subordinazione del momento riparativo a quello retributivo.

avere più di un *quantum* limitato di pena, sproporzionato per difetto nelle *gross violations*. Gli altri reati, di conseguenza, essendo comunque meno gravi, dovranno avere una proporzione sanzionatoria a discendere.

Almeno in questo tipo di sproporzione c'è una logica umanistica e non vendicativo-simmetrica-reattiva.

Attenzione: la base, per il legislatore, non sono dunque il bene protetto, il suo rango, la gravità del fatto *in sé considerati* come fondamento di un calcolo "al raddoppio".

Non si tratta infatti di castigare simmetricamente o per contrappasso.

Questo è un progetto di razionalità proporzionalistico-decostruttiva delle cornici prima e, poi, anche della commisurazione infraeditale.

È chiaro che il legislatore sarà sempre tentato e, in qualche modo, legittimato democraticamente o populisticamente a definire queste cornici anche tenendo conto di criteri ulteriori general-preventivi. Tuttavia, se passa l'idea di una razionalizzazione del sistema che guarda a un progetto riparatorio in senso lato, ma anche alla prospettiva del delitto che non paga, della restituzione eccetera, compresa l'idea di una riduzione razionale delle cornici, io credo che questo disegno complessivo possa mantenersi realistico tenendo conto di alcune eccezioni che spettano pur sempre alla responsabilità politica di chi introduce tali eccezioni.

Cosa c'è di giuspositivo in questa nuova idea di delitto riparato e cosa c'è di visionario?

11. La base positiva di un garantismo tripolare.

Il primo fondamento positivo di questa idea parte dal necessario orientamento della personalità della responsabilità penale alla tutela dei beni e alla protezione effettiva della vittima, oggi riconosciuta a livello internazionale e nazionale, dentro a Costituzioni e codici. Si omettono le citazioni.

Il fondamento costituzionale della tutela dei beni risiede negli art. 2 e 27 comma 3 Cost.: solo una pena che tuteli i diritti fondamentali delle parti del conflitto restaura la frattura del reato, e dunque la pena agita assicura il modello rieducativo-risocializzativo del programma costituzionale.

La tutela dei beni deve essere al centro di questo programma. Non come obbligo costituzionale di intervento penale, naturalmente, ma come onere di costruzione della regola penale nella forma della tutela dei beni.

Quanto detto impone una *concezione tripolare del garantismo*.

Il garantismo tradizionale, specialmente in materia penale, ha avuto una visione bipolare del diritto penale: da un lato l'autorità e dall'altro l'individuo; ci sono le garanzie che limitano i pubblici poteri di fronte ai diritti dell'autore, dell'imputato, dell'indagato, del condannato, mentre lo Stato, e per esso la macchina giudiziaria, il giudice, il Pubblico Ministero operano come momenti dialettici di una tensione che *il diritto (esterno agli attori di quella dialettica)* ha il compito di governare.

Ma a chi appartiene il diritto? Chi ne è il custode se i suoi attori sono già parte della contesa?

Invece oggi da un lato occorre escludere lo Stato come “parte” di un conflitto, mentre non si può non inserirvi anche la vittima, perché la vittima fa parte ormai del meccanismo, non perché possa entrare nel processo per sostituirsi al pubblico ministero e rendere vendicativa l'azione giudiziaria. Ovviamente la vittima, quando c'è, va sempre neutralizzata in questa sua istanza di puro castigo privato, se di questo si tratta: compito che ha sempre svolto il diritto penale, neutralizzando la vittima³⁴. Su questa esigenza deve rimanere fisso lo sguardo delle istanze di giustizia riparativa³⁵.

Però la vittima deve essere al centro delle occupazioni, degli interessi penalistici dello Stato quando introduce sanzioni. E in definitiva l'obiettivo è quello della riduzione del male complessivo, per l'autore, per i cittadini che potrebbero comunque essere indagati, e per la vittima: complessivamente, c'è un bilanciamento tripolare in questo senso.

Altra innovazione, come detto, è che *nella dialettica indicata non si deve includere lo Stato*.

34 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, 233 ss., 325 ss.

35 Cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Oxford University Press, 2015, 75 ss., e qui fondati ammonimenti, da esperienze inglesi, sull'impatto negativo di forme di giustizia riparativa nei reati più gravi, per effetto dell'impulso delle vittime a superare parametri sanzionatori di proporzionalità.

Infatti lo Stato, come Stato di diritto, deve essere per definizione dalla parte del diritto, e dunque non più contrapposto all'individuo: *lo Stato è guardiano delle garanzie*, non contraddittore dell'imputato³⁶.

12. La decodificazione in atto rispetto al paradigma codicistico della riparazione.

Il secondo fondamento positivo è costituito dalla decodificazione marcatissima del modello codicistico originario³⁷.

La regola codicistica per i delitti dice: non si torna indietro dal delitto, al massimo c'è un'attenuante; nelle contravvenzioni invece si ammette che si possa sempre tornare indietro, pagando l'oblazione discrezionale oppure obbligatoria di cui agli artt. 162 e 162-bis: questo è il modello codicistico.

Si è quindi differenziato e approfondito il sistema contravvenzionale: nelle contravvenzioni abbiamo sempre più spesso forme di oblazione che esigono una riparazione dell'offesa, soprattutto una neutralizzazione del pericolo; è una soluzione moderna, intelligente.

Nei delitti abbiamo invece tantissimi esempi di riparazione – per questo parlavo di fondamento positivo – che restituiscono l'immagine di una decodificazione colossale, il modello di un codice decodificato dalla politica criminale vera, moderna, contemporanea.

Propongo allora di trarre da ciò una indicazione: inseriamo già nel codice le forme più generalizzabili e durature, quelle meno colpite dalla ragione di Stato o da opportunismi economici. Costruiamo figure generali.

Alcune figure erano presenti, come si sa, nel codice penale originario: dallo scioglimento della cospirazione e della banda armata (artt. 308,

³⁶ Per una rivisitazione del garantismo penale si consenta il rinvio a M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in «Criminalia» (2019), anticipato in «DisCrimen» (16 dicembre 2019), 1-31, e in «Ordines» (2019).

³⁷ Rinvio alla rassegna, nel frattempo divenuta incompleta, delle ipotesi di condotte riparatorie contenute in numerosissimi casi di non punibilità o attenuazione della responsabilità punitiva in senso stretto, in M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in D. BRUNELLI (Ed.), *Studi Coppi*, vol. II, Jovene, 2011, 889 ss., spec. 919 ss.

309 c.p.), alle ipotesi della ritrattazione nei reati contro l'amministrazione della giustizia, falso giuramento, falsa testimonianza etc.; abbiamo nell'insolvenza fraudolenta l'adempimento che estingue il reato.

Esistono poi altri casi di neutralizzazione dell'offesa oggettiva che produce la non punibilità. Dal 2002 esistono addirittura, nei reati in materia societaria, forme di risarcimento che estinguono il reato, negli artt. 2627, 2628, 2633 del codice civile riformato.

Nel decreto legislativo 231/2001 sugli enti già si sono ricordate le importanti ipotesi di non punibilità sia pur con riferimento ad alcune sanzioni: l'eliminazione delle conseguenze pericolose e dannose del reato e, congiuntamente, il risarcimento integrale che escludono l'applicazione delle pene interdittive con forte riduzione per quelle pecuniarie. È paradossale, ma nel diritto penale economico ci sono più spazi di giustizia riparativa in senso lato; oggi è quasi più facile riparare qui che non in altre forme del diritto penale, forse perché ci sono i mezzi economici per farlo: mi rendo conto che chi non li ha paga con altri beni, però bisogna offrire percorsi diversi, non deve diventare una giustizia di classe questa differenza della possibilità "differenziata" di estinguere *ex post* offese patrimoniali, anche perché la riparazione non è il risarcimento. Il risarcimento è strutturalmente più condizionato da differenze di classe, la riparazione no.

Il modello delle contravvenzioni l'abbiamo già menzionato.

Osserviamo poi tutta una serie di altre ipotesi che sono nel sistema: il pagamento del debito tributario, gli art. 13 e 14 del decreto legislativo 74/2000, con rilevanti riduzioni della responsabilità; la riparazione integrale del danno nell'inquinamento idrico, l'art. 140 del decreto legislativo 152/2006, la bonifica dei siti; numerosi sono i benefici che guardano all'autore con i premi per la collaborazione elaborati in materia di criminalità organizzata, mafia (erano già nella legge Pica del 1863!), e poi estesi alla criminalità comune; è un altro tipo di riparazione, che a me non piace ideologicamente, però occorre prenderne atto. Segnalo la diversità delle politiche criminali che sono nel sistema: la collaborazione processuale rileva oggi nel diritto d'autore, nel contrabbando, nel furto e nella ricettazione, nell'immigrazione, nella riduzione in schiavitù, nella tratta, in materia di pedopornografia, proprietà industriale, nei reati

relativi ai prodotti agroalimentari, e ogni commissione di riforma ha di fronte la prospettiva o la scelta se estendere questo modello, ormai come si contemplanò altri modelli di comportamento sopravvenuto. Abbiamo norme tradizionali che condizionano anche nel codice penale l'applicazione di certi istituti anche al risarcimento: come da sempre la seconda sospensione condizionale, esistono altri istituti che in qualche modo ne recepiscono lo schema; abbiamo i condoni, tutti i condoni tradizionali, l'amnistia condizionata, e poi gli indulti, gli indultini, i moderni condoni tributari, previdenziali, urbanistici, legati a forme riparatorie in materia di omesso versamento delle ritenute operate, le sanatorie di regime nei reati edilizi in ambito paesaggistico-ambientale, lo scudo fiscale.

Non cito che cosa è successo nel diritto minorile, in quello del Giudice di pace, e poi le più recenti ma importanti riforme generalissime in materia di messa alla prova, di estinzione dei reati perseguibili a querela per effetto di condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.), e tutti gli istituti di giustizia riparativa che cominciano ad essere costanti del sistema.

Nell'esecuzione, l'art. 21 ordin. penit. ammette pressoché tutti al lavoro all'esterno, con i noti limiti, dopo un tempo non eccessivo (10 anni per l'ergastolo, un terzo della pena eseguita ma con massimo di 5 anni per i reati dell'art. 4-bis) e oggi, al co. 4-ter, in vista di specifiche attività prestate a favore delle vittime³⁸.

Come si vede, sono elenchi di politiche criminali ancora differenziate, ma sempre più estese a macchia d'olio e direi nemmeno più orientate alla pura "decodificazione" (del modello *ex art. 62, n. 6 c.p.*, pur rimasto), ma ormai alla "ricodificazione"; sono riforme costituenti, che ci fanno vedere come la politica criminale moderna e contemporanea sia attenta *per le ragioni più varie* al momento riparativo, al momento della riparazione dell'offesa, oltre che del risarcimento del danno, ben oltre gli istituti di *restorative justice* dai quali siamo partiti.

13. Tutela dei beni e unità di misura asimmetrica.

Un altro argomento giuspositivo già ricordato, e non semplicemente visionario, in questa prospettazione, è il necessario orientamento della

³⁸ Cfr. G. SANTALUCIA - M.R. MARCHETTI, *Art. 21*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (Edd.), *Ordinamento penitenziario commentato*⁶, Wolters Kluwer Cedam, 2019, 340 ss.

responsabilità penale alla tutela dei beni, alla protezione effettiva della vittima secondo il fondamento costituzionale degli art. 2 e 27 comma 3.

La pena tradizionale a struttura retributiva – simmetrico-reattiva – *non ha affatto preservato il paradigma della tutela dei beni giuridici*: se fosse stata davvero proporzionata avrebbe imposto di misurare la pena sul valore di beni protetti, o meglio del danno o del pericolo cagionati. Eppure questo non è accaduto: quella proporzione funziona come limite, più che come fondamento, perché il fondamento sono i bisogni di tutela, l'allarme sociale, la colpevolezza, la prevenzione, *nei limiti* della proporzione. La proporzione funziona come valvola di salvataggio.

Una pena post-riparatoria esige invece che la scala interna della cornice sia parametrata sul danno.

Unendo questo fondamento all'evoluzione in senso tripolare del garantismo, alla decodificazione del modello tradizionale di risposta retributiva, e poi alla necessaria sproporzione per difetto della pena nei crimini più gravi, questo complesso di evoluzioni normative getta nuova luce sul modo di gestire la proporzione in sé e comporta una piena delegittimazione della pena tradizionale.

La pena tradizionale non ha un fondamento epistemologico nella sua stessa idea di proporzione anche per chi volesse essere un retribuzionista diciamo classico; è proprio l'impossibilità dell'unità di misura della proporzione che la rende scientificamente ingestibile: non c'è un'unità di misura che metta in comunicazione quantitativa la diffamazione, la detenzione illecita di armi o stupefacenti con l'associazione per delinquere o l'ostacolo alle funzioni di vigilanza di qualche *authority*.

Se invece partiamo dalla riparazione, e dunque dai beni in chiave non di simmetria punitiva, ma riparatoria, muovendo dai reati più gravi troviamo *due stelle polari per ripartire*, e questa direi che è la parte più visionaria, il disegno che mi è venuto in mente di proporre e che è diventato per me quasi una ragione di vita accademica e un dovere di testimonianza civile.

Si tratta di ripensare *due scale sanzionatorie*: la scala esterna e quella interna alla fattispecie³⁹.

39 La costruzione di una scienza delle cornici edittali era sottolineata ancora

La scala esterna è il rapporto con gli altri reati. Qui la prospettiva deve essere discendente da quelli più incommensurabili e necessariamente sproporzionati per difetto nella pena: anche il genocidio non “merita” (*sic*) più dell’ergastolo non ostativo e dunque un trattamento aperto alla risocializzazione. Gli altri reati dovranno parametrarsi su questo massimo possibile, ma a discendere, salve le esigenze “politiche” della prevenzione generale che appaiano comunque legittime in termini di proporzione.

La scala interna, invece, va misurata sì rispetto al bene giuridico offeso, ma in rapporto alla sua riparabilità o riparazione come ‘base di calcolo’, che è unità di misura meno arbitraria: non un’idea manipolabile di gravità e proporzione dove si mettono ‘dentro’ alla cornice, *indistintamente e dall’inizio*, fatto, colpevolezza e autore⁴⁰. La cornice deve invece

vent’anni fa da C. ROXIN, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, in A. ESER - W. HASSEMER - B. BURKHARDT (Edd.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, 2000, 389. Tutta la produzione anglo-americana sul *sentencing*, dopo le teoriche del *just desert*, ha ripensato variamente queste tematiche, per quanto sia sempre dominata da una cultura di *blame and censure*. Rinvio a G. MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Cedam, 1996. V. pure nella nostra letteratura C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in «RIDPP» (2007), 947 ss. Al tema delle cornici avevo dedicato il § 8.8 di *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 269 ss., a cui faccio rinvio. Sono studi ormai un po’ risalenti, ma la situazione italiana della gestione populistica o processualmente condizionata delle cornici edittali non ha reso meno urgente una precisa analisi critica del tema, e anzi una battaglia politica di riforma al riguardo, che peraltro mi pare inseparabile da una riforma codicistica lontana dal presente, e che potrà al limite essere favorita da interventi ripetuti della Corte costituzionale nell’attività (pur circoscritta) di controllo delle pene edittali.

40 Uno dei più bei libri di diritto penale del Novecento è di LUCIO MONACO: *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, Jovene, 1984. A Lui è dedicato questo scritto. In quello studio è contenuta una analisi molto efficace e istruttiva della “Spielraumtheorie” (*ivi*, 221 ss., 255 ss.), la concezione dominante ancora oggi nella letteratura e soprattutto nella prassi tedesca della commisurazione (per una illustrazione didattica sintetica, ma anche critica, cfr. M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario*, vol. II⁴, Art. 85-149, Giuffrè, 2012, sub art. 133/30 ss.), che lascia peraltro spazio a tutte le finalità della pena, compresa la prevenzione generale, dentro al “margine” ancora ampio di pena comunque in concreto adeguata alla colpevolezza; in quel contesto si è in effetti tentato di fare della commisurazione una scienza, ma che ciò sia davvero accaduto appare oggi assai dubbio: cfr. G.-F. GÜNTGE, *Die Spielraumtheorie. Dominanz einer “unwissenschaftlichen” Strafzumessungslehre?*, in «ZIS» (2018), 384 ss. Ricordo che a partire da C. cost. n. 313/1990 (§ 8) si è affermato nel nostro sistema un ordine assiologico tra i fini della pena che vede la prevalenza della finalità rieducativa-risocializzativa. Abbandonate anche se con evoluzioni non sempre lineari le teorie polifunzionali, La Corte costituzionale arriva

essere parametrata sulla misurabilità della riparazione; gli stati soggettivi, tendenzialmente, devono occupare una quota ridotta della cornice – il dolo non è il triplo della colpa, se non per effetto del dominio della prevenzione generale, che ha in realtà paradossalmente condotto a ravvicinare tutti i minimi, anche quelli colposi, in aumento – essendo tutti destinati a misurare arbitrariamente il fatto in modo soggettivo: dolo e colpa restano criteri *impersonali* di imputazione di un fatto⁴¹; mentre i motivi (colpevolezza e motivazione) sono oltre il perimetro del fatto e dovrebbero funzionare come parametri di limitazione, non di base per la risposta, risultando aggravanti soprattutto se legati anche a una valutazione prognostica (per es. ipotesi residue di recidiva), perché “castigare di più per i motivi al tempo del fatto” è un’operazione che per essere razionale e *non reattiva* necessita di bilanciamenti orientati al futuro, e se sono orientati al futuro non possono legarsi solo al carcere come castigo, che è pena senza scopo, ma a forme detentive differenziate in ragione degli scopi; inoltre, le considerazioni finalistiche devono avere un ruolo più importante proprio per il necessario teleologismo della pena legato anche a comportamenti “extrafattuali”, cioè successivi, non espressione di logiche passatiste.

Perché, come anticipato, non credo più nella possibilità di continuare a studiare la teoria del reato prescindendo dalla sanzione? Perché è una separatezza che non fa i conti con la assoluta ascientificità della gestione della questione sanzionatoria che è il momento più politico e meno scientifico di tutto quanto il sistema. Un *vulnus* che però fa cadere tutto

da ultimo con la sentenza 21 giugno 2018, n. 149 a dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-quater co. 4 dell’ordinamento penitenziario, affermando (§ 7) “*il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*” (in motivazione si citano in senso conforme le sentenze della C. cost. n. 78 del 2007, n. 257 del 2006, n. 68 del 1995, n. 306 del 1993 e n. 313 del 1990). La Corte confonde fini e funzioni, ma la prevalenza del fine rieducativo appare un dato oggi inconciliabile con le teorie polifunzionali.

41 Per una giustificazione dell’assunto alla luce dell’intera struttura dell’analisi del reato (impersonale l’illecito, personale la colpevolezza) si consenta di rinviare a M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Giuffrè, 1991: il processo di primo grado mette di regola in primo piano l’accertamento (‘fattuale’) dell’illecito, comprensivo di dolo e colpa impersonali, mentre i momenti di personalizzazione, a parte le scusanti e alcune tipologie di processi o imputati, sono modesti o affrontati in seguito. Tutta la commisurazione della pena in primo grado risente in modo pesante di questi limiti: peraltro, non ci sono solo esigenze “di garanzia” (il cd. diritto penale del fatto), ma anche di applicazione della personalità della responsabilità penale e dello stesso volto umanistico della giustizia.

l'impianto, e che quindi ci impone di ricominciare a ricostruirlo dalla fine: ricostruire il sistema penale partendo dalla pena significa ribaltare il modello epistemico della teoria del reato pensata a prescindere dalla sanzione⁴².

La causalità o il pericolo potranno sempre essere analizzati e commentati a prescindere dalle sanzioni, ma altri studi risulteranno astratti, separati, avulsi, idealistici, e in definitiva artificiali, perché scollegati dal sistema *in action* e dall'*output* che producono. Vari istituti dovranno essere riscritti se ripensati in relazione all'*output*.

Negli anni della seconda guerra mondiale si poteva mai produrre il Zyklon B (nato come disinfestante e insetticida) senza sapere che veniva usato per le camere a gas? Ecco, se prescindiamo dalla pena, noi studiamo la causalità e il pericolo, e magari l'offesa e il danno con la stessa leggerezza morale, perché quelle bellissime categorie finiscono tutte nei nostri *lager* contemporanei.

14. Segue. Le scale sanzionatorie e le cornici.

Le scale sanzionatorie, rideterminate a discendere e non nel modo di un castigo simmetrico "al raddoppio" rispetto alla lesione del bene, terranno allora conto dall'inizio del momento riparativo: se per il furto 'tradizionale' la pena ordinaria è di x anni in astratto, e in quella cornice x c'è una parte di mancata riparazione, la cornice del furto riparato sarà già inferiore; e se poi il delitto riparato dovesse diventare un titolo autonomo con pena assimilata a quella del tentativo, una autonoma cornice di pena o *anche una attenuante ad effetto speciale*, la categoria della riparazione avrà comunque sottratto al reato consumato il suo significato paradigmatico di pena-base: perché la pena-base si fonda ora su una distinta cornice.

Ma se le cose stanno così, si dovranno ripensare dappprincipio tutte le cornici, che avrebbero una componente di mancata riparazione oscillante tra un terzo e i due terzi di quella pena. Una volta che la riparazio-

⁴² Questa idea non è certo nuova, in sé: nella nostra letteratura ricordo per es. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, ESI, 2002, *passim*, ma non la si è realizzata, perché è la pena che è rimasta basicamente un castigo simmetrico anche nelle costruzioni teleologiche e specialpreventive: perché la loro base era pur sempre la simmetria afflittiva.

ne le riduca di questa misura, saremo ancora certi di voler mantenere quegli aumenti simmetrici?

Infatti appare a quel punto chiaro che la pena edittale ordinaria ha al suo interno una parte ormai centrale di proporzione collegata all'offesa (e alla sua riparabilità), ma non alla colpevolezza *ex ante*, che non diminuisce per effetto del postfatto.

È *il danno fatto alla nazione* di Beccaria⁴³ a risultare rifondativo, più che la *voluntas* di cui parla Adriano nel suo famoso rescritto⁴⁴. C'è allora – c'è già e può ragionevolmente essere aumentata – una base commisurativa costruita sul nesso offesa/riparazione, non sul nesso colpa/castigo.

E la personalizzazione (e individualizzazione) della responsabilità si gioca più sulla pena agita che nel subire una pena in relazione al passato.

La “colpevolezza passatista”, invece, è solo un limite per la pena subita, allora, più che un vero fondamento prospettico della pena agita.

Tutte le cornici potranno essere così riscritte in vista di questi nuovi programmi sanzionatori e diventare più oggettive e meno manipolabili da pregiudizi d'autore, preoccupazioni eticizzanti, biasimi sociali. Se le scale generali partissero dai delitti più gravi e irreparabili “a discendere”, la razionalità di sistema – salve le politiche criminali della ragion di Stato o contingenti – potrebbe guadagnare al diritto penale una base sanzionatoria nuova tale da assicurare anche alla costruzione degli illeciti, e alla relativa teoria, un fondamento più scientifico, con una diversa legittimazione complessiva.

La vita quotidiana, la vischiosità dominante di millenni di pensiero retributivo, ci portano a ripetere un eterno ritorno di schemi precostituiti, ma noi non possiamo andare avanti così.

Quindi partiamo da questi dati: la più massiccia decodificazione in atto; una forte espansione di istituti di giustizia riparativa a livello internazionale, e a livello nazionale, con crescita delle pene alternative al carcere anche in funzione attivo-riparativa, non passivo-afflittiva; il carattere tripolare del garantismo dove lo Stato (rappresentato anche dalla Corte costituzionale, che non è ad esso esterna) non è più la vecchia autorità

43 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), § 7.

44 ADRIANO (76-138 d.C.): *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (Dig. 48, 8, 14).

‘nemica’ e parte della dialettica, ma guardiano delle garanzie; l’incremento di programmi di pena agita, e non subita, l’unica davvero risocializzante e rieducativa; la necessaria sproporzione per difetto di una pena non simmetrica nelle scale sanzionatorie.

Ecco perché è corretto affermare che c’è tutto un reticolato giuspositivo alla base di questo progetto. È un sistema che si sta allargando, che ci porta a concepire quindi in generale la pena in una visione post-riparatoria, la riparazione come un momento centrale per la rifondazione della sua struttura classica.

NODI PROBLEMATICI DEL DIRITTO PENALE DI “SCOPO”, TRA IERI E OGGI

Giovanni Fiandaca

“*Spettacolarità* degli accadimenti sociali ed intensità delle *emozioni* – in primo luogo: paura e sdegno – che su di essi si innestano: questi i fornitori cui con più convinzione e frequenza la politica della criminalità attinge oggi le sue munizioni. In ciò risiede la ragione primaria della sua forza – chi potrà negare la vocazione popolare di un orientamento del genere – ma in ciò risiede altresì la ragione della sua debolezza teorica e della sua pericolosità operativa”. Queste parole, che Lucio Monaco scrisse più di un trentennio fa – e che si leggono nel suo lavoro monografico sull’“idea di scopo” nella teoria della pena¹, che continua a risplendere come un piccolo gioiello – , sembrano scritte nei nostri giorni. Anche se, da allora ad oggi, il rapporto tra la politica criminale e la sfera dei sentimenti e delle reazioni emotive, oltre ad essere rimasto abbastanza problematico, è divenuto per certi versi ancora più complesso e condizionante (e, dunque, ancora più foriero di gravi rischi per la tenuta delle garanzie individuali): ciò, com’è intuibile, per effetto delle sopravvenute ventate di “populismo penale” che sono andate levandosi pure fuori dai confini italiani. Ma è anche vero che il nucleo sostanziale di non poche questioni di fondo affrontate nel libro di cui sopra rimane immutato a dispetto del trascorrere del tempo, per cui mantengono piena validità molte riflessioni che vi sono contenute.

Tali riflessioni si riconnettono bene, invero, a quelle sviluppate nel saggio pressoché coevo sul problema dei rapporti tra diritto penale e criminologia²: nell’un caso e nell’altro è, infatti, rinvenibile un ‘filo rosso’ costituito da uno spiccato interesse a indagare le molteplici modificazioni che il diritto penale tradizionale è andato via via sperimentando per effetto di quel *novum* rappresentato dall’orientamento *alle conseguenze*, quale riflesso della sua (quantomeno tentata!) riconversione all’insegna

1 L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 81.

2 L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb» (1980), 399 ss.

della razionalità strumentale e, di conseguenza, di una sua maggiore aderenza alla realtà empirica: modificazioni – com'è, peraltro, noto – di segno non solo positivo, ma (purtroppo) anche negativo.

In questo scritto che gli è dedicato proverò a richiamare i luoghi problematici, rispetto ai quali le analisi di Lucio Monaco possono continuare a fornire utili chiavi di lettura, pur essendo la situazione penalistica attuale divenuta più complessa, contraddittoria e confusa di quella di alcuni decenni addietro.

1. Tra dibattito teorico, prassi legislativa e giudiziaria

1. Rileggendo la prima parte del libro sull'idea di scopo (che è quella più rilevante nell'ottica del presente contributo)³, quel che ancora colpisce è l'inclinazione a coniugare lucidità e profondità di analisi, una raffinata attitudine problematizzante e una eleganza argomentativo-stilistica di ben riconoscibile impronta personale. Quanto alla dimensione contenutistica, Monaco delinea un quadro diagnostico delle 'luci' e delle 'ombre' che la prospettiva di scopo proietta sul diritto penale, i cui tratti essenziali sono in sintesi i seguenti.

È forse superfluo qui esplicitare che il passaggio dal paradigma retributivo a quello preventivo sarebbe destinato a investire, sul piano teorico dei modelli 'idealtipici' di diritto penale (cioè a prescindere dalle forti resistenze e persistenti sopravvivenze del retribuzionismo quale componente emotiva del diritto penale così come vive a tutt'oggi nei 'cuori' delle persone in carne e ossa, e non soltanto delle vittime), la materia dei delitti e delle pene pressoché in ogni sua parte: dalla politica criminale alla teoria della pena e della commisurazione giudiziale, dalla selezione legislativa dei fatti punibili alla dogmatica del reato, dall'attività interpretativo-applicativa della giurisprudenza all'esecuzione penale. Ma questa sorta di rivoluzione copernicana è oltremodo difficile portarla a compimento in maniera completa e coerente, sempre mantenendo al contempo un accettabile equilibrio tra efficienza punitiva e garantismo individuale, essendo – com'è noto – molti e di varia natura gli ostacoli che si frappongono sui diversi versanti della progettazione teorica, della implementazione pratica e delle connesse scelte politiche. Non si tratta

³ L. MONACO, *Prospettive*, cit. (la prima parte richiamata nel testo è ricompresa tra le pagine da 3 a 116).

infatti soltanto di riuscire a mettere d'accordo teoria e prassi, o di riuscire a ottenere dalla politica opzioni sufficientemente coerenti con le indicazioni teoriche: è già la stessa teorizzazione dottrinale, in verità, ad imbattersi in difficoltà, ambiguità e persino contraddizioni nel (tentare di) procedere ad una rifondazione del sistema penale prevalentemente nel segno del paradigma preventivo.

2. Basti in proposito qualche significativa esemplificazione problematica, scelta tra quelle su cui benissimo si soffermava Lucio Monaco.

Si cominci, ad esempio, col considerare che l'obiettivo della difesa sociale da perseguire attraverso la prevenzione generale e la prevenzione individuale dei reati non solo solleva il complesso problema del tipo di rapporto che deve in teoria instaurarsi tra il momento generalpreventivo e quello specialpreventivo nelle diverse fasi della fenomenologia punitiva: ma, prima ancora, pone l'interrogativo sui modi di concepire e realizzare le due forme di prevenzione (a loro volta, rispettivamente declinabili in chiave sia 'negativa' che 'positiva'); e, inoltre, impone la domanda se e in che limiti al principio di colpevolezza possa residuare un ruolo in funzione di limite garantistico rispetto ad eccessi punitivi potenzialmente indotti da preoccupazioni preventive, a tal fine stipulando possibili compromessi col paradigma *lato sensu* retributivo. Al riguardo Monaco, da un lato, scrive che "è sul terreno della *commisurazione* dove il principio di colpevolezza sembra deciso a non cedere (...). Con le buone: reclamando il suo diritto di voto in nome dell'esigenza di 'risocializzare' il condannato, o almeno di non desocializzarlo. Con le cattive: sostenendo chiare e tonde – e con le dovute argomentazioni – le ragioni della difesa sociale all'interno delle singole determinazioni di pena"⁴. Ma, dall'altro, egli lucidamente rileva: "Assai più sottile è invece l'insidia che l'idea dello scopo riesce a portare da tutt'altra direzione: in particolare, dall'interno stesso dell'idea di colpevolezza" - così alludendo al (tutt'altro che tranquillizzante) passaggio da una fase intermedia del dibattito dottrinale propensa a rendere compatibili colpevolezza e

⁴ L. MONACO, *Prospettive*, cit., 110 e note 132-133 (in proposito, l'autore precisamente allude ai due contrapposti orientamenti dottrinali secondo cui sarebbe, rispettivamente, ammissibile sganciare la pena concreta dal limite minimo corrispondente alla misura adeguata alla colpevolezza per il fatto, quando lo consigliano esigenze di prevenzione speciale in chiave rieducatrice, o sarebbe invece consentito far giocare entro il limite segnato dalla colpevolezza esigenze di prevenzione generale).

prevenzione, puntando a teorizzarne un rapporto di reciproca funzionalità, ad un punto di radicale svolta in cui si è invece giunti addirittura a sostenere che il concetto di colpevolezza dovrebbe essere ristrutturato in chiave esclusivamente preventiva⁵. Sintetizzando a questo punto il complessivo bilancio desumibile in proposito dalla rilettura del suo brillante lavoro monografico, direi che Monaco finisce con l'adottare, nei confronti della penetrazione dell'istanza preventiva nel recinto della colpevolezza, un atteggiamento di cauta apertura mista a vigilanza critica: ciò nella piena consapevolezza della estrema complessità delle possibili connessioni – tutt'altro che sufficientemente esplorate in dettaglio dal lavoro dottrinale – tra le due prospettive in parte confliggenti e in parte convergenti e, dunque, dei rispettivi vantaggi e rischi potenzialmente derivanti da una continua avanzata della strategia della prevenzione anche nell'ambito della commisurazione giudiziale della pena⁶.

2.1 Passando a considerare – al di là delle questioni strettamente teoriche – i principali tratti identitari che il diritto penale di scopo è andato progressivamente assumendo nella sua concreta conformazione normativa, è sufficiente qui in sintesi richiamare innanzitutto: il maggiore orientamento all'autore (differenziazione delle tipologie soggettive in rapporto alle distinte strategie di intervento preventivo); la ristrutturazione del sistema sanzionatorio e l'ampliamento del ventaglio delle sanzioni anche tramite la previsione di misure extradetentive dirette a favorire il reinserimento sociale del condannato grazie all'apertura del carcere alla realtà esterna; l'estensione della discrezionalità giudiziale in sede applicativa nella prospettiva di una maggiore individualizzazione della risposta punitiva; la revisione della disciplina dell'esecuzione penale alla luce del principio rieducativo ecc. Si tratta di innovazioni che

5 L. MONACO, *Prospettive*, cit., 111.

6 Per dare conclusivamente la parola, sul punto, allo stesso L. MONACO (*Prospettive*, cit., 113): “Che l'idea preventiva sia in grado, almeno in certe sue versioni, di garantire risultati di grande interesse, è abbastanza plausibile. Sarà prudente, tuttavia, non chiederle più di quanto non possa mai dare: su questo terreno, prima di prendere congedo dal principio di colpevolezza sarà bene assicurarsi che le istanze – se si vuole: le aspirazioni – di ‘giustizia’, di ‘fairness’, di ‘massimizzazione della libertà individuale’ che in qualche modo esso ancor rappresenta ed esprime, abbiano espressione e tutela possibilmente meglio di quanto oggi non sia”. Nel senso che rimane a tutt'oggi “insoluto il faticoso compito di (...) tradurre le grandi visioni teoriche nella moneta spicciola dei criteri commisurativi e del relativo contenuto” cfr., in tempi più recenti, T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, trad.it., in «Criminalia» (2014), 76.

non possono, in linea di principio, non essere valutate positivamente – almeno da parte dei molti che rifiutano l'ormai obsoleto diritto penale metafisico, in sintonia con un orientamento di tipo “empirico-razionale” indubbiamente più coerente col mutato spirito dei tempi. Ma, come Lucio Monaco già avvertiva, “non è tutto oro quel che luccica”⁷. Ciò per una serie di ragioni anche intuibili, come la persistente mancanza di verifiche scientifiche davvero affidabili circa l'effettiva idoneità delle strategie e dei dispositivi di scopo a produrre gli effetti preventivi perseguiti, nonché la preoccupata presa d'atto che la politica penale orientata alla prevenzione – come l'esperienza di questi decenni comprova, anche fuori dai confini italiani – finisce non di rado col creare forti tensioni o con l'entrare in palese contraddizione con l'esigenza – in teoria ineludibile – di mantenere un accettabile equilibrio tra la dimensione efficientistica e la dimensione garantistica della giustizia penale. A ciò si aggiunga il sopravvenuto disincanto rispetto all'ideale rieducativo, ridottosi a ideologia ipocrita o a retorica opportunistica e di facciata, in particolare in quei contesti – come, purtroppo, quello nostrano – in cui la pena detentiva viene scontata in ambienti carcerari per lo più inadeguati, e in alcuni casi degradati a tal punto da offendere la dignità umana e da impedire il rispetto degli altri diritti fondamentali dei detenuti⁸. E senza contare che, rispetto a talune tipologie di delinquenti come ad esempio i mafiosi irriducibili (non disposti cioè a collaborare con la giustizia), la detenzione carceraria assume il volto di una sostanziale misura di sicurezza finalizzata soprattutto alla neutralizzazione della pericolosità soggettiva e alla duratura esclusione dal contesto sociale⁹, con conseguente regresso della riabilitazione a obiettivo di fatto più fittizio che reale (ciò a dispetto dei pur importanti tentativi di recupero della prospettiva rieducativa effettuati sia dalla giurisprudenza EDU che dalla giurispru-

7 L. MONACO, *Prospettive*, cit., 80.

8 Cfr., di recente, per un quadro della situazione penitenziaria italiana, e sull'esigenza – nonostante tutto – di rivitalizzare e rilanciare la prospettiva della rieducazione, M. BERTOLATO – E. VIGNA, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Laterza, 2020.

9 Assai sintomatiche di questo perdurante modo di concepire la detenzione dei soggetti appartenenti alla criminalità organizzata le critiche aspre e allarmate manifestata dalla magistratura antimafia e da buona parte degli organi di stampa contro alcuni provvedimenti di scarcerazione per motivi di salute, emessi dai giudici di sorveglianza, in occasione della recente emergenza sanitaria per rischio-contagio da Covid 19: cfr. in proposito G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in «SP» (19 maggio 2020); D. PULITANO', *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in «Diritto di difesa» (13 maggio 2020).

denza costituzionale italiana: ad esempio, sent. n. 253/2019 in tema di ergastolo ostativo e permessi-premio¹⁰).

2.2 Il modello del diritto penale di scopo ha, altresì, investito il piano delle fattispecie incriminatrici sotto il duplice profilo degli oggetti e delle tecniche di tutela. In sintesi, basti rilevare che se da un lato ha preso piede un orientamento politico-criminale favorevole - a partire da una fase temporale all'incirca a cavallo tra gli anni '50 e '60 - alla *depenalizzazione* di fattispecie di reato divenute obsolete (come ad esempio, nel caso di figure criminose poste a tutela di valori religiosi o morali divenuti incompatibili col processo di secolarizzazione e col principio di laicità), si è per altro verso assistito ad un progressivo incremento di figure criminose volte alla tutela di interessi economico-finanziari, alla garanzia del corretto funzionamento del mercato, alla protezione di beni ambientali e di altri beni collettivi di svariata natura ecc. , per cui il diritto penale ha finito col diventare uno strumento di governo orientato alla realizzazione di obiettivi politici contingentemente connessi alle diverse e mutevoli esigenze della società contemporanea. Tutto ciò al di fuori di progetti o programmi di tutela predefiniti in maniera rigorosa e organica, e sotto la spinta impetuosa e disordinata di istanze di protezione via via raccolte dai decisori politici di turno: invero, propensi a delegare anche 'opportunitisticamente' - deresponsabilizzandosi - alla giustizia penale il trattamento di conflitti o il soddisfacimento di esigenze più adeguatamente affrontabili, in realtà, con l'impiego di strumenti di intervento a carattere extrapenale. Ne è notoriamente derivata una tendenza di segno contrario alla depenalizzazione, cioè un fenomeno di *ipercriminalizzazione* o inflazione penalistica più volte denunciato fino alla stanchezza in sede dottrinale.

Ma vi è di più. Se si considera il *trend* politico-criminale che è andato affermandosi nel corso degli ultimi anni, quel che non senza sorpresa emerge è la ricorrente tentazione di tornare a criminalizzare le infrazioni morali (con riferimento a nuovi valori etico-sociali sostitutivi di quelli tradizionali), o di sanzionare penalmente condotte avvertite come

10 In argomento, G. FIANDACA, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione* (in corso di pubblicazione in un volume collettivo che raccoglie le relazioni a un seminario interdisciplinare sul tema del bilanciamento che avrebbe dovuto svolgersi presso l'Università di Foggia il 18 marzo 2020, ma di cui è stato poi annullato lo svolgimento in presenza a causa della sopravvenuta emergenza sanitaria).

contrarie alle regole della “correttezza politica”, o ancora di punire con maggiore rigore comportamenti paternalisticamente percepiti come aggressivi o minacciosi ai danni di soggetti deboli (donne, minorenni, anziani ecc.), ovvero di attribuire rilevanza (o maggiore rilevanza) penale a modalità di condotta che a vario titolo suscitano nel pubblico sentimenti di insicurezza, ansie e paure: sicché il ricorso alle risorse penali si prospetta come “la scialuppa di salvataggio nel mare agitato dell’insicurezza”¹¹, come una sorta di ‘ansiolitico’ contro angosce diffuse. Ma, come è ben noto almeno nella cerchia degli esperti, si tratta di una scialuppa ingannevole, di uno ‘psicofarmaco’ di efficacia momentanea: l’impossibilità che un uso più esteso e invasivo del diritto penale riesca di per sé davvero a risolvere problemi sociali vecchi e nuovi, a debellare fenomeni criminali profondamente radicati o di recente emersione, a infondere sicurezza in maniera duratura rinnega e contraddice – di fatto - quella funzionalizzazione teleologica che dovrebbe in teoria al meglio legittimarla proprio alla stregua dell’idea di scopo. Insomma, la prospettiva di scopo, se perseguita tradendo i presupposti empirico-razionali che dovrebbero stare a suo autentico fondamento, non può che essere destinata a prendere atto del proprio vistoso fallimento.

2.3 Rispetto poi al versante delle tecniche di tutela, è noto come la funzionalizzazione preventiva abbia determinato un notevole incremento delle fattispecie di pericolo anche astratto (o addirittura presunto), la creazione di ulteriori forme di anticipazione dell’intervento penale strutturate secondo i canoni di un nuovo *Risikostrafrecht* e, al fine di contrastare i fenomeni di criminalità collettiva (politico-terroristica o mafiosa), la proliferazione delle fattispecie associative, insieme all’introduzione di nuove ipotesi di confisca cosiddetta allargata o ad ampio spettro, nonché la previsione di cause di non punibilità o di sconti di pena connessi alla collaborazione giudiziaria: ma, per una sorta di contagio espansivo causato dalla *vis attrativa* delle misure di intervento più drastiche, la logica di contrasto della criminalità organizzata ha finito per estendersi – sul piano sia legislativo che giudiziario – ad altre forme di criminalità che poco o nulla hanno da spartire con la criminalità collettiva in senso stretto. Sicché - alla fine - la peculiare orientazione teleologica del sottosistema della criminalità organizzata, da eccezionale o speciale che era in origine, è andata trasformandosi in una caratteristica

11 T. WEIGEND, *Dove va il diritto?*, cit., 85.

che oggi accomuna diversi settori criminosi, finendo così col “normalizzarsi”¹². Un altro esito difficilmente prevedibile in anticipo, questo, di una irragionevole estensione della logica del diritto penale di scopo?

Comunque si risponda all’interrogativo che precede, certo è che tutto questo variegato e assai invasivo armamentario, se da un lato rafforza gli strumenti penali (o parapenali: misure di prevenzione) di contrasto preventivo/repressivo della criminalità (ma in ogni caso non fino al punto di renderli da soli risolutivi), dall’altro lato non contribuisce certo a ripristinare l’equilibrio tra i contrapposti poli attorno a cui ruota la giustizia penale: oggi, ancora più di prima, il versante della (presunta o reale) efficacia d’intervento tende a prevalere rispetto al piano delle garanzie, per cui il diritto penale funge anch’esso nel complesso più da strumento di governo e di lotta, che da strumento di giustizia (anche se, in un momento storico come il nostro, risulterebbe più che problematico mettersi d’accordo su un senso sufficientemente condiviso di ‘giustizia’ punitiva!). Un risultato accettabile agli occhi dei teorizzatori, vecchi e nuovi, del diritto penale di scopo?

3. Su alcuni dei nodi problematici emergenti dalla discussione teorica intorno al modello del diritto penale cosiddetto di scopo mi sono, invero, soffermato in scritti precedenti che si collocano in fasi temporali corrispondenti a mie differenti stagioni di studioso¹³: in un primo momento, cedendo anch’io alle suggestioni di un dibattito dottrinale di accreditata matrice tedesca, a prima vista molto promettente e coinvolgente sia nei presupposti culturali che nelle moventi argomentative; ma che, in una successiva fase di progressivo – per dir così – mio ‘disincantamento’ intellettuale nei confronti del ‘begriffismo’ dogmatico, è andato sempre più sembrandomi ‘accademico’ e per di più parziale nella angolazione prospettica (incentrata soprattutto sulle teorie della pena, della commisurazione giudiziale e sulla teoria generale del reato così come – appunto – sviluppata nello stile tipicamente germanico delle grandi costruzioni sistematico/dogmatiche, talvolta eccessivamente

12 Cfr., più in dettaglio, G. FIANDACA, *Considerazioni rapsodiche su antimafia e giustizia penale*, in corso di pubblicazione; M. DONINI, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in «disCrimen» (30 maggio 2019).

13 Alludo, in particolare, ai miei due saggi *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in «RIDPP» (1987), 851 ss., e *Intorno a “scopi” e “funzioni” nel diritto penale*, in A. CASTALDO et al. (Edd.), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, ESI, 2013, 107 ss.

sofisticate e persino astruse), come tale non sempre idoneo a fungere da adeguata chiave di lettura delle articolate e peculiari dinamiche evolutive - e più spesso, purtroppo, involutive - di un ordinamento penale come in particolare quello italiano. Dinamiche – come sappiamo e per ripeterlo con rapida e approssimativa sintesi – condizionate, per una parte rilevante, dalla ricorrente emersione o dalla persistenza di gravi fenomeni di criminalità collettiva (politico-terroristica, mafiosa e/o politico-amministrativa), la cui strategia politico-criminale di contrasto ha comportato e continua a comportare forti sbilanciamenti in senso generalpreventivo e repressivo dell'intervento penale, usato come strumento di lotta contro fenomeni criminali di portata sistemica, sino ad assumere per certi aspetti sembianze di un “diritto penale del nemico” in versione nostrana; e, per un'altra parte non meno rilevante e al tempo stesso per riflesso, dalla perdurante centralità – a torto o a ragione - assunta dalla questione criminale nell'ambito del sistema politico complessivo, nonché dal connesso ruolo politicamente protagonista spesso rivestito da un potere giudiziario per lo più poco sensibile alle preoccupazioni garantiste predominanti nell'ambito della dottrina accademica e propenso, piuttosto, a piegare l'interpretazione/applicazione (dilatata in maniera analogica neppure troppo mascherata) delle leggi penali ad una logica supplente o volutamente antagonista rispetto a ritardi, omissioni o scelte del potere politico ufficiale tacciate di erroneità o inadeguatezza, ovvero ancora a obiettivi generali di rinnovamento politico-sociale e moralizzazione pubblica: per cui è lo stesso magistrato penale a trasformarsi in un “magistrato di scopo”, e tale al di là degli (o persino in opposizione agli) obiettivi finalistici presi di mira dalle leggi oggetto di interpretazione/applicazione¹⁴. Da ciò non solo una frequente ‘sovraesposizione’ politica e mediatica del sistema-giustizia, con conseguente entrata in crisi o in tensione del principio costituzionale della divisione dei poteri, ma anche – tra l'altro – l'impossibilità di comprendere appieno le concrete dinamiche di funzionamento del controllo penale avvalendocisi principalmente

14 Nell'ambito di un'ormai vasta letteratura, per un lucido sguardo di sinesi cfr. ad esempio L. VIOLANTE, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario*, in C. GUARNIERI et al. (Edd.), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni e nuove sfide*, Carocci, 2016, 15 ss., 27: “Questa inedita attribuzione di funzioni latamente politiche trasforma il magistrato in un ‘giudice di scopo’, organo cui non è più affidata l'applicazione ella legge, ma anche il conseguimento di una finalità generale, che sarebbe compito proprio della politica”.

– appunto – di categorie concettuali e paradigmi del tipo di quelli importati dalla grande dogmatica di origine tedesca¹⁵.

Senza qui riproporre in dettaglio considerazioni da me già svolte in altre sedi¹⁶, mi limito a ribadire qualche considerazione di massima, peraltro in maniera cursoria e rapsodica.

3.1 Non sembri superfluo richiamare l'esigenza di non dare troppo per scontato neppure il concetto stesso di "scopo" riferito alla pena o, più in generale, al diritto penale. In effetti, nella letteratura penalistica – non diversamente, del resto, che nel linguaggio comune – il termine "scopo" viene spesso utilizzato come equivalente di "funzione", come se si trattasse di termini del tutto equivalenti. Ma scopo e funzione significano davvero – sempre e comunque – la stessa cosa? A ben vedere, si può distinguere in proposito una duplice angolazione prospettica: cioè lo scopo è suscettibile di essere inteso in una accezione sia 'soggettiva' che 'oggettiva'. In senso soggettivo, lo scopo viene a coincidere con il fine, con l'obiettivo soggettivamente perseguito da un certo attore sociale (o politico), ma rimane aperta la possibilità che il fine resti a livello di aspirazione, non si traduca cioè in risultato oggettivo effettivamente conseguito. Così, ad esempio, un legislatore può realizzare (o un giurista può concepire) una riforma del sistema sanzionatorio puntando intenzionalmente allo scopo di potenziare l'effetto rieducativo, e però non è detto che tale effetto di potenziamento si produca realmente: in un caso come questo, lo scopo (o fine) legislativo è ben lungi dal risolversi in *funzione* reale, in quanto appunto l'obiettivo della rieducazione rimane a livello di finalità perseguita senza riuscire a oggettivarsi in un risultato concreto. Orbene, sarebbe buona regola tenere sempre distinti anche sul terreno linguistico 'scopo' e 'funzione', nei sensi rispettivi di fine preso di mira e di effetto conseguito, specie se si privilegia un approccio al diritto penale orientato alla razionalità e all'empiria: la suddetta distinzione di piani sollecita – quantomeno in linea di principio – una forte attenzione critica in vista di una verifica non solo della corrispondenza

¹⁵ Comincia, peraltro, ad affiorare in seno alla stessa dottrina tedesca la previsione che in futuro l'approccio dogmatico in stile teutonico alle questioni relative alle finalità della pena e alla struttura del reato non sarà più al centro della discussione scientifica, essendo cresciuta la consapevolezza che tale approccio difficilmente potrà dare frutti maggiori di quelli fin qui prodotti: cfr., ad esempio, T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale?*, cit., 76.

¹⁶ Cfr. gli scritti citati nella nota 10.

o dello scarto tra gli scopi in teoria assegnabili al diritto penale e gli effetti che esso di fatto riesce a produrre, ma anche circa la possibilità che le funzioni oggettivamente svolte dal diritto penale risultino diverse dagli scopi che giuristi e/o legislatori si illudono di attribuirgli¹⁷. Solo che, per effettuare verifiche di questo tipo, il penalista riceve a tutt'oggi un ausilio scientifico tutt'altro che adeguato dal versante delle scienze empirico-sociali (v. *infra*, II).

3.2 Com'è noto, nell'ambito specifico della dottrina penalistica lo *Zweckgedanke* deve storicamente il suo esplicito ingresso alla teorizzazione tardo-ottocentesca di Franz v. Liszt, volta a emancipare il sistema dei delitti e delle pene dalle tradizionali ipoteche metafisiche e a rifondarlo in una prospettiva razional-utilitaristica orientata – per l'appunto – all'idea di scopo¹⁸. Non a caso, al centro dell'attenzione scientifica veniva posta la questione fondamentale degli scopi della pena, che il grande penalista viennese – ecco il punto che vale la pena qui richiamare – si preoccupava invero di distinguere da quella relativa all'“origine” della punizione, con una conseguente differenziazione tra pena “primitiva” e pena “moderna”: secondo v. Liszt, mentre la prima (pena primitiva) si riduceva ad una reazione ciecamente determinata da istinti e impulsi, la seconda (pena moderna) avrebbe dovuto assumere i caratteri di una istituzione umana consapevolmente orientata a obiettivi finalistici, tra cui lo stesso v. Liszt notoriamente privilegiava – in polemica con l'orientamento retribuzionista allora predominante – quello di prevenire la futura commissione di reati¹⁹.

La tendenza a concepire gli scopi della coercizione penale come obiettivi di tutela consapevolmente elaborati sul piano scientifico e/o intenzionalmente perseguibili sul piano legislativo, in effetti, è di gran lunga prevalente sino ai nostri giorni. Verosimilmente, contribuisce a spiegarla una motivazione psicologica: nel senso che il penalista teorico si sente rassicurato, e rimuove al contempo possibili sensi di colpa (anche a livello subconscio), confidando di potere finalizzare la violenza punitiva a scopi socialmente utili perseguibili con razionalità scientifica. Ma fino

17 Più diffusamente, in proposito, G. FIANDACA, *Intorno a "scopi" e "funzioni"*, cit. e richiami bibliografici ivi contenuti.

18 F. V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in «ZStW» (1883), 1 ss.; trad.it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, 1962.

19 F. V. LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 16, 29 ss.

a che punto non si tratta di una pia o comoda illusione? Pur senza cedere a un preconcetto pessimismo radicale, sarebbe saggio e salutare guardarsi da un eccessivo ottimismo. In proposito, continuano ad apparire meritevoli di grande considerazione le lucidissime osservazioni che, in epoca pressoché coeva alla teorizzazione di v. Liszt, Federico Nietzsche dedicava al fenomeno punitivo nell'aureo libretto *Genealogia della morale*: “Per quanto concerne (...) il suo significato, il suo scopo, il concetto di pena non presenta più, in realtà, in uno stato molto tardo della civiltà (per esempio nell'Europa odierna), un *unico* significato, bensì un'intera sintesi di significati; la precedente storia della pena in generale, la storia della sua utilizzazione ai fini più diversi, finisce per cristallizzarsi in una sorta di unità, che è difficile a risolversi, difficile ad analizzarsi e, occorre sottolinearlo, del tutto *impossibile a definirsi*”; ed ecco la lapidaria conclusione: “E' oggi impossibile dire esattamente *per quale ragione* si addiène alla pena: tutte le nozioni, in cui si condensa semioticamente un intero processo, si sottraggono alla definizione, definibile è soltanto ciò che non ha storia”²⁰.

Orbene, ritengo che Nietzsche rivolga implicitamente a noi penalisti questo perdurante messaggio: non ci si illuda di potere spogliare la pena di una sua ineluttabile *polifunzionalità*; e non ci si illuda neppure non solo di potere ridurre la 'eccedenza' di significati e funzioni, che inevitabilmente ineriscono al punire quale fenomeno “sovradeterminato” (in senso storico, antropologico, sociologico, giuridico ecc.), ma anche di poterla una volta per tutte emancipare da persistenti componenti inintenzionali e irrazionali a carattere emotivo. È per questo che anche il penalista-scienziato dovrebbe sempre - già in partenza - diffidare della piena traducibilità di fini razionali della pena concepiti 'a tavolino' in corrispondenti funzioni concrete della prassi punitiva.

È forse appena il caso di esplicitare che il carattere della 'complessità sovradeterminata', la polisemia e la polivalenza continuano a inerire ad altre strutture basilari dell'edificio penalistico, come ad esempio a proposito della categoria in questo senso non meno emblematica della colpevolezza.

3.3 Sono ben conosciuti anche nell'ambito della dottrina penalistica italiana gli sviluppi che l'approccio funzionalistico alla teoria della pena,

20 F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, trad. it., Adelphi, 1984, 69.

e più in generale alla teoria generale del reato, ha ricevuto ad opera di figure di studiosi in questo senso emblematiche – sia pure con differenze di impostazione teorica assai rilevanti – come Claus Roxin e Guenther Jakobs, ai quali ho più volte rivolto l'attenzione in precedenti occasioni²¹. Astenendomi da ripetizioni superflue, riprendo il filo di alcune considerazioni di fondo che necessitano forse di essere meglio esplicitate o rimarcate.

- a) Riconsiderato in sintesi nei tratti che qui mi interessa evidenziare, il funzionalismo penale roxiniano appare ispirato non già a un empirismo naturalistico, né a visioni filosofiche ipotizzanti preesistenti realtà ontologiche, bensì a un teleologismo a carattere politico-criminale e normativo: teorizzando che le categorie penalistiche fondamentali devono essere ricostruite alla stregua dei compiti e degli scopi del diritto penale, Roxin recupera e riplasma premesse neokantiane (riconducibili, in particolare, alla cosiddetta filosofia dei valori sud-occidentale), e ciò in opposizione (non già al naturalismo primo- novecentesco ormai da tempo tramontato, bensì) all'ontologismo welzeliano ancora dominante nei primi anni '70 del Novecento²². Pur trattandosi di un normativismo funzionalistico che in linea di principio non intende trascurare la dimensione empirica, è anche vero però che risulta tutt'altro che scontata la sua attitudine ad ancorare a basi solide i presupposti della responsabilità penale. Si consideri, a riprova, che la funzione di limite garantistico che anche Roxin attribuisce alla colpevolezza²³ è insidiata proprio dalla tesi che istanze preventive contribuiscano in varia forma e misura a co-determinare i contenuti della *Schuld*: l'inclusione di calcoli preventivi in sede di ricostruzione della colpevolezza, infatti, richiede da parte di un giudice stime e prognosi di natura incerta e opinabile, effettuabili in modo dilettesco piuttosto che scientificamente rigoroso; mentre, per altro verso, è tutt'altro che misurabile con esattezza oggettiva la pena corrispondente alla colpevolezza medesima²⁴.

21 Cfr. *supra*, nota 10.

22 Sulle matrici neokantiane della concezione di Roxin cfr. H. SCHNEIDER, *Kann die Eineubung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatikleiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, 2004, 251 ss.

23 Cfr. ad esempio, tra gli scritti degli ultimi anni, C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland*, in «Gotammer's Archiv fuer Strafrecht» (2011), 684.

24 Più diffusamente in proposito G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e*

Inoltre, la concreta possibilità di raggiungere accettabili equilibri tra colpevolezza garantistica e scopi preventivi implicherebbe – al di là dei limiti della proposta teorica in sé considerata – una cultura giudiziale sensibile all'esigenza di ben bilanciare ottica preventiva e garanzie individuali: un tipo di cultura, questa, che certo non predomina in un contesto come ad esempio quello italiano, nel quale tendono invece da tempo a prevalere pure in sede giurisdizionale preoccupazioni per lo più sbilanciate a favore dell'efficacia della lotta alla criminalità.

- b) Un discorso ben diverso sarebbe da sviluppare rispetto al più estremistico funzionalismo jakobsiano, che dal canto suo combina in maniera alquanto originale dogmatica penalistica, teoria sociologica in chiave sistemico-luhmanniana e ascendenze filosofiche hegeliane²⁵. Per effetto di questa suggestiva miscela teorica – che infine sfocia, però, in un intruglio mal digeribile! –, la prospettiva funzionalista finisce con l'essere concepita in modo tale da giungere a un risultato sorprendente, cioè quello di attribuire un rilievo per nulla determinante agli effetti di natura empirica che da un lato il reato produce nella realtà esterna, e che dall'altro l'applicazione della pena comporta nei confronti delle singole persone in carne e ossa che ne sono destinatarie (le quali si disincarnano nella veste giuridica di titolari di ruoli sociali concepiti secondo aspettative normative). Piuttosto, il diritto penale viene ad assumere una *funzione sistemica* interna allo stesso ordinamento giuridico, e la principale prestazione che esso è chiamato a svolgere consisterebbe in un ristabilimento simbolico-comunicativo dell'ordine normativo violato: nel senso che, se il vero disvalore dell'illecito penale va individuato (piuttosto che nella lesione di un bene meritevole di tutela empiricamente esistente fuori dalla fattispecie incriminatrice) nella messa in dubbio della validità della norma violata, la pena – nella scia di Hegel – avrebbe la principale funzione di riaffermare la persistente vigenza della norma in questione, e ciò appunto su di un piano comunicativo che attiene alla dimensione astratta (sempre in senso hegeliano) del diritto, a prescindere dagli effetti

prevenzione, cit.

²⁵ Cfr. in proposito D. VALITUTTI, *La filosofia della pena di Guenther Jakobs: critica della tradizione illuminista*, in G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it. D. VALITUTTI, ESI, 2019 (titolo originale: *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Brill, 2004), 1 ss.

preventivi che la pena può produrre sul piano empirico²⁶. Ora, che la pena sia – tra l'altro – un potente *medium* comunicativo è fuori discussione²⁷: solo che pretendere di rifondare la teoria del reato e della pena facendo del diritto penale soprattutto uno strumento di comunicazione normativa, appare – manifestamente – sin troppo riduttivo.

D'altra parte, se si prescinde dal complicato 'begriffismo' e dal peculiare lessico di Jakobs, la tesi centrale secondo cui la punizione serve soprattutto a rafforzare la fedeltà all'ordinamento da parte dei cittadini in genere (prevenzione generale c.d. positiva) – a ben vedere – non rappresenta altro, nella sostanza e in larga misura, che la riproposizione con ben più astruso linguaggio di un punto di vista già prospettato a fine Ottocento dal grande sociologo francese Emile Durkheim: “La pena non serve – o non serve che secondariamente – a correggere il colpevole o a intimidire i suoi possibili imitatori (...). La sua vera funzione è di mantenere intatta la coesione sociale, conservando alla coscienza comune tutta la sua vitalità”²⁸.

Passando dal piano della rilettura in chiave sociologico-sistemica dell'intera teoria del reato, che induce Jakobs a ricostruire anche la categoria della colpevolezza in vista dell'obiettivo della stabilizzazione collettiva (così trasformando il singolo autore di reato in un “capo espiatorio” sacrificato sull'altare della prevenzione generale positiva²⁹), a quello della prassi applicativa, l'intuibile interrogativo che sorge è questo: un giudice sarebbe davvero in grado, nei singoli casi concreti, di verificare senza arbitrio quando – a fini appunto di stabilizzazione normativo-sociale – sia necessario pervenire a un giudizio di colpevolezza e quando, invece, se ne possa fare a meno? E come reagirebbe un imputato, e più in generale il pubblico, se un tribunale nel decidere un caso concreto dichiarasse *apertisverbis* una condanna è giustificata, più che da una

26 Più diffusamente, e per i riferimenti bibliografici all'impostazione jakobsiana rinvio ai miei saggi citati *supra*, nota 10. Più di recente, si veda (in traduzione italiana) G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, cit.

27 Per un quadro degli approcci teorici tendenti a riproporre in chiave “comunicativa” il vecchio paradigma retributivo cfr. R. RENZO, *Pena*, in M. RICCIARDI (Ed.), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Carocci, 2015, 207 ss.

28 E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it., Edizioni di comunità, 1999, 126 (*De la division du travail social*, 1893).

29 Cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., 862 ss.

colpevolezza empiricamente accertata, dalla necessità di rinvenire comunque un colpevole per esigenze di convalida normativa? Questa difficile compatibilità tra la ricostruzione sistemico-funzionalistica della responsabilità penale e le concezioni di giustizia tradizionalmente diffuse, in realtà, fa emergere una vera e propria contraddizione: una dogmatica à la Jakobs, se rendesse palesi i suoi criteri ispiratori, rischierebbe – paradossalmente – essa stessa di pregiudicare la fiducia istituzionale dei cittadini nell’ordinamento penale, così fallendo l’obiettivo principale da essa perseguito! Per evitare questo fallimento, sarebbe in realtà necessario mantenere occulte la funzione di stabilizzazione collettiva presa di mira³⁰. Ma una simile ‘ipocrisia’ sarebbe accettabile in ordinamenti di tipo liberaldemocratico?

Giunti a questo punto, è forse superfluo esplicitare che il modello di integrazione tra dogmatica del reato e sociologia sistemica fin qui sommariamente richiamato, lungi dal riflettere, finisce in realtà col disattendere quell’orientamento alle conseguenze empiriche che ha storicamente costituito il motivo ispiratore dei ricorrenti tentativi di dar vita a una scienza penalistica “integrata” volta a rifondare il diritto penale su basi empirico-scientifiche. Ma, se si considera l’evoluzione dottrinale successiva alla teorizzazione jakobsiana e si guarda sino ai nostri giorni, anche fuori dal contesto tedesco, non è che in verità sia dato riscontrare grandi passi avanti lungo la strada di una prospettiva di scopo che risulti effettivamente orientata all’empiria e, dunque, maggiormente interessata agli effetti che il diritto penale è in grado di produrre nella realtà esterna. In effetti, e non a caso, un rilievo critico che può continuare a muoversi ai più convinti sostenitori del paradigma preventivo (nelle sue diverse forme) riguarda la scarsa preoccupazione di attestarne il potenziale di efficacia sulla base di ricerche empiriche rigorose³¹. Rilievo, questo, che appare ancora più fondato rispetto al nostro contesto domestico, nel cui ambito la ricerca criminologica e l’interazione con la teoria della pena risultano da parecchi anni molto deficitarie³².

30 Per ulteriori considerazioni al riguardo cfr. H. SCHNEIDER, *Kann die Einebung*, cit., 335 s.

31 In proposito, di recente, cfr. I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Circa alcune aporie della teoria della pena nel diritto penale continentale*, in «DPC» (2019), 192 ss.

32 Beninteso, con qualche eccezione: nell’ambito della letteratura più recente, manifesta interesse per le indagini empiriche ad esempio G. V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in A. CASTALDO et al. (Edd.), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 29 ss.

2. Tra diritto penale e scienze empirico-sociali

Ai rapporti tra dottrina penalistica e scienze empirico-sociali Lucio Monaco – come abbiamo ricordato nella parte iniziale di questo scritto – ha dedicato un denso saggio apparso nel 1984, dove si leggono considerazioni assai lucide che in non piccola parte mantengono un carattere di attualità³³. Invero, affrontando in due parti distinte i rispettivi problemi emergenti sul versante teorico e su quello pragmatico, Monaco metteva bene in evidenza come la prospettiva di una proficua collaborazione tra penalisti e scienziati sociali (a cominciare dai criminologi) fosse ostacolata da una difficoltà di reciproca comunicazione derivante dalla diversità di mentalità, di interessi conoscitivi, di metodologia di lavoro e – non ultimo – da un differente modo di approcciarsi al rapporto tra norme e fatti, insomma da un diverso senso della “normatività”³⁴. Eppure, i primi anni '80 del Novecento erano un periodo storico in cui si poteva (voleva?) confidare che, a dispetto delle oggettive difficoltà di varia natura, la prospettiva di collaborazione/integrazione scientifica – il programma di ‘scientificizzazione’ del diritto penale – potesse progredire grazie agli sforzi reciproci e alla buona volontà degli studiosi di entrambi i versanti: specie in qualche penalista d'avanguardia (come ad esempio Klaus Luderssen) era già da tempo maturata la convinzione (illusione?) che la realizzazione dell'antico progetto lisztiano della *gesamten Strafrechtswissenschaft* fosse ormai all'ordine del giorno, imposta dal passaggio in corso dal diritto penale retributivo al diritto penale della risocializzazione, con la conseguente esigenza di una maggiore attenzione empirico-scientifica rivolta all'autore³⁵.

Ieri come oggi, uno dei punti cruciali era e rimane peraltro quello del modo di governare il rapporto tra dimensione empirica e dimensione valutativo-normativa, tra dati e informazioni relativi alla realtà naturale o sociale, da un lato e giudizi (e scelte) di valore e considerazioni normative, dall'altro³⁶: essendo irrealistico, illusorio – specie con il livello consapevolezza epistemologica odierna – continuare a pensare che gli scienziati possano mantenere un atteggiamento di pie-

33 L. MONACO, *Su teoria e prassi*, cit.

34 L. MONACO, *Su teoria e prassi*, cit., 474 ss. e *passim*.

35 L. MONACO, *Su teoria e prassi*, cit., 475 s. e bibliografia ivi citata.

36 L. MONACO, *Su teoria e prassi*, cit., 429 ss.

na astinenza assiologica, una weberiana *Wertfreiheit*; e questa impossibilità di tenere rigorosamente distinti fatti e valutazioni riguarda in particolare – ovviamente – il settore delle scienze sociali, che adottano approcci analitici e prospettano interpretazioni degli stessi dati fattuali inevitabilmente condizionati da preferenze culturali soggettive e da giudizi di valore, che a loro volta contribuiscono a spiegarne la diversità di orientamenti e di approdi conoscitivi³⁷. Tutto ciò finisce, in qualche modo e misura, con l'attenuarne il valore 'veritativo' e, di conseguenza, con l'indebolirne la funzione orientativa rispetto alla soluzione delle questioni che hanno a che fare con la giustizia penale. Nel contempo, il pluralismo teorico interno anche a ciascuna scienza sociale in sé considerata, essendo non di rado influenzato da opzioni di fondo non neutrali in termini ideologici e assiologici, fa sì che il penalista (teorico o pratico) o lo stesso legislatore penale possano essere indotti a privilegiare uno degli orientamenti in concorrenza non già per il suo superiore valore scientifico ma perché maggiormente consonante con certe premesse politiche o con determinate preferenze valoriali, a loro volta pregiudizialmente incidenti sul modo di concepire scopi e i limiti dell'intervento penale (o sulla valutazione giudiziale dei casi concreti). Ed è evidente che il rischio di esposizione ad una ideologia preconcepita cresce quanto più si abbia a che fare con teorie sociali così comprensive o ad ampio spettro, da rendere impossibili (come nel caso, in questo senso emblematico, della teoria sistemico-funzionalista di matrice luhmanniana) verifiche del loro grado di corrispondenza alla realtà.

³⁷ Lo riconosce molto apertamente, ad esempio, il sociologo M. BARBAGLI nel contesto di una recente intervista a cura di C. LALLI pubblicata in «Sette/Corriere della sera» (31 luglio 2020). Per più ampi rilievi sulla “non neutralità” degli stessi saperi scientifici sia consentito rinviare a G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, in «Delitti e pene» (1987), 243 ss.; ID., *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in S. COSTANTINO – S. RINALDI (Edd.), *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, SIGMA, 2004, 175 ss.; ID., *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in «Criminalia» (2010), 198 ss.; ID., *Intorno a “scopi” e “funzioni”*, cit.; ID., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, 151 ss. (dove si accenna anche al problema della possibile rilevanza normativa delle nuove acquisizioni delle “neuroscienze”).

Per esemplificare, nell'ambito della letteratura sociologica recente, un tipo di approccio manifestamente intriso di opzioni ideologiche e di giudizi di valore mi limito a segnalare la ricostruzione effettuata dalla sociologa Alessandra Dino del lungo percorso – giudiziario, psicologico e religioso – che ha condotto un noto mafioso a “pentirsi”, e conseguentemente a collaborare con la giustizia: cfr. A. DINO, *A colloquio con Gaspare Spatuzza. Un racconto di vita, una storia di stragi*, Il Mulino, 2016.

Minore appare, invece, il rischio di cui sopra se da penalisti preferiamo accostarci a scienze sociali che non disdegnano la ricerca empirica. Se ciò è vero, è però tutt'altro che scontata la concreta possibilità che le scienze 'altre' siano davvero in grado di fornire l'insieme delle conoscenze necessarie – per dir così – a porre il diritto penale con i piedi per terra, dotando le sue categorie normative di presupposti empirici che trovino riscontro nella realtà effettuale. È un dato di fatto che, a tutt'oggi, non poche delle aspettative conoscitive che legislatori penali, penalisti accademici, giudici o avvocati vorrebbero veder soddisfatte dai cultori di saperi scientifici rimangono deluse o per contingente mancanza di indagini empiriche sui temi in questione, o perché il tipo di domande che stanno a cuore a legislatori e giuristi fuoriesce dall'ambito degli interessi di ricerca degli esperti in discipline extragiuridiche. Non sono certo il primo a rilevare che sino ad oggi non è mai esistita alcuna forma di collaborazione scientifica professionalmente e stabilmente istituzionalizzata, tra penalisti ed esponenti delle scienze sociali. ai fini di una seria e credibile implementazione del principio della tutela penale come *extrema ratio*. E aggiungerei che non è un caso che ciò non si sia realizzato.

È infatti più che verosimile, appunto, che il tipo di indagini e conoscenze empiriche di cui si avrebbe bisogno per attuare in misura davvero significativa il canone della sussidiarietà esulino dalle preoccupazioni scientifiche degli scienziati non giuristi. Si pensi, ad esempio, a un concetto (teoricamente) fondamentale come quello di *dannosità sociale*, che dovrebbe costituire un paradigma di riferimento irrinunciabile per una politica penale di orientamento *liberal*: eppure, nei manuali canonici non solo di sociologia ma anche di criminologia troviamo, in proposito, tutt'al più qualche rigo!

Riflettendo di recente sui limiti della giustizia penale tradizionale, Marta Nussbaum ha giustamente lamentato che il dibattito scientifico sulla criminalità e sulle strategie per prevenirla è risultato finora confinato entro limiti tutto sommato ristretti, e non ha coinvolto con la profondità e l'ampiezza che sarebbero state necessarie tutte le competenze disciplinari potenzialmente chiamate in causa. Ciò anche per effetto di pregiudizi socio-culturali tradizionalmente radicati e di atteggiamenti politici altrettanto consolidati, che danno per scontata la necessità e l'utilità (o la maggiore convenienza) del ricorso alla giustizia punitiva, così finendo

altresì con l'inibire la motivazione o l'interesse degli scienziati sociali a ideare e sperimentare strumenti di contrasto dei reati alternativi rispetto a quelli a carattere giuridico-penale³⁸.

Invece – come pure chi scrive da qualche tempo ha tentato di suggerire – anche nel ruolo professionale di penalisti dovremmo cercare dal mettere in guardia dal continuare a dare in partenza per scontata la razionalità della risposta punitiva³⁹. Una sollecitazione analoga, formulata in termini più generali, proviene ora dalla filosofa statunitense poc'anzi citata: “(...) un legislatore razionale dovrebbe rifiutare il modo in cui il dibattito sulla gestione dei reati viene generalmente impostato, cioè come dibattito sulla ‘giustizia e la pena’. In realtà io sono incline a pensare che la cosa più razionale sia rifiutare del tutto e per parecchi decenni l'uso del termine ‘pena’, visto che restringe la mente, inducendo a pensare che il solo modo idoneo di rapportarsi al crimine sia qualche ‘guaio’, come dice Bentham, inflitto al reo. La questione che ci sta di fronte è come affrontare l'intero problema degli atti delittuosi, non come punire le persone che ne hanno commesso uno. La pena (...) deve cedere il passo nella nostra attenzione ad altre strategie per la soluzione del problema, e quindi il dibattito (...) dovrebbe in realtà vertere sulle misure che una società può utilizzare *ex ante* (e in certi casi *ex post*) per ridurre i reati”⁴⁰.

Ecco che, da questo punto di vista, l'aspirazione a coinvolgere i saperi extragiuridici e gli scienziati sociali non dovrebbe essere finalizzata soprattutto – come per lo più avveniva alcuni decenni addietro – a ‘scientificizzare’ il diritto penale, così da renderlo più compatibile con la realtà empirica e in modo da evitarne impieghi di fatto non conformi agli scopi razionalmente perseguiti: la richiesta di coinvolgimento scientifico dovrebbe, piuttosto, tendere allo scopo di ricercare strumenti migliori del diritto penale – cioè per un verso più efficaci, per altro verso meno autoritari, rozzi e invasivi – per prevenire almeno alcune forme di criminalità. Ma un simile obiettivo, per certi aspetti più difficile da conseguire e più ambizioso rispetto a quello di modernizzare la giustizia penale, rappresenta una sfida ancora più ardua per le scienze sociali,

38 M. C. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, trad. it., Il Mulino, 2017, 261 ss.

39 G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione*, cit., 205.

40 M. C. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono*, cit., 263 s.

tanto più se si considera lo stato di crisi in cui esse da qualche tempo versano. Non c'è bisogno di essere ad esempio un sociologo di mestiere per avere consapevolezza degli effetti negativi prodotti sullo stato di salute della sociologia accademica da una crescente autoreferenzialità, da un eccesso di frammentazione specialistica e da una conseguente parcellizzazione degli interessi conoscitivi e degli oggetti della ricerca. Ma vi è, in effetti, dell'altro. A spiegare l'attuale perdita di peso culturale e di capacità esplicativa delle scienze sociali concorrono – non ultime – l'accentuata complessità e la continua mutevolezza del mondo in cui oggi viviamo. Come ha ben rilevato, in proposito, il filosofo della politica Carlo Galli: “Il Tutto sociale si è fatto tanto complesso da risultare quasi impredicabile”⁴¹.

3. Verso quale futuro?

Stando così le cose, perché dovremmo fidare in prospettive migliori sul versante della più volte auspicata collaborazione tra dottrina penalistica e scienze sociali? Se nel tempo in cui ragionava con notevole acume intorno ai problemi posti da tale collaborazione – vale a dire, i primissimi anni '80 del Novecento – Lucio Monaco poteva guardare al futuro con “moderato ottimismo”⁴², ciò si spiega anche in considerazione di un insieme di fattori più generali di contesto che ben trascendono il contingente modo d'atteggiarsi del confronto scientifico tra studiosi appartenenti ad aree disciplinari diverse. Com'è facile intuire, si allude in particolare al complessivo orizzonte politico-culturale di riferimento, che poteva allora apparire tendenzialmente in sintonia (o comunque non contrastante) con una prospettiva di riforme penalistiche volte a ristrutturare in profondità l'edificio penalistico, precisamente nel segno di una razionalità assiologica e di una razionalità strumentale conformi al canone liberale/costituzionale dell'*extrema ratio* e all'ideologia rieducativo/riabilitativa.

Come sappiamo, a partire dagli anni immediatamente successivi il quadro generale di riferimento è andato progressivamente mutando, anche per effetto (specie nel nostro paese, ma non soltanto) dell'emergere o dell'aggravarsi di gravi fenomenologie criminali a carattere collettivo

41 C. GALLI, *Il tramonto dei sociologi*, in «La Repubblica» (1 maggio 2010).

42 L. MONACO, *Su teoria e prassi*, cit., 450 ss.

che hanno riportato in primo piano esigenze di prevenzione in chiave intimidatrice-repressiva-neutralizzatrice e hanno, di conseguenza, indotto a ri-declinare la questione criminale nei termini di una rafforzata salvaguardia repressivo-poliziesca dell'ordine pubblico e della sicurezza collettiva: la razionalità di scopo, lungi dal tentare la via della modernizzazione scientifica, è rimasta confinata nello spazio di una logica punitiva articolata secondo il doppio registro del "bastone" e della "carota" – cioè da un lato isolamento nel carcere 'duro' e dall'altro previsione di misure a carattere premiale (forti sconti i pena ecc.) a favore degli appartenenti alla criminalità organizzata disposti a collaborare con la giustizia.

Ma è anche vero che la politica penale di questi ultimi decenni non ha manifestato – in particolare in Italia – orientamenti sempre univocamente inclini a privilegiare l'obiettivo della lotta alle più gravi forme di criminalità, essendosi verificate varie volte in rapporto a fenomenologie criminose meno allarmanti pendolari oscillazioni politico-legislative verso i due poli contrapposti del rigore repressivo o della mitigazione sanzionatoria (anche attraverso ripetuti, ma mai davvero incisivi, provvedimenti di depenalizzazione); inoltre, è andata sviluppandosi una tendenziale *differenziazione* dei modelli di intervento penale in rapporto alle specifiche caratteristiche delle tipologie di delinquenza da contrastare.

Nell'ordinamento positivo ormai convivono, pertanto, plurimi 'diritti penali' dalla struttura cangiante, risalenti ad epoche e culture diverse e di pregio tecnico abbastanza diversificato: l'immagine complessiva che ne risulta è oggi simile a quella di un edificio più volte ristrutturato, con parti vecchie cui si sovrappongono in maniera confusa o disordinata parti nuove, in assenza di uno stile unitario ma con più stili mescolati in maniera anche arbitraria. Insomma, potremmo dire senza eccessiva forzatura: una sorta di vestito di Arlecchino o di quadro dadaista!

A peggiorare ulteriormente le cose hanno certo contribuito, negli anni più recenti, le forti ventate di populismo penale⁴³, che hanno comporta-

43 La letteratura maturata in argomento a livello internazionale è ormai ampia, ed è andata crescendo l'attenzione verso il tema anche nell'ambito della dottrina italiana: cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia» (2013), 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, *ivi*, 123 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, *ivi* (2014), 197 ss.; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, 2019; E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020; M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giu-*

to un ulteriore e più grave perversimento della prospettiva di un diritto penale di scopo. Nel senso che quest'ultima viene in misura ancora più evidente e accentuata che in passato asservita ad obiettivi politici generali, questa volta a carattere più specificamente populista e con una mirata canalizzazione nell'alveo di un punitivismo legale estremistico di sentimenti collettivi di paura, rabbia, frustrazione, invidia sociale, rancore e risentimento diffusi nella popolazione (specie in momenti di crisi economica e di incertezza di sbocchi futuri) ma, al tempo stesso, politicamente strumentalizzati come propellente psico-sociale di campagne di criminalizzazione di ceti politici, gruppi, categorie o individui bollati come vecchi o nuovi nemici del (più presunto o mitizzato che reale) popolo degli onesti: la legge cosiddetta "Spazzacorrotti", il blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, la nuova legittima difesa domiciliare⁴⁴ ecc. sono tutte esemplificazioni emblematiche di una politica penale a carattere vendicativo- emotivo che addita anche simbolicamente gli autori di reato come soggetti socialmente assai pericolosi, come nemici da isolare e bandire dalla comunità piuttosto che come persone suscettibili di essere reinserite nella società grazie a un trattamento rieducativo.

Nello specifico contesto italiano, il populismo penale è stato peraltro anticipato e favorito da forme di populismo giudiziario impersonate da note figure di magistrati d'accusa, simbolicamente assurde specie a partire dalla cosiddetta rivoluzione giudiziaria di Mani Pulite a nuovi tribuni del popolo, nella plurima e complementare veste di attori giudiziari, politici e mediatici (caso prototipico quello del pubblico ministero Antonio Di Pietro)⁴⁵; e ruoli analoghi hanno successivamente rivestito altri esponenti della magistratura d'accusa divenuti celebri nell'ambito dell'antimafia giudiziaria (come ad esempio Antonio Ingroia e Nino Di Matteo)⁴⁶. In sé considerato, questo populismo magistratuale ha con-

rista, in «SP» (7 luglio 2020); S. ANASTASIA – M. ANSELMINI – D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, 2020.

⁴⁴ In tema, cfr. i contributi contenuti nel recente volume collettivo G. INSOLERA (Ed.), *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Cortina Raffaello, 2020; e anche E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 25 ss.

⁴⁵ Nel senso che il populismo penale italiano è stato anticipato e favorito da manifestazioni di populismo giudiziario lo riconosce ora, ad esempio, anche M. DONINI, *Populismo penale*, cit.

⁴⁶ Cfr. più diffusamente G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit.

tribuito ad accreditare nella pubblica opinione la convinzione che la giustizia penale abbia il compito di dichiarare ‘guerra’ contro la criminalità, secondo un modello di diritto penale di lotta pressoché sconfinante in un modello di diritto penale del nemico, e che la giurisdizione possa legittimamente perseguire obiettivi di rinnovamento politico e moralizzazione collettiva: la conseguente torsione in chiave moralistico-giustizialista del magistero punitivo riceverebbe, così, piena legittimazione in ragione delle finalità palingenetiche perseguite, ancorché esulanti dai più modesti compiti che l’ordinamento positivo assegna alla magistratura. Ecco che, in questo orizzonte meta-legale di senso, il magistrato di scopo diventa quello che, anziché limitarsi a giudicare reati specifici e a sanzionarli in vista dei fini propri della punizione giuridica, funge da controllore della moralità pubblica e da promotore delle virtù civiche e morali dei cittadini. Una visione dei compiti della giustizia penale, questa, non poco distante dalle potenziali valenze assegnabili all’idea di “scopo” così come in origine concepita nell’ambito della teorizzazione penalistica a partire da v. Liszt.

Come recuperare una prospettiva penalistica che eviti di sovrapporre o confondere giudizio politico, giudizio morale e giudizio penale, riaffermando – e rinnovando – i principi di fondo di una cultura penalistica di vocazione liberale, o meglio ancora – per dirlo in termini più aggiornati – di ispirazione democratico- costituzionale⁴⁷?

Nel suo più recente scritto sul populismo penale, Massimo Donini ha posto l’accento sul ruolo che in questo momento storico spetterebbe ai giuristi in funzione di contrasto delle tendenze populiste e di promozione di una cultura penalistica alternativa: orientata cioè non solo a recuperare – adattandoli al mondo contemporaneo – principi garantisti di matrice illuminista; ma anche ad arginare – direi con parole mie – la pericolosità politica (in diverse direzioni possibili) sempre potenzialmente insita nel diritto penale di scopo, restituendo alla giustizia punitiva una logica di funzionamento più consonante con principi di giustizia, proporzione ed equità nella valutazione giudiziale dei singoli fatti di reato e dei singoli autori⁴⁸. Dal canto mio, penserei anche - in

⁴⁷ Sulla potenziale polivalenza e sulla conseguente ambiguità del concetto di liberalismo penale, ieri come oggi, cfr. G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in «disCrimen» (10 giugno 2019).

⁴⁸ M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, cit.

teoria e innanzitutto- ad un possibile ruolo critico degli intellettuali, degli uomini di cultura in generale, delle minoranze illuminate, delle persone appartenenti al cosiddetto 'ceto medio riflessivo' o ceto pensante. Ma, se è vero che la cultura delle garanzie individuali non è mai diventata una cultura popolare diffusa e radicata (salva la subitanea metamorfosi in garantisti intransigenti di quanti in concreto incappino in una indagine penale!), è per altro verso accaduto negli ultimi decenni che buona parte del mondo intellettuale italiano – specie se di orientamento progressista – abbia prevalentemente plaudito al rigorismo repressivo, giustificando piuttosto che criticando possibili eccessi o sconfinamenti del controllo di legalità esercitato dalla giurisdizione penale: ciò in nome di un radicalismo etico-giudiziario alimentato da una forte indignazione nei confronti della corruzione politica e delle emergenti collusioni tra pezzi del sistema politico e le mafie. Questo atteggiamento di favore verso un'opera di disinquinamento morale tramite la via penalistica ha determinato, alla fine, una rimozione o una sottovalutazione dei guasti che una giustizia penale caricata di compiti di generale rinnovamento può provocare al complessivo funzionamento di un sistema democratico.

Se è così, la responsabilità di tentare di promuovere mutamenti di prospettiva rispetto alla situazione penalistica attuale spetterebbe, in primo luogo, ai giuristi di professione – e, soprattutto, a quelli che maggiormente avvertono (tra i quali chi scrive) l'esigenza che il diritto penale venga usato per gli scopi e con i vincoli consentiti e imposti dai principi di una democrazia costituzionale degna di questo nome. In vista di questo mutamento prospettico, non sarebbe peraltro sufficiente ripensare principi, concetti tecnici e categorie dogmatiche. Come giuristi, non dovremmo considerare estraneo alla nostra competenza specialistica neppure sviluppare ulteriormente la riflessione – in particolare – sulla dimensione politica del diritto penale, e sulle ragioni per le quali esso di fatto si presta a essere utilizzato per il conseguimento di obiettivi politici generali che trascendono la funzione di prevenire e sanzionare fatti penalmente illeciti⁴⁹.

49 Segnalavo già un decennio addietro l'esigenza di approfondire l'analisi dei rapporti tra diritto penale e sistema politico, includendo tale approfondimento tra i principali compiti di una scienza penalistica all'altezza delle sfide del mondo contemporaneo in G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile*, cit., 191 ss.

Ciò non per rubare il mestiere ai politologi, ma per indagare aspetti problematici dei rapporti tra giustizia penale e democrazia che più direttamente assumono rilievo sotto un profilo giuridico⁵⁰.

Ritengo ormai da qualche tempo, però, che si prospetti anche l'esigenza – suppongo avvertita, oggi, da un numero crescente di studiosi italiani – che l'impegno culturale in vista di un riorientamento del ruolo del diritto penale nella democrazia attuale non dovrebbe rimanere confinato nei ristretti spazi delle discussioni accademiche: il giurista vocato a tale impegno dovrebbe farsi carico di un compito supplementare, forse ancora più rilevante, che è quello di dedicarsi ad una attività – per dir così – di pedagogia collettiva, spiegando nelle diverse sedi del dibattito pubblico che il diritto penale, e soprattutto l'estremismo punitivista – come ha più volte pubblicamente ammonito Papa Francesco⁵¹ – difficilmente possono fungere da principali rimedi per debellare mali sociali grandi o piccoli, per risolvere problemi che spetterebbe in prima istanza alla politica affrontare con ben altri mezzi. Insomma, il giurista disponibile a esercitare funzioni pedagogiche fuori dal recinto accademico dovrebbe riuscire a recuperare un ruolo di intellettuale pubblico, intenzionato a ridar vita a una sorta di rinnovata “penalistica civile” (per richiamare una felice formula di Mario Sbriccoli⁵²), in analogia a quella che ebbe come protagonisti esponenti della scienza penalistica del secondo Ottocento coinvolta nella elaborazione del codice Zanardelli del 1889: un'impresa codificatoria di grande respiro e di forte risonanza esterna, che non a caso sollecitò molti dibattiti pubblici e che espresse una cultura penalistica più progredita e liberale rispetto ai sentimenti punitivi predominanti nella maggioranza della popolazione di allora.

Affiora, a questo punto, un intuibile e fondato dubbio: se nella realtà contemporanea – assai più complessa, pluralistica, frammentata, mute-

50 Sul punto rinvio a considerazioni svolte in G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in A. M. STILE (Ed.), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, ESI, 2011, 135 ss.

51 Cfr. *Lettera ai partecipanti al XIX Congresso internazionale dell'Associazione internazionale di diritto penale e al III Congresso dell'Associazione latinoamericana di Diritto penale e Criminologia*, 30 maggio 2014; e, altresì, *Discorso del Santo padre Francesco ai partecipanti al XX Congresso mondiale dell'Associazione internazionale di Diritto penale*, 15 novembre 2019.

52 M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (Ed.), *Storia e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, 1990, 147 ss.

vole e mediatizzata di quella tardo-ottocentesca – sia realistico auspicare che alcuni giuristi di buona volontà possano riconquistare un ruolo di intellettuali pubblici, in grado di interloquire con una autorevolezza culturale, una capacità comunicativa e una forza persuasiva tali da riuscire a riorientare (o comunque a influenzare) la politica penale legislativa, la politica giudiziaria e – prima ancora - gli atteggiamenti collettivi in materia di giustizia punitiva. Ma, forse, anche in questo caso – come si usa dire – “tentar non nuoce”.

PRASSI E SISTEMA. UNA INTRODUZIONE

Stefano Fiore

*“Grau, teurer Freund, ist alle Theorie
und grün des Lebens goldner Baum”*

“Grigia, caro amico, è qualunque teoria,
verde è l’aureo albero della vita”

Goethe, Johann Wolfgang (1749-1832)
Faust: Prima parte, Scena degli scolari

0. (Una sentita e doverosa) Premessa

Partecipare all’omaggio che una vasta e autorevolissima platea di penalisti ha inteso dedicare a Lucio Monaco, mi offre, insieme ad un immeritato onore, la possibilità di manifestare la mia gratitudine per il privilegio di cui, al pari di altri, ho potuto godere in questi anni.

Nel corso della sua lunga esperienza presso l’Ateneo di Urbino il Prof. Monaco ha infatti saputo creare attorno a sé un ambiente culturalmente assai stimolante, connotato da originalità del pensiero, incondizionata apertura al confronto delle idee, respiro internazionale.

La consuetudine, cercata e coltivata negli anni, con quella realtà e con le persone che ne sono state, prima il frutto e poi l’hanno ulteriormente alimentata, è stata per me ragione e occasione di grande arricchimento personale e professionale.

Ma c’è un altro tratto connotativo dell’impegno di Lucio Monaco che, insieme ai suoi meriti scientifici, ne definisce il valore come punto di riferimento per molti e certamente come esempio per tutti, vale a dire l’attenzione costante agli studenti e alla didattica universitaria, impartita in forme non di rado innovative.

Mi è sembrato dunque naturale che l’omaggio, nei limiti in cui è per me possibile farlo, provasse a riflettere l’insieme delle ragioni per le quali tutti noi dobbiamo essere grati a Lucio Monaco. La fortuna è intervenu-

ta a facilitare il compito, perché i curatori degli Scritti, hanno annunciato la ulteriore iniziativa della organizzazione di un convegno avente ad oggetto il *'Diritto penale tra teoria e prassi'*. La scelta del tema non è ovviamente casuale e identifica una dimensione della ricerca per la quale Lucio Monaco ha sempre mostrato una particolare sensibilità, fornendo contributi di grande significato e valore.

Nel limitatissimo orizzonte personale della scelta relativa al contributo da destinare agli Scritti, quella indicazione si è tradotta nella decisione di recuperare, con un minimo di rielaborazione, il testo di una relazione svolta in un seminario al quale proprio i colleghi di Urbino, allievi di Lucio Monaco, mi avevano invitato a partecipare, volutamente conservandone l'impianto e soprattutto l'intonazione didattica.

Il seminario, destinato agli studenti, aveva un titolo assai impegnativo e quasi intimidente: *Sistema e prassi*. Non nascondo i timori di allora nell'affrontare un tema che apre scenari dotati di una profondità la cui esplorazione richiede un'attrezzatura e una esperienza delle quali non ero e non sono dotato, con la responsabilità aggiuntiva che derivava dal fatto di rivolgersi ad una platea di studenti.

Ancor meno dunque posso nascondere i timori attuali nel consegnare alla lettura di un pubblico più vasto un testo il cui scorrere su linee essenziali era funzionale, considerata la sua originaria destinazione, alla necessità di muoversi sul rassicurante terreno di temi didatticamente dominabili nel corso di un limitato intervento seminariale.

Il senso di inadeguatezza, che chiunque dovrebbe provare di fronte ad un impegno del genere, si stemperò allora nella convinzione che l'obiettivo - forse meno irraggiungibile di quanto il titolo lasciasse temere - era in fondo quello di fornire un piccolo contributo alla costruzione di un approccio allo studio del diritto penale più consapevole della complessità sottesa alla sua evidenza normativa.

Naturalmente non sono affatto sicuro che lo sforzo di allora abbia prodotto per gli studenti i risultati sperati e oggi spero di poter contare su di un po' di benevolenza da parte degli eventuali lettori per il tono a tratti didascalico e la modalità 'basica' con la quale vengono proposti temi degni di ben altro approfondimento.

Mi è sembrato tuttavia che, nonostante i dichiarati limiti che lo caratterizzano, riproporre in questa sede quel tentativo - riuscito o meno - così come si è concretizzato in un'aula dell'Università di Urbino, potesse essere un tangibile - e per me molto sentito - omaggio anche al modo d'intendere l'impegno universitario che il Prof. Monaco non solo ha incarnato ma anche promosso, assumendosi, tra gli altri, il ruolo di tracciatore di piste che in tanti, compreso il sottoscritto, hanno poi potuto percorrere.

1. Per muovere i primi passi. Stipulazioni minime.

La natura non esplicativa del titolo dipende dal fatto che con esso non si è inteso descrivere sinteticamente un oggetto, quanto piuttosto indicare una 'traccia'. E poiché di essa sono possibili innumerevoli declinazioni, vale la pena spendere subito un primo 'bonus didascalico', aprendo il vocabolario (in questo caso la versione on line del Vocabolario Treccani) per consentire la identificazione dello spazio semantico - invero assai ampio - entro il quale ci muoviamo quanto mettiamo in relazione i due termini.

- **prassi** s. f. [dal gr. *πράξις* «azione, modo di agire», der. di *πράσσω* «fare»]. – 1. In genere, l'attività pratica, spec. in quanto contrapposta all'attività teorica o speculativa. Nel linguaggio com.: a. L'esercizio di un'attività, di una professione, di un'arte, e l'insieme delle norme che la regolano: la p. medica, legale, giornalistica. b. Procedura abituale, consuetudine nello svolgere una determinata attività, spec. con riferimento ad attività regolate solo da norme generali e incomplete, non codificate in una legge o in un regolamento: p. amministrativa; p. costituzionale; p. parlamentare; p. protocollare; seguire la p., conformarsi alla p.; è p. corrente, in questi casi, seguire l'ordine gerarchico. 2. Nel linguaggio filosofico contemporaneo, e in partic. in alcune correnti marxiste, il condizionamento storico-economico, esercitato dai rapporti di produzione sulle varie forme dell'ideologia e dell'attività speculativa: filosofia della p., v. filosofia, n. 1; rovesciamento della p., v. rovesciamento.
- **sistèma** s. m. [dal lat. tardo *systema*, gr. *σύστημα*, propr. «riunione, complesso» (da cui varî sign. estens.), der. di *σύνιστημι* «porre insieme, riunire»] (pl. -i). – 1. Nell'ambito scientifico, qualsiasi oggetto di

studio che, pur essendo costituito da diversi elementi reciprocamente interconnessi e interagenti tra loro o con l'ambiente esterno, reagisce o evolve come un tutto, con proprie leggi generali: un s. fisico, chimico, biologico, economico, ecc. [...]. - 4. Insieme di nozioni, principî, idee, opinioni, proposizioni, connesse logicamente tra loro e relative a una determinata scienza o anche a un'attività pratica.

Leggendo queste definizioni (altre meno conferenti non sono state riportate) non sembra operazione facile o comunque immediata quella di conciliare la dimensione pratica e l'aspirazione sistematica, che anzi potrebbero apparire in alcune delle loro possibili accezioni addirittura contrapposte. A dire il vero però l'accostamento dei due termini non è così inusuale e le accezioni veicolate dalla loro combinazione possono essere diverse e non necessariamente espressive di una contrapposizione.

In alcuni casi il loro accostamento tende invero ad assumere un'accezione negativa. Mi viene in mente ad esempio che dire che in certo contesto «la prassi è stata elevata a sistema» rimanda, criticamente, ad una realtà dove le regole non funzionano o sono rifiutate e vengono bypassate dall'adozione di approcci deformalizzati di regolamentazione di un'attività.

È anche vero tuttavia, in un senso del tutto diverso, che un insieme di «buone prassi» tende a configurare un *sistema* efficiente di funzionamento per determinate attività, coniugando dunque i due termini in un dimensione virtuosa.

Insomma, se è vero che non siamo necessariamente di fronte ad una contrapposizione, è tuttavia necessario intendersi sul significato che si vuole attribuire alla loro giustapposizione, perché la dialettica tra prassi e sistema non produce esiti univoci e in ogni caso qui ne viene presa in considerazione una declinazione specifica, quella cioè che si svolge sul terreno del diritto penale.

Per iniziare ad abbozzare una prima e molto parziale risposta si può provare a isolare la definizione che attribuisce al 'sistema' l'attitudine e anche l'aspirazione a connettere logicamente tra loro « *nozioni, principî, idee, opinioni, proposizioni connesse logicamente tra loro e relative non solo ad una determinata scienza ma anche ad un'attività pratica* ». La prassi non è infatti sinonimo di asistematicità e persino là dove fosse in-

tesa come indicativa di un procedere non codificato (normativamente), la sua adozione stabilizzata esprime comunque un'aspirazione regolativa della realtà.

Naturalmente quando questa dialettica si svolge sul terreno penalistico non può essere ignorata la presenza e, insieme ad essa, l'esigenza di salvaguardare l'elevato - per quanto oggi recessivo - livello di formalizzazione che, in funzione di garanzia, caratterizza il diritto (e la procedura) penale.

È facile comprendere che pur rinunciando a qualsiasi velleità di completezza - anche solo panoramica - e imboccando una qualsiasi delle molteplici articolazioni di un tema così vasto saremmo in ogni costretti a percorrere sentieri assai impervi con il rischio di non giungere da nessuna parte dovendo muoverci nel breve spazio di cui disponiamo.

Considerato il contesto nel quale vengono proposte queste riflessioni, appare sensato allora provare ad assumere come punto di vista specifico quello dell'insegnamento universitario del *diritto penale* (sostanziale), come parte di un impegno ricostruttivo molto già ampio che guarda alla conoscenza del *sistema penale*.

La prendo allora un po' alla larga. La domanda non è ovviamente se la dimensione pratica del diritto penale debba fare parte dell'orizzonte didattico, perché la risposta positiva si colloca ben oltre l'ovvio, ma semmai quali sono i riflessi che la ineliminabile dialettica tra sistema e prassi nel diritto penale dovrebbe proiettare sulla didattica universitaria.

Non si tratta, infatti, di contrapporre, operando una semplificazione del tutto impropria e particolarmente priva di senso, la teoria alla pratica del diritto (o se volete, spostando parzialmente la prospettiva, appunto, il sistema alla prassi) oppure impegnarsi ad affermare le pretese virtù di una delle due a scapito dell'altra o addirittura la loro alternatività. Le cose, come è facile comprendere, sono (un bel po') più complesse, ma per dare l'abbrivio al discorso può essere utile l'adozione, quanto meno, di qualche schematismo.

Non è inusuale ad esempio che i penalisti, intesi come studiosi del diritto penale, vengano accusati - ma oggi l'accusa sarebbe in larga misura ingenerosa e anzi infondata - di limitarsi a dedurre dai principi,

ad elaborare schemi deontologici, a manipolare le norme; di conseguenza l'insegnamento universitario del diritto penale, a sua volta, in quanto impartito prevalentemente da chi proviene da quel tipo di formazione è stato a lungo percepito e qualche volta inteso - ma anche in questo caso il rilievo oggi risulterebbe parimenti infondato - come strumento di trasmissione di quel modello.

È probabilmente inevitabile, almeno in una certa misura, che la capacità di adeguamento dei contenuti, dei metodi e degli strumenti della didattica alla evoluzione del proprio oggetto scoti un 'ritardo di risposta' e questo rende particolarmente doveroso assolvere, quantomeno, all'essenziale compito formativo consistente nel fornire strumenti utili alla comprensione e dunque, in prospettiva alla gestione della complessità che caratterizza la incessante dinamica tra gli elementi, anche pratici, di un sistema complesso.

Nell'assolvimento di questo compito, la didattica universitaria utilizza i modelli analitici elaborati dalla teoria generale del reato per l'approccio epistemologico al fatto penalmente rilevante e dunque, pur nella consapevolezza di procedere sicuramente per approssimazioni e un po' 'per salti' è certamente necessario che il discorso che andiamo sviluppando tenga conto delle interazioni che si producono nel rapporto tra la dogmatica del reato e la prassi.

L'astrazione dogmatica - a volte denigrata, altre semplicemente ignorata nella prassi - è forse lo strumento per eccellenza per conferire un significato di armonica ragionevolezza all'applicazione delle norme e dei complessi di norme. Le ragioni della diffidenza della prassi verso l'astrazione dogmatica si può ritenere che dipendano dalla percezione - in sé ovviamente corretta - che il diritto penale si addensa e prende vita lungo formanti normativi e giurisprudenziali 'reali', che impegnano ad un continuo lavoro di riconsiderazione dei risultati precedentemente raggiunti e non possono semplicemente essere 'dati' una volta per tutte.

L'aspirazione sistematica, tuttavia, contrariamente a quella che a volte sembra essere una convinzione diffusa, non è una gabbia, una struttura rigida ed impermeabile. E' vero esattamente il contrario. L'ordinamento giuridico è ordinamento della vita reale, se cambia la realtà cambia necessariamente il modo in cui organizzare su basi razionali le regole che ne

disciplinano lo svolgimento. Anche il metodo, attraverso il quale la dottrina elabora il diritto vigente, contribuendo alla sua applicazione, si presenta dunque, a sua volta, in una dimensione 'storica'.

La prassi del diritto penale, se con essa intendiamo, semplificando molto, il modo in cui quest'ultimo concretamente si manifesta sul piano legislativo e su quello giudiziario, però non sempre mostra adeguata attenzione al dibattito scientifico, al metodo che propone e ai suoi esiti, che invece hanno come obiettivo quello di offrire proprio alla prassi (a chi altrimenti?), non tanto 'soluzioni', ma il supporto di un *sistema* utile a conferire ordine e chiarezza concettuale ai contenuti reali del diritto penale o, meglio, al *diritto penale praticato*, migliorandone in questo modo le *performance* in termini di razionalità.

Non so dire quale sia l'immagine del diritto penale storicamente praticato (e dunque mutevole) che gli studenti hanno quando approcciano lo studio universitario di questa materia e neppure so dire se e quanto questa idea si modifichi o si trasformi attraverso lo studio.

Certamente sono assai numerosi e disomogenei gli input che, prima e durante lo studio, contribuiscono alla formazione di quella immagine e in molti casi hanno un'attitudine (e a volte una intenzione) deformante e la didattica universitaria non è necessariamente in grado di contrastarne gli effetti, anche se questo dovrebbe essere uno dei suoi compiti fondamentali.

Osservando la questione da quest'ultimo punto vista, vale a dire, appunto, quello della didattica, non è obiettivamente molto facile, ad esempio, spiegare agli studenti (o a chiunque altro) perché il diritto penale 'praticato' sembra essere (o effettivamente è) inerme di fronte alle stragi (centinaia di morti) causate dallo svolgimento di determinate attività industriali e si mostra invece implacabile con il ladro d'appartamento, al punto di esporlo anche alla difesa armata *no limits* (nelle intenzioni del legislatore) da parte del proprietario. Neppure però appare pensabile che in un corso universitario si passi il tempo a misurare la distanza tra i proclami legislativi e gli esiti giudiziari o tra i risultati conseguibili adottando il necessario rigore sistematico e quelli prodotto dagli slanci intuitivi della giurisprudenza.

Ma comunque, anche a prescindere dai potenziali effetti distorsivi che possono derivare dalla visione delle *crime series* che inondano le piat-

taforme televisive o, ancora peggio, dalle declinazioni più o meno *trash* che alcuni programmi televisivi offrono della realtà giudiziaria, diventa sempre più difficile mettere a fuoco una immagine attendibile del diritto penale contemporaneo e non solo di quello 'praticato'.

D'altra parte se guardiamo alla prassi, provando a farci largo tra i suoi scenari a volte *pulp*, a volte drammatici, altre volte gravi o ancora semplicemente di sconfortante e assai poco attraente banalità - non si colgono segnali rassicuranti sulle effettive *chances* di realizzare una virtuosa integrazione tra le due dimensioni qui considerate.

Al netto di quel po' di disdegno che a volte accompagna l'opinione che i c.d. pratici hanno delle riflessioni svolte dalla dottrina penalistica e di quel po' di snobismo che a volte contrassegna le riflessioni della dottrina quando rivolge lo sguardo alla pratica è senz'altro vero che nel diritto penale praticato - nelle aule dei tribunali o in sede legislativa - solo raramente compaiono, magari in filigrana o come riflessi della memoria, consapevolezza storica, pensiero sistematico, uso consapevole degli strumenti di teoria generale.

Non solo. Benché posso apparire un paradosso, sempre più spesso sono bandite dalla pratica anche le conoscenze empiriche, che pure danno spessore al *background* culturale di molti degli attori di quella realtà.

Non può certo essere queste valide ragioni per rinunciare alla conoscenza scientifica di *quel che si pratica* e anzi deve essere ancora più forte l'impegno a rivendicare, a partire dalle aule universitarie, la irrinunciabilità di una visione di sistema penale in grado di integrare anche la prassi.

Ribadisco - ne sono consapevole - una ovvietà quando dico che tanto la conoscenza che la pratica del diritto presuppongono la ricognizione di un sistema (appunto) di valori, riguardano, quanto meno, l'acquisizione di determinati canoni logici e/o teleologici che sono al di fuori della norma e sovente richiedono un lungo percorso di approfondimento anche di tipo extragiuridico, perché ogni esperienza giuridica è il prodotto della storia, delle scelte di politica del diritto o della politica *tout court*. Per una conoscenza 'utile' del diritto positivo è necessaria, proprio in vista della sua applicazione, l'acquisizione di strumenti di elaborazione idonei a stabilire criteri di collegamento non solo tra le varie norme, ma tra

i diversi livelli, tutti peraltro convergenti nella prassi, sui quali si svolge l'esperienza giuridica.

2. A cosa serve il sistema?

Si può, a questo punto, riprendere la definizione di «sistema» già proposta e che rimanda ad un «*oggetto di studio che, pur essendo costituito da diversi elementi reciprocamente interconnessi e interagenti tra loro o con l'ambiente esterno, reagisce o evolve come un tutto, con proprie leggi generali*». Orbene, si può dire che nel nostro caso la *prassi* è allo stesso tempo il luogo dove le interazioni sistematiche si manifestano e uno degli 'agenti' di quella interazione. Per questo non ha senso distinguere e tanto meno contrapporre.

Se siamo d'accordo su questo - e difficilmente, oggi, qualcuno potrebbe manifestare un preventivo disaccordo - possiamo convenire anche sul fatto che l'applicazione delle norme (nella prassi) è (deve essere) un'opera di 'riconduzione a sistema'. Questo 'riconduzione a sistema' serve infatti a consentire e allo stesso tempo a verificare che l'interpretazione delle norme sia razionalmente coerente e la loro applicazione prevedibile nel caso concreto. Il *sistema*, che cerchiamo di ricostruire con il contributo della prassi, rappresenta il momento della sintesi di tutte le componenti - normative, teoretiche, applicative - del fenomeno giuridico penale e in quanto tale deve essere assunto come punto di riferimento per una didattica che non intenda limitarsi alla enunciazione di proposizioni descrittive (di porzioni) della realtà.

La posizione delle premesse si è fin qui adagiata su proposizioni assai poco controverse se non addirittura scontate, almeno dal punto di vista del metodo, anche se non necessariamente la realtà fornisce riscontri coerenti. Ma cosa succede quando, come nel nostro caso, invece di interagire tra loro secondo le cadenze dettate dalla comune appartenenza ad un sistema gli elementi della realtà sembrano obbedire a logiche autonome, ribellandosi a qualsiasi tentativo sistematizzante?

Come decliniamo, in concreto, le premesse che abbiamo posto se il diritto penale praticato, inteso come prodotto legislativo, prima ancora che giurisprudenziale, si manifesta in una forma tanto *flou* da risultare non di rado razionalmente inafferrabile e comunque inservibile per intraprendere una lettura di sistema?

E, di conseguenza, cosa dobbiamo (provare a) insegnare nelle aule universitarie?

Se le cose stanno così - e le cose stanno esattamente così - allora l'aspirazione sistematica è solo un *optional*? Il sistema un feticcio? La dogmatica del reato un vecchio arnese, utile, al limite, solo per celebrare la liturgia didattica?

E' cioè ancora possibile e comunque serve l'immane sforzo di ordinare, distinguere, denominare, includere, escludere, cercando di ricondurre le norme giuridiche e la loro applicazione ad un sistema dotato di una sua coerenza logica?

Nonostante la evidente refrattarietà dell'oggetto, una risposta positiva deve ritenersi comunque scontata, perché non si tratta di una questione estetica. Sappiamo bene ad esempio (ma tendiamo a dimenticare) che la funzione *ordinatrice* svolta dalla sistematica del reato (come tramite per il sistema) è allo stesso tempo funzione di *garanzia*. E' infatti grazie alla sistematica del reato che siamo in grado di offrire un parametro di verifica razionale del risultato applicativo, in termini di corrispondenza o meno ad un sistema che definisce natura, caratteri e funzioni di un'attività, l'applicazione delle norme penali, che nella sua dimensione pratica si traduce in forme più o meno intense di limitazione delle libertà personali.

La dogmatica del reato, quella che gli studenti conoscono attraverso le lezioni che si occupano della teoria generale del reato, ha infatti elaborato le sue categorie originarie (e da questo punto di vista non ha importanza che le categorie siano adesso molto diverse da quelle originarie) assumendo come valori di riferimento per la costruzione del modello la **certezza** e la **prevedibilità** delle conseguenze che possono derivare sul piano penale dalle azioni umane. Quel modello, parallelamente all'affermarsi del principio di legalità (che svolge la stessa funzione), intende infatti vincolare il lavoro dell'interprete e soprattutto di chi, cioè il giudice, è chiamato ad applicare le norme, al rispetto di regole e concetti sistematici chiari e verificabili.

Il modello propone una sequenza chiara e necessitata, sintetizzabile in quesiti noti, dei quali proprio la didattica si serve per guidare il percorso di apprendimento: quello che è avvenuto nella realtà corrisponde

ad una fattispecie incriminatrice? Quel fatto è, dunque, offensivo di un bene giuridico? Ci sono norme dell'ordinamento che autorizzano quella lesione? L'autore del fatto è personalmente rimproverabile alla stregua della pretesa normativa? Ci sono, alla luce delle finalità preventive, ragioni per punirlo?

Peccato che la prassi tenda a smarcarsi dal rigoroso percorso logico che la teoria generale propone e sembra anzi diffidare delle istruzioni che il modello fornisce per sistemare la realtà in vista del tipo di giudizio che le è richiesto.

Per meglio comprendere può essere utile un esempio, tra gli innumerevoli possibili, di quel che succede quando la prassi cerca soluzioni suggerite dalla ritenuta necessità di far fronte a contingenti esigenze applicative, ignorando o sottovalutando gravemente l'esigenza di dare corretta attuazione al sistema del quale il momento applicativo dovrebbe essere coerente espressione.

L'esempio riguarda l'uso che viene fatto della categoria della tipicità, per il cui buon funzionamento è innanzitutto necessario che il legislatore (dunque uno degli attori della prassi) renda possibile individuare con chiarezza qual è l'offesa che integra il disvalore penalmente significativo, che poi spetta al giudice (sul versante applicativo della prassi) ricercare nel fatto oggetto di accertamento.

Orbene, uno sguardo alla prassi rivela che la giurisprudenza - forse in questo non adeguatamente contrastata dalla dottrina - con sempre maggiore frequenza fa ricorso a letture plurioffensive delle fattispecie incriminatrici, indubbiamente favorite dalla necessità di maneggiare tipicità deboli e ambigue, facilmente manipolabili anche nel loro nucleo essenziale, quello cioè del bene tutelato, attorno e in riferimento al quale si costruisce la tipicità.

La plurioffensività è però, a mio avviso, un formidabile viatico per la destrutturazione descrittiva e prelude, rendendola possibile, ad una ricostruzione o forse sarebbe meglio dire ad un ri-montaggio giudiziario della tipicità, realizzato utilizzando le istruzioni fornite dal caso concreto. Quella che viene così disegnata è insomma un'avvilente parabola della sistematica del reato da Beling al bricolage, attuativa di un rovesciamento dei rapporti tra concreto ed astratto nella dinamica applicativa,

che inevitabilmente innesca (ed è anzi funzionale a) spinte espansive dei confini della incriminazione.

Questa alterazione della categoria della tipicità e della sua funzione delimitativa, si presta invero molto bene a descrivere gli attuali rapporti tra prassi e sistema e i rischi che da essa derivano.

Innumerevoli potrebbero naturalmente essere gli esempi ulteriori - riferiti a singole fattispecie o a più ampie vicende trasfigurative delle categorie sistematiche - utili a rappresentare come la funzione ordinatrice e la funzione di garanzia (peraltro ovviamente tra loro connesse) svolte dalla sistematica siano oggi, entrambe ed insieme, in crisi di fronte agli andamenti della prassi, che si mostra refrattaria ad ogni possibile ordine e anzi in qualche modo sembra rivendicare la sua autonomia.

La prassi - mi si perdoni la 'personificazione' banalizzatrice di un concetto complesso - non sembra in realtà particolarmente interessata alle garanzie oppure ritiene (in buona fede?) di poterle assicurare altrimenti, dopo che, oggettivamente, sono state messe nell'angolo dal tradimento di tutte le promesse che la modernità aveva fatto balenare agli occhi delle nostre ingenuie democrazie.

Il compito che attende la didattica non può comunque essere quello di provare ad allineare l'inevitabile asimmetria - per usare un'abusata formula semplificatoria - tra *law in the books* e *law in action*. Procedere per antitesi, operare scissioni a volte semplifica e spesso tranquillizza, ma una mente allenata a riflettere sulla complessità sa bene, invece, che i processi di integrazione sono molto più produttivi (in qualsiasi campo).

Il problema è che lo sforzo di integrazione rischia di fallire prima ancora di essere intrapreso, considerato che il quadro reale al cui interno tale sforzo viene operato risulta sempre più confuso e a tratti incomprensibile e orientarsi 'a tentoni' non è certo il compito che si immagina affidato alla scienza giuridica (a qualunque scienza).

Si potrebbe, volendo, attingere a piene mani dal bizzarro *hellzapoppin'* penalistico che ci scorre davanti quando ci addentriamo nel 'diritto penale praticato', per rappresentare questa distonia (che tende alla distopia) tra sistema e prassi e che sembra riflettere una deleteria separazione molto più che promettere una naturale integrazione tra queste due dimensioni.

Poco importa però quanto vario e disomogeneo sia il materiale da sistemare, il punto è che la costruzione sistematica non può né precedere, né prevaricare i suoi oggetti cioè il complesso delle norme giuridiche esistenti e la loro applicazione (cedendo così alle insidie del c.d. *Inversionsmethode*). Si può occupare esclusivamente di quel che c'è.

È tuttavia difficile astrarre dal nulla; assai arduo cercare connessioni tra universi normativi - quando va bene - paralleli ma non comunicanti; disperante tentare di dare ordine a scelte palesemente contraddittorie e aspirare alla coerenza facendosi largo tra le mistificazioni

Abbiamo più volte ribadito che queste difficoltà non sono una ragione sufficiente per rinunciare a perseguire obiettivi di 'sistemazione' e poiché ci stiamo ponendo il problema, anche attraverso gli occhi della didattica, bisogna comunque cercare di dare, innanzitutto ai nostri studenti, una risposta credibile alla domanda: di cosa parliamo quando parliamo di diritto penale? (per parafrasare, mi perdonerà, Raymond Carver).

Si dirà: per orientarci esistono i principi, quelli consacrati nella Costituzione, nelle Carte dei diritti e iscritti (ma forse ci illudiamo) nel codice genetico negli ordinamenti democratici. Vero. È anche vero però che si sta consumando un lento (e inesorabile?) divorzio di quei principi - almeno dei principi penalistici così come li conoscevamo fino a qualche tempo fa - dalla realtà e dunque dalla prassi.

Le ragioni di questa destrutturazione dei principi fondativi del diritto penale moderno sono numerose e non è certo possibile esaminarle qui. Tra le altre, certamente sono da annoverare, se mi è consentita l'irriverente definizione, anche le "invasioni barbariche", cioè la irruzione degli ordinamenti sovranazionali nei territori del diritto penale classico, percorrendo strade difficilmente tracciabili se si usano strumenti e punti di orientamento superati, quando non obsoleti.

Penso ad esempio a quella che ho sentito efficacemente definire "la insaziabile voracità dei diritti individuali" nella giurisprudenza della Corte CEDU, che sta divorando anche i principi tradizionali e con essi il sistema che li ha generati. Forse questo prelude ad un 'nuovo' sistema, ma per ora dobbiamo domandarci se la prassi stia seguendo la strada giusta o comunque se stia seguendo una qualsiasi strada. Non ho una risposta

e nemmeno una previsione. Certamente ho, tuttavia, insieme a molte preoccupazioni, qualche speranza, perché la contaminazione tra sistemi di solito opera come fattore evolutivo o almeno è in grado di attivare mutazioni adattative.

I rischi che derivano dall'assenza di vincoli di sistema in grado di contenere il funzionamento di strumenti a base coercitiva entro un quadro di razionalità, proporzione e verificabilità, sono ben visibili, per fare, in forma di cenno, un ulteriore esempio, se si guarda alla galassia (in espansione) delle misure di prevenzione.

Nate e sviluppatasi, anche formalmente, al di fuori del sistema penale le misure di prevenzione sono infatti da tempo oggetto di un articolato sforzo che soprattutto la giurisprudenza - e non solo quella costituzionale - ha messo in atto per ridisegnarne il volto in termini di accettabile conformità ai principi penalistici. Un caso, quest'ultimo nel quale prassi e sistema hanno dialogato a volte con apprezzabile efficacia anche se, purtroppo, in maniera irregolare e ondivaga.

3. I pericoli di una prassi autarchica.

Il lavoro da fare è certo enorme perché buona parte della recente legislazione penale è priva del decoro anche solo esteriore necessario alla formulazione della legge. Per utilizzare la efficace immagine proposta da un compianto Maestro, in molti casi abbiamo a che fare con dei "semilavorati" affidati ai gestori della prassi, cioè alla giurisprudenza, che viene chiamata a completare il processo di lavorazione, senza che sia tuttavia possibile sapere come si presenterà il prodotto finito, per l'assenza di un chiaro progetto e dunque di vincoli progettuali in grado di guidare le fasi finali della lavorazione. In questo senso assistiamo più che un rovesciamento ad una vera e propria rottura del rapporto tra sistema e prassi.

Se oggi cerchiamo il sistema nella prassi e ci domandiamo ad esempio se il principio di legalità abbia fallito, temo purtroppo che la risposta debba essere, positiva. La riserva di legge ha fallito senza dubbio. Il principio di determinatezza è abbastanza esangue ed il divieto di analogia è ormai un confine cedevole. La successione di leggi appare come un groviglio tecnicistico.

A chi affidiamo dunque le garanzie? O, almeno, a cosa ci possiamo affidare per ‘puntellare’ il traballante edificio garantistico e ottenere comunque un risultato che assicuri in misura decente **certezza, sicurezza, conoscibilità, prevedibilità**, in attesa che la rete dei principii venga ritessuta con la nuova trama che le Corti nazionali e sovranazionali, i legislatori nazionali e sovranazionali, la scienza penalistica stanno faticosamente allestendo?

All’orizzonte non sembrano apparire segnali che inducono all’ottimismo e stando così le cose, qualcuno potrebbe essere tentato, come atto estremo di realismo, di dubitare della necessità stessa o della utilità di riferirsi ad un fantomatico sistema sempre meno afferrabile e soprattutto sempre meno capace di esprimere l’operare interconnesso, secondo schemi razionali, delle parti che lo compongono.

La domanda ulteriore è se, allora, può avere senso confidare o almeno sperare, a questo punto, nelle virtù auto-corrective della prassi, affidandoci cioè alla sua (presunta) capacità di essere ‘esercizio conformativo del reale’, invece di illuderci che sia possibile davvero costruire una sovrastruttura del reale, un ‘mitico’ sistema in grado di regolare, contenere, condurre.

D’altra parte non vi dubbio che il diritto penale contemporaneo tenda a pensarsi - almeno anche - come diritto giurisprudenziale, tendenza che la spinta del modello EDU ha accelerato, favorendo nella percezione che la giurisprudenza ha del proprio compito regolativo una visione non sempre in linea con i caratteri del sistema al cui interno quel compito viene svolto e del quale dovrebbe essere espressione attuativa.

L’esperienza recente ci dice infatti che l’intraprendenza creativa della giurisprudenza sembra prevalentemente orientata alla espansione punitiva e molto più raramente le prassi interpretative si dirigono in direzione opposta, assecondando oggettivamente una linea di intervento fondata sull’idea che l’obiettivo dell’attività pratica sia quello di punire, se possibile di più e più gravemente, e non invece quello di **contenere** l’uso del diritto penale all’interno dei confini che il sistema consente di disegnare su basi suscettibili di essere verificate alla luce di criteri razionali e normativamente fondati.

La insofferenza che la giurisprudenza manifesta verso i vincoli di sistema arriva a coinvolgere lo stesso diritto giurisprudenziale: le limitazioni che derivano dalla sua stabilizzazione vengono viste e vissute con la stessa diffidenza che porta a guardare alla dommatica come una gabbia e non come a una istanza ordinatrice.

Naturalmente non si vuole in alcun modo stabilire impropri parallelismi e ancor meno affrontare il tema del valore del precedente o più in generale prendere posizione sul ruolo del diritto giurisprudenziale nel diritto penale, ma solo segnalare un fattore di condizionamento decisivo per l'andamento dei rapporti tra prassi e sistema.

Si tratta della persistente presenza nella nostra giurisprudenza di un atteggiamento culturale che va oltre la diffidenza (non del tutto ingiustificata) dei giudici verso il legislatore e quella (meno giustificata) verso la dottrina, riflettendo piuttosto la più o meno consapevole aspirazione a rivestire un ruolo che, inteso come appare, richiederebbe una ben diversa e più forte legittimazione, incompatibile con un sistema (appunto) fondato sul principio di legalità e sulla sottoposizione del giudice alla legge.

Visto che stiamo sondando gli atteggiamenti della prassi c'è infine da accennare al ruolo del processo, inteso dunque non solo come il sistema delle regole che presiede all'accertamento della responsabilità, ma anche come l'insieme dell'attività giudiziari concretamente svolta ed è superfluo ricordare quanto la dimensione sostanziale e quella processuale siano inscindibili, integrate a tal punto da non poter essere pensate l'una senza l'altra.

Personalmente non posso certo essere sospettato di sottovalutare il ruolo che il processo svolge nel definire i caratteri del sistema penale e nessuno, tanto meno, può seriamente sottostimare la sua capacità di condizionare gli andamenti della prassi. Proprio per questo, però, sono consapevole, tra le altre cose, del fatto che la natura strumentale delle garanzie riconducibili all'idea del giusto processo, rispetto alle garanzie sostanziali e dunque in definitiva alla tutela dei diritti di libertà, impedisce che si possa confidare nella capacità salvifica del processo se non è innanzitutto il diritto penale sostanziale a porre le premesse necessarie per poter attivare quelle garanzie *nel* processo e *attraverso* il processo.

Così, d'altra parte, funzionano i sistemi: «*il sistema pur essendo costituito da diversi elementi reciprocamente interconnessi e interagenti tra loro o con l'ambiente esterno, reagisce o evolve come un tutto, con proprie leggi generali*»

In definitiva non appare dunque possibile abbandonare e anzi risulta particolarmente necessario sostenere lo sforzo di ricondurre la **prassi** al **sistema** del quale essa è parte costitutiva. Dare ordine alla prassi ha come obiettivo essenziale quello di garantire nella misura massima possibile che l'esito applicativo sia **prevedibile**, non certo nel senso che questo esito debba essere necessariamente uno ed uno soltanto, ma (ovviamente) nel senso che la previsione sia ragionevolmente possibile sulla base del testo normativo e delle sue declinazioni applicative. E ciò perché a guidare entrambi c'è una comune logica di sistema.

Alla prassi non è certo richiesto di rivestire un ruolo di tipo meccanico, bensì di partecipare attivamente, dando coerente attuazione al sistema che fornisce una base razionale all'opera di concretizzazione, rendendola prevedibile nei suoi esiti e dunque anche più efficiente sul piano preventivo e offrendo allo stesso tempo un parametro di verifica della razionalità delle decisioni, che affidata esclusivamente ad una prassi a-sistematica e autarchica ne sarebbero prive.

E' chiaro che proiettando questo discorso sui compiti (e le possibilità) della didattica universitaria l'obiettivo - che si ridimensiona per portata ma non necessariamente per difficoltà - è quello di riuscire a far dialogare anche nelle aule universitarie il diritto penale 'vivente' - compreso quello che è stato sagacemente etichettato come il diritto 'mal-vivente' - con il resto del sistema penale, provare a fornire gli strumenti non solo per comprenderlo, ma anche, alla lunga, per correggere le distorsioni.

Nella interazione che immaginiamo virtuosa tra prassi e sistema dovrebbe essere sempre possibile cogliere senza indugi la differenza tra una cena elegante e lo sfruttamento della prostituzione minorile; oppure distinguere con chiarezza tra un guidatore sconsiderato ed un killer di pedoni; ancora, quella interazione dovrebbe consentire di tracciare una linea netta tra l'umana pietà e l'aiuto al suicidio (ammesso che la questione debba riguardare il diritto penale); né, tanto meno, in questo scenario ideale, qualcuno dovrebbe poter agitare le presunte ragioni

della prassi contro il sistema per sostenere, ad esempio, che difesa legittima e giustizia fai da te possono anche essere la stessa cosa. In ogni caso e soprattutto bisogna disporre di criteri riconoscibili e condivisi per condurre una verifica di razionalità sulle decisioni assunte. Avere a disposizione un **sistema** in grado di offrirli, questi criteri, potrebbe essere un aiuto non disprezzabile.

L'auspicio vale a maggior ragione in un momento come quello attuale segnato da un profondo cambiamento dei modi e della presenza del diritto penale e dei meccanismi di produzione e di funzionamento delle sue norme. E' in particolare nelle fasi di cambiamento, in quelle di ri-fondazione, che si rivela essenziale poter contare su di un solido sistema che si faccia demiurgo della prassi, sottraendola alle spinte che ne deformano il volto e agli strappi che ne lacerano il tessuto. Sarebbe bello, nei prossimi anni, poter raccontare un finale diverso.

LA SAGA DI OEYKUE

George P. Fletcher^{1*}

Il territorio variegato e ricco d'arte che si estende da Istanbul ad Ankara, la capitale, fino a Bodrum, nel sud, offre molte storie legate al mondo del diritto. Orhan Pamuk, il più grande romanziere turco, ne ha trovate e scritte molte. Pamuk è stato una voce indipendente nella politica turca, soprattutto sul presunto genocidio degli armeni. Si è laureato al Robert College, dove mi era stato offerto un lavoro come insegnante di matematica, dopo aver conseguito la laurea alla UC Berkeley nel 1960. Di tanto in tanto, Pamuk insegna letteratura alla Columbia University. Questi legami mi danno un senso di affinità con lui e con i suoi romanzi.

Lo stretto del Bosforo, che attraversa Istanbul, è considerato convenzionalmente il confine tra Europa e Asia. A ovest del 'fiume' si trovano l'Europa e l'Asia a est. La lotta tra la cultura araba dell'Est e la cultura europea in Occidente s'incarna nella cultura turca. Mustafa Kemal Atatürk (1881-1938), il primo presidente della Turchia, ha marcato la sua visione laica rivolta all'ovest, introducendo e promuovendo l'alfabeto latino. Così, a differenza dell'ebraico e dell'arabo, il turco moderno si legge da sinistra a destra.

Gli studiosi turchi di diritto penale aderiscono alla dogmatica tedesca. Per il diritto comparato, questo è un punto importante. Ciò significa che i turchi partecipano alla struttura concettuale comune che domina la teoria mondiale del diritto penale. Adam Sözüer, per esempio, professore di diritto penale a Istanbul, tiene spesso conferenze in Germania. L'ultima volta che l'ho visto, circa due anni fa, è stato proprio a Friburgo per un evento in onore di Albin Eser.

La Turchia ha avuto una grande influenza sul mio modo di vedere il mondo. L'eroina del mio romanzo *The Bond* (Hart 2009) è una turca, Aschkin Yilmaz, che studia in Germania. Il significato di Aschkin non è chiaro (forse il nome l'ho inventato io). Yilmaz è tradotto come 'indomabile' o 'rientrante'. Dato che i romanzi rivelano qualcosa sulla psiche

1 * Copyright 2020 G. P. FLETCHER. Traduzione e *Postilla* di A. BONDI

del romanziere, devo aver avuto un'attrazione speciale per la Turchia. Forse una ragione di ciò sta nell'invito a insegnare al Robert College di Istanbul, dopo che avevo terminato gli studi di laurea nel 1960. La Turchia è sempre stata *la strada che non ho preso*, anche se l'ho visitata molte volte e ho insegnato a studenti che vivevano a Istanbul e ad Ankara.

Ma la storia di Aschkin Yilmaz potrebbe essere stata anche un effetto della mia esperienza con un turco tedesco di nome Oeykue. Per quanto qui interessa, ho assistito al processo di Oeykue a Colonia nel 1998 circa. Il processo stesso è una lezione di diritto comparato. I dettagli, li ho descritti nel mio articolo *A Trial in Germany in Criminal Justice Ethics* (1999), con un'importante replica del professor Cornelius Nestler di Colonia. Alla fine degli anni Novanta ero molto preoccupato per la tutela delle minoranze nella giustizia penale americana - soprattutto gay a San Francisco, afroamericani, ebrei a Crown Heights e donne vittime di stupri. All'epoca, l'accento era posto su questi gruppi come vittime collettive e sulla loro risposta. Le vittime *auto-identificate* a San Francisco erano la comunità gay; Harvey Milk era il loro portavoce e membro del Consiglio Comunale. La comunità gay di San Francisco si è sentita vittima dopo il verdetto per omicidio colposo nel processo a Dan White (ritenevano che la condanna avrebbe dovuto essere per omicidio doloso). Infatti, White aveva ucciso anche George Moscone, un italo-americano, ma la comunità italiana non aveva contestato il verdetto. Per approfondimenti sulla posizione delle vittime, vedi il mio libro *With Justice for Some: With Justice for Some: The Rights of Victims in Criminal Trials* (Mazo 2020).

In ogni processo penale vi è un problema di accertamento dei fatti che è possibile risolvere solo basandoci su testimonianze, orali o scritte, sotto giuramento o meno, sull'analisi del DNA o testimonianze oculari. Tutti questi problemi sono molto importanti in un processo di *common law*, dove la decisione finale è lasciata a una giuria che agisce a porte chiuse e decide sulla base di istruzioni alla giuria troppo complicate per i profani da comprendere e da applicare per la verifica dei fatti.

La giuria può percepire i fatti solo mediante le testimonianze. Nel caso di Colonia, Oeykue ha offerto *'un flusso di coscienza fluttuante'* su come la polizia l'ha picchiata e tenuta in una cella impregnata di urina. Nestler ha probabilmente ragione quando afferma che un buon avvocato difensore avrebbe dovuto controllare il suo cliente e presentare una memo-

ria scritta. Naturalmente, questo non sarebbe possibile in un tribunale di *common law*, dove la regola del *sentito dire* proibirebbe ‘una dichiarazione extragiudiziale’ per provare la questione contestata. Un’altra differenza tra le due modalità di processo è che nel sistema continentale i testimoni non prestano giuramento prima di testimoniare e quindi non sono colpevoli di *spergiuro* se mentono (v. *Postilla*).

L’affermazione di base di Oeykue è che la polizia ha usato un aspirapolvere per picchiarla, sottintendendo che l’agente ha tenuto il serbatoio in una mano e l’ha colpita con il tubo nell’altra. L’omissione intrigante nell’acquisizione delle prove è che l’aspirapolvere non è stata presentata al processo: in assenza di una buona spiegazione da parte della polizia, quest’omissione sarebbe stata fatale per l’accusa. Fortunatamente per la difesa, c’erano due agenti di polizia e quindi un buon avvocato difensore avrebbe avuto un terreno fertile per stabilire le incongruenze nella testimonianza della polizia.

Oeykue ha commesso un errore frequente nei processi penali, ovvero assumere un amico per difenderla. Ha licenziato il suo primo avvocato una settimana prima del processo e ha assunto Hasan Urgursoy. Secondo il Prof. Nestler, che ha esaminato il fascicolo del processo, il signor Urgursoy aveva esperienza nel campo del diritto dell’immigrazione, ma non del diritto penale. Questo errore si è verificato spesso anche nel Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia, dove il processo si è trasformato in una lotta collettiva tra serbi e croati, con ciascuna parte che ha scelto degli “amici” come avvocati. La mossa intelligente per Oeykue sarebbe stata quella di assumere un professionista del diritto penale, preferibilmente un tedesco non di origine turca.

La questione centrale è sempre stata l’aspirapolvere. Come essere sicuri che non si trattasse di un’aspirapolvere pesante, certo molto più difficile da usare come arma? Nei tribunali di *common law*, la difesa avrebbe cercato di inscenare una ricostruzione del reato, in sostanza per verificare se era plausibile che una giovane, fragile donna potesse rappresentare una seria minaccia per gli agenti di polizia.

La polizia avrebbe offerto a Oeykue 5000 DM (circa 2800 dollari) per dimenticare l’incidente. Il signor Urgursoy non ne ha fatto menzione al processo per paura che ciò dimostrasse che la polizia era onesta e degna di fiducia. Nestler ha etichettato questo argomento come ‘ridicolo’

perché la polizia si stava di fatto esponendo a un'indagine penale. La questione di fondo è la tendenza delle minoranze a ritenere che tutti gli agenti dello Stato siano coalizzati contro di loro.

Una differenza tra i processi di *civil* e *common law* è che la tradizione inquisitoria pretende di cercare la verità, mentre il processo di *common law* ripone la sua fiducia nella scatola nera chiamata 'la giuria'. Quando gli imputati nei processi di *common law* si dichiarano 'non colpevoli', non lo rivendicano come una questione di verità. La dichiarazione si limita a mettere in moto una procedura che accerterà se, per la giuria (o per il giudice se presiede senza giuria) è stata dimostrata la colpevolezza dell'imputato *oltre ogni ragionevole dubbio*. Lo stesso principio è espresso nei sistemi di *civil law* col principio *in dubio pro reo*. La ricerca della verità non potrebbe mai essere soggetta al tempo, al luogo e alle limitazioni probatorie di un processo penale. Uno dei paradossi del processo penale, di *common* e *civil law*, è che si deve comunque apparire come se si stesse cercando la verità. Se si dicesse il contrario, gli elementi di *abilità nel gioco* (che indubbiamente esistono nei processi accusatori) diventerebbero ridicoli.

Rimane la discussione tra me e il Prof. Nestler sulla possibilità di una difesa efficace in un processo di *common law* piuttosto che in uno di *civil law*. È una questione sulla quale gli avvocati di *civil* e *common law* non sono probabilmente d'accordo. Nel 2018, una studentessa turca della Columbia University, Elif Goksen, ha così commentato la contesa tra me e il professor Nestler:

«In breve, anche se non sono d'accordo che lei [Fletcher] sia stato di parte nella sua valutazione, il suo articolo presenta un approccio critico al sistema giuridico penale continentale e tedesco. Tuttavia, condivido anche la conclusione del Prof. Nestler, ossia, che questo caso non sia un esempio sufficiente per giungere a conclusioni sul sistema continentale, forse perché sono anche io di parte vedendo con favore il sistema legale continentale. Nondimeno, credo fermamente che questo caso sia un ottimo esempio per tutti, per capire come non dovrebbe essere un avvocato difensore».

Tutto sommato, la saga di Oeykue rimane un punto focale per il diritto penale comparato. Tutti noi affrontiamo questi problemi con pregiudizi nazionali. Il pregio del sistema accusatorio è che obbliga ad ascoltare l'altra parte: sia in tribunale sia nel mondo accademico.

POSTILLA DI A. BONDI

Sul *perjury*. L'espressione usata dal Professor Fletcher è stata: «*Another difference between the two modes of trial is that in the Continental system, witnesses do not take an oath before they testify and thus are not guilty of perjury if they lie*».

Per favorire il dialogo tra sistemi di *civil* e *common law*, con efficacia sottolineata in questo contributo, si annotano due esempi sul rapporto tra *spergiuro* e *falsa testimonianza* nei sistemi giuridici continentali.

Il **primo esempio** gioca in casa, riguarda l'Italia. Il modello tendenzialmente accusatorio italiano è stato adottato col codice di procedura penale del 1989. Il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice, di attenersi alle sue prescrizioni, di rispondere secondo verità. Non può invece essere obbligato a deporre su fatti che potrebbero configurare una sua responsabilità penale (art. 198 c.p.p.). Prima che l'esame abbia inizio, il presidente avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità e delle responsabilità penali cui andrà incontro se ciò non avviene; quindi lo invita a rendere una dichiarazione d'impegno in tal senso. L'osservanza di questa disposizione è prescritta a pena di nullità (art. 497/2, 3).

La dichiarazione d'impegno a dire «*tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto a mia conoscenza*» ha sostituito il giuramento previsto dall'art. 142 c.p.p. 1930. Si tratta di una formula rispettosa del «*principio supremo di laicità*» (C. cost. 149/1995 utilizzando proprio l'art. 497/2 c.p.p. come *tertium comparationis* per la dichiarazione d'illegittimità dell'art. 251/2 c.p.c. v. S. CORBETTA, *sub art. 498* in Giarda-Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, 2^a 2001, 1310).

Il codice di procedura penale del 1989 non utilizza mai il verbo 'giurare' e i suoi derivati. Il codice penale del 1930 lo utilizza invece sei volte: per l'*Istigazione di militari a disobbedire alle leggi* (art. 266), per il *Rifiuto di uffici legalmente dovuti* (art. 366), per il *Falso giuramento della parte in un giudizio civile* (art. 371). Nondimeno, commette il solo reato di *Falsa testimonianza* (art. 372 c.p.) il testimone che afferma il falso o nega il vero o tace in tutto o in parte quel che sa dei fatti su cui è interrogato. Se il testimone rifiuta di dare le proprie generalità o «*di prestare il giuramen-*

to» o di adempiere alle funzioni richieste commette il reato di *Rifiuto di uffici legalmente dovuti* (art. 366 c.p.).

Oggetto di tutela è la regolare amministrazione della Giustizia, assicurando l'individuazione del testimone e la verità della sua testimonianza per cui si deve sempre impegnare in forma solenne, se non si tratta di persona minore di anni 14 (art. 497/2 c.p.p.). Non è dunque oggetto di tutela differenziata l'offesa mediante spergiuro all'entità divina o statale.

Il **secondo esempio** rimane in Europa, riguarda la Germania. Anche il codice di procedura tedesco distingue tra giudice e pubblica accusa, e il processo penale si svolge solo entro i limiti dell'accusa (*Akkusationsprinzip*). Ma il processo si sviluppa in maniera inquisitoria. Volendo fare un confronto con quello italiano, il sistema tedesco è tendenzialmente inquisitorio. Il giudice è signore del procedimento. I tratti inquisitori sono particolarmente marcati durante le indagini preliminari, dove il procedimento è scritto, segreto e le possibilità d'intervento della difesa sono molto ridotte (K. Volk, *Strafprozessrecht*, 2^a 2001, 74 s., 142).

Diversamente dall'Italia, in Germania il giuramento del testimone è un elemento eventuale e successivo alla dichiarazione (§§59/2 1^a parte StPO; 392 1^a parte ZPO). Ne deriva che il codice penale tedesco distingue la punibilità della falsa testimonianza a seconda che si sia trattato di una *Falsa dichiarazione non giurata* (*Falsche uneidliche Aussage*, § 152 StGB) o di una dichiarazione giurata e per la quale il codice prevede la fattispecie di *Giuramento falso* (*Meineid*, § 153 StGB) (KINDHÄUSER-HILGENDORF, *Strafgesetzbuch, sub Vorb.* §§ 152 ss. Nomos, 8^a 2020).

Come in Italia, il giuramento tedesco ha caratteristiche laiche: è un'assunzione solenne d'impegno a dire la verità. I *delitti di giuramento* (*Eidsdelikte*) non sono reati contro la religione: oggetto di tutela è garantire la regolarità della funzione giurisdizionale (BGHSt 8, 301 309).

In breve. Per principi, storia e geografia, l'ordinamento italiano e quello tedesco rientrano nei sistemi continentali. L'Italia ha adottato un sistema processuale tendenzialmente accusatorio; la Germania un sistema che procede in maniera inquisitoria. In entrambi, il giuramento è tipizzato nella sua espressione laica. In Italia, il testimone deve giurare prima della sua dichiarazione; se *afferma il falso, o nega il vero o tace in tutto o in parte quel che sa dei fatti*, commette il delitto di *Falsa testimonianza*

(art. 372 c.p.). In Germania, il testimone può essere chiamato a giurare dopo la sua dichiarazione. La presenza o meno del giuramento distingue la punibilità della falsa testimonianza in *Falsa dichiarazione non giurata* (§ 152 StGB) e in *Falso giuramento* (§153 StGB).

“NON AVRAI ALTRO CREDITORE ALL’INFUORI DI ME!” RIFLESSIONI SPARSE SUL DELITTO DI OMESSO VERSAMENTO IVA

Giovanni Flora

1. L’art.10-bis come incriminazione estranea all’impianto di fondo del D.lgs. n. 74 del 2000 e alla legge delega di riforma del sistema sanzionatorio tributario del 2014 (L. n. 11.3.2014, n. 23)

È ormai opinione comune degli studiosi del diritto penale tributario che il delitto di omesso versamento iva contemplato dall’art. 10-ter D.lgs. n. 74 del 2000 (così come quello di omesso versamento delle ritenute certificate, art. 10-bis stesso decreto¹) costituisca una incriminazione del tutto estranea alla “filosofia” ispiratrice originaria di fondo della legge nella quale è stata poi disarmonicamente inserita².

La legge del 2000, infatti, era sostanzialmente volta a colpire le più intollerabili violazioni degli obblighi dichiarativi nonché i comportamenti consistenti nelle più insidiose forme di falsità documentale (emissione di fatture per operazioni inesistenti, art. 8), realizzate anche nella forma della soppressione/occultamento (art. 10). Il momento della riscossione era tutelato solo dalla condotta di sottrazione fraudolenta alla esecuzione esattoriale (art. 11, da qualche tempo divenuta la incriminazione maggiormente valorizzata nella prassi applicativa). Evidentemente il legislatore ha ritenuto di dover sanzionare penalmente, ritenendo non sufficienti le pur severe sanzioni amministrative³ anche il mancato pagamento dell’iva (sia pure solo quando l’importo dovuto in base alla

1 D’ora in poi le citazioni normative non seguite da alcuna indicazione devono intendersi riferite al D.lgs. n. 74/2000 e succ. mod.

2 Cfr., ad es., A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, CEDAM, 2017, 59; G. GAMBOGI, *La riforma dei reati tributari*, Giuffrè, 2016, 252; A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di Diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO, p. spec., vol. XVII, Giuffrè, 2010, 604; E. MUSCO - F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Zanichelli, 2016, 28 ss. e 287 ss.; A. TRAVERSI - S. GENNAI, *I delitti tributari. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, 2011, 159.

3 Con tutte le conseguenti problematiche di una possibile violazione del principio del *ne bis in idem*, stante la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative tributarie. Problematiche sulle quali ci permettiamo di rinviare a G. FLORA, *La “tela di Penelope” della legislazione penale tributaria*, in «RTDPE» (2017), 495 ss. e agli Autori e alla giurisprudenza ivi citati.

dichiarazione annuale sia superiore a rilevanti soglie quantitative, oggi fissate in duecentocinquantamila euro). I criteri di criminalizzazione originariamente assunti erano dunque essenzialmente due: dimensione dell'offesa patrimoniale e particolare insidiosità della condotta e il D. Lgs. n. 74 del 2000 vi aveva fatto ricorso ora congiuntamente (per esempio nel delitto di dichiarazione fraudolenta "mediante altri artifici", art. 3), ora singolarmente (per es.: dichiarazione fraudolenta mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, art. 2, che non richiede alcuna soglia quantitativa di evasione; omessa dichiarazione dei redditi o iva che richiede invece lo scavalco di soglie quantitative di evasione, oggi determinate in cinquantamila euro), ma costruendo pur sempre reati incentrati su condotte volte a rappresentare al fisco una posizione contributiva diversa da quella reale (quando non a nascondersela del tutto) o a tentare di ostacolarne l'accertamento. Con l'introduzione del reato di omesso versamento invece il legislatore abbandona del tutto quei criteri e si ispira a tutt'altra filosofia: usare la sanzione penale come mero deterrente per "incentivare" il pagamento. La dichiarazione iva è stata fedelmente presentata (anzi la sua presentazione costituisce presupposto della condotta⁴, nessun ostacolo il contribuente frappone alla esatta individuazione della sua posizione verso il fisco, solo che egli non effettua il pagamento dovuto. Sembrerebbe per questa via reintrodursi nel sistema l'odiosa figura dell'"arresto per debiti", sia pure per debiti "qualificati".

Non solo, ma mentre tutte le altre fattispecie incriminatrici contenute nella legge del 2000 erano (e sono ancor oggi) caratterizzate, in funzione selettiva della rilevanza penale, dal dolo specifico o intenzionale di evasione (propria o altrui), a seconda che l'evasione sia o meno elemento costitutivo del fatto materiale, il delitto di omesso versamento iva (così come quello di omesso versamento di ritenute certificate) non richiede nessuna particolare qualificazione del dolo, cosicché – si afferma⁵ – può bastare anche un esangue "dolo eventuale" .

4 Per tutti, G. GAMBOGI, *La riforma*, cit., 254; A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 611. Secondo A. LANZI - P. ALDROVANDI (*Reati tributari*, cit., 444) la presentazione della dichiarazione costituirebbe la "componente attiva" del reato, da considerarsi a condotta mista, attiva e omissiva.

5 Opinione assolutamente consolidata. Cfr., in dottrina, A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 455. In giurisprudenza, S.U., 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), n. 37424 in «CP» (2014), 38 ss. con nota di A. CIRAULO (*La punibilità degli omessi versamenti dell'IVA e delle ritenute certificate nella lettura delle Sezioni Unite*) con ampi

Quali che siano le giustificazioni politico criminali di una scelta del genere (che – ripetiamo – sembrano però banalmente riconducibili a pure esigenze di esazione) non ci si possono nascondere le perplessità che detta scelta desta, sia di per sé, sia per come è costruita. Non può certo infatti dirsi che l’iva riscossa sia “già” di proprietà dell’Erario; basterebbe solo riflettere che l’obbligo di versamento non concerne certo l’iva riscossa, ma – come tutti ben sanno – solo la differenza tra iva pagata e iva riscossa. Ci si potrebbe per vero obiettare che vi possono esser casi in cui il contribuente, per così dire, “si autofinanzia” attraverso il mancato pagamento dell’iva o in cui il mancato pagamento costituisce il perfezionamento di una più ampia strategia evasiva che ha inizio con la dichiarazione fraudolenta. Ma se l’intento era quello di colpire forme essenzialmente appropriative, allora la fattispecie avrebbe dovuto essere costruita diversamente, quanto meno sotto il profilo del dolo. Se invece il “retropensiero” fosse quello della “consumazione” (in senso tecnico) di una iniziale frode, allora bastano e avanzano i delitti di frode fiscale (artt. 2 e 3) in relazione ai quali il delitto dell’art. 10-ter si trova in relazione di incompatibilità, avendo come presupposto la presentazione di una dichiarazione fedele. E senza bisogno di scomodare la categoria del post fatto non punibile⁶. Insomma la norma sembra in definitiva proprio reintrodurre una forma dell’odioso istituto dell’“arresto per debiti”, evocativo di particolari nefandezze quando ad esigere il pagamento era il Sovrano⁷.

Ma, se i sentimenti di ripulsa che i ricordi dello Sceriffo di Nottingham possono emotivamente suscitare, si possono superare considerando che lo Stato democratico sociale necessita delle risorse provenienti dalla riscossione dei tributi proprio per assicurare a tutti i servizi pubblici es-

richiami di dottrina e giurisprudenza, anche di merito. Per una vasta e puntuale panoramica giurisprudenziale, M. GENOVESI, *I reati di omesso versamento in tempo di pandemia*, in «Il fisco» (2020), 2260 ss.

⁶ Sulle ragioni politico-criminali dell’incriminazione, v. A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 615, il quale sottolinea come la struttura della norma “tradisca” la sua verosimile *ratio* politico-criminale, dopo avere ricordato che la norma (nelle intenzioni del legislatore n.d.r.) sarebbe nata per colpire forme preordinate di inadempimento. Sul punto, v. anche S. GENNAI - A. TRAVERSI (*I delitti tributari*, cit., 159) secondo i quali la norma sarebbe stata introdotta per l’avvertita necessità di contrastare l’omesso versamento IVA connesso al fenomeno delle c.d. “frodi carosello”.

⁷ Così anche A. DEL SOLE, *I reati tributari omissivi al tempo della crisi*, in «Corriere Tributario» (2013), 979.

senziali e, in definitiva, il pieno sviluppo della vita individuale e sociale dei consociati (art. 3, comma 2 Cost.), tuttavia la scelta di ricorrere alla sanzione penale a presidio del pagamento di un tributo dovuto in base ad una corretta auto-rappresentazione da parte del cittadino del proprio debito contributivo, non trova comunque nessuna plausibile giustificazione in base ai principi fondamentali, anche costituzionali, del diritto penale. A cominciare dal principio della tutela penale come *extrema ratio*. Non bastano le sanzioni amministrative a scoraggiare una omissione del genere? E non ha l'Erario strumenti coercitivi alternativi per soddisfarsi sul debitore, se capiente? E se "incapiente" la sanzione penale per il mancato pagamento "impossibile" che senso ha? E quale funzione rieducativa assolve la pena che colpisce il mero omesso pagamento in costanza di un comportamento assolutamente leale del contribuente?

Ma c'è di più. La norma è palesemente incostituzionale per vizio di "eccesso di delega".

2. In particolare: l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 8 della legge delega (c.d. vizio di "eccesso di delega")

La legge delega del 2014, si occupa – come è noto – anche del riassetto del sistema sanzionatorio e detta al legislatore delegato i criteri direttivi cui si deve conformare. In particolare, con riguardo alla costruzione delle fattispecie incriminatrici, stabilisce (art. 8), che dovrà essere dato rilievo, "tenuto conto di adeguate soglie di punibilità, alla configurazione del reato per i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa". Si tratta di una indicazione estremamente precisa, dal tenore inequivoco, che non lascia margini di discrezionalità al legislatore delegato. Nonostante che si tenti di darne una lettura "riduttiva", sostenendo, in sostanza, che la delega non imponeva una "rifondazione" del sistema penale tributario, ma solo una sorta di revisione (quasi fosse il "tagliando" di un'auto), una "riverniciatura" dell'esistente⁸ oppure invertendo il rapporto di gerarchia costituzionale tra legge delega e decreti delegati⁹, il problema della conformità alla delega dell'incriminazione contenuta nell'art. 10-ter è

⁸ G. CERNUTO - F. D'ARCANGELO, *I reati omissivi e di indebita compensazione*, in A. GIARDA - A. PERINI - G. VARRASO (Edd.), *La nuova giustizia penale tributaria. I reati. Il processo*, CEDAM, 2016, 373.

⁹ G. CERNUTO - F. D'ARCANGELO, *I reati omissivi*, cit., 369.

ineludibile. Tanto più che la norma è stata completamente riscritta in sede di attuazione della delega. Il legislatore delegante, dunque, tra tutti i possibili criteri di “criminalizzazione” delle violazioni del dovere contributivo astrattamente ipotizzabili e storicamente utilizzati¹⁰ presceglie quello della particolare insidiosità della condotta che si concretizzi però anche nello scavalco di significative soglie di evasione. Si tratta di criteri cumulativi: disvalore di condotta e disvalore di evento segnano i confini della meritevolezza della sanzione penale. E si tratta di criteri così precisamente determinati da non lasciare alcun margine di discrezionalità al legislatore delegato, almeno in ordine ai dati strutturali significativi del disvalore penale delle trasgressioni tributarie.

Orbene, poiché la condotta tipica del reato di omesso versamento dell’iva, dovuta in base ad una dichiarazione assolutamente fedele, non è né fraudolenta né simulatoria e non consiste certo né nella creazione né nell’uso di documenti falsi, come si potrà mai sostenerne la conformità ai criteri direttivi della legge delega? Ne consegue inevitabilmente la incostituzionalità dell’art. 10-ter per vizio c.d. di “eccesso di delega”¹¹.

3. Lo stravolgimento giurisprudenziale della struttura tipica della norma incriminatrice. In particolare: dall’“omesso versamento” all’“omesso accantonamento”

La struttura della fattispecie tipica è notoriamente organizzata su una condotta omissiva che presuppone un debito verso l’erario superiore a duecentocinquanta euro, maturato a seguito di una fedele dichiarazione iva (che ne costituisce dunque un presupposto¹²), il cui termine di

10 Sul punto ci sia consentito rinviare a G. FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette ed iva*, CEDAM, 1979, 17 ss. e, volendo, al più recente *La “tela di Penelope”*, cit., 476 ss.

11 Sui profili generali del tema cfr. per tutti, oltre al classico *Istituzioni di diritto pubblico* di C. MORTATI, Vol. II, 767 ss., con particolare chiarezza F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, CEDAM, 2004, 126 ss.; nonché S. STAIANO, voce “*Legge di delega e decreto legislativo*”, in «Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore», vol. VIII, Giuffrè, 2007, 756 ss. e part. 769-760 con ampia bibliografia e citazione della più rilevanti sentenze della Corte Costituzionale in materia di vizio di “eccesso di delega”.

12 A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 610; diversamente, A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 443-444, secondo i quali la presentazione della dichiarazione costituirebbe la componente attiva del reato che sarebbe strutturato in forma mista: attiva e omissiva.

adempimento penalmente rilevante è fissato, altrettanto notoriamente, in un momento diverso e “più lungo” rispetto a quello stabilito dalla normativa tributaria in materia: il pagamento deve infatti intervenire entro il termine in cui deve essere effettuato il versamento dell’acconto relativo al periodo d’imposta successivo. Sotto il profilo dell’elemento soggettivo, non è necessario il dolo intenzionale (essendo il *quantum* di imposta non versata elemento del fatto materiale tipico, non si può parlare, correttamente di “dolo specifico”¹³), cosicché è sufficiente anche – come già detto – il dolo eventuale. La soglia quantitativa di rilevanza è poi espressa solo in cifra fissa, senza alcun riferimento ad una percentuale del volume d’affari. Non si tiene dunque alcun conto della “dimensione” del contribuente così come accade non solo per le ipotesi di omessa o infedele dichiarazione (artt. 5 e 4 D.lgs. n. 74 del 2000), ma perfino per l’ipotesi di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici¹⁴.

Orbene, mentre sulla struttura del dolo avremo modo di tornare più avanti, vale qui la pena di sottolineare come la giurisprudenza, chiamata ad affrontare il tema dell’omesso versamento in condizioni di “crisi di liquidità”, abbia operato un vero e proprio stravolgimento della struttura del fatto tipico (operazione certo non inconsueta per i Giudici della nostra Repubblica), costruendo a carico del contribuente un obbligo di accantonamento dell’iva riscossa, che colloca al centro della fattispecie il cui contenuto di disvalore non starebbe dunque tanto nel mancato versamento, quanto piuttosto nell’omesso accantonamento. Quello che il legislatore ha costruito come reato di omesso versamento viene trasformato nella prassi giurisprudenziale in reato di mancato accantonamento, con spostamento, per così dire, all’indietro del significato di disvalore penale del fatto. Il “buon contribuente” dovrebbe preoccuparsi di accantonare le somme che dovrà versare a titolo di iva, diligentemente distribuendo le risorse necessarie all’espletamento della sua attività¹⁵.

13 Di dolo specifico potrebbe ovviamente parlarsi se si ritenesse di qualificare la soglia di rilevanza penale come condizione obiettiva di punibilità.

14 Vale la pena di ricordare che la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione della determinatezza del requisito della “alterazione rilevante” del risultato della dichiarazione contemplato dall’art. 4, n. 7 della l. n. 516 del 1982, con sentenza n. 247 del 1989, ebbe a “salvare” la norma precisando che la “rilevanza” avrebbe dovuto essere colta sia in riferimento ad un ordine di grandezze “fisso”, sia ad un ordine di grandezze espresso in termini percentuali rispetto alla “dimensione” del trasgressore.

15 Cfr. Cass. S.U., cit., part. 52 ove fa espresso riferimento all’obbligo di accantonamento, oltre ad una nutrita serie di decisioni conformi (ad es.: Cass., Sez. III, 11.05.2016,

Probabilmente alla base di una tale trasfigurazione vi sono due errori di fondo. Il primo è quello di ritenere che l’iva riscossa sia “già” di proprietà dello Stato del quale il contribuente sarebbe una sorta di “esattore”. Il secondo, logica conseguenza del primo, è che il reato in parola, costituisca una sorta di “appropriazione indebita” a danno dell’Erario. Non per nulla, in un passato remoto, la giurisprudenza, in assenza di una apposita norma incriminatrice, cercò di utilizzare proprio quella sulla appropriazione indebita comune (art. 646, c.p.) per colpire il fenomeno. Tentativo però naufragato sul nascere.

Vero è che, in materia di iva, sul contribuente grava fiscalmente una obbligazione di versamento della differenza tra iva riscossa e iva pagata, qualora ne risulti un suo debito nei confronti dell’erario. Le norme fiscali non lasciano alcun dubbio in proposito. Fiscalmente non v’è alcun obbligo di accantonamento dell’iva riscossa: l’importo dell’iva riscossa non è “già” dello Stato; non si sa se dovrà essere versata, né in che misura. Il ragionamento non cambia di molto nemmeno se si ha riguardo alla circostanza che al momento in cui scatterà l’obbligo penalmente rilevante di versamento, il contribuente, sulla base della dichiarazione relativa all’anno d’imposta precedente, sa se e quanto dovrà versare a titolo di iva. La circostanza che la tesi del dovere di accantonamento e del dovere di contingentare le risorse in modo da essere in grado di pagare l’iva dovuta sia stata costruita ai fini di risolvere, in senso negativo, la rilevanza “esimente” della crisi di liquidità, non giustifica certo una così evidente trasfigurazione dei connotati tipici della fattispecie, costruita – ripetiamo – su un inesistente dovere di preservare le somme che dovranno essere versate¹⁶. Tesi giurisprudenziale che viene invece peraltro implicitamente ripudiata, ma a fini repressivi, da una recente sentenza, peraltro in linea con precedenti conformi, la quale stabilisce che v’è ugualmente responsabilità penale per l’omesso versamento di importi iva fatturati, ma non effettivamente riscossi¹⁷. Sentenza che, da

n. 30397; Sez. III, 25.02.2014, n.14953). Anche se si deve sottolineare che le S.U. ricorrono alla enunciazione di questo principio per sostenere che non costituisce violazione del divieto di retroattività punire omissioni relative ad un periodo di imposta il cui termine fiscale di adempimento scadeva anteriormente all’entrata in vigore della norma incriminatrice, vigente però al momento dell’inadempimento penalmente rilevante (notoriamente “più lungo” di quello tributario).

16 Sembrano invece aderire alla impostazione giurisprudenziale A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 451 ss.

17 Cass., Sez. III, 27.06.2019, n. 41070, in «RTDPE» (2020), 452, con nota di M. GRAS-

un lato, sembra riconoscere che il reato di omesso versamento costituisce solamente la trasgressione di una obbligazione tributaria e non quella di un dovere di accantonamento (se l'iva non è stata riscossa v'è ben poco da accantonare); dall'altro rimane pervicacemente insensibile alla mancanza materiale delle risorse economiche necessarie per adempiere a quella obbligazione.

4. Omesso versamento e “crisi di liquidità”: nessuna via di scampo?

Il problema più spinoso che si pone nella prassi – ormai lo si sa bene – è infatti proprio quello del trattamento delle ipotesi (sempre più frequenti, specie nella attuale temperie socio-economica) di omesso pagamento dovuto ad una (incolpevole) crisi di liquidità.

I tentativi di soluzione equitativa, adottati essenzialmente dai giudici di merito¹⁸, si sono però scontrati con un granitico orientamento negativo della Corte di Cassazione che, pur con qualche lodevole eccezione¹⁹, ha sempre negato rilevanza “esimente” alla “impossibilità” di adempiere per mancanza delle necessarie risorse²⁰.

D'altra parte, invocare lo “stato di necessità”, o addirittura la “forza maggiore” in funzione esimente del mancato pagamento per (incolpevole) mancanza di risorse non può avere all'evidenza alcun fondamento dogmatico. Ed infatti par di capire che si tratta di argomenti che cerca-

si, ove si citano però anche orientamenti per i quali il mancato incasso potrebbe rilevare sotto il profilo dell'assenza di dolo: Cass., Sez. III, 3.07.2018, n. 29873; IDEM, 16.07.2015, n. 40352, IDEM, 6.02.2014, n. 15176. Per una tagliente critica alla soluzione più severa, cfr. E. MUSCO - F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, cit., 255.

18 Orientamento che risulta essere stato adottato per primo da G.I.P. Trib. Firenze, 27.07.2012, in «Rivista dottori commercialisti» (2013), 962; seguita poi da molte altre, tra le quali GIP Trib. Milano, 7.12.2013, in «DPC»; Trib. Venezia, 5.01.2013, in «Dialoghi tributari» (2013), 220 ss.; Trib. Novara, 20.03.2013, in «Diritto e pratica tributaria» (2013), 1093 ss.

19 Tra le più recenti, v. in particolare, Cass., Sez. III, 5.06.2019 – 16.10.2019 n. 42522, relativa al caso di un imprenditore che aveva dato la precedenza a pagamenti in grado di assicurare la continuità aziendale rispetto al pagamento del debito IVA; Cass., Sez. III, n. 41602 del 2019, in relazione al caso di un imprenditore che aveva posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale per recuperare le somme per pagare il debito IVA e di cui non aveva disponibilità per improvvisa crisi di liquidità.

20 Tra le molte: Cass., Sez. III, n. 7644/2019; IDEM, n. 9/2019; IDEM, n. 39500/2017; IDEM, n. 38715/2018; IDEM, 52971/2018; IDEM, n. 54345/2018.

no di conferire veste giuridica ad approdi decisionali fondati essenzialmente sul “buon senso”, ispirati ad equità²¹. Si invocano insomma stato di necessità e forza maggiore in una accezione, per così dire “laica”, attirando così facili “controdeduzioni” critiche. Lo “stato di necessità” come scriminante non solo “sconta” i noti ristrettissimi limiti strutturali, ma è notoriamente destinata ad operare in assenza di disciplina normativa (*necessitas non habet legem*)²² e quando per l’ordinamento è indifferente la soccombenza di uno dei due interessi che vengono in conflitto²³. Altro ragionamento andrebbe fatto in riferimento allo stato di necessità come “scusante”, operante quindi sul piano della colpevolezza, per vero estraneo alla nostra tradizione giuridica (tranne nei casi espressamente contemplati di altrui minaccia dall’art. 54, comma 3 c.p. e di esecuzione di ordine illegittimo insindacabile secondo l’art. 51, comma 4 c.p.), ma – come vedremo – recuperabile allorquando, come nel caso di specie, venga in gioco un “conflitto di doveri”.

Men che mai può venire in rilievo la forza maggiore che implica una condotta fisicamente determinata da una *vis cui resisti non potest*²⁴.

5. La via dell’assenza di dolo e del limite implicito di tipicità dell’omissione (“ad impossibilia nemo tenetur”)

Per vero le strade più semplici e dogmaticamente fondate per escludere la sussistenza del reato per “impossibilità di adempiere” potevano e posso essere fondamentalmente due: la prima che fa leva sulla esclusione della stessa tipicità del fatto; la seconda che si fonda sulla mancanza di dolo.

Quanto alla prima, la (ragionevole) possibilità di agire costituisce notoriamente un limite esegetico implicito di tipicità della condotta. “*Ad impossibilia nemo tenetur*” è brocardo da intendersi nel senso di assenza di una umana pretesa di adempimento dell’obbligo di agire e non può certo riferirsi alla sola impossibilità fisica, nel qual caso si potrebbe invece più correttamente parlare di difetto di “*suitas*” (anche qui a volte invocata a sproposito)²⁵. Soluzione da non confondersi nemmeno con

21 A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 447.

22 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. gen., cit., 285 ss.; E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem?*, Giappichelli, 2000, *passim*.

23 Per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. gen., cit., p. 285 ss.

24 Nello stesso senso A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 454.

25 A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 454.

quella, pure prospettata, per vero con un certo fondamento²⁶, della “inesigibilità” evocativa della categoria delle “scusanti” incentrate sulla non rimproverabilità dell’atteggiamento antidoveroso della volontà dell’agente la cui “decisione” di agire si è formata sotto la spinta emotiva di circostanze straordinarie condizionanti²⁷.

La seconda, in teoria più semplice strada, poteva e può essere quella della assenza di dolo: il soggetto incapiente ha sì la consapevolezza di non versare quanto dovuto, ma, difettando la possibilità di scelta tra pagare e non pagare, in realtà “non decide” di non pagare e quindi “non vuole non pagare”. Né la correttezza della soluzione potrebbe essere inficiata adducendo che si tratta di delitto punito a titolo di dolo generico che potrebbe dunque assumere anche le forme del dolo eventuale. Orbene a prescindere dalla necessità di ripensare di sana pianta la ragionevolezza di una generalizzata estensione della punibilità a titolo di dolo eventuale a tutti i delitti, in particolar modo a quelli economici, le più recenti ed ormai consolidate acquisizioni in materia richiedono che anche chi versa in “dolo eventuale”, non solo si rappresenti come possibile il risultato offensivo ma anche che effettivamente “decida” di agire anche a costo di realizzarlo²⁸.

Piuttosto ritengo si debba fare chiarezza distinguendo due diverse possibili situazioni:

- a) Il contribuente/imputato ha deliberatamente programmato l’inadempimento mettendosi nelle condizioni di non poter adempiere.
- b) Il contribuente/imputato si è trovato incolpevolmente, per le più varie ragioni, in una situazione imprevedibile di illiquidità.

A me la soluzione del secondo caso sembra per vero assai semplice. Qui davvero si potrebbe dire che c’è solo l’imbarazzo della scelta: manca la

²⁶ Trib. Milano, 15.12.2015 (dep. 18.02.2016) in A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 460 e nota 327.

²⁷ Nella dottrina italiana, imprescindibili i riferimenti a G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, CEDAM, 1990; M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in «RIDPP» (1991), 40 ss.; E. VENAFARO, *Scusanti*, Giappichelli, 2002.

²⁸ Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, Presidente Santacroce, Relatore Blaiotta, in «RIDPP» (2014), 1926 ss., con nota di G. FIANDACA (*Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, 1938 ss.) e di M. RONCO (*La riscoperta della volontà nel dolo*, 1953).

“possibilità di agire” e quindi non siamo in presenza del fatto tipico descritto dalla norma; o, quanto meno, manca il dolo. Vanno solo effettuate alcune precisazioni. Insussistenza del fatto tipico o insussistenza del dolo vanno valutate al momento in cui scade il termine di perfezionamento del delitto, non al momento in cui scade il termine di versamento stabilito dalla normativa tributaria²⁹. Può infatti ben accadere che il contribuente “decida” di procrastinare l’adempimento tributario ad un momento successivo, nella ragionevole convinzione (es.: la riscossione di crediti ritenuti fondatamente “sicuri”) di poter avere a disposizione la provvista necessaria al momento in cui l’omesso versamento diviene penalmente rilevante, ma eventi imprevedibili o comunque a lui non imputabili non gli consentano di avere a disposizione le somme necessarie; nel qual caso parrebbe sicuramente difettare qualsiasi forma di dolo e fors’anche anche di colpa. Piuttosto bisognerebbe ancora ragionare su due diverse sotto ipotesi. La prima: il nostro soggetto agente ha deciso di procrastinare perché privo di mezzi finanziari, ma fiducioso di poterli tempestivamente reperire; il nostro soggetto aveva già alla scadenza del termine fiscalmente rilevante i mezzi per pagare, ha deciso di procrastinare, dando la precedenza al pagamento di altri creditori (fornitori, dipendenti, utenze, mutui bancari), ma sempre confidando di poterli reperire in tempo per evitare l’omissione costituente reato.

La prima sotto ipotesi poi si biforca ulteriormente a seconda che i mezzi reperiti non consentano un pagamento integrale, ma solo di addivenire ad un accordo con l’Agenzia delle Entrate per un pagamento rateale, ma non esauribile nei termini che consentano di guadagnare la non punibilità (art. 13, commi 1 e 3). Premesso che il contribuente non può effettuare un pagamento rateale di propria iniziativa, ma deve attendere il c.d. “avviso bonario” da parte dell’Ufficio che di solito arriva non certo nell’immediatezza (arg. ex artt. 36-bis D.P.R. 600/1973 e 54-bis D.P.R. 633/1972), resta da stabilire se l’assolvimento del debito anche in tal forma possa rivelarsi indicativo di mancanza di dolo, come sembrerebbe potersi sostenere, se è vero come è vero che anche il comportamento susseguente possa essere valorizzato ai fini della prova dell’elemento soggettivo del reato. Ma mi rendo conto che si tratta di conclusione problematica.

29 *Contra*, A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 453-454.

La seconda sotto ipotesi si incrocia invece con la prima delle due ipotesi di fondo sopra enunciate, cosicché se ne rende opportuna una trattazione congiunta.

6. Conflitto di doveri e responsabilità per omesso versamento: pagare l'iva o salvare l'impresa? *This is (quite often) the question*

L'inadempimento programmato può sottendere due diverse *rationes*: la destinazione delle somme a spese non inerenti l'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale del contribuente o comunque per esse non "necessarie", oppure la destinazione delle somme per fini con esse coerenti ed effettuate per mantenerle in vita, circostanza che rileverà soprattutto allorché venga data la precedenza al pagamento di debiti finalizzato ad evitare la crisi irreversibile dell'impresa.

Insomma, di fronte alla alternativa se versare l'iva dovuta o garantire la sopravvivenza dell'impresa la scelta cade su quest'ultima.

Nel primo caso, ci si trova insomma in presenza di una condotta sostanzialmente (anche se non tecnicamente) "appropriativa". La situazione di incapienza è frutto di una scelta deliberata e gli elementi della pur discutibile fattispecie sembrano pienamente integrati. Naturalmente si tratta di evenienza diversa da quella di una destinazione a profitto proprio delle somme che dovevano essere versate alla scadenza fiscalmente rilevante, ma accompagnata dalla ragionevole convinzione di poterne disporre in ugual misura al momento della scadenza del termine penalmente significativo. Ponendosi qui il tema dell'accertamento dell'"eventuale dolo eventuale" (configurabile solo nei termini già ricordati).

Nel secondo caso, ci si trova invece in presenza di un vero e proprio "conflitto di doveri"³⁰ che non può però essere qui risolto su base normativa. Il soggetto tenuto al versamento dell'iva deve decidere tra destinare le somme all'adempimento del dovere contributivo o utilizzarle per salvare l'azienda e i posti di lavoro dei dipendenti (più difficilmente il problema si porrà in presenza di rischi di "dissolvimento" dell'attività professionale in ragione della elevatezza delle soglie quantitative di punibilità). Che sussista per l'imprenditore anche un dovere di salva-

³⁰ Sul tema, nei suoi profili generali, v., in modo esemplare, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Giuffrè, 2000, part. 485 ss.

guardare l’integrità del patrimonio aziendale è infatti fuor di dubbio. Non solo perché è funzionalmente correlato alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e alla tutela dei lavoratori (art. 35 Cost.), ma anche perché lo si può agevolmente ricavare da tutta una serie di norme sia del codice civile, sia del “nuovo” codice della insolvenza e della crisi di impresa (D.lgs. 12.01.2019, n. 14) che considera la sopravvivenza dell’impresa come valore socio-economico da tutelare nel massimo grado possibile, nell’interesse stesso della comunità sociale, configurando un vero e proprio percorso volto, quando possibile, al pieno recupero delle residue energie dell’impresa in crisi. Dovendosi altresì tenere conto dei “vantaggi compensativi” che la conservazione in vita dell’impresa possono essere conseguiti dalla stessa amministrazione finanziaria: se l’impresa sopravvive continua a produrre reddito tassabile e transazioni soggette ad iva.

È indubbiamente proprio questa l’ipotesi di più tormentata soluzione, risolta recentemente in senso positivo da una sentenza della Corte di Cassazione (Sez. III, n. 42522 del 5.06.2019, dep. 16.10.2019), che, nel rigettare il ricorso del Procuratore Generale osserva che la Corte territoriale aveva rilevato che la scelta dell’imputato (la cui società si trovava in una crisi finanziaria che egli aveva tentato di fronteggiare anche ricorrendo a risorse personali) di provvedere al pagamento di dipendenti e fornitori era avvenuta nella prospettiva di garantire la continuità aziendale. Condotta sorretta dalla convinzione che la prosecuzione dell’attività d’impresa avrebbe consentito di ottenere ricavi e utili da destinare al pagamento dell’imposta, con conseguente dubbio sulla effettiva sussistenza del dolo³¹.

31 Sentenza commentata negativamente da L. GIANZI - A.P. CASATI, *Crisi di liquidità e omessi versamenti IVA*, in www.cdpt.it (4 dicembre 2019). Del resto, la giurisprudenza della Cassazione, proprio sullo specifico punto, sembra orientata nel senso che debba sempre darsi prevalenza all’obbligo di versamento dell’IVA: cfr. Cass., Sez. III, n. 35900/2017 (“*nel sanzionare penalmente l’omesso versamento dell’IVA il legislatore ha inteso anteporre il versamento stesso a qualsiasi altra scelta imprenditoriale – pagamento di stipendi, fornitori, pregressi debiti erariali – privilegiando quindi il pagamento dell’IVA, scelta che risponde a criteri di priorità – non sindacabili in questa sede e che non viola norme di rango costituzionale*”); Cass. 52971/2018.

La tesi della sentenza citata nel testo è invece condivisa, ad es., da S. TUCCELLA, *Crisi di liquidità aziendale: tra criticità giurisprudenziali e aperture legislative*, in «GT – Riv. giur. trib.» (2019), 145.

Propendono per l’assenza di dolo in ipotesi del genere anche L. TROYER - A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali*, “*Tout*

Il conflitto di doveri è situazione che certamente richiede un delicato bilanciamento, la cui soluzione è inevitabilmente lasciata all'apprezzamento del Giudice nel caso concreto. Il giudizio di "prevalenza" non può infatti all'evidenza risolversi in base al bilanciamento di indici normativi in grado di orientare la scelta verso la prevalenza dell'uno o dell'altro. Né sembra possibile un "contemperamento" (da operare pur sempre in via giurisprudenziale) come è accaduto quando si è trattato di costruire i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla tutela dell'onore e della reputazione. Non si tratta, infatti, qui di garantire l'esercizio di un diritto scaturente dalla norma (o dal complesso di norme) prevalente, ma l'adempimento di un dovere (quello di salvaguardare la sopravvivenza dell'attività imprenditoriale e dei diritti, anche di terzi, che vi sono connessi) che entra in conflitto con un altro dovere (quello del pagamento delle imposte), entrambi di rilevanza costituzionale ed in relazione ai quali non è possibile reperire indici sicuri di gerarchia. Ancorché la giurisprudenza, salvo eccezioni, sia orientata verso la prevalenza del secondo, pur senza offrirne alcuna motivazione convincente, anzi ritenendo risolto il conflitto in base alla stessa norma incriminatrice, con tipica inversione metodologica, la questione non è affatto da ritenersi chiusa. Tanto per intenderci: non viene dunque in rilievo un limite scriminante³², ma semmai un limite di colpevolezza riconducibile alla categoria delle scusanti³³. Categoria con la quale la nostra giurisprudenza – come già sottolineato - non ha per vero molta dimestichezza e che comunque non garantisce certo uniformità di trattamento, poiché incentrata sulla umana inesigibilità di un comportamento diverso che non necessariamente deve ritenersi riscontabile nel caso che la volontà si sia formata in condizioni di particolare "drammaticità", ma inevitabilmente richiede un apprezzamento di come il conflitto di doveri sia stato "vissuto" nel caso concreto e che può essere condizionato perfino dalle "sensazioni," dalla "cultura" e, in fondo" anche dal "vissuto" del Giudice stesso. Diventa in definitiva una scelta ispirata ad umana equità.

comprendre c'est tout pardonner", in «Rivista dottori commercialisti» (2013), 977.

32 Come accade quando, dal coacervo delle norme confliggenti, emerge nitidamente il dovere preminente. Sul punto, v., ancora, F. VIGANO', *Conflitto di doveri*, cit., 519 ss. Errato sarebbe dunque anche solo prospettare la soluzione incentrata sull'esercizio di un diritto.

33 La sentenza sopra citata che ha valorizzato questa prospettiva propende invece per la mancanza di dolo.

7. Considerazioni conclusive

Anche da quanto abbiamo appena detto ritengo emerga la necessità di un intervento abrogativo della Corte costituzionale. Un intervento abrogativo del Legislatore non sembra invece seriamente ipotizzabile. Men che mai sembra pronosticabile un intervento modificativo della norma che la ristrutturati in una ipotesi di insolvenza preordinata o simulata o che, quanto meno, inserisca nella fattispecie il requisito del dolo intenzionale, che almeno contribuirebbe a mitigarne l’assurda severità. Se il *leitmotiv* che ispira l’attuale Governo-Legislatore è quello che emerge dalla recente “spazza-evasori” (così può etichettarsi la legge n. 157 del 2019) le speranze di una resipiscenza che conduca ad una razionalizzazione della legislazione penale tributaria sono ormai destinate a rimanere a lungo deluse.

I MOBILI CONFINI FRA SANZIONE PENALE E AMMINISTRATIVA NEL CONTESTO DELLA POLITICA CRIMINALE EUROPEA^{1*}

Luigi Foffani

1. Introduzione: nuovi modelli di rapporto fra illecito penale e amministrativo.

E' da tempo ormai che la dottrina più attenta alle dinamiche evolutive della "europeizzazione" del diritto penale e della politica criminale ha intuito la genesi di una sorta di unitario "*Sanktionenrecht*" europeo, nell'ambito del quale tendono a sfumarsi e confondersi i confini tradizionali fra illecito e sanzione penale e illecito e sanzione amministrativa². In questa riallocazione e confusione dei confini, gettando lo sguardo in particolare alla più recente evoluzione dell'ordinamento italiano – e più in particolare al ruolo dell'illecito amministrativo e della sanzione amministrativa in materia economica – sembrano potersi oggi estrapolare **quattro diversi modelli**.

2. Il modello "classico": illecito amministrativo come illecito "minore" rispetto all'illecito penale.

Il primo e più tradizionale modello è quello che si può agevolmente definire "**classico**": illecito amministrativo come illecito **minore** fiancheggiante il sistema penale e destinato a soddisfare le istanze di deflazione e di alleggerimento di quest'ultimo³.

1 *Versione rielaborata e aggiornata della relazione tenuta al convegno su "*La materia penale nel diritto nazionale ed europeo*", tenutosi a Modena il 30 marzo - 1 aprile 2017 e pubblicata in versione originaria nel volume degli atti del convegno, a cura di M. DONINI e L. FOFFANI (Giappichelli, 2018, 249 ss.).

2 È d'obbligo al riguardo il rinvio al compianto maestro K. TIEDEMANN, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht – Generalbericht*, in «ZStW» (1998), 497 ss. Sotto il medesimo titolo generale si veda anche il *Landesbericht Italien* di C.E. PALIERO, *ivi*, 417 ss. (per una versione rielaborata e in lingua italiana cfr. ID., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in «RIDPP» (2000), 466 ss.).

3 Si allude a quel modello di illecito amministrativo che fu oggetto negli anni '80 degli attenti studi di E. DOLCINI - C.E. PALIERO, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, in «RIDPP» (1980), 1154 ss.; C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988; ID., voce *Sanzioni amministrative*, in «ED», vol. XLI, Giuffrè, 1989, 345 ss.

Si può prendere ad esempio di questo modello il sistema dei reati **societari** (art. 2621-2642 c.c.), prima durante e dopo la riforma del 2002: si è da parecchio tempo delineato all'interno di questo sistema un significativo processo di depenalizzazione, iniziato già durante gli anni '70 del secolo scorso e proseguito con la riforma del 2002, che ha portato alla enucleazione di alcuni illeciti amministrativi, attualmente allocati negli art. 2630 e 2631 c.c. (omessa esecuzione di denunce, comunicazioni e depositi, omessa convocazione dell'assemblea dei soci nei casi previsti dalla legge o dallo statuto)⁴.

Si tratta di illeciti minori, ma sulla carta tutt'altro che banali: pensiamo in particolare all'ipotesi della omessa pubblicazione dei bilanci societari – si allude ovviamente alla semplice omessa pubblicazione, non alla falsificazione dei bilanci, che rappresenta un illecito penale di ben altro spessore (art. 2621 e 2622 c.c.) –, omessa pubblicazione la cui sanzione è fra l'altro oggetto, per l'Italia e per gli altri Stati membri dell'Unione Europea, di uno specifico obbligo previsto già dalla prima direttiva comunitaria in materia societaria del 1968⁵ (un vero e proprio obbligo sanzionatorio^{6!}).

Qui il ricorso all'illecito amministrativo funge da antidoto ad una ipertrofia pletorica dell'intervento penale, ipertrofia che è storicamente figlia di una conformazione di tale intervento penale in chiave meramente sanzionatoria, accessoria e servente della disciplina civilistica⁷. Un diritto penale sanzionatorio della disciplina civilistica tende quasi naturalmente

4 Su tali illeciti cfr. da ultimo S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati societari*, Giappichelli, 2018, 141-147.

5 Dir. 68/151/CEE del 9 marzo 1968, "intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società, a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi".

6 Obbligo espressamente evidenziato, fra l'altro, dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 13 maggio 2005 sulla riforma italiana delle false comunicazioni sociali (caso Berlusconi): CGCE, gr. sez., 3 maggio 2005, in «Guida diritto» (2005), 105 ss., con nota di A. DI MARTINO, *Possibile l'applicazione della pena più mite anche se affetta da illegittimità "europea"*; in «FI» (2005), IV, c. 285 ss., con nota di G. ARMONE; in «CP» (2005), 2764 ss., con nota di G. INSOLERA - V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?* Tale obbligo, si ricordi, è infatti alla base dell'argomentazione in forza della quale la Corte di Giustizia giunge a ricavare l'esistenza di un obbligo di tutela adeguata (efficace, proporzionata e dissuasoria) per la veridicità e completezza dei bilanci societari e delle altre comunicazioni sociali a contenuto economico.

7 Sulle caratteristiche e conseguenze di un tale approccio legislativo sia consentito il rinvio a L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Giuffrè, 1997, 63 ss. e 103 ss.

– per sua vocazione – alla ipertrofia degli illeciti (lo scriveva già Pedrazzi negli anni '50, con la sua abituale lucidità e chiarezza⁸) e l'illecito amministrativo può in questo contesto fungere utilmente da antidoto deflattivo, *ex ante* (cioè fin dalla genesi normativa dell'illecito) o più frequentemente *ex post* (cioè come frutto di una politica legislativa di depenalizzazione).

In questo modo e con questa dinamica il circuito civile-penale-amministrativo si riequilibra e giunge ad esiti accettabili per il sistema. In questo modello “classico” la presenza dell'illecito amministrativo non pone problemi: si presenta nelle sembianze garantistiche e tranquillizzanti della disciplina cristallizzata dalla l. 689/1981.

Tutto bene, dunque, sulla carta: peccato però che questo sistema abbia storicamente rivelato – e continui a rivelare – la sua pressoché totale inefficienza⁹: si tratta di illeciti amministrativi esistenti solo sulla carta, assistiti da sanzioni pecuniarie modestissime (per le infrazioni dei *managers* societari nulla più che un migliaio di euro!) rivolte solo alle persone fisiche degli amministratori e dei sindaci e che non trovano alcun riscontro nella pratica. Tutt'altra realtà rispetto a quella delle “*Ordnungswidrigkeiten*” tedesche, che avevano giustamente attirato l'attenzione degli studi pionieristici di Dolcini e Paliero dianzi ricordati¹⁰.

E' un modello dunque che possiamo tranquillamente definire meramente residuale e marginale nell'attuale momento storico della disciplina sanzionatoria delle attività economiche.

3. Il modello del “doppio binario”: illecito amministrativo concorrente con l'illecito penale.

Il secondo modello è quello del “**doppio binario**” fra illecito penale e illecito amministrativo: è un modello che implica un illecito amministrati-

8 C. PEDRAZZI, *Le droit pénal des sociétés et le droit pénal général*, in «Jus» (1964), 444 ss.

9 Cfr. ad es. sul punto A. BERNARDI, *Il costo “di sistema” delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in M. DONINI - L. FOFFANI (Edd.), *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2018, 113, il quale denuncia criticamente l'assenza di una cultura della sanzione nel sistema amministrativo depenalizzato”.

10 Sul sistema tedesco delle *Ordnungswidrigkeiten* cfr. E. DOLCINI - C.E. PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania. Disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in «RIDPP» (1984), 1134 ss.

vo forte, anzi fortissimo, che abbandona la cornice e i binari istituzionali della l. 689/1981. Un illecito di natura e vocazione straordinariamente punitiva, che si affianca e si sovrappone all'illecito penale, ma in funzione concorrenziale, più che di fiancheggiamento: è il modello, come è a tutti noto ed evidente, che si è affermato nell'ambito della disciplina dei mercati finanziari, ed in particolare in materia di **abusi di mercato** (manipolazione del mercato e *insider trading*). Il titolo I bis (art. 180-187 *terdecies*) del Testo unico delle leggi in materia di intermediazione finanziaria (TUF)¹¹ è oggi il regno normativo (un vero e proprio micro-codice sostanziale e processuale) nel quale questo modello si è forgiato ed esaltato, giungendo ad esiti clamorosi, soprattutto dopo la legge per la tutela del risparmio del 2005¹²: una legge nata sull'onda dello (e come reazione politico-legislativa allo) scandalo Parmalat e tutt'altro che esente da marcate venature di populismo punitivo, specie sul versante sanzionatorio (raddoppio indiscriminato delle sanzioni penali del TUF e introduzione di sanzioni amministrative economicamente draconiane ed anche cariche di un forte potenziale di stigmatizzazione¹³).

Contro il c.d. “*market abuse*” si commina oggi in Italia una sanzione pecuniaria amministrativa per le persone fisiche fino a 5 milioni di euro (art. 187 *ter* TUF), applicata direttamente dalla Consob e che può essere “aumentata fino al triplo o fino al maggiore importo di 10 volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito”, affiancata da una identica e parallela sanzione all'ente (si tratta fra l'altro dell'unica ipotesi di responsabilità dell'ente derivante non da un illecito penale ma da un illecito amministrativo: art. 187 *quinquies* TUF).

Insomma, un dispiegamento di un arsenale sanzionatorio fuori dall'ordinario e destinato chiaramente a cumularsi – nel disegno del legislatore del 2005 – alla sanzione penale per fattispecie di illecito potenzialmente identiche (soprattutto per ciò che attiene all'*insider trading*: v. art.

11 Sul quale v. da ultimo S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. III, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2018, 53 ss., nonché volendo, in chiave comparatistica, L. FOFFANI - A. NIETO MARTÍN, *Abusos de mercado y Derecho penal. España e Italia frente al impulso europeo*, in *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant Lo Blanch, 2018.

12 L. 28 dicembre 2005 n. 262, *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*.

13 C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa tra pena criminale e garanzie processuali*, in M. DONINI - L. FOFFANI (Edd.), *La “materia penale”*, cit. (nota 8), 209 ss.

184 e 187 *bis* TUF: due illeciti fotocopia), con il solo contemperamento del computo della sanzione pecuniaria amministrativa nella sanzione pecuniaria penale (art. 187 *terdecies* TUF); ma rimane poi sullo sfondo anche la prospettiva del carcere per le persone fisiche (reclusione fino a dodici anni, il massimo edittale più elevato di tutto il diritto penale dell'economia) e di un'ulteriore sanzione ai sensi del d.lgs. 231/2001 per le persone giuridiche.

Un viluppo sanzionatorio davvero senza eguali – perlomeno in materia economico-finanziaria – posto finalmente in crisi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Grande-Stevens, che condanna la violazione clamorosa del *ne bis in idem* e le evidenti carenze di un giusto processo davanti alla Consob¹⁴.

Ma è istruttivo ripercorrere brevissimamente la genesi di questo sistema per capirne i possibili sbocchi dopo lo scoglio della CEDU. E' un sistema che nasce dalla combinazione fra un impulso europeo (con genesi in realtà al di là dell'Oceano Atlantico¹⁵) e da una spontanea risposta punitiva (a volte iperpunitiva) dei legislatori nazionali:

Al 1989 risale la prima Direttiva sulla lotta contro l'abuso di informazioni privilegiate¹⁶, con una definizione di nuove – e largamente inedite per il continente europeo – fattispecie di illecito in materia di *insider trading*, accompagnata dalla richiesta ai legislatori nazionali di sanzioni non esplicitamente penali, ma comunque “effettive, proporzionate e dissuasive”. Come conseguenza si è prodotta la rapida genesi in tutta Europa di una sorta di “euro-delitto” di *insider trading*, ampiamente armonizzato nella definizione del precetto e con una tendenza dominante verso l'adozione della sanzione penale (di

14 CEDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c/ Italia, sulla quale v. ad es. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in «DPC - RT» (2014), 219 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano*, *ivi* (2014), 201 ss.

15 Sulla combinazione fra “europeizzazione” e “americanizzazione” del diritto penale dell'economia cfr. A. NIETO MARTÍN, *¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?*, in «Revista Penal» (2007), 120 ss.

16 Dir. 89/592/CEE del 13 novembre 1989, “sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)” (GU L334 del 18.11.1989, 30).

livello peraltro ancora abbastanza modesto, perlomeno per quanto riguarda il nostro ordinamento nazionale¹⁷).

Nel 2003 si è emanata in sede comunitaria una nuova Direttiva sugli abusi di mercato¹⁸ (comprensiva delle due diverse fattispecie dell'*insider trading* e della manipolazione del mercato), con introduzione di una disciplina molto più articolata e integrata. Per quanto riguarda l'aspetto sanzionatorio, si è fatto riferimento diretto solo alle sanzioni amministrative, lasciando mano libera ai legislatori nazionali in ordine all'*an*, al *quomodo* e al *quantum* delle sanzioni penali. La Direttiva del 2003 è animata infatti da una dichiarata sfiducia del legislatore europeo nell'intervento penale *in subiecta materia*, con una "chiamata alle armi" dei legislatori nazionali sul versante amministrativo.

Anche in questo caso, tuttavia, l'effetto prodotto in tutta Europa è stato quello di una vera e propria ondata di nuova criminalizzazione in materia di abusi di mercato, favorita naturalmente anche dal diffuso clima di allarme sociale suscitato dall'esplosione della crisi e degli scandali finanziari. Un'ondata di nuova criminalizzazione che ha visto paradossalmente all'avanguardia, questa volta, proprio il legislatore italiano, che si è rivelato particolarmente propenso ad un impiego estremamente rigoristico (non privo, come già accennato, di venature populistiche e simboliche¹⁹) dello strumento sanzionatorio penale ed amministrativo. La risposta dell'Italia all'impulso europeo è stata quella di un rafforzamento parallelo di entrambi i versanti sanzionatori: non si è affatto rinunciato al penale (anzi, si sono innalzati esasperatamente i tetti edittali pecuniari e detentivi) e si è costruito un inedito sistema sanzionatorio amministrativo iperpunitivo, destinato programmaticamente al cumulo con la sanzione penale.

17 L. 17 maggio 1991 n. 157.

18 Dir. 2003/6/CE del 28 gennaio 2003, "relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alle manipolazioni del mercato (abusi di mercato)" (GU L096 del 12.4.2003, 16).

19 Cfr. in proposito, in senso nettamente critico, A. ALESSANDRI, *Un esempio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in G. FORTI - M. BERTOLINO (Edd.), *Scritti per Federico Stella*, Jovene, 2007, 955 ss.; G. MARINUCCI - C.E. PALIERO, *Tutela del risparmio: soluzioni a metà sul nuovo assetto dei reati societari*, in «Guida diritto» (2005), 13 ss.; A. PERINI, *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparmio*, in «GI» (2006), IV, c. 875 ss.; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in «DPP» (2006), 549 ss.

Alla fine è arrivata la CEDU con la sentenza Grande Stevens e il legislatore europeo è corso finalmente ai ripari: nei progetti di regolamento amministrativo e direttiva penale che erano in cantiere a Bruxelles (emanati poi nel 2014)²⁰ fa capolino per la prima volta una clausola di prevenzione del *bis in idem*, in precedenza inesistente e la “patata bollente” della ristrutturazione del sistema è ancora sul tavolo del legislatore nazionale²¹.

4. Il modello dell'illecito amministrativo come alternativa all'illecito penale.

Il terzo modello è quello di un illecito amministrativo ugualmente forte e molto punitivo destinato a fungere questa volta da **alternativa al penale**.

E' il modello che si è storicamente affermato soprattutto in materia di tutela della **concorrenza** (legislazione *antitrust*): prima a livello europeo - sempre però ispirandosi ad una originaria modellistica nordamericana - e poi a livello nazionale: in Italia, in particolare, con la legge istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (l. 10 ottobre 1990 n. 287)²².

In questo modello si coniano – probabilmente per la prima volta nel nostro ordinamento - delle vere e proprie fattispecie di illecito d'impresa (non rivolte cioè alle persone fisiche degli imprenditori o degli amministratori, ma alle imprese in quanto tali): abuso di posizione dominante, intese illecite, violazioni di divieti di concentrazione. E le sanzioni sono anche qui assolutamente draconiane: fino al 10% del fatturato annuo

20 Dir. 2014/57/UE del 16 aprile 2014, “relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (Direttiva abusi di mercato)”, in GU L173, 179 ss.; Reg. (UE) 596/2014 del 16 aprile 2014, “relativo agli abusi di mercato (Regolamento sugli abusi di mercato)”, in GU L173, 1 ss.

21 Nella scorsa legislatura era stato presentato dal Governo – in attuazione della legge di delegazione europea 2016-2017 (legge n. 163 del 2017) – uno “schema di decreto legislativo recante norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato”. Lo schema è stato successivamente approvato, in sede consultiva, dalla Commissione Giustizia del Senato (seduta del 19 luglio 2018), ma si tratta di un disegno di legge che non affronta direttamente il nodo del *bis in idem*, né ha per oggetto il recepimento della direttiva penale sugli abusi di mercato del 2014, riguardando esclusivamente il coevo regolamento amministrativo.

22 Per un'analisi di tale intervento normativo nella prospettiva del penalista, rinvio a L. FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in «RIDPP» (1991), 870 ss.

d'impresa e sanzioni interdittive che ne possono nei casi più gravi determinare la paralisi.

E' un sistema che ha certamente implementato in maniera formalmente esemplare l'ideale illuministico della sussidiarietà e che ha fino ad oggi – in Italia come in tutta Europa – dato corpo all'idea del penale come *ultima ratio*, consentendo cioè il **non intervento dello strumento penale**, grazie alla evidente efficacia di questo modello sanzionatorio, affidato dappertutto al governo di un'autorità amministrativa indipendente fortemente specializzata e qualificata²³. Non intervento dello strumento penale, ma non certo per la mancanza di un bene giuridico meritevole e bisognoso di protezione²⁴, ché anzi la libertà e lealtà della concorrenza rappresenta un bene di rango primario nel diritto europeo (e non solo in quello) e che in altri territori – si pensi soprattutto a tutte le ultime iniziative europee e internazionali elaborate sotto la bandiera della lotta alla corruzione, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato – ha portato negli ultimi anni ad un forte incremento della criminalizzazione.

Anche questo modello ha dovuto fare recentemente i conti con il sindacato CEDU (sentenza Menarini)²⁵: queste fattispecie e queste sanzioni appartengono al campo della materia penale e per quanto fin qui osservato deve ritenersi che l'esito fosse abbastanza scontato. E anche qui c'è da recuperare un *deficit* di garanzie²⁶, certamente sul versante procedurale e forse anche sul versante sostanziale, per la inevitabile e congenita indeterminatezza delle fattispecie astratte (si pensi soprattutto all'abuso di posizione dominante), destinate ad assumere concretezza solo attraverso l'opera interpretativa e applicativa dell'Autorità garante. Se valutate con parametri classicamente penalistici probabilmente si tratterebbe di fattispecie incostituzionali per difetto di determinatezza. Ma è davvero auspicabile porre in crisi tutto il sistema del controllo e della sanzione amministrativa, con il rischio paradossale che dalla cri-

23 Un'autorità che può persino disporre oggi – in virtù di una novella normativa passata pressoché inosservata, ma di grande impatto sugli equilibri del sistema – di un nucleo della Guardia di Finanza per l'esercizio delle attività investigative.

24 In favore della configurabilità della concorrenza come bene giuridico penale, cfr. soprattutto K. TIEDEMANN, *Wettbewerb als Strafrechtsgut?*, in *Festschrift für Hans Müller-Dietz zum 70. Beck*, 2001.

25 CEDU, 27 settembre 2011, ric. 43509/08, Menarini Diagnostics srl c/Italia.

26 Cfr. M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in M. DONINI - L. FOFANI (Edd.), *La "materia penale"*, cit. (nota 8), 291 ss.

si nasca una invocazione rassegnata del ricorso allo strumento penale? La flessibilità ed elasticità è nella ragion d'essere di queste fattispecie. Lo osservava già Mario Romano verso la fine degli anni '70²⁷, quando sottolineava la necessità, in materia economica, di ricorrere in alcuni casi ad una nuova tecnica di precetti penali individualizzati attraverso la mediazione di autorità amministrative indipendenti fortemente specializzate.

5. Il modello dell'illecito amministrativo "fungibile" all'illecito penale.

Quarto e ultimo modello, il più recente storicamente, è quello della responsabilità degli enti: visto in prospettiva europea e non solo nazionale è un modello caratterizzato da una piena e completa fungibilità di sanzione penale e sanzione amministrativa. Il modello europeo che è all'origine di questo rapido e sorprendente superamento – se non abbandono totale – del principio "*societas delinquere non potest*" (un modello europeo pur sempre ispirato dalla più antica esperienza dei paesi di *common law*) è un modello dichiaratamente e programmaticamente indifferente alla natura penale o amministrativa della sanzione e della responsabilità: dal II protocollo della convenzione PIF del 1997²⁸ sino ad oggi tutte le iniziative di politica criminale europea richiedono sistematicamente e senza eccezioni la responsabilità degli enti; e questa flessibilità e pragmaticità del modello europeo (vale a dire l'indifferenza e la fungibilità della natura penale o amministrativa della responsabilità degli enti) è certamente all'origine del suo straordinario successo.

La prova più evidente della fungibilità dei due schemi (penale e amministrativo) la otteniamo dal confronto fra la disciplina della responsabilità degli enti in Italia (d.lgs. 231/2001) e in Spagna (LO 1/2010 e .../2015): due schemi di disciplina pressoché identici – il legislatore spagnolo del 2010 e del 2015 si è dichiaratamente ispirato all'esperienza italiana del d.lgs. 231/2001²⁹ – ma qualificati formalmente l'uno come amministrativo

27 M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in C. PEDRAZZI - G. S. COCO (Edd.), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Atti del convegno Arel del 17 marzo 1978, Giuffrè, 1979, 183 ss.

28 Secondo Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee" del 19 giugno 1997 (GU C221 del 19.7.1997, p. 11 ss.).

29 Cfr. sul punto I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Adesso davvero hispanica societas*

(Italia) e l'altro come penale (Spagna). Non si tratta di censurare questa vicenda spregiativamente e riduttivamente come una banale “*Etikettenschwindel*” (una “truffa delle etichette”), ma piuttosto come la realistica presa d'atto della piena fungibilità dei due modelli di sanzione e di responsabilità (penale e amministrativo) se rapportati alle persone giuridiche anziché a quelle fisiche. E del resto vi sono anche esperienze legislative che – come nell'esempio austriaco - semplicemente rinunciano a qualificare la responsabilità degli enti come penale o amministrativa³⁰.

6. A mo' di conclusione.

Dall'osservazione di questi quattro modelli di illecito amministrativo in materia economica si può tranquillamente affermare, innanzitutto, che il modello classico dell'illecito amministrativo come illecito minore è ormai meramente residuale. Non pone particolari problemi, se non quello della sua storica inefficacia ed ineffettività.

Gli altri tre modelli – che sono certamente quelli più innovativi e problematici – quello del doppio binario e del cumulo, quello della alternative e quello della fungibilità – sembrano inevitabilmente ed inesorabilmente destinati ad essere attratti nell'orbita della “materia penale”, intesa secondo i parametri euroconvenzionali.

Quali possano essere gli esiti e le prospettive future - per il nostro sistema nazionale e per quelli (che non sono pochi nel nostro continente) che stanno vivendo esperienze analoghe - lo si vedrà negli anni a venire. Dal punto di vista dei principi del diritto euroconvenzionale, l'immagine di una tutela a cerchi concentrici, differenziata e variegata³¹, sembra quella più convincente e realistica, per arrivare in maniera costruttiva a riformare questi modelli e renderli progressivamente più garantisti, ma senza smantellarli.

Due parole soltanto, in conclusione, su quelli che potrebbero essere non gli esiti (non ancora prevedibili), ma più semplicemente le direzioni di marcia della politica criminale:

delinquere potest, in «Criminalia» (2010), 385 ss.

30 *Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG)* del 23 dicembre 2005.

31 In questi termini F. VIGANÒ, nell'intervento orale al convegno richiamato nella nota iniziale del presente lavoro (*).

a) Per la responsabilità degli enti (ossia il modello della piena fungibilità fra opzione penale e amministrativa) sembra ormai agevole pronosticare una generalizzata e piena attrazione nell'orbita del penale. Si può ragionevolmente immaginare che questa possa essere la futura evoluzione (normativa e prima di tutto culturale) del sistema anche in Italia, senza più infingimenti (qualcosa di analogo a quello che è in passato accaduto per le misure di sicurezza, qualificate formalmente dal codice Rocco come amministrative).

Quali adeguamenti garantistici ne potrebbero e dovrebbero derivare? Guardando alla significativa esperienza spagnola – che ha trasposto il nostro “modello 231” in un ambiente penale – il punto più critico è probabilmente quello della presunzione di non colpevolezza, in rapporto all'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001 (reati presupposto commessi dagli apicali); inversione dell'onere della prova alla quale per l'appunto il legislatore spagnolo ha rinunciato, nel momento in cui ha abbracciato apertamente l'opzione penale per la responsabilità delle persone giuridiche.

Con lo sguardo rivolto all'evoluzione del diritto comparato, il passaggio del Rubicone – nella direzione del riconoscimento del carattere penale della responsabilità degli enti – potrebbe essere in un prossimo futuro segnato dalla trasformazione in legge del progetto tedesco di una nuova “*Verbandssanktionengesetz*” (*VerSanG*)³²; per il peso politico e giuridico della tradizione dogmatica tedesca – baluardo storico del principio “*societas delinquere non potest*” – sarebbe verosimilmente il segno di una trasformazione definitiva per l'intero continente europeo.

b) Per la disciplina *antitrust*, invece (ossia il modello della alternatività fra opzione penale e amministrativa), mi sembra che si debba ragionevolmente difendere l'opzione di fondo della macro-sanzione amministrativa punitiva alternativa al penale criminale strettamente inteso. E' un baluardo della idea della sussidiarietà del penale come *ultima ratio* e va semplicemente adeguato

32 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Unternehmenskriminalität*, del 15.8.2019. Si veda anche M. HENSSLER - E. HOVEN -M. KUBICIEL - T. WEIGEND, *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, Universität zu Köln, 2017.

ad alcuni principi (ma quali?) del diritto euroconvenzionale, senza smantellare un sistema che si è rivelato efficace ed efficiente.

c) Per gli abusi di mercato, invece (ossia il modello del doppio binario e del cumulo fra opzione penale e amministrativa), mi sembra che la strada maestra – della quale naturalmente sono ancora tutti da tracciare i binari istituzionali e ordinamentali – dovrebbe essere quella di una integrazione (anziché cumulo) delle due opzioni sanzionatorie. Sembrerebbe assolutamente antistorico pensare di rinunciare all'opzione amministrativa – perché è la Consob, piaccia o non piaccia, l'attore principale del sistema sanzionatorio e non potrebbe essere altrimenti – ma sembrerebbe ugualmente inaccettabile – almeno per l'esperienza che abbiamo vissuto in Italia – pensare di rinunciare all'opzione penale, dopo averla innalzata a vertici sanzionatori inusitati. E' verosimile che vada pensato un nuovo ed inedito modello di integrazione, fondato su una redistribuzione più razionale del campo fra illecito/sanzione penale e illecito/sanzione amministrativa e, soprattutto, sulla cooperazione fra autorità amministrativa indipendente (Consob) ed una autorità giudiziaria diversamente articolata (sulla base, ad es., di una concentrazione della competenza giurisdizionale su poche sezioni di procure e tribunali fortemente specializzate).

ASPETTANDO I BARBARI (UN PICCOLO ESERCIZIO DI LAW AND LITERATURE)

Gabriele Fornasari

1. Aspettando i barbari

“Aspettando i barbari” (Περιμένοντας τούς βαρβάρους) è in origine un poema di Konstantinos Kavafis, scritto con ogni probabilità dal grande poeta greco alla fine del 1898 e pubblicato nel 1904.

Narra di una città imprecisata (nel luogo e nel tempo) in cui si attende l'imminente arrivo dei barbari (cioè di stranieri, secondo l'etimologia) ai quali ci si prepara a cedere il potere senza combattere, anzi con tutti gli onori, tanto profondo è il declino della civiltà che essa rappresenta, ma il finale è a sorpresa: i barbari tanto attesi non arriveranno e così conclude il poeta:

*«S'è fatta notte, e i barbari non sono più venuti
Taluni sono giunti dai confini
Han detto che di barbari non ce ne sono più
E adesso, senza barbari, cosa sarà di noi?
Era una soluzione, quella gente»*

Quest'opera, soggetta a tante possibili interpretazioni, ha dato spunto a numerosi saggi, romanzi e addirittura opere musicali, che vi hanno letto di volta in volta una critica del colonialismo, una parabola della ricerca di una identità civile mancante, per dirla con Umberto Eco, attraverso la “costruzione del nemico”, un'indicazione dei pericoli dell'instaurazione dello stato di eccezione, e altro ancora.

Ma, tra quelle ad essa ispirate, l'opera di gran lunga più rilevante è l'omonimo romanzo di John Coetzee, geniale scrittore sudafricano insignito del Premio Nobel nel 2003, che fu pubblicato nel 1980, con il titolo “Waiting for the Barbarians”, e poi tradotto anche in italiano per i tipi della Einaudi¹.

¹ J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, Einaudi, 2000 (ed. orig.: *Waiting for the Barbarians*, Secker & Warburg, 1980).

Coetzee sviluppa l'intuizione del poema di Kavafis, naturalmente con l'articolazione richiesta da un romanzo, seppur breve, innanzi tutto mantenendo l'ambientazione in un luogo e un tempo non definiti, e dunque riconducibili a molte possibili realtà.

Si immagina una città collocata ai margini geografici di un impero, ai confini con un territorio abitato dai barbari, in cui il rappresentante dell'amministrazione centrale è un magistrato (definito solo così in tutto il romanzo), che è anche colui che racconta in prima persona la vicenda che è oggetto della storia.

La città vive una vita tranquilla, monotona e sonnolenta (che dopo i rivolgimenti che seguiranno verrà ricordata dal magistrato come una specie di paradiso in terra) e i barbari confinanti vi hanno normale accesso per realizzare ordinari traffici e commerci, quando un giorno, essendo giunta nella lontana capitale imperiale la notizia che i barbari starebbero preparando un attacco proprio in quella zona di confine, vi viene inviata una unità di sicurezza al comando del colonnello Joll, un'inquietante figura di militare proveniente dalla "terza divisione" ("third Bureau"), che si intuisce essere una sorta di polizia segreta.

Ben presto il colonnello, forte della situazione eccezionale derivante dall'asserita minaccia di un'invasione, assume di fatto il governo della città avamposto e la amministra con metodi ben diversi da quelli blandi e tolleranti usati dal magistrato.

In particolare, avvia una procedura di cattura e tortura di massa di molti barbari – compresi vecchi donne e bambini – che si trovano a vivere poco fuori le porte della città, con l'intento di strappare loro confessioni che forniscano informazioni utili sull'imminente attacco che sarebbe in preparazione.

Il magistrato, pur non avendo in simpatia il colonnello e non condividendone affatto l'operato, assiste impotente a quanto avviene, avanzando solo qualche timida protesta anche davanti all'evidente brutalità e assurdità di quelle violenze, anche perché in fondo, da diligente funzionario pubblico vicino alla pensione, ritiene che quelle condotte abbiano una copertura legislativa e che l'esercizio del potere da parte del colonnello non sia illegittimo, dato il timore di un'invasione barbarica.

Ma le torture, a parte una quantità di morti e mutilati, non producono gli effetti desiderati e il colonnello Joll e i suoi uomini vengono momentaneamente richiamati per altre missioni. Il magistrato riprende il controllo della città e, imbattendosi in una ragazza barbara che la tortura aveva reso cieca e incapace di camminare per le ferite ai piedi, la porta con sé nella propria abitazione, dando inizio a un ambiguo rapporto, in cui si mescolano l'attrazione, il senso di colpa e il desiderio di comprendere quali tracce abbia lasciato la tortura sotto quelle evidenti sulla pelle e sul corpo della donna.

Anche a causa del fallimento in quest'ultimo intento, il magistrato decide di intraprendere un complicato viaggio nel territorio dei barbari al fine di restituire la ragazza alla sua gente.

Per una serie di imprevisti, il viaggio finisce per durare molto tempo e al suo ritorno in città il magistrato la ritrova sotto il controllo della terza divisione, sotto il comando di un nuovo ufficiale, chiamato Mandel, che prepara una missione di conquista nel territorio dei barbari al fine di sottometterli.

L'accoglienza riservata al magistrato non è certo la migliore, anzi viene arrestato con l'accusa di collusione con i barbari e durante la detenzione viene a sua volta ripetutamente torturato; ma proprio le umiliazioni e le torture subite gli aprono gli occhi a una profonda riflessione sull'umanità e la disumanità, che esprime nel suo racconto quando ritrova la libertà poiché la missione di conquista delle truppe dell'impero, avventuratasi nel territorio barbaro, non fa rientro facendo supporre che sia stata sgominata, sicché la città, ridotta ormai in rovina perché non più approvvigionata dai commerci con i barbari, si ferma senza speranza ad aspettare l'arrivo dei barbari stessi.

2. La nuova apologetica della tortura

Una consistente letteratura è germinata dalla lettura di questo breve romanzo, soprattutto per coglierne il sottofondo politico e filosofico², ma

2 Per citare solo qualche esempio: R. SPENCER, *J.M. Coetzee and the 'War on Terror'*, in ID., *Cosmopolitan Criticism and Postcolonial Literature*, Palgrave Macmillan, 2011, 104 ss.; E. TEGLA, *J.M. Coetzee and the Ethics of Power. Unsettling Complicity, Complacency, and Confession*, Brill/Rodopi, 2016; S. CRAPS, *J. M. Coetzee's Waiting for the Barbarians and the Ethics of Testimony*, in «English Studies» (2007), 59 ss.

anche per valutarne la qualità artistica e stilistica facendo leva su importanti paragoni.

Naturalmente, né il primo né il secondo terreno costituiscono l'ambito in cui intendo muovere qualche mia osservazione, pur se gli spunti di interesse non mancherebbero.

Vorrei invece dedicare i miei rilievi al ruolo che nel racconto assume la tortura, o meglio il modo in cui il magistrato la considera, nelle due fasi, ovvero quando viene subita dai barbari e quando successivamente è lui stesso a farne l'esperienza.

Mi interessa questo aspetto perché il salto di qualità fra il suo rifiuto umanitario della tortura sui barbari e la percezione di essa sul suo corpo e sulla sua anima segna l'acquisizione in lui della consapevolezza della vera natura di questo strumento, e in questo passaggio lo scrittore coglie a mio avviso magistralmente il senso profondo dell'argomento essenziale in base al quale merita accoglimento, contro le insidiose teoriche neo-giustificazioniste del XXI secolo³, il rigetto incondizionato della tortura, quali che siano le condizioni in cui è praticata.

Come è noto, soprattutto a far data dagli attentati dell'11 settembre 2001 e dal dibattito che si è scatenato subito dopo, ha preso piede fra giuristi, filosofi e politologi un punto di vista in base al quale, a dispetto della gran quantità di rigidissimi e incondizionati divieti contenuti in numerosi strumenti internazionali regolarmente recepiti negli ordinamenti interni⁴, in casi eccezionali (declinati di volta in volta in maniera diffe-

3 Teoriche che hanno ampi precedenti anche in periodi anteriori, fino alla perorazione settecentesca di Bentham, passando, ancora nel corso del Novecento, per gli scritti di M. WALZER, *Political Action: The Problem of Dirty Hands*, in «Philosophy and Public Affairs» (1973), 160, M.S. MOORE, *Torture and the Balance of Evil*, in «Israel Law Review» (1989), 280 ss., N. LUHMANN, *Geht es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, C.F. Müller Verlag, 1993, W. BRUGGER, *Würde gegen Würde*, in «Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg» (1995), 414 ss., ma che hanno avuto il loro detonatore, dopo gli attentati alle torri gemelle di New York, in un libretto che ha avuto una grande eco, A. M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002 (trad. it., *Terrorismo*, Carocci, 2003), anche in virtù della sorpresa di vedere certe tesi affermate da un autore che si era formato negli anni una solida fama di avvocato dei diritti umani.

4 Non è questo il luogo per una loro completa elencazione, per la quale posso rinviare ai saggi di P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI - D. CASTRONUOVO (Edd.), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, 2019, 113 ss. e G. GIOFFREDI, *Obblighi internazionali in materia*

rente nei modi, nelle procedure e nelle conseguenze) si deve poter torturare, e addirittura, secondo qualcuno, è giuridicamente obbligatorio farlo, a pena di sanzioni per chi lo omette.

Trova spazio così nel discorso pubblico la teoria del *ticking bomb scenario*, lo scenario della bomba a orologeria, che non è nuovo, ma ha incontrato un crescente successo negli ultimi anni, ad onta di molte sue evidenti incogruenze.

Apparentemente, in effetti, può sembrare assurdo difendere il divieto di torturare nel caso che viene presentato: le forze di sicurezza sanno con assoluta certezza che una bomba con effetti deflagranti, in grado di distruggere un'intera città o comunque una grande moltitudine di persone, è sul punto di esplodere, ma non conoscono il luogo nel quale è collocata; tuttavia, hanno catturato un terrorista che certamente dispone di tale informazione essendo tra i responsabili della collocazione della bomba, ma si rifiuta di fornirla durante gli interrogatori. Al fine di salvare le tante persone in pericolo, non si dovrebbe poter contestare, stando a questa teoria, l'opportunità e la legittimità dell'uso della tortura, secondo qualcuno in base a "mandati di tortura" di emanazione giudiziale volti a regolarne l'esecuzione per evitare abusi e magari sotto controllo medico, secondo altri senza alcun bisogno di tali formalità, affidando alle stesse forze di sicurezza, nelle segrete stanze, ogni apprezzamento circa le premesse e le modalità necessarie.

Sul carattere irrealistico di questo scenario non ho qui lo spazio per difondermi nei particolari.

Stilizzando al massimo il discorso, posso solo segnalare che esso si fonda su una serie di certezze tutte ampiamente discutibili: che il soggetto catturato sia il responsabile dell'attentato quando ancora non c'è stato un processo e nemmeno un'indagine che lo configuri come qualcosa più di un sospettato; che la tortura dia la garanzia di ottenere, per di più molto rapidamente, confessioni che rappresentano senz'altro la verità; che sia possibile contenerla in una forma *light*, cioè senza il rischio di abusi che vadano al di là della stretta necessità; che la deontologia professionale dei magistrati e dei medici non ponga ostacoli a simili procedure; che

di tortura e ordinamento italiano, in «Eunomia. Rivista Semestrale di Storia e Politica Internazionali» (2016), 415 ss.

il rischio di *slippery slope* sia scongiurabile grazie al *self-restraint* degli operatori⁵.

In realtà, i più realisti fra coloro che propongono la legittimità dell'uso della tortura in questo scenario ben presto allentano molto il rigore delle premesse originarie e di fatto finiscono per estendere l'ammissibilità dei tormenti anche a situazioni molto più ordinarie⁶; e in fondo pare che l'argomento chiave, che denota un cinismo rivoltante (oltre che una scarsissima conoscenza della psicologia umana), è che la tortura deve essere ammessa e possibilmente legalizzata perché in tutto il mondo, nonostante i divieti, si tortura con grande frequenza e quindi tanto vale regolarizzarla anche al fine di renderla operante soltanto nei casi in cui sia davvero necessaria.

Bisogna rimarcare che praticamente tutti i neoapologeti della tortura, con qualche eccezione, iniziano il loro discorso proclamandosi contrarissimi a questo strumento, condannandolo sia giuridicamente che moralmente, riservando il loro consenso solo a quelle selezionatissime ipotesi in cui sia in gioco la salvezza dell'umanità o poco meno, perché in tal caso il rapporto costi-benefici è talmente sbilanciato che ogni deontologismo di marca kantiana finisce per essere un'inopportuna e assurda petizione di principio.

Il sospetto, però, è che la prospettazione dello scenario della bomba a orologeria sia invece null'altro che una trappola retorica⁷: la sua logica appare così immediata (e mediaticamente efficace) che sembra impossibile che anche i più convinti nemici della tortura, a meno di voler essere considerati come persone che vivono fuori dalla realtà, non ammettano che si possa fare eccezione al principio generale, ma sarebbe proprio così facendo che si aprirebbe una breccia dalla quale poi potrebbe passare facilmente per analogie successive, come dimostrato proprio nei

5 Un buon compendio di queste fallacie argomentative, da più parti denunciate, si può trovare nel saggio di A. O'ROURKE - V. CHAUDHRI - C. NYLAND, *Torture, Slippery Slopes, Intellectual Apologists, and Ticking Bombs: an Australian Response to Bagaric and Clarke*, in «University of San Francisco Law Review» (2005), 85 ss.

6 È il caso, *inter alia*, di M. BAGARIC - J. CLARKE, *Not Enough Official Torture in the World? The Circumstances in Which Torture Is Morally Justifiable*, in «University of San Francisco Law Review» (2005), 581 ss., in cui alla fine si giunge a giustificare anche la tortura del testimone...

7 In tal senso anche D. LUBAN, *Unthinking the Ticking Bomb*, in C.R. BEITZ - R.E. GOODIN (Edd.), *Global Basic Rights*, Oxford University Press, 2009, 181 ss.

saggi degli autori, una ben più ampia gamma di casi giustificati di tortura.

Ma l'impressione è che fuori dalla realtà si muova invece proprio chi abbraccia questo punto di vista, immaginando scenari attribuibili più agevolmente a scadenti pellicole di fantascienza (l'imminente distruzione del pianeta causata da una bomba atomica, evocata da Niklas Luhmann) o a serie televisive per stomaci forti del più puro stile *law and order*⁸.

3. La rivelazione dell'essenza della tortura

Tornando a *Waiting for the Barbarians*, la lettura attenta del romanzo getta una luce, a mio avviso, su un aspetto fortemente problematico della visione della tortura come oggetto di una fredda analisi economica, nella quale si bilanciano in termini quantitativi le persone la cui integrità è da salvare e quelle la cui integrità, a tal fine, può legittimamente essere sacrificata.

Si suppone cioè che sul piatto della bilancia ci siano semplicemente dei numeri che rappresentano entità commisurabili tra di loro, una sofferenza (che può giungere fino alla morte) per uno o per pochi a confronto con una sofferenza (che può essere anche la morte) che deve essere evitata a molti, e che pertanto dal mero risultato aritmetico si possa dedurre la soluzione corretta⁹.

8 Il riferimento alle serie televisive non è per nulla casuale: infatti, ad incrementare sensibilmente, nei primi anni di questo secolo, il consenso pubblico all'uso della tortura fra i cittadini degli Stati Uniti, contribuì non poco il fatto che fino al 2010, contando su un pubblico vastissimo, l'emittente televisiva *Fox* trasmise 192 episodi della serie intitolata "24", ognuno dei quali raccontava una giornata (24 ore, appunto) del popolare *detective* Jack Bauer, dell'unità anti-terrorismo di Los Angeles, interpretato dall'attore Kiefer Sutherland; In ciascuna delle puntate, il *detective* ha solo 24 ore per sventare una gravissima minaccia che pone in pericolo una o tante vite umane e di volta in volta non esita a risolvere il caso, data l'eccezionalità della situazione, usando ogni mezzo, anche contrario alla legge, tra cui con una certa frequenza la tortura di persone le cui dichiarazioni estorte sono in grado di fornire le informazioni utili allo scopo. Naturalmente, in tutti i casi l'obiettivo salvifico viene raggiunto, sicché in una parte dell'opinione pubblica, poco incline a distinguere la realtà dalla finzione, si fece strada l'idea che la tortura fosse opportuna e funzionasse benissimo.

9 Una visione prettamente utilitaristica che gode di un certo credito presso la letteratura di vari settori: tra i filosofi U. STEINHOFF, *Torture – The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz*, in «Journal of Applied Philosophy», (2006), 337 e F. ALLHOFF, *Terrorism, Ticking-time Bombs, and Torture. A philosophical Analysis*, Chicago University Press, 2012, 198 ss.; tra i sociologi il già citato N. LUHMANN, *Geht es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, C.F. Müller Verlag, 1993, *passim*, tra i giuristi A. RAVIV, *Tor-*

Questo, più o meno, è anche ciò che pensa il magistrato raffigurato da Coetzee quando nella prima parte del romanzo deve assistere alle torture inflitte ai barbari catturati dal colonnello Joll e dai suoi uomini della terza divisione: il metodo non gli piace, fa anche un tentativo di farli desistere, pronunciando più volte un “No!” che cade nel vuoto¹⁰, ma ciò che lo anima è uno spirito genericamente umanitario che gli rende intollerabile l’atroce sofferenza altrui, non la reale percezione del significato della tortura, che cercherà poi senza successo di capire dalla ragazza barbara che renderà sua concubina e che capirà davvero solamente allorché sarà lui stesso, nel prosieguo della vicenda narrata, a conoscerne l’esperienza.

Ma prima il magistrato, benché inorridito da ciò che vede senza poter fare nulla perché esautorato dal potere, cerca una spiegazione e in fondo la trova nella presenza dello stato di eccezione che gli viene rappresentato dal colonnello e dunque nella necessità di prevenire un pericolo che mette in discussione la stessa esistenza dell’impero, del quale è un funzionario leale.

Dopo, interrogando la ragazza barbara dalla cui cecità viene impietosito e cercando di lenire le sue sofferenze fisiche derivanti dalla tortura, il magistrato non riesce a vedere al di là dei segni sul corpo di lei, mostrando così una incapacità di conoscere *l’altro da sé*, il diverso, che in fondo lo accomuna al colonnello Joll¹¹.

Quando invece l’accusa di collusione coi barbari lo porta in prigione, dove *ad eruendam veritatem* viene a sua volta interrogato a lungo col metodo della tortura, ne percepisce finalmente l’inumanità al di là delle ferite nella carne, così come vede finalmente nel torturatore una figura tutto meno che grandiosa, non il soggetto ammantato di un tragico destino che lo costringe a fare il male per raggiungere il bene, ma un grigio burocrate che svolge con indifferenza il proprio compito avendo perso ogni cognizione morale, sicché risulta poi quasi patetica la sua richiesta di essere sottoposto a un regolare processo secondo i principi vigenti nell’impero.

Vale la pena riportare il passaggio:

ture and Justification: Defending the Indefensible, in «George Mason Law Review» (2004), 135 ss.

10 J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., 134.

11 Questa osservazione è di S. CHENG, *Civilization and the two faces of law: J.M. Coetzee Waiting for the Barbarians*, in «Cardozo Law Review» (2003), 2358.

«Lui [il torturatore] si occupa della mia anima: ogni giorno ripiega la carne ed espone la mia anima alla luce; nel corso di una vita di lavoro ne deve aver viste tante di anime, ma la loro cura non sembra avergli lasciato più segni di quanti non ne lasci la cura dei cuori su un cardiocirurgo»¹².

Per quanto riguarda la corretta comprensione del significato della tortura, quello che il magistrato afferma *a posteriori* nel suo racconto non è in fondo che lo specchio di quanto ha acquisito ormai da qualche decennio la letteratura più accreditata, in ambito psicologico, filosofico e giuridico, circa le conseguenze della pratica della tortura, almeno per la parte che concerne specificamente la relazione che si instaura fra torturato e torturatore e, più sullo sfondo, le sue conseguenze sul piano sociale¹³.

Egli si rende conto, riflettendo sulla propria sofferenza, che l'oggetto vero dei colpi inflittigli è, in realtà, attraverso il deperimento della carne, la sua dignità come uomo.

Improvvisamente comprende il motivo per cui non aveva potuto cogliere il segreto della ragazza barbara: è caduta la barriera *noi/loro*¹⁴.

12 J. M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., 148. Qualcuno ha colto un paragone con la figura di Adolf Eichmann, come descritta da Hannah Arendt in *La banalità del male*: una suggestione non impossibile, dato che lo stesso Coetzee scrisse qualche anno dopo, commentando la collocazione del suo libro nell'ambito della letteratura sudafricana, di quanto lo aveva colpito la sproporzione fra grandi crimini e – testualmente – la statura da pigmei dei loro perpetratori: “There was a stupefying disproportion between the pygmy stature of the men on trial and the enormity of the crimes they had committed.” J.M. COETZEE, *Into the Dark Chamber: The Novelist and South Africa*, in «The New York Times» (12 January 1986), 13.

13 La moderna psicologia comportamentale insiste anche sui danni psichici che derivano sulla sfera degli stessi torturatori, molto spesso costretti a loro volta a fare ricorso alle cure degli psicologi per gravi disturbi determinati dalla difficoltà di metabolizzare il loro passato. Si veda sul punto M. COSTANZO - E. GERRITY, *The Effects and Effectiveness of Using Torture as an Interrogation Device: Using Research to Inform the Policy Debate*, in «Social Issues and Policy Review» (2009), 193 ss.

14 La rilevanza della mentalità “*Us versus Them*”, non solo nella legittimazione, ma anche nella pratica degli atti di tortura, è stata studiata a fondo dalla scienza psichiatrica che si è occupata di analizzare l'atteggiamento dei militari addestrati nell'ambito delle forze di sicurezza alle tecniche di tortura: questo fattore è risultato decisivo nella loro formazione, poiché l'incitamento a disumanizzare il nemico e a percepire se stessi come i guardiani del bene rende più agevole il superamento del profondo istinto umano, che non è quello di uccidere o di annichilire il prossimo: su questi aspetti si può vedere il contributo di A. SPECKHARD - C. FIGLEY, *Psychosocial Drivers, Prevention and Sequelae of Engaging in Torture*, in «International Center for the Study of Extreme Violence

La tortura non dispiega il suo contenuto di senso finché la vediamo rivolta ad altri, nel senso di soggetti che non appartengono al nostro gruppo, ma sono diversi, e possono essere meritevoli di compassione, tutt'al più, perché possono facilmente essere raffigurati come nemici, e come tali può essere loro revocato il diritto alla dignità umana senza eccessive preoccupazioni¹⁵.

E in effetti quando il magistrato assiste alla tortura di un giovane barbaro, il suo spirito umanitario non va al di là di stringergli le mani e invitarlo a dire la verità, perché in tal modo porrà termine ai tormenti¹⁶.

Quando cade quel diaframma si rivela l'aspetto meno visibile dall'esterno, che caratterizza davvero la tortura, più dei segni sul corpo, che oltre tutto oggi essa sempre più spesso, nelle sue forme più sofisticate, non lascia più.

Alludo al fatto di essere di per sé abuso, prevaricazione, distruzione nella vittima della coscienza di sé e della fiducia nel mondo, dimostrazione di un potere arbitrario e incontrollato che annulla la personalità¹⁷.

4. La caduta del mito dell'eccezione

In uno dei paradossi del romanzo, il magistrato si mostra addirittura quasi grato al suo torturatore per avergli dato una fondamentale lezione rendendogli chiaro quale sia il confine dell'umanità: "Sono venuti nella

(ICSVE) Research Reports» (2017), 5 s. (reperibile all'indirizzo https://www.academia.edu/32451115/Psychosocial_Drivers_Prevention_and_Sequelae_of_Engaging_in_Torture).

15 Non è un caso infatti che il colonnello Joll, chinandosi sui suoi prigionieri, scriva con uno stecchetto carbonizzato la parola "NEMICO" sulla schiena di ciascuno di essi: J. M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., 132.

16 "Ascolta. Devi dire la verità al colonnello. È solo questo che vuole da te: la verità. Se si convince che gli dici la verità non ti farà del male, ma tu devi dirgli tutto quello che sai. Devi rispondere sinceramente a ogni domanda che ti farà. Se senti dolore, non ti scoraggiare": J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., 10.

17 Notevoli, a questo riguardo, le pagine di Werner Maihofer sulla tortura, come atto che fa perdere alla vittima non solo il controllo del corpo e della psiche, ma, prima ancora, la fiducia nel mondo, con la sua trasformazione in oggetto, in un'entità non più dotata di personalità e impossibilitata a contare sulla solidarietà: W. MAIHOFFER, *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Vittorio Klostermann, 1968, 12 ss., con ampi riferimenti a J. AMERY, *Jenseits von Schuld und Sühne. Bewältigungsversuch eines Überwältigten*, Klett-Cotta Verlag, 1966, 50 ss.

mia cella per dimostrarmi il significato di umanità, e nel giro di un'ora me l'hanno dimostrato, eccome"¹⁸.

Ma per avere chiara l'entità di questo confine, naturalmente, il magistrato ha dovuto sperimentare la disumanità, nel suo corpo ma soprattutto nella sua anima, scavalcando quel limite ed entrando nel regno dell'arbitrio assoluto, per di più, nel suo caso, sapendo bene che le torture non avevano alcuna motivazione che potesse essere reperita davvero in un qualche stato di eccezione¹⁹.

E allora in lui crollano i consueti schemi mentali, perché il colonnello Joll, nel presentargli le ragioni delle torture contro i barbari, gli aveva rappresentato proprio uno stato di eccezione nel quale la terza divisione doveva muoversi nel crepuscolo di una illegalità legale, con l'autorizzazione della legge ad agire fuori dell'ambito della legge²⁰; ma all'improvviso si rende conto di quanto vuota sia questa premessa, e di quanto in realtà dietro l'esigenza di torturare si celi una micidiale miscela di onnipotenza e insicurezza²¹, l'istanza della riaffermazione di un potere che deve avere i caratteri dell'assolutezza e dell'assenza di controlli, e di

18 J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., 145. Come nota S. CRAPS, *J.M. Coetzee Waiting for the Barbarians and the Ethics of Testimony*, cit., 65, il magistrato, attraverso l'esperienza di subire la tortura, ha accesso al regno dell'inumano, un'area prelinguistica, una zona fuori dalle categorie del linguaggio, e diventa testimone del non detto e dell'indicibile.

19 L'obiettivo dei torturatori, finisce per pensare, è quello di mostrargli che cosa significhi vivere in un corpo, e come la fragilità e la vulnerabilità del corpo siano compatibili con un concetto umanitario di giustizia solo fino a che non sono violate: "Mi sono chiesto fino a che punto un uomo solido e in buone condizioni sarebbe stato in grado di sopportare il dolore in nome delle sue eccentriche idee su come debba comportarsi l'impero. Ma ai miei aguzzini non importava niente dei vari gradi del dolore. L'unica cosa importante per loro era dimostrarmi cosa voglia dire vivere in un corpo che può coltivare delle idee a proposito della giustizia fintanto che è intero e in buona salute, ma che se ne dimentica subito, appena gli acchiappano la testa e gli ficcano dentro un tubo per riempirlo di acqua salata" (J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., 145). Nella letteratura filosofica, con accenti simili Elaine Scarry affermava all'incirca in quegli stessi anni che il reale scopo della tortura non ha tanto a che vedere con le risposte del torturato, ma piuttosto con la loro forma, con la decostruzione della voce del prigioniero derivante dalla relazione tra potere e dolore: E. SCARRY, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*, Oxford University Press, 1985, 29 ss.

20 Questo punto è approfondito da P. LENTA, "Legal Illegality": *Waiting for the Barbarians after September 11*, in «Journal of Postcolonial Writing» (2006), 71.

21 Nella letteratura scientifica, si esprime in questi termini A. MCCOY, *A Question of Torture. CIA Interrogation, from the Cold War to the War on Terror*, Metropolitan Books, 2006, 13.

quanto lo stato di eccezione, cioè la (supposta) minaccia dei barbari, per la sopravvivenza dell'impero non sia in realtà un problema, ma, come nell'ultimo verso del poema di Kavafis, piuttosto una soluzione.

Anche per questo l'allegoria presentata nel romanzo non ha luogo né tempo, ad onta della proposta di qualche lettore di collocarla come una rappresentazione in chiave critica dell'*apartheid* sudafricana (regime ancora in vita quando l'opera fu pubblicata)²², proposta rigettata espressamente dallo stesso Coetzee in un saggio scritto alcuni anni dopo, in cui specifica che il contrasto fra bianchi e neri è estraneo alla vicenda narrata²³.

Del resto, questa scelta di una dimensione universale e acronica da un lato sul piano letterario acuisce l'impatto del racconto, dall'altro, riguardo al particolare aspetto dell'atteggiamento verso la tortura, rende incondizionata la condanna del magistrato (e per tramite suo dell'Autore), che nelle battute della sua storia che ricordano quell'esperienza fa piazza pulita (in anticipo di qualche anno sulla loro emersione) delle teorie e degli argomenti volti a legittimarne l'utilizzo in situazioni eccezionali, quale che sia il grimaldello giuridico o semplicemente politico adoperato a tal fine.

5. Letteratura e realtà: la condanna della tortura come tabù e come argomentazione

Nella trama narrativa di Coetzee, infatti, anche se naturalmente non si fa alcun cenno al discorso giuridico sulla tortura, ben poco importerebbe se, per usare il frasario dei penalisti, a sostegno dell'ammissibilità della tortura fosse invocata una causa di giustificazione²⁴, o una causa di

22 D. ATWOOD, *J.M. Coetzee: South Africa and the Politics of Writing*, University of California Press, 1993, 73.

23 J. M. COETZEE, *Into the Dark Chamber: The Novelist and South Africa*, cit., 13. Piuttosto, Coetzee vede nella tortura la metafora più nuda ed estrema del rapporto fra chi gestisce in modo autoritario il potere e le sue vittime, aspetto che nell'ambito della critica letteraria è stato colto da S. VAN ZANTEN GALLAGHER, *Torture and the Novel: J.M. Coetzee's Waiting for the Barbarians*, in «Contemporary Literature» (1988), 281 s. e già prima dall'altro grande scrittore A. BURGESS, *Book Review: The Beast within*, in «The New York Magazine» (26 April 1982), 88 (“[Waiting for the Barbarians] is not about South Africa: It is not about anywhere, and hence it is about everywhere”).

24 Si è fatto appello, a questo riguardo, sia alla legittima difesa che allo stato di necessità (giustificante): la prima è invocata per esempio da R.D. HERZBERG, *Folter und*

esclusione della colpevolezza codificata, o una scusante extralegale²⁵, o un meccanismo incidente sulla punibilità²⁶, o il ricorso a permessi speciali del giudice²⁷, o infine, cinicamente, si tollerasse una situazione in cui al divieto giuridico si accompagnasse l'intesa che nelle segrete stanze delle forze di sicurezza i tormenti potessero ancora essere praticati sapendo che l'opinione pubblica si volterà dall'altra parte²⁸.

Menschenwürde, in «Juristen Zeitung» (2005), 324 e K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6^a Aufl., Vahlen Verlag, 2008, 168 ss., per il quale la tutela del bene supremo della vita, considerato superiore a quello della dignità umana e ad ogni altro che sia in gioco, garantisce anche in questo caso la legittimità della difesa, risultando irrilevante il contrasto con le norme nazionali e internazionali poste a presidio del divieto di tortura, al punto che l'Autore ipotizza un *dovere* a carico del pubblico ufficiale di intervenire a difesa della vita in quanto soggetto in posizione di garanzia, pertanto con la prospettiva di sanzionarlo per omicidio omissivo in caso di inazione (dunque, in circostanze estreme, di mancato ricorso alla tortura) e di morte del soggetto o dei soggetti non difesi; lo stato di necessità giustificante, secondo lo schema del nostro art. 54 c.p., era stato il perno della strategia difensiva in un famoso processo svoltosi davanti al Tribunale di Padova nel 1983, riguardante le torture inflitte dalla polizia ad alcuni membri delle Brigate Rosse; i giudici avevano peraltro rigettato questa argomentazione: cfr. Trib. Padova 15 luglio 1983, in «FI» (1984), 230 ss., con nota di D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave, fra pretese 'necessità' e motivi apprezzabili*, con il successivo conforto della Corte Suprema. Cass. 14 gennaio 1987, in «CP» (1988), 1040.

25 Così K. AMBOS, *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in «Journal of International Criminal Justice» (2008), 261 ss. e in particolare 285 ss. e F. WITTECK, *Menschenwürde als Foltererlaubnis?*, in G. GEHL (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht*, Bertuch, 2005, 44.

26 Così, in sostanza, S. MILLER, *Torture*, in «Stanford Encyclopedia of Philosophy», Fall 2008 Edition, § 4, consultabile all'indirizzo <https://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/torture/>, il quale invoca la commutazione della necessaria pronuncia di condanna nella simbolica esecuzione di un giorno di prigione; in fondo, questa è la soluzione che fu data dal Tribunale di Francoforte al famoso caso Daschner, in applicazione del § 59 StGB, che a certe condizioni consente di non eseguire la pena regolarmente irrogata.

27 I “torture warrants” proposti nel lavoro di A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 143 ss. Infatti, “l'essenza di una democrazia”, chiosa più avanti “sta nel riporre le responsabilità per le scelte difficili in un'istituzione trasparente e neutrale come la magistratura”: A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 242. Il punto debole di questa connessione concettuale è che la situazione nella quale queste decisioni dovrebbero essere prese è il famoso scenario della bomba a orologeria (*ticking bomb scenario*), in cui c'è pochissimo tempo per torturare un soggetto in possesso di tutte le informazioni necessarie al fine di salvare una moltitudine di persone da un'esplosione con effetti devastanti, ovvero una situazione la cui concretizzazione effettiva è pressoché impossibile, se non in realtà virtuali; in questo senso anche J. WISNEWSKI, *It's About Time: Defusing the Ticking Bomb Argument*, in «International Journal of Applied Philosophy» (2008), 103 ss.

28 Così il giudice R. POSNER, *The Best Offense*, in «New Republic» (Sept. 2, 2002): “Better to leave in place the formal and customary prohibitions, but with the understanding that they will not be enforced in extreme circumstances.” Quello che può appa-

Il livello del discorso è un altro, certo, ed esso attinge non ai dogmi legali (nei quali evidentemente c'è poca fiducia, visto che l'impero è in astratto basato sulla *rule of law*, ma le sue stesse norme giuridiche sembrano riconoscere uno spazio crepuscolare di fuga dalla *rule of law*), ma ai principi ultimi della civilizzazione, postulando un ritorno degli atti umani all'ambito del giudizio morale, in un mondo in cui è pieno di significato volgere lo sguardo a scene di tortura per capire quando ci si trova al di là del limite.

All'interno di questo atto d'accusa verso il dissolversi di ogni autorità morale, che si concretizza nella pratica della tortura, lo stesso magistrato del racconto di Coetzee, al contempo rappresentante e vittima del potere dell'impero, non fa sconti nemmeno a se stesso: scopre, dopo avere subito egli stesso i tormenti, non essere in fondo molto diverso dal colonnello Joll e da Mandel²⁹, anzi in un momento di estrema lucidità si avvede di non essere affatto la figura bonaria e indulgente che si contrappone alla crudele rigidità del colonnello.

Capisce invece di essere la menzogna che l'impero racconta a se stesso nei tempi facili, mentre lui è la verità che l'impero racconta quando ci

rire singolare è che questo punto di vista di Posner vuole presentarsi come garantista: egli infatti è dell'avviso che qualunque regolamentazione normativa fisserebbe dei confini all'uso della tortura e che inevitabilmente gli investigatori sarebbero tentati di andare al di là di essi; meglio dunque lasciare in ogni caso alla loro prudente valutazione la definizione dei limiti dell'eccezionalità dell'uso della tortura. Quanto meno, bisogna ricordare che il suo intervento è stato pubblicato prima che venissero resi pubblici i clamorosi abusi delle forze di sicurezza degli Stati Uniti nelle prigioni di Guantanamo e Abu Ghraib, regno assoluto del *libero apprezzamento* tanto lodato come fonte di *self-restraint*.

29 Tanto che sente di avere verso di loro un atteggiamento che più che di rimprovero è di incapacità di capire: di capire come possano mangiare o realizzare tutte le altre ordinarie attività della vita umana prima o dopo avere attuato le pratiche della tortura. Lo chiede direttamente a Mandel, durante la tortura: "Mi perdoni se la domanda sembra impudente, ma vorrei sapere: come fa a mangiare, dopo aver...lavorato con le persone? [...] Riesce a toccare il cibo dopo? Ho immaginato che uno senta il bisogno di lavarsi le mani. Ma non basta una semplice lavata di mani, ci dev'essere bisogno di un intervento sacerdotale, di una cerimonia di purificazione, non crede? Una sorta di purificazione anche per l'anima": J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., 157 s. E poco più avanti (op. cit., 158): "Non la sto accusando di nulla. Non me la prendo con lei. [...] Anch'io, lo sa bene, ho passato una vita al servizio della legge, ne conosco le pieghe, so che spesso l'opera della giustizia risulta oscura. Sto solo cercando di capire. Sto cercando di capire in quale zona viva lei".

sono venti cattivi: due facce della stessa medaglia³⁰, e il magistrato sa di non meritare un minore rimprovero solo perché in lui c'è stata una semplice accettazione passiva di quello che altri hanno attivamente perpetrato³¹.

Declinate nei termini del discorso giuridico sull'ammissibilità della tortura, queste amare conclusioni sono una porta chiusa ad ogni tentativo di ri-legittimarla, compresi quelli costruiti su avventurosi ed irrealistici scenari di bombe ticchettanti e fondati sul più classico schema schmittiano dello stato di eccezione, un camuffamento tragico delle ideologie autoritarie del potere.

In fondo, da un romanziere arriva ai giuristi il messaggio che lo Stato di diritto deve prendere se stesso sul serio, e che esso pertanto non è tale se, come nell'impero in cui il racconto è ambientato, la sua legalità formale comprende norme eccezionali che ammettono la tortura in uno spazio crepuscolare: mirabilmente, a mio avviso, Coetzee coniuga insieme entrambi gli argomenti che condannano la tortura, quello filosofico-aprioristico che la qualifica come un tabu e quello giuridico-politico che vi individua l'attacco più pericoloso al principio cardine della tutela della dignità umana³².

Addenda

Di Lucio Monaco, il festeggiato a cui dedichiamo questi scritti, ho sempre ammirato la capacità di trattare tutti i suoi temi di ricerca in modo non scontato, da angoli visuali poco comuni, mettendo in luce aspetti problematici meno esplorati ma non meno rilevanti.

Spero che questa mia dichiarazione possa assicurarmi un minimo di indulgenza per avere voluto contribuire ad onorare il collega ed amico

30 J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., 170.

31 Come nota M. FARRELL, *The Prohibition of Torture in Exceptional Circumstances*, Cambridge University Press, 250 s., il magistrato si avvede solo alla fine di una manipolazione del suo concetto di giustizia, che invece all'inizio aveva accettato per passività, non avendola veramente compresa.

32 Nella letteratura che si è occupata delle strategie di legittimazione della tortura, questa condivisibile combinazione di argomenti può ravvisarsi per esempio nel saggio di M. BARON, *The Ticking Bomb Hypothetical*, in S.A. ANDERSON - M.C. NUSSBAUM (Edd.), *Confronting Torture. Essays on the Ethics, Legality, History and Psychology of Torture Today*, The University of Chicago Press, 2018, 177 ss.

tramite una breve riflessione che può risultare eccentrica rispetto alla consuete tematiche affrontate dai penalisti e con un taglio argomentativo un po' particolare, perché credo che l'attenzione alla letteratura e all'arte in generale possa aprirci squarci di conoscenza e di riflessione inediti e affascinanti.

ILLICITA' SECURITARIA E CRIMINALIZZAZIONE DELLA *SINE CURA*: IL PENALE DELL'ALLARME SOCIALE OLTRE LA RAGIONE PUNITIVA

Francesco Forzati

1 – Nel nuovo millennio la sicurezza è assurta a nucleo costitutivo di un sistema penale autonomo, dotato di regole proprie ed in parte asimmetrico rispetto al modello punitivo tradizionale, sia per i caratteri dell'illiceità che per gli scopi politico criminali perseguiti: il passaggio dalla *sicurezza penale* al *penale della sicurezza* segna il superamento di una tutela penale calibrata su una sicurezza settoriale e determinata¹, a favore di un vasto, quanto vago² *Grundrecht auf Sicherheit*³ che recepisce la pretesa postmoderna di garantire il rischio zero.

Se all'interno del penale moderno d'estrazione illuminista era la sicurezza a doversi adeguare ai principi fondativi dello *ius puniendi*, oggi sono i principi e gli statuti penali tradizionali a conformarsi alla *securitas*⁴, come dimostrano i decreti-legge della tolleranza zero, i rinnovati

1 Nel documento introduttivo al Convegno "Sicurezza e diritto penale", tenutosi il 20 ed il 21 marzo 2009 all'Università di Modena si evidenziava che "solo dieci o quindici anni fa non sarebbe stato naturale intitolare un convegno penalistico a sicurezza e diritto penale avendo in mente la trattazione di questione generalissime. La sicurezza era un argomento circoscritto a singoli settori delle leggi speciali o dell'ordine pubblico". Così M. DONINI, *Documento introduttivo del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale". La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, Modena 20-21 marzo 2009, 2 ss. (poi confluito in ID., *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, in M. DONINI – M. PAVARINI [Edd.], *Sicurezza e diritto penale*, Bologna university press, 2011, 11, 13 ss.).

2 Si potrebbe dire che la sicurezza penale post-moderna è categoria indefinita, in ragione della sua onnipresenza, vale a dire che il suo carattere onnivoro la rende difficilmente perimetrabile in uno spazio sistematico e dommatico definito. Sul punto vedi per tutti M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 11 ss.; A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in «Critica del diritto» (2009), 52 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, 2019, 1 ss., 12 ss., 16 ss., 25 ss., 49 ss.

3 Sul punto vedi E. DENNINGER, *Vom Rechts-Staat zum Präventions-Staat*, trad. it., *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione"*, in V. BALDINI (Ed.), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Università di Cassino, 2005, 54; ID., *Der Präventions-Staat*, in «Kritische Justiz» (1988), 1 ss.

4 La preesistente *Sicherheit durch Strafrecht* è stata soppiantata dal *Sicherhei-*

movimenti di *law and order*, il riemergere del penale del nemico, il ritorno al tipo d'autore.

Interesse onnivoro e *summa* di tutti i beni giuridici, la *sicurezza pubblica* rappresenta la formula-mantra e la parola chiave della legislazione penale dell'ultimo ventennio: il monismo securitario⁵ sembra in tal senso esaurire "ciò che la *convenzione sociale normativa* ritiene meritevole di tutela, al di là di qualsiasi considerazione in termini di razionalità del punire"⁶.

All'ideologizzazione e politicizzazione dell'interesse - ben chiaro nelle declinazioni sovraniste del penale dell'immigrazione - i *pacchetti sicurezza* della *tolleranza zero* hanno accompagnato il significativo ampliamento dell'illiceità securitaria sulla scorta di una funzione taumaturgica e salvifica assegnata all'interesse⁷. Alla pretesa di regolare penalmente la messa in sicurezza di modelli gestionali degli enti e delle società, di aree tecnologiche, di attività professionali, di strategie dello sviluppo⁸ - attraverso la declinazione punitiva di posizioni di garanzia e di controllo sul rischio - si è così aggiunta la trasformazione di emergenze socio-politiche in emergenze penali, attraverso la criminalizzazione di

tsstrafrecht che mette in discussione le pietre angolari del *Kernstrafrecht* nella misura in cui mina il principio di legalità formale, di sussidiarietà penale, di certezza della norma penale, dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, della meritevolezza di pena, del *ne bis in idem*, (nella misura in cui da luogo a ipotesi di doppia e tripla tipicità). Sul punto vedi W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht?*, in «HRRS» (2006), 130 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 6 ss., 12 ss., 25 ss., 49 ss., 63 ss.

5 Di *sicurezza-totem* del postmoderno parla L. RISICATO, op. ult. cit., 1 ss., 10 ss.

6 *Ibidem*, 44 ss.

7 Tendenza politico-criminale inaugurata dal d.l. 25 luglio 1998 n. 286, convertito nella legge 6 marzo 1998 n. 40, e proseguita dalla legge Bossi-Fini del 30 luglio 2002 n. 189 per poi assumere cadenza costante: ad ogni legislatura ha fatto seguito un decreto legge in materia di sicurezza materiale-ordine pubblico. Viene autorevolmente affermato che "a partire dai pacchetti sicurezza si è consolidata una radicale trasformazione di quelli che sono i caratteri e i principi del diritto penale classico o illuminista". Così A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in «CP» (2011), 2446 ss., a cui si rimanda per approfondimenti. In argomento sia consentito rinviare al nostro *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, ESI, 2020, 63 ss., 92 ss., 362 ss.

8 Sulla onnipresenza della sicurezza nelle politiche criminali occidentali, più recenti vedi da ultimo D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it., Feltrinelli, 2018, 11 ss.

fenomeni migratori, di situazioni di degrado e marginalità, in quanto produttive di allarme sociale⁹.

Le molteplici gemmazioni del penale securitario contemporaneo - oltre all'espansione della sicurezza pubblica, correlata ai tradizionali settori della sicurezza materiale, ordine pubblico - contemplano un significativo ampliamento della sicurezza privata, declinata in molteplici sotto-categorie: sicurezza domestica, del domicilio e dei luoghi privati; sicurezza locale ed urbana; sicurezza del patrimonio e della persona¹⁰.

Si va peraltro delineando il *tertium genus* di una sicurezza ibrida, pubblico-privata: la sicurezza stradale, di genere, della vivibilità e del decoro urbano; la sicurezza del benessere, della vivibilità e del decoro; la sicurezza strategica e per lo sviluppo: si tratta di modelli securitari che presidiano interessi collettivi, intercettando tuttavia aree di tutela della sicurezza privata che permeano i reati contro la persona, contro il patrimonio ed il tema dell'autodifesa domiciliare.¹¹

Alle nuove nozioni di sicurezza fanno così seguito ulteriori sottosistemi di *Sicherheitsstrafrecht*, cui si affianca il generale innalzamento del tasso sanzionatorio dei tradizionali comparti dei reati contro la persona ed il patrimonio, ed *Trend* politico-criminale che, a partire dal 2001 viene

9 Si evidenzia opportunamente che “dagli anni Novanta del secolo scorso in avanti, il tradizionale approccio criminal-poliziesco è stato utilizzato costantemente per fronteggiare un’immigrazione di dimensioni sempre crescenti e di qualità decrescente: invece di ripensare le politiche culturali e sociali sull’immigrazione e sull’integrazione e di cercare adeguate forme di cooperazione internazionale diverse dagli accordi sui respingimenti, il nostro Stato ha continuato a vedere nello straniero un macroscopico problema di ordine pubblico. Da qui la necessità di adattare gli strumenti della criminalizzazione e del diritto di polizia per “liberarsi” della massa informe di indesiderati, presentata grazie all’opera dei massmedia-come problema di difesa sociale, di tenuta del welfare e di identità culturale vera o presunta”. Così L. RISICATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d’insieme alle disposizioni penali del “decreto sicurezza”*, cit., 16 ss.

10 La cd. “sicurezza per lo sviluppo” viene introdotta dal d.l. 14 agosto 2013 n. 93 (convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119, in G.U. 15/10/2013, n. 242): “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere”, il cui Capo II è intitolato: “Norme in materia di sicurezza per lo sviluppo”.

11 La localizzazione della sicurezza avviene senza una precisa e chiara distinzione fra i versanti della sicurezza pubblica e privata. Viene opportunamente evidenziato come la sicurezza contemporanea, legata a slogan populistici, converga “nel carattere simbolico delle incriminazioni di nuovo conio, destinate a rassicurare rispetto a paure ed allarmi sapientemente indotti o enfatizzate da campagne politico-mediatiche che drammatizzano il rischio criminalità”; L. RISICATO, op. ult. cit., 75.

riproposto ciclicamente, trovando da ultimo accoglimento nei D.L. 2017 n.144 e 2018 n. 113, e nella Legge 28 marzo 2019.

Non ci si limita peraltro a mettere in sicurezza diritti e beni giuridici tradizionali, ma si securizzano processi economici, socio-politici e segmenti del vivere civile¹², tradizionalmente estranei all'intervento penale¹³, come dimostrano le ricadute punitive della sicurezza alimentare¹⁴, ambientale, dei dati sensibili; della sicurezza edilizia e delle infrastrutture; della sicurezza lavorativa, informatica e dei processi amministrativi¹⁵; della sicurezza medica, dell'igiene e della salute pubblica; della sicurezza economica, del risparmio e delle transazioni finanziarie; della sicurezza dei trasporti.

Le molteplici e variegate declinazioni della sicurezza contemporanea fungono dunque da volano di un intervento penale illimitato. Da ciò il paradosso di un penale che si occupa molto di più (rispetto al passato) della sicurezza, ma tutela molto di meno la sicurezza dei diritti, perché si muove al di là del perimetro di una sicurezza determinabile ed oggettivabile, richia-

12 Vedi sul punto A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in «AP» (2016), 1 ss.

13 Si tratta di un processo che trae origine dallo sviluppo “dell'intervento dello Stato nell'economia e di una legislazione articolata a scopi di benessere e di promozione sociale” che – sin dal secondo dopoguerra – ha dotato il penale di “funzioni nuove rispetto a quelle di reprimere solo le offese finali o di pericolo a beni giuridici individuali”. Il penale postmoderno ha accentuato la sua propensione preventiva indirizzandosi verso condotte di per sé tollerabili, che tuttavia vengono sanzionate in ragione delle “conseguenze che potrebbero produrre, se per caso venissero poste in essere insieme a tutta una serie di ulteriori fattori di rischio non integralmente controllabili *ex ante*. I loro destinatari, inoltre, sono spesso parcellizzati per effetto di particolari titolarità, obblighi e competenze, che fanno assumere grande importanza all'espansione del reato colposo, del reato proprio e di quello omissivo. L'area di disciplina, di conseguenza, si estende alle attività lecite e autorizzate. Tra i soggetti dei rispettivi obblighi preventivo-cautelari spiccano in primo luogo le imprese, che sono dunque tra le più naturali destinatarie di una politica criminale (penale o punitiva) preventiva e repressiva in questo settore”. Così M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI - D. CASTRONUOVO (Edd.), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, CEDAM, 2008, 205-206.

14 Al riguardo vedi M. DONINI, op. ult. cit., 245 ss.

15 Specifiche normative di sicurezza regolano la produzione, distribuzione e vendita di prodotti industriali: queste normative burocratico-amministrative sono state trasformate in norme penali in bianco, da numerose direttive europee. Significativa al riguardo è la materia della sicurezza dei giocattoli, tema che si intreccia alla tutela della salute dei minori: nel 2009 la UE ha adottato la Direttiva n.2009/48/CE recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. 54/2011.

mando sicurezza l'idea bindinghiana di un bene onnicomprensivo, funzionale *alla (immutata ed indisturbata) conservazione del diritto positivo*¹⁶.

Interesse *onnivoro e totalizzante*, la sicurezza postmoderna si traduce in una concettualizzazione ideale, che rende punibili *sentimenti di minaccia sociale*, ovvero qualsivoglia fenomeno in grado di destare insicurezza sociale: ecco perchè l'illiceità securitaria va a sanzionare responsabilità posizionali, condotte di mera disobbedienza, inosservanze e/o inadempimenti burocratico-amministrativi ma anche colpe etiche e pericoli apparenti che richiamano un'offesa tarata sul pericolo percepito e/o sulla paura del pericolo, piuttosto che su un pericolo reale e concreto.

Ciò significa che l'illiceità securitaria non si muove all'interno del perimetro di un *penale al limite*¹⁷ (ancora informato al sistema di garanzie e di principi della modernità), ma ci conduce nel territorio sconosciuto del *penale oltre ogni limite* ovvero in un universo punitivo che si spinge al di là di ogni disegno razionale e in sostanziale violazione di tutti i principi garantisti del penale moderno.

2 – A fronte del rilievo centrale assunto dal penale securitario nell'esperienza penale contemporanea, la sicurezza non ha ancora trovato una definitiva collocazione sistematica¹⁸, né all'illecito securitario è stata riconosciuta autonoma rilevanza all'interno della teoria generale del reato.

All'ampiezza di significati della sicurezza, quale termine *polisenso*¹⁹, fa da *pendant* sul piano penale la polivalenza, dogmatica e politico criminale, della categoria²⁰ che rileva quale interesse fondativo e giustificativo

16 Così A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., 45.

17 La concettualizzazione è di M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in «Questione giustizia» (2016).

18 Evidenza che la sicurezza è una “parola-chiave che domina il dibattito politico-criminale nell'opinione pubblica di diversi paesi”, senza che tuttavia il concetto venga definito, rischiando pertanto di rimanere un mero slogan o di trasformarsi in un “contenitore onnicomprensivo” ovvero una sorta di “*passe-partout*” A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., 43 ss.

19 Sul punto vedi M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in «Astrid» (2010), cit., 1 ss.

20 Pur constatando la polivalenza del concetto di sicurezza, la dottrina pubblicista ha tentato di sistematizzare il concetto distinguendo la *Safety* (“termine con cui si fa riferimento all'incolumità della persona” in senso ampio), la *Security* (“che identifica ...la sicurezza... con un significato di cultura, di studio e di gestione della sicurezza stessa.”) e la *Emergency* (che “infine fa riferimento a tutte quelle attività di sicurezza personali

del penale moderno, – in quanto pietra angolare del contrattualismo²¹ e dell'utilitarismo di matrice illuministica²² - direttiva politico-criminale o scopo punitivo generalissimo. D'altra parte, essa rappresenta il precipuo oggetto di tutela²³ dei reati contro la personalità (e/o sicurezza) dello Stato²⁴, dei reati contro l'ordine pubblico (sicurezza materiale) e di quelli contro la salute/incolumità pubblica²⁵.

La dimensione securitaria dota peraltro lo *ius puniendi* di una propensione preventiva, che permea l'offesa di pericolo ed il concetto di pericolosità sociale, estendendosi al piano sanzionatorio sulla scorta della connotazione securitaria delle misure di sicurezza e di prevenzione.

Se appare difficile ridurre ad unità il concetto di sicurezza all'interno dello *ius puniendi*, l'inquadramento sistematico dell'illecito securitario

e sociali che devono scattare quando la *security* ha fallito"). Vedi al riguardo G. Cocco (Ed.), *I diversi volti della sicurezza*, Giuffrè, 2012, 11 ss., 17 ss., 87 ss., 105 ss. In particolare vedi M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, cit., 1 ss.

21 Sul punto vedi per tutti M. DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 11 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 461 ss., 483 ss., 849 ss., 901 ss., 925 ss.

22 Per un approfondimento della connotazione "polidimensionale" del principio utilitaristico in Grozio, si rimanda a S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, ESI, 1988, 49 ss. Cfr. pure THOMASIVS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae* (1688). rist. Aalen, 1963, lib. III, cap. VII, par. 28, 413. Sui rapporti fra utilitarismo, contrattualismo e sicurezza vedi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 207 ss., 245 ss., 332 ss., 461 ss. 483 ss. Su utilitarismo e contrattualismo nel giusnaturalismo riformista vedi G. M. CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della "socialitas" nel seicento tedesco*, in V. FIORILLO - F. VOLLHARD (Edd.), *Il diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche ed antropologia moderna nel XVII secolo*, Giappichelli, 2004, 6 ss. In una prospettiva filosofica allargata vedi più in generale H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Teoria generale delle norme*, trad. it., Einaudi, 1985, 420 ss.

23 Vedi al riguardo C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in M. DONINI - M. PAVARINI (Edd.), *Sicurezza e diritto penale*, cit., 301-302.

24 I reati contro la sicurezza dello Stato rimandano ai reati contro la personalità dello Stato, ed al ceppo dei delitti politici e del dissenso, cui sono collegati i reati di opinione. L'idealtipo di questo modello risale al *crimen laesae maiestatis*. Sul punto vedi per tutti M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, 1974, 98 ss., 106 ss., 332, 346 ss.

25 Si chiarisce che al riguardo che "incolumità pubblica e salute non sono in rapporto di genere a specie, dovendosi considerare la salute pubblica un profilo della incolumità (pubblica)": così S. ARDIZZONE, voce *Incolumità pubblica*, in «DDP», UTET, 1994, 364. Sul punto vedi P. COSTA, *La sicurezza dello Stato e della sua costituzione*, in G. Cocco (Ed.), *I diversi volti della sicurezza*, cit., 11 ss.

può ricavarsi dalla relazione, simmetrica ed inversa che passa sul piano lessicale fra sicurezza e pericolo²⁶: la sicurezza deriva dall'assenza di pericolo²⁷, laddove l'insicurezza nasce dal pericolo²⁸.

Più precisamente la sicurezza identifica “la condizione oggettiva *esente da pericoli*, o *garantita da eventuali pericoli*”²⁹: l'*esenzione dal pericolo* marca la collocazione sistematica del concetto, all'interno dell'area punitiva di contrasto al pericolo; la *condizione garantita dal pericolo* segna la rilevanza che, all'interno penale della sicurezza, assume la posizione di garanzia (e/o di gestione/controllo del rischio).

L'etimologia del termine – riconducibile al sostantivo *securitas*, all'aggettivo *securus* e più in generale alla *sine cura* – evidenzia d'altra parte una declinazione penale bifronte, che oscilla fra due emisferi³⁰: l'*essere al sicuro* ed il *sentirsi sicuro*.

La *sine cura* – intesa come *assenza di preoccupazione* e/o di *paura*³¹ - viene ripresa dall'aggettivo *securus* che raccorda l'essere sicuro a qualità individuali – che prescindono dal pericolo oggettivo - come la prontezza

26 Relazione che lascia ritenere la relazione sicurezza/pericolo doversi misurare secondo parametri costanti inversamente proporzionati: quanto più aumenta il grado di pericolo oggettivo, tanto più diminuisce la sicurezza.

27 L'etimologia della parola pericolo fornisce più di uno spunto per un'indagine giuridica maggiormente approfondita. Sul punto vedi M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990, 161 ss. e di V. PATALANO, *Significato e limiti della dottrina del reato di pericolo*, Jovene, 1975, 21 ss.

28 Relazione che lascia ritenere la relazione sicurezza/pericolo doversi misurare secondo parametri costanti inversamente proporzionati: quanto più aumenta il grado di pericolo oggettivo, tanto più diminuisce la sicurezza.

29 Nella terminologia corrente, il *pericolo* è “una situazione o motivo cui sono associati uno o più elementi capaci di compromettere più o meno gravemente la stabilità e la *sicurezza*”, laddove la *sicurezza* rappresenta “la condizione oggettiva *esente da pericoli*, o *garantita da eventuali pericoli*”. Cfr. G. DEVOTO - G. C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, 2016. Altri definiscono il pericolo come “quella circostanza o complesso di circostanze temibili atte a cagionare uno stato o condizione d'insicurezza” ovvero “una situazione da cui si teme possa derivare grave danno alla sicurezza” o ancora “quegli eventi che minacciano un male o danno in guisa da generare un senso d'incertezza e d'insicurezza”. Vedi www.treccani.it/vocabolario.

30 La sicurezza penale è stata in tal senso definita una concettualizzazione “necessariamente bidimensionale (a doppia dimensione)” in quanto composta da una *dimensione oggettiva*, propria della *sicurezza reale* ed una *dimensione soggettiva*, che risponde alla *sicurezza percepita* (il cd. *Sicherheitsgefühl*). Così C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, cit., 307.

31 Sul punto vedi M. DOGLIANI, op. ult. cit., 1.

e la risolutezza di fronte a situazioni pericolose, ovvero la capacità di reagire al pericolo.

La *sine cura* – nel significato di *senza affanno e senza inquietudine* – delinea d'altra parte, le qualità di chi affronta il pericolo con sicurezza e risolutezza: caratteri oggettivati dal sostantivo *securitas* che traduce lo stato d'animo sicuro in una *situazione o in una cosa priva di pericoli*³².

Nell'accezione di mancata *cura* ed *attenzione* al pericolo, la *sine cura* delinea d'altra parte un approccio negligente e superficiale al rischio: in questa prospettiva s'inserisce la falsa sensazione e percezione di sicurezza ovvero la cd. *sicurezza putativa*, che consiste nel *sentirsi al sicuro* quando in realtà si è esposti al pericolo³³.

Il penale della *sine cura* criminalizza dunque l'inattitudine a rapportarsi al rischio, ovvero l'inidoneità a controllarlo: esso mira peraltro, non tanto alla neutralizzazione del pericolo (in senso) oggettivo, quanto al contenimento ed all'azzeramento della *percezione del pericolo*.

3 – Per quanto il *Sicherheitsstrafrecht* assembrasse tipologie di offese e finalità di tutela non facilmente omologabili, cui fanno da *pendant* modelli e tecniche normative variegati, carattere peculiare dell'illiceità securitaria è dunque l'anticipazione della punibilità correlata ad uno scopo di rassicurazione sociale³⁴, che si aggiunge alla tradizionale prevenzione generale: le finalità di rassicurazione sociale – abbinate al crescente ruolo precauzionale assunto dal penale - delineano i caratteri di una vera e propria funzione securitaria della pena declinata sul piano di una generalprevenzione positiva³⁵ e di una specialprevenzio-

³² *Ibidem*, 1.

³³ L'assenza di paura e di preoccupazione – che fonda la sicurezza percettiva – non dipende da un pericolo in senso oggettivo, ma dal *giudizio soggettivo sul pericolo*: giudizio che attiene al grado di *cognizione, percezione e rappresentazione* (individuale e collettivo) del rischio.

³⁴ Sui rapporti fra funzione della pena e rassicurazione vedi per tutti L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 20 ss. Sulla funzione rassicurante del penale della sicurezza rispetto a paura e allarmi sociali vedi da ultimo L. RISICATO, op. ult. cit., 75 ss.

³⁵ Contenuti che in qualche modo allargano richiamano la cd. prevenzione generale integratrice sul punto vedi S. MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, 1992, 61 ss. A. BARATTA, *La teoria della prevenzione-integrazione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in «*Dei delitti e delle pene*» (1984), 5 ss.

ne negativa, legata rispettivamente ai ruoli del garante e del perturbatore della sicurezza³⁶.

Il doppio versante – oggettivo e soggettivo – della *securitas* rapportato al piano punitivo, mette dunque insieme parametri di giudizio razionali con paradigmi emotivi della tutela, che confluiscono nei due perni del meccanismo securitario: il *garante della sicurezza*, cioè colui che garantisce e tutela la sicurezza, ed il *perturbatore della sicurezza*, ovvero colui che aggredisce e/o mette in pericolo l'interesse.

La contrapposizione tra il difensore e l'aggressore della sicurezza pervade i due significati principali dell'aggettivo *securus* che “corrispondono a due diverse qualificazioni morali di un soggetto” che si confronta col pericolo³⁷, traducendosi – come abbiamo visto - nella dicotomia capacità/incapacità, idoneità/inidoneità di gestione del rischio: l'affidabile valutazione e la responsabile gestione del rischio è foriera di sicurezza, mentre di contro il soggetto irresponsabile ed inaffidabile – ma anche quello socialmente e/o moralmente discutibile - genera insicurezza ovvero allarme sociale³⁸.

La protezione dal pericolo nasce dunque dal riconoscimento sociale della affidabilità ed autorevolezza del *garante della sicurezza*, ovvero colui che è preposto a difendere la sicurezza collettiva. Il *perturbatore della sicurezza* di contro, è colui che genera, favorisce o agevola il turbamento della sicurezza, anche in quanto soggetto socialmente pericoloso e/o indesiderato.

Se la sicurezza comprende i distinti emisferi del pericolo e della paura del pericolo, le politiche criminali della sicurezza si occupano della gestione razionale del pericolo ma anche alla gestione emotivo-irrazionale della paura (del pericolo)³⁹: ciò implica che la *protezione dal pericolo* vada combinandosi con la *rassicurazione dalla paura* (di un pericolo).

Il *garante della sicurezza* è colui che *rassicura il corpo sociale*, nella misura in cui vigila sui pericoli, li gestisce e se necessario li inibisce, in

36 Sul punto vedi A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., 43 ss.; C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze?*, cit., 307.

37 Così M. DOGLIANI, op. ult. cit., 1.

38 *Ibidem*, p.1.

39 Sul punto vedi C. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, il Mulino, 2005, 7 ss., 125 ss.

nome e per conto della collettività; il *perturbatore della sicurezza* è colui che crea pericolo o semplicemente *allarma il corpo sociale*, nella misura in cui le sue condotte mettono in pericolo o a repentaglio la *sicurezza*, o generano paura e timore sociale.

Pur rivestendo ruoli e funzioni differenti (e contrapposte) nell'economia dell'illiceità securitaria, sia il *garante* che *perturbatore della sicurezza* – come vedremo – rispondono penalmente, seppur a titolo diverso, della *sine cura* ovvero della negligente e/o imperfetta gestione del rischio. Il *garante* è penalmente responsabile dell'inidonea gestione della *sicurezza in senso specifico*, ovvero della *mancata neutralizzazione della fonte di rischio a lui affidata*⁴⁰; il *perturbatore* risponde di atti, comportamenti ed eventi che mettono in pericolo la *sicurezza* (pubblica o privata) in senso *generico*: la soglia di punibilità del perturbatore viene anticipata poiché la pena non deriva dalla realizzazione di un pericolo concreto, ma dalla creazione di un turbamento della sicurezza collettiva.

Un più preciso inquadramento del *perturbatore della sicurezza* come tipo criminologico, considera il turbamento della sicurezza pubblica, nella prospettiva della violazione della sicurezza del potere pubblico e/o sovrano: in tal senso l'idealtipo del *reato contro la sicurezza* è il *crimen laesae maiestatis* che individuava nel reo un nemico politico, in quanto trasgressore dell'ordine e/o dell'etica pubblica⁴¹. Il *perturbatore del-*

40 I caratteri e le funzioni della posizione di garanzia securitaria contemporanea, e la centralità che essa ha assunto nei vari sottosistemi penali, rappresentano l'effetto della progressiva parcellizzazione dell'originaria garanzia di sicurezza statale e della sua delega a soggetti terzi e/o privati. In questa trasposizione possiamo cogliere una delle cause della trasformazione della sicurezza-garanzia dei diritti in una sicurezza foriera di doveri ed obblighi, da osservare sotto minaccia di pena. In argomento vedi fra tutti, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in «DPP» (1999), 620 ss.; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva: profili dommatici e di politica criminale*, ESI, 2011, *passim*; A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica» (2010), 779 ss.; D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in «RTDPE» (2011), 154; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia university press, 2009, 275 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, 2003, 67 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, 2013, 4 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in «RIDPP» (2009), 1681 s.

41 Vedi al riguardo M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., 208, 253, 270.

la sicurezza in questa dimensione, individua l'*attentatore dell'ordine e dell'assetto politico precostituito*, convergendo nei tipi crimonologici del sedizioso e/o sovversivo (disobbediente, ribelle, traditore, eretico e via discorrendo) che stigmatizzano una indegnità etico-morale, compensativa del disvalore eminentemente socio-politico di comportamenti turbativi della *conservatio ordinum*⁴².

4 – Il penale della sicurezza contemporaneo disorienta la dottrina, oltre che per i contenuti, per la rapidità con cui va affermandosi, scompaginando il pregresso assetto punitivo in ragione di un interesse che – periferico e marginale nel penale della seconda metà del secolo scorso – è stato spinto dalla politica, dai circuiti *massmediatici* e dai *social* al centro dell'universo punitivo.

La fonte sociale e massmediatica del penale securitario stabilisce un canale diretto fra azione penale, paure sociali, informazione ed opinione pubblica, dettando le linee di un modello punitivo che segue la divulgazione delle paure e la spettacolarizzazione dei rischi, ed individua nemici da combattere: la sicurezza inserita nel *marketing* socio-mediatico diventa “un bene di consumo” che, al pari della legislazione penale,⁴³ segue le esigenze dell'innanzamento dell'*audience* e della moltiplicazione del consenso.

In questo quadro non è più il pericolo che crea l'allarme sociale, ma è l'allarme sociale che crea il pericolo⁴⁴ ed il tipo d'autore: l'illiceità secu-

42 Cfr. al riguardo per tutti T. PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDO (Edd.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, 74. Per un'analisi aderente alle più recenti evoluzioni del *perturbatore della sicurezza* vedi E. M. AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, in «IP» (2016), 81 ss.; A MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 446.

43 In tal senso A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, cit., 7 ss. Vedi al riguardo F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (Ed.), *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, 2006, XI-XIII.

44 La realtà del pericolo che non è legata alla rappresentazione e percezione sociale del pericolo: un pericolo irrilevante può essere rappresentato in modo tale da trasmettere un messaggio allarmista e viceversa. La distanza fra il pericolo criminale reale e la percezione del pericolo è segnalata dal primo *Rapporto sulla filiera della sicurezza in Italia* realizzato dal Censis nel 2018, che segnala che in Italia diminuiscono i reati ma crescono la paura e la voglia di sicurezza (ai da te:). I reati nel 2017 sono in calo di oltre il 10% rispetto al 2016. E gli omicidi sono quasi dimezzati in dieci anni, da 611 a 343. Le rapine passano da 45.857 a 28.612 (-37,6%), i furti scendono da quasi 1,4 milioni a poco meno di 1,2 milioni (-13,9%). Eppure crescono insicurezza, paura ed allarme sociale ri-

ritaria infatti nasce e si sviluppa parallelamente al penale dell'allarme sociale, evocato costantemente dai pacchetti sicurezza e da ultimo dai D.L. 93/2013⁴⁵, e dalla legge 23 marzo 2016 n.41⁴⁶.

Queste riforme “mediaticamente ispirate”⁴⁷ richiamano una sicurezza che non è più un bene giuridico, né un oggetto di tutela propriamente detto, nella misura in cui richiama la percezione di sicurezza (*Sicherheitsgefühl*)⁴⁸: bene emotivo di natura escatologica e/o virtuale, non oggettivabile e non determinabile in sede normativa.

In questa prospettiva la sicurezza è: a) *bene rifugio*, di tipo *emotivo e percettivo* da contrapporre all'euristica della paura postmoderna; b) *interesse mass-mediatico*, correlato alla narrativa ansiogena ed allarmista della realtà; c) *concettualizzazione sociologica* che assume rilievo penale, sulla scorta di un'azione *politica* che tende a massimizzare consenso sociale (ed elettorale).

Ciò chiarisce che il penale securitario utilizza mezzi penali in vista della tutela di interessi e della realizzazione di scopi *extrapenali*.

petto al crimine. Crescono le richieste di porto d'armi, il numero dei cittadini legittimati a sparare: nel 2017 nel nostro Paese si contavano 1.398.920 licenze per porto d'armi, (dall'uso caccia alla difesa personale), con un incremento del 20,5% dal 2014 e del 13,8% solo nell'ultimo anno. La crescita più forte si è avuta per le licenze per il tiro a volo (poco meno di 585mila, +21,1% in un anno), più facili da ottenere. Si stima che oggi complessivamente ci sia un'arma da fuoco nelle case di quasi 4,5 milioni di italiani, di cui 700mila minori. Il 39% degli italiani è favorevole a introdurre criteri meno rigidi per il possesso di un'arma da fuoco per la difesa personale. Un dato in netto aumento rispetto al 26% del 2015.

45 Il d.l. 14 agosto 2013 n. 93 (“Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere”), è uno dei manifesti del penale securitario contemporaneo. Sia consentito al riguardo rinviare al nostro, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 37 ss., 74 ss., 478 ss.

46 La *sicurezza di genere* ed il reato di *stalking*, nascono come risposta all’*“allarme sociale* derivante dagli intervenuti eventi di gravissima efferatezza in danno di donne” così come il penale della sicurezza stradale (ed i relativi artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p.) sarà la risposta legislativa a casi di cronaca assurdi a rilevanza nazionale. Illeciti securitari atipici nella misura in cui non determinano la tutela anticipata degli interessi in gioco (dal momento che si tratta di reati di danno), ma una duplicazione di tipicità ed un *surplus* sanzionatorio (rispetto agli artt. 589 e 590 c.p.), che non tiene conto dell’offesa in sé ma delle ripercussioni mediatiche dell’offesa. Sul punto vedi P. PISA, *L’omicidio stradale nell’eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in «QG» (3 marzo 2016), 145 ss.

47 L’espressione è di P. PISA, op. ult. cit., 145 ss.

48 Così C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, cit., 307.

L'illecito securitario contemporaneo risponde peraltro a sicurezze diverse che assumono caratterizzazioni (reali, virtuali, etiche, sociali, sanitarie ecc.) non *gerarchizzabili* sul piano della funzione securitaria della pena⁴⁹, ma neppure distinguibili, all'interno dell'offesa securitaria⁵⁰: queste sicurezze (molteplici) azionano una reazione punitiva *polifunzionale* che - oggi a differenza di ieri - non consente all'interprete di individuare la prevalenza di una sicurezza sull'altra, al fine di stabilire la misura e la ragionevolezza delle soluzioni sanzionatorie adottate⁵¹.

Affrancato dalla tutela di un oggetto giuridico definito e dalle strettoie formali imposte dalla fonte penale, l'illecito securitario non delinea un modello prescrittivo delimitato e circoscritto, parametrabile sui principi di legalità formale e di necessaria offensività, né un universo sanzionatorio unitario, nella misura in cui riflette le peculiarità di un paradigma punitivo che si pone programmaticamente al di là dei principi, delle concettualizzazioni e degli scopi tradizionali del sistema penale.

Ciò determina la "sostanziale scomparsa del tipo (del *Tatbestand*) dal novero degli strumenti di formalizzazione dei precetti comportamentali securitari⁵² a favore di modelli di tipicità allargata che introitano dinamiche sociali indotte mass mediaticamente, riconducibili allo statuto della paura. L'illiceità securitaria perde in tal senso il baricentro dell'offesa materiale ed adotta strumenti prescrittivi ibridi e modulazioni dogmatiche inedite, o apertamente contraddittorie⁵³.

4.1 – Alle metamorfosi del bene-sicurezza s'accompagna il superamento della tradizionale fonte formale penale: il *Sicherheitsstrafrecht* viene costantemente alimentato sul versante interno da fonti socialmente diffuse e massmediatiche, mentre sul piano eurounitario si sviluppa attraverso fonti tecnocratiche.

49 La difficile *gerarchizzabilità* delle varie sicurezze penali riflette il più generale problema di bilanciamento che la sicurezza pone con altri interessi e diritti socialmente rilevanti di cui si è parlato all'inizio del testo.

50 Vedi C. E. PALIERO, op. ult. cit., 307.

51 Lo dimostra compiutamente il penale dell'immigrazione che sovrappone esigenze socio-politiche a profili di responsabilità penale, discipline burocratico-amministrative a forme detentive para-penali: l'illecito securitario qui adotta un modello prescrittivo e sanzionatorio spurio, che coniuga i tradizionali strumenti della sicurezza-ordine pubblico a normative burocratico-amministrative che gli consentono di disciplinare e sanzionare *emergenze socio-politiche*, promosse in via normativa a rilevanza punitiva.

52 Così C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze?*, cit., 319.

53 In tal senso C. E. PALIERO, op. ult. cit., 310.

Al tipo *normativo selettivo* (del penalmente rilevante) che caratterizza il *Tatbestand*, si sostituisce un *tipo normativo ricettivo* del sentire sociale, dei *messaggi massmediatici* delle *pulsioni* e del linguaggio popolare, con il risultato di azzerare la funzione selettiva del fatto tipico e strutturare una tipicità talmente aperta da tradursi in *atipicità*. Si tratta più precisamente di una tipicità *a-selettiva* che non assolve alla funzione delimitativa della punibilità propria della *Garantietatbestand*, compito non realizzabile all'interno di un modello punitivo che - contrastando *paura ed allarme sociale*⁵⁴ - rinuncia al perseguimento di uno scopo razionalmente verificabile sul piano politico criminale⁵⁵.

Le metamorfosi securitarie del pericolo agiscono dunque su un doppio versante, determinando a) la commistione del pericolo con gli *statuti emozionali e percettivi della paura*; b) la contaminazione dell'illiceità penale preventiva con *l'illiceità burocratico-amministrativa*.

La conseguenza del punto *sub a* è che (a 1) il timore e l'allarme sociale penetrano all'interno dell'evento pericoloso, sovrapponendo e confondendo il pericolo con la paura del pericolo: l'evento dell'illecito securitario diventa la *paura del diverso e/o dell'ignoto*, consentendo la contaminazione dell'offesa con *statuti etici, etnici o razziali*.

La conseguenza del punto *sub b* è che (a 1) la conversione del paradigma epistemologico della sicurezza-garanzia finalizzato alla messa in sicurezza dei diritti, nel paradigma epistemologico della sicurezza-ordine, funzionale alla difesa dell'ordine e dell'osservanza normativa.

Entrambi i modelli securitari si segnalano come declinazioni dell'inoffensività ovvero di una offensività non verificabile sul piano empirico: la sicurezza immaginifica intercetta infatti una offesa *emozionale*, di natura *sensitiva e percettiva*, piuttosto che un pericolo individualizzato o individualizzabile.

Il *topos* securitario fa in tal senso registrare l'incursione del dato percettivo nell'offensività tradizionale del pericolo: i caratteri penale del pericolo vengono contaminati con componenti *eteronome* che ne modificano la valenza politico criminale, nella misura in cui l'illecito securitario mira a far

54 *Ibidem.*, 310.

55 Così M. CAPUTO, *Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione*, in M. DONINI - M. PAVARINI (Edd.), *Sicurezza e diritto penale*, cit., 177.

sentire sicuro il corpo sociale, non a garantirlo effettivamente dai pericoli.

Le politiche criminali della sicurezza corrispondono in tal senso “ad una sorta di psicopolitica criminale di vaga ispirazione junghiana” e freudiana che non contrasta offese e disvalori criminali reali, ma il dato emozionale che nasce dalla percezione del pericolo, indirizzando la pena verso scopi simbolici di rimozione della paura.

Ne deriva un’illiceità parametrata sull’allarme sociale, piuttosto che sul pericolo effettivo⁵⁶; sull’euristica della paura più che su dati empirico-fattuali; sulle componenti irrazionali del bisogno di pena, piuttosto che sulla proporzionalità, meritevolezza e ragionevolezza della risposta sanzionatoria.

In un siffatto modello, le categorie del pericolo e del rischio - già ontologicamente incerte, in quanto governate dall’indeterminismo eziologico - vengono totalmente destrutturate e *dematerializzate* e dunque definitivamente smarcate da una base e da un metro di giudizio determinabile, dunque verificabile in sede processuale.

5 – Contrastando la paura del pericolo piuttosto che il pericolo stesso⁵⁷, l’illecito penale non si focalizza sull’entità e sulla rilevanza del pericolo, ma sulla fonte (ovvero sulla provenienza) dell’offesa⁵⁸ e sul bacino vittimologico di riferimento⁵⁹.

56 La diffusione dell’allarme sociale nella società contemporanea e la sua crescita esponenziale attraverso strategie socio-politiche e giuridiche di controllo sociale, nell’esperienza inglese e statunitense viene affrontata da D. GARLAND, *The culture of control, Crime and social order in contemporary society*, Oxford, 2003, *passim*. Per una ricostruzione più attuale D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, cit., 11 ss.

57 Sul punto vedi R. CORNELLI, *La paura nel campo penale*, in «QG» (7 settembre 2016), 12.

58 In relazione alla criminalizzazione dello “status di immigrato” vedi per tutti E. M. AMBROSETTI, *L’eterno ritorno del tipo d’autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, cit., 81 ss.; A. MANNA, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, cit., 446.

59 Si inserisce all’interno del penale della sicurezza l’attuale *trend* di criminalizzazione dei cd. reati d’odio, che vede, accanto alla comparsa di “un rinnovato diritto penale *per tipo d’autore*, la crescente elaborazione di una sorta di diritto penale *per tipo di vittima*. Sul punto vedi E. M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa contro la discriminazione razziale*, in «IP» (2006), 1019 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato: «à la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. DOLCINI - C. E. PALIERO (Edd.) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia politica criminale*, Giuffrè, 2006, 957

Da ciò il significativo ampliamento del ruolo rivestito dal soggetto attivo e passivo del reato all'interno della fattispecie, a fronte del rilievo marginale assunto dall'offesa.

Ne deriva una tipicità che rinuncia al tipo di fatto, per polarizzarsi sul *tipo d'autore* e sul *tipo di vittima*. Ciò è dimostrato dalle declinazioni più recenti della sicurezza pubblica e privata: sicurezza *dell'identità nazionale, di genere, stradale, locale, domestica e/o domiciliare* ed *urbana* con il corredo di illeciti securitari di nuova emersione dell'immigrazione clandestina e dello *stalking*, ma anche con la rivisitazione in chiave securitaria di reati classici, quali l'omicidio e le lesioni, rimodulati sulla tutela della sicurezza stradale⁶⁰, e del furto in abitazione e con strappo⁶¹, posti a tutela della sicurezza domestica e di quella urbana.

Tratto peculiare dell'illiceità securitaria è il disconoscimento dell'offesa oggettiva e/o oggettivabile come criterio selettivo del fatto tipico: si tratta evidentemente di una forzatura della tradizionale configurazione del *Tatbestand*, nonché dell'ordine di rilevanza generalmente attribuito ai suoi elementi costitutivi. Ne derivano illeciti dell'inoffensività (fenomeno migratorio o mendicantaggio), ovvero dalla difficile accertabilità e verificabilità processuale (come lo *stalking*) nonché tipicità doppie e/o pletoriche che nascono da normative securitarie simboliche⁶² che vanno a differenziare - sul piano della tipicità e sotto il profilo sanzionatorio - disvalori sociali assimilabili: si pensi alla tutela della sicurezza stradale che aggiunge gli artt. 589 bis e 590 bis c.p. ai preesistenti artt. 589 e 590 c.p.⁶³, ovvero al rafforzamento della *sicurezza domestica* - attuato dalla

ss.; V. MASARONE, *Quale tutela per le vittime dei crimini d'odio?*, in «Diritto e Giustizia Minorile» (2019), 14 e 15; A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in «RIDPP» (2010), 50; L. Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in «Critica del diritto» (1994), 14 ss.

60 In argomento vedi per tutti E. M. AMBROSETTI, *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, in «Responsabilità civile e previdenza» (2016), 1785; G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali"*, in «DPC» (30 giugno 2016); A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in «DPC» (20 maggio 2016); P. PISA, *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in «DPP» (2011), Speciale: Dolo e colpa negli incidenti stradali.

61 Sul punto vedi L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., 81.

62 Sulla funzione simbolica del diritto penale vedi per tutti A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè, 1990, 19 ss.

63 Vedi al riguardo *"Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni"*

Legge 16 marzo 2001 n.128 – con l'introduzione dell'art.624 bis c.p. che tipizza il furto domiciliare e con strappo come illiceità autonome rispetto al 624 c.p.⁶⁴.

La differenziazione sul piano prescrittivo e sanzionatorio di delitti dotati di disvalori assimilabili, indica che il paradigma securitario seleziona *tipi d'autore* più che *tipi di fatto*⁶⁵: il migrante clandestino, il mendicante, lo *stalker*, l'omicida/pirata della strada, il borseggiatore, il ladro d'appartamento rispondono ad un securismo populista, venato di giustizialismo, che vede nella sicurezza il vettore di una specialprevenzione negativa⁶⁶ che consegna al corpo sociale ed al bacino vittimologico di riferimento, non un semplice reo ma un nemico della società, su cui polarizzare un bisogno emotivo – più che una necessità razionale - di pena⁶⁷.

Polarizzandosi sulla paura di un pericolo piuttosto che su un pericolo reale, l'illiceità securitaria soffre di un endemico *deficit* di offensività, cui tenta di supplire richiamando una reità ontologica anziché fattuale: il dato sociologico va così a sostituire la concettualizzazione criminologica⁶⁸, come si desume ad esempio, dalla condizione socio-economica di

personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274", approvato definitivamente il 2 marzo 2016, su cui cfr. P. PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in «DPP» (2016), 145 ss.

64 Alla base della figura coniata nel 2001 (ma anche della precedente aggravante prevista dal vecchio art. 625 n. 1 c.p.) si ravvisa l'esigenza di tutelare la c.d. sicurezza domestica della persona offesa. Vedi al riguardo Cass. pen., Sez. IV, 13 novembre 2014, n. 51749. Sul punto cfr. pure S. BERNARDI, *Le sezioni unite ridefiniscono la nozione di privata dimora ai fini dell'art.624 bis c.p.*, in «DPC» (2017), 227 ss.; R. CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Giuffrè, 2008, 39 ss.

65 Così A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 446.

66 Interessante al riguardo la ricostruzione della sicurezza come funzione penale, raccordata ad effetti di specialprevenzione negativa di A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., 45 ss., 55 ss. cui si rimanda per approfondimenti.

67 Si pensi al migrante sprovvisto di regolare permesso di soggiorno e/o inottemperante ad un ordine di espulsione: qui la sanzione si basa – come vedremo - su una presunzione di pericolosità sociale che individua *nell'immigrato irregolare un perturbatore della sicurezza nazionale*, senza tuttavia che si siano realizzati atti idonei a determinare un pericolo concreto ed imminente per un diritto e/o bene giuridico specifico.

68 Un'ulteriore esemplificazione del passaggio dal pericolo oggettivo all'allarme sociale è il reato associativo che assume inclinazioni securitarie, allorché viene punito il vincolo associativo in quanto tale, a prescindere dalla realizzazione di uno specifico reato fine: il terrorista e/o il mafioso sono punibili per quello che sono, prima ancora che

marginalità del migrante e del mendicante, trasformata in condizione di punibilità⁶⁹.

Analogo *status* caratterizza il *delinquente di sussistenza* che tuttavia – a differenza dei primi - viene sanzionato sulla base di eventi materiali, dunque non soggiace ad un trattamento punitivo meramente personologico e caratteriologico⁷⁰.

La *marginalità sociale del reo* diventa così il perno di un (pre)giudizio di pericolosità criminologica ovvero, nel caso della *micro-delinquenza*, il presupposto per la previsione di *trattamenti sanzionatori differenziati* e più severi rispetto ad altri comparti criminali⁷¹. In via generale occorre osservare che pena riservata allo *stalker*, al pirata stradale ed al ladro domiciliare non è commisurata al danno e/o al pericolo causato in concreto, ma alla paura ed all'allarme sociale sollevato dai reati: se l'evento dello *stalking* coincide con uno stato d'animo (ovvero con una paura) indotto, negli altri casi è l'allarme sociale derivante da fatti di cronaca ad aver innescato le duplicazioni di tipicità ed relativo il *surplus* sanzionatorio rispetto ai reati lesivi di base (omicidio/lesioni colpose e furto).

I reati e le pene dell'allarme sociale segnalano la *contaminazione massmediatica e sociale* della legge penale: ne deriva una tipicità che rinuncia alla *fonte formale selettiva* e produce sul piano sanzionatorio pene proporzionate alla percezione sociale del fatto, piuttosto che al suo disvalore oggettivo.

per quello che fanno. Diventano così impercettibili i confini fra una pericolosità accertabile in termini probatori, perché riferibile a fatti e reati concreti, ed una pericolosità presunta parametrabile a quella *ante delictum* che fonda le misure di prevenzione. Sul punto vedi A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 23 ss.

69 Il ripristinato binomio fra tutela della sicurezza e contrasto dei ceti socialmente marginali è esemplificato da chi evidenzia che – con il d.l. 2018 n. 113 – “gli oziosi e vagabondi tornano ad occupare l'attenzione del legislatore”, riferendosi all'introduzione dell'accattonaggio molesto di cui all'art. 669 bis c.p. e non solo. Così L. RISICATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del “decreto sicurezza”*, cit., 16 ss. cui si rinvia per ogni approfondimento.

70 Sulla povertà e la marginalità come elemento di insicurezza sociale cfr. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza del diritto”*, ESI, 2012, 206 ss.; GRANDE, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, EGA, 2017, 7 ss. Sul raccordo fra il penale securitario e la criminalizzazione del disagio sociale vedi M. E. CASSANO, *Sicurezza e disagio sociale nel c.d. decreto Salvini*, in «DPC» (25 settembre 2019), 5 ss.

71 Segnala come la sicurezza venga “strumentalizzata” per declinare modelli penali della diseguaglianza L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., 6 ss., 25 ss.

6 – Nella prospettiva simbolica del penale della paura e della percezione, la fonte penale diventa come abbiamo visto, il circuito sociale, mediatico o social, poiché esso rappresenta la cinghia di trasmissione dell'allarme sociale: ciò è causa ed effetto della destrutturazione della sicurezza formale e della marginalizzazione del *Tatbestand* che - perduta la sua capacità selettiva degli elementi costitutivi del reato - viene ridotto ad una funzione meramente classificatoria.

Contaminare l'offesa penale con i parametri *extra*-penali ed *extra*-giuridici dell'allarme sociale, significa trasformare il *Tatbestand* securitario in una fattispecie aperta, in grado di recepire gli umori e le paure che dominano la società. Ciò è plasticamente rappresentato dai modelli di tutela securitari apprestati negli ultimi anni.

a) La tutela della *sicurezza sovranista* raccordata al penale dell'immigrazione, non risponde a un *fenomeno criminale reale*, ma alla *percezione di un pericolo sociale rilevante, rappresentato come emergenza criminale* dalla politica e dai media.

b) La tutela della *sicurezza di genere* e in particolare il reato di *stalking*, non tipicizza una offesa e/o disvalore penale nuovo, ma declina una (presunta) *emergenza criminale di matrice mass mediatica*, che utilizza il penale della paura in una prospettiva vittimologica.

c) La tutela della *sicurezza stradale* (attraverso le lesioni e l'*omicidio colposo stradale*) e della *sicurezza domiciliare* (attraverso il furto in abitazione che replica l'offesa ed il disvalore del furto) nasce da casi di cronaca, che comportano la scelta legislativa di riformulare - sia sul piano descrittivo che sanzionatorio - disvalori penali già previsti, determinando ipotesi di doppia tipicità⁷². Le fattispecie preesistenti subiscono un processo di dematerializzazione e normativizzazione, che le convogliano verso una reità personologica e caratteriologica, intrisa di contenuti etici. Il penale del fatto viene così sostituito dal penale del nemico.

Nei reati dell'allarme sociale non è più la norma penale a determinare il *pericolo penalmente rilevante*, ma è il pericolo percepito a determina-

⁷² Rileva che "sul piano politico-criminale la vicenda dell'omicidio stradale è l'ennesimo esempio di una attività legislativa condizionata da una perenne emergenza" in dotta dal "mondo mediatico, politico e giudiziario", E. M. AMBROSETTI, *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, cit., 1791.

re la norma penale⁷³, nella misura in cui sono i mass-media, i circuiti social ed i sondaggi ad indicare le paure da cavalcare e le soluzioni politico-criminali da adottare: gli spot e gli slogan politici e le suggestioni mass mediatiche vengono tradotte in definizioni sociologiche che introitate nel fatto tipico⁷⁴, acquistano una funzione costitutiva del contenuto dell'illiceità securitaria⁷⁵.

Le componenti extragiuridiche ed extrapenali della sicurezza si sovrappongono e conducono ad “una sostanziale scomparsa del tipo (del *Tatbestand*) dal novero di formalizzazione dei precetti comportamentali a favore di modelli di fattispecie dinamica, a formazione progressiva”⁷⁶, che assumono un respiro interordinamentale.

L'assenza di parametri di tipizzazione giuridicamente definiti, rende le fattispecie securitarie una variante dei cd. *offene Tatbestände*⁷⁷: si tratta cioè del superamento dell'impianto formal-garantista del *Tatbestand* liberale, che sdogana una costruzione ermeneutica del fatto tipico .

Riconducibili alla distinzione fra *Wortlauttatbestand* (tipicità letterale) e *Auslegungstatbestand* (tipicità interpretativa)⁷⁸, gli *offene Tatbestände*, si caratterizzano per la carente pregnanza della tipicità formale, che impone al fatto tipico una *eterointegrazione interpretativa* che, a sua volta, può far leva su criteri extrapenali o addirittura extragiuridici.

Qui tuttavia non si tratta di *eterointegrazione interpretativa*, quanto di una *eterointegrazione costitutiva*, che nasce dalla modifica delle fonti di produzione della norma sanzionatoria securitaria. Non risultando costruito in termini di ermetica chiusura, il *Tatbestand* della fattispecie aperta non espleta autonomamente la sua funzione sanzionatoria, rinviandola ad una norma esterna (norma securitaria interordinamentale/

⁷³ La fonte mass mediatica e *social* è la cassa di risonanza globale delle paure e dei timori individuali: essa può generare ansie collettive tanto fondate che ingiustificate. In argomento vedi per tutti, E. M. AMBROSETTI, *Le cause dell'errore giudiziario: condizionamenti di potere e pressioni mediatiche*, in «disCrimen» (15 febbraio 2019).

⁷⁴ La difficile definibilità del concetto giuridico di sicurezza e dell'offesa securitaria è causa ed effetto del ricorso a definizioni sociologiche. Vedi sul punto L. RISICATO, op. ult. cit., 12 ss. cui si rimanda per approfondimenti.

⁷⁵ Sul punto vedi W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, Heymann, 1968, 109 ss.

⁷⁶ Così C. E. PALIERO, op. ult. cit., 307.

⁷⁷ H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, 1960.

⁷⁸ Sul punto vedi C. ROXIN, *Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems*, in «ZStW» (1971), 376.

norma penale in bianco) ovvero ad un giudizio interpretativo che - sottratto ai principi penalistici di legalità e tassatività, offensività e materialità - non può considerarsi legittimo sul piano penale.

Ciò avalla una prevalenza tendenziale della connotazione sostanzialista del disvalore, rispetto ad una caratterizzazione formalistica: l'illiceità securitaria appare in tal senso espressione di un anti giuridicità desunta da microviolazioni di obblighi sociali; vengono così criminalizzati meri inadempimenti preventivo-cautelari tesi a securizzare procedure, attività e campi di materie eterogenee, responsabilizzando e sanzionando posizioni di garanzia e di controllo, ruoli sociali e professionali.

Sganciato dal pericolo fenomenico, ed agganciato al pericolo percepito l'illecito securitario acquista connotazione interordinamentale⁷⁹: non viene dunque sanzionato un disvalore penale riconoscibile come socialmente dannoso, ma la violazione di norme iscrivibili negli statuti irrazionali della paura e dell'allarme sociale, ovvero nella inosservanza di norme tecnocratiche e burocratiche.

Ciò evidenzia che il reato securitario, pur interfacciandosi con il pericolo e pur strutturandosi sull'anticipazione della tutela, si convoglia in due moduli: reati della paura e dell'allarme sociale ovvero reati di obbligo e di mera disobbedienza. Il ripiegamento dell'offesa securitaria nell'alveo dell'inosservanza deriva dalla valenza *utopico-escatologica* dell'oggetto della tutela che comporta l'obliterazione di un evento di pericolo riconducibile ad un dato accertabile, dunque la rinuncia al parametro della necessaria offensività e della dannosità sociale della condotta.

⁷⁹ Sul punto vedi A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, Jovene, 2000, 41.

IL CARCERE E L'IDEA DELLO SCOPO

Gianluca Gentile

1. L'idea dello scopo tra giustizia e violenza

Nella sua celebre prolusione marburghese, Franz von Liszt afferma che «l'accentuazione degli scopi della pena» ha fortemente influenzato l'evoluzione storica dei modelli sanzionatori, specialmente per ciò che riguarda «la formazione e la deformazione dell'elemento caratteristico dei sistemi penali, la pena detentiva»¹.

Rispetto al passato, sarebbe stato infatti lo «scialbo razionalismo» dell'idea dello scopo a consentire l'eliminazione delle pene crudeli e disumane, non certo l'idealismo intransigente della teoria retributiva². Guardando al futuro, «il posto di maggior rilievo nel sistema» sanzionatorio spetterebbe alla pena detentiva, che grazie alla sua duttilità sarebbe in grado di conseguire tutti gli scopi che von Liszt assegna alla pena, e cioè a seconda dei casi l'intimidazione dei delinquenti occasionali, la rieducazione dei soggetti recuperabili e la neutralizzazione dei delinquenti incorreggibili³.

A proposito dei rapporti tra giustizia e idea dello scopo, von Liszt sostiene che pena giusta e pena necessaria si equivalgono, perché se la pena va intesa come un mezzo adeguato per raggiungere uno scopo, allora essa deve essere usata con la massima parsimonia, e cioè solamente quando i bisogni dell'ordinamento giuridico la pretendono in modo assoluto; per dirla con Rudolf von Jhering, se «Beccaria nella sua celebre opera sui delitti e sulle pene (1764) non avesse levato la propria voce contro la smisuratezza delle sanzioni penali, lo avrebbe dovuto fare Adam Smith nella propria sulle cause della ricchezza delle nazioni (1766)»⁴.

1 F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in F. VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Erster Band (1875 bis 1905), Guttentag, 1905, 126 – 179: 127, con qualche piccola modifica rispetto alla traduzione di A. A. CALVI in F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, 1962, 6.

2 F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 161 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 46).

3 F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 164 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 52).

4 F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 161 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 46), riferendosi a R. VON JHERING, *Das Zweck im Recht*, vol. I, Breitkopf & Härtel, 1893, 375. Di

Questa citazione sembra essere qualcosa in più di un omaggio che von Liszt rende al suo maestro von Jhering⁵, l'autore di *Lo scopo nel diritto*, e quindi merita di essere contestualizzata per cogliere i punti di contatto tra i due giuristi.

Nel sistema di von Jhering, «la forza gioca un ruolo di protagonista assoluta nella definizione del diritto in un duplice senso: sia in quanto forza che crea diritto sia in quanto forza oggetto del diritto»⁶. Infatti, il diritto fa parte della «meccanica sociale», ossia di quell'insieme di incentivi e coercizioni che nasce nella società per coordinare gli interessi egoistici dei singoli e trasformarli nell'interesse oggettivo comune. Traendo origine da un conflitto, il diritto è pertanto una «politica della forza» (o della violenza: *Politik der Gewalt*⁷), nel senso che la forza non si congeda dalla storia «per lasciare spazio al diritto, ma mantiene saldamente il suo posto e include solamente il diritto come suo elemento accessorio – la forza giusta»⁸. Si tratta di un processo guidato dalla necessità, perché se la storia del mondo si riproponesse «cento e mille volte», giungeremmo comunque allo stesso risultato, al diritto⁹.

Per quanto riguarda il diritto penale, la meccanica sociale consiste in ciò, che da un lato il criminale ragiona egoisticamente e non si preoccupa certo degli scopi dello Stato o della società, dall'altro lo Stato cerca di influenzare queste valutazioni attraverso la minaccia della pena, la quale è funzionale alla salvaguardia dei propri interessi¹⁰.

quest'opera jheringhiana esiste una traduzione italiana di Mario G. Losano pubblicata dapprima in R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, 1972, e poi (in forma rivista) in R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Aragno, 2014. Sul passo in esame, cfr. G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Giappichelli, 2018, 45 ss.

5 Infatti, von Jhering era stato professore di von Liszt a Vienna (A. A. CALVI, *Introduzione*, in F. VON LISZT, *La teoria*, cit., V – XXXI: VII nota 2).

6 L'illuminante sintesi è in F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. VIOLA - V. VILLA - M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, 1974, 42. Resta sempre fondamentale D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, Giuffrè, 1959.

7 Sulla ricchezza semantica di *Gewalt*, che può significare anche 'potere', M. BALESTRIERI, *L'ambivalenza della Legge. Note critiche su 'diritto' e 'violenza'*, in A. ROSSI et al. (Edd.), *Limiti e diritto*, Ledizioni, 2017, 9-36: 22.

8 R. VON JHERING, *Das Zweck*, cit., 249 ss.

9 R. VON JHERING, *Das Zweck*, cit., 241.

10 R. VON JHERING, *Das Zweck*, cit., 44, il quale precisa che il frequente fallimento di questo meccanismo dipende dal fatto che la minaccia della pena è neutralizzata dalla percezione della probabilità di non essere scoperti.

Sennonché, lo Stato rischia di ferire se stesso quando maneggia l'arma a doppio taglio della pena, perché ogni delinquente giustiziato o incarcerato lo priva di una sua componente o di una sua forza lavorativa: il «riconoscimento del valore della vita umana e della forza umana ha per il diritto penale un significato eminentemente pratico». Ecco spiegato perché Adam Smith si sarebbe battuto contro le pene dell'*ancient régime* se non lo avesse già fatto Beccaria: «la società che in assenza della più pressante necessità offre in sacrificio allo scopo della pena la vita o il tempo lavorativo dei suoi membri agisce contro il proprio interesse, come il proprietario che maltratta il suo animale fino a danneggiarlo»¹¹.

Chi non si è fatto suggestionare dalle fascinose metafore naturalistiche di von Jhering – l'egoismo sarebbe come gli infusori, quegli organismi animali invisibili ad occhio nudo che senza rendersene conto costruiscono una montagna¹² – ha obiettato che l'idea di giustizia compare nel pensiero jehringhiano «come un *deus ex machina* tratto da un altro mondo» e nasconde a malapena la riduzione del diritto alla forza¹³. Forse non a caso, tale dottrina sarebbe stata successivamente tenuta in considerazione da alcuni giuristi sovietici, e cioè da coloro che svilupparono nei termini più radicali il tema della subordinazione del diritto alla politica¹⁴.

Anche per von Liszt, che al pari del suo maestro allude alla coincidenza tra gli interessi dell'individuo e quelli della società¹⁵, il diritto nasce dalla forza/violenza. Mentre la pena primitiva sarebbe stata una rea-

11 R. VON JHERING, *Das Zweck*, cit., 375 (anche per la citazione precedente). Si potrebbe cogliere un'analogia tra la meccanica sociale jheringhiana e la mano invisibile di Adam Smith, che porta gli interessi economici dei privati inconsapevoli a promuovere il benessere della società (A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Utet, 1975, 584). Tuttavia, sul ruolo nel sistema economico di Smith che il principio di «simpatia» svolge a scapito dell'egoismo, A. e T. BIAGIOTTI, *Introduzione*, in A. SMITH, *La ricchezza*, cit., 18 ss.

12 R. VON JHERING, *Das Zweck*, cit., 46. Il passo è citato da F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 137 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 18).

13 H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Giuffrè, 1965, 290. Sui rapporti tra giudice, legislatore e giustizia, cfr. comunque R. VON JHERING, *Das Zweck*, cit., 366 ss.

14 Cfr. P. I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, in U. CERRONI (Ed.), *Teorie sovietiche del diritto*, Giuffrè, 1964, 15 ss., 48 ss., 54 ss. Sui punti di contatto tra von Jhering e W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in W. BENJAMIN, *Angelus novus*, Einaudi, 1995, 5 ss., cfr. M. BALESTRIERI, *L'ambivalenza*, cit., 23 ss.

15 F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 137 e 146 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 18 e 29). Sul punto, G. CAZZETTA, *Qui delinquit amat poenam. Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, in «QF» (2009), 451.

zione istintiva (e quindi non finalisticamente orientata) alla lesione di un interesse, il «passaggio della funzione punitiva dai circoli immediatamente interessati a organi giudicanti disinteressati e imparziali» avrebbe progressivamente fatto maturare una consapevolezza più precisa degli interessi comunitari da tutelare e dell'efficacia delle reazioni sanzionatorie¹⁶. A tale processo di «obiettivazione» della pena si sarebbe accompagnata una jheringhiana limitazione della forza, sicché il potere punitivo (*Strafgewalt*) si sarebbe trasformato in *ius puniendi* e lo Stato avrebbe impugnato «la spada della Giustizia per tutelare l'ordinamento giuridico contro lo scellerato che lo aggredisce»¹⁷.

Che l'equivalenza tra la pena giusta e la pena necessaria discenda logicamente dal rapporto di congruenza tra mezzo e scopo, è stato messo in dubbio. Secondo alcuni si tratterebbe piuttosto di un'affermazione ideologica¹⁸, di un altro frutto di quel compromesso riformistico lisztiano che oscilla costantemente tra le remore garantistiche di matrice liberale e le altrimenti inarrestabili istanze della difesa sociale¹⁹.

In termini più critici, si è rimproverato a von Liszt di essere «molto lontano dal prestare una particolare attenzione alla libertà individuale»²⁰. La celeberrima definizione lisztiana del diritto penale quale barriera invalicabile della politica criminale²¹ rappresenterebbe niente più di

16 F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 146 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 30).

17 F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 150 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 33).

18 A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Giuffrè, 1966, 114 e nota 200.

19 Sul sincretismo politico-culturale di von Liszt, A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, 1963, 40 ss.; C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, de Gruyter, 1973, 58 ss.; A. A. CALVI, *Introduzione*, cit., XX ss.; G. V. DE FRANCESCO, *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in «AP» (1975), 27-63: 27; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Giuffrè, 2011, 144 ss.

20 W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik*, cit., 546, citando A. BAUMGARTEN, *Die Lisztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart*, in «SchwZStr» (1937), 1 – 12: 9. Condivide in buona parte le critiche di Naucke, M. A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, 1990, 160.

21 F. VON LISZT, *Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, e F. VON LISZT, *Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, entrambi in F. VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Zweiter Band (1892 bis 1904), Gut-

«un vago richiamo» della critica mossa da Kant alle teorie utilitaristiche della pena²², quella di trattare l'uomo come un mezzo e non come un fine²³. Anche l'altrettanto famoso assunto della politica sociale quale migliore e più efficace politica criminale²⁴ non servirebbe a circoscrivere la pervasività illiberale dell'idea dello scopo. Nel pensiero di von Liszt la politica sociale mira a combattere la criminalità, e quindi sarebbe un equivalente funzionale della politica criminale²⁵, come sarebbe dimostrato dalle misure proposte contro i mendicanti e i vagabondi, e cioè case di lavoro, luoghi di ricovero, reclusione a tempo indeterminato per gli irrecuperabili²⁶.

Si tratta di una lettura forse troppo polemica²⁷, che però conferma – è il prof. Lucio Monaco a sottolinearlo – come l'idea dello scopo si collochi in un diagramma di forze conflittuali tra l'individuo e la società, tra il «sistema *frenante*» del diritto penale e il «motore del cambiamento» rappresentato dalla politica criminale²⁸.

2. L'utilitarismo umanitario di Cesare Beccaria

Il problema dei rapporti tra giustizia e idea dello scopo ha radici ancora più antiche. Si è detto che in tutto il pensiero penalistico moderno il principio di umanità sarebbe «una sorta di *enclave* non protetta delle

tentag, 1905, rispettivamente 75 – 93: 80 e 94-132:102. Ritiene che il diritto penale di cui parla von Liszt sarebbe il diritto positivo manipolabile a piacimento dal legislatore, W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programm 1882*, in «ZStW» (1982), 525 – 564: 541. Diversamente, W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, 1990, 197.

22 W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in M. ROMANO et al. (Edd.), *Teoria e prassi della prevenzione generale*, Il Mulino, 1980, 49 - 68: 59.

23 I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Laterza, 1996, 164 (§ 49 E). Cfr. per tutti M. A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Giuffrè, 1981, 6 ss.

24 F. VON LISZT, *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, in F. VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Zweiter Band (1892 bis 1904), cit., 246.

25 In effetti F. VON LISZT, *Die Forderungen der Kriminalpolitik*, cit., 95, scrive che la politica criminale è «uno dei rami più importanti della politica sociale».

26 W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik*, cit., 544. Il riferimento è a F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Guttentag, 1908, 620.

27 La si confronti con quella, celeberrima, di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Esi, 1998, 37 ss.

28 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 54 e 104.

teorie assolute della pena nel regno del diritto penale conforme allo scopo»²⁹. Sostenere che le pene crudeli siano imposte dalle teorie assolute e contrastate dal finalismo utilitaristico sarebbe una petizione di principio³⁰. Una dottrina utilitaristica potrebbe assumere una valenza garantista quando si pone l'obiettivo della «*minima sofferenza necessaria* da infliggere alla *minoranza formata dai devianti*», non anche quando si incentra sulla «*massima utilità possibile* da assicurare alla *maggioranza formata dai non devianti*», come invece sarebbe avvenuto in tutta la tradizione penalistica a partire da Beccaria, Bentham e Montesquieu³¹.

La presenza di Beccaria in questo elenco potrebbe stupire più delle altre, considerando i numerosi passaggi del celebre «libriccino» a favore della «dolcezza delle pene»³².

Il Marchese scrive infatti che uno «dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infalibilità di esse»³³; che quanto più la pena è pronta e vicina al delitto, tanto più è giusta, perché «risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza»³⁴; che le pene devono essere «proporzionate fra loro ed ai delitti nella forza, ma anche nel modo di infliggerle»³⁵; che, «serbata la proporzione», deve essere prescelto quel metodo di inflizione delle pene tale da procurare «una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo»; che il limite al rigore delle pene è dato dal «sentimento di compassione, quando comincia a prevalere su di ogni altro nell'ani-

29 W. NAUCKE, *Prevenzione generale*, cit., 59.

30 M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, 1996, 30, riferendosi a Voltaire.

31 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1996, 248 ss., il quale dopo aver riferito puntualmente le enunciazioni dei pensatori illuministi orientate alla minima sofferenza necessaria, le ritiene tuttavia «incapaci di suggerire criteri di effettiva delimitazione e minimizzazione del diritto penale». Cfr. però il successivo L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in «MSCG», 2015, 137 - 161, nel quale si esalta la dimensione genuinamente garantista del pensiero di Beccaria. Sull'*impasse* in cui cade l'illuminismo nel momento in cui identifica giustizia e utilità dei più, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 2, Giuffrè, 2005, 89.

32 Così si intitola il § XXVII di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, 1994, 59 ss. Di «libriccino» ha parlato ovviamente A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, Newton Compton, 1993, 37.

33 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 59 (§ XXVII).

34 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 47 (§ XIX, *Prontezza della pena*).

35 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 72 (§ XXIX, *Della cattura*).

mo degli spettatori d'un supplizio più fatto per essi che per il reo»³⁶; che non «vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere *persona* e diventi *cosa*»³⁷; e si potrebbe sicuramente continuare³⁸.

Senonché, Beccaria ha anche sostenuto che la giustizia corrisponde al «vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari», e che «la parola *diritto* non è contraddittoria alla parola *forza*, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, e cioè la modificazione più utile al maggior numero»³⁹. Vanno inoltre considerate le pagine dedicate alla pena di morte, tanto memorabili quanto controverse. Nonostante sia diventato la bandiera della corrente abolizionistica⁴⁰, non solo Beccaria ha ammesso eccezionalmente la possibilità di disporre il supplizio capitale, ma nell'opporci a esso ha speso argomenti che sembrano contraddire il suo umanitarismo.

Il Marchese parte da una premessa contrattualistica, e cioè che nessun cittadino ha conferito al sovrano l'arbitrio di ucciderlo, e afferma che la pena di morte non è «un *diritto*», ma piuttosto «una guerra della nazione contro un cittadino, perché giudica utile e necessario la distruzione del suo essere»⁴¹; si propone poi di vincere «la causa dell'umanità» con l'argomento utilitaristico secondo il quale la pena di morte non è né utile né

36 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 64 (§ XXVIII, *Della pena di morte*).

37 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 50 (§ XX, *Delle violenze*). Vedono in questa frase un'anticipazione del pensiero kantiano, A. CAVANNA, *Storia*, cit., 219; G. MARINUCCI, *Cesare Beccaria, nostro contemporaneo*, in «RIDPP» (2014), 2025 - 2042: 2039; L. FERRAJOLI, *L'attualità*, cit., 140 ss. La considera la chiave di lettura di tutta l'opera, M. PISANI, *Cesare Beccaria e il principio di umanità*, in «RIDPP» (2011), 407 - 413: 409. Si noti che l'argomento serve a legittimare le pene corporali per gli attentati contro la persona, prestandosi quelle pecuniarie a consentire al «grande» e al «ricco» di «mettere a prezzo gli attentati contro il debole e il povero».

38 Cfr. la recente rilettura di S. LARIZZA, «...e delle pene»: la concezione di Cesare Beccaria, in C. E. PALIERO et al., *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. I, Giuffrè, 2018, 363 - 388.

39 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 13 (§ II, *Diritto di punire*).

40 Basti leggere P. ELLERO, *Programma*, in *Giornale per l'abolizione della pena di morte*, Redaelli, 1861, 3 -12: 3 ss.; E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice vigente (1764-1890)*, in E. PESSINA (Ed.), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. II, Società editrice libraria, 1906, 541-767: 554. Più di recente, H. FENG, *Cesare Beccaria e le riforme penalistiche in Cina*, in «RIDPP» (2014), 2102 - 2214: 2108.

41 Per una rassegna delle numerose critiche rivolte a questo argomento, N. BOBBIO, *Contro la pena di morte*, in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014, 178 - 200: 183.

necessaria, tranne quando la sicurezza della nazione è in pericolo oppure quando la morte del cittadino è «il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti»⁴²; dall'esperienza storica e dalla natura dell'uomo emergerebbe tuttavia una verità, ossia che non è l'intensità («intensione») della pena a fare «il maggiore effetto sull'animo umano», ma la sua durata («estensione»); dato che la pena giusta «non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti», ne deriva che la «schiavitù perpetua» potrebbe efficacemente sostituire la pena di morte; l'esempio di una «bestia di servizio» che sta «fra i ceppi o le catene, sotto il bastone, sotto il giogo, in una gabbia di ferro», avrebbe il pregio di spaventare «più chi la vede che chi la soffre»; invece, il lugubre spettacolo della pena di morte rischierebbe di non distogliere il singolo dal delinquere, e allo stesso tempo lancerebbe agli consociati un «esempio di atrocità»: quelle leggi che «detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime»⁴³.

Questi passaggi argomentativi sono stati diversamente interpretati. Ad avviso della visione più critica, Beccaria avrebbe subordinato ogni diritto individuale al «primato assoluto dell'autorità giustificato in chiave utilitaristica»⁴⁴. Come il Rousseau del *Contratto sociale* scrive che «quando si condanna a morte il colpevole lo si condanna meno come cittadino che come nemico»⁴⁵, così Beccaria (o chi per lui) dichiara che quando la morte di uomo è «utile e necessaria al bene pubblico, la suprema legge della salvezza del popolo dà potestà di condannare a morte, e questa potestà nascerà come nasce quella della guerra»⁴⁶. In questo modo, Bec-

42 Ci informa A. CADOPPI, *Cesare Beccaria, John Bessler and the Birth of Modern Criminal Law*, in «UBJIL» (2015), 3-29: 18, che la seconda eccezione scompare nelle traduzioni dell'opera in francese e inglese del XVIII e del XIX secolo.

43 Per tutte le citazioni, C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 62 - 67 (§ XXVIII, *Della pena di morte*).

44 I. MEREU, *La morte come pena*, Donzelli, 2007, 100 ss., sviluppando tesi già enunciate in I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500*, vol. I, Morano, 1964, 82 ss. e note corrispondenti.

45 J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Corriere della sera, 2010, 36. Sui rapporti tra Beccaria e Rousseau, cfr. tuttavia P. COSTA, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «QF» (2015), 817 - 895: 875 ss.

46 Il passo si legge nella *Risposta ad uno scritto che s'intitola Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, in C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 181, uno scritto attribuito a Pietro e Alessandro Verri che costituisce la replica alla dura critica mossa da F. FACCHINI, *Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, 1765, 98 ss. (sul punto, U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Sansoni, 1974, 46 ss.). Tuttavia, secondo I. MEREU, *Storia*, cit., 83, l'opera dei fratelli Verri andrebbe comunque attribuita a Beccaria «per

caria avrebbe filosoficamente legittimato la pena di morte «*utile al potere*», e cioè quella strumentale alla repressione del *crimen laese maiestis* («la sicurezza della nazione») e quella esemplare («il vero ed unico freno per distogliere altri dal commettere delitti»). Al Beccaria pensatore corrisponderebbe il Beccaria consulente legislativo, che nel partecipare alla Giunta delegata per la riforma del sistema penale della Lombardia austriaca avrebbe ritenuto legittima la pena di morte per il titolo di cospirazione contro lo Stato⁴⁷. Infine, il tradizionale arsenale punitivo a disposizione dei sovrani non sarebbe stato indebolito, ma al contrario rafforzato dalla nuova sanzione del carcere a vita⁴⁸.

Secondo un indirizzo ricostruttivo di segno diametralmente opposto, l'argomento contrattualistico chiarirebbe che la pena di morte è sempre illegittima⁴⁹. Ciò posto, subentrerebbe l'argomento utilitaristico secondo il quale in tempi di pace la «pena di schiavitù» perpetua è sempre più efficace della pena di morte, mentre quest'ultima potrebbe operare sotto forma di potestà (di «guerra») solamente quando «l'anarchia ha sopraffatto ogni ordine giuridico»⁵⁰. Per quanto attiene al ruolo di Beccaria nella stesura del progetto di codice lombardo, non si dovrebbe confondere

espresso desiderio dell'Autore», come si evince dall'assunzione di paternità contenuta in C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 6, introduzione *A chi legge*. Ricordando il contributo di Pietro Verri alla scrittura stessa di *Dei delitti e delle pene*, osserva M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in «MSCG» (2015), 163-176: 164, che «l'atelier Beccaria perseguiva una politica del diritto abbastanza condivisa», e ciò rendeva «meno importante chi fosse il redattore materiale dei testi».

47 Il verbale della *Sessione XLVIII della Giunta criminale* del 22 gennaio 1792 si legge in C. CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Barbera, 1862, 357. Cfr. anche C. BECCARIA - F. GALLARATI SCOTTI - P. RISI, *Voto degli infrascritti individui della Giunta delegata per la riforma del sistema criminale per la Lombardia austriaca riguardante la pena di morte*, in C. CANTÙ, *Beccaria*, cit., 369, nel quale Beccaria e gli altri due consiglieri di minoranza ammettono di aver convenuto con tutti «che la pena di morte dovesse restringersi a pochissimi delitti». Sulla compilazione del progetto, e sul ruolo e la composizione della Giunta, A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Giuffrè, 1975, 83 ss., 151 ss.; F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, 1985, 546 ss.

48 I. MEREU, *La morte come pena*, cit., 54 ss., 98 ss.

49 A. CAVANNA, *Storia*, cit., 213. Cfr. anche G. P. MASSETTO, *Leggendo Mario Pisani su "Cesare Beccaria e l'Index librorum prohibitorum"*, in «RIDPP» (2014), 395 - 447: 412 ss.; A. CADOPPI, *Cesare Beccaria*, cit., 15 ss.

50 A. CAVANNA, *Storia*, cit., 213. Cfr. P. COSTA, *Lo ius vitae ac necis*, cit., 894; S. CANESTRARI - M. CELVA, *Cesare Beccaria y la pena de muerte. Del "De los delitos y de las penas" al debate actual sobre la sanción capital*, in L. ARROYO ZAPATERO et al. (Edd.), *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, 159-175: 168.

il «sottomesso, metodico e diligente servitore del governo asburgico» del 1792 con l'audace scrittore del 1764, né trascurare il ruolo degli altri due consiglieri e il mutato contesto politico: senza dimenticare che la relazione di minoranza contiene un nuovo spunto critico contro la pena di morte, quello della sua irreversibilità in caso di errore giudiziario⁵¹.

Se a questo punto leggiamo congiuntamente il capolavoro di Beccaria e la relazione di minoranza presentata in Giunta, il primo orientamento interpretativo ci apparirà troppo severo. Beccaria e gli altri consiglieri affermano infatti che «nel pacifico stato di una società e sotto la regolare amministrazione della giustizia» la pena di morte sarebbe ammissibile solamente quando la persona già carcerata continua a costituire un pericolo per la società⁵², non anche in relazione a tutte quelle «offese, di qualunque sorta esse siano, fatte immediatamente alla persona del Principe»⁵³. Per invocare l'altra ipotetica ragione di necessità della pena di morte, quella che fa leva sulla sua asserita funzione deterrente, si dovrebbe confutare empiricamente ciò che risulta da un esame «imparziale e tranquillo» dell'esperienza storica e della legislazione degli altri paesi, e cioè che i delitti sono meno frequenti quando le pene sono moderate ma inflessibili⁵⁴.

Rispetto alla seconda linea interpretativa presa in esame, può invece osservarsi che le argomentazioni della relazione di minoranza non sono pienamente coincidenti con l'opera di Beccaria⁵⁵: l'argomento contrattualistico è stato abbandonato; non si contesta al «sovrano legislatore»

51 A. CAVANNA, *La codificazione*, cit., 173 ss. Cfr. C. BECCARIA - F. GALLARATI SCOTTI - P. RISI, *Voto*, cit., 372 ss.

52 Per inciso, anche a F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 173 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 60), la pena di morte sembrava superflua a condizione che gli irrecuperabili fossero resi «innocui».

53 C. BECCARIA - F. GALLARATI SCOTTI - P. RISI, *Voto*, cit., 370. Cfr. S. CANESTRARI - M. CELVA, *Cesare Beccaria*, cit., 168.

54 C. BECCARIA - F. GALLARATI SCOTTI - P. RISI, *Voto*, cit., 371. Criticamente, F. CORDEIRO, *Criminalia*, cit., 563 ss.

55 Si noti che C. BECCARIA - F. GALLARATI SCOTTI - P. RISI, *Voto*, cit., 370, distinguono il caso del carcerato pericoloso dalla possibilità di uccidere i «sediziosi che facciano resistenza», giacché solo quest'ultima «non sarebbe una pena legale di morte, ma un effetto di una vera intimazione di guerra» (cfr. anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 451 nota 147). Invece, nella *Risposta*, cit., 181, i fratelli Verri puntualizzano che il «punire di morte» non sarebbe un «diritto», perché ciò sarebbe in contrasto con l'argomento contrattualistico, ma una «*podestà giusta, e necessaria*», che nasce «come nasce quella della guerra».

il «diritto» di prescrivere la pena di morte «quando coi superiori suoi lumi la credesse necessaria a reprimere i delitti»⁵⁶; anzi, Beccaria e gli altri ritengono che risponda a un loro «preciso dovere» l'aver proposto l'eccezione del carcerato pericoloso per la sicurezza dello Stato⁵⁷, con ciò prendendo esplicitamente le distanze dalla scelta pienamente abolizionista compiuta qualche anno prima dal codice leopoldino⁵⁸.

In breve, il tema della pena di morte è il luogo in cui si avvertano maggiormente le tensioni tra l'indiscutibile spirito umanitario di Beccaria e il suo utilitarismo⁵⁹. Ciò sembra trovare conferma nella fosca descrizione del condannato destinato a diventare «bestia di servizio», da Diderot in avanti ritenuta in irriducibile contrasto con il principio della dolcezza delle pene⁶⁰.

Per spiegare l'apparente contraddizione, alcuni hanno ipotizzato un sapiente calcolo politico di Beccaria, il quale avrebbe suggerito l'utilizzo della pena perpetua nei termini che conosciamo per non porsi in frontale opposizione con il potere e far accettare le sue idee⁶¹, peraltro in un contesto in cui l'obiettivo più urgente era rappresentato dalla mitigazione di un apparato sanzionatorio sanguinario⁶².

56 C. BECCARIA - F. GALLARATI SCOTTI - P. RISI, *Voto*, cit., 373.

57 C. BECCARIA - F. GALLARATI SCOTTI - P. RISI, *Voto*, cit., 373.

58 Il codice leopoldino del 30 novembre 1786 (sul quale cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, 1976, 547 ss.) aveva infatti abolito con l'art. 51 la pena di morte «contro qualunque reo, sia presente, sia contumace, e ancorché confesso e convinto di qualsiasi delitto dichiarato capitale dalle leggi fin qui promulgate» (cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 274). Sostiene pertanto T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa University, 2014, 47, che il vero abolizionista è Pietro Leopoldo, non Beccaria.

59 Commenta ironicamente F. CORDERO, *Criminalia*, cit., 567, che «ammessa la condanna a morte del delinquente politico con una logica brutalmente liquidatoria, suona male lo slogan abolizionistico rispetto ai delitti comuni». Sui limiti del pensiero utilitaristico nel sostenere la linea abolizionista, N. BOBBIO, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 201 – 229.

60 C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines, traduit de l'italien par André Morellet; nouvelle édition corrigée, précédée d'une correspondance de l'auteur avec le traducteur, accompagnée de notes de Diderot, et suivie d'une théorie des lois pénales par J. Bentham*, Imprimerie du Journal d'Economie Publique, de Morale et de Politique, 1797, 81 in nota al § XVI sulla pena di morte. Cfr. poi M. PISANI, *Cesare Beccaria*, cit., 410 ss.; A. CAVANNA, *Storia*, cit., 214; E. PALOMBI, *Il rispetto della persona umana*, in E. PALOMBI (Ed.), *I diritti dell'uomo. Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, Giappichelli, 2016, 147 - 158: 158.

61 S. CANESTRARI - M. CELVA, *Cesare Beccaria y la pena de muerte*, cit., 170.

62 Da «sagra dell'horror», secondo A. CAVANNA, *Storia*, cit., 211.

Altri sottolineano invece la «dolorosa coerenza» tra le pagine sulle alternative alla pena di morte e «i presupposti storico-politici dell'agire intellettuale del Beccaria»⁶³. In questa prospettiva, la pena detentiva rappresenterebbe il «faticoso traguardo» di un pensiero sospeso tra utopia e riforma che affida il compito di scongiurare la dissoluzione del patto sociale all'utilitarismo, e non alla «"filantropica" difesa della vita umana»⁶⁴. La quadratura del cerchio si sarebbe quindi realizzata grazie a una pena uguale per tutti (a differenza delle esecrate pene pecuniarie del passato⁶⁵), la più efficace sul piano della prevenzione generale e allo stesso tempo «la meno tormentosa sul corpo del reo»⁶⁶: per dirla con Michel Foucault, una pena «minimale per chi la subisce» e «massimale per colui che se la rappresenta»⁶⁷.

Nel suo capolavoro Beccaria aveva accostato la pena detentiva all'obbligo del lavoro, e a questo rapporto prestò attenzione anche nella sua successiva attività politica⁶⁸, fino a definire la «pena de' pubblici lavori» una misura «efficacissima» e «utile allo scopo d'ogni buona legislazione criminale, che è prima la correzione del reo, quando è possibile, e sempre l'esempio dato agli innocenti per allontanarlo dal delitto»⁶⁹.

63 S. MANACORDA, *Cesare Beccaria e la pena dell'ergastolo*, in «Jus» (2015), 165 - 182: 182.

64 G. M. LABRIOLA, *Amministrazione della pena e luoghi della verità*, Università Suor Orsola Benincasa, 2008, 25 e 29, riprendendo F. VENTURI, *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Einaudi, 1971, 126 ss. Per approfondimenti, P. COSTA, *Lo ius vitae ac necis*, cit., 817 ss., 888 ss.

65 Ricorda G. M. LABRIOLA, *Amministrazione della pena*, cit., 30, che C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 44, § XVII (*Del fisco*), aveva criticato il tempo in cui «quasi tutte le pene erano pecuniarie» e i «delitti degli uomini erano il patrimonio del principe». Inoltre C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 52, § 22 (*Del furto*), riteneva che la pena più opportuna per il furto non fosse la pena pecuniaria (perché non avrebbe tenuto conto delle disuguaglianze sociali), ma piuttosto la «schiavitù per un tempo delle opere e della persona alla società», magari accompagnata da pene corporali in caso di comportamenti violenti. Su questo passo, D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, 1977 (ma citerò dalla III ed. del 1982), 109.

66 Secondo il principio generale stabilito in C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 52 (§12, *Fine delle pene*)

67 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, 1993, 104. Sul punto, S. MANACORDA, *Cesare Beccaria*, cit., 179 ss.

68 Ricorda G. MARINUCCI, *Cesare Beccaria*, cit., 2041, che nello svolgere il suo ruolo di Magistrato politico camerale della Lombardia austriaca Beccaria suggerì di modificare in senso umanitario il trattamento dei detenuti, ad esempio allungando «le catene tanto da poter passeggiare per lavorare e per guadagnare qualche cosa».

69 C. BECCARIA - F. GALLARATI SCOTTI - P. RISI, *Voto*, cit., 374.

In effetti, sul finire del XVIII secolo il dibattito sui meriti del lavoro forzato sarebbe stato molto intenso, costituendo il punto di contatto tra la «filantropia illuminista», il calcolo economico e «un'antica crudeltà che veniva a rivestire forme nuove e razionali»⁷⁰. Successivamente anche von Liszt avrebbe insistito sulla necessità di far lavorare sia i soggetti incorreggibili, sia quelli recuperabili⁷¹. A quanto pare, lavoro e idea dello scopo sono strettamente connessi, e non necessariamente in chiave umanitaria. È il caso di soffermarsi su questo legame.

3. L'idea dello scopo messa in discussione

Una citatissima massima di von Jhering recita che la storia della pena è quella del suo continuo ridimensionamento (*Absterben*)⁷²: il ricorso agli strumenti sanzionatori sarebbe inversamente proporzionale alla «perfezione dell'ordinamento giuridico e alla maturità dei popoli»⁷³.

Il divario che sussiste tra le «atrocità del passato concepite e praticate sotto il nome di “pene”»⁷⁴ e la realtà odierna, in particolare in quei paesi in cui non sono più previste la pena di morte e le pene corporali, par-

⁷⁰ F. VENTURI, *Utopia e riforma*, cit., 140. Lo spunto è ripreso da A. CAVANNA, *La codificazione*, cit., 158 ss.

⁷¹ F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 166 ss. (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 54 ss.).

⁷² R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Roth, 1897, 4 (cfr. R. VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Jovene, 1990, 5, dove *Absterben* è reso con «deperimento»; ringrazio Francesco Lucrezi per avermi messo a disposizione questo libro e Gaetano Carlizzi per i preziosi suggerimenti). L'opera si riferiva al diritto privato romano e si concludeva con una domanda al destinatario dell'opera, niente meno che J. M. F. Birnbaum, sulla possibilità di estendere la medesima conclusione anche ad altri rami del diritto (R. VON JHERING, *Das Schuldmoment*, cit., 68; R. VON JHERING, *Il momento*, cit., 63). La massima non va quindi considerata come un'anticipazione delle «opinioni di criminologi progressisti sull'inutilità delle pene» (J. BENEDIKT, *Culpa in Contrahendo: Transformationen des Zivilrechts*, Band 1, *Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen - oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung*, Mohr Siebeck, 2018, 81), opinioni peraltro criticate da L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto e criminologia*, in «StUrb» (1980-81), 397 – 493: 442 ss.

⁷³ R. VON JHERING, *Das Schuldmoment*, cit., 67 (cfr. R. VON JHERING, *Il momento*, cit., 63). Cfr. E. H. SUTHERLAND - D. R. CRESSEY, *Criminologia*, Giuffrè, 1996, 489 ss., e qui la teoria della coerenza culturale tra le pratiche punitive e le altre modalità di comportamento presenti nella società.

⁷⁴ Un inventario delle tecniche sanzionatorie in F. CORDERO, *Criminalia*, cit., 46 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 382 ss., con ricchi riferimenti. Cfr. anche T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., 21 ss.

rebbe confermare l'assunto, che abbiamo peraltro già incontrato nelle pagine lisztiane sui meriti storici dell'idea dello scopo.

Tuttavia, la lenta fuoriuscita del diritto penale dalla logica della vendetta non risponde allo schema di un progresso irreversibile, come sarebbe dimostrato dalle pratiche penali dell'alto medioevo e dell'epoca comunale, a quanto pare più miti sia di quelle precedenti, sia di quelle successive⁷⁵. Inoltre, la chiave di lettura che collega la trasformazione epocale dei sistemi punitivi avvenuta a partire dal XVIII secolo all'impegno filantropico di un gruppo di riformatori illuminati è stata messa in discussione da un indirizzo storiografico revisionista⁷⁶ che ha le sue premesse nello studio di Georg Rusche e Otto Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*⁷⁷.

L'opera, pubblicata nel 1939 ma divenuta celebre a partire dagli anni '70 del secolo scorso⁷⁸, muove alle teorie della pena la critica di aver ostacolato l'analisi storico-sociologica delle forme punitive: le teorie assolute avrebbero considerato la pena «come un'entità eterna e immutabile», mentre le teorie relative si sarebbero invece limitate a «scrivere una storia dell'idea di pena piuttosto che delle forme punitive» e a rileggere

75 M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo I, Giuffrè, 2009, 3 - 44: 4. Cfr. anche I. MEREU, *La morte*, cit., 12 ss. sull'istituto del guidrigildo, nonché I. MEREU, *Studi*, cit., 75 ss., sul valore «mitico» della Rivoluzione francese.

76 Parla di revisionismo per distinguere questo modello dall'orientamento che legge l'evoluzione dei modelli penali come una «storia di riforme», M. IGNATIEFF, *State, Civil Society, and Total Institutions: A Critique of Recent Social Histories of Punishment*, in «CJ» (1981), 153 - 192. Sui diversi approcci ricostruttivi alla storia del carcere, cfr. anche S. COHEN, *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification*, Polity, 1985, 15 ss.

77 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, 1978. Cfr. anche G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro e l'esecuzione della pena. Riflessioni per una sociologia della giustizia penale*, in «QC» (1976), 519 - 535. Sulla vicenda editoriale del testo, D. MELOSSI, *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer*, in G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 7 ss. Per una dettagliata analisi critica di *Pena e struttura sociale*, D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Il Saggiatore, 1999, 128 ss.

78 Racconta M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in «ius17@unibo.it» (2013), 7 nota 3, traduttore con Melossi di *Pena e struttura sociale*, che presso la biblioteca della *London School of Economics* l'unica copia del libro non era consultata da anni, e quindi rischiava seriamente la «critica roditrice dei topi» (l'espressione è ripresa da K. MARX, *Prefazione* del 1859 a *Per la critica dell'economia politica*, in K. Marx, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, Libro Primo - II, Einaudi, 1975, 957).

gli avvenimenti storici nella «supposizione che in essi si rivelasse l'idea di progresso»⁷⁹.

Da qui la necessità di «strappare i veli ideologici e giuridici» che occultano le dinamiche sociali punitive, chiarendo che la pena «non è una semplice conseguenza del delitto, né il lato nascosto di esso, né un mero strumento determinato dallo scopo che si propone»: si può anche pensare che la pena abbia scopi specifici, ma la prima non potrebbe essere compresa solo sulla base dei secondi⁸⁰.

Tali scopi potrebbero tutt'al più fungere da fattore di condizionamento negativo, sicché una società che ritenga la pena in grado di distogliere l'individuo dal delinquere andrà a selezionare metodi punitivi improntati alla deterrenza, ma al di là di questo la pena «troverà la propria forma concreta all'interno delle trasformazioni della struttura sociale»⁸¹.

A questo punto, Rusche e Kirchheimer possono formulare la loro tesi. Non esiste la pena come tale, ma solo «concrete forme punitive e specifiche prassi penali», e quindi la trasformazione di tali forme e prassi è certamente influenzata dai «bisogni della lotta contro il delitto», ma dipende principalmente dal modo di produzione sottostante⁸². Pertanto, la funzione sociale della pena si comprende alla luce della situazione dei rapporti di classe e dei «secolari rivolgimenti che di questa sono propri»⁸³. In particolare, bisogna partire dal principio della «minore preferibilità» (*less eligibility*)⁸⁴, secondo il quale «ogni sforzo per una riforma nel trattamento del delinquente trova il proprio limite nella situazione dello strato proletario, socialmente significativo, più basso, che la so-

79 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 44 - 45.

80 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 45. Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, 4 ss.

81 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 45.

82 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 46. Sul modo di produzione come costrutto determinato dall'interazione dialettica tra le forze produttive e i rapporti di produzione, K. MARX, *Prefazione*, cit., 957 ss.

83 G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro*, cit., 522.

84 Questa formula si deve probabilmente a J. BENTHAM, *Panopticon; or: The Inspection - House*, in J. BOWRING (Ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, Simpkin, Marshall & co, 1843, 37 - 172: 123 («*the ordinary condition of a convict doomed to a punishment that few or none but the individuals of the poorest class are apt to incur, ought not to be made more eligible than that of the poorest class of subjects in a state of innocence and liberty*»).

cietà vuole trattenere dal commettere azioni criminali»⁸⁵. Poiché i reati sono prevalentemente commessi dalle classi più povere, le quali non possono offrire altro che la loro manodopera, la categoria del mercato del lavoro diventa a questo punto fondamentale: il diritto penale sarebbe più mite quando c'è scarsità di lavoratori e il valore sociale della vita umana aumenta, più crudele nel caso contrario⁸⁶.

Sulla scorta di questo schema, Rusche e Kirchheimer ritengono che nell'alto medioevo la pratica sanzionatoria più diffusa sia consistita nel pagamento di una somma di denaro alla parte offesa perché la ricchezza era sufficientemente diffusa e l'esigenza primaria era quella di evitare faide e vendette personali⁸⁷.

La progressiva centralizzazione del potere e la correlativa esigenza di incrementare le entrate fiscali spiegherebbe la pubblicizzazione del diritto penale, e cioè la sottrazione della gestione del conflitto alle parti coinvolte e l'introduzione delle pene pecuniarie pubbliche⁸⁸. Successivamente, la diffusione della pena capitale e delle feroci pene corporali sarebbe parallela all'impoverimento di larghe fasce della popolazione registratosi a partire dal XV secolo, perché «da questo tipo di criminali non v'era nulla da prendere»⁸⁹.

La nascita delle prime tecniche punitive di privazione della libertà personale si sarebbe avuta in epoca mercantile con le case di correzione, quando il crollo dell'offerta di lavoro dovuto a varie calamità rese necessario educare al lavoro gli oziosi, i vagabondi, i mendicanti, i ladri, ecc., non più annientarli⁹⁰. Ma la rivoluzione industriale avrebbe fatto nuo-

85 G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro*, cit., 524. Cfr. G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 166, dove si dice che il principio «rimase il leitmotiv di ogni amministrazione carceraria fino a oggi».

86 G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro*, cit., 525. Ritorna un concetto che già emergeva dal paragone jheringhiano tra Beccaria e Smith (cfr. §1), peraltro ripreso in altro contesto da G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 279.

87 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 49 ss. Sul paradigma della giustizia penale negoziata e sul successivo modello di diritto penale egemonico, M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 4 ss. Cfr. G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2003, 3 ss.; M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, La città del sole, 2007, 77 ss.

88 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 51 ss.

89 G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro*, cit., 530. Cfr. anche G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 62: più «le masse si facevano misere, più severe si facevano le pene al fine di trattenerle dal delitto».

90 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 71 ss., 95 ss., e qui la descrizione delle pri-

vamente calare la domanda di forza lavoro, determinando un aumento della criminalità al quale si rispose con il paradigma della pena detentiva. Il ritorno ai feroci metodi punitivi pre-mercantilistici, che pure era stato proposto⁹¹, sarebbe stato inconcepibile dopo l'illuminismo⁹²: pertanto il carcere, pur essendo sorto in un contesto sociale profondamente differente, sopravvisse come istituzione ma assunse per il principio della *less eligibility* una dimensione puramente afflittiva⁹³, con il sostegno ideologico sia delle teorie preventive sia di quelle retributive⁹⁴.

Le conclusioni sono nette: l'indiscutibile progresso garantistico del diritto penale post-illuministico fu strumentale agli obiettivi della borghesia, e cioè sconfiggere i residui del feudalesimo e dell'assolutismo⁹⁵; le idee di Ferri e di von Liszt sulla rieducazione del condannato (recuperabile) ebbero successo perché furono interpretate «come un buon investimento, e non certamente come un capriccio paternalistico»⁹⁶; le riforme penali possono affermarsi quando i principi umanitari coincidono con le esigenze dell'economia⁹⁷; la repressione resterà la più semplice delle risposte fino a quando la società non avrà deciso di farsi carico dei problemi dei ceti svantaggiati⁹⁸; anche il più avanzato metodo rieducativo non potrà mai indurre il condannato «ad accettare di buona voglia la prospettiva di una vita da povero diavolo»⁹⁹.

Alle tesi di *Pena e struttura sociale*, e in particolare all'indicazione metodologica di non analizzare i sistemi punitivi alla luce della «sola armatura giuridica della società» e delle «sue scelte etiche fondamentali»¹⁰⁰, si è rifatto Michel Foucault, ovviamente declinandole all'interno del suo complesso sistema di pensiero¹⁰¹.

me case di correzione sorte nei paesi protocapitalistici, che si affiancarono alla servitù sulle navi (le «galere») e alla deportazione.

91 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 170 ss.

92 G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro*, cit., 531.

93 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 230 ss.

94 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 172 ss. (a proposito di A. Feuerbach), 175 ss. (su Kant ed Hegel).

95 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 238 ss.

96 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 236 ss., 241.

97 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 153 e 254.

98 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 336 ss.

99 G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 253.

100 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 27.

101 Per dar conto di tale complessità, si dovrebbero considerare le opere che hanno preceduto o accompagnato *Sorvegliare e punire*: cfr. M. FOUCAULT, *Teorie e istituzioni*

In *Sorvegliare e punire* il filosofo francese individua tre momenti dell'evoluzione delle pratiche punitive: l'età dell'*ancien régime*, nella quale ogni infrazione rappresenta un *crimen maiestatis* e lo «spendere dei supplizi» è lo strumento grazie al quale il sovrano riafferma il suo potere illimitato sul corpo del condannato¹⁰²; l'età dei riformatori settecenteschi, i quali si propongono di «punire meglio», non di «punire meno»¹⁰³, e cioè di escogitare modalità punitive più regolari ed efficaci al duplice scopo di delimitare la potestà punitiva del sovrano e di contrastare gli «illegalismi» delle classi meno abbienti, non più accettabili in una società borghese¹⁰⁴; infine, l'età disciplinare, o del panoptismo¹⁰⁵, nella quale le idee dei riformatori vengono clamorosamente smentite da un paradigma punitivo, quello della pena carceraria, che non risponde alla logica illuminista della rappresentazione pubblica – prospettare ai cittadini l'inderogabile connessione tra delitto e pena, tra il vantaggio immaginato del crimine e lo svantaggio percepito dei castighi –, ma a quella segreta dell'ispezione, della sorveglianza, della normalizzazione, della disciplina appunto¹⁰⁶.

Nata in ambito militare e poi diffusasi nei conventi, nelle scuole, nelle fabbriche, la disciplina sarebbe la «forma generale» che ha «disegnato l'istituzione-prigione, prima che la legge la definisse come la pena per eccellenza»¹⁰⁷. Si spiega così l'improvvisa e inarrestabile ascesa della pena detentiva: innanzitutto, è particolarmente adatta a una società in cui la

penali. Corso al Collège de France (1971 – 1972), Feltrinelli, 2019; M. FOUCAULT, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972 – 1973)*, Feltrinelli, 2016; M. FOUCAULT, *La verità*, cit., 103 ss.; nonché gli scritti raccolti in M. FOUCAULT, *La società disciplinare*, Mimesis, 2010.

102 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 33 ss., 51 ss., 59 ss. che riprendendo *Pena e struttura sociale* vede nella pratica dei supplizi «l'effetto di un regime di produzione in cui le forze del lavoro, e dunque il corpo umano, non hanno l'utilità e quindi il valore commerciale che saranno loro conferiti in un'economia di tipo industriale».

103 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 89.

104 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 92 ss., 95 ss.

105 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 218 ss., prendendo a modello J. BENTHAM, *Panopticon; or The Inspection House*, cit., 40 ss., 60 ss. Una critica a Foucault per aver travisato il pensiero di Bentham in A. D. CALZETTA, *I limiti del panoptismo o Panopticon unbound*, in A. DI LISCIANDRO et al. (Edd.), *Michel Foucault : diritto, sapere, verità*, Ledizioni, 2015, 59 – 76. Sul Panopticon, P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Giuffrè, 1974, 370 ss.; D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere*, cit., 67 ss.

106 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 139 ss.

107 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 251.

libertà è un bene che appartiene a tutti nello stesso modo¹⁰⁸; poi, si basa sul meccanismo dello scambio tra infrazione commessa e tempo prelevato al detenuto, e quindi riflette la logica di una società che usa il tempo per misurare gli scambi¹⁰⁹; infine, riproduce i meccanismi della società panoptica «salvo accentuarli un po'», tant'è che si potrebbe dire che il carcere è «una caserma un po' stretta, una scuola senza indulgenza, una fabbrica buia, ma, al limite, niente di qualitativamente differente»¹¹⁰.

Il radicamento del carcere nelle pratiche disciplinari spiegherebbe altresì la difficoltà a escogitare alternative alla pena detentiva, nonostante il suo plateale fallimento sia chiaro a tutti: invece di rieducare, il carcere fabbricherebbe delinquenti; invece di ridurre i tassi di recidiva, li aumenterebbe; invece di favorire il reinserimento nella società, impoverirebbe le famiglie dei detenuti. Ma ciò che a prima vista sembra uno scacco sarebbe in realtà un successo, perché la funzione reale del carcere non sarebbe quella di reprimere gli illegalismi, ma di differenziarli, producendo una specifica tipologia di delinquenza utile al potere¹¹¹.

Una sintesi critica di *Pena e struttura sociale* e di *Sorvegliare e punire* è stata operata da Dario Melossi e Massimo Pavarini in un altro classico della materia, *Carcere e fabbrica*.

108 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 252. Sul punto, T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., 41 ss.

109 M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 253. Questo aspetto è stato affrontato anche da M. PAVARINI, *In tema di economia politica della pena: i rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema capitalistico*, in «QC» (1976), 263 – 292: 266 ss.; D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere*, cit., 22 ss., 85 ss. (e nella nota 185 un cenno a Foucault), 241 ss., sulla scia di E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in U. CERRONI (Ed.), *Teorie*, cit., 230 ss. Importanti considerazioni in M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi “moderne” della misura e dell’unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant’anni dopo*, in «disCrimen» (2020), 15 ss. Il passaggio concettuale successivo sta nella differenza tra la teoria retributiva, che rispetta rigorosamente «la signoria del condannato sul tempo della sua detenzione», e la teoria specialpreventiva, che invece si «appropria» di tale tempo attribuendosi il diritto di riempirlo di contenuti» (L. MONACO, *Prospettive*, cit., 22).

110 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 253. Cfr. anche M. FOUCAULT, *La verità*, cit., 146.

111 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 291 ss. Una critica alla tesi dello scacco in M. SBRICCOLI, *La storia, il diritto, la prigionia. Appunti per una discussione sull’opera di Michel Foucault*, in M. SBRICCOLI, *Storia*, cit., tomo II, Giuffrè, 2009, 1077 – 1094: 1088; M. PAVARINI, «Concentrazione» e «diffusione del penitenziario». *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena*, cit., 343 ss.

Secondo i due autori, la griglia analitica del mercato del lavoro non avrebbe consentito a Rusche e Kirchheimer di cogliere «quel nodo tematico estremamente complesso che è la creazione, attraverso le istituzioni *ancillari* alla fabbrica, di un'antropologia borghese»¹¹².

Melossi e Pavarini collocano il sorgere di tale antropologia tra il XVI e il XVII secolo, nella fase storica della marxiana accumulazione originaria¹¹³, quando una moltitudine di persone precedentemente assoggettata ai vincoli feudali fu costretta a cercare lavoro per sopravvivere.

La nascita parallela delle manifatture e delle prime case di correzione, che per Rusche e Kirchheimer sarebbe dipesa dall'eccesso di domanda di lavoro, troverebbe invece la sua ragione più profonda nell'esigenza del capitalismo nascente di massimizzare l'impiego della forza-lavoro, l'unica merce in grado di produrre plusvalore, e quindi di addestrare il nascente proletariato alla nuova mentalità produttiva¹¹⁴.

Alle case di correzione si sarebbero poi affiancate le altre istituzioni ancillari alla fabbrica (la famiglia borghese, la scuola, i manicomi, il carcere), tutte da leggersi attraverso la categoria interpretativa della disciplina, che però a differenza di Foucault è radicata in un preciso momento storico¹¹⁵.

L'aver ricondotto il carcere alla sua «originaria *matrice contrattuale*» consentirebbe di spiegare l'apparente antinomia tra il garantismo dei riformatori illuministi e le istanze disciplinari, perché il parallelismo tra pena detentiva e lavoro ci farebbe comprendere che in entrambi i casi assistiamo «alla presenza contemporanea di un *diritto* e di un *non*

112 D. MELOSSI, *Mercato del lavoro*, cit., 18.

113 K. MARX, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, Newton Compton, 1996, 524 ss.

114 D. MELOSSI, *istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in «QC» (1976), 293 – 317: 293 ss.; D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere*, cit., 71 ss.; D. MELOSSI, *Pena, subordinazione, riforma*, in «SQC» (2020), 99 – 113: 100 ss.

115 Sul punto, sottolineando l'astrattezza storica della disciplina foucaultiana, D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere*, cit., 73 ss., 204 ss., 249 ss. (e qui l'appendice di D. MELOSSI, *Alcune osservazioni sulla letteratura più recente*); D. MELOSSI, *Mercato del lavoro*, cit., 13 ss. e nota 22, 30 ss. Cfr. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, 1982, 195; da ultimo, D. MELOSSI, *Pena*, cit., 102, che peraltro valorizza molto i rapporti tra *Carcere e fabbrica* e Foucault, tanto da equiparare la sua tesi delle istituzioni ancillari al panoptismo.

o *contro-diritto*»¹¹⁶. Infatti, la pena retributiva (intesa come pena certa e proporzionata) e il contratto garantiscono formalmente l'uguaglianza e i diritti, si strutturano nella realtà secondo moduli disciplinari e gerarchici, sono entrambi basati sulla logica dello scambio, riducono ogni valore alla logica del lavoro salariato misurabile in termini di tempo, collocano il lavoratore e il condannato in uno spazio nel quale la libertà è limitata per una determinata frazione temporale.

Carcere e fabbrica riguarda l'origine del penitenziario e si arresta alle soglie della rivoluzione industriale, quando «il disprezzo per una forza-lavoro perennemente sovrabbondante» comporterà l'abbandono degli ideali correttivi e farà dell'istituzione uno «strumento terroristico di controllo sociale», in applicazione del principio della *less eligibility*¹¹⁷. Il mutamento dei rapporti tra capitale e lavoro, il dominio della società disciplinare, la crisi della pena detentiva si collocano «*dopo il testo*»¹¹⁸, ma già si intravede all'orizzonte lo spettro del carcere di massima sicurezza, che segna «l'atto ufficiale di morte» dell'ideologia rieducativa¹¹⁹.

Al di là delle differenze e delle eventuali revisioni storiografiche¹²⁰, le opere sommariamente illustrate hanno fornito lo strumentario concettuale a una corrente di pensiero che si propone di guardare alla funzione reale svolta dagli apparati punitivi nell'ambito dei sistemi sociali¹²¹, e non agli scopi ideologicamente attribuiti alla pena¹²².

116 D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere*, cit., 243. Cfr. M. PAVARINI, *In tema*, cit., 266 ss.

117 D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere*, cit., 81 ss., 138 ss.; M. PAVARINI, *In tema*, cit., 274.

118 D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere*, cit., 25 ss. Cfr. D. MELOSSI, *istituzioni di controllo sociale*, cit., 302 ss.

119 M. PAVARINI, «*Concentrazione*», cit., 359. Da ultimo, M. PAVARINI, *Governare*, cit., 9 ss., 137 ss. ha affiancato il carcere alla guerra e non più alla fabbrica. Questo binomio è contestato da D. MELOSSI, *Pena*, cit., 105.

120 Si è ad esempio retrodata all'epoca dei comuni l'inserimento della detenzione tra gli strumenti abituali del potere punitivo (G. GELTNER, *La prigionia medievale. Una storia sociale*, Viella, 2012). Tuttavia, secondo E. DE CRISTOFARO, *Recensione*, in «QF» (2014), 839 – 845, mancherebbe nel carcere medievale quella funzione disciplinare di organizzazione del tempo che, come abbiamo visto, sarebbe il connotato dell'istituzione moderna.

121 Rilegge Foucault e Rusche/Kirchheimer nel senso che «il carcere non ha più, e non potrà mai più avere, alcuna funzione reale e oggettiva di “apparato” di rieducazione», M. PAVARINI, «*Concentrazione*», cit., 345.

122 Di risultati «irreversibili» sul piano epistemologico ha parlato A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit., 193. La differenza tra funzione obiettiva e scopo soggettivamente perseguito è discussa in G. FIANDACA, *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in

Premesso che la pena sarebbe una violenza istituzionale perché comprime intenzionalmente i diritti fondamentali della persona, l'analisi sociologica avrebbe messo in crisi tutti i postulati dell'idea dello scopo, dimostrando che la società è conflittuale e quindi i beni giuridici tutelati riflettono prevalentemente gli interessi delle classi dominanti, che a dispetto del principio di uguaglianza la popolazione criminale è in gran parte costituita dai gruppi più deboli, che il sistema punitivo non può strutturalmente farsi carico di tutti i reati commessi e quindi è inidoneo a prevenirli, e così via¹²³.

E ancora, per quanto attiene alla prevenzione generale negativa, i pretesi effetti deterrenti della pena riguarderebbero nel migliore dei casi gli individui più socializzati e le infrazioni meno gravi; in merito alla prevenzione speciale positiva, peraltro già ideologicamente in crisi a seguito del declino dello stato sociale, il sistema punitivo non riuscirebbe a ridurre i tassi di criminalità, ma al contrario li farebbe aumentare; infine la prevenzione generale positiva, con la sua strategia di rafforzamento dei sentimenti di coesione sociale, si risolverebbe in una sorta di pubblicità ingannevole perché sarebbe evidente che il «diritto penale previene poco o nulla»; insomma, l'idea della scopo appartenerrebbe alla sfera del dover essere, non a quella dell'essere, e una teoria che ignora la realtà perde il suo valore giuridico, al pari di una legge che ci obbligasse a camminare fino alla luna; per questi motivi, l'unico scopo che il diritto penale potrebbe realisticamente perseguire sarebbe quello di limitare il più possibile il potere punitivo, assoggettandolo al proprio apparato di garanzie e delegittimandolo costantemente¹²⁴.

L. MONACO et al. (Edd.), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale scientifica, 2013, 107-129. Cfr. anche la tassonomia di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 314 ss.

123 Il libro di A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit., 45 ss. è quasi interamente rivolto a confutare la c.d. ideologia della difesa sociale, sinonimo dell'idea dello scopo. Cfr. poi A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo, Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in «DP» (1985), 443 – 473.

124 Così l'efficace sintesi di E. R. ZAFFARONI, *Diritto penale*, in «ius17@unibo.it» (2011), 9 – 16: 12 – 13 (ma si v. ovviamente E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico – penale*, Esi, 1994). Per i necessari approfondimenti cfr. almeno L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 325 ss., sulla minimizzazione della violenza informale e sulla delegittimazione dei sistemi punitivi; M. PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in «DP» (1985), 525 – 553, sulle differenze tra queste prospettive teoriche e le correnti che propugnano l'abolizione del diritto penale; M. PAVARINI, *Corso di Istituzioni di diritto penale*, Bononia University, 2015, 23 ss., 33 ss., e qui anche l'osservazione che la prevenzione speciale negativa sarebbe

4. Prospettive costituzionali dell'idea dello scopo

La dottrina penalistica si è seriamente confrontata con i problemi sollevati dai critici dell'idea dello scopo¹²⁵, e ciò le ha consentito di rivendicare il primato del dover essere sull'essere: dal «dato per cui la pena, nel suo essere attuale, è spesso inumana, non può ricavarsi che non possa mai non esserlo, né tantomeno che debba esserlo»¹²⁶.

Certo, a questo punto bisognerebbe intendersi su quale sia il dover essere da prendere a modello, essendo la Costituzione suscettibile di diverse letture¹²⁷.

A ridosso della riforma penitenziaria del 1975, si disse che le misure alternative alla detenzione sarebbero incostituzionali perché in contrasto con l'equazione pena = punizione = privazione della libertà personale¹²⁸; una pena non detentiva sarebbe una contraddizione in termini, perché ciò che distinguerebbe la pena dalla «mera terapia» o dalla «sorveglianza risocializzante» sarebbe «l'austerità e il significato di valore dello stesso trattamento cui si è sottoposti», in altri termini «un certo tipo di privazione della libertà personale»¹²⁹; l'art. 27, comma 3, Cost. sancirebbe che la rieducazione è il fine primario di una pena necessariamente connotata in termini di afflittività, non anche che la punizione può essere sostituita dalla rieducazione¹³⁰.

una strategia empiricamente praticabile, ma assiologicamente inaccettabile.

125 Sui problemi empirici della prevenzione generale, cfr. L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, 1990, 19 ss.; M. RONCO, *Il problema*, cit., 126 ss.; V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in L. MONACO et al. (Edd.), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 15 – 78. Sulla selettività del sistema penale, C. E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, 203 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 231 ss. Su entrambi i profili, G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, 2000, 188 ss., 391 ss.

126 A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta*, in «AP-Rivista Web» (3/2018), 1 – 26: 13. Nello stesso senso, S. MOCCIA, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in C. E. PALIERO et al. (Edd.), *La pena, ancora*, cit., 147 – 159: 151 e 159.

127 Lo ha ricordato di recente E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in «RIDPP» (2019), 3 – 33: 29.

128 A. PECORARO - ALBANI, *I docenti di diritto penale e la riforma del libro primo del codice penale: alcuni rilievi in tema di lesività del reato, di pena carceraria e di misure di sicurezza*, in A. PECORARO - ALBANI, *Scritti giuridici*, vol. II, Jovene, 1975, 81 – 197: 108 ss.

129 A. PECORARO - ALBANI, *I docenti*, cit., 150 e 160.

130 A. PECORARO - ALBANI, *I docenti*, cit., 127 e 161.

La tesi è stata recentemente riformulata da chi ha letto nella nostra Costituzione un programma di «diritto penale minimo» incentrato sulla pena detentiva, «*l'unica sanzione penale principale costituzionalmente legittima*» che il sentimento comune di giustizia riterrebbe adeguata a punire le offese alle condizioni minime di esistenza della società¹³¹. Secondo questo programma, il principio rieducativo dovrebbe armonizzarsi con quello di stretta legalità e con quello di sicurezza, e quindi potrebbe legittimamente operare «*solo "all'interno" dell'esecuzione della pena detentiva in carcere*»¹³². Ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale delle misure alternative e più in generale del trattamento progressivo: l'esecuzione della pena detentiva dovrebbe essere vista «*come un "bene"*» non solo dal punto di vista morale, ma anche in una «*logica "utilitaristica" per la "sicurezza" della società*»¹³³.

Per quanto riguarda il disastroso stato delle nostre carceri, che è ovviamente denunciato anche dall'orientamento in esame, la soluzione andrebbe ricercata in una drastica riduzione dei reati e della custodia cautelare, nell'abbassamento dei massimi edittali, nel miglioramento delle strutture penitenziarie e nella politica sociale¹³⁴. In questa visione l'istituzione carceraria rappresenta pertanto un dover essere, e quindi le sue disfunzioni concrete non ne giustificano l'abolizione¹³⁵.

Agli stessi esiti di legittimazione dell'istituzione carceraria possono giungere anche quelle concezioni polifunzionali della pena che concedono alla prevenzione generale di esercitare il proprio ruolo anche nella fase dell'esecuzione della pena, e non solo in quella edittale: un sistema carcerario troppo confortevole «ben difficilmente potrebbe colpire la immaginazione dell'uomo della strada, o risvegliare in egual misura la

131 M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in «RIDPP» (2018), 1693 – 1719: 1703. Cfr. D. SANTAMARIA, *Pena di morte ed ergastolo*, in D. SANTAMARIA, *Scritti di diritto penale*, Ipsa, 1996, 416 ss.

132 M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., 1706 ss.

133 M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., 1713.

134 A. PECORARO - ALBANI, *I docenti*, cit., 143; M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., 1718.

135 Commenta A. PECORARO - ALBANI, *I docenti*, cit., 141, che se «la istituzione della scuola o quella del servizio sanitario non funzionano [...] non perciò sono da sopprimere o da limitare nel raggio di azione». Cfr. anche A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Cacucci, 2005, 123; M. RONCO, *Le ragioni della giusta pena*, in M. RONCO, *Scritti patavini*, Giappichelli, 2017, 1513 – 1524: 1518.

sensazione che il crimine vada perseguito come un'attività vergognosa e pericolosa»¹³⁶; oppure quei modelli teorici che distinguono tra risocializzazione e rieducazione, argomentando che la natura strutturalmente afflittiva della pena detentiva sarebbe incompatibile con la prospettiva del reinserimento sociale del condannato, non anche con quella di promuovere la consapevolezza dell'importanza del valore offeso¹³⁷.

Dovrebbe a questo punto essere chiaro che la tendenziale incompatibilità tra l'idea del carcere e l'idea dello scopo si profila nel momento in cui l'accento è posto proprio sulla risocializzazione¹³⁸.

Chi vorrà coltivare questa prospettiva dovrà impegnarsi su due fronti. Innanzitutto, per rispondere definitivamente alla critica del retribuzionista Karl Binding – se lo scopo della pena è risocializzare, perché non reagire al reato con un provvedimento pedagogico?¹³⁹ – sarà necessario elaborare e diffondere nel corpo sociale una nozione di pena che mantenga la sua valenza di reazione negativa alla devianza¹⁴⁰, ma allo stesso tempo abbia reciso le sue radici con la logica millenaria della violenza di cui hanno parlato von Liszt e von Jhering¹⁴¹. Poi, per dirla con Foucault,

136 J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. ROMANO et al. (Edd.), *Teoria e prassi*, cit., 33 – 48: 39. Sulle antinomie tra gli scopi della pena nella fase dell'esecuzione carceraria, E. H. SUTHERLAND, D. R. CRESSEY, *Criminologia*, cit., 764 ss.

137 Nel riprendere la raffinata rilettura della prevenzione generale e della prevenzione speciale in chiave positiva e costituzionalmente orientata elaborata da G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2020, 24 ss., 177 ss., T. TRAVAGLIA CIRCIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerche di alternative*, Giuffrè, 2018, 62 ss., non esclude la compatibilità tra rieducazione e carcere, purché siano contenuti i fattori di desocializzazione e sia promossa l'autodeterminazione del condannato.

138 Per tutti, L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, cit., 83 ss., 95 ss.

139 K. BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, in «GrünhutsZ» (1877), 417 – 437: 421. Contro questo argomento, F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 176 (cfr. F. VON LISZT, *La teoria*, cit., 65); L. EUSEBI, *La pena in "crisi"*, cit., 84.

140 Del resto, «nessuna società si pone, attraverso l'esecuzione penale, il fine di spingere alla commissione di reati» (G. RUSCHE, *Il mercato*, cit., 522).

141 Sulle convinzioni sociali che sostengono l'idea dell'irrinunciabilità del carcere, F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C. E. PALIERO et al. (Edd.), *La pena, ancora*, cit., vol. II, 524 ss. Dubbi sulla possibilità di prescindere dalla «genetica vendicativa» della penalità, al termine di un approfondito *excursus* storico-antropologico, C. E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in C. E. PALIERO et al., (Edd.), *La pena, ancora*, cit., 69 – 146. Il superamento della pena come raddoppio del male è al centro della riflessione di M. DONINI, *Per una concezione post – riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in «RIDPP» (2013), 1162 – 1218: 1183 ss., 1210 ss., da ultimo sviluppata in questi

bisognerà emanciparsi da quel dispositivo disciplinare che impedisce di pensare meccanismi punitivi radicalmente alternativi al carcere¹⁴², ma allo stesso tempo occorrerà proporre alla collettività risposte rassicuranti ed efficaci, all'altezza del compito che il progetto giuridico della modernità ha affidato allo Stato, quello del mantenimento della pace sociale¹⁴³.

Si tratta di un compito arduo, che però potrà giovare dell'insegnamento del prof. Lucio Monaco, al quale questo scritto è dedicato: egli ci ha illustrato magistralmente le prospettive dell'idea dello scopo senza nascondere gli aspetti più problematici, anzi donandoci gli strumenti metodologici che ci consentono di riconoscerli, e forse di risolverli.

Studi (M. DONINI, *Pena subita e pena agita. Il modello del delitto riparato*). Da sempre impegnato a concettualizzare una penalità orientata a far leva sul consenso dei cittadini piuttosto che sulla deterrenza, L. EUSEBI, «*Gestire* il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione», in C. E. PALIERO et al. (Edd.), *La pena, ancora*, cit., 223 – 250.

142 Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 252. Denuncia la «centralità ideologica, prima ancora che effettuale, della pena detentiva», G. MANNOZZI, *Pena e riparazione. Un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI et al. (Edd.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, 2006, 1131.

143 Per una sintesi delle varie correnti politico-criminale di critica al carcere, che vanno dal miglioramento delle condizioni della detenzione alla giustizia riparativa, F. PALAZZO, *Presente*, cit., 530 ss. Meditate proposte *de iure condendo* orientate (per il momento) alla drastica riduzione della carcerazione in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 409 ss.; S. MOCCIA, *Riflessioni*, cit., 158 ss.; L. EUSEBI, «*Gestire* il fatto di reato», cit., 235 ss.; M. DONINI, *Pena subita*, cit., § 7 ss. Sulle scarsamente valorizzate esperienze degli istituti a custodia attenuata e della vigilanza dinamica, F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, Giappichelli, 2018, 123 ss., 189 ss. Nel senso dell'abolizione del carcere, cfr. invece i contributi raccolti da L. FERRARI - M. PAVARINI (Edd.), *Basta dolore e odio. No prison*, Apogeo, 2018.

ABUSO DEL DIRITTO E DIRITTO PENALE. LA STRANA COPPIA

Fausto Giunta

1. La strumentalizzazione dei diritti: dalle ipotesi disciplinate alle soluzioni interpretative

Le posizioni giuridiche attive consentono al loro titolare di agire nell'ambito di rapporti rilevanti per il diritto. Può accadere, tuttavia, che esse, pur essendo esercitate nel rispetto delle forme prescritte, perseguano finalità diverse da quelle per le quali sono riconosciute. In tal caso, il loro esercizio può risultare illecito per espressa previsione di legge, anche se l'accertamento delle finalità ultime dell'agire umano non sia sempre agevole.

Per fare un esempio, si pensi, nell'ambito della circolazione stradale, al diritto del pedone di attraversare la carreggiata sulle apposite strisce. L'esercizio di questo diritto non è sindacabile in ragione delle motivazioni che spingono il cittadino a muoversi liberamente per la città. Il pedone, però, non può attraversare in continuazione, nell'uno e nell'altro senso, la strada, allo scopo di rallentare il traffico, perché lo scopo perseguito – la riduzione della velocità dei mezzi in transito – non rientra nella *ratio* del diritto esercitato. Per questo la sua condotta potrebbe essere addirittura sanzionata come intralcio alla circolazione (art. 190 cod. str.).

Si consideri il divieto degli atti emulativi, di cui all'art. 833 c.c.: “Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”. Egli può tagliare le radici degli alberi del confinante che si addentrano nel suo terreno, ai sensi dell'art. 896 c.c., ma non può esercitare questo diritto al solo scopo di deturpare, per invidia o dispetto, il rigoglioso giardino del vicino. Da qui, in tal caso, l'epilogo risarcitorio.

Nel diritto tributario – per passare a un settore dove il fenomeno in parola è ricorrente – si definiscono “elusive” quelle operazioni che, pur essendo immuni da vizi, sono prive di sostanza economica e perseguono

vantaggi fiscali non consentiti. Queste operazioni – dispone l'art. 10-bis, l. 27 luglio 2000, n. 212 – non sono opponibili a fini fiscali, per cui il debito tributario sarà rideterminato dall'amministrazione finanziaria prescindendo da esse.

Nonostante le differenze terminologiche e sanzionatorie, l'atto emulativo (dannoso per chi lo subisce e per questa ragione vietato) e l'elusione fiscale (vantaggiosa per il contribuente e pertanto inopponibile) presentano evidenti affinità sotto il profilo del disvalore di scopo.

Senonché, non sempre l'uso strumentale del diritto è espressamente disciplinato. Secondo un orientamento di pensiero, ciò non impedisce che esso sia censurabile da parte del giudice in via interpretativa. Si parla a tale proposito, con espressione tanto arata, quanto controversa, di "abuso del diritto", per indicare una categoria generale di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, intesa a temperare l'assolutezza formalistica del brocardo "*qui iure suo utitur neminem laedit*".

La patologia dello scopo, cui si fa riferimento, è cosa diversa dalla invalidità dell'atto per mancanza dei requisiti: l'una costituisce un parametro di giudizio valoriale rimesso al giudicante, l'altra è governata dal principio di tassatività.

Detto con parole diverse, l'abuso del diritto costituisce un'eccezione al principio del libero esercizio delle situazioni giuridiche attive, quale che sia il loro contenuto oppure la loro natura privatistica o pubblicistica. In un'epoca, come la nostra, caratterizzata dalla crescita dei diritti¹, il sindacato giudiziale sul loro uso (e abuso) aspira a mitigare il nuovo corso, precludendo che il riconoscimento dei diritti degeneri in impieghi eccessivamente individualistici, incontrollati e persino conflittuali.

2. La trasversalità dell'abuso del diritto

La figura dell'abuso del diritto registra applicazioni variegata nei diversi settori del diritto sia sostanziale che processuale, ed è suscettibile di impieghi ancora più estesi.

¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi Editore, *passim*. Di recente il dibattito è molto acceso. V. su posizioni dialettiche: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2013, *passim*; L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi Editore, 2014, *passim*.

Quanto all'abuso del processo, la giurisprudenza civile lo ha ravvisato nel promovimento dell'azione per il perseguimento di scopi diversi da quelli per i quali è riconosciuta la *potestas agendi*. Vengono in rilievo una molteplicità di casi, nel cui ambito è stata particolarmente approfondita la c.d. parcellizzazione (o duplicazione) della domanda per il soddisfacimento del diritto che origina da un unico rapporto obbligatorio².

Un principio analogo è stato affermato con riguardo al processo penale. Solo per richiamare un esempio, la Suprema Corte ha censurato l'imputato che, esauritasi la discussione, aveva revocato, per più volte consecutive, il difensore nominato, designandone uno diverso, il quale faceva richiesta di un termine per lo studio degli atti, con la conseguenza di rinvii a catena volti a ostacolare la conclusione del processo³. In quell'occasione la Suprema Corte ha negato il termine a difesa in quanto la sua richiesta perseguiva la difesa *dal* processo e non *nel* processo. Si discute tuttavia su quale debba essere la natura della corretta sanzione da applicare in questi casi, se debba investire la validità del singolo atto o assumere una rilevanza unicamente deontologica (nel caso di specie a carico del difensore⁴). Il problema non è affatto marginale se si considera che l'abuso del processo presenta una casistica molto ricca⁵.

Una costellazione di casi a sé stante concerne l'esercizio dei poteri autoritativi (si pensi, a quest'ultimo proposito, allo *ius corrigendi* nell'educazione dei figli minori oppure alle decisioni che attengono all'organizzazione del lavoro). In effetti, l'abuso del diritto comprende, come sua specie, l'abuso di potere, il quale può integrare perfino specifiche figure di reato. Vengono qui in rilievo, per esempio, le fattispecie incriminatrici di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), atti sessuali con minore con abuso dei poteri (art. 609-*quater*, comma 2, c.p.) e abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.). Ad essi, si può aggiungere il recente delitto di tortura (art. 613-*bis* c.p.), dove l'abuso di potere è requisito implicito.

2 Da ultimo, Sez. Un. civ., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *De Jure*.

3 Sez. Un. pen., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, in *De Jure*.

4 F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in «*Cass. pen.*», 2012, p. 2610.

5 In argomento, di recente v. ampiamente D. NOTARO, *In foro illicito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Giappichelli, 2015, p. 15 s.

Anche a questo proposito, ci si chiede se l'esercizio di poteri autoritativi, effettuato al di fuori dei casi previsti dalla legge, e non rilevante ai sensi di un'apposita fattispecie, possa configurarsi ugualmente come abuso di potere in via interpretativa. Torna qui in rilievo lo scenario del processo penale, visto dall'angolazione di quei comportamenti della parte pubblica e della giurisdizione, che, in ragione di un malinteso autoritarismo magistratuale, aggirano precisi limiti di legge. Gli *escamotage* praticati possono essere i più diversi: l'esercizio indebito dell'azione penale, la gestione scorretta delle annotazioni delle notizie di reato, la prosecuzione delle indagini durante lo svolgimento dell'udienza preliminare, l'interpretazione fuorviante di norme processuali e sostanziali, e via discorrendo⁶.

In breve: la figura dell'abuso del diritto è oltremodo varia sotto il profilo casistico e sfaccettata anche sotto quello delle conseguenze, che vanno dal risarcimento del danno alla inopponibilità del negozio, dalla sanzione penale a quella disciplinare.

3. Fisiologia e patologia degli scopi. Libertà senza fini: la prospettiva penalistica

L'abuso è un concetto di relazione; rappresenta il negativo dell'uso finalisticamente corretto del diritto o del potere. Per accertare tanto la fisiologia, quanto la patologia dello scopo, occorre confrontare la finalità storicamente perseguita e la *ratio legis* della posizione giuridica attivata. Ne consegue che i diritti personalistici, affermati nella loro massima portata in termini di principio, essendo a-causali, sono insuscettibili di abuso, perché non consentono sindacati di merito intesi a distinguere tra scopi condivisibili e scopi impropri⁷. Come essi preesistono (sovente) alla loro dichiarazione, così la loro consistenza assiologica prevale sulla formulazione testuale.

Si pensi al diritto di (continuare a) esistere. La sua affermazione non contiene finalizzazioni di sorta. Si tratta di un diritto insuscettibile di degenerare nell'abuso, quale che sia il modo di vivere del suo titolare. Lo stesso vale per il diritto all'integrità fisica e psichica. Per non dire della

⁶ Cfr. ancora D. NOTARO, In foro illicito versari, cit., p. 94 s.

⁷ Con riguardo all'abuso dei diritti di libertà, cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Giappichelli, 1998, p. 19 s. e p. 60 s.

libertà personale, valore cardine dell'ordinamento, il cui esercizio può essere sottoposto a limiti ma, nell'ambito in cui esso è libero, lo è nella forma e nella sostanza: le finalità perseguite attraverso il suo esercizio non possono essere sindacate.

Non si fatica a comprendere, dunque, perché l'abuso del diritto raggiunga la massima problematicità in ambito pubblicistico e segnatamente penalistico. Qui, a differenza di quanto accade nel diritto privato, manca un rapporto paritetico tra l'apparato repressivo e la persona ad esso sottoposto. La dialettica tra autorità punitiva e libertà individuali si colloca su un piano inclinato a favore dello Stato, in quanto dotato di poteri spiccatamente incisivi e invasivi. Questa sperequazione, mentre può giustificare un riequilibrio a favore dell'autore della condotta illecita, non può supportare la soluzione opposta.

Se “la libertà è scopo a se stessa”⁸, ossia non tollera impieghi che possano considerarsi abusivi, nemmeno il diritto penale, che sulla libertà incide direttamente o indirettamente, consente all'abuso del diritto di dilatarne il campo di intervento. Il principio di legalità, presidio garantistico del *favor libertatis*, ammette solo divieti espressi, riconoscibili *ex ante*, mentre è refrattario all'abuso del diritto, quale regola di giudizio che consente una rivalutazione *a posteriori* e *in malam partem* dell'azione consentita. Detto altrimenti: in un sistema improntato al catalogo chiuso e tassativo dei reati, questi ultimi vengono ritagliati con logica binaria. Il fatto o è tipico o non è tale; o è vietato o è consentito. Pertanto, il fatto a-tipico non può recuperare pregnanza in modo indiretto. È nella funzione fondativa e delimitativa della legalità che lo *ius puniendi* trova il carattere identitario e giustificativo del suo essere e del suo operare.

In breve: la libertà può essere legislativamente delimitata dall'esterno del fatto tipico, ma non dal suo interno ad opera del giudice, a meno che la spinta espansiva del tipo non sia consentita dalle dinamiche interne alla tipicità. Talvolta, l'abuso del diritto è addirittura codificato, come nel caso dell'*actio libera in causa*, di cui all'art. 87 c.p.: colui che si mette nelle condizioni di incapacità di intendere e di volere, resta imputabile per il reato commesso. La ragione è evidente: la procurata non imputabilità rientrava negli accadimenti evitabili; l'averla voluta e preconstituita non

⁸ A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in «*Resp. civ. prev.*», 2010, II, p. 354 ss.

esclude la colpevolezza, di cui l'imputabilità è il necessario presupposto. Talaltra, l'abuso del diritto, pur rilevando come argomento⁹, è rispettoso della tipicità, operando all'interno di elementi normativi della fattispecie, che trovano nel diritto extra penale interposto i necessari parametri di interpretazione. Altre volte ancora, e più di frequente, l'abuso del diritto finisce per creare un'area di illiceità penale non prevista dal legislatore. Sottile è il confine tra a-tipicità apparenti e apparenze di tipicità. Discernere le une dalle altre non è facile, perché l'abuso del diritto è concetto notoriamente lattiginoso e poco adatto al nitore dei confini che dovrebbe contrassegnare lo *ius puniendi*. Per quanto paradossale possa apparire, proprio l'elusione e l'abuso del diritto posso essere impiegati dal potere punitivo per aggirare la funzione garantistica della legalità e assoggettare a pena un fatto non corrispondente al tipo. L'abuso del diritto e la violazione della legalità si manifestano, allora, come due facce della stessa medaglia.

Le riflessioni che seguono si occuperanno di ripercorrere la principale casistica dell'abuso del diritto nel campo penale. Più che mai in questo settore dell'ordinamento giuridico, infatti, l'abuso del diritto registra uno scollamento tra nominalismo e funzione. Da qui il singolare chiasmo di applicazioni non menzionate e di menzioni prive di applicazioni coerenti.

4. La minaccia-fine

Paradigmatico delle questioni che solleva l'abuso del diritto nel campo penale è il dibattito in materia di minaccia, sia come delitto in sé (c.d. minaccia-fine), sia e soprattutto come elemento costitutivo di fattispecie complesse (c.d. minaccia-mezzo).

Con riguardo alla prima figura, il "danno ingiusto", quale oggetto della minaccia, è un requisito stringente, che l'orientamento di pensiero prevalente tende a dilatare assimilando al danno *contra ius* quello contrario al buon costume nonché – questo è il punto – l'esercizio di un rime-dio giuridico per scopi diversi da quelli per cui è concesso dalla legge¹⁰.

⁹ A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *L'abuso del diritto*, a cura di V. Velluzzi, Edizioni ETS, 2012, p. 175 s.

¹⁰ Così, nella manualistica: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Giuffrè, 2002, p. 152; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, Delitti contro*

A supporto di questa conclusione non si manca di richiamare l'art. 1438 c.c.¹¹, che evoca espressamente lo schema dell'abuso del diritto: "La minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti".

Senonché, la disposizione citata ha un ambito operativo delimitato da due requisiti. Da un lato, l'oggetto della minaccia deve essere un diritto. Dall'altro lato, il vantaggio ingiusto assume rilevanza solo nel contesto di un'attività di natura negoziale. Ora, il primo requisito può anche dilatarsi in via interpretativa, intendendo per "diritto" qualunque posizione giuridica attiva. Diversamente, il riferimento all'annullamento del contratto non consente di disancorare la norma civilistica dal contesto negoziale, di cui segna la patologia, con la conseguenza che essa non può impiegarsi, in sede penale, al fine di sanzionare gli abusi minatori non rientranti nell'ambito anzidetto.

Si pensi a colui che paventi di rendere di pubblico dominio la relazione adulterina del soggetto passivo, turbandone con ciò la tranquillità interiore. Qui l'art. 1438 c.c. non trova applicazione. La diversa e diffusa conclusione, secondo cui ricorrerebbe il delitto di minaccia, si palesa tralascia in quanto coerente con l'originario assetto codicistico che elevava a delitto l'adulterio e il concubinato.

Non solo: la minaccia di cui all'art. 612 c.p. non ha una finalizzazione costringitiva, per cui del tutto ultronea sarebbe la ricerca dei vantaggi ingiusti, cui si riferisce, invece, la norma civilistica. Nella cornice dell'art. 1438 c.c. la strumentalizzazione del diritto minacciato presuppone un rapporto sinallagmatico. Nel caso di specie mancano entrambi. Così impostata la questione, l'incidenza dell'art. 1438 c.c. sull'ambito operativo della minaccia penalmente rilevante viene meno, con l'apprezzabile conseguenza di sottrarre a pena semplici increspature della tranquillità individuale, quale specifico bene tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 612 c.p. Corretta è, dunque, la conclusione che nel delitto di minaccia il danno ingiusto deve essere illecito in sé¹².

la persona, Zanichelli, 2011, p. 215.

11 Per esempio, G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne Editrice, 2013, p. 193 s.

12 F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale, Delitti contro la persona*, CEDAM, 2019, p. 383.

5. La minaccia nella violenza sessuale

Anche chi interpreta restrittivamente il requisito del “danno ingiusto” giunge, tuttavia, a opposte conclusioni quando la minaccia persegue un effetto costringitivo. Alla base di questa impostazione sta una preliminare presa di posizione, non sempre esplicitata, per quanto sia condizionante. E precisamente: la c.d. minaccia-mezzo, quale elemento costitutivo di un reato complesso, non presenterebbe la stessa struttura della c.d. minaccia-fine, nel senso che il danno prospettato non dovrebbe essere necessariamente ingiusto¹³.

Su questa premessa è lecito avanzare riserve, perché appare in contrasto con la logica dell’art. 84 c.p., secondo cui la fattispecie complessa ingloba il reato-componente al completo dei suoi requisiti costitutivi. Sta di fatto che per l’orientamento prevalente la semplice minaccia è sufficiente a costituire uno strumento di coercizione se idonea ed efficace. Da qui casi ritenuti di scuola, non privi di riscontri giurisprudenziali¹⁴, come quello del proprietario di un immobile che paventi alla giovane inquilina il mancato rinnovo del contratto di locazione, prossimo alla scadenza, per ottenerne i favori. Poiché il diritto di richiedere la restituzione dell’appartamento persegue uno scopo illecito, il suo esercizio – questa la conclusione – può costituire una forma di coartazione, tentata o consumata a seconda dell’epilogo, tipica della violenza sessuale.

Senonché, non è affatto chiara la base normativa che consentirebbe di svalutare l’ingiustizia del danno. Non pare a tal fine possa invocarsi l’art. 1438 c.c. Come si diceva, esso, infatti, contempla l’ingiustizia dei vantaggi derivanti dal negozio viziato da minaccia, là dove nell’ipotesi in esame non viene in rilievo il negozio, ma la sua mancata conclusione. Non solo: non è la minaccia a essere strumentale al perfezionamento del negozio, ma è il negozio (o meglio la sua mancata conclusione) a condizionare il soggetto passivo a un comportamento che non ha rilevanza contrattuale.

Ma vi è dell’altro. L’impostazione in esame rende manifeste le sue conseguenze applicative: essa, infatti, finisce per sostituire all’ingiustizia del

¹³ Con riferimento agli atti persecutori, v. F. MACRÌ, *Atti persecutori (art. 612 bis)*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IX, *I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l’inviolabilità del domicilio e l’inviolabilità dei segreti*, UTET Giuridica, 2011, p. 363. *Contra*, v. G. LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di “Atti persecutori”*, in «*Dir. pen. proc.*», 2010, p. 873.

¹⁴ Cass. pen., sez. III, 11 giugno 2008, n. 37251, in *De Jure*.

danno, quale requisito espresso del delitto di minaccia, l'ingiustizia del fine, non previsto dai delitti sessuali. Ne deriva la creazione, in via interpretativa, di una nuova figura di reato dove il danno è deprivato del suo connotato di disvalore tipico. Ma soprattutto viene stravolta la struttura del fatto di reato che risulta fondato non più sulla costrizione, bensì sullo sfruttamento della situazione di criticità in cui versa il soggetto passivo (il disagio del trasloco, la penuria di alloggi, le difficoltà economiche, ecc.), di cui il legislatore non ha inteso tener conto nel ritagliare la tutela della libertà sessuale. Senza contare che l'accertamento dello scarto tra la funzione oggettiva del diritto esercitato e il fine soggettivo perseguito dall'agente diventa appannaggio esclusivo del giudice, il quale, in mancanza di parametri predefiniti, sarà indotto a valorizzare la spregevolezza morale della proposta indecente. Non è affatto chiaro, dunque, fino a che punto possa spingersi la libertà valutativa del giudice.

Si prenda in considerazione una variante del caso esaminato: si ipotizzi che il proprietario eserciti il suo diritto di non rinnovare il contratto di locazione perché, in una precedente occasione di incontro, l'inquilina aveva respinto le sue *avances*. *Quid iuris* nel caso che sia la donna, memore dell'antefatto, a offrirsi in cambio del rinnovo del contratto di locazione? E ancora: cambierebbe qualcosa se la donna fosse una prostituta, abituata a concedersi in cambio di vantaggi economici? Si può differenziare la soluzione sulla base del criterio dell'iniziativa o della pari immoralità del soggetto passivo? Come si vede, si entra in un terreno di valutazioni molto opinabili.

Diverso è il caso di chi minaccia la diffusione di foto compromettenti acquisite all'insaputa del soggetto passivo e senza il suo consenso, nel corso di una loro precedente relazione per ottenere rapporti sessuali¹⁵. La divulgazione delle immagini a contenuto sessualmente esplicito costituisce indubbiamente un danno ingiusto in sé, integrando specifiche ipotesi di reato (artt. 595 e 612-ter c.p.).

6. La minaccia nell'estorsione

Il discorso si può riproporre con riguardo al delitto di estorsione. La casistica, anche qui non manca: si pensi al fatto del locatore che, sapendo delle gravi difficoltà economiche in cui versa il conduttore, chieda per

¹⁵ Cass. pen., sez. III, 1° dicembre 2017, n. 38845, in *De Jure*.

il rinnovo del contratto prossimo alla scadenza, un pagamento *una tantum* “in nero”¹⁶. Si prescinda dal profilo fiscale. Per le ragioni esposte, non è di aiuto l’art. 1438 c.c.: la minaccia non incide sul contratto, ma è il contratto a essere oggetto di minaccia.

Ebbene, il fine perseguito è certamente deprecabile, ma esso non è sufficiente a configurare una minaccia estorsiva, non essendoci un obbligo di rinnovo del contratto. Sia la minaccia, come elemento costitutivo, sia l’estorsione, come reato complesso, ruotano intorno al requisito dell’ingiustizia, rispettivamente, del danno prospettato al soggetto passivo e del profitto che si è procurato l’agente. L’ingiustizia del fine non è presa in considerazione dal legislatore. Ove lo facesse l’interprete finirebbe, come si è visto, per sovvertire la struttura della fattispecie, attraendo nell’orbita dell’estorsione, quale fattispecie incentrata sulla coazione dell’altrui volontà, un fatto consistente nell’approfittarsi dell’altrui situazione di difficoltà.

Repetita iuvant: quando l’oggetto dell’asserita minaccia ricade in un ambito di libertà, esso è insuscettibile di essere riqualificato come abuso penalmente rilevante. Non costituirà reato, dunque, nemmeno la richiesta di denaro, quale contropartita per non partecipare a un’asta e, così facendo, non intralciare l’aspettativa della parte lesa di rientrare in possesso dei beni pignorati¹⁷.

A fronte dei casi sopra esaminati, ve ne sono altri, in apparenza simili, in relazione ai quali la soluzione colpevolista, preferita perlopiù dalla giurisprudenza, appare invece condivisibile.

Alquanto nota è la vicenda di uno psicoanalista, condannato per estorsione, perché aveva rappresentato al suo paziente la volontà di interrompere l’attività psicoterapeutica, qualora l’assistito si fosse rifiutato di effettuare una disposizione patrimoniale non dovuta (nella specie l’acquisto di quote sociali di una società del professionista)¹⁸. In questo caso, però, non è né necessario né corretto invocare l’abuso di diritto,

16 Cass. pen., sez. II, 17 marzo 2009, n. 16562, in *De Jure*. Lo stesso deve dirsi per la richiesta all’aspirante conduttore di una “buona entrata” in nero prima della conclusione del contratto.

17 Affermativamente, invece, Cass. pen., sez. II, 4 novembre 2009, n. 119, in *De Jure*.

18 Cass. pen., sez. II, 10 marzo 1998, Verdiglione, in «*Giust. pen.*», 1990, II, c. 235.

perché lo psicoanalista non perseguiva un fine ingiusto, ma prospettava un danno ingiusto, bastevole per la tipicità della minaccia. Basti ricordare che il recesso dal rapporto libero-professionale richiede una giusta causa e deve essere esercitato senza creare pregiudizio al cliente (art. 2237, commi 2 e 3, c.c.).

Lo stesso deve dirsi del datore di lavoro che, in un contesto di grave crisi occupazionale, minacci i dipendenti di licenziarli, estorcendo loro il consenso a un trattamento economico inferiore a quello risultante dalla busta paga¹⁹. Il male minacciato è certamente ingiusto, ponendosi al di fuori dei presupposti di legge previsti per il licenziamento, ossia la giusta causa o il giustificato motivo. Nondimeno, il reato non ricorre nel caso in cui la decurtazione della retribuzione venga prospettata al momento dell'assunzione, e non nella fase esecutiva del contratto, poiché, da un lato, il datore di lavoro è libero di non assumere²⁰, dall'altro, la tutela del lavoratore contro il licenziamento illegittimo presuppone che il rapporto di lavoro sia in essere.

7. La vicenda “Corona”

Un caso piuttosto noto nel quale la giurisprudenza di legittimità ha fatto applicazione dello schema concettuale dell'abuso del diritto, pur senza nominarlo espressamente, è quello di un fotografo professionista che aveva ritratto, in mancanza di consenso, un noto atleta in compagnia di una donna nella pubblica via, all'uscita di una discoteca. Gli scatti venivano considerati imbarazzanti se non compromettenti, perché l'atleta attraversava una difficile crisi coniugale. Da qui il conflitto di interessi: da un lato, l'autore del servizio, considerando il materiale fotografico merce commercializzabile, intendeva cederlo dietro compenso alla stampa specializzata; dall'altro lato, il soggetto ritratto si opponeva alla circolazione delle foto, per evitare la quale decise di acquistare il *reportage* al prezzo di mercato (è escluso, pertanto, che si possa invocare l'ingiustizia dei vantaggi ai sensi dell'art. 1384 c.c.).

Pronunciandosi all'esito di una “doppia conforme” di condanna, la Cassazione individua il fulcro della questione, non già nella liceità o meno

¹⁹ Cass. pen., sez. II, 20 luglio 2018, n. 454134, in *De Jure*; ID., 4 novembre 2009, n. 656, *ivi*.

²⁰ Con diversa motivazione, v. Cass. pen., sez. II, 4 ottobre 2018, n. 21789, in *De Jure*; *contra*, ID., 20 febbraio 2019, n. 8477, *ivi*.

della condotta del fotografo ai sensi della normativa sulla *privacy*, bensì nella nozione di minaccia estorsiva, che deve avere ad oggetto un male ingiusto. Quest'ultimo può consistere anche nell'esercizio di una facoltà legittima da parte del soggetto attivo, quando la sua prospettazione "sia fatta non già per esercitare un diritto ma con il proposito di coartare la volontà di altri per ottenere scopi non consentiti o comunque risultati non dovuti rispetto a quelli conseguibili attraverso l'esercizio del diritto, che viene appunto strumentalizzato per scopi diversi da quelli per cui esso è riconosciuto e tutelato"²¹.

Questa vicenda mette in luce un altro profilo di problematicità dell'abuso del diritto nel campo penale. La Cassazione, infatti, nel ribadire che nell'estorsione l'ingiustizia riguarda il profitto, non anche il danno, finisce per soggettivizzare questo requisito di fattispecie, trascurando che dal punto di vista sinallagmatico il profitto non era ingiusto, perché le fotografie erano state cedute per il loro valore, ossia per quanto le avrebbero pagate le testate giornalistiche interessate a pubblicarle. Paradossalmente, il fotografo, cedendole al privato ritratto gli faceva una cortesia, rinunciando al vantaggio che la cessione dello scoop gli avrebbe fruttato sul piano della sua promozione professionale. In breve, l'argomento dell'abuso del diritto consente al giudice di leggere come prevalente lo scopo ultimo perseguito, avulso dall'oggettività della nozione di profitto. Quest'ultima – vale ricordarlo – rileva pur sempre nel contesto normativo dei delitti contro il patrimonio, nel quale non si identifica unicamente con l'incremento della sfera economica dell'agente, ma nemmeno può prescindere dall'effettività della locupletazione, assente quando la cessione della merce avviene per il valore che essa ha.

È questo un aspetto che sembra sfuggire alla giurisprudenza, la quale blinda il discorso affermando che "la sussistenza o meno della suddetta finalità è una questione di fatto" non censurabile in sede di legittimità²². È forte il sospetto che le maglie del ragionamento lascino molto spazio a un giudizio inespresso sulla moralità e la spregiudicatezza dell'offerta di acquisto rivolta alla "vittima", la quale veniva messa in concorrenza con la sua antagonista per così dire naturale: la stampa scandalistica.

21 Cass. pen., sez. II, 18 gennaio 2013, n. 10995, in *De Jure*.

22 In termini generali, v. Cass. pen., sez. II, 25 ottobre 1999, n. 12444, in *De Jure*.

8. La a-tipicità apparente: il negozio simulato e la illiceità della causa

Come si è avuto modo di anticipare, non è affatto semplice distinguere gli autentici, seppure discutibili, impieghi penalistici dell'abuso del diritto da quelli che sono tali solo in apparenza.

A questo proposito vengono in rilievo alcune operazioni, formalmente conformi al diritto extra penale, che nondimeno integrano condotte di reato. È pacifico, per esempio, che le illecite fuoriuscite di valori a danno ora del capitale, ora del patrimonio sociale, caratteristiche rispettivamente dei reati di illegale ripartizione degli utili (art. 2627 c.c.) e infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.), possano essere camuffate dall'amministratore, soggetto attivo del reato, come compensi per incarichi professionali a terzi. Lo schema contrattuale persegue un fine illecito. Sennonché più che nell'ambito dell'abuso del diritto, operazioni siffatte ricadono nella figura della simulazione. Il vizio, infatti, è ben più radicale, perché non riguarda tanto lo scopo perseguito, ma l'esistenza stessa del negozio. Le parti, a ben vedere, non vogliono alcun negozio, là dove, affinché si possa dire abusato, il diritto deve essere esercitato o deve essere paventato l'esercizio.

Parimenti estraneo al fenomeno dell'abuso del diritto è il caso della locazione di un immobile utilizzato dal conduttore come deposito di sostanze stupefacenti. Al riguardo la giurisprudenza è piuttosto rigorista nel considerare concorrente nel reato di detenzione di stupefacenti, commesso dal conduttore, il proprietario della cosa locata consapevole del suo uso illecito²³. Sennonché, questo ragionamento trascura che per la nullità del contratto non basta che il locatore supponga, più o meno ragionevolmente, l'uso *contra legem* dell'immobile ad opera del conduttore.

Il motivo illecito deve essere comune a entrambe le parti ai sensi dell'art. 1345 c.c. Se tale condivisione non è presente fin dal momento perfezionativo del contratto, il negozio conserva la sua validità e la sua conclusione non integrerà il concorso del locatore nella detenzione di stupefacenti. A riprova di ciò, si può ulteriormente rilevare che il legislatore, quando ha voluto incriminare la concessione in locazione dell'immobile, lo ha fatto

23 Cass. pen., sez. VI, 3 giugno 2010, n. 35744, in *De Jure*.

espressamente (come nell'ipotesi prevista dall'art. 3, n. 2, l. 20 febbraio 1959, n. 75, con riguardo alla c.d. casa di prostituzione).

9. La preordinazione di limiti scriminanti e cause di giustificazione

Il ricorso all'abuso del diritto, in un'ottica fondativa della responsabilità penale, accomuna un'altra costellazione di casi. Più o meno espressamente si assume, infatti, che l'abuso del diritto possa consistere nella preordinazione di limiti scriminanti, interni o esterni alla fattispecie. Attraverso questo espediente, l'agente farebbe in modo che la sua condotta si sviluppi sotto la copertura formale della normativa extra penale facoltizzante, ma in violazione della *ratio legis*. Il carattere abusivo del limite lo priverebbe, pertanto, della funzione sua propria con conseguente riespansione della tipicità del fatto.

Iniziando dalla preordinazione dei limiti interni, il loro campo di elezione è costituito dalle figure di reato la cui condotta tipica è tipizzata in termini di violazione della disciplina extra penale e segnatamente amministrativa di settore. Si pensi ai c.d. finti matrimoni della persona straniera con cittadino italiano per ottenere il permesso di soggiorno nel nostro territorio. La giurisprudenza ravvisa correttamente il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina²⁴. Occorre precisare, però, che perlopiù si tratta di matrimoni simulati, come tali inesistenti. La patologia di scopo, che caratterizza l'abuso del diritto in senso proprio, si verificherebbe invece in presenza di un matrimonio valido a tutti gli effetti di legge, perché corredato, tra l'altro, dalla convivenza. Ma si tratta di ipotesi del tutto inverosimili e non censurabili in sede penale, perché si tratterebbe di sindacare lo scopo psicologico ultimo di uno o di entrambi i contraenti, a tutti gli effetti coniugi. In breve: l'abuso del diritto non potrebbe spingersi fino a invalidare il matrimonio quando è sorretto da un interesse materiale che sopravanza la motivazione amorosa. Il matrimonio di convenienza rimane la più sozza e ignobile delle prostituzioni²⁵; ma si tratta di un giudizio morale.

Un discorso in parte diverso merita invece la preordinazione dei limiti esterni della fattispecie incriminatrice. Viene qui in rilievo il c.d. abu-

²⁴ *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, 18 settembre 2019, n. 43828, in *De Jure*.

²⁵ A. KARR, *Aforismi sulle donne, sull'uomo e sull'amore*, trad. it., Newton, 1993, p. 20.

so delle cause di giustificazione, con conseguente esclusione dell'effetto giustificativo quando l'agente ha inteso creare la situazione formalmente giustificante, per poterla sfruttare a scopo offensivo e invocarla al contempo per schermare la propria responsabilità. Detto altrimenti: la pianificazione della giustificazione non giustifica perché fa venir meno la necessaria "inevitabilità altrimenti" dell'offesa.

Su questa conclusione si può certamente convenire, anche se essa si ataglia alle cause di giustificazione in senso proprio, come tali dotate di una loro tipicità, e segnatamente alla legittima difesa²⁶.

Lo stesso non vale per le scriminanti che operano come elementi negativi del fatto (essenzialmente esercizio del diritto e adempimento del dovere)²⁷, perché esse tracciano regole di condotta espressamente lecite non distinguibili dall'infinità delle condotte lecite perché non vietate.

Colui che, per vendicare il sequestro di persona patito, diventa guardia penitenziaria e riesce a farsi assegnare al carcere dove espia la pena il suo aguzzino, godendo di poterlo rinchiudere in cella nel rispetto del regolamento penitenziario, non ha abusato del ruolo (necessita semmai di un bravo psicologo che lo aiuti a elaborare l'offesa subita). Parimenti deve dirsi con riguardo a colui che, per puro dispetto nei confronti della moglie separata in difficoltà economica, le nega un prestito costringendola a vendere i gioielli all'asta, per poi comprarli e donarli all'amante. La preordinazione della situazione di fatto che consente l'esercizio del diritto non ha rilevanza penalistica, perché intrinsecamente lecita *ab origine*.

10. L'elusione tributaria

Secondo un orientamento della giurisprudenza che ha fatto molto discutere, l'elusione tributaria avrebbe potuto costituire reato. Il ragionamento trovava la sua base normativa nell'art. 37-bis, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, a norma del quale alcune operazioni, tassativamente elencate e finalizzate al risparmio d'imposta, se prive di valide ragioni economiche, non erano validamente opponibili all'Agenzia delle entrate, con la conseguenza di legittimare l'erario a un ricalcolo del debito

²⁶ C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, trad. it., Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 203 s.

²⁷ Sulla distinzione tra le due categorie, v. F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, ETS, 2019, p. 33 s.

tributario. Ebbene, secondo la pregressa giurisprudenza l'imponibile così determinato non aveva solamente rilevanza tributaria. Il ricalcolo dell'imposta dovuta poteva integrare *a posteriori* due perni strutturali del delitto di dichiarazione infedele: gli elementi attivi effettivi e quelli passivi fittizi²⁸.

La questione ha perso di attualità, perché, con il d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, il legislatore ha abrogato il citato 37-*bis* e introdotto il nuovo art. 10-*bis*, l. 27 luglio 2000, n. 212, nel quale è stata trasfusa e ammodernata la disciplina antielusiva, con una precisazione chiarificatrice. Stabilisce, infatti, il comma 13 dell'art. 10-*bis* cit. che "le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie". In breve: la riforma del 2015 ha escluso espressamente la rilevanza penale delle condotte elusive, che rimane circoscritta solo a quelle di evasione in senso stretto²⁹, arginando così la tendenza interpretativa verso lo scardinamento della tipicità penale nel campo tributario³⁰.

La questione, tuttavia, non è priva di interesse ai nostri fini, perché dimostra le distorsioni cui portava l'impiego penalistico dell'abuso del diritto. Più precisamente, la fuga in avanti della giurisprudenza è stata generalmente criticata per più ragioni³¹. Vediamole.

Innanzitutto, l'accertamento del requisito negativo dell'elusione fiscale, consistente nell'assenza di valide ragioni economiche all'origine delle operazioni inopponibili, veniva demandato alla valutazione discrezionale dell'Agenzia delle entrate, ossia della controparte del contribuente. Al giudice penale residuava l'accertamento dei rimanenti elementi del

28 Particolarmente note sono le pronunce: Cass. pen., sez. II, 22 novembre 2011, Dolce e Gabbana, n. 7739, in *De Jure* e Id., 3 maggio 2013, Bova, n. 19100, *ivi*. Nello stesso senso, v. anche Cass. pen., sez. III, 23 maggio 2013, n. 8797, in *De Jure*.

29 Cfr. A. BELL, G. FALSITTA, A. VALSECCHI, *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, in *Dpu*, 10 luglio 2019, p. 3.

30 Così anche F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Giappichelli, 2018, p. 447 s.

31 Per tutti, v. R. DE CARIA, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta "abusando dell'abuso"? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in «*Giur. cost.*», 2010, p. 3628 s.; G. FLORA, *Perché l'elusione fiscale non può costituire reato (a proposito del caso Dolce&Gabbana)*, in «*Riv. trim. dir. pen. econ.*», 2011, p. 865 s.; A. D'AVIRRO, *L'elusione entra 'a torto' nell'illecito penale tributario*, in «*Corr. giur.*», 2012, p. 496 s.; P. VENEZIANI, *Elusione fiscale, esterovertizione e dichiarazione infedele*, in «*Dir. pen. proc.*», 2012, p. 863 s.

reato e segnatamente del dolo, che finiva per diventare il criterio selettivo determinante, ma di difficile accertamento. A ciò si aggiunge che tale valutazione, di incerta natura metagiuridica, si avvaleva (e si avvale tuttora) di parametri che non sono conoscibili *ex ante* dal cittadino, il cui torto – perseguire il risparmio d'imposta – veniva criminalizzato in sé. In effetti, l'elusione fiscale, come libero criterio di reinterpretazione del fatto, si sostanzia in una regola di giudizio retroattiva. L'argomento dell'abuso del diritto prescinde, cioè, dall'enucleazione di una regola di condotta, essenziale invece per la responsabilità penale, saldamente ancorata alla tipicità delle modalità di lesione e alla prevedibilità, al momento della condotta, delle conseguenze sanzionatorie.

Non solo: l'inopponibilità dell'operazione elusiva, non dipendendo dall'entità del suo valore, ma dall'utilità economica del negozio, era destinata a sfuggire alla funzione selettiva delle c.d. soglie di rilevanza penale, quali caratteristiche strutturali dei principali reati tributari, introdotte proprio per ammortizzare il rischio delle valutazioni in materia penale tributaria. Infine, la ritenuta natura fattuale della valutazione di antieconomicità la rendeva insuscettibile di controllo in sede di legittimità.

In breve: l'esplicita presa di posizione legislativa, concernente l'irrilevanza penale dell'elusione tributaria, non deve distogliere l'attenzione dall'insostenibilità della soluzione contraria, che infatti la stessa giurisprudenza aveva provveduto a correggere³², prima della riforma legislativa del 2015. Stante la diversità del negozio privo di valide ragioni economiche rispetto a quello simulato, le conclusioni che valgono per il primo, la cui esistenza è indubitabile, non possono estendersi al secondo, la cui realizzazione, proprio perché apparente, può integrare un reato tributario³³.

11. Nell'abisso dell'abuso: verso una trasfigurazione del paradigma penalistico?

Gli studi recenti sull'abuso del diritto, condotti in relazione a settori giuridici diversi dal nostro, convergono su alcune notazioni di fondo, che possono assumersi, in questa sede, come premessa per un bilancio del suo impiego nel campo penale.

32 Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, Dolce e Gabbana, in *DeJure*.

33 Cfr. I. LEONCINI, *Reato e contratto*, Giuffrè, 2006, p. 292.

La strada dell'abuso del diritto – si è detto – “è lastricata di insidie, ma soprattutto intrisa di discrezionalità interpretativa”³⁴, addirittura doppia – si è precisato – perché concerne sia la scelta del criterio, sia la sua applicazione in concreto³⁵. Di per sé l'abuso del diritto non è fattispecie, non è istituto giuridico, non è effetto sanzionatorio³⁶; esso opera come correttivo argomentativo *extra ordinem* del diritto applicato³⁷, muovendosi in una prospettiva dichiaratamente antipositivistica, che sostituisce la voce dell'interprete (ossia il giudice) a quella della legge³⁸, l'attivismo giudiziale all'attività ermeneutica, come ricerca di significati³⁹. La libertà di schema che connota l'argomento dell'abuso del diritto asseconda le propensioni moralizzatrici della giurisdizione⁴⁰.

Ebbene, questi caratteri, che vengono presentati ora come dati di fatto, ora come inconvenienti dell'abuso del diritto, sono destinati ad amplificarsi nel diritto penale, dove l'istanza di certezza assume un'importanza assorbente, che trova nel libertinaggio ermeneutico e nella imprevedibilità delle soluzioni due fattori antagonisti strettamente collegati.

A fronte di isolate esaltazioni dell'abuso del diritto, che hanno raggiunto toni mistici⁴¹, si comprendono facilmente, allora, le resistenze della dottrina penalistica, che si erge a tutela della funzione garantistica della tipicità. “*La diversità, strutturale e funzionale, tra abuso ed illecito* – si è affermato – *non potrebbe essere più chiara*. L'illecito è, per sua natura, *tipico, 'digitalizzato'*, perché colpisce ciò che è vietato, secondo lo schema binario ragione/torto. L'*abuso* è, per contro, *strutturalmente atipico*, perché la difformità si misura sul piano *valoriale* e non anche sulla difformità con (inesistenti) obblighi normativi”⁴².

34 V. VELLUZZI, *Introduzione*, in *L'abuso del diritto*, a cura di V. Velluzzi, cit., p. 15.

35 G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in «*Riv. crit. dir. priv.*», 2004, p. 55 s.

36 A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 150 e p. 174.

37 S. PATTI, *Abuso del diritto*, in «*Dig. disc. priv.*» – *Sez. civile*, vol. I, Torino, 1987, p. 1.

38 A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 171 s.

39 P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in *L'abuso del diritto*, a cura di V. Velluzzi, cit., p. 19 s.

40 B. CELANO, *Principi, regole, autorità*, in «*Europa e dir. priv.*», 2006, p. 1072.

41 Per questa espressione, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 11.

42 C. PIERGALLINI, *'Civile' e 'Penale' a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in «*Riv. it. dir. proc. pen.*», 2012, p. 1333.

L'insostenibile identificazione tra diritto e legge, che riporta all'assunto beccariano secondo cui le leggi non debbano interpretarsi⁴³, trova l'unica valida alternativa nelle regole dell'interpretazione, che assicurano contro il rischio di applicazioni sovvertitrici della legge.

Appare chiaro allora che le pervasive applicazioni dell'abuso del diritto rappresentano altrettante cartine di tornasole della crisi della fattispecie, che nel diritto penale diventa insofferenza per una legalità, sempre più fragile, ma inderogabile, in quanto espressione di un preciso paradigma storico di diritto penale, che vede nel testo l'inizio del percorso.

Dalla legge si può anche prescindere, ma questa è una scelta globale di sistema, che comporta l'adozione di nuove garanzie concernenti la figura e le competenze del giudicante.

Ciò spiega come mai, nonostante i tentativi di fuga, l'impiego penalistico dell'abuso del diritto venga perlopiù criticato. Se "*l'abuso è un argomento con cui ottenere un risultato altrimenti precluso*"⁴⁴, in questa presa d'atto è racchiusa la ragione per la quale esso deve rimanere estraneo al campo penale. Ne verrebbe compromessa la principale garanzia del paradigma liberale: impedire che il giudice (non più interprete, ma libero facitore della scelta politico-criminale) applichi la pena, là dove il principio di legalità intende precluderla.

43 *Dei delitti e delle pene*, § IV. Da ultimo sul punto. V. MAIELLO, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene*, in *disCrimen*, 18 novembre 2020, p. 7 s.

44 A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 175.

RECHTFERTIGUNG UND SCHULD ALS BEURTEILUNGSEBENEN FÜR DIE TRIAGE IM ANGESICHT DER CORONAPANDEMIE

Christian Jäger

Der verehrte Jubilar hat sich in seinem allseits bewunderten Werk immer wieder mit schwierigen dogmatischen Fragen befasst. Der Name Lucio Monacos, den ich schon in den neunziger Jahren als Assistent am Münchener Strafrechtsinstitut kennengelernt habe, steht dabei stellvertretend für eine moderne italienische Strafrechtswissenschaft, die über die eigenen Landesgrenzen hinausweist. Der folgende Beitrag soll sich daher näher mit einem Thema aktueller Prägung auseinandersetzen, das eine Notlage betrifft, die das Land Italien jüngst in seinen Grundfesten erschüttert und zu einer geradezu weltumspannenden Diskussion über Umfang und Grenzen zulässiger Konfliktlösungen geführt hat: Es geht dabei um die Triage in Zeiten der Pandemie.

A. Das Problem

Im Frühjahr 2020 traf die Coronapandemie Italien mit voller Wucht. Folge war, dass das italienische Gesundheitssystem in einen Zustand katastrophaler Überlastung geriet, sodass alte Patientinnen und Patienten zum Teil nicht wiederbelebt und allein sowie ohne palliative Versorgung sterben mussten.

Eine solche Katastrophe, in der es zu viele Kranke für zu wenig Kapazitäten gibt, könnte sich überall ereignen und hat in Deutschland unter dem Schlagwort der „Triage“ zu einer strafrechtsdogmatischen Diskussion der Frage geführt, wie weit die Befugnisse von Ärzten bei der Entscheidung über Leben und Tod in derartigen Situationen der Ressourcenknappheit gehen dürfen.

Dabei sind diese Fälle nicht neu. Katastrophen, wie etwa das verheerende Zugunglück bei Eschede, haben bereits in der Vergangenheit gezeigt, dass Ärzte gegebenenfalls am Unglücksort eine Auswahl treffen

müssen, weil zu wenige Ärzte auf zu viele Verletzte stoßen. Nicht anders stellte sich die Situation im Angesicht der Coronapandemie in Italien dar. Auch hier war das Gesundheitssystem an seine Grenzen gestoßen, sodass vielfach nicht mehr genügend Beatmungsplätze für die anflutende Welle der Infizierten zur Verfügung standen. Den Ärzten blieb in dieser Lage nichts anderes übrig als zu triagieren. Triage ist dabei ein aus der Militärmedizin stammender Begriff für die ethische Konfliktsituation, die den Arzt bei einem Massenansturm von Verletzten oder Kranken vor die Aufgabe stellt darüber zu entscheiden, wie die knappen personellen und materiellen Ressourcen verteilt werden sollen. Regelmäßig wird die Problematik noch zusätzlich dadurch verschärft, dass es sich dabei um ein sogenanntes Stratifikationsverfahren handelt, das häufig noch vor der vollständigen Diagnosestellung angewandt werden muss.

B. Die strafrechtliche Beurteilung der Triage in Zeiten der Pandemie

In Deutschland herrschte bislang weitgehende Einigkeit darüber, dass die ärztliche Verteilung knapper Ressourcen in einer Lage, in der Leben gegen Leben steht, durch die sogenannte rechtfertigende Pflichtenkollision gedeckt sein kann. Diese Pflichtenkollision wurde in der großen Strafrechtsreform von 1975 in Deutschland ungeregelt gelassen, weil sich der Gesetzgeber vor unüberwindliche Hindernisse gestellt sah. Einer Regelung zugeführt hat der Gesetzgeber vielmehr nur den sogenannten rechtfertigenden Notstand, der im deutschen Strafgesetzbuch heute in § 34 StGB erfasst ist. Auch bei diesem geht es um eine Interessenkollision, jedoch unterscheidet sich der rechtfertigende Notstand von der rechtfertigenden Pflichtenkollision nach herkömmlicher Auffassung vor allem in zwei Punkten:

Zum einen steht der von einer Pflichtenkollision Betroffene grundsätzlich unter Handlungszwang, während dies bei einem Notstandstäter nicht notwendig der Fall sein muss. Dies heißt, dass derjenige, der sich in einer Pflichtenkollision befindet, zumindest eine Handlung vornehmen muss und daher nicht befugt ist, sämtliche ihm zu Gebote stehenden Handlungsmöglichkeiten ungenutzt verstreichen zu lassen. Kann also beispielsweise ein Notarzt von zwei verblutenden Verletzten nur einen retten, so muss er sich für einen der beiden entscheiden und kann nicht unter Berufung auf die Konfliktlage jede Rettung unterlassen.

Zum anderen verletzt der in der Pflichtenkollision Befindliche seine Pflicht und damit im Ergebnis auch ein Rechtsgut stets durch ein Unterlassen, weil er sich in eine Situation geworfen sieht, in der er zwei oder mehr Handlungspflichten nachzukommen hat, von denen er mindestens eine nicht erfüllt, um die andere bzw. die anderen wahrzunehmen. Diese Situation muss bei einer Notstandstat nicht notwendig vorliegen. Dieses der rechtfertigenden Pflichtenkollision innewohnende Unterlassungselement ist auch der Grund, weshalb dem in der Pflichtenkollision Handelnden größeres Verständnis entgegengebracht wird, sodass sogar bei Gleichwertigkeit der erfüllten und der verletzten Pflicht eine Rechtfertigung eintritt. Die Rechtsordnung erkennt hier an, dass sie in derartigen Situationen nicht mehr als die Rettung eines der bedrohten Rechtsgüter verlangen kann, weil sonst Unmögliches gefordert würde.¹

Zweifelhaft war dabei bislang vor allem, ob eine solche Rechtfertigung auch dann gelten kann, wenn die beiden Handlungspflichten unterschiedliche Qualität aufweisen und der Retter sich für die schwächere Qualität entscheidet. Beispielhaft hierfür wäre etwa der Fall, dass ein Mann sieht, wie seine Frau und sein Nachbar in einem Fluss zu ertrinken drohen, der Mann daraufhin hinaus schwimmt und seinen Nachbarn anstatt seiner Frau rettet. In der Literatur wird hier teilweise allein auf die Qualität der Rechtsgüter abgestellt. Wer bei zwei bedrohten Menschenleben nur eines retten kann, sei bezüglich des anderen gerechtfertigt.² Die Gegenauffassung argumentiert hier, dass auch die unterschiedliche Pflichtenbindung eine Rolle spielen muss. Derjenige, der als Garant zur Rettung verpflichtet sei, müsse die allgemeine Solidarpflicht nach § 323c StGB gegebenenfalls vernachlässigen.³ Richtig dürfte die erstgenannte Auffassung sein, sodass bei der Gefährdung von zwei Menschen grundsätzlich gleiche Pflichten zur Rettung bestehen. Dass die Nichterfüllung der Pflicht unterschiedlich sanktioniert wird, mag dabei gute Gründe haben, ändert aber nichts daran, dass zwei vollkommen gleichwertige Pflichten aufeinandertreffen.

Eine solche Gleichwertigkeit wäre etwa im Rahmen der Coronapande-

1 Vgl. KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, 18/137; SATZGER, *Jura* 2010, 754.

2 Vgl. etwa JOECKS/JÄGER, *Studienkommentar StGB*, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 76; SK-STEIN, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 9. Aufl. 2017, § 13 Rn. 47.

3 NK-PAEFFGEN/ZABEL, vor §§ 32 ff. Rn. 176; SCH/SCH/STERNBERG-LIEBEN 30. Aufl. 2019, vor § 32 Rn. 75.

mie dann nicht gegeben, wenn einer der Patienten noch keinen Beatmungsplatz benötigt, während der andere zur Erhaltung des Lebens dringend auf einen solchen angewiesen ist. In einem derartigen Fall wäre wegen des eindeutig überwiegenden Interesses derjenigen Person, die auf eine Beatmung angewiesen ist, bereits eine Rechtfertigung nach § 34 StGB im Wege der Interessenabwägung zu bejahen.

An einer Konfliktsituation, die eine Rechtfertigung wegen bestehender Pflichtenkollision ermöglicht, fehlt es aber auch dann, wenn der Bedarf an Intensivbetten und Beatmungsgeräten regional ungleichmäßig verteilt ist. In einem solchen Fall werden harte Lösungen im Wege der Triage vermeidbar sein, da durch regionale bzw. überregionale Krankentransporte Engpässen vorgebeugt werden kann. Ärzte können in einer solchen Situation einer Strafbarkeit sogar nur dann entgehen, wenn sie derartige Transporte rechtzeitig organisieren. Andernfalls käme zumindest eine Haftung wegen fahrlässiger Tötung auf der Grundlage eines Organisationsverschuldens in Frage.

Schließlich ist auch dann eindeutig kein Fall einer rechtfertigenden Pflichtenkollision anzunehmen, wenn die Rettungsmöglichkeiten für eine intensivbehandelte Person gegen Null gehen und daher eine Überlebenschance ausgeschlossen ist. In einem solchen Fall wäre eine Weiterbehandlung nicht mehr indiziert und eine Beendigung daher auch über den rechtfertigenden Notstand für zulässig zu erklären, da im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen wäre, dass hier in Wahrheit nicht mehr ein Leben gegen ein anderes steht, sondern ein Leben gegen ein längeres oder kürzeres Sterben, sodass es sich schon aus diesem Grunde in einem solchen Fall nicht um eine Tötung im Aggressivnotstand handelt.⁴

Zu einer echten Dilemmasituation kommt es dagegen dann, wenn mehrere Personen wegen Lebensgefahr bei gleichzeitig gegebener Überlebenschance auf einen Beatmungsplatz angewiesen und nicht mehr genügend Ressourcen für alle vorhanden sind. In dieser Situation gehen die Beurteilungen je nach Zeitpunkt der Triage auseinander:

I. Die sogenannte ex ante-Konkurrenz

Rechtlich – wenn auch nicht ethisch – vergleichsweise einfach fällt die Entscheidung in der vom Deutschen Ethikrat als ex ante-Konkurrenz be-

4 Zutreffend WALTER, GA 2020, 674.

zeichneten Situation aus. Dort liegt der Fall so, dass zeitgleich ankommende Patienten um ein Notfallbett konkurrieren (ex ante deshalb, weil die vom Arzt aufzulösen Konkurrenz hier von vornherein besteht). Diese Fälle sind mit sonstigen Katastrophenfällen, in denen der Arzt die Wahl aus mehreren Verletzten zu treffen hat, ohne weiteres vergleichbar. Sie sind daher typische Konstellationen der rechtfertigenden Pflichtenkollision. Sind beide Patienten in dieser Situation auf den Beatmungsplatz angewiesen, weil anderenfalls deren Versterben droht, so greift ersichtlich nicht der Rechtfertigungsgrund des Notstands nach § 34 StGB ein, da die Interessen der beiden ankommenden Patienten gleich schutzwürdig sind und daher kein Vorrang zu verzeichnen ist. Nach herrschender Meinung kann hier jedoch der Gesichtspunkt der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Sinne eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes zu einer Straflosigkeit führen.⁵ Der Arzt hat daher in einer solchen Situation die Wahl, wen er an das noch freie Beatmungsgerät anschließt. Zu Recht haben sich die deutschen Fachgesellschaften hier aber gegen eine Handhabung entschieden, nach der – wie dies in Italien vom Verband der Fachärzte für Intensivtherapie vorgeschlagen wurde⁶ – ab einem bestimmten Alter keine Beatmung mehr erfolgen soll. Vielmehr kann das Alter ein Entscheidungskriterium unter vielen sein. Da Menschenleben nicht abwägbar ist, kann aber im Extremfall auch ein 80-jähriger ohne Vorerkrankungen gegebenenfalls einem 30-jährigen mit extrem geringen Überlebenschancen vorgezogen werden. Dem verantwortlichen Arzt muss hier eine der konkreten Situation angepasste Einschätzungsprärogative zuerkannt werden, die durch zu strikte fachärztliche Richtlinien nicht außer Kraft gesetzt werden sollte.

II. Die sogenannte ex post-Konkurrenz

Problematisch wird es dagegen, wenn ein Fall der vom Deutschen Ethikrat als ex post-Konkurrenz bezeichneten Situation gegeben ist. Dabei befinden sich beispielsweise bereits 20 Patienten mit erkennbar unter-

⁵ Vgl. dazu auch B. HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Rn. 512 ff mit Erläuterung der einzelnen Voraussetzungen der Pflichtenkollision; vgl. auch SATZGER, *Jura* 2010, 753 ff.

⁶ Vgl. <https://www.nzz.ch/international/spitaeler-in-norditalien-nah-am-kollaps-keine-intensivpflege-fuer-alte-patienten-mehr-ld.1545219>, zuletzt abgerufen am 30.11.2020.

schiedlicher Prognose auf der Intensivstation und es wird ein weiterer Patient eingeliefert, der dringend einen Beatmungsplatz benötigt. Sollte seine Prognose vergleichbar schlecht sein, wie diejenige des schlechtesten beatmeten Patienten, wird der Arzt vermutlich keine neue Entscheidung treffen. Schwierig wird es aber dann, wenn die Prognose des 21. Patienten deutlich günstiger ist als diejenige des schlechtesten bereits beatmeten Patienten. Hier stellt sich die Frage, ob es dem Arzt erlaubt sein kann, die Beatmung dieses Patienten zu beenden und den Beatmungsplatz dem neuen Patienten wegen dessen bessere Aussichten zuzuweisen, um am Ende die Quote der Überlebenden auf diese Weise erhöhen zu können. Diese Problematik ist seit kurzem Gegenstand eines in Deutschland intensiv geführten Streits.

1. Die Rechtfertigungslösung

Eine stark im vordringen befindliche Auffassung befürwortet nunmehr eine Rechtfertigung auch im Falle einer solchen ex post-Triage. So haben sich etwa die medizinischen Fachgesellschaften dafür ausgesprochen, bezüglich lebenserhaltender Geräte eine Neuverteilung vornehmen zu dürfen, wenn sich die Beurteilung der Überlebenswahrscheinlichkeit im Behandlungsverlauf verändert.⁷ In der Literatur ist dieser Standpunkt jedoch bis heute umstritten geblieben.

a) Gründe für eine Verneinung einer rechtfertigenden Pflichtenkollision

Bei einem Teil der Literatur stößt die Rechtfertigungslösung auf Widerstand, weil sie als unzulässige Erweiterung des Anwendungsbereichs der rechtfertigenden Pflichtenkollision verstanden wird.⁸ Eingewandt wird insbesondere, dass bei der ex post-Triage nicht zwei gleichrangige Handlungspflichten kollidieren, sondern eine Handlungs- und eine Unterlassungspflicht aufeinanderträfen (nämlich die Handlungspflicht zur Rettung des neu hinzukommenden Patienten einerseits und die

⁷ <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1549-entscheidungen-über-die-zuteilung-intensivmedizinischer-ressourcen-im-kontext-der-covid-19-pandemie-klinisch-ethische-Empfehlungen/file>, Fassung 2.0 vom 16.4.2020, zuletzt abgerufen am 30.11.2020; ebenso GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, *medstra* 2020, 129, 134 ff.; HOVEN *JZ* 2020, 449, 453 f.; *dies.*, *JA* 2020, 482; JÄGER/GRÜNDEL, *ZIS* 2020, 151, 156 ff.

⁸ So schon frühzeitig die Position des Ethikrates in seiner ad-hoc-Stellungnahme, vgl. <https://www.ethikrat.org/>, zuletzt abgerufen am 30.11.2020.

Unterlassungspflicht der aktiven Tötung des bereits an der Beatmungsmaschine befindlichen Patienten andererseits). Die Wegnahme eines lebenserhaltenden Apparats sei daher nicht zu rechtfertigen, da bei der Konkurrenz von Handlungs- und Unterlassungspflichten § 34 StGB einschlägig sein, der ein wesentliches Interessenübergewicht verlange, das vorliegend wegen des Aufeinandertreffens gleichrangiger Lebensinteressen ausscheide.⁹

b) Gründe für eine Rechtfertigungslösung

Nach der Gegenauffassung kollidiert in Fällen der ex post-Triage nicht eine Unterlassungspflicht (unterlasse es, den an der künstlichen Beatmung liegenden Patienten von der Maschine zu nehmen!) mit einer Handlungspflicht (beatme den neu eingelieferten Patienten!), sondern es treffen in Wahrheit zwei *Behandlungspflichten* aufeinander. Insofern stellt sich das scheinbar aktive Handeln nach dieser in der Literatur vertretenen Auffassung wertungsmäßig als Unterlassen dar, weil in Wahrheit die Fortsetzung der Behandlung an der Maschine beendet wird. Insofern sei zu berücksichtigen, dass bereits der BGH im berühmten Fall Putz festgestellt hat, dass sich die Behandlungssituation und damit auch eine Behandlungspflicht regelmäßig auf eine Vielzahl von aktiven Handlungen und passiven Unterlassungen beziehe, so dass ein Herunterbrechen auf eine Handlungs- bzw. Unterlassungspflicht nicht sachgerecht erscheint.¹⁰

c) Eigene Stellungnahme

Die besseren Gründe dürften für eine Rechtfertigungsmöglichkeit auch in der Situation der ex post-Triage sprechen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang vor allem auf ontische Gesichtspunkte, die im Falle der Verneinung einer möglichen Rechtfertigung zu Merkwürdigkeiten in der Rechtsfolgenbeurteilung führen. Denn wer die Nichtaufnahme einer Behandlung im Falle der ex ante-Triage einer Rechtfertigung zugänglich macht und dies gleichzeitig bei einer ex post-Triage verneint,

⁹ Vgl. nur neuerdings auch AUGSBERG/MERKEL, JZ 2020, 704, 710 ff.; ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, NJW 2020, 1398, 1401; T. WALTER, GA 2020, 656, 672 ff.; ebenso LINDNER, medstra 2020, 199 f.

¹⁰ Vgl. hierzu schon GAEDE/KUBICIEL/SALIGER/TSAMBIKAKIS, medstra 2020, 129; Hoven JA 2020, 482; JÄGER/GRÜNDEL, ZIS 2020, 154 ff.

der macht die Ergebnisse letztlich von der Konstruktion der Beatmungsmaschine abhängig.¹¹ Denn je nach Bauweise ließe sich der Abbruch einer Behandlung als aktives Tun oder Unterlassen darstellen. Erläutert sei dies am Beispiel folgenden Falles:

Auf der Intensivstation eines zur Covidbehandlung zuständigen Krankenhauses werden die Beatmungsgeräte so programmiert, dass sie jede halbe Stunde neu aktiviert werden müssen, um gegebenenfalls eine solche Neuaktivierung nicht vorzunehmen und einen neu ankommenden Patienten stattdessen an die Maschine anschließen zu können.

Würde in einem solchen Fall ein Patient neu eingeliefert, dessen Chancen sich besser darstellen als diejenigen des schlechtesten bereits auf der Station liegenden Patienten, so würden jedenfalls nach Ablauf der halben Stunde zwei Handlungspflichten kollidieren, die eine rechtfertigende Pflichtenkollision zulassen müssten, nämlich die Handlungspflicht zur Beatmung des neu herein gekommenen Patienten einerseits und die Handlungspflicht zur neuerlichen Aktivierung des Beatmungsgerätes zu Gunsten des bereits aufgenommenen Patienten andererseits.

Tonio Walter hat der Rechtfertigungslösung neuerdings jedoch entschieden widersprochen, ohne allerdings auf das soeben genannte Argument näher einzugehen. Er wendet aber ein, dass die Unterlassungsthese letztlich zu einer Privilegierung von behandelnden Ärzten führe, sofern diese nur mit dem vermeintlich richtigen Ziel einer Maximierung der Zahl der Überlebenden handeln. „Für keine andere Person und kein anderes Motiv“, so *Walter*, „behauptet irgendjemand, dass es ein schlichtes Unterlassen sei, wenn einem Patienten gegen dessen ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen lebenserhaltende Apparate weggenommen werden. Wieso sollten ein weißer Kittel und eine Triage daran etwas ändern?“¹²

Aber die Plausibilität dieses Gegenarguments von *Walter* ist bei näherer Betrachtung geringer als dies zunächst den Anschein hat. Die Tatsache, dass das Rechtfertigungsdogma zu Gunsten von Ärzten ins Feld geführt wird, liegt schlicht daran, dass damit die Berufsgruppe von Behandlern angesprochen ist. Würden Laien dazu in der Lage sein, in Situationen

11 Dazu schon JÄGER/GRÜNDEL, ZIS 2020, 154 ff.

12 T. WALTER, GA 2020, 674.

schwerwiegender Coronaerkrankungen die Behandlung zu übernehmen, so wäre die Argumentation und die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen keine andere. Dies lässt sich an einem einfachen Beispielsfall zeigen:

Ein Autofahrer ohne medizinische Kenntnisse kommt an einer Unfallstelle vorbei, an der sich 20 schwer verunglückte Businsassen befinden. Er entscheidet sich mithilfe eines Handbeatmungsgerätes, das er in seinem Erste-Hilfe-Koffer findet, Leben zu retten.

Auch hier liegt zunächst einmal in der Verwendung dieses Hilfsmittels eine Behandlung. Bricht nun der Helfer die Beatmung mit dem Handbeatmungsgerät bei einem Verunglückten ab und entscheidet sich, einen anderen Verletzten damit zu behandeln, weil er die Überlebenschancen der zweiten Person entgegen seiner ursprünglichen Einschätzung nun doch besser einstuft, so wird man einen solchen Abbruch der Beatmung rechtfertigen müssen, selbst wenn bei dem ersten noch Überlebenschancen gegeben sind. Dabei kann es nicht ernsthaft eine Rolle spielen, ob es sich bei dem Beatmungsgerät um ein modernes maschinelles Handgerät handelt oder um ein manuell zu bedienendes Beatmungswerkzeug. Es ist also nicht der weiße Kittel, der in derartigen Fällen eine Rechtfertigung ermöglicht, sondern es ist die Situation der Behandlung, die aus Elementen unterschiedlichster Handlungen und Unterlassungen besteht. Der Abbruch einer Behandlung ist dabei mit Blick auf die Rechtfertigungsproblematik wertend stets als Unterlassung zu qualifizieren, gleichviel ob die Funktion der Maschine aktiv durch Knopfdruck beendet, die Maschine vom Körper des Patienten entfernt oder sie nur nicht wieder neu aktiviert wird. Maßgeblich ist daher in der Situation der Triage von der Konkurrenz zweier oder mehrerer Behandlungspflichten auszugehen, so dass der Rechtfertigung durch Pflichtenkollision in einem solchen Fall durchaus ein höheres Prinzip der Rettungspflichtenkonkurrenz in der Gefahrengemeinschaft bei bestehender Ressourcenknappheit zugrunde liegt.¹³

Daher macht es sich auch *Lindner* zu einfach, wenn er für eine Verneinung der Rechtfertigungslösung auf die Wertungen des Verfassungsrechts zurückgreift und argumentiert, dass Leben und Würde des einen Patienten gleich viel wert wie Leben und Würde des anderen seien.

13 Vgl. dazu schon JÄGER/GRÜNDEL, ZIS 2020, 154 ff.

Der Staat dürfe daher den einen zur Duldung seiner Tötung auch nicht dadurch faktisch zwingen, dass er dem Arzt die Tötungshandlung erlaubt.¹⁴ Ein solcher Standpunkt lässt außer acht, dass sich der Arzt bei Aufnahme des Patienten in einem Prognoseirrtum befinden kann und würde zu der auch verfassungsrechtlich wenig plausiblen Forderung einer nach menschlichem Ermessen unerträglichen Aufrechterhaltung des durch den Irrtum ausgelösten Ressourcenzuteilung führen.

Zu bedenken ist dabei auch, dass nur durch einen derartigen Rechtfertigungsansatz vermieden werden kann, dass Fügungen des Schicksals – etwa die Frage, ob ein Patient zufällig wenige Minuten früher eingeliefert und an ein Beatmungsgerät angeschlossen wurde – über die Rechtfertigung des Arztes entscheiden würde. Kommen nämlich beide Patienten zur selben Zeit in der Notaufnahme des Krankenhauses an, so kann der Arzt unbestritten eine gerechtfertigte Triage nach Erfolgsaussichten vornehmen. Ist dagegen einer der beiden Patienten zufällig eine Minute früher eingeliefert worden, so soll der Arzt eine solche Auswahl nicht mehr gerechtfertigt treffen können.

Dies erscheint wenig überzeugend und hat *Reinhard Merkel* neuerdings zu der Überlegung veranlasst, eine Rechtfertigung wenigstens dann zuzulassen, wenn die Versorgung mit dem Beatmungsgerät erst kurze Zeit währt. Bei *Merkel* heißt es dazu: „Befindet sich die 30-jährige ... schon auf dem Weg zur Klinik und ist sie dem Team der Intensivstation bereits angekündigt, bevor der soeben eingelieferte 80-jährige angeschlossen werden konnte, dann darf die Situation wie die einer gleichzeitigen Ankunft beider behandelt werden: Als Fall der wenig problematischen ex ante-Triage.“¹⁵

Hier erkennt man, dass die Gegner einer Rechtfertigungslösung in Wahrheit auch Bedenken hinsichtlich einer rigorosen Verneinung einer Zulässigkeit der Triage in derartigen Fällen hegen. Dabei muss man sich bewusst machen, dass selbstverständlich auch in dem von *Merkel* geschilderten Fall der lebenserhaltende Apparat dem 80-jährigen nicht etwa nur vorenthalten, sondern aktiv weggenommen wird. Abgesehen

14 LINDNER, *medstra* 2020, 199.

15 MERKEL, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/beatmung-in-der-medizin-eine-frage-von-recht-und-ethik-16710882.html>, zuletzt abgerufen am 30.11.2020.

davon erscheint es auch willkürlich, den Zeitpunkt einer möglichen aktiven Beendigung davon abhängig zu machen, ob die Patientin im geschilderten Fall bereits angekündigt war oder nicht. Soll die 30-jährige wegen Ankündigung ihrer Einlieferung tatsächlich Vorrang vor einem 20-jährigen Patienten haben, der möglicherweise noch früher als sie am Krankenhaus eingeliefert wird, aber aus Versehen von den Sanitätern des Rettungswagens nicht angekündigt wurde. Dies alles sind Unterscheidungen, die in eine zusätzliche Rechtsunsicherheit führen und Ärzten keine brauchbaren Verhaltensregeln zur Seite stellen. Wenn überhaupt, dann müsste die Tatsache der kurzen Zeitspanne, die den 80-jährigen nur zufällig bevorzugt hat, das ausschlaggebende Kriterium sein. Jedoch würde sich dann die weitere Frage stellen, wie viel Zeit verstrichen sein darf, damit eine ex post-Triage noch gerechtfertigt vorgenommen werden darf.

Die voranstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Vieles für eine Rechtfertigung des Arztes auch bei der sogenannten ex post-Triage spricht. Dabei soll hier nicht verkannt werden, dass das Unbehagen, das bei einer Rechtfertigung einer „tätigen“ Beendigung eines Lebens empfunden wird, mehr als verständlich ist. Wer aber den Weg einer Rechtfertigung in einer solchen Situation nicht beschreiten will, der muss den Beginn einer Behandlung durch den Arzt letztlich als unumkehrbare Entscheidung für eine Weiterbehandlung begreifen, auch wenn die Überlebenschancen des bereits Behandelten eindeutig geringer einzuschätzen sind als diejenigen des bislang noch nicht behandelten, neu ins Krankenhaus eingelieferten Patienten. Ob eine solche Sicht der Dinge den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird, denen sich der Arzt angesichts eines aus den Fugen geratenen Gesundheitssystems gegenüber sieht, wird man bezweifeln können. Denn in einer solchen Situation einer Überstrapazierung von Ressourcen wird die Aufnahme von Patienten auch nach der Verkehrsauffassung nicht mehr bedingungslos erfolgen. Vielmehr kann in einem solchen Fall ab einem gewissen Zeitpunkt ohnehin jede Aufnahme der Beatmung nur noch unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit. Die Zustände, die in Italien zum Teil herrschten, bestätigen dies nur zu anschaulich.

Die Gegner einer Rechtfertigungslösung müssen dagegen letztlich allein die Tatsache in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen, dass der bereits behandelte Patient durch das Gerät eine Überlebens-

chance erhalten hat, die durch Abstellen des Gerätes aktiv und damit unzulässig beendet wird. Danach müsste man sich aber auf den rigorosen und schwer erträglichen Standpunkt stellen, dass die Entscheidung des Arztes zur Einleitung der maschinellen Beatmung bei noch gegebenen Überlebenschancen unumkehrbar ist und der bereits angeschlossene Patient gerade deshalb in Wahrheit nicht mehr mit dem neu eingelieferten Patienten konkurriert. Dem läge der Sache nach die Vorstellung zugrunde, dass die Maschine gewissermaßen zu einem – wenn auch künstlichen – Bestandteil des bereits mit ihr versorgten Organismus geworden ist.

Der soeben angesprochene Gesichtspunkt dürfte tatsächlich der wahre Grund dafür sein, weshalb sich nach wie vor ein großer Teil der Literatur mit einer Rechtfertigungslösung so schwer tut. Interessant ist dabei allerdings, dass die Vorbehalte gegenüber der Rechtfertigungslösung vermutlich nur im Krankenhaus bestehen. Dies hängt mutmaßlich damit zusammen, dass der Eindruck vorherrscht, der Patient müsse bei einer eingeleiteten Krankenhausbehandlung mit bereits angeschlossenen Geräten eine gesicherte Rechtsposition erhalten haben. In dem schon soeben (unter II.1.c) geschilderten Beispiel, in dem ein Laie oder ein Arzt an einer Unfallstelle mit zahlreichen Verletzten vorbeikommt und eine manuelle oder maschinelle Beatmung mit einem tragbaren Beatmungsgerät beginnt und sich sodann doch noch zu Gunsten eines anderen Unfallopfers umentscheidet, dessen Aussichten er nun entgegen seiner ursprünglichen Prognose höher einschätzt, fällt eine Rechtfertigung eines solchen Abbruchs der Behandlung ersichtlich weniger schwer. Dies zeigt, dass es offenbar die festverbundene Maschine ist, die zu dem Eindruck eines „Gesamtorganismus“ verleitet und dadurch zu der Schlussfolgerung verführt, als handele es sich um ein gänzlich anderes Phänomen, dessen Rechtfertigung ausgeschlossen sei. Überzeugend ist eine solche Zentrierung der Überlegungen auf den Gesichtspunkt der Krankenhausaufnahme sowie des bereits erfolgten Anschlusses an das Beatmungsgerät freilich nicht, da diese Vorgänge im Falle der Ressourcenknappheit ersichtlich unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit stehen, wie bereits soeben erläutert wurde.

2. Die Entschuldigungslösung

a) Zur Möglichkeit einer Strafbefreiung kraft übergesetzlichen verantwortungsausschließenden Notstands

aa) Mögliche Verantwortungsausschließungsgründe

Wer den Weg einer Zubilligung von Straflosigkeit auf der Grundlage rechtfertigender Pflichtenkollision – sei es auch über den Gedanken der Zerstörung einer Überlebenseinheit von Mensch und Maschine (dazu soeben – nicht gehen will, der steht freilich vor der weiteren Frage, ob derartige Eingriffe nicht wenigstens entschuldigt sein können. Der Ethikrat wollte eine solche Möglichkeit zumindest nicht ausschließen, wenn es in seiner Stellungnahme kryptisch heißt: „Wer in einer solchen Lage eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt, kann im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen.“¹⁶

Dies klingt zunächst nach einer Entschuldigung auf der Grundlage einer dem Arzt in kritischen Situationen zustehenden Gewissensentscheidung, die im Fall Wittig in einem Fall Anerkennung gefunden hat, in dem eine schwerkranke alte Frau einen Suizidversuch unternommen und ausdrücklich den Wunsch geäußert hatte, nicht gerettet werden zu wollen. Der an das Sterbebett tretende Arzt kam dieser Bitte nach, da erkannte, dass eine Rettung mit schwersten Hirnschäden und dauerhaftem Dahinsiechen seiner Patientin erkaufte werden müsste. Der BGH hat in dieser Situation das Unterlassen der Rettung ausnahmsweise kraft ärztlicher Gewissensentscheidung entschuldigt.¹⁷ Die Übertragung dieser Lösung auf die hier vorliegenden Fälle der Triage erscheint aber schon deshalb problematisch, weil es sich um einen Konflikt handelt, in dem das Gewissen des Arztes sicherlich für beide Patienten schlagen wird, so dass es einer tragfähigen Begründung bedarf, die einen Verantwortungsausschluss für das Treffen einer Auswahlentscheidung plausibel machen kann.¹⁸

¹⁶ <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>, S. 4, zuletzt abgerufen am 30.11.2020.

¹⁷ BGHSt 32, 367, 381.

¹⁸ Gegen das Eingreifen eines allgemeinen Entschuldigungsgrundes der «ärztlichen Gewissensentscheidung» daher im Ergebnis auch WALTER, GA 2020, 675.

Dabei greift augenfällig nicht der Entschuldigungsgrund des § 35 StGB, sofern der Arzt nicht zufällig einen Angehörigen oder eine nahe stehende Person auf seinem Krankenbett liegen hat.¹⁹

Jedoch wäre die Frage nach einem übergesetzlichen Verantwortungsausschluss zu stellen, dessen grundsätzliche Existenzberechtigung in der Literatur breite Anerkennung gefunden hat,²⁰ auch wenn eine Befürwortung dieser Rechtsfigur in der Rechtsprechung noch aussteht.²¹

bb) Der übergesetzliche entschuldigende Notstand im Spiegel der Literatur

In der Literatur wird aber selbst von prinzipiellen Anhängern dieses Rechtsinstituts ein übergesetzlicher verantwortungsausschließender oder entschuldigender Notstand für die hier geschilderte Problematik vielfach verneint.

So heißt es etwa bei *Tonio Walter* mit Bezug auf diese Rechtsfigur: „Anschauliches Beispiel ist der Abschuss eines von Terroristen entführten Passagierflugzeugs, das in ein Hochhaus oder vollbesetztes Fußballstadion zu fliegen droht. Es geht dann darum, aus einer Gruppe von Menschen, die allesamt dem Tod geweiht sind, eine Teilgruppe zu töten, um wenigstens die anderen überleben zu lassen. Dabei kommt niemand zu Schaden, der andernfalls unbehelligt geblieben wäre, und es überleben mehr Menschen als ohne die Tathandlung. Das ist beides anders, wenn einem Patienten mit Überlebenschance das Beatmungsgerät zu Gunsten eines anderen weggenommen wird: Der Patient, der getötet wird, hätte andernfalls womöglich überlebt. Und der Patient, der das Gerät bekommt, wird erstens nicht sicher gerettet und sorgt zweitens, auch wenn er es schafft, nicht zwingend für eine positive Gesamtbilanz. Denn es hätte eben auch sein können, dass der Getötete Patient durchgekommen wäre. Das ist alles so weit weg vom übergesetzlichen ent-

19 So zu Recht auch LINDNER, *medstra* 2020, 200.

20 Ausführlich dazu ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 146 ff. (vgl. dort – Rn. 156 ff. – auch zur Unterscheidung zwischen übergesetzlichen Verantwortungs- und übergesetzlichen Schuldasschluss; JÄGER, *ZStW* 115 (2003), 786; GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., § 6 Rn. 196.

21 LINDNER, *medstra* 2020, 200 verfolgt diesen Aspekt gerade wegen fehlender Rechtsprechung nicht weiter; jedoch dürfte sich die Tatsache eines fehlenden Rechtsprechungsbelegs weniger aus dem heute noch fehlenden Willen zur Anerkennung dieses Rechtsinstituts erklären als vielmehr aus der fehlenden Gelegenheit zur Entscheidung über derartige Konfliktfälle, die wegen ihres Ausnahmecharakters nur selten vor Gericht gelangen.

schuldigen Notstand, dass sich eine analoge Bewertung nicht eben aufdrängt.“²²

Walter meint weiter, dass die Anerkennung dieses Entschuldigungsgrundes hier auch nicht angezeigt sei, weil dieser auf dem Gedanken der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens beruhe und die Rechtsgemeinschaft wegen der Konfliktsituation Nachsicht übe. Von einer solchen inneren Zwangslage sei aber nicht auszugehen, wenn ein Arzt einem Patienten mit Überlebenschance durch Wegnahme des Beatmungsgerätes tötet, weil er meint, das Gerät habe einem anderen Patienten größeren Nutzen. Allenfalls sei dem Arzt in einem solchen Fall ein minder schwerer Fall des Totschlags nach § 213 StGB zuzubilligen.

cc) Eigene Stellungnahme

Der kategorischen Ablehnung der Einschlägigkeit eines übergesetzlichen Verantwortungsausschlusses in Situationen der hier zu beurteilenden Art ist im Ergebnis entgegen *Engländer* und *Walter* nicht zuzustimmen. Denn die hier geschilderten Fälle zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sich zwei oder mehr Patienten, unter denen eine Wahl zu treffen ist, in einer Todesgefahr befinden und in dieser Lage auf ein einziges Beatmungsgerät angewiesen sind, um zumindest eine Chance auf Überleben zu wahren.

In einer solchen Situation löst es ein Störgefühl aus, wenn ein übergesetzlicher Verantwortungsausschluss nur deshalb verneint würde, weil nicht beide dem sicheren, sondern nur dem möglichen Tod ins Auge sehen. Bei näherer Betrachtung bestätigt sich dieses Störgefühl auch unter dogmatischen Gesichtspunkten. Denn der übergesetzliche verantwortungsausschließende Notstand ist personal und damit täterzentriert an der Tatsache festzumachen, dass sich der Handelnde in einer ethischen Konfliktsituation befindet, in der das Leben des einen unter Aufopferung des anderen gerettet wird. Dabei muss für das Vorliegen einer solchen Konfliktsituation auch schon die Möglichkeit einer Rettung des einen allein auf Kosten des anderen genügen, sodass es genügen muss, dass sich die in Konkurrenz befindlichen Patienten in einer auch nur möglichen Todesgefahr befinden.

²² T. WALTER, GA 2020, 675 f.; im Ergebnis ebenso ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, NJW 2020, 1398, 1401; den Ethikrat zustimmend dagegen HOVEN, JZ 2020, 449, 454.

Beispielhaft denke man hier an den Fall der Trennung von siamesischen Zwillingen, die sich durch die miteinander verbundenen Blutkreisläufe gegenseitig in ihrer Überlebensfähigkeit hindern, sodass eine Spaltung der miteinander verbundenen Organismen durch eine Hochrisikoooperation unumgänglich ist, weil sonst zumindest die Möglichkeit des Versterbens beider gegeben ist.

Wenn sich hier etwa im Verlauf der Trennung der Zwillinge die Gefahr ergibt, dass auch nur möglicherweise beide bei einer bestimmten Führung des trennenden Schnitts versterben könnten, dann kann kein Zweifel daran bestehen, dass sich der Arzt in dieser Situation in einer echten Konfliktlage befindet, die einen tödlichen Schnitt zulasten des einen Zwilling nicht rechtfertigen, aber entschuldigen kann, um wenigstens den anderen Zwilling zu retten. Dabei wird der Arzt sicherlich nach Überlebenswahrscheinlichkeiten vorgehen, um wenigstens ein Baby möglichst sicher vor dem Tode zu bewahren und nicht am Ende den Tod beider verantworten zu müssen.²³ Der Fall zeigt, dass in der Gefahrengemeinschaft keineswegs stets zu verlangen ist, dass alle Beteiligten dem sicheren Tod geweiht sind. Auch die bloße Möglichkeit eines Versterbens beider Zwillinge kann zu einer solchen riskanten Operation Anlass geben und wenn bei einem derartigen Eingriff die Tötung eines der beiden Zwillinge zur auch nur möglichen Lebenserhaltung des anderen erforderlich wird, dann sollte an einer möglichen Entschuldigung des Arztes auch in diesem Fall kein Zweifel bestehen.

Das soeben geschilderte Beispiel zeigt darüber hinaus, dass sich das ethische Dilemma durch Unsicherheiten sogar verstärken kann. Denn gerade der nicht sichere, sondern nur mögliche Tod beider Patienten muss den Arzt in einen tiefen Konflikt stürzen. Denn auch wenn er sieht, dass der an der Maschine bereits angeschlossene Patient noch Überlebenschancen hat, beseitigt dies seinen Konflikt in keiner Weise, wenn er gleichzeitig weiß, dass ein Untätigbleiben trotz besserer Überlebenschancen des neu hereinkommenden Patienten am Ende zum Tod beider Personen führen kann. Nicht tätig geworden zu sein, um wenigstens die Möglichkeit der Rettung des Patienten mit den höheren Überlebenswahrscheinlichkeiten genutzt zu haben, wird bei dem verantwortli-

²³ Vgl. zur Bejahung eines übergesetzlichen verantwortungsausschließenden Notstandes in einem anders gelagerten Fall der Trennung siamesischer Zwillinge auch ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, § 22 Rn. 149 ff.

chen Arzt jedenfalls im Nachhinein schwerste Schuldgefühle auslösen können. Ihn in einer solchen Situation bei rechtsgutserhaltender Tendenz auf die bloße Verwirklichung eines minder schweren Falls des Totschlags nach § 213 StGB zu verweisen, erscheint dabei fast zynisch.

Dass auch bei bestehender Unsicherheit darüber, ob sämtliche in der Gefahrengemeinschaft befindliche Personen totgeweiht sind, ein übergesetzlicher verantwortungsausschließender Notstand in Frage kommen kann, zeigt sich, wenn man den von *Tonio Walter* ins Feld geführten Fall des Flugzeugabschusses (s. soeben) leicht abwandelt:

Ein Suizidpilot meldet aus dem Cockpit, dass er bereit ist, mit seinen 300 Passagieren in ein vollbesetztes Hochhaus mit 1.000 Bewohnern zu fliegen. Unklar bleibt in der Folge, ob der Pilot, der tatsächlich auf ein Hochhaus Kurs hält, auf diese Weise nur einen besonders eindringlichen Hilferuf absetzen will und er in Wahrheit im letzten Moment noch abdrehen wird oder ob er tatsächlich Ernst machen wird.

Soll es hier für eine Entschuldigung des Abschusses wirklich einen Unterschied machen, ob derjenige, der das Flugzeug abschießt, davon ausgeht, dass der Pilot sicher in das Haus fliegen wird und daher alle 1300 Menschen unausweichlich dem Tod geweiht sind oder ob er die Möglichkeit sieht, dass es sich der Pilot im letzten Moment noch anders überlegen wird? Man wird diese Frage verneinen müssen, weil die Konfliktsituationen in beiden Fällen gleichermaßen gravierend sind. Natürlich wird man in einem solchen Fall erwarten dürfen, dass mit einem Abschuss solange wie möglich zugewartet wird, um zu sehen, ob der Pilot tatsächlich Ernst macht. Ist aber der letztmögliche Zeitpunkt für den Abschuss – etwa mit einer Trägerrakete, die mehrere Minuten bis zum Flugzeug benötigt – gekommen, so wird man eine Entschuldigung des Abschusses auch dann für möglich halten müssen, wenn der Pilot hypothetisch im letzten Moment noch abdrehen könnte. Entscheidend sollte auch hier die rechtsgutserhaltende Tendenz in der Konfliktlage sein. Hätte *Walter* Recht, dann müsste derjenige, der das Flugzeug abschießen könnte, den Dingen in einem solchen Fall seinen Lauf lassen. Dies aber würde bedeuten, dass man diejenige Person, die die Träger-rakete hätte abschießen können, mit dem Gefühl der Verantwortung des Todes von 1300 statt 300 Opfern leben ließe, wenn der Pilot seine Ankündigung am Ende tatsächlich in die Tat umsetzt. Einem humanen, am

Schuldgrundsatz orientierten Strafrecht entspräche eine solche Sicht der Dinge jedoch gewiss nicht.

Im Übrigen sollte sich die Möglichkeit einer Entschuldigung auch in Fällen der Unsicherheit schon aus einem erst Recht-Schluss ergeben. Denn Fälle der Triage sind schon ihrem Wesen nach durch Unsicherheiten gekennzeichnet. An einer Unfallstelle wird der Arzt beispielsweise häufig die Überlebenschancen der Verletzten nicht sicher einschätzen können. Findet er in dieser Lage zwei Verletzte vor, die ohne Behandlung auch nur möglicherweise sterben, und entschließt sich der Arzt in diesem Fall, eine Person zu behandeln, weil die Behandlung beider nicht möglich ist, so sind wir bereit, eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision anzunehmen, auch wenn sich im Nachhinein nicht mehr feststellen lässt, ob die behandelte Person unter Umständen auch überlebt hätte, wenn sich der Arzt dem anderen Verletzten zugewandt hätte. Eine rechtfertigende Pflichtenkollision muss in diesem Fall möglich sein, weil schon nach dem in dubio pro reo-Grundsatz in einem solchen Fall zu Gunsten des Arztes zu unterstellen wäre, dass die von ihm behandelte Person nicht überlebt hätte. Gerade wegen der Geltung des Zweifelsgrundsatzes wäre dies also kein Fall eines Erlaubnistatbestandsirrtums wegen irriger Annahme der Voraussetzungen einer Pflichtenkollision.

Am Ende ist daher in derartigen Situationen eine Rechtfertigung der Unterlassung der Rettung des anderen auch dann zu bejahen, wenn die behandelte Person trotz des Einsatzes des Arztes verstirbt. Insoweit ist Unsicherheit dem Erfordernis der Triage immanent. Die Tatsache, dass wir bereit sind in einer solchen Situation über eine Rechtfertigung zu sprechen, sollte dann aber erst recht Anlass zu Überlegungen für eine Verneinung der Schuld im weiteren Sinne²⁴ auf der Grundlage eines übergesetzlichen Verantwortungsausschlussgrundes geben.

b) Das Nothilferecht als scheinbare Folge einer Lösung über den Verantwortungsausschluss

Von denjenigen Autoren, die in der Literatur eine Anerkennung einer rechtfertigenden Pflichtenkollision auch für die ex Post-Triage verlan-

²⁴ Vgl. zu der Notwendigkeit der Anerkennung einer Schuld im weiteren Sinne, die auf der Befürwortung eines Verantwortungsausschlusses kraft fehlender spezial- und generalpräventiver Bestrafungsnotwendigkeit beruht, näher ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, § 19 Rn. 5

gen, wird der Vorteil gegenüber einer Schuldlösung vor allem darin gesehen, dass gegenüber dem Arzt, der einen Rechtfertigungsgrund auf seiner Seite weiß, keine Nothilfe geübt werden kann. So hat etwa *Kubiciel* gegen eine Entschuldigungslösung eingewandt: „Wenn wir die Tat des Arztes nur entschuldigen, dürfte der Ehemann den Arzt niederschließen, wenn Letzterer im Begriff ist, seine Frau vom Beatmungsgerät zu trennen. Das kann nicht sein.“²⁵

Tatsächlich ist die versagende Nothilfeprobe ein ausschlaggebender Grund, weshalb diejenigen Stimmen in der Literatur, die eine Straffreiheit des Arztes befürworten wollen, dieses Ergebnis über eine Rechtfertigungslösung zu erreichen suchen: Der Arzt soll sich in der für ihn so schwerwiegenden Konfliktsituation keiner gewaltsamen Nothilfe Dritter gegenübersehen.

Ob allerdings mit der Bejahung eines bloßen Verantwortungsausschlusses die Konsequenz eines Nothilferechts Dritter zwingend zu ziehen wäre, erscheint dogmatisch fragwürdig. Denn es würde damit übersehen, dass sich in der Literatur eine funktionale Deutung des Schuldbegriffs etabliert hat, die weit über das Verständnis der Schuld im Sinne von „Vorwerfbarkeit“ oder „Zumutbarkeit andersartigen Handelns“ hinausgeht. Vielmehr hat sich in der neueren Strafrechtsgeschichte ein duales Schuldverständnis entwickelt, das in der Literatur eine wachsende Anhängerschaft gefunden hat.²⁶ Danach ist die Systemkategorie der Schuld, beruhend auf der „normativen Ansprechbarkeit“ des Menschen, um das Element der „präventiven Sanktionsnotwendigkeit“ zu ergänzen und als Verantwortlichkeit zu bezeichnen. Die Unterscheidung zwischen Schuldausschließungsgründen im Sinne einer fehlenden normativen Ansprechbarkeit und Verantwortungsausschließungsgründen im Sinne fehlender präventiver Bestrafungsnotwendigkeit muss dabei auch Auswirkungen auf das Nothilferecht Dritter haben. Denn mit dieser Differenzierung wird anerkannt, dass es Schuldausschließungsgründe gibt, die auf fehlender normativer Ansprechbarkeit beruhen und ein Nothilferecht Dritter unberührt lassen. So verhält es sich etwa, wenn ein Täter im Zustand einer krankhaften seelischen Störung auf sein Opfer losgeht, um dieses zu töten. Hier muss ein Dritter ein Not-

25 Vgl. KUBICIEL auf Twitter (https://twitter.com/m_kubiciel/status/12431090war66878136320) [7.4.2020]

26 Näher dazu ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, § 19 Rn. 1 ff. m.w.N.

hilferecht zugunsten des angegriffenen Opfers haben. Andererseits gibt es nach diesem dualen Schuldverständnis aber auch Verantwortungsausschlussgründe, die auf einem Verständnis der Gesellschaft für den Täter beruhen. Dies ist etwa der Fall, wenn der Täter in einem gesetzlichen oder übergesetzlichen entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB direkt oder analog handelt. Die Gesellschaft hat hier für den Täter in seiner Konfliktsituation Verständnis und verzichtet daher auf Strafe, gerade weil der entschuldigende Notstand auf einer sozialemischen Konfliktlösung beruht. Dann aber muss dieser Gesichtspunkt als sozial-ethische Einschränkung des Notwehrrechts zu einem Ausschluss der Nothilfebefugnis führen. So gesehen ist die Folge einer Lösung über den Verantwortungsausschluss weniger weit von der Rechtfertigungslösung entfernt, als dies zunächst den Anschein hat. Lediglich das Notwehrrecht des von der Tat des Arztes bedrohten Patienten bliebe nach dieser Auffassung in vollem Umfang erhalten. Denn dieser bedrohte Einzelne hat selbstverständlich das gesellschaftliche Verständnis nicht in gleicher Weise zu teilen, da er gerade kein Extraneus, sondern ein unmittelbar von der Tat Betroffener ist. Jedoch ist sein Notwehrrecht in den hier zu beurteilenden Fällen nur theoretischer Natur, da die Ausübung dieses Rechts angesichts des Zustands der Patienten ohnehin nicht infrage kommen wird.²⁷ Das Nothilferecht Angehöriger ließe sich dagegen in derartigen Fällen durchaus realisieren. Eine Anerkennung eines solchen Nothilferechts wäre aber in höchstem Maße unbefriedigend. Denn das Recht darf nicht einerseits einer Konfliktpartei (hier dem Arzt) die Möglichkeit einräumen, den Konflikt in einer bestimmten Weise zu lösen, und gleichzeitig Dritte (hier etwa Angehörige) zur Konfliktlösung in entgegengesetzter Richtung aufrufen.²⁸

C. Fazit

Mein Beitrag, der dem Jubilar mit den herzlichsten Glückwünschen zu seinem Geburtstag gewidmet ist, sollte zeigen, dass einem Arzt im An-

²⁷ Vgl. zu dieser Konsequenz eines dualen Schuldkonzepts bereits *Jäger*, ZStW 115 [2003], 788 f.; *DERS.*, *Festschrift für Beulke*, 2015, 127, 129 ff.; *DERS.*, *Festschrift für Rogall*, 2018, 185 ff.; kritisch dagegen zu sozialemischen Einschränkungen des Nothilferechts durch Verantwortungsausschlussgründe *PAWLIK*, JZ 2004, 1045 ff.

²⁸ *JÄGER*, ZStW 115 [2003], 787, 789; mir zustimmend *ROXIN*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl. 2004, § 22 Rn. 151; bei *ROXIN/GRECO*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Aufl. 2020 findet sich hierzu jedoch – soweit ersichtlich – keine entsprechende Positionierung mehr.

gesicht eines kollabierenden Gesundheitssystems eine Auswahl unter Patienten, die in Konkurrenz um einen Beatmungsplatz stehen, gerechtfertigt möglich sein sollte. Die erschreckenden Zustände, mit denen italienische Notaufnahmen im Zuge der Coronapandemie konfrontiert waren, zeigen dies in eindrücklicher Weise. Dabei sollte eine Rechtfertigung sowohl bei der sogenannten ex ante-Konkurrenz als auch bei der ex post-Konkurrenz in Betracht gezogen werden. Aber selbst wenn man eine Rechtfertigung im Fall der ex post-Triage nicht zulassen will, so sollte wenigstens die Möglichkeit eines entschuldigenden Verantwortungsausschlusses bejaht werden. Denn Entscheidungen der geschilderten Art stürzen den Arzt in schwerste Gewissenskonflikte, sodass eine strafrechtliche Haftung seinem Ringen um möglichst viele Überlebende sicherlich am wenigsten gerecht würde.

REWRITING HUMAN RIGHTS: LYOTARD AND THE OTHER'S RIGHTS

Peter Langfor

1. Introduction

The appearance and consideration of the notion of human rights, in Lyotard's thought, emerges from a rethinking and reworking of the character of reflection upon the notions of the modern and the postmodern. It is a rethinking and reworking involving the rejection of the form of reflection, articulated in *The Postmodern Condition*¹, based upon the presupposition of a distinct socio-cultural era of the modern which is succeeded by an equally distinct era of the postmodern. The rejection is, simultaneously, the rejection of a critical practice animated by the identification of a number of diverse socio-historical changes as signs of a new 'condition' beyond the modern.

In this redefinition of critical practice, the relationship between the modern and the postmodern is restated as one in which the preliminary outlines of the postmodern are constituted by specific framework of reflection upon the modern. Within this framework, critical practice is restated as a form of reflection which is intimately intertwined with a rewriting of the modern or modernity². The 'postmodern condition' now emerges from this rewriting, and is marked by a diversity of modes of writing³ which respond to a double concern: to articulate the lack of legitimacy of the modern project and to respond to the question of "how to live, and why"⁴. It is within the parameters of this double concern that Lyotard's thought engages with the notion of human rights, through a mode of writing which commences from an extended meditation upon a single passage from Hannah Arendt's *The Origins of Totalitarianism*⁵.

1 J.F. LYOTARD, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, Manchester University Press, 1984.

2 J.F. LYOTARD, *The Inhuman. Reflections on Time*, Polity Press, 1991, p. 26.

3 As exemplified by the comparison of the form, style and mode of argumentation in J. F. LYOTARD, *The Differend. Phrases in Dispute*, Manchester University Press, 1988, J.F. LYOTARD, *The Postmodern Explained to Children. Correspondence 1982-1985*, Turnaround, 1992, and J.F. LYOTARD, *Postmodern Fables*, University of Minnesota Press, 1997.

4 J.F. LYOTARD, *Postmodern Fables*, p. vii.

5 H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt and Brace, 1979.

2. Rewriting Arendt

Lyotard's *The Other's Rights*⁶ is a rewriting of the modern notion of human rights which is initiated by the extraction of a single passage – “It seems that man who is nothing but a man has lost the very qualities which make it possible for others to treat him as a fellow man”⁷ – from Arendt's *The Origins of Totalitarianism*. This involves a radical gesture⁸ which detaches this passage from its immediate textual context, and the chapter structure, within Arendt's work. This, in turn, extracts it from its position and function within Arendt's historico-political approach to the critique of the modern notion of human rights⁹.

This initial freeing of the passage, effected by quotation, then enables it to be placed within another context, through which its meaning is to be interrogated and rewritten. This context emerges from Lyotard's constitution of this quotation as the definition of the

“fundamental condition of human rights: A human being has rights only if he is other than a human being. And if he is other than a human being, he must in addition become an other human being. What makes human beings alike is the fact that every human being carries within him the figure of the other. The likeness that they have in common follows from the difference of each from each.”¹⁰

This fundamental condition of human rights arises within the context of the constitution of the identity and difference of a particular human

6 J.F. LYOTARD, 'The Other's Rights', in S. SHUTE and S. HURLEY, eds., *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993*, Basic Books, 1993, pp. 135–148.

7 J.F. LYOTARD, 'The Other's Rights,' p. 136. The quotation is from ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, p. 300.

8 LYOTARD would, however, view this not as radical, but as the divergence which is expected in relation to writing since “the [original] work expects...an écoute that diverges from established tradition.” J.F. LYOTARD, 'A Bizarre Partner', in *Postmodern Fables*, p. 138.

9 The passage is taken from chapter nine of *The Origins of Totalitarianism*, which is organised by a division into two subheadings. These two subheadings indicate the manner and development of Arendt's argument in which the historico-political phenomena of the 'nation of minorities' and stateless people (the first chapter subheading), which emerged in the period between the end of the First World War and the beginning of the Second World War, created profound difficulties for the modern notion of human rights – the phenomenon of the perplexities of the rights of man (the second chapter subheading, and location of this passage).

10 J.F. LYOTARD, 'The Other's Rights,' p. 136.

being in relation to all other human beings. It is these relations of identity and difference which form the basis upon which Lyotard determines that a particular human being is an entity to whom rights may be accorded.

This determination is produced by the derivation of a notion of right from these relations of identity and difference. The derivation is initiated by representing these relations as the 'figure of the other' and, in this form, placing them into question - "What is the figure of the other in me, on which it is said, my right to be treated as a human being rests?"¹¹

3. The Origin of the Figure of the Other

The figure of the other is to be sought by taking the phrase "nothing but a man", from the quotation from Arendt, and establishing the character of this minimal entity termed "man". "Man", reduced to "nothing but a man", is the consideration of the human being at the level of evolutionary biology. The entity termed "man" is simply a specimen of one animal species – *Homo sapiens* – which "in the struggle for life enacted in the theatre of the world...has emerged victorious over all other species"¹². The presence of identity and difference is confined to the minimal relationship, within *Homo sapiens*, between specimen and species which is itself set within a hierarchy of animal species.

The minimal distinction between the human being and other animal species is rendered more substantial once the type of communication between human beings is contrasted with that of animals. Animals communicate through a "signal-based language" which is a direct expression of their "affective states" flowing from "the five senses and motility"¹³. This language is essentially composed of "sensory signals" which display a transparent and unmediated relationship with instinct which, in turn, is "determined by the genetic stock common to the [particular] species"¹⁴.

11 Op. cit. at p. 136.

12 Op. cit. at p. 136.

13 Op. cit. at p. 137. While Lyotard refers to the Aristotelean term *pathemata* to designate this signal-based animal language, the usage of this term is effectively one of citation which displays no wider engagement with the complexity of Aristotle's work on animals, nor recognition of the ascription of the term *political* (*politikon*) to both man and animals. See on this, J. L. LABARRIÈRE, *Langage, vie politique et mouvement des animaux. Etudes aristotéliennes*, Vrin, 2004.

14 Op. cit. at p. 137.

Human language has differentiated itself from animal language through the emergence of a sign-based communication. This now exists in combination with a signal-based communication. In this combination, the sign-based form is dominant, and confines the signal-based form to a subsidiary role. The dominance of sign-based communication represents a human language which is marked by the separation of language from a direct and transparent relationship with instinct. Human language, as sign-based, is autonomous from instinct; and this autonomy is, simultaneously, the essentially arbitrary character of the sign¹⁵.

The arbitrary character of the sign, while marking the difference of sign-based communication from signal-based communication, is not itself the basis for the derivation of the 'figure of the other'. This is initiated by shifting the context of consideration of the sign from reference and signification to interlocution – the use of language. The autonomy of the sign in relation to instinct entails that an automatic connection between human speakers does not exist, and this has to be actively established through interlocution. The capacity for a sign to refer or signify is dependent upon the utterance of a sentence which is "destined to someone or something"¹⁶. This sentence is uttered with the intention that it be met with a response – the speaker wishes to create an intersubjective relationship in which the hearer subsequently responds.

This context of interlocution, and not the arbitrary character of the sign, is the fundamental difference between signal-based and sign-based communication, as it reveals the relationship of identity and difference between human beings. The form in which interlocution is undertaken, in addressed speech, reveals this relationship through the function of "verbal 'persons' and personal pronouns"¹⁷. Their designative function – the separation of human beings into the roles of the speaker and the hearer of a particular utterance – introduces a difference which is simultaneously one of identity. For, the division into these particular roles of speaker and hearer, within a context of intersubjective interlocution,

15 This article marks a departure from Lyotard's theory of language in *The Differend*. For, it uses the distinction between (animal) signal-based language and (human) sign-based language in place of the identification an origin in an entity - 'the phrase' – which resists being placed into doubt. See: J.F. LYOTARD, *The Differend*, p. xi.

16 Op. cit. at p. 137.

17 Op. cit. at p. 137.

is merely the expression of an aspect of a more basic capacity or potentiality of a human being to adopt either role. The inherent substitutability of the role of speaker and hearer, within sign-based communication, entails that any speaker, by addressing her/his speech to another human being, recognises that other human being as both (present) hearer and (future) speaker. This recognition is the form in which the figure of other is present in the human being.

The figure of the other, which originates in the use of sign-based language, determines whether “man” is to be confined to being “nothing but a man”. The capacity to use sign-based language is the acquisition of the potential to be both a speaker and a hearer. This capacity, and the potential that its acquisition confers, flow from the “structural characteristics” of interlocution which are common to “all human languages”¹⁸. These, thereby, establish that this capacity to engage in interlocution, through the medium of sign-based language, is the origin from which a right to be treated as a human being can be derived.

4. The Initial Derivation of the Right

The potential to engage in interlocution, contained in Lyotard’s wider description of the development of human language, is presented as a natural fact of all human language. This presentation establishes the status of the origin, from which the right to be treated as a human being is to be derived, as one which is the innate and fundamental foundation of every human’s practical identity. The attribution of this status is the corollary of Lyotard’s underlying theory of language which is informed by the tradition of pragmatics.

This tradition¹⁹ understands itself to approach the delineation of its theory of language from an essentially descriptive perspective. The choice of a descriptive perspective is necessitated by a primary focus which refuses to recognise a fundamental distinction between language and speech. This refusal entails that linguistic meaning cannot be established by the application of a theory of meaning which operates through the exclusion of the particular context in which the linguistic exchange occurred.

18 Op. cit. at p. 139.

19 Here, drawing on F. RECANATI, *Literal Meaning*, Cambridge University Press, 2004.

For, the exclusion of this context is the creation of the initial distinction between language and speech. This is then reinforced by confining the attribution of meaning to the application of a theory of meaning to a particular linguistic exchange. Hence, in order to prevent the creation of this distinction, a theory of language, which proceeds from these pragmatic principles, cannot ascribe to itself the status of a metalanguage which transcends the context in which language, as speech, is used.

Lyotard maintains this essentially descriptive perspective but, in contrast to the pragmatic tradition, confines the focus of this perspective to the “structural characteristics” that render any sign-based, linguistic exchange possible. This descriptive perspective, therefore, identifies these “structural characteristics” as the fundamental context in which human interlocution is undertaken. It identifies the substitutability of the positions of ‘I’ and ‘You’ in interlocution as the fundamental component of the general practical identity of the human being. This general practical identity underlies all of the particular sign-based linguistic exchanges in which a human being engages.

It is this general practical identity of the human being which, as an innate human capacity, is the foundation from which the right to be treated as a human being is derived. The initial derivation of this right consists in ascribing to this innate human capacity the freedom to engage in interlocution with other humans. The derivation seeks to achieve a passage from an innate capacity as an abstract potentiality to an innate capacity as a concrete entitlement to engage in interlocution.

This passage is presented negatively, by Lyotard, as the suffering caused to a human speaker when this innate capacity is restricted. The seriousness of this suffering depends upon the degree of restriction upon this capacity. If the capacity is limited, then the suffering is characterised as that of the infliction of a harm. This categorisation recognises that while the particular speaker’s capacity has been limited, it has not resulted in a total prohibition upon the exercise of this capacity. However, if the capacity is forbidden, the suffering is transformed into a wrong. This wrong, in which “[t]o no one is he any longer someone other, nor is anyone now his other”²⁰, is composed of two aspects: the separation from other interlocutors and the inability to communicate this separation.

20 J.F. LYOTARD, *The Other’s Rights*, p. 141.

This negative presentation of the derivation of the initial right to be treated as a human, through the description of the suffering caused by the restriction of this innate capacity, establishes a normative status for this initial right. The normative status is this experience of suffering caused by any limitation or prohibition placed upon this innate capacity. This experience is the negative presentation of the positive right to be treated as a human being. The connection between this negative presentation and this positive right is one which ought to be binding because human beings, as interlocutors, ought to recognise the value of this innate capacity in all other human beings.

The normative status accorded to this initial right is one which entails a gap between this innate capacity and its realisation as a right. The negative presentation recognises that human beings do not experience this right as binding simply because humans are characterised by the substitutability of positions of interlocution. The identification of this innate capacity does not of itself generate the passage between potentiality and entitlement on the part of a human being. It is only through the presentation of the suffering, which ensues from the limitation or prohibition of this innate capacity, that the recognition of this passage can be generated. The initial right to be treated as a human, therefore, does not of necessity apply to this innate capacity. It has a weaker status which inheres in an additional process of reflection upon the consequences, for a human speaker, of the frustration of the exercise of this innate capacity.

This weaker status of the normative foundation of the initial right can only be strengthened by the transformation of the process of reflection into a prescription. The transformation affects the character of the obligation by replacing one emerging from cognitive deliberation with one of increased immediacy. In place of engendering a process of reflection, through a mode of negative presentation, is a positive obligation stated in the form a prescription: "Thou shalt not kill thy fellow human being"²¹.

This transformation does not render the innate capacity capable of generating the passage from potentiality to entitlement. It merely alters the

21 Op. cit. at p. 136. For Lyotard, this obligation is predicated upon a particular understanding of the meaning of killing a human being: "To kill a human being is not to kill an animal of the species *Homo sapiens*, but to kill the human community present within him as both capacity and promise. And you also kill it in yourself." Op. cit.

effectiveness of the recognition of the value of this innate capacity, by changing the form in which this recognition ought to occur. The normative status of the initial right remains, and it is only the character of the gap between this innate capacity and its realisation as a right which is modified.

This normative status reflects Lyotard's insistence that this innate capacity can only produce "an *effect of right* (*un effet de droit*)"²². This semblance of a right is generated by an inflation of the status of this innate capacity in which capacity is confused with entitlement, or, more abstractly, fact with right. The gap between capacity and entitlement, which the derivation reveals, marks the point of transition where Lyotard renders this gap more complex. This, in turn, qualifies the status of the initial derivation of the right to be treated as a human.

5. The Reformulation of the Right

The normative status, resulting from the initial derivation, is the preliminary condition for a further stage in the elaboration of the right to be treated as a human. The gap which this normative status establishes is maintained, but it is not in itself considered sufficient to encapsulate the right. The initial derivation is, thereby, accorded the function of merely detaching the right from all conceptions of natural right which would equate capacity with entitlement. This process of detachment then becomes the basis for a further reformulation of the nature of the passage between capacity and entitlement.

This reformulation involves a reconceptualisation of this passage through the introduction of the notion of the legitimisation of speech²³. The passage engendered by the *effect of right*, flowing from a normative status, is interrupted by the introduction of a notion which is external to this initial derivation. It involves the placing of an additional or third term – legitimisation – between the original terms of capacity and entitlement. The introduction of this third term is the corollary of a reconceptualisation of the speaking subject. This displaces its self-sufficiency at the level of pragmatics through the introduction, within the subject, of a fundamental disjunction, between the self and the Other.

22 Op. cit. at p. 140.

23 Op. cit. at p. 143.

The connection between these two aspects is established by expressing this notion of the legitimation of speech in the form of an obligation. The mode of passage, for a human speaker, between capacity and entitlement is reconfigured as conformity to the obligation imposed by the notion of legitimation. This obligation relates to the content of the particular sentences or phrases which the speaker, at that point in the role of *I*, addresses to the hearer, at that point in the role of *You*. It imposes upon the speaker the obligation "to announce to those others [hearers] what they do not know"²⁴. The speaker is, therefore, required to reflect upon what he or she will say, prior to its articulation through the medium of sign-based human language. This obligation to reflect seeks to displace the primacy of the pragmatic self, and the self-sufficiency of the intersubjective interlocutory relation, and to reveal a more fundamental division within the subject between the self and the Other.

The imposition of this obligation may necessitate a period of silence, and this is distinguished from the suffering caused by the limitation or prohibition upon the innate capacity. It is a withdrawal from interlocution which is an integral part of this passage from capacity to entitlement. For, it marks an interruption of the interlocutory relation which causes the human speaker to seek the foundation for that relation beyond the pragmatic self.

This foundation within the subject is to be sought in the deeper relation between the self and the Other. The relationship between these two terms is characterised by a lack of transparency of the Other to the self. This lack of transparency is the expression of a fundamental inequality between the Other and the self, in which the self can never fully grasp the Other. This is experienced, by the human subject, as an internal limit to its innate capacity for interlocution, because the Other can never be made to assume the position of an interlocutor within the self. The intersubjective form of interlocution cannot be replicated, within the subject, as an inner dialogue between the self and the Other.

The revelation of this deeper relation creates an internal differentiation within the subject between this relationship and the pragmatic self of intersubjective interlocution. The primacy of the pragmatic self is displaced and subordinated to this more fundamental relation between the

24 Op. cit. at p. 143.

self and the Other. This, in turn, modifies the relation of intersubjective interlocution, as the speaker's discourse is now a particular, punctual articulation of this fundamental relation. The speaker's discourse is the translation of an isolated and specific point in this relationship into the medium of sign-based human language. It is the transformation of an internal, subjective relationship into one which is external and intersubjective.

The transformation is an announcement that remains determined by the original subjective context of the relationship between the self and the Other. This is marked, in sign-based language, by its negative presentation of this relationship for intersubjective comprehension. The announcement is negative in the immediacy of its lack of comprehension by the hearer. This non-sense of the announcement is, however, temporary to the extent that the hearer is prompted to actively overcome this incomprehension²⁵. The announcement is also negative in the more enduring sense that it is an expression of the lack of transparency in the relationship, within the speaking subject, between the self and the Other.

The internal division within the subject is then the basis upon which the right to be treated as a human is reformulated. In this reformulation, the right to be treated as a human, at the level of interlocution, ceases to centre exclusively upon the passage from innate capacity to entitlement. The loss of this exclusive focus is the acknowledgement that the pragmatic self of intersubjective interlocution is not the sole determinant of the general practical identity of the human being. It is the recognition that the internal differentiation of the human subject constitutes the pragmatic self as the less fundamental determinant of this general practical identity. The more fundamental determinant – the relation between the self and the Other – becomes that which ought to be able to be given expression.

25 Lyotard explicitly acknowledges, in *Postmodern Fables*, that this inevitably confronts the hearer with a dilemma which is inextricably bound to violence: "either you reject the unknown game of your partner, you even reject the fact that it is a game, you exclude it...and seek a valid interlocutor; and this is violence done to the unknown of such a kind that you stop writing or thinking; or else, you do violence to yourself in trying to learn the moves that you do not know that your silent partner imposes...upon the words and sentences. This is called the violence of learning to think or write, which is implied in every education." J. F. LYOTARD, 'A Bizarre Partner', in *Postmodern Fables*, p.145.

This obligation, while it remains normative, concerns the preservation of a realm of subjective experience which is differentiated from intersubjective interlocution. It is a realm which is characterised by the lack of reciprocity between the self and the Other. The lack manifests itself as an experience, by the self, of the Other's predominance and indeterminacy²⁶. It is from the subjective experience within this realm, however, that the pragmatic self can, subsequently, satisfy the obligation to announce to other interlocutors what they do not know.

The introduction of the notion of the legitimation of speech, between the notions of innate capacity and entitlement, modifies the right to be treated as a human being. It qualifies the substitutability of the roles of human interlocution as a necessary, but secondary element in the derivation of this right. This modification is the consequence of the recognition of the fundamental ground of subjectivity as that between the self and the Other. This relationship is one in which the identity and difference between interlocutors is replaced with that of a negative ontology between the self and the Other. It is the preservation of the link between this part of the subject and the pragmatic self of interlocution which represents the reformulation of the right to be treated as a human being.

6. The Reformulated Right in History

The initial derivation of the right to be treated as a human being, from an innate capacity for intersubjective interlocution, enables the right to become historical. The history of this right is the extent of its realisation within particular spaces of intersubjective interlocution. This realisation is effected by the guarantee of the freedom of intersubjective interlocution for any human being within a space of intersubjective interlocution. The guarantee takes the form of civility which, in turn, is the basis for the transformation of this space into the political form of a republic. For, interlocution, in the form of civility, is one in which

26 In 'The Intimacy of Terror', Lyotard describes this experience as "the persistence of the torment for 'sensitive souls', of not being what one is, of being another and of not being that other, of having to answer to that other and for that other, who asks nothing definite...[T]he anguish of which I speak is of another temper than civic concerns. It resists the republic and the system, and its older than them, it protects and flees at the same time the inhuman stranger within us..." J.F. LYOTARD, 'The Intimacy of Terror', in *Postmodern Fables*, pp. 213-214.

“this *we*, the figure of the other remains clearly present to each to the extent that the other is his possible interlocutor. The one and the other can come to an agreement, after reasoning and debate, and establish their community by contract. This is the principle of the Greek *politeia* or the modern *republic*. The citizen is the human individual whose right to address others is recognized by those others”²⁷

This form of interlocution effects this transformation in spaces of interlocution in which the innate capacity is limited. These spaces are marked by the separation of the constitution of the *we* from human interlocution. The *we* is established as both prior to and independent of interlocution. The primacy of this *we* over human interlocution, establishes a communal or a cultural identity as the determinant of interlocutory capacity. This creates a form of interlocution in which an individual must share this communal or cultural identity in order to be able to engage in interlocution. It is the possession of this communal or cultural identity, and not the innate capacity for interlocution, which confers citizenship. The individual is a citizen of a space whose limits are determined by the homogeneity of a particular communal or cultural identity. The homogeneity of this *we* institutes a distinction between human beings which obstructs the realisation of this innate capacity.

Within the citizenry who comprise a particular *we*, interlocution, deprived of its capacity to determine the political form of the community, declines to the level of “signals of recognition”²⁸ of their belonging to this particular communal or cultural identity. This decline is the expression, within the language of those citizens, of the exclusion of

“the alterity implicit in civic interlocution. The other remains alien, and does not enjoy the rights reserved to nationals...The right of interlocution is not granted to every human being. The figure of the other is that of a threat weighing on the national community from without, which cannot help but undermine its integrity.”²⁹

It is within these spaces that the right to be treated as a human being is restricted. This restriction wrongs or harms those whose capacity to address others is limited or forbidden. The limitation of the right to be

27 J.F. LYOTARD, *The Other's Rights*, p. 138.

28 Op. cit. at p. 138.

29 Op. cit. at p. 139.

treated as a human, which these interlocutory spaces impose, is the creation of a homogeneous community through the infliction of suffering upon those who are denied interlocutory participation within it.

The transformation of spaces of intersubjective interlocution into those which guarantee the freedom of intersubjective interlocution is, simultaneously, the reduction of in the number of those who suffer as a result of the restrictions placed upon this freedom. The history of the realisation of this initial right combines the transformation of the political form, in which intersubjective interlocution is exercised, with the generalisation of the freedom of intersubjective interlocution.

The process of transformation itself – the extension of civility – is held to be one which has no intrinsic, internal limit. For, the innate capacity, through the “function of destination inherent in the structure of sentences”³⁰, produces a continual impetus for the dissolution of the existing limits imposed upon intersubjective interlocution. The existing limits are, therefore, simply forms or modes through which this extension will eventually be achieved.

The reformulation of the right to be treated as a human being, through the introduction of the notion of the legitimation of speech, leads to a reconfiguration of the history of the initial right's extension. The initial history of the passage from spaces of restricted interlocution to those which guarantee the freedom of interlocution is maintained. For, this passage is the condition for the revelation of the more fundamental ground of subjectivity represented by the relationship between the self and the Other. The reconfiguration is centred upon ensuring that the republican political form itself does not confine interlocution to a pragmatic self perpetually absorbed in intersubjective interlocution.

In this reconfiguration, the history of the right's extension is supplemented by the history of the expression of the relationship between the self and the Other. The addition of this supplement is the division of the history of the right into two levels. The division creates two modes of history which, while related, are distinct from each other. The transformation of spaces of interlocution into the political form of republican civility ceases to be the sole determinant of the history of the right. The

30 Op. cit. at p. 140.

extension of this political form initiates the possibility for the full emergence of a more fundamental history. This history is that of the expression, through the pragmatic self, involved in intersubjective interlocation, of a particular subject's relationship between itself and the Other.

The political form of republican civility is the guarantee that the space of intersubjective interlocation will remain open. This openness is, however, only the achievement of the first, preliminary level in the history of the right's extension. For, this level is merely the recognition of the innate capacity for interlocation as the right to be treated as a human being. At this level, the political form of republican civility is one centred solely upon the pragmatic self, and the substitutability of the positions of speaker ('I') and hearer ('You'). The maintenance of this exclusive focus renders the openness of this political form a partial achievement. This partial status is only relinquished when the pragmatic self is considered as the medium for the expression of the subject's internal relationship between the self and the Other. The relinquishing of this partial status is the transition to the second, more fundamental level of this history of the right's extension.

The accession to this second level is the guarantee that the political form of the republic will not simply be the freedom of its citizens to address each other. It will be open to the new: the freedom of its citizens to announce an instance of their individual relationship between the self and the Other. The introduction of this openness to the new is the differentiation of the notion of civilization or culture from the guarantee of the freedom of the republic's citizens to address each other. This, in turn, is the acknowledgement that civilization or culture entails a period of withdrawal or estrangement³¹ from intersubjective interlocation.

The differentiation of this notion of civilization or culture prevents the history of the right's extension from being co-terminus with the generalisation of the political form of the republic. This history is not the articulation of a 'narrative of emancipation'³² which is fulfilled through

31 Op. cit. at p. 142.

32 Lyotard contrasts a 'narrative of emancipation' with a 'mythic narrative'. Narratives of emancipation "[l]ike myths fulfil a legitimating function: they legitimate social and political institutions and practices, forms of legislation, ethics, modes of thought, and symbolics. Yet, unlike myths, they do not ground this legitimacy in an original 'founding' act but in a future to be brought about, that is, in an Idea to realise. This Idea (of free-

the generalisation of this political form. The transformation of a space of intersubjective interlocution into a republican political form is merely the guarantee of the possibility of this openness. Civilization or culture, as this openness, is irreducible to this initial form of historical narrative. For, in contrast to the limitations placed upon the innate capacity of the pragmatic self, the possibility for the expression of civilization or culture rests upon a form of subjectivity which is intrinsically limited. This limitation arises as an integral part of the relationship between the self and the Other. In this relationship, the self is limited by the existence of a more fundamental ground of subjectivity, the Other, to which it is permanently subordinated. This subordination is not, however, the active subordination of the self to another, more fundamental self in the form of shape of the Other. It is the expression of a relationship of negative ontology in which the self's subordination to the Other is experienced as the self's permanent incompleteness or absence. This experience is accompanied by its continuing attempts to address this empty place within subjectivity. It is from these attempts, which can never dissolve this incompleteness, that civilization or culture arises through their articulation by the pragmatic self in intersubjective interlocution.

7. The Primacy of Culture over the Juridical

This history of the reformulated right qualifies the initial history of the transformation of spaces of intersubjective interlocution into republics. This qualification is, in turn, the qualification of the achievement of the juridical formulation of this right to be treated as a human being. It establishes the inherent limits of positive law, within the republic, to recognise and guarantee the reformulated right.

The republic is established as a political form, for Lyotard, through the explicit agreement of a contract by citizens exercising their innate capacity to address each other through intersubjective interlocution. The contract establishes both the legitimacy of the republic, and the institutional structure within which the citizens will subsequently co-exist. The institutional structure ensures that the initial civility, which enabled the

dom, 'enlightenment', socialism, general prosperity) has legitimating value because it is universal. It gives modernity its characteristic mode: the *project*, that is the will directed towards a goal." J.F. LYOTARD, 'Memorandum on Legitimacy', in *The Postmodern Explained to Children. Correspondence 1982-1985*, p. 61.

citizens the interlocutory freedom to agree the contract, will be guaranteed.

The guarantee consists of the translation of this freedom of interlocution into the language of rights and duties. The translation is the reformulation of the substitutability of the positions of speaker ('I') and hearer ('You') into the positions of a right to address (speaker) and a duty to listen (hearer). It is a translation which reconstitutes the general practical identity of the pragmatic self as a legal identity based upon the reciprocity of right and duty.

This legal translation is confined to the boundaries of the pragmatic self: the guarantee of the innate capacity to engage in intersubjective interlocution. The limits of this translation arise from the relationship between the self and the Other, which introduces an aspect of subjectivity which is untranslatable into the language of rights and duties. For the relationship between the self and the Other is unable to be translated into the substitutability of the positions of 'I' and 'You'. The irreducibility of this relationship to the framework of pragmatics is the incapacity for this relationship to be presented in terms of the reciprocity of rights.

The revelation of the exteriority of the relationship between the self and the Other to the language of rights and duties indicates the limits of a republic held to be coextensive with the framework of legal rights and duties of positive law. The limit is the preliminary condition for a bifurcation in the notion of a right, which expresses the disjunction, within the subject, between the pragmatic self and the self in its relationship with the Other. In this bifurcation, the notion of right is differentiated into a realm of reciprocal rights and duties, co-terminus with the pragmatic self, and a realm which, while irreducible to the reciprocity or rights and duties, contains the relationship between the self and the Other.

The bifurcation qualifies the status of the realm of reciprocal rights by revealing that it is not co-extensive with the notion of right. The realm of positive law of the republic attributes rights and duties to speakers, and within this juridical space of interlocution guarantees the freedom of interlocution. The attribution and this juridical space of interlocution is not the realisation of the notion of right: it merely reinforces the openness of republic's space of intersubjective interlocution to the expression within it of the relationship between the self and the Other.

The relationship between the self and the Other is more fundamental as, in contrast to the framework of reciprocal rights and duties between the pragmatic selves of intersubjective interlocution, it is the site of the generation of culture or civilization within the republic. This site, as the genesis of the republic's openness, expresses the primacy of culture over the juridical. It is a primacy which must be given the possibility for expression within the republic, but it cannot itself be guaranteed by the framework of reciprocal rights and duties of positive law. This lack of guarantee creates a separation, within the notion of right, between rights and right³³.

This separation between rights and right is not the introduction of a higher law in relation to which the positive law of rights and duties represent its implementation. For, the relation between the self and the Other is marked by a perpetual absence of pre-given content. The Other is not the interlocutory partner in an internal dialogue within the subject. The self can seek to place the Other in the position of an addressee, but this place is essentially empty: it can provide no immediate or concrete response. The relation between the self and the Other, if it can be characterised linguistically, is that of an uncertain internal monologue: the acknowledgement by the self that this relationship involves its dependence and interrogative status in regard to the Other.

Right, as differentiated from rights, can, therefore, only concern a relationship within the subject marked by an essential emptiness. Yet, it is this very experience which is the genesis for the emergence, within the republican space of intersubjective interlocution, of culture or civilization. The continuance of culture or civilization, within the republic, requires that the legally guaranteed space of intersubjective interlocution – the realm of rights – recognise its preliminary and partial status. This is the recognition of the separation between right and rights as integral to the political form of the republic. It consists of determining that the republic, beyond the realm of the rights and duties of positive law, is itself an empty space. The space of intersubjective interlocution acknowledges, in a manner analogous to that of the subject, a dependency

33 As LYOTARD expresses it in *The General Line*: "The absolute right of the 'second existence' must be well recognised, since it is that which gives the right to rights. But as it escapes rights, it must always be content with an amnesty." J. F. LYOTARD, *The General Line*, in *Postmodern Fables*, p. 122.

and interrogative status in relation to its culture or civilization. It is the acknowledgement of this status which is the uncertain guarantee of the maintenance of the separation of right and rights. Upon this uncertain guarantee rests the continued openness of the republican political form.

8. The Simplification of the Republican Social Contract

The introduction of a negative ontology into the derivation of the notion of right is a rewriting of rights which establishes the republican social contract as an inherently limited political and legal form. The limitation flows from the separation between right and rights which renders the social contract, and its translation into the reciprocal rights and duties of positive law, constitutively distinct from the realm of right. The social contract becomes simply the preliminary stage – the attainment of the level of rights – in relation to the more fundamental ‘ground’ of right.

The consequence of the separation between rights and right is a cursory treatment, by Lyotard, of the political and legal form of the social contract. This commences with the account of the genesis of the social contract contained in the presentation of the history of the initial right. In this history, the social contract emerges through the transformation of spaces of limited intersubjective interlocution into spaces of free intersubjective interlocution. It guarantees the continued freedom of intersubjective interlocution which the transformation from *demos* to republican civility has made possible.

This transformation is predicated upon the passage of the ideal (the freedom of intersubjective interlocution) into the real (the republic). The passage is presumed by constituting the ideal as an innate capacity in relation to which the real is the form through which this passage occurs.

“History offers a profusion of different modes, linguistic as well as political and economic. These include: an obligatory single language, an official language alongside which traditional languages are tolerated, compulsory multilingualism, effective multilingualism, and so on. The pattern established depends on the balance of military, political, economic and culture power. These relations determine how interlocution extends, but they cannot curb its extension.”³⁴

34 J.F. LYOTARD, *The Other's Rights*, p.140.

The real, as a particular configuration of types of power which shape the form of this passage, remains underdetermined. The notion of power, which is held to have an essential relationship with the real, is introduced without a presentation of either its genesis or differentiation into distinct forms. The paucity of this presentation is reinforced, at the level of the passage of the ideal into the real, by the assertion that the 'function of destination inherent in the structure of sentences'³⁵ is without limitation by a real saturated by the notion of power. The ideal is, therefore, accorded the status of a power which exceeds the notion of power embedded in the real.

However, this introduces the further difficulty that, while the presentation of the real is descriptive, the ideal, as the initial innate capacity, is presented as an obligation, through the form of a reflective device. For, in order for the freedom of interlocution to be operative, it has to become an integral part of the general practical identity of every human individual within a particular space of interlocution. The innate capacity for interlocution has to move from the level of pragmatics – the description of language use – to the level of intersubjective recognition. The passage from the ideal into the real is, therefore, presented simultaneously in the modes of description and obligation.

These difficulties are increased with the move from the genesis of the social contract to the conditions of its agreement and its character. Lyotard offers a very broad and cursory characterisation of the social contract as encompassing both the Greek *politeia* and the modern republic, on the basis of their common recognition of the freedom of interlocution as synonymous with citizenship. It is from this common principle that both political forms are characterised as founded upon a social contract.

The capacity to subsume the Greek *politeia* under this common principle becomes problematic given that the basis of this community is a constitution promulgated by a law-giver. The constitution originates from a singular point of enunciation, and not from the collective discussion of the citizens. It is the constitution which specifies the particular institutional configuration of the community, the manner of the citizens participation within these institutions, and the laws which they must obey³⁶.

35 Op. cit., p.140.

36 The focus upon the law-giver and the constitution is clear, despite the obvious

In relation to the modern republic, the assumption of its contractualism, is potentially more plausible, but the cursory approach to its delineation results in a simplification of the theory of the republican social contract. The simplification is created by the absence of any detailed discussion of how the individuals, within a particular space of republican civility, establish an agreement, in the form of a contract, which specifies the political and legal form of their community. While Lyotard alludes to 'reasoning and debate'³⁷, as the process through which this social contract is agreed, there is no consideration of the necessity to undertake an examination of this process itself. The absence of this examination flows from Lyotard's particular appropriation of the tradition of pragmatics with its exclusive focus upon the 'structural characteristics' of interlocution. This results in a contraction of the notion of contextual analysis which is confined to the identification of the extent to which these 'structural characteristics' are fully operative within a space of interlocution. The full operability of these 'structural characteristics' is then presumed to be the condition of possibility for the agreement of a social contract. The particular manner in which the agreement is established ceases to be a distinctive aspect as it is conflated with the realisation of these 'structural characteristics' of interlocution.

This lack of consideration results in a presentation of the social contract as a real agreement – the passage of the ideal into the real – which is unaccompanied by any acknowledgement of its relation to the social contract tradition. Lyotard's rewriting of rights, therefore, entails a rewriting of the social contract tradition which remains oblivious to the difficulties and developments of this tradition. The consequences of this obliviousness become apparent when Lyotard's presentation of the social contract is situated within the social contract tradition. This determination of the social contract as a real agreement places it in the original social contract tradition of Hobbes, Locke and Rousseau; and immediately renders it susceptible to the difficulties encountered by that tradition. These centre principally upon the freedom of the parties to enter into the social contract and the nature of the obligation imposed upon the parties by its agreement. It is the seriousness of these difficul-

differences in approach, from Plato's *The Laws*, Penguin, 1975, and Aristotle's *The Constitution of Athens*, Cambridge University Press, 1996.

37 J.F. LYOTARD, *The Other's Rights*, p.138.

ties which the later social contract tradition has sought to overcome by relinquishing the claim of historical reality for the social contract³⁸.

In contrast, Lyotard's conception of the social contract fails to acknowledge and confront these difficulties of the original social contract tradition. This failure entails that the social contract which is presented provides no indication of the institutional structure of the modern republic which arises from this agreement. The political and legal form of the republic remains without detailed derivation and elaboration in relation to the agreement of the social contract. This rewriting of the social contract weakens the linkage in the original social contract tradition between the agreement of the social contract and the articulation of a specific type of government. However, this weakening is not replaced by a reformulation of the object of the social contract in the manner of the later social contract tradition³⁹, but by confining the agreement to the freedom of interlocution.

The exclusive concentration upon the freedom of interlocution confines the social contract to an agreement concerning the freedom and equality of interlocution⁴⁰. The framework of positive law then becomes the translation of this freedom and equality into the guarantee provided by the reciprocity of rights and duties. The purview of the social contract is limited to the creation and maintenance of a space which furnishes the interlocutors with the certainty of "their respective liberty and equality before the word"⁴¹.

9. The Ontological Limitation of the Republican Social Contract

The simplification of the republican social contract has its counterpart in its ontological limitation. For, the separation of right and rights, produced by Lyotard's rewriting of rights, places the republican social con-

38 See, for example, D. GAUTHIER, *Morals By Agreement*, Oxford University Press, 1986, T.M. SCANLON, *What We Owe To Each Other*, Harvard University Press, 2000; and the development of J. RAWLS's work from *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971, to *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press, 2001.

39 See, for example, John Rawls's contrast between the original position which "generalizes the familiar idea of the social contract...by making the object of the agreement the first principles of justice for the basic structure, rather than a particular form of government, as in Locke." J. RAWLS, *Justice as Fairness: A Restatement*, p.16.

40 J.F. LYOTARD, 'The Other's Rights', p.140.

41 Op. cit., at p.140.

tract in the less fundamental realm of rights. The realm of right expresses the primacy of culture over the juridical; and it is this primacy which establishes the possibility for the republic to remain an open society.

The republican social contract, and the realm of rights which it creates, cease to be sufficient to guarantee the freedom of interlocution. It is a freedom arising from an irreducibly subjective element in which the subject engages in a process of internal interrogation – the relation between the self and the Other. This is the genesis of the announcement, within the intersubjective space guaranteed by the reciprocity of right and duty, of the new. The hearers, whose duty to listen is the correlative of the right of a particular speaker to exercise the freedom of interlocution, are confronted with an announcement which originates in a withdrawal from intersubjective interlocution. This announcement interrupts the substitutability of the positions of speaker and hearer, and the pragmatic self which is their unity. This linguistic framework can no longer present itself as that which in itself constitutes the openness of the republic.

The locus of attention is shifted away from an engagement with the social contract and its legal guarantee of the freedom of interlocution. The differentiation of a notion of openness, and its presentation as the history of the reformulated right, displaces the centrality of the passage of the freedom of interlocution from the ideal into the real. The displacement involves the elaboration of a more complicated and uncertain passage from the relation between the self and the Other, through its articulation by the pragmatic self, in the position of a speaker, to all the others, as potential hearers, within the republican space of intersubjective interlocution.

The complicated and uncertain character of the passage, which underlies the continued openness of the republic, results from its essential negativity. The relation between the self and the Other is the acknowledgement of the finitude of the self in regard to the Other which exceeds it. The self can never overcome this limitation as the Other remains opaque to the self, despite its efforts to render the Other more transparent through the adoption of an interrogative position. The limitation is, however, the genesis of the self's affectation by the Other, and the impetus for its articulation by the pragmatic self. The pragmatic self marks

the point of passage between the subjective and the intersubjective – the introduction of an announcement into the republic – which retains the finitude of the initial relation between the self and the Other. The empty place within the self is transformed from an object of subjective reflection into an object of intersubjective reflection.

Yet, it is an object of intersubjective reflection which has an uncertain status because its very novelty confronts the hearers with the question of its comprehensibility. It calls upon the hearers to comprehend it and, therefore, to determine its meaning. This determination is the movement, within the hearers, from affectation to understanding. The character of this movement is one which prompts them to think beyond the realm of rights, and its guarantee of the freedom of interlocution, to a more fundamental ground of interlocution which “is authorised only by respect for the Other, in my words and in yours”⁴².

The existence of respect for the Other is the basis of the continued openness of the republic. The social contract, and the realm of rights, cannot guarantee it because its genesis is without direct connection to them. The Other subsists beyond the realm of rights in the realm of right. The realm of right delineates a relationship of recognition and obligation which can never be translated into the reciprocity of the rights and duties of positive law.

The limitation of the pragmatic self, by the relationship between the self and the Other, is then repeated, at the level of the republican social contract, by the primacy of culture over the juridical. The social contract, as the social and political form of the republic, is marked by an ontological limitation. The freedom of interlocution which the social contract establishes is not the genesis of the culture and openness of the republic. The creation of a space of interlocution is merely one in which the pragmatic self finds its most extensive freedom. It is the articulation, by a particular pragmatic self, of an aspect of the relation between its self and the Other, which determines the space of interlocution as one of culture and openness. The space of interlocution, as the relation among pragmatic selves, can neither create nor oblige this articulation. It can only await the ‘event’ of an announcement.

42 Op. cit., at p. 147.

10. The Rewriting of Rights and the Shape of Republican Self-Consciousness

The rewriting of rights, as the presentation of the social contract, is itself an intervention within the republic. It seeks, through this presentation, to change the predominant shape of republican self-consciousness as the political form of modern subjectivity. The change is effected by placing into question the self-sufficiency of the social contract and the pragmatic self, through the revelation of a more fundamental 'ground' of both the social contract and the self. The placing into question is accompanied by the articulation of an obligation at both the level of the realm of rights and the realm of right. Within the realm of rights, the obligation is to abolish the limits imposed upon interlocution and to realise and guarantee the full freedom of interlocution. Within the realm of right, it is the acknowledgement of, and respect for, the relation between the self and the Other which is the site of the genesis of the culture and the openness of the republic.

The acceptance of this presentation, and the assumption of these obligations, produces an altered shape of republican self-consciousness. The alteration is then supposed to provide a particular response to the question of "how to live, and why", which Lyotard holds to underlie his wider project of rewriting modernity. The altered shape of republican self-consciousness indicates the effect of this particular aspect of the rewriting of the modern project.

The alteration in the shape of republican self-consciousness centres upon the introduction of a negative ontology as the fundamental determinant of its form and existence. Its introduction produces a disjunction within the subject which qualifies the sufficiency of the pragmatic self and the social contract. The conscious assumption of this disjunction is, however, the assumption of subjectivity as negativity and the republic as an empty space.

The shape of this republican self-consciousness is one filled with limitation, finitude and insufficiency. These are not obstacles which the self-consciousness can overcome, but constitutive of the very shape of this self-consciousness. This is the expression of the presence of the Other within the subject, and its concomitant division into the pragmatic

self and the relation between the self and the Other. The division within this self-consciousness, as one of negative ontology, is permanent, and establishes two distinct aspects of the self. The division is accompanied by the situation of these two distinct aspects at different levels within a hierarchy: the relation between the self and the Other as the fundamental 'ground' in contrast to the less fundamental aspect of the pragmatic self.

The permanency of this division makes the experience of this self-conscious one of continuous uncertainty with regard to the essence and independence of its own existence and that of the social contract and the realm of rights. The uncertainty concerns the reality of the self, and the external reality of the intersubjective space of interlocation. It is a doubt which is irresolvable since it inheres not in the knowledge of the subject, but in its very existence.

This shape of self-consciousness does not rest on an acceptance of its pragmatic self nor of the social contract as simple, less fundamental entities. The doubt which it harbours casts these entities as inessential in relation to a 'ground' which is the essential site of the subject and of interlocation as culture. Even the passage into the space of intersubjective interlocation, as the announcement of the new, is marked by contingency and indeterminacy. It points, within the empty space of intersubjective interlocation, to the empty space within the subject.

The pragmatic self, as the previous shape of republican self-consciousness, is retained within this subsequent shape, but it is now a moment of activity set within passivity. For, the essence of this shape is no longer the innate capacity for interlocation. The relation between the self and the Other – the empty space within the subject – profoundly qualifies the pragmatic self's independence and activity. The substitutability of the positions of interlocation is now the recognition of the freedom and equality of other pragmatic selves as inessential in relation to the respect for the Other.

The qualification of the pragmatic self extends, beyond the capacity to provide the essence of self-consciousness, to its understanding of the republic itself. In this shape, its previous understanding of the republic, as the reality of the intersubjective space of interlocation, is rendered partial by the differentiation of culture from the juridical. The reality of

this space of interlocution is retained, but it too becomes passive in relation to a culture whose genesis is situated beyond it. The passivity of this understanding is then reflected in the characterisation of the republic where the realm of rights is inessential in relation to the maintenance of the openness of the republic.

The alteration in the understanding of the republic recasts the social contract tradition. Its centrality is displaced by a type of functionalist approach predicated upon the degree of potential openness or closure of a particular political form. The republican social contract is now defined as that which gives rise to the political form with the greatest potential for openness. This understanding of the republic is, therefore, one which involves a shift in the level its comprehension. It is a shift from the level of the social contract, and the realm of rights, to the level of the republic as a social system.

The purpose of this shift is not to replace an understanding within the framework of political theory with one within the framework of sociology. For Lyotard's comprehension of the republic as a social system is distinct from the functionalist tradition and its notion of systemic rationality⁴³. Its presentation is at variance with the claim of the functionalist tradition of its greater explanatory force and adequacy. For, the status of Lyotard's presentation is predicated upon the relationship between social systems and negative ontology, in which a systematic account of the development towards this social system is never provided. The purpose of this presentation, and the understanding which it engenders, is the acceptance of a fundamental negativity within the republic.

It creates a shape of republican self-consciousness which, in its respect for the Other, ceases to attribute its essence to either its pragmatic self or the social contract. It assumes an essence whose negativity perpetually reminds it of the inessential. The pragmatic self and the realm of rights no longer represent the fulfilment of general practical identity of the self. The achievement of the republic, through the agreement of the social contract, is a finality without emancipation. The republic is simply the institution of the realm of rights which is separated from the more fundamental realm of right. The separation attests to both the finitude of the republican subject and of the republic itself.

⁴³ Here, this tradition is held to commence with Talcott PARSONS and to be continued, although in different and altered forms, in the work of N. LUHMANN and R. MÜNCH.

11. Conclusion: The Impasse of the Rewriting of Rights

Lyotard's rewriting of rights is impelled by a response to the double injunction which animates his wider project of a rewriting of modernity. In this particular rewriting, it presents a shape of republican self-consciousness in which activity and political understanding have been substantially modified. The modification is undertaken through the revelation of a disjunction within the self and within the realm of rights. The disjunction is the expression of a negativity which, as ontological, inheres in the existence of both the subject and the republic.

The assumption of this negative ontology, as a shape of self-consciousness, creates a form of subjectivity which must continually confront a set of limitations which are embedded within its subjective and intersubjective existence. These limitations are not those of contingent circumstance or empirical knowledge, but relate to the foundation of self-consciousness. The consciousness of the self is the consciousness of its limitation in relation to the Other. This internal limit is then replicated at the level of republic's space of interlocution. For, the pragmatic self, and its freedom of interlocution, are no longer the essence of this space of interlocution. The assumption of these limitations involves the self-consciousness in the acknowledgement of its division and its passivity.

This shape of self-consciousness is Lyotard's response to the question of "how to live and why". It is a response which is intended to provide, through the rewriting of rights, a general practical identity for the republican subject. However, this is a general practical identity which is predicated upon the experience of negativity within the subject, and its political understanding. The assumption of this negativity has produced a shape which experiences itself, and the external reality of the republic, as permanently qualified. It is an experience of internal division which dissolves the certainty of the pragmatic self, and its foundation in the innate capacity for interlocution. The communicative freedom of the self is displaced as the sole determinant of the general practical identity of the self.

Its displacement, by the relation between the self and the Other, reveals another 'ground' of the subject. This 'ground' replaces the positive identity of the pragmatic self, generated through intersubjective interlocution, with a negative identity. The relation between the self and the Oth-

er is one in which the self acknowledges its partial status. The Other provides an indeterminate and opaque region of the subject to which the self is without direct access. The self can only adopt an interrogative mode in regard to the Other; and this can never provide any certainty that a response has been made.

The uncertainty is then replicated in the relation between the two aspects of the self within this shape of self-consciousness. The relation is the announcement of the new in which the internal relation between the self and Other is articulated by the pragmatic self. The passage from internal interrogation to interlocution is one in which the origin of its genesis still marks its translation into the medium of sign-based language. It is an announcement of the new in which its fundamental uncertainty remains an intrinsic part of its articulation. The pragmatic self can, at most, be the point of passage for an aspect of the subject which remains at a distance from it.

The separation of the republic into the two realms of rights and right confront self-consciousness with an external reality which is underlain by the same uncertainty. The free space of intersubjective interlocution established by the social contract, and then guaranteed by the creation of the reciprocal right to speak and the duty to listen, is not the foundation of the republic. It is merely the space of interlocution in which there is the greatest possibility of respect for the Other whose origin rests beyond the realm of rights. The framework of positive law is, thereby, rendered inessential in relation to the essential realm of right which cannot be translated into the reciprocity of rights.

The respect for the Other is essentially non-juridical, as it is respect not for rights and duties between pragmatic selves, but for the passage between the two aspects of the self. This passage is the site of the continued existence of culture within the republic. It is the existence of this culture, and not the realm of rights, which represents the openness of the republic. Yet, this culture, and the openness which it represents, is itself marked by an essential negativity. The announcement of the new contains the expression of the fundamental uncertainty from which it sprang. It is an uncertainty which, set within the medium of sign-based language, indicates to other pragmatic selves that they too are inhabited by it.

IRRAGIONEVOLEZZA DELLA SANZIONE PENALE E CRISI DEI MODELLI ECONOMICI: L'ABUSO DEL DIRITTO PENALE COME ANTIDOTO AI PROBLEMI SOCIALI

Elio Lo Monte

1. L'attualità di risalenti riflessioni in un meritorio volume di Lucio Monaco.

Nel 1984 in «*Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*» Lucio Monaco – omaggiando delle successive osservazioni – così affermava:

«Quanto alla prevenzione generale: tra le poche 'certezze' che su questo terreno è oggi possibile avere, la prepotente "*renaissance*" che l'idea' general-preventiva ha vissuto e sta vivendo ormai da qualche tempo, è senza dubbio la più rilevante» (p. 238).

E aggiungeva:

«Sulle cause e gli effetti di questo complesso non è qui opportuno indugiare: basterà ricordare che, tra le prime, un posto di grande rilievo va riconosciuto alla perdurante crisi che attanaglia l'ideologia' del trattamento che la politica della criminalità di cui questa era il fiore all'occhiello; quanto alle conseguenze, gli sviluppi della recente legislazione penale, nel nostro come in altri paesi, sono al riguardo una manifestazione fin troppo evidente» (pp. 238-239).

Inoltre, evidenziava:

«In breve: nella sua versione più antica e diffusa, che stabilisce un nesso immediato tra frequenza delle condotte criminose ed intensità della minaccia di pena, lo 'scopo' general-preventivo ha dovuto da tempo rivedere le sue non nascoste ambizioni. Ovviamente, che *certe* persone certi gruppi siano 'intimiditi' dalla prospettiva della sanzione, è ipotesi altamente plausibile, che nessuno potrebbe agevolmente negare. Così come plausibile è ipotizzare che *certi* gruppi e *certe* persone siano più intimiditi da minacce di pena (ancor) *più* elevate. Ma la questione è invero tutt'altra: e cioè se l'una e l'altra ipotesi siano *generalizzabili*, se il loro livello di validità sia tale da consentire alla prima di legittimarsi quale 'scopo' primario della pena statale ed alla seconda di aspirare a dirigerne le strategie operative» (pp. 239-240).

Le considerazioni appena richiamate, oltre ad ‘affrescare’ un quadro dell’esistente relativo all’incremento sanzionatorio, sottolineavano i rischi di ineffettività della sanzione penale valorizzata in un’ottica meramente intimidativo-deterrente. Da altro punto di vista ne presagivano, con sicura lungimiranza, il marcato sviluppo in seguito all’ampio ricorso da parte del legislatore che avrebbe, con tale *modus operandi*, capovolto la precedente impostazione ispirata al perseguimento di finalità più consone ad un diritto penale meno autoritario.

Le riflessioni svolte – di estrema attualità nonostante il lungo decorso del tempo – offrono lo spunto per qualche ulteriore valutazione sugli stravolgimenti del ruolo e dei compiti del diritto penale in conseguenza del cambio di modello adottato dal legislatore.

La discutibile «strategia brutale del randello»¹ che permea questa ‘nuova’ filosofia affermatasi sul finire del secolo passato, rappresenta il comune denominatore della normazione penale degli ultimi trent’anni. Infatti, l’uso (meglio l’abuso) dell’esemplarismo punitivo – fatto proprio dai vari schieramenti presenti in Parlamento senza alcuna differenziazione ideologica – si allarga a ‘macchia d’olio’ coinvolgendo i settori più diversi (P.A., ambiente, tributario, economia pubblica, societario, ecc.) e raggiunge, in una sorta di crescendo rossiniano, l’espressione più alta con i c.d. ‘pacchetti sicurezza’. Un punto di arrivo comunque provvisorio perché il fenomeno dell’inasprimento sanzionatorio portato da una penalizzazione a tappeto non sembra essere interessato, ancora oggi, da qualche timido segnale di inversione di tendenza.

Il dato normativo del primo ventennio del nuovo millennio consolida un meccanismo che segna una completa involuzione rispetto alle, sebbene troppo contenute, aperture garantistiche della metà degli anni ’70 dello scorso secolo, di adeguamento del sistema ai valori costituzionali.

2. Welfare state e modernizzazione delle politiche penalistiche.

Una delle cause che ha contribuito in modo significativo all’affermazione di un diritto penale intriso di cadenze illiberali va rinvenuta nel ruolo assunto dall’economia nell’opera di individuazione del penalmente rilevante. Da un punto di vista storico-normativo è possibile cogliere, infatti,

¹ F. STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in «RTDPE» (1998), 2/3, 459-477: 471.

una precisa correlazione tra andamento dell'economia e processo di penalizzazione, venendo in rilievo una sorta di equazione tra implementazione delle politiche di rigore e crisi economica. Il cambio di direzione risente, in maniera inequivocabile, del precipitato connesso al paradigma struttura economica/sovrastruttura (nel senso marxiano) punitiva.

Invero, va segnalato, quantunque in via di estrema sintesi, come le 'aperture' degli anni Settanta, verso un diritto penale dal volto umano avessero un sicuro referente nell'affermazione dello 'Stato sociale'. Il sistema socio-economico e quello penale procedevano, sotto molti profili, in parallelo; il modello riabilitativo, ad esempio, era diventato, benché attraverso un lento e faticoso processo, l'ideologia condivisa da parte degli esperti e della moderna penologia. Il legislatore finiva per recepire tali segnali, ponendo in essere delle conseguenti strategie penalistiche; valga l'esempio della riforma dell'ordinamento penitenziario. All'inizio degli anni Settanta, è stato sostenuto, «l'assistenzialismo penale e la penologia progressista erano elementi strutturali del campo, e formavano la base programmatica della maggior parte degli indirizzi politici»².

Era il periodo in cui si 'respiravano', ancora, gli effetti del 'boom economico' degli anni cinquanta e sessanta³. Forme più o meno diffuse di agiatezza economica, portata dal cd. 'miracolo economico', avevano finito per aprire a nuove 'sensibilità' della collettività; le battaglie per i diritti civili, per le politiche di solidarietà e per le politiche progressiste, come quelle del correzionalismo e della riabilitazione, trovavano in un tale contesto socio-economico una linfa naturale. I sistemi di giustizia penale orientati allo scopo della prevenzione speciale «si situano nella seconda metà del secolo passato in quelle realtà di democrazia occidentale in cui sempre con diversi gradi di intensità e coerenza si sono implementate politiche di *welfare*⁴».

2 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, University Press, Oxford, 2001, Il Saggiatore, 2007, 129.

3 Per meglio comprendere la situazione può essere richiamato l'andamento del settore industriale che, nel solo triennio 1957-1960, registrò un incremento medio della produzione del 31,4%; oppure l'aumento produttivo nei settori in cui prevalevano i grandi gruppi: autovetture 89%; meccanica di precisione 83%; fibre tessili artificiali 66,8%. Gli anni del cd. miracolo economico rappresentarono anche straordinarie trasformazioni degli stili di vita, del linguaggio e dei costumi degli italiani. A partire dagli anni cinquanta la produzione in serie di beni di consumo, automobili, lavatrici, frigoriferi, radio, televisioni - accessibili in passato solo alle classi più abbienti - si indirizzò verso ampi settori delle classi operaie o categorie meno agiate.

4 M. PAVARINI, *Il "grottesco della penologia contemporanea*, in AA.VV., *Diritto pena-*

L'ordinamento penale operava uno sforzo di adeguamento alla Costituzione attraverso molteplici interventi⁵ che interessano i settori più diversi: in tema di devianza minorile il sistema iniziò a dare segni di crisi e si registrò una tendenza del tutto opposta a quella del periodo precedente. Ad un atteggiamento di negazione se ne sostituì uno di apertura verso interventi istituzionali anche differenziati per categorie di soggetti e per forme di devianza. La personalità del minore divenne l'oggetto privilegiato dell'intervento statale, con l'obiettivo di risolvere i conflitti e i problemi sottesi al comportamento deviante. Ancora, venivano recepite in questo particolare ambito, i postulati derivanti dal passaggio dal passato regime autoritario allo Stato democratico con il riconoscimento di una 'filosofia' di tipo rieducativo, la quale guardava alla trasgressione come ad un sintomo di patologia individuale che richiedeva presidi di tipo assistenziale e rieducativo⁶.

Le politiche penalistiche si allineavano ad altri contesti⁷; la legislazione lavoro, ad esempio, sull'onda di una situazione economica espansiva e delle lotte operaie, viveva, alla fine degli anni sessanta, significative innovazioni⁸: basti pensare alla legge sui licenziamenti individuali (1966)

le minimo, in U. CURI G. PALOMBARINI, Donzelli, 2002, 255-304: 256.

5 Si pensi, ad esempio, con esclusivo riferimento al sistema penale, alle modifiche dell'istituto della sospensione condizionale della pena (l. n. 191/62) e della liberazione condizionale della pena (l. n. 1634/62); alle prime leggi di depenalizzazione (l. n. 317/67 e l. n. 930/67); alle innovazioni in tema di determinazione della pena da infliggere (d. l. n. 97/74 conv. in l. n. 220/74).

6 Con la l. n. 685/75 – in vigore fino all'entrata del T.U. sulle sostanze stupefacenti di cui al d. lgs. n. 309/90 – l'uso di droghe, senza distinzione tra pesanti e leggere, veniva considerato in termini di devianza e la dipendenza una malattia; la legge si caratterizzava per un approccio di tipo solidaristico nei confronti dei consumatori di sostanze stupefacenti. Infatti, punti salienti della l. n. 685/75 erano la netta separazione tra la figura dello spacciatore e quella del consumatore, con la conseguente esclusione della punibilità per la detenzione di 'modica quantità', finalizzata all'uso personale. La stessa legge si faceva carico della creazione di servizi medici e assistenziali sul territorio.

7 Basti pensare come in un tale periodo le istituzioni di controllo sociale e quelle punitive condividevano con gli apparati dello Stato sociale l'incarico di provvedere, attraverso l'attivazione di strategie di inclusione, al trattamento di tutto ciò che rimaneva al di fuori di un mercato di lavoro altrettanto inclusivo; in tal senso cfr. A. DE GIORGI, *Oltre l'economia politica della penalità: postfordismo e controllo della moltitudine*, in «*Delitti e pene*» (2001), 1-2, 205-246: 210.

8 Rileva F. MAZZIOTTI, *Questione meridionale e forme giuridiche del lavoro*, in AA.VV., *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, a cura di A. BEVERE, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 89-115: 94, come negli anni '60 si verificò il grande sviluppo economico italiano, a cui seguirono leggi di tutela del lavoro ispirate ad

e allo Statuto dei Lavoratori (1970)⁹.

3. L'affermazione delle teorie neo-liberiste e le ricadute politico-criminali.

L'affermazione dell'economia neo-liberista, per la quale occorre 'liberarsi' della sovrastruttura culturale e politica rappresentata dalle idee economiche *keynesiane*, nonché dell'intervento pubblico nell'economia¹⁰, sulle quali si fondavano i sistemi di *welfare*¹¹, comporta un cambio di direzione in favore di semplicistiche politiche repressive.

Le teorie neo-liberiste, è noto, rifiutano qualunque interferenza da parte dello Stato nel settore dell'economia: è il 'libero mercato' che funzionando, secondo le proprie regole, stabilisce le scelte e l'andamento della produzione. Da ciò discende il dato che la stessa disciplina della società si pone in termini di accessorialità, rispetto all'andamento di un mercato in grado di autoregolamentarsi¹². In una tale contesto, non è più l'economia ad essere inserita nei rapporti sociali, ma sono i rapporti sociali ad essere intercalati nel sistema economico. La società deve essere formata in modo da permettere al sistema economico di funzionare secondo le proprie leggi¹³. Scarso rilievo assume la circostanza che il progetto uto-

un forte garantismo individuale dei lavoratori occupati.

9 Anche se qualche anno più tardi si apre la stagione dell'emergenza terrorismo con la normativa fortemente illiberale: si pensi solo per fare un esempio alla c.d. legge Reale (l. n. 152/75) e connesso armamentario repressivo sempre meno rispettoso della Costituzione e delle garanzie dei cittadini. Nel 1974, ad esempio, viene promulgata la legge sulle armi (c.d. legge Bartolomei), che introduce elevati aumenti di pena; il 1975 vede la legge n. 110 con l'equiparazione delle bottiglie incendiarie alle armi da guerra, prevedendo, inoltre, delle ipotesi di reato basate sul "tipo di autore", cioè legate alla identità politica dell'agente, per cui chi detiene anche una sola bottiglia molotov ma "al fine di sovvertire l'ordinamento dello Stato" è punito con il carcere da cinque a quindici anni. La legge Reale, ad esempio, allarga i presupposti del fermo, stabilendo essere necessari non più i 'gravi', bensì i 'sufficienti indizi', dando vita a tutta una serie di innovazioni autoritarie che confluiranno nel d.l. n. 625/79 (poi convertito nella c.d. legge Cossiga, l.n. 15/80).

10 Per un'analisi dell'evoluzione del neo-liberismo sotto il profilo economico-politico cfr. D. HARVEY, *Breve storia del neoliberalismo*, Oxford University Press, 2005, trad. it. di P. MENEGHELLI, Il Saggiatore, 2007, 14.

11 Sul liberalismo *hayekiano* contrapposto, senza tregua, al *keynesianesimo* e a tutte le forme d'interventismo dello Stato cfr. F. A. VON HAYEK, *L'utopia liberale. Pensieri liberali*, Armando Editore, 2002.

12 Ma, sulla tesi di un mercato autoregolato come un'enorme utopia cfr. K. POLANYI, *La grande trasformazione* (New York 1944), trad. it. di R. VIGEVANI, Einaudi, 1974, 6.

13 In senso critico, cfr. K. POLANYI, *La grande trasformazione*, cit., 74.

pico liberista¹⁴ – secondo cui «un'economia di mercato può funzionare soltanto in una società di mercato»¹⁵ – reca con sé il rischio che possa alla fine reggersi solo ricorrendo all'autoritarismo¹⁶.

Va affermandosi, in ultima analisi, una ben nota logica: quella del mercato, della ricchezza, della produzione a costi inferiori, del profitto che finisce per giustificare qualunque manovra e, soprattutto, qualunque limitazione dei diritti fondamentali dell'individuo. Una siffatta impostazione, esasperando la ricerca del migliore rapporto tra costi e produzione non accetta vincoli: ambiente, qualità della vita, (dis)occupazione, protezione della manodopera, tutela delle minoranze e delle fasce più deboli, trasparenza del mercato, sicurezza sul lavoro, ecc., in una parola i diritti della persona, rappresentano fastidiosi legacci da recidere in nome della produzione, del capitale, del mercato e, dunque, del profitto.

Le recenti politiche penalistiche si iscrivono, a pieno titolo, in questo apparato funzionale a non ostacolare il potere economico, lasciato libero, così, di esprimersi senza alcun vincolo nell'ottica dell'economia globalizzata. Il potere economico che gestisce i mezzi di comunicazione restituisce la 'cortesia' del legislatore mediante manipolazioni dell'informazione e, quindi, contribuendo al governo della popolazione¹⁷. Del resto, si tratta di un'acquisizione scontata quella che individua nei grandi gruppi economici i proprietari dei mezzi di produzione di notizie e, quindi, il potere sufficiente per condizionare governi e società¹⁸. Allo stesso modo sono note le distorsioni del sistema informativo per le ingerenze del potere economico che stabilisce le premesse del discorso, e sceglie 'cosa' la collettività debba poter vedere, sentire, meditare e finisce, così, per 'dirigere' l'opinione pubblica mediante regolari campagne di propaganda¹⁹. Paradigmatica l'azione amplificatrice di alcuni fatti (furti, rapine, violenza di genere tutto sommato rientranti nelle normali percentuali)

14 In una tale contesto si spiega anche l'esasperata accentuazione della privatizzazione delle risorse, argomento caro ai neoliberalisti, su cui cfr. D. HARVEY, *Breve storia del neoliberalismo*, cit., 79.

15 Cfr. K. POLANYI, *La grande trasformazione*, cit., 74.

16 Cfr. i timori di K. POLANYI, *La grande trasformazione*, cit., 74.

17 Si tratta di meccanismi ben noti già evidenziati da circa un secolo da W. LIPPMAN, *Pubblica opinione*, trad. it. di C. MANNUCCI, Donzelli, 2004, 19 e 229.

18 E.R. ZAFFARONI-M. BAILONE, *Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicacion*, in E.R. ZAFFARONI et al., *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Cedam, 2014, 127-151: 128.

19 N. CHOMSKY-E.S. HERMAN, *La fabbrica del consenso*, Il Saggiatore, 2008, 9.

svolta dall'*informazione* che ha fornito supporto decisivo al coacervo di provvedimenti in tema di sicurezza pubblica.

In un sistema improntato al perseguimento del profitto classico di una economia globalizzata che agisce senza alcun limite²⁰ la cooperazione tra Stato e mercato nel capitalismo è la regola, il conflitto tra queste due entità è l'eccezione. Invero, è stato lucidamente sostenuto sul punto che «le politiche dello Stato capitalista 'dittatoriale' o 'democratico', vengono costruite e condotte *nell'interesse*, non *contro* l'interesse dei mercati; il loro effetto principale (anche se non sempre apertamente dichiarato) è di avallare/consentire/garantire la sicurezza e la longevità del *dominio del mercato*»²¹.

Il 'bisogno' di politiche repressive si (ri)acutizza soprattutto in determinati periodi: quasi sempre l'emergenza penalistica (ri)esplode in presenza di una forte crisi economica o in prospettiva di dolorose manovre economiche. E l'emergenza 'richiede' nuove fattispecie incriminatrici; valorizzando sotto questo profilo anche gli aspetti simbolici della penalizzazione.

La politica criminale del terzo millennio e della post-modernità non mira, dunque, a prevenire il crimine e a riabilitare colui che delinque, ma, più semplicisticamente, ad *isolare* alcune categorie di soggetti (stimate) pericolose a priori, neutralizzandole attraverso la semplice repressione. In un tale contesto il carcere assurge a mero luogo di stoccaggio degli indesiderabili.

Sotto l'aspetto che qui ci interessa va segnalato come il tramonto del *Welfare State* abbia comportato precise ricadute sulle politiche penali²². Il fine terapeutico del trattamento carcerario, l'idea di riabilitazione del criminale con conseguente reinserimento nella comunità, il tentativo d'intervento sulle cause della devianza, la prevenzione speciale, lasciano il posto ad una penalità non più individualizzata. Com'è stato eviden-

20 Sulla globalizzazione e in particolare sul modo in cui è stata gestita cfr. J.E. STIGLITZ, *Making Globalization Work*, Norton & Company, 2006, 4.

21 Z. BAUMAN, *Capitalismo parassitario*, trad. it. di M. CUPELLARO, Laterza, 2009, 26. Più in generale sulla logica speculativa del capitale cfr. D. HARVEY, *La crisi della modernità*, Il Saggiatore, 2015, 477.

22 Sullo sgretolamento della penalità *welfarista* cfr. D. GARLAND, *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies* Brookfield, Vt., 1985.

ziato, lo stesso carcere non risulta più pervaso dalla retorica del trattamento²³; più in generale, i modelli di giustizia correzionale e le finalità della prevenzione speciale entrano in crisi con la crisi negli stati sociali delle politiche di *welfare*²⁴.

Al ritrarsi del *welfare*, lo Stato risponde con la criminalizzazione della miseria; allo smantellamento dello stato sociale e assistenziale e, dunque all'atrofia deliberata dello stesso corrisponde l'ipertrofia dello stato penale: la miseria e il deperimento dell'uno hanno per effetto diretto lo sviluppo e l'insolente prosperità dell'altro²⁵.

4. Le correlazioni tra crisi economica e irrigidimento sanzionatorio.

Le trasformazioni intervenute in ambito penale hanno incrociato quelle avvenute nei contesti economici e lavorativi e sono «in rapporto di interdipendenza con i cambiamenti intervenuti nei sistemi di welfare e con l'indebolimento dello statuto universalistico dei diritti e delle protezioni sociali. Con gli anni Novanta, in particolare, l'espansione dei sistemi penali dei paesi occidentali è stata alimentata anche dai fenomeni di impoverimento prodotti dalla ristrutturazione delle forme del lavoro e della produzione, dalla ridefinizione degli obiettivi e delle forme dell'intervento sociale, da nuovi (o rinnovati) fenomeni migratori»²⁶.

I vari tracolli finanziari (a partire agli anni Novanta: Messico, 1994; Sud Est asiatico, 1997; Russia 1997/1998; Brasile 1998/999; Argentina, 2001; la bolla delle c.d. 'Dotcom'; la crisi finanziaria del 2007/2009 relativa ai c.d. mutui *subprime*²⁷; il fallimento della società finanziaria Lehman Brothers²⁸; la crisi del debito sovrano nell'Area euro 2010/2011; a livello

23 A. DE GIORGI, *Oltre l'economia politica*, cit., 210.

24 M. PAVARINI, *Il "grottesco della penologia contemporanea*, cit., 256-257.

25 L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Feltrinelli, 2000, 58.

26 A. MOLteni - R. MONTELEONE - L. NAVA, *Il welfare state alla prova del welfare penale* in https://www.espanet-italia.net/wp-content/uploads/2012/02/images_conferenza2016_Paper_3c_Molteni-Monteleone-Nava.pdf (Consultato: 4 novembre 2020).

27 Per un quadro d'insieme delle varie crisi cfr. gli approfondimenti della CONSOB. COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETÀ E LA BORSA, *Le crisi finanziarie*, in <http://www.consob.it/web/investor-education/le-crisi-finanziarie> (Consultato: 2 novembre 2020).

28 La *Lehman Brothers* prima della crisi aveva un portafoglio nominale e un valore di mercato superiori a 500 miliardi di dollari, per tali dati cfr. *Lehman Brothers*, in <https://www.treccani.it/enciclopedia/lehman-brothers> (Consultato: 25 ottobre 2020). Più in generale sulle cause della crisi del 2008 e sulle ricadute cfr. per tutti le ampie conside-

interno: Parmalat, Cirio, Antonveneta, Bnl-Unipol) che hanno coinvolto i grandi gruppi economici hanno avuto una sorta di effetto domino con precise ricadute dirette²⁹ o indirette³⁰ sulla collettività. Quest'ultima a sua volta ha posto allo Stato l'onere di rinvenire una soluzione in grado di fronteggiare le conseguenze della crisi economica.

Lo Stato (*rectius*, il legislatore), però, che già aveva invertito il faticoso processo di ammodernamento del sistema penale sostituendolo, con estrema celerità, con una congerie di 'nuove leggi speciali' supportata da un mixer di emotività e simbolicità nell'incapacità di rinvenire soluzioni di natura sociale ed economica si 'rifugia' nella comoda risposta penalistica spostando le attenzioni della collettività su argomenti di più immediata percezione (la sicurezza pubblica).

In un tale contesto, l'espansione del sistema punitivo svolge il non secondario compito di dislocazione, nei tempi di crisi, del problema economico, e finisce per favorire, in ciò aiutato dai mezzi di informazione, la costruzione di un immaginario sociale punitivo che richiede sanzioni sempre più dure. Attraverso la valorizzazione di un populismo spicciolo il 'trasgressore' della norma penale viene inteso sempre più come 'nemico'³¹. Ne discende che un 'potere' incapace di fronteggiare i processi evolutivi e i mutamenti sociali, soprattutto nei frangenti di regressione

razioni svolte da J. E. STIGLITZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Einaudi, 2014, 10.

29 Rileva L. FOFANI, *Introduzione. Una «nouvelle vague» del diritto penale dell'economia in Italia?*, in L. FOFANI et al., *Casi di diritto penale dell'economia, II, Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, Thyssenkrupp)*, Il Mulino, 2015, 10, come la sola vicenda Parmalat, al momento del crollo definitivo, sia stata per il nostro Paese una voragine finanziaria che ha inghiottito 14 miliardi di euro (vale a dire un punto percentuale del Pil nazionale) con un numero di circa 150mila persone danneggiate.

30 I titoli obbligazionari argentini (c.d. bond) risultavano presenti nei portafogli di circa 430.000 investitori italiani, per un controvalore nominale pari a 12,8 miliardi di euro. Secondo stime elaborate dall'Associazione Bancaria Italiana, il 95% circa dei titoli argentini circolanti in Italia era detenuto da investitori privati e l'85% di tali titoli era costituito da obbligazioni governative; in tal senso cfr. CONSOB. COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETÀ E LA BORSA, *Le crisi finanziarie*, cit.

31 Sul rapporto tra politiche economiche e politiche punitive, cfr. A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Derive Approdi, 2000, 81. Sul nesso tra questione securitaria e crisi del modello dello Stato sociale, cfr. M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in «CP» (2009), 2, 805-820: 806; più in generale sul punto cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 94 e 157. Sull'uso delle disposizioni penali come norme di controllo sociale dei ceti marginali, si rinvia ad un 'classico': M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, 1976, *passim*.

della produzione, con soluzioni di tipo non meramente penalistico, raggiunge a mezzo di sbrigative risposte repressive forme di beneplacito nella costruzione di politiche criminali principalmente di natura simbolico-espressivo, dove l'intimidazione portata da sanzioni sempre più rigorose svolge un ruolo di primo piano a tacere dell'attivazione di forme di diritto penale d'autore, seppur mascherate dentro agli schemi del diritto penale del fatto.

In un tale contesto l'uso del diritto penale assurge a panacea e l'inasprimento sanzionatorio ne diviene il simbolo più vistoso e maggiormente spendibile sul mercato del consenso elettoralistico. Poco importa se tutto ciò si traduce in un progressivo e completo svuotamento dei principi costituzionali: legalità, offensività, tipicità dell'illecito penale, proporzione-ragionevolezza della sanzione penale, vengono sostituite da una penalizzazione a tappeto che sembra richiamarsi a superate forme di tecnicismo giuridico care ad Arturo Rocco. Le cogenti indicazioni costituzionali vengono, dal sempre più nutrito esercito di superficialoidi e di praticoni, prima reinterprete, poi svalutate ed infine accantonate³². In questa 'gara' nella 'rilettura' dei cardini del diritto penale di derivazione costituzionale s'inserisce, in perfetta concordanza, anche la valorizzazione della risposta punitiva improntata a mera deterrenza attraverso un duplice meccanismo fatto di nuove fattispecie incriminatrici e di cornici edittali sempre più ampie.

Qualunque occasione viene colta dal legislatore per brandire il vessillo della risposta immediata e rigorosa ancorché priva di razionalità politico-criminale. Il diritto penale d'inizio terzo millennio si arricchisce di formule ad effetto in grado di fondare sbrigative 'crociate punitive' quali 'tolleranza zero', 'pugno di ferro', 'più carcere', 'linea dura', solo per richiamarne alcune. Così, qualunque questione anziché essere affrontata attraverso la valorizzazione di tecniche e agenzie più articolate – e ciò non significa ripudiare l'uso dello strumento penale ma impiegarlo, in-

32 Come è stato precedentemente sostenuto, con la solita lucidità, non si vince la battaglia contro le organizzazioni criminose - 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», cfr. A. BARATTA, *Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. MOCCIA, Edizioni scientifiche italiane, 1999, 93-113: 113.

vece, in linea con i principi costituzionale – viene risolta attraverso l'utilizzazione di *slogan*, modellati di volta in volta sul settore di riferimento.

In una tale logica il linguaggio giuridico si adegua al lessico diffuso – utilizzato nei tanti *talk show* televisivi o in ambito burocratico e politico – e nella misura in cui asseconda l'immaginario collettivo riafferma un'irrazionale contrapposizione ontologica tra estremi.

Valga l'esempio del trattamento degli extracomunitari che attraverso tutta una serie di etichette negative ('immigrati', 'extracomunitari', 'illegali', 'irregolari', 'clandestini', 'terzomondisti', ecc.), mai persone, si dà vita ad una falsificazione della realtà che si concretizza nell'equazione: 'migranti=devianti' o, peggio ancora, 'extracomunitari=criminali'. Un glossario funzionale a ribadire il 'senso di ostilità' verso il migrante, cioè il 'diverso', dipinto dal linguaggio dell'esclusione come miserabile, minaccioso, disponibile al crimine³³ tale da giustificare dure risposte da parte dello Stato.

Non diversamente si verifica in tema di violenza di genere (in particolare di molestie sessuali) ove si preannunciano rimedi 'definitivi' anche ricorrendo alla riesumazione di «pene corporali» e, quindi, un 'ritorno' a forme di «arcaismo penale»³⁴. Le norme in tema di 'femminicidio'³⁵ e quelle, più recenti, previste dal c.d. 'codice rosso'³⁶, nella misura in

33 Cfr. A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, 2009, 43.

34 Sul tema per tutti cfr. M. TELESCA, *La proposta di legge sulla castrazione farmacologica. Verso la riscoperta delle pene corporali: ossia prove di arcaismo penale*, in «*Ind. pen.*» (2019), 3, 596-630.

35 Si fa riferimento al d.l. n. 93 del 14 agosto, conv. in l. 15 ottobre 2013 n. 119, un vero e proprio 'zibaldone della deterrenza' ove si fanno rientrare le questioni più disparate: non solo il femminicidio (più appropriato, riteniamo, il lemma 'ginecidio'); ma modifiche degli atti persecutori nonostante i palesi vizi di costituzionalità che la fattispecie di cui all'art. 612-bis c.p., presenta; pene inasprite per le rapine commesse su persone di età superiore ai 65 anni o in presenza di persona al di sotto dei 18 anni (art. 7 co. 2 lett.b); una norma ad hoc per il furto di «componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia» (art. 8 co.1 di modifica dell'art. 625 co. 1 c.p.); per un inquadramento del provvedimento, volendo, il nostro Repetita (non) iuvant: *una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/2013, in te,a di 'femminicidio'*, (12.11.2013), in www.penalecontemporaneo.it 1-20.

36 Con riferimento al diritto penale sostanziale la l. n. 69/2010 (c.d. codice rosso) prevede quattro nuove fattispecie incriminatrici: 1) «Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa» (art 387-bis); 2) «Costrizione o induzione al matrimonio» (art 558-

cui si limitano ad inasprimenti sanzionatori, sono la diretta conseguenza di un tale clima. Disposizioni destinate ad incidere marginalmente sul grave fenomeno della violenza di genere perché non coadiuvate da tutta una serie di altre misure dotate di maggiore effettività. La trasformazione dell'aggravante di cui all'art. 583 co. 2 n. 4 c.p. nella fattispecie autonoma di cui all'art. 583-*quinquies* c.p. nonostante l'incremento sanzionatorio (reclusione da 8 a 14 anni in luogo della precedente da 6 a 12 anni) rischia di porsi come l'ennesimo esempio di simbolismo repressivo se non inserita nel contesto di una più articolata risoluzione in grado di incidere sulle cause primigenie del fenomeno.

Il meccanismo della trasformazione delle circostanze aggravanti in fattispecie autonome con relativo aumento delle cornici edittali era già stata utilizzato in passato – ad esempio, la l. n. 128/2001, successivamente modificata dalla l. n. 103/2017 – allorché il legislatore aveva tramutato le due originarie aggravanti del furto domiciliare (art. 625 n. 1) e del furto con scippo (art. 625 n. 4) in reati autonomi, con pena pecuniaria triplicata nel minimo, «e sottraendole così al bilanciamento di cui all'art.

bis); 3) «Deformazione dell'aspetto della persona tramite lesioni permanenti al viso» (art. 583-*quinquies*); 4) «Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti» (c.d. 'Revenge porn', art. 612-ter). La legge apporta ulteriori modifiche al codice penale; in particolare: a) la figura delittuosa degli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) vede inasprito il regime sanzionatorio; b) il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) risulta innovato mediante l'irrigidimento delle sanzioni e con la previsione di una circostanza aggravante speciale quando il delitto è commesso in presenza o in danno di minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità, ovvero se il fatto è commesso con armi. In caso di maltrattamenti contro familiari e conviventi il minore che assiste a tali atti è sempre considerato persona offesa dal reato; c) la fattispecie di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) viene riveduta con l'inserimento di un aumento delle pene e con l'ampliamento del termine concesso alla persona offesa per sporgere querela (dagli attuali sei mesi a dodici mesi). Il provvedimento, inoltre, rimodula e inasprisce le aggravanti quando la violenza sessuale è commessa in danno di minore: d) la figura delittuosa degli atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* c.p.) risulta emendata attraverso la previsione di un'aggravante quando gli atti siano commessi con minori di anni quattordici in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi. Tale delitto diviene inoltre procedibile d'ufficio; e) riveduto anche l'art. 577 c.p. con l'estensione del campo di applicazione delle aggravanti in relazione all'omicidio commesso in costanza di relazioni personali; e) ritoccato, infine, l'art. 165 c.p. nel senso di subordinare la sospensione condizionale della pena alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i reati di cui agli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis*, 582 e 583-*quinquies* nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, co. 1 nn. 2, 5, e 5.1, e 577, co. 1 n. 1, e co. 25 c.p.

69»³⁷. Sono fin troppo note le caratteristiche, e tra queste il rigorismo sanzionatorio, dei vari pacchetti sicurezza per essere in questa sede solo richiamate³⁸.

5. Il ‘morbido’ atteggiamento della Corte costituzionale a fronte dell’inasprimento sanzionatorio.

La ricerca di semplicistici effetti intimidativo-deterrenti pone in essere una lunga serie di violazioni delle disposizioni costituzionali in tema di finalismo rieducativo della pena e lancia un messaggio distorto alla collettività sul modo di intendere e concepire lo strumento penale.

Sotto il primo profilo – senza attardarci sulle varie teorie in ordine alla funzione della pena in quanto ripercorrerne le varie fasi seppure per schematici riferimenti, ci condurrebbe ad un lavoro di Sisifo con il rischio di ripetitività tanto e in profondità è stato arato l’argomento – anche per evidenziare gli orientamenti non sempre immune da censure assunti dalla Corte costituzionale viene in rilievo il referente della proporzione/ragionevolezza della minaccia penale. I giudici con riferimento all’equilibrio sanzionatorio difficilmente hanno accolto le questioni di legittimità costituzionale³⁹.

37 F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, II, Delitti contro il patrimonio*⁷, Cedam, 2018, 90.

38 Con riferimento all’oggetto delle presenti riflessioni cfr. D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in «DPP» (2008), 1077-1082: 1078, quando afferma che 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.

39 La C. cost., con la sentenza 17 febbraio 1971, n. 22, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1971/0022s-71.html> (Consultato: 24 ottobre 2020), ha stabilito, infatti che: «Essendo rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore la determinazione della pena edittale (e a quella del giudice la irrogazione in concreto), sfugge al controllo di legittimità l’indagine sulla sua efficacia rieducativa» (fattispecie avente ad oggetto gli artt. 624 e 625 c.p. nella parte relativa ai massimi edittali della pena rispettivamente comminata, in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost.). Nello stesso senso C. cost. 19 luglio 1968, n. 109, ivi, in tema di pretesa disparità di trattamento tra i fatti di ingiuria (595 c.p.) e oltraggio a pubblico ufficiale (art. 641 c.p.): «il differente trattamento dell’oltraggio rispetto all’altro proprio dell’ingiuria divenga irrazionale per effetto dell’eccessiva sproporzione dell’entità delle sanzioni irrogabili nei due casi, distintamente considerati, poiché la valutazione della congruenza fra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all’infuori dell’eventualità, non verificatesi nella specie, che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione».

Rispetto all'esasperato ampliamento delle cornici edittali la Corte costituzionale, con un orientamento costante e risalente⁴⁰, ha sempre sostenuto che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire quali comportamenti debbano essere puniti e quali, invece, debbano giustificare la qualità e la misura della pena e che, *quando siffatto potere sia contenuto nei limiti della razionalità* (corsivo aggiunto), non vi è violazione dell'art. 3 della Costituzione⁴¹.

In altre ipotesi la Corte anche dopo avere posto in risalto, a conferma della fondatezza del problema, che «rimane sicuramente, specie in talune ipotesi di fatto, una effettiva sproporzione fra sanzione comminata e disvalore del fatto» ha finito per rigettare le censure avanzate⁴².

Si tratta di un'impostazione che si rinviene in molteplici decisioni. Infatti, pur essendo stato sostenuto che l'interazione dei principi di offensività, di proporzione e del finalismo rieducativo della pena comportano che la discrezionalità legislativa deve rispettare il limite della ragionevolezza⁴³, si afferma: «le valutazioni all'uopo necessarie

40 Si veda ad esempio C. cost. 26 gennaio 1957, n. 28, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1957/0028s-57.html> (Consultato: 24 ottobre 2020), secondo cui la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione, ai sensi del quale le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali criteri validi per la adozione di una disciplina diversa. Fino a quando tali limiti siano osservati e le norme siano dettate per categorie di destinatari e non *ad personam*, ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate implicherebbe valutazioni di natura politica, o quanto meno un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte costituzionale non spetta esercitare, anche a norma dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

41 C. cost. 9 luglio 1974, n. 218, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0218s-74.html> (Consultato: 24 ottobre 2020). La decisione richiamata sanciva, in assenza di «ragionevole differenziazione», l'illegittimità costituzionale della contravvenzione preveduta e punita dall'art. 8, penultimo comma, del r.d. 5 giugno 1939, n. 1016, nel testo modificato dalla legge 2 agosto 1967, n. 799, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, in quanto con essa veniva assoggettato alla stessa sanzione sia il fatto di chi cacciava senza essere coperto da assicurazione, sia il fatto di chi, pur essendo assicurato, era sorpreso a cacciare privo dei relativi documenti dimostrativi.

42 Veniva sollevata questione di legittimità costituzionale per l'eccessiva sproporzione del minimo edittale previsto per l'oltraggio a pubblico ufficiale in riferimento alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. (ord. n. 323/1988), in <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0323o-88.html> (Consultato: 24 ottobre 2020).

43 C. cost. 22 luglio 1994, n. 341, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0341s-94>.

rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza»⁴⁴.

L'irragionevolezza dei livelli sanzionatori viene esclusa nonostante sia stato ribadito che sul piano generale, il principio di proporzionalità nel campo del diritto penale, equivale a negare legittimità alle incriminazioni che (seppure presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione) producono, attraverso la pena, danni ai diritti fondamentali dell'individuo ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni⁴⁵.

La finalità rieducativa della pena non è limitata, secondo la Corte costituzionale⁴⁶, alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»: tale finalità rieducativa implica pertanto un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra⁴⁷. Nonostante tali, condivisibili, affermazioni l'ordinamento prevede ipotesi criminose dove il regime sanzionatorio è a dir poco viziato da vistose sperequazioni. Un esempio è dato dal duro regime sanzionatorio in caso di accattonaggio. Basta scorrere il codice penale per rendersi conto «dello strabismo del legislatore; quest'ultimo punisce più severamente i fatti commessi dal mendicante rispetto alla vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine o all'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina, oppure alle percosse o, ancora, alle lesioni personali colpose gravi»⁴⁸.

html (Consultato: 24 ottobre 2020).

44 C. cost. 28 luglio 1993, n. 343 e 3 dicembre 1993, n.422, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1993/0343s-93.html> (Consultato: 24 ottobre 2020).

45 C. cost. sent. n. 409/1989, cit.

46 C. cost. 2 luglio 1990, n. 313, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html> (Consultato: 24 ottobre 2020).

47 Per un compiuto quadro degli orientamenti della Corte costituzionale cfr. l'ampia analisi svolta da V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola, portoghese*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/PRINCIPI_COSTITUZIONALI_IN_MATERIA_PENALE.pdf (Consultato: 24 ottobre 2020).

48 M. TELESCA, *La "riesumazione" dell'accattonaggio (art. 669-bis c.p. dopo la l.n.*

In ordine alla seconda questione il ricorso all'intimidazione altera la percezione da parte della collettività in ordine ai compiti e alle funzioni che il diritto penale realmente può assolvere. Il legislatore accogliendo le istanze diffuse di esemplarismo punitivo finisce per modificare la cultura e la mentalità della collettività che guarda alla sanzione penale come all'unica soluzione percorribile⁴⁹. In altri termini, assecondando le irrazionalità populistiche e dunque strumentalizzando le paure dell'opinione pubblica, si dà spazio a richieste sempre più insensate.

Non è attraverso l'inasprimento sanzionatorio con il suo carattere simbolico che lo Stato può rivendicare una propria legittimazione, ma, viceversa, facendosi carico delle, seppur non facili, questioni di politica sociale, senza bisogno di strumentalizzare le inquietudini della collettività; e senza lasciarsi fuorviare dalla rappresentazione mediatica della criminalità⁵⁰.

Incrementi sanzionatori di natura simbolica finiscono, ancora, per stravolgere anche il sistema dei valori previsto dall'ordinamento la

132/2018). Ovvero il continuum tra legislazione fascista e "pacchetti sicurezza", in *Costituzionalismo.it* (2019), 1, 33-68, che evidenzia come il minimo editto previsto per i casi di accattonaggio sia più grave rispetto: alle lesioni personali colpose (art. 590 co. 1); all'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità (art. 650); alla pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico (art. 656); al disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (art. 659); all'omesso collocamento o rimozione di segnali o ripari (art. 673); si tratta di fatti sanzionati con la pena limitativa della libertà fino a tre mesi e la sanzione pecuniaria in questi casi arriva al massimo a cinquecentosedici euro; per ulteriori riferimenti della disparità derivante dalla previsione sanzionatoria cfr. *ivi*.

49 Mantengono completa modernità le considerazioni svolte in passato da autorevole dottrina secondo cui la politica sociale è la migliore politica criminale, cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI, et al., *Studi di diritto penale*, Giuffrè, 1991, 45-73: 65; sull'esigenza, per una proficua lotta alla criminalità di capillari e diffusi interventi nel tessuto sociale cfr. F. BASILE, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/2684-violenza-sulle-donne-modi-e-limiti-dell-intervento-penale> (Consultato: 20 ottobre 2020), 5; più in generale sul nesso tra questione securitaria e crisi del modello dello Stato sociale, cfr. M. PAVARINI, *Degrado*, cit., 807.

50 G. FORTI- M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Vita e Pensiero, 2005; C.E. C.E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media*, in «RIDPP» (2006), 467-538; E.R. ZAFFARONI-M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica*, cit.; F. PALAZZO., *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in «Riv. dir. dei media» (2018), 3,14-20.

cui tutela richiede una pena rapportata anche al bene giuridico da proteggere.

6. L'intimidazione: una risposta irrazionale.

Il legislatore attraverso l'inasprimento sanzionatorio – testimoniato dai molteplici provvedimenti emanati nei settori più diversi – riecheggia un diritto penale intriso di olocrazia⁵¹, ed appare sempre meno incline ad accettare qualunque indicazione funzionale a migliorare il processo di produzione legislativa, fosse anche quello dell'accademia che «da sempre vede e studia la pena come un problema complesso e lacerante, non come una facile soluzione *prêt-à-porter*, a disposizione della classe politica di turno»⁵².

Il rigorismo repressivo portato da pene irragionevoli non tiene conto del risultato delle scienze empiriche e, così, viene meno l'unica ragione che in qualche modo avrebbe potuto giustificare, sotto alcuni profili, le scelte del legislatore. Come in passato anticipato da Lucio Monaco, nel testo richiamato in apertura, ma sotto questo profilo la situazione non pare sia migliorata:

«dalle ricerche di cui fin qui si dispone *non* emerge alcun nesso tra *escalation* della minaccia e decremento dei tassi di criminalità: piuttosto che agli incrementi di pena, pare possa con qualche fondamento attribuirsi un effetto intimidativo unicamente alla *probabilità* – reale o presunta – di incappare nelle maglie della giustizia penale. A di là di questo, ciò che l'indagine empirica continuamente segnala sono i problemi ed i limiti delle strategie orientate alla 'dissuasione': le difficoltà di trasmissione del messaggio dissuasivo, la necessità di articolarne il

51 L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in *La democrazia in nove lezioni*, a cura di M. BOVERO-V. PAZÈ, Laterza, 2010, 115-135: 129, che pone in evidenza lo scopo di ottenere demagogicamente il consenso popolare rispondendo alla paura generata dalla criminalità di strada, attraverso l'uso del delitto penale tanto duramente repressivo e antigarantista quanto inefficace rispetto alle dichiarate finalità preventive; Id., *Democrazia e populismo*, in «AIC» (2018), 3, 515-524; in senso critico verso la legislazione demagogica quale «farmaco palliativo somministrato ad ogni piè sospinto per alleviare il risentimento sociale, morale ed anche esistenziale dei 'cittadini onesti'», cfr. A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in «PPG» (2019), 4, 947-969: 949.

52 D. BRUNELLI, *Introduzione ad un Confronto di idee su: «Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrilevanza»*, in «AP» (2019), 1, 1-3:1.

contenuto secondo tipologie di reato e di autore, la aleatorietà della sua recezione, le molteplici possibilità di pararne gli effetti, l'incidenza della cifra oscura, e così via dicendo» (pp. 240-241).

Infine:

«In sintesi, l'indicazione delle scienze empiriche è fin troppo palese: la prassi delle sanzioni interessata alla prevenzione generale 'negativa', e la teoria orientata ad appoggiarla devono non solo rassegnarsi ad agire *senza* il supporto di adeguate verifiche 'sul campo', ma addirittura *contro* i segnali che da quella fonte provengono» (p. 241).

Alla luce di tali conclusioni, il legislatore dovrebbe propendere per un intervento più razionale sull'eziologia criminale anziché ricorrere ad un semplicistico ampliamento dei livelli sanzionatori privi di effettività e, dunque, ad un uso simbolico-populistico⁵³ (e in quanto tale inefficace) dello strumento penale⁵⁴ – dove la rappresentazione può essere politicamente più importante dell'efficacia reale nonostante i due piani (rappresentazione e realtà) non coincidano⁵⁵ – finendo per arricchire, in tal modo, facili illusioni portate da risposte simboliche⁵⁶.

53 Più in generale cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «*Criminalia*» (2013), 95-121; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, ivi, (2013), 123-146: 123; E. DE MARCHI, *Teoria e prassi del populismo penale*, Primiceri editori, 2020, M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, (7 settembre 2020) in <https://sistemapenale.it/it/autori-di-sp/donini-massimo> (Consultato: 5 novembre 2020)

54 Rimarca D. PULITANÒ, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, (21 dicembre 2016), in *penalecontemporaneo.it* (Consultato: 2 novembre 2020). Sulla sanzione penale funzionale «alla essenziale concretizzazione di esigenze di pura stabilizzazione del consenso sociale» cfr. A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in *La società punitiva*, cit.,; sul diritto penale «intrinsecamente simbolico» v. C. SOTIS, *Intervento*, in *La società punitiva*,; sulle molteplici «forme di manifestazione» del simbolismo penale, v. S. BONINI, *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica*, in *La società punitiva*, cit.,; sul rapporto tra simbolismo penale e organi di informazione v. recentemente ID., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale scientifica, 2018.

55 D. PULITANÒ, *Intervento*, in *La società punitiva*, cit., secondo cui di fronte a domande (di tutela o di ritenuta giustizia) provenienti dalla società e trasmesse dai media, la politica cerca risposte volte principalmente a coagulare il consenso. Con malinconico disincanto, dobbiamo considerare i correnti usi populistici della legislazione penale come un prodotto della democrazia, sia pure di una democrazia sfigurata.

56 M. CATERINI, *La legalità penal-mediatica*, cit., p. 151.

Esigenze di effettività e razionalità spingono per un'utilizzazione ponderata dello strumento penale; pertanto, il legislatore dovrebbe – suo malgrado – abbandonare qualunque intendimento di assecondare le spinte populistiche che rappresentano un'altra costante della recente legislazione penale. Il rigorismo repressivo o, in altri termini, la valorizzazione della minaccia, portato da un numero esorbitante di divieti, penalmente sanzionati, nella misura in cui restringe gli spazi di libertà, si riduce all'affermazione di una sorta di «Stato-carabiniere»⁵⁷, che, in rapporto alla criminalità, può incidere, momentaneamente, sul piano emotivo, ma alla lunga, di per sé solo, risulta sterile, anzi, finisce per assecondare pericolose tendenze di giustizia sommaria, con ulteriori limitazioni delle libertà fondamentali. Occorre, com'è stato segnalato con estrema durezza, che legislatore non si comporti «come un mercante da strapazzo, pronto a vendere la propria merce d'occasione al migliore offerente, così tradendo l'essenza del suo compito»⁵⁸.

Non è superfluo evidenziare che la libertà, e allo stesso modo la sicurezza dei cittadini, non sono minacciate soltanto dai comportamenti violenti o dai delitti, ma anche, e spesso in misura assai maggiore, dalle pene eccessive e dispotiche, dagli arresti e dai processi sommari, dai controlli arbitrari e pervasivi di polizia, dalle limitazioni dei diritti fondamentali: in una parola da quell'insieme di interventi che va sotto il nobile nome di «giustizia penale» e che forse, nella storia dell'umanità è costata più dolori e ingiustizie dell'insieme dei delitti commessi»⁵⁹.

Il legislatore, però, incurante dell'esiguità dei risultati connessi alla minaccia penale continuerà nell'*escalation* repressiva e continuerà a vestire i panni del militare giapponese Hiroo Onoda che, nella giungla

⁵⁷ F. GALGANO, *Criminalità economica: il punto di vista del civilista*, in «Riv. soc»1980, 434-443: 435

⁵⁸ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., p. 255; oltre agli Autori prima citati cfr. L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in «Quest. giust.» (2019), 1, 79, che evidenzia l'uso demagogico e congiunturale del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale fonte di consenso elettorale tramite politiche e misure illiberali tanto inefficaci alla prevenzione della criminalità quanto promotrici di un sistema penale disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, ivi, 86.

⁵⁹ L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in «Dei delitti e delle pene» (1985), 493-524: 521.

dell'isola filippina di Lubang, continuava a fare la guerra ignorando che fosse finita da trent'anni.

PENE ACCESSORIE E DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Carlo Longobardo

1. Pubblica Amministrazione e pene accessorie.

Una teoria del diritto penale che esaurisce le sue funzioni in quelle, pur fondamentali, di controllo e difesa lavora in una prospettiva inadeguata, in particolare, troppo ristretta: non riesce a filtrare nel suo orizzonte speculativo la dimensione ‘sociale’ del fenomeno su cui essa lavora, il che le impedisce di cogliere il senso di taluni aspetti essenziali alla dimensione ‘giuridica’ del fenomeno stesso¹. Sotto il profilo sanzionatorio, questa riflessione ben si attaglia alla pena accessoria, che si presta facilmente a diventare unicamente afflittiva e discreditanza per colui al quale è inflitta, se svincolata dai presupposti costituzionali che regolano la materia delle sanzioni penali. Il ricorso ad essa si giustifica, dunque, soltanto una volta riletta in chiave costituzionalmente orientata ed in un’ottica di tutela di importanti beni giuridici, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e frammentarietà². E la Pubblica

1 È la posizione di L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 101.

2 Più in generale, sull’argomento, cfr. G. AZZALI, *In tema di applicabilità della pena accessoria dell’interdizione dai pubblici uffici in ordine al tentativo nei delitti di peculato, malversazione e concussione*, in «RIDPP» (1964), 227 ss.; D. BRUNELLI, *Le sanzioni del diritto penale mite: funzioni e prospettive*, in G. CERQUETTI- C. FIORIO (Edd.), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, CEDAM, 2004, 3 ss.; G. CERQUETTI, *Pene accessorie* (voce), in «ED», vol. XXXII, Giuffrè, 1982, 819 ss.; G. CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, CEDAM, 1990; G. COCCO, *L’illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in «RIDPP» (2004), 90 ss.; G. CONTENUTO, *Sospensione condizionale, sanzioni sostitutive e pene accessorie*, in «RIDPP» (1985), 1096 ss.; P. DE FELICE, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Giuffrè, 1988; G.V. DE FRANCESCO, *Le nuove pene interdittive previste dalla legge n. 689 del 1981: una svolta nella lotta alla criminalità economica?*, in «AP» (1984), 420 ss.; E. DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in «RIDPP» (2001), 823 ss.; C. FIORE, *Pene accessorie, confisca e responsabilità delle persone giuridiche nelle “Modifiche al sistema penale”*, in «AP» (1982), 249 ss.; G. FORNASARI, *Le pene accessorie nell’esperienza comparatistica*, in AA.VV., *Pene accessorie e sistema penale*, EUT, 2001, 67 ss.; P. FRISOLI, *Effetti della sentenza penale di condanna* (voce), in «ED», vol. XIV, Giuffrè, 1965, 408 ss.; R.A. FROSALI, *Pena accessoria* (voce), in «NssDI», vol. XII, UTET, 1965, 836 ss.; S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, CEDAM,

Amministrazione, anche per la centralità che riveste nel sistema costituzionale, unita alle delicate funzioni esercitate, ci sembra candidata ideale ad essere tutelata anche attraverso questo tipo di reazione ordinamentale.

Il cittadino si aspetta nei rapporti con la P.A. imparzialità e trasparenza, specialmente da chi ne impersona comportamenti ed atti. Commettere fatti pienamente o, *lato sensu*, corruttivi – soprattutto se reiterati e di una certa gravità riscontrabili in fattispecie precise e determinate – produce una legittima aspirazione, nei consociati, a che la risposta ordinamentale risulti in linea con la funzione svolta e con il particolare *status* – anche privilegiato: in termini di tutela; in termini di valore degli atti; ecc. – di cui si vede dotato l'agente pubblico.

Lo richiede la stessa imparzialità – rivolta, com'è noto, sia all'attività che al soggetto agente – che dev'essere considerata proprio come *equidistanza* rispetto ai diversi fattori dell'attività amministrativa anche nell'ambito del procedimento amministrativo. L'imparzialità si innesta, altresì, all'interno del processo decisionale e si riferisce alla necessità di tener conto obiettivamente – nel perseguimento dell'interesse pubblico – dei particolari interessi dei cittadini coinvolti nel procedimento, da trattare tutti senza favoritismi né discriminazioni.

1986; S. LARIZZA, *Pene accessorie* (voce), in «DDP», vol. IX, UTET, 1995, 423 ss. S. LARIZZA, *Commento alla legge 27 marzo 2001, n. 97. Nuove norme sul rapporto tra processo penale e disciplinare per i dipendenti pubblici*, in «DPP» (2001), 1204 ss.; S. LARIZZA, *Le pene accessorie: normativa e prospettive*, in AA.Vv., *Pene accessorie e sistema penale*, cit., 23 ss.; A. MANNA, *Sull'incostituzionalità delle pene accessorie fisse: l'art. 2641 c.c.*, in «Giurisprudenza commerciale» (1980), I, 910 ss.; I. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo una proposta de iure condendo*, Giappichelli, 2008; S. MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in «LP» (2016), 1 ss.; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pena pecuniaria e misure interdittive*, in «Dir. e formazione» (2001), 8 ss.; F. PALAZZO, *Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, in «RIDPP» (1977), 190 ss.; F. PALAZZO, *Le pene accessorie nella riforma della parte generale e della parte speciale del codice*, in «Temi», (1978), 660 ss.; C. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma improbabile del sistema sanzionatorio*, in «RIDPP» (1992), 510 ss.; P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Giuffrè, 1984; P. PISA, *Pene accessorie* (voce), in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XXII, 1990; P. PITTARO, *Le pene accessorie. Un'introduzione*, in AA.Vv., *Pene accessorie e sistema penale*, cit., 7 ss.; N. SELVAGGI, *Interdizione perpetua dai pubblici uffici e funzione rieducativa della pena. Brevi osservazioni su un problema ancora aperto*, in «AP» (2015), 5 ss.; L. VIOLANTE, *Contenuto e funzioni delle pene accessorie: conseguenze in tema di applicabilità del concorso di persone nel reato*, in «RIDPP» (1969), 263 ss.

Questo modo di intendere l'imparzialità a me pare un reale cambio di marcia verso il perseguimento di opzioni di carattere personalistico e solidaristico indicate dalla Carta costituzionale.

Nondimeno il buon andamento – vero cardine della vita amministrativa e condizione di svolgimento ordinato della vita sociale³ – rappresenta certamente la necessità di implementare l'azione amministrativa in termini di efficacia, efficienza ed economicità.

Da questi dati deriva, a nostro avviso, una precisa differenza tra chi è chiamato a lavorare per il pubblico interesse e chi, viceversa, persegue una legittima utilità di tipo privatistico, seppur – tra gli altri – nei limiti degli art. 41 e 42 Cost.

In altri termini, l'impianto costituzionale rimarca una ragionevole diversità tra il perseguimento di obiettivi della Pubblica Amministrazione – conseguibili attraverso gli strumenti dell'indipendenza e dell'imparzialità – e l'aspirazione a soddisfare l'interesse privato che si prospetta, in linea di principio, naturalmente dipendente e parziale. La stessa trasparenza, per sua natura, è maggiormente connaturata all'Amministrazione pubblica, che dev'essere la famosa *casa di vetro*; la stessa parità del bilancio e la sostenibilità del debito – ex art. 97, co. 1, Cost. – si presentano connaturate all'istanza pubblica, ben lontane dalla precipua, legittima ricerca del profitto nel settore privato. Risulta allora evidente che il soggetto privato – laddove non sia addirittura vittima, come nelle ipotesi di concussione – commette certamente un grave illecito penale nel rapporto corruttivo, ma non risponde anche per quegli obblighi tipici del pubblico dipendente, e ciò può giustificare differenti trattamenti sotto il profilo sanzionatorio.

Se questi sono i presupposti, va preso atto che talune caratteristiche peculiari della Pubblica Amministrazione possono legittimare – rispetto ad essa – una tutela, a volte, rafforzata rispetto al settore privato. Con riferimento alle pene accessorie, ciò potrebbe tradursi in differenti trattamenti sanzionatori quantitativi e qualitativi tra soggetti intranei alla P.A e soggetti ad essa estranei⁴. D'altronde, anche sotto il profilo soggettivo,

3 C. cost. n. 123 del 1968, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1968/0123s-68.html>.

4 Un esempio: con riferimento alla pena dell'interdizione dai pubblici uffici, essa attualmente, salvo che il legislatore disponga altrimenti, si estrinseca in una serie di incapacità dal contenuto eterogeneo – come argomenta S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, cit.,

le differenze tra agenti pubblici e privati sono rimarcate, per esempio, con riferimento al pubblico impiegato, dal dato secondo cui quest'ultimo si pone al servizio esclusivo della nazione, *ex art. 98, co. 1 Cost. e, dunque, quale migliore espressione dei canoni recitati dall'art. 97 c.p.: indipendenza, imparzialità, trasparenza e buon andamento.*

Alla luce di queste considerazioni, assume, altresì, rilevanza la portata offensiva delle condotte corruttive. Oggi, rispetto al passato, tale portata offensiva tende a spostarsi più sulla condotta di fedeltà del pubblico agente che non sull'oggettivo riferimento al mercimonio dell'atto⁵. Se partiamo da questo presupposto, sempre ai fini del rispetto dei principi costituzionali citati e dei canoni di un diritto penale del fatto, ancor più dovrebbero risultare determinati gli obblighi penali ed extrapenali di chi ha a che fare con la P.A.

In altri termini, crediamo che, per debellare i fenomeni corruttivi, si debba precipuamente puntare alla razionalizzazione dei percorsi amministrativi tesi all'organizzazione ed al funzionamento della P.A. e riportare la soluzione penale nel suo naturale alveo di risposta a fenomeni patologici, evitando di caricarla di improbabili ed inefficaci effetti emozionali e promozionali.

Sotto il primo profilo – quello extrapenale – sembrano ormai ineludibili: lo snellimento dei procedimenti con l'indicazione di ben determinati

110 ss.; 428 ss. – accomunate dalla tensione comune a comprimere la capacità giuridica del condannato nella parte relativa all'esercizio di diritti o funzioni che competono ad esso in quanto cittadino. Tale compressione non trova in realtà una sua motivazione nel rapporto di omologia con il reato commesso, quanto nella necessità di allontanare dall'esercizio di funzioni *lato sensu* pubbliche soggetti che, a seguito della condanna, non si reputano degni di esercitarle. Per queste ragioni si è proposta una critica serrata all'attuale contenuto dell'interdizione dai pubblici uffici, che andrebbe, in un'ottica *de iure condendo*, limitata all'interdizione della particolare facoltà, posizione, potere od ufficio collegati alla commissione del fatto di reato, eliminandosi tutte quelle preclusioni aggiuntive tese unicamente a stigmatizzare il comportamento del condannato e a rimarcare l'indegnità ostacolando concretamente il reinserimento in società. Si tratta quindi di depurare quanto più possibile le attuali pene a contenuto interdittivo, o meglio quelle che vengano individuate quali potenziali pene principali, dai tratti che sono il portato storico della genesi della categoria delle pene accessorie e che vede nel tratto stigmatizzante il loro carattere preminente. In tal senso, anche I. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo una proposta de iure condendo*, cit., 90.

5 Il rapporto ed il passaggio dell'attenzione dal fatto all'autore, anche in un'ottica legata alla scelta di una equilibrata sanzione, è lucidamente analizzato da L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., 173 ss.

obblighi a carico dei responsabili dei procedimenti – utili anche a configurare eventuali reati d'obbligo –; il rinnovamento del rapporto Politica/Amministrazione (verso una meditata separazione) che comporti la razionalizzazione e la riduzione dello *Spoil system all'italiana*, puntando sulla preparazione dei funzionari in meglio attrezzate scuole superiori della P.A. e della P.A. locale, anche al fine di creare un credibile e razionale sistema di controllo, non vissuto come un 'intralcio', ma come incentivo alle corrette opportunità di investimento e lavoro da parte dei privati.

A quest'ultimo proposito appare emblematica di tale confusione la riforma del codice dei contratti pubblici⁶: il D.L. n. 32/2019, il cui nome già configura un programma: "*Decreto Sblocca Cantieri*", apporta 53 grosse modifiche al Codice dei contratti e tra queste prevede la sospensione fino al 31 dicembre 2020 di 3 disposizioni che hanno costituito la colonna portante della riforma del 2016: l'art. 37, comma 4, che fa ritornare la concezione di stazioni appaltanti "diffuse"; l'art. 59, comma 1, quarto periodo, con la quale viene sospeso il divieto dell'appalto integrato e l'art. 77, comma 3, con l'effetto di sospendere l'obbligo di ricorrere all'albo unico dei commissari di gara gestito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (la cui entrata in vigore era stata più volte sospesa dall'ANAC).

Inoltre, con il comma 18 viene dettata una disciplina transitoria del subappalto nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici. In particolare, è prevista la deroga fino al 31 dicembre 2020 ad alcune disposizioni contenute all'articolo 105 del Codice, eliminando alcuni vincoli e limiti previsti. Le più rilevanti novità sono costituite dall'innalzamento della quota massima delle prestazioni subappaltabili al tetto del 40% e dall'eliminazione dell'obbligo di indicazione dellaterna dei subappaltatori. A ciò si aggiungono altre semplificazioni di tipo essenzialmente procedurale, che prevedono la sospensione – fino al 31 dicembre 2020 – dell'applicazione: del comma 6 dell'articolo 105 del codice dei contratti pubblici, con il quale viene sospeso l'obbligo di indica-

6 Il d.l. n. 32/2019 (c.d. *Decreto Sblocca Cantieri*), nato come provvedimento d'urgenza, apporta così tante modifiche al d.lgs. 18 aprile 2016 (c.d. *Codice dei contratti*) da poter essere considerato un vero e proprio correttivo arrivato dopo la pubblicazione dell'avviso di rettifica 15 luglio 2016 (Gazzetta Ufficiale 15/07/2016, n. 164), che ha apportato 167 modifiche al Codice dei contratti, e del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (Gazzetta Ufficiale 05/05/2017, n. 103 - Supplemento Ordinario) con le sue 441 modifiche apportate a circa 130 articoli del Codice.

re la terna di subappaltatori in sede di offerta; del comma 2 dell'articolo 174 del codice dei contratti pubblici, con il quale è sospeso l'obbligo di indicare in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Sono sospese anche le verifiche in sede di gara previste, per il subappaltatore, dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici.

Il messaggio che deriva da tutto questo – al netto di qualunque valutazione politica – sta nel dato secondo cui i cantieri si bloccano per l'esistenza delle regolamentazioni amministrative esistenti.

Una razionalizzazione della legislazione amministrativa nel suo complesso non sembra più rinviabile: faciliterebbe i rapporti tra P.A. ed utenti, rendendo certamente più credibile l'intero impianto sistematico. In questa ottica, potrebbe trovare spazio un complesso sanzionatorio penale più razionale, il quale potrebbe utilizzare le pene accessorie anche in funzione di sanzioni esclusive valorizzandone, così, istanze rieducative e proporzionali⁷.

Purtroppo, però, il percorso delle pene accessorie sembra, in linea di principio, procedere in altro senso rispetto a quanto finora auspicato. Ciò è avvenuto anche nella triste stagione di Tangentopoli, dove furono elaborate proposte dirette al potenziamento ed all'uso massiccio delle pene interdittive. Peraltro, da allora, appare evidente che il Paese non abbia superato lo *choc* da corruzione che, anzi, è diventato un ottimo alleato per ottenere consenso elettorale, anche a costo del sacrificio delle più elementari esigenze di garanzia.

D'altro canto, è normale che l'attenzione dei cittadini si catalizzi intorno ad un fenomeno che la crisi economica e la conseguente riduzione delle risorse disponibili – anche sotto il profilo dell'elargizione di prebende pubbliche spesso non giustificate da reali bisogni ma conve-

7 I. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo una proposta de iure condendo*, cit., 290, sostiene che, in relazione ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione, per lo meno per quelli per cui la pena detentiva attualmente prevista è tale da permetterne facilmente la sospensione condizionale (ad es.: peculato mediante profitto dell'errore altrui, corruzione per un atto d'ufficio, abuso d'ufficio, tra le più importanti), sembra sostenibile l'applicazione, in una prospettiva *de iure condendo*, di sanzioni a contenuto interdittivo quali la sospensione o l'interdizione da pubblici uffici oltre che l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, anche quali sanzioni esclusive.

nienti per questa o quella categoria – rende ancora più odioso che in passato. In condizioni storiche che riducono la vita economica e sociale del Paese in termini di maggior squilibrio e disagio, si sente la necessità di cancellare pratiche distorsive delle regole democratiche, che hanno alterato la concorrenza tra le imprese e delegittimato il potere politico, anche attraverso le infiltrazioni camorristiche. Inoltre, tali ‘prassi’ hanno contribuito alla perdita di credibilità del sistema sanzionatorio, che ha messo a nudo tutta la differenza tra il trattamento riservato al cittadino comune e quello stabilito per il colletto bianco.

Beccaria saggiamente sottolineava come “Gli attentati contro la sicurezza e libertà dei cittadini sono uno dei maggiori delitti; e sotto questa classe cadono no solo gli assasinj e i furti degli uomini plebei, ma quelli ancora dei grandi e dei magistrati, l’influenza dei quali agisce ad una maggior distanza e con maggiore vigore, distruggendo nei sudditi le idee di giustizia e di dovere, sostituendo quelle del diritto del più fore, del pari pericoloso finalmente in chi lo esercita e in chi lo soffre. Né il grande, né il ricco debbono poter mettere a prezzo gli attentati contro il debole ed il povero: altrimenti le ricchezze, che sotto la tutela delle leggi sono il premio dell’industria, diventano l’alimento della tirannia.”⁸.

Naturalmente, in uno stato sociale di diritto, tale esigenza trova il suo naturale *pendant* nel fatto che tutti gli uomini, a prescindere dalla loro posizione sociale e dalla natura dei crimini commessi, hanno diritto alle garanzie. “Si è del tutto dimenticato che uno dei cardini del garantismo dello stato di diritto era dato dal diritto dell’accusato ad essere considerato innocente prima di una sentenza di condanna passata in giudicato, cioè fornita di tutte le prove, le doglianze, le riconsiderazioni possibili. Alla presunzione di non colpevolezza o si crede o non si crede, nei fatti: in larga misura non è neanche un problema di norme; a ben vedere, è questo un principio di civiltà già alla base del giusnaturalismo, di cui, forse, tutti gli altri principi dello stato di diritto in materia processuale costituiscono altrettanti corollari”⁹.

8 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in G. D. PISAPIA (Ed.), Giuffrè, 1973, 87.

9 S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, 1995, 2a ed., 1997, 96; sul punto cfr. anche P. DE LALLA, *Idee per un “completamento istruttorio” del giudice delle indagini preliminari*, in «RIDPP» (1994), 68 ss.

D'altronde, l'idea che l'efficienza della risposta alla criminalità debba necessariamente passare attraverso il sacrificio delle garanzie penali e processuali è storia vecchia e tristemente nota, su cui forse non è nemmeno più il caso di intrattenersi.

Probabilmente, come già sottolineato, ciò che spinge alla soluzione penale – soprattutto in tema di Pubblica Amministrazione – è la difficoltà di intraprendere una reale azione di ridefinizione dell'attività amministrativa che avvii percorsi virtuosi in merito ai procedimenti amministrativi e stabilisca maggiori garanzie di indipendenza per i pubblici dipendenti rispetto alla politica¹⁰.

2. Le pene accessorie nella P.A. alla prova della nuova disciplina.

A fronte delle difficoltà emergenti dalla scelta di procedere ad un profondo rinnovamento istituzionale e culturale della Pubblica Amministrazione (che potrebbe comportare, per la politica, anche il costo della perdita di molte nomine 'fiduciarie' di comodo), si è preferito continuare a mostrare i muscoli del diritto penale per eliminare le dinamiche corrottive, anche se si tratta di un *culturismo* fine a se stesso. Nello spazzare

¹⁰ Ma anche qui la tendenza sembra orientata in senso contrario. A tal proposito, risulta paradigmatico, per esempio, il ruolo svolto dal segretario comunale (e provinciale). Il Segretario svolge, ai sensi del comma 2 dell'articolo 97 del d.lgs. n. 267/2000, compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti.

La giurisprudenza ha sostenuto che anche dopo la (pessima!) riforma dello *status* del segretario comunale e dopo l'eliminazione del parere preventivo di legittimità di quest'ultimo, il Segretario Comunale e Provinciale "mantiene la specifica funzione ausiliaria di garante della legalità e correttezza amministrativa dell'azione dell'ente locale" (Corte dei Conti reg. Lombardia, sez. giurisd. 09/07/2009 n. 473). Investito anche del compito di responsabile anticorruzione dell'Ente, a noi pare ancor più impellente orientarsi verso un rinnovato sistema che (ri)separando politica ed amministrazione elimini, in questo caso, la scelta del segretario da parte del Sindaco. Peraltro, nella quasi totalità dei casi, il Sindaco (magari non giurista e al primo mandato) non ha alcuna competenza per valutare i *curricula* dei candidati segretari: come si orienterà nella scelta? Un organo di amministrazione e di garanzia, così come descritto, dev'essere autonomo rispetto alla politica e potrebbe scegliere la sede in base alle graduatorie concorsuali così come avviene, ad esempio, per i magistrati. La Corte costituzionale, da ultimo – sebbene con riferimento ad una questione relativa alla mancata permanenza del segretario per fine mandato del sindaco – sembra legittimare questo *spoils system* all'italiana: v. Sent. n. 23 del marzo 2019 (Udienza Pubblica del 08/01/2019; Decisione del 08/01/2019; Deposito del 22/02/2019; Pubblicazione in G. U. 27/02/2019 n. 9).

via i corrotti, «l'avvio in discarica è innanzitutto promosso da un vistoso irrigidimento delle pene accessorie»¹¹. Le nuove norme alimentano il ricorso all'interdizione perpetua, ed aggiungono anche la perpetua incapacità di contrattare con la P.A.¹²; Da questa ormai generalizzata risposta restano fuori dal circuito perpetuo ipotesi minori che, con gli attuali limiti edittali, copriranno un ambito davvero marginale.

In dettaglio, l'art. 1 della l. n. 3 del 2019, alla lettera c), prevede la riformulazione dell'art. 32 *quater* c.p. ed estende, rispetto al passato, l'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione¹³ anche al peculato, escluso quello d'uso (solo art. 314 co. 1 c.p.), alla corruzione in atti giudiziari (art.319 *ter* c.p.) ed al traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.), oltre che al traffico illecito di rifiuti, *ex art.* 452 *quaterdecies* c.p., invece che all'art. 260 del codice dell'ambiente (abrogato dall'art. 7 D.lgs. n. 21/2018 sulla *Riserva di codice*).

L'art. 32 *quater* c.p. propone un ampliamento del catalogo delle fattispecie incriminatrici commesse in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o in relazione ad essa, allineando sostanzialmente tale fattispecie con il catalogo di reati previsto nella specifica disciplina di cui all'art. 317 *bis* c.p.¹⁴.

La lettera *m*) dello stesso art.1 l. n. 3/2019 sostituisce l'art. 317 *bis* c.p., estendendo l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, oltre che ai delitti di cui agli artt. 314, 317, 319 e 319 *ter* c.p. – già contemplate nella precedente versione dell'art. 317 *bis* c.p. – anche alle condotte di cui agli artt. 318, 319 *bis*, 319 *quater*, co. 1, c.p., 320, 321, 322, 322 *bis*, 346 *bis* c.p.

11 Così T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in «AP» (2018), n. 3, 1 ss., in part. 9.

12 Ricordiamo che le pene accessorie dell'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione sono state introdotte ad opera della l. n. 689 del 1981, mentre la l. n. 97 del 2001 ha introdotto quella dell'estinzione del rapporto di impiego o di lavoro.

13 Questa sanzione – come ricorda F. MUCCIARELLI, *Sub art. 120*, in E. DOLCINI et al. (Edd.), *Commentario alle «Modifiche al sistema penale»*, Giuffrè, 1982, 520 ss., è riservata principalmente al settore imprenditoriale (nell'ambito dei reati dei colletti bianchi). La strada prescelta era quella di potenziare l'ambito applicativo di pene accessorie già conosciute e di crearne di nuove, sul presupposto della loro reale temibilità nel campo della criminalità imprenditoriale.

14 P. CIRILLO, *Le pene accessorie*, in L. DELLA RAGIONE (Ed.), *Il penalista. La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3). Speciale riforma*, 35 ss.

A questo proposito va notato che l'incapacità *in perpetuo* di contrattare con la pubblica amministrazione – salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio – rappresenta una novità introdotta dalla l. 3/2019, in quanto quest'ultima non era prevista dall'art. 32 *ter* c.p. e poteva essere applicata soltanto *pro tempore*.

Sempre l'art. 317 *bis* c.p. si occupa anche di disciplinare l'interdizione temporanea dai pubblici uffici, in seguito alla condanna per i citati (ed ampliati) delitti contro la P.A. con un inasprimento che vede aumentare tale ultima misura, nel minimo da 1 a 5 anni e, nel massimo, da 5 a 7 anni, nei casi in cui la condanna inflitta non superi i 2 anni (il limite precedente era di 3 anni) e se ricorre la circostanza attenuante della particolare tenuità (art. 323 *bis* co. 1 c.p.).

La durata della misura accessoria è compresa tra il minimo di 1 ed il massimo di 5 anni nel solo caso di collaborazione *ex* art. 323 *bis*, co. 2, c.p. Si tratta di una riduzione ad *effetto speciale* – da un terzo a due terzi della pena – di cui il condannato può usufruire qualora si sia “efficacemente adoperato al fine di evitare che l'attività delittuosa venisse portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili, ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite”.

Desti perplessità la volontà legislativa di punire comunque da 5 a 7 anni anche l'ipotesi della particolare tenuità: l'unica eccezione – da 1 a 5 anni – resta il pentimento - delazione.

3. La 'redenzione': la delazione che diventa collaborazione.

La promessa draconiana di punizione è finalizzata al pentimento - delazione – collaborazione, che promette un sostanzioso abbattimento della sanzione. Ad essa si aggiunge – e la citiamo per completezza – la causa di non punibilità prevista dall'art. 323 *ter* c.p. in base alla quale non è punibile colui che ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322-*bis*, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-*bis* e 354 *se*, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti¹⁵ e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto,

¹⁵ Sulle perplessità della denuncia spontanea antecedente alla scoperta del reato, cfr. G. MARRA, *Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica)*:

lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di quattro mesi. Ormai sono nella norma circostanze attenuanti e cause di non punibilità riferibili ai tipi ora descritti, che prevedono, a volte la reintegrazione dalle offese provocate e, a volte, svariate forme di collaborazione nei settori più disparati. Nata come eccezione per combattere terrorismo e criminalità organizzata, la *collaborazione* si estende ormai a macchia d'olio, «nell'agevolare la lotta a questo o quel fenomeno criminoso, secondo una logica inquisitoria simmetricamente inversa a quella che ispirava la tortura giudiziale, soprattutto se diretta *in caput sociorum*. Si tratta comunque pur sempre di pressione a rivelare: una "soave inquisizione", si è potuto dire; ma pur sempre un'inquisizione»¹⁶.

Invero, l'intreccio tra pentimento e 'soave' inquisizione – rispetto al tema che ci occupa – ha avuto già un precedente nei progetti di riforma per uscire da Tangentopoli. Questi si fondavano su una duplice prospettiva: sostanziale e processuale. Sotto il primo profilo, le proposte ritoccano, in vari punti, i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione"; sotto il secondo profilo, invece, si spaziava dall'introdurre un processo semplificato da svolgersi davanti al Gip a richiesta dell'imputato, all'esaltazione del ruolo della confessione-collaborazione dell'imputato-pentito, fino ad un vero e proprio disegno di legge recante modifiche al codice di procedura penale tendente a ridisegnare tutta la sistematica dei riti alternativi¹⁷.

Una delle proposte che fece particolarmente discutere fu quella redatta da Antonio Di Pietro, insieme con alcuni magistrati del Pubblico Ministero ed autorevoli giuristi¹⁸.

problemi interpretativi e prospettive di riforma, in «RTDPE» (1998), 1016 ss.; A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, ESI, 2006, 317 ss.

16 T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 8.

17 Sul punto ci sia consentito rinvio a C. LONGOBARDO, *I progetti per «uscire» da Tangentopoli*, in «RTDPE» (2000), n. 1-2, 288 ss.

18 Sul punto cfr. le *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e di illecito*

Tra le varie innovazioni individuabili in questo progetto ce n'erano alcune – l'eliminazione del delitto di concussione; il forte inasprimento delle pene principali per i delitti di corruzione, di estorsione aggravata e l'elevato limite edittale per la nuova figura del "vantato credito"; la previsione dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici per tutti i casi di corruzione passiva; le sanzioni pecuniarie «assolutamente senza precedenti»¹⁹; una allargata possibilità di utilizzazione della custodia cautelare in carcere²⁰; – che davano l'impressione di un'esaltazione della funzione intimidativo-deterrente ma anche simbolico-espressiva del diritto penale²¹, confermata dall'altra previsione – quella di una causa di non punibilità per chi, entro un certo termine avesse tenuto spontaneamente «certi comportamenti di collaborazione (con eccezionale previsione di un termine di sanatoria anche con riguardo al passato)»²². Si ritenne che questo progetto si traducesse in una somma di misure di carattere preventivo e repressivo di gravità complessiva inusitata, che più che avere una sua giustificazione in sé, trovava la sua spiegazione alla luce dell'incentivo al pentimento perseguito attraverso la introduzione della causa speciale di non punibilità di cui all'art. 10 del progetto stesso. "Più elevati sono infatti i rischi di carcerazione e di sanzioni limitative della libertà personale, interdittive e pecuniarie, tanto più elevata diventa la possibilità che uno dei protagonisti della corruzione entro i tre mesi contemplati dal progetto di legge si determini a collaborare con il pubblico ministero."²³.

finanziamento di partiti, in «RIDPP» (1994), 1010 ss. e le relative *Note illustrative*.

19 Testualmente C. F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anti corruzione di Mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in «CP» (1994), 2341 ss.

20 Che questa proposta di riforma in materia di fatti di grave corruzione politico-amministrativa sia mutuata dalla sistematica emergenziale adottata in materia di legislazione antimafia era già sostenuto da S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 109 ss.

21 Sul punto, cfr. D. PULITANÒ, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in «RTDPE» (1994), 947 s., in part. 956, dove l'A. sottolinea come "il problema della corruzione, e ancor più quello del sistema di Tangentopoli è estremamente complesso. Non esistono ricette miracolose; le leggi non bastano ancorché necessarie; le proposte avanzate sono solo un primo momento, un ragionevole tentativo di rafforzare taluni strumenti preventivi e repressivi, e di additare anche sul piano simbolico (pur esso da non trascurare) una linea di giusto e necessario rigore. Altre iniziative dovranno seguire".

22 Così D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 948.

23 Sul punto cfr. C. F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il Progetto anticorruzione*, cit., 2344 ss., in part. 2346.

Sin troppo evidenti risultano essere i riscontri del progetto ora ricordato con l'odierna riforma che, non solo – rispetto a quel progetto – è diventata legge, ma ha addirittura inasprito quella gravità complessiva segnalata, sia sotto il profilo sostanziale che processuale²⁴. Come previsto, si è realizzato un processo politico, che sembra osservare forme e regole, ma sotto, in realtà, le accantona, puntando a prefissati risultati repressivo-deterrenti²⁵, quali, per esempio, l'irrigidimento della coercizione processuale e dei poteri inquisitori²⁶.

Il diritto penale e la sua intrinseca violenza, quando travalica i limiti della necessità e della ragionevolezza, può non soltanto comprimere o annullare i diritti fondamentali dell'individuo ma, pericolosamente, può dare l'illusione di combattere (o di poter combattere) i fenomeni criminali con i giudici, e non sul piano politico-sociale e politico-criminale, disorientando i consociati e provocando una crescita della politica giudiziaria con vere e proprie sovraesposizioni della stessa magistratura.

Inoltre, se molte delle fattispecie delittuose contro la P.A. vengono poi inserite nell'art. 4 *bis* o.p., si palesa un evidente disegno di intimidazione, che si completa con scelte fondate ormai sul tipo d'autore – il corrotto piuttosto che il *mafioso*, il *terrorista* o lo *stupratore ecc.* – piuttosto che su opzioni magnificanti reali radici politico-criminali da stato sociale di diritto. Anche l'idea che nella pubblica opinione vuole suscitare la scelta dei 'tipi' previsti nell'inclusione di cui all'art. 4 *bis* o.p., non sembra immune da censure, soprattutto quando risulta chiara la volontà di dare l'impressione di un sempre presente e costante impegno verso i fronti classici della criminalità: criminalità organizzata, droga, terrorismo, e, da ultimo, la corruzione. In realtà, questo tipo di tecnica legislativa tende a soddisfare solo i cosiddetti "bisogni emotivi di pena", diffusi tra i

24 Sul punto concorda anche T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 7.

25 Sul punto cfr. M. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re «Voi invocate le forme perché non avete i principi?»*, in «Critica del diritto» (1994), 66 ss.

26 Sul punto cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 84 ss. La linea di rigore repressivo sviluppatosi per contrastare, anche sotto il profilo processuale, la criminalità organizzata ha portato a soluzioni normative e a prassi giurisprudenziali che hanno travalicato i limiti della specialità antimafia ed hanno condotto ad un pericoloso superamento del modello accusatorio per privilegiare un orientamento all'accertamento della verità materiale "libero" da formalismi ritenuti d'impaccio. Cfr. anche M. NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra l'inquisitorio nel cuore*, in «Critica del diritto» (1992), 11 ss.

consociati ed a legittimare l'esistenza di due diritti penali: uno 'speciale', dell'emergenza o del nemico, al quale sono soggetti tutti coloro che hanno a che fare con i delitti *ex art. 4 bis o.p.*; ed uno normale, al quale vanno sottoposti tutti gli altri.

Ma a fronte delle minacciate pene terrificanti e delle modificazioni del trattamento carcerario in linea con le peggiori tradizioni, si propone l'incentivo del pentimento. Avere al proprio arco una qualche delazione potrà sempre essere utile al fine di ottenere un congruo sconto di pena.

La compatibilità di tali scorciatoie con i principi di garanzia sanciti in Costituzione è difficile da sostenere. E l'eccezione – già difficilmente tollerabile delle regole dettate per l'emergenza mafiosa e terroristica non appaiono (ne è, per vero, auspicabile) modelli esportabili a sempre più allargati 'ambiti delinquenziali', tanto meno, come accennato, in materia di P.A.

1. L'esclusione della sospensione condizionale della pena.

La lettera *h)* dell'art. 1, l. 3/2019, aggiunge un periodo finale al co. 1 dell'art. 166 c.p., prevedendo che in caso di condanna per i delitti previsti dagli artt. 314, co. 1, c.p., 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, co. 1, 320, 321, 322, 322 bis, e 346 bis c.p., il giudice *può* disporre che la sospensione *non* estenda i suoi effetti alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità a contrattare con la Pubblica Amministrazione.

La nuova disciplina, *ex art.166 c.p.*, ripropone, in buona sostanza, un ritorno al passato: si ribadisce l'applicabilità della pena accessoria anche a fronte della sospensione condizionale della pena principale, con l'unica differenza che tale applicabilità è subordinata ad una valutazione discrezionale del giudice²⁷.

Tutto questo desta perplessità, anche alla luce dell'art. 101 Cost.²⁸, ed in particolare non risultano affatto chiari i criteri in base ai quali il giudice dovrà conformare la discrezionalità riconosciutagli dall'art. 166 c.p. nell'applicare le pene accessorie²⁹.

²⁷ Sul punto, cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in «DPC» (2019), 231 ss.

²⁸ N. PISANI, *Il disegno di legge "spazza corrotti": solo ombre*, in «CP» (2018), 3589 ss.

²⁹ M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il micro-*

Anche in questo caso sembra evidente l'intenzione del legislatore di caricare di maggiore afflittività la risposta sanzionatoria in relazione ai reati contro la P.A. con l'ausilio delle pene accessorie, facendo leva su presunte esigenze di prevenzione speciale.

Certo, almeno sulla carta che sia il giudice ad applicare pene accessorie in base ad esigenze special-preventive, e non un automatismo legislativo, è sicuramente un passo avanti. La preoccupazione circa la eccessiva discrezionalità dei parametri di scelta giurisprudenziale nel sospendere la pena si fonda anche sul dato che, per i delitti contro la P.A., non è più decisivo il mercimonio dell'atto ma la fedeltà dell'agente pubblico, che potrebbe spingere ad esasperare il carattere soggettivo del giudizio. In altre parole, il giudizio di sospensione condizionale della pena accessoria rischia di cadere su esigenze special - preventive di carattere punitivo-deterrente, a scapito di funzioni di integrazione sociale.

In conclusione, può dirsi che l'idea di fondo è di sganciare il rapporto tra durata della condanna e durata della pena accessoria: una condanna a pena superiore a due anni comporta l'applicazione perpetua delle pene accessorie e, sotto i due anni – ed anche in presenza di particolare tenuità del fatto – tra i cinque e i sette anni. In caso di riabilitazione, l'efficacia della pena accessoria sopravvive ad essa e non potrà essere disposta prima di dodici anni dalla riabilitazione. Anche in caso di sospensione condizionale della pena il giudice può (non *deve*) disporre che la sospensione stessa estenda i suoi effetti alle pene accessorie. La stessa richiesta di patteggiamento può essere condizionata dalla richiesta di esenzione delle pene accessorie, ma il giudice *può* rigettare la richiesta. Invero, con la sentenza di patteggiamento il giudice può applicare anche le pene accessorie.

Si tratta di una involuzione di segno autoritario e repressivo, «giustificata da sollecitazioni internazionali, pulsioni interne legate alla rite-

sistema delle fattispecie di corruzione, in «CP» (2019), 44 ss. Anche V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., 247, sottolinea come si demanda alla valutazione discrezionale del giudice l'eventuale estensione della sospensione condizionale anche alle conseguenze interdittive (cfr. il nuovo periodo aggiunto al comma 1 dell'art. 166 c.p.). La legge però non ha dettato alcun criterio a cui l'organo giudicante debba attenersi. Sicuramente, esso non potrà essere ravvisato nel pericolo di ricaduta nell'illecito, posto che la sospensione della pena principale – per principio generale (art. 164, comma 1, c.p.) – presuppone una prognosi favorevole di pericolosità.

nuta diffusività del fenomeno corruttivo, con pregiudizio del sistema democratico ed economico. È scontato che dovendo configurarsi come strumento di “contrasto” e non di accertamento della responsabilità, si faccia riferimento all’armamentario della normativa anticriminalità e antiterrorismo. Stratificazione delle norme, evanescenza delle fattispecie, pene spesso simboliche, ancorché elevate, tempi lunghi per gli accertamenti, rischio di imputazioni non compiutamente sorrette dai dati probatori, pericolo di segnalazioni di fatti illeciti del tutto presunti, rischiano di accompagnare la riforma nella verifica delle aule giudiziarie. Il processo penale è uno strumento da maneggiare con cura e la sua attivazione deve essere supportata da fatti, non da presunzioni»³⁰.

30 È la condivisibile, amara, riflessione di G. SPANGHER, *Ddl anticorruzione: si punta tutto sulle pene accessorie*, in <https://www.altalex.com/documents/news/2018/09/17/dl-anticorruzione-si-punta-tutto-sulle-pene-accessorie>.

A PROPOSITO DEL CONCETTO PENALISTICO DI LIBERTÀ UMANA. TRA NEUROSCIENZE E NATURALISMO FILOSOFICO

Maria Beatrice Magro

1. Le componenti del libero arbitrio.

Il concetto di libero arbitrio, secondo la tradizione classica cui si ispira il pensiero occidentale, è il vero “cardine” dell’azione intenzionale liberamente scelta e, quindi, concepita come “*propria*” dall’agente. Ma, sebbene il libero arbitrio sia nozione comune, non ne esiste un’accezione, sotto il profilo filosofico-scientifico, universalmente condivisa.

Infatti, secondo una definizione minimalista, il libero arbitrio, in quanto libertà intrinseca degli individui, è la capacità di controllo necessario affinché gli agenti siano considerati moralmente responsabili¹, da tener distinta dalle libertà sociali e politiche². Invece, secondo una definizione più complessa e più diffusa, devono sussistere due precondizioni a monte dell’azione affinché la stessa possa dirsi libera (diversamente declinate dalle varie correnti di pensiero).

1 In proposito, nella letteratura filosofica anglosassone, M. VARGAS, *The revisionist turn: reflection on the recent history of work on free will*, in *New Waves of the Philosophy of Action*, a cura di J. AGUILAR, A. BUCKAREFF, K. FRANKISH, Palgrave Macmillanp, 2011, 143–172; R. KANE, *The Significance of Free Will*, Oxford, UK, Oxford University Press, 1996; S. HARRIS, *Free Will*, Simon & Schuster, 2012, 7-8; P. F. STRAWSON, *Freedom and Resentment*, in *Proceedings of the British Academy*, 1962, 48, 1-25, trad. it. in *La logica della libertà*, a cura di M. DE CARO, Meltemi, 2002, 77-116; D.C. DENNET, *L’evoluzione della libertà*, Cortina Raffaello, 2004.

Tra gli studiosi italiani, M. DE CARO, *Il libero arbitrio. Una introduzione*, Edizioni Laterza, 2004; C. TUGNOLI, *Libero arbitrio. Teorie e prassi della libertà*, Liguori Editore, 2014; G. SARTORI, D. RIGONI, A. MECHELLI, P. PIETRINI, *Neuroscienze, libero arbitrio, imputabilità*, in *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, a cura di VOLTERRA, Masson, 2010, 36 ss.; I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Cortina, 2012; A. LAVAZZA, L. SAMMICHELLI, *Se non siamo liberi, possiamo essere puniti?*, in *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, a cura di DE CARO, LAVAZZA, SARTORI, Codice, 2010, 149; G. SARTORI, F. GNOATO, *Come quantificare il libero arbitrio*, in *Siamo davvero liberi*, cit., 173; A. BIANCHI, *Neuroscienze cognitive e diritto: spiegar di più per comprendere meglio*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 295.

2 M. MC KENNA, D. PEREBOOM, *Free Will: A Contemporary Introduction*, Routledge, 2016; A. MELE A., *Free. Why Science hasn’t disproved Free Will*, Oxford University Press, 2014.

La prima è la “*capacità di fare diversamente*”. Essa implica l’esistenza di una molteplicità di possibili condotte alternative e, conseguentemente, la possibilità di scelta mentale fra “*corsi d’azione alternativi*”. La “*capacità di fare diversamente*” è la condizione che esprime un concetto intuitivo: per essere liberi, bisogna avere almeno due alternative o linee d’azione tra cui scegliere, occorre cioè un margine effettivo di scelta, più o meno ampio, tra una molteplicità di azioni.

La seconda condizione della libertà implica un *quid pluris* costituito dalla “*autodeterminazione delle azioni*”. Essa si fa portavoce dell’esigenza che il compimento dell’azione scelta avvenga in piena autonomia rispetto a costrizioni esterne, in quanto l’agire deve essere esplicazione di quella libertà concretamente riferibile alla signoria del volere dell’uomo, affinché il *controllo di sé* sia la fonte del concreto compimento dell’azione³.

Dunque, *corsi d’azione alternativi potenzialmente realizzabili e autodeterminazione delle azioni* costituiscono le condizioni disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti per definire un’azione libera secondo questa comune accezione. Sussistendo entrambe le condizioni avremo sotto il profilo psicologico l’effettiva *convinzione fenomenica* di aver compiuto la stessa liberamente, ossia con vero, effettivo libero arbitrio⁴.

3 Già nella filosofia classica Leibniz indicava tre condizioni per descrivere il libero arbitrio: che il decisore possa decidere in favore di possibilità alternative; che le sue decisioni e azioni siano da lui poste in essere (ne è l’autore); che esse non dipendano da una costrizione esterna o interna. Quest’ultimo aspetto nella letteratura anglosassone viene chiamato *Agency*, ovvero essere e sentirsi l’autore, il “proprietario” delle proprie decisioni e azioni, senza interferenze di persone e di meccanismi esterni. Riprendendo l’idea di *agency*, nell’ambito dell’attuale dibattito nazionale, Cfr. A. LAVAZZA, *Why cognitive sciences do not prove that free will is an Epiphenomenon*, in *Frontiers*, 2019, richiede un ulteriore requisito, ossia la *motivazione razionale*. Egli ritiene che una decisione non possa essere considerata “libera” se è l’effetto di una scelta casuale: se lancio un dado per decidere chi sposare, la mia scelta non può essere definita libera, anche se sceglierò liberamente di dire “Sì”. Al contrario, se scelgo di sposare una persona specifica, la mia decisione sarà libera.

4 Sul punto, nell’ambito della letteratura penalistica, a proposito di libero arbitrio e di correlati neurologici del *self control*, mi si consenta il rinvio M. B. MAGRO, *Le mille porte del libero arbitrio: compatibilismo e epifenomenalismo secondo le neuroscienze*, in «Rivista italiana di medicina legale e del campo sanitario», fasc. 2, 2020, nonché la bibliografia ivi richiamata.

2. Libero arbitrio e diritto penale degli stati mentali: imputabilità e colpevolezza.

La costruzione deontologico-giuridica di cui è intriso il diritto penale si sviluppa attorno a un modello antropologico razionale e coerente, perfettamente in grado di dominare il suo sistema cognitivo e di rappresentarlo esplicitamente con il linguaggio formale. Questo modello è incentrato sull'idea della piena controllabilità sia della realtà fenomenica, intellegibile e ben ordinata, che del proprio Sé, e teorizza una perfetta capacità dell'individuo di comportarsi in modo strategico, perseguendo una logica costante, generalizzata e prevedibile. Esso - sotto il profilo cognitivo e comportamentale - postula che l'agente possa pervenire, con le proprie capacità cognitive, ad una conoscenza completa del contesto di cui fa parte e, conseguentemente, sulla base di tale patrimonio cognitivo, orientare il proprio comportamento in modo che rispecchi i dati conoscitivi acquisiti⁵.

Piena dominabilità del proprio Sé e pieno controllo consapevole delle componenti emozionali-affettive sono le caratteristiche intrinseche dell'agire umano anche nel linguaggio penalistico. Soprattutto l'imputabilità, come categoria descrittiva sul piano naturalistico di stati mentali cognitivi e volitivi, riassume maggiormente il concetto di libero arbitrio, modellando i tratti di un autore tipo in grado di attivare costantemente i suoi poteri di *autocontrollo cosciente*. In particolare, la *capacità di intendere* implica una perfetta capacità percettiva, di selezione e di conservazione di tutte le informazioni rilevanti, mentre la *capacità di volere* implica una perfetta capacità di perseguire gli obiettivi posti all'azione dalla mente conscia per effetto e coerentemente a itale processo percettivo e selettivo⁶.

5 Il modello prevede che la scelta comportamentale sia sempre orientata in vista della massimizzazione dell'utilità individuale quale unico scopo dell'agire umana. È quindi un modello di *homo oeconomicus*, che agisce in funzione dello realizzazione di uno scopo, prima che di *homo iuridicus*. Sul tema, S. CARUSO, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze 2012; M.B. MAGRO, *Manipolazioni di mercato e diritto penale. Una critica al modello di razionalità*, Giuffrè, 2012.

6 Secondo M.A. PASCULLI, *Neuroscienze e giustizia penale. Profili sostanziali*, Aracne, 2012, I, 63, la capacità d'intendere e di volere non può essere identificata solo con l'"intelligere", essendo comprensiva anche della capacità di comprensione, di critica, di invenzione, la forza di determinazione. Essa cioè attiene non solo alle sfere dell'intelletto, ma anche a quelle del sentimento, quali componenti fondanti la psiche umana.

L'imputabilità sembra quindi implicitamente sottendere l'assioma del libero arbitrio.

La facoltà del libero e consapevole volere è attribuita astrattamente ad ogni individuo a prescindere dalla inevitabile problematicità dell'accertamento di ogni determinazione empirica della volizione, per sua natura soggetta a varie ed articolate manifestazioni. Nel profilo dogmatico del giudizio di imputabilità confluiscono tutte quelle condizioni fattuali soggettive che permettono al reo di esplicitare la facoltà innata dell'uomo di governare intenzionalmente sé stesso e di agire cognitivamente secondo la propria volontà, in modo che il comportamento doveroso preteso dall'ordinamento sia, in ragione di ciò, da lui esigibile.

Sappiamo bene che l'imputabilità, in quanto categoria mista, di tipo empirico-normativo, è geneticamente esposta alla determinazione del significato da parte di saperi specialisti extragiuridici, impegnati nella ricerca della verificabilità empirica delle categorie concettuali della capacità di intendere e di volere. Essa quindi risente maggiormente delle acquisizioni scientifiche provenienti dalle scienze cognitive, dalla filosofia della mente e dalle neuroscienze⁷.

⁷ Sembra che allo stato, persista, una concezione dell'imputabilità come dato ontologico antecedente al reato, come condizione che qualifica l'autore, piuttosto che come categoria a carattere misto, empirico e normativo. Se da un lato, sembra quasi un luogo comune affermare che la imputabilità non è mera capacità di intendere e di volere, e come tale capacità di pena, quanto piuttosto capacità di reato e presupposto della colpevolezza normativa, ovvero capacità che il soggetto aveva di agire diversamente da come ha agito, dall'altro lato sono note anche alcune prese di posizione giurisprudenziali che tendono a collocarla all'esterno del reato, come un mero presupposto del reato, con la conseguenza di configurare stati mentali (dolo e colpa) anche nel soggetto non imputabile e di escludere la punibilità non a causa dell'assenza di colpevolezza, ma per ragioni di opportunità politico-criminale. La giurisprudenza maggioritaria insiste nella teoria secondo cui tra l'imputabilità e la struttura del reato sussisterebbe un rapporto di assoluta indipendenza, nonostante il consenso ormai quasi unanime in letteratura nel ritenere che l'imputabilità integri invece uno dei « requisiti sui quali si fonda e si gradua il rimprovero 'personale' per la commissione del fatto antiggiuridico. Ebbene, se così fosse, coerentemente l'imputabilità, dovrebbe essere concepita in termini esclusivamente naturalistici ed ontologici: se è un presupposto del reato, anzi una qualifica del reo, appartiene alla realtà ontologica e rimane "fuori" dal reato; se è invece una componente della colpevolezza normativa non può che essere una nozione mista, empirica e normativa insieme, dotata di fondamento empirico ma ricostruita in termini giuridico-penali. Così M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in «RIDPP», 3, 2001, 850; A. CORDA *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'impu-*

Invece, considerazioni diverse sono emerse dalla riflessione penalistica con riferimento alla macro -categoria della colpevolezza. Rispetto ad essa, la tematica del libero arbitrio sembra assumere accenti più sfumati, connessi alla definitiva affermazione della *concezione normativa*, intesa come capacità di essere motivati dalla norma penale. Tale cambiamento radicale di paradigma non pone al centro della riflessione penalistica la relazione motivazionale e psicologica *soggetto-fatto*, bensì la relazione *soggetto-norma*, idonea a influire sul processo mentale che conduce al reato, ove lo schema concettuale del rimprovero normativo utilizza, per definizione, *modelli comportamentali tipici ed astratti* di riferimento a cui rapportare la pretesa normativa⁸.

Nella più moderna versione “normativa”, la colpevolezza – fondamento e limite della responsabilità penale - viene ridefinita come *giudizio di rimprovero* indirizzato dall’ordinamento nei confronti dell’agente proprio in ragione del suo stato soggettivo interiore, ove tuttavia parrebbe che la dimensione psicologica fattuale divenga solo uno dei suoi eventuali (ma non necessari né fondanti) presupposti⁹.

tabilità penale tra colpevolezza e affermative defenses, in «RIDPP», 1, 2015, 238.

8 Sulle concezioni della colpevolezza in senso psicologico ovvero normativo, senza pretese di esaustività, cfr. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in «ED», VII, Milano 1960, 648; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, 1951; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, 2005, 45. Valorizzano una concezione normativa della colpevolezza, *ex multis*, A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla, 1960; G.A. DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza*, in «RIDPP», 1991, 119; C.E. PALIERO, *Principio di colpevolezza e reati economici*, in *Homo Oeconomicus*, a cura di BORSARI, SAMMICHELI, SARRA, 21, secondo cui il principio «*mira a garantire ai consociati libere scelte d’azione, sulla base di una valutazione anticipata (“calcolabilità”) delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; “calcolabilità” che verrebbe meno ove all’agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili*», in questi termini, Corte Cost. 24 luglio 2007, n. 322.

9 Il principio di colpevolezza è espressione della necessità di un collegamento (normativo) tra soggetto e fatto di reato, in cui il rimprovero all’agente si sostanzia nella prospettiva di un “dover essere”, esigibile, ma violato. In questa ultima versione, la colpevolezza esprime un giudizio di *rimproverabilità* che si standardizza entro un canone normativo valutativo, consistente nella manifestazione, mediante il reato, di un *atteggiamento antidoveroso* della volontà. Va ricordato come le teorie normative della colpevolezza siano scaturite dall’esigenza di affrancarsi dalla *relazione psicologica tra fatto e autore* che ben si coniugava con la teoria retributiva della pena e con il sostrato politico-ideologico liberale all’interno del quale la concezione psicologica della colpevolezza ha avuto origine.

Perciò, sembrerebbe che nella colpevolezza normativa perda peso il tradizionale concetto empirico-filosofico di libero arbitrio e di libera volontà cosciente, in quanto il fondamento del rimprovero dovrebbe poggiare interamente sulla relazione *soggetto-norma-dovere*, che impone al soggetto di agire secondo le aspettative dell'ordinamento, senza fare alcun riferimento alla prima delle condizioni poste a fondamento del concetto di libero arbitrio: ossia alla "*possibilità di agire altrimenti*" e alle opportunità concorrenti. Assumendo un rigido parametro normativo si ripone il giudizio di colpevolezza esclusivamente sul fatto che il reo non si sia conformato alla norma penale; è colpevole perché il suo atteggiamento interiore, tradotto in fatti materiali, tradisce una consapevole posizione di antagonismo rispetto ai valori fondamentali dell'ordinamento: ciò che conta è il *dover essere*, solo il punto di vista dell'ordinamento, mai quello dell' agente!

Tuttavia non sono mancati attenti e sensibili studiosi che hanno avvertito le possibili pericolose degenerazioni di un eccesso di normativismo, esprimendo l'esigenza di elaborare un concetto di *rimproverabilità*, sì normativo, ma anche più "*personale*", più aderente alla realtà umana, che possa coniugare la componente normativa del giudizio con l'esigenza di maggiormente "*personalizzare*" e "*umanizzare*" il rimprovero, anche riscrivendo alcune categorie in termini di maggiore concreta esigibilità soggettiva¹⁰; senza parlare poi delle nuove istanze a favore della verificabilità empirica, ormai rivolte a tutti gli elementi attinenti alla sfera psichica dell'uomo, come la previsione, la volontà cosciente, la colpa, l'esigibilità, ovvero a tutti gli elementi attinenti alla sfera psichica dell'uomo che ne attestino la "*motivabilità*" attraverso la norma penale¹¹

Si evidenzia quindi che, normative o realistiche che siano le nozioni di stampo soggettivo, certamente i criteri di imputazione soggettiva non possono essere concetti costruiti arbitrariamente; essi devono comunque avere una dimensione descrittiva reale di una specifica "struttura cognitiva", imponendo un radicato ancoraggio alla verifica fattuale della fattispecie¹².

10 G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990; e recentemente E. DI SALVO, in «CP» in corso di pubblicazione.

11 V inoltre R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in *La prova dei fatti psichici*, Giuffrè, 2010, 223; M. PELISSERO, *I limiti del diritto penale sostanziale nella prova dei fatti psichici*, in *La prova dei fatti psichici*, cit., 282.

12 In particolare in tema di imputabilità, nello sforzo di un'integrazione tra saperi diversi, M.B. MAGRO, *Scienze e scienza penale. Integrazione tra saperi incommensurabili*

In questo senso, appare utile riprendere una sottile distinzione suggerita dalla dottrina più recente che valorizza una sorta di doppia valenza della colpevolezza, da non lato *criterio normativo di giudizio* da parte della collettività, ma dall'altro anche *criterio di accertamento del fatto*. La colpevolezza è sì *concetto normativo*, ma al tempo stesso concetto denso di elementi psichici ineliminabili, anche reconditi e inconsapevoli, che necessitano comunque di un accertamento in fatto¹³.

Sul piano della colpevolezza soggettiva, pertanto, si cerca di valorizzare l'elemento della *motivabilità*, ossia l'accertamento che in concreto il soggetto fosse nella possibilità di «motivarsi» nel senso voluto dalla norma. In tal modo, prima ancora della ricerca dei motivi dell'agire concreto, trova spazio una indagine più soggettiva ed introspettiva che apre il varco alla comprensione dei *motivi* e degli *scopi* dell'azione umana. L'obiettivo è, tenendo ben saldi i binari inerenti i presupposti legali della responsabilità¹⁴, individuare – non tanto la *motivabilità* del soggetto al momento del fatto - quanto le *ragioni* - e non le *cause* - della sua riscontrata “*non motivabilità*” all'osservanza della norma penale, prestando attenzione a tutte le condizioni individuali e soggettive sussistenti al momento del fatto. Questi fattori entrano in gioco nel giudizio di rimproverabilità soggettiva, a pieno titolo nel giudizio doloso, ma anche nel giudizio colposo. Anche con riferimento alla colpa soggettiva non basta la mera osservanza delle regole cautelari, ma occorre l'attribuibilità soggettiva di tale inosservanza all'agente affinché possa essere a lui effettivamente rimproverabile.

In quest'ottica, manifesta tutta la sua centralità il tema filosofico-scientifico del libero arbitrio, e l'ambizione dei nuovi saperi extragiuridici di ridefinirne l'oggetto in termini che coniugano le comuni intuizioni con i recenti studi scientifici di biologia della mente e delle scienze cognitive.

nella ricerca di un linguaggio comune, in «AP», n. 1, 2019, 1-38.

13 In questo senso, M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in «RIDPP», 2019.

14 Però – si obietta - la *motivabilità* rischia di divenire nient'altro che un espediente terminologico che sposta l'oggetto del rimprovero da un fatto (il reato commesso) ad un altro fatto: ovvero quella condizione precedente che ha impedito che l'agente fosse raggiunto dalla pretesa normativa al momento della commissione del fatto, prescindendo da una effettiva ricostruzione dei motivi dell'azione; così D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in «DPC», 2017, 2, 4 ss.

3. Le critiche al libero arbitrio: determinismo e leggi di natura.

La teorica del libero arbitrio concentra tutto il proprio capitale concettuale nel produrre argomenti a favore di una delle condizioni della libertà: “*la possibilità di fare altrimenti*”.

Tuttavia proprio questa fondamentale condizione su cui poggia l'intera teorica è attualmente posta sotto accusa, evidenziandosene l'intrinseca contraddittorietà. Essa infatti, pur inserendosi in una concezione deterministica del mondo (e non in una concezione casualistica, indeterminata o caotica) fonda un'idea di libertà umana che è al contempo *causale* (nei rapporti tra mente e corpo, quale *controllo causale* della mente immateriale sul corpo) ma anche *contro-causale* (nei rapporti con il mondo esterno) perché sfugge, anzi è incompatibile, con il determinismo universale che governa il mondo.

In poche parole, la volontà umana viene considerata “*libera*” non solo per l'individuo, nel rapporto tra sé e sé, ma anche dall'ordine causale preesistente, qualunque sia l'aspetto su cui quest'ultimo vada ad incidere, nell'ambito delle leggi fisiche, come nell'ambito delle leggi psicologiche¹⁵.

Ed ecco la contraddizione: la volontà umana come può essere considerata libera (in quanto in grado di determinare la realtà esterna) se si esplica in un mondo governato da un rigido determinismo? Come spiegare, anche solo teoricamente, la coesistenza della incondizionata libertà umana, se si assume che la realtà sia dominata dal determinismo universale? Come è possibile che gli esseri umani possano essere prodotti della natura e allo stesso tempo autori delle loro azioni?

Su queste premesse, per gli anti-libertari appare inconcepibile, nell'ambito di un universo deterministico, supporre anche solo teoricamente la “*possibilità di corsi d'azione alternativi*”¹⁶: se tutto ciò che accade è de-

15 J.D. RUNYAN, *Agent-causal libertarianism, statistical neural laws and wild coincidences*, in *Synthese*, 2017, 1-18. Per contro, la tesi antagonista al liberarismo, il determinismo, sostiene che ogni evento è determinato dal verificarsi di condizioni sufficienti per il suo accadere, cioè da *cause* inesorabili e meccaniche governate dalle leggi di natura. Ci sono varie forme di determinismo che specificano la natura delle condizioni degli eventi, ma quella dominante è il *determinismo scientifico causale*, la cui formulazione viene fatta risalire a Laplace, il quale afferma che ogni stato dell'universo è implicato dallo stato dell'universo immediatamente precedente e dalle leggi di natura.

16 Per una ricostruzione del dibattito filosofico moderno e contemporaneo sul

terminato, allora nulla può essere diverso e nessuno ha davvero la possibilità di fare nulla di diverso da ciò che ha fatto. In un universo deterministico, sottomesso alle leggi naturali, non dovremmo godere di alcun libero arbitrio: se ciascun evento fosse spiegabile con riferimento allo stato del mondo a esso precedente e alle leggi di quel mondo, se fossimo a conoscenza di tutte le leggi di natura, saremmo in grado di prevedere con infallibile precisione e in modo ineluttabile lo stato dell'universo nell'istante immediatamente successivo!

Tuttavia, questa inquietante visione è palesemente in contrasto con il comune intuitivo modo di vedere, secondo il quale non tutte le cose che accadono sono necessarie o ineluttabili e non tutto ciò che accadrà è già scritto. Sembrerebbe dunque che non esista una terza strada: o il mondo non è deterministico (ma causale), oppure non esistono azioni e possibilità alternative.

4. Le critiche al libero arbitrio: dov'è la torre di controllo? La risposta delle neuroscienze.

La teorica del libero arbitrio, nella sua tradizionale affermazione filosofico-scientifica, si esplica mediante una sorta di “*potere causale*” quale processo che individua nello *stato mentale della volontà cosciente* la causa naturale dell'azione umana, da spiegare in termini meccanicistici e naturalistici, utilizzando la metodologia delle scienze naturali, quale unica misura di ciò che esiste e come unico metodo di conoscenza.

In quest'ottica causalistica, il libero arbitrio umano racchiude esclusivamente le facoltà soggettive che affiorano dalla psiche nella *mente conscia*, che si manifestano nella forma della volontà cosciente, in quanto solo le facoltà psichiche che affiorano dall'inconscio e che si traducono in azioni razionali finalizzate ad uno scopo sarebbero idonee ad influire sulla “*capacità di agire diversamente*”.

Perciò, coerentemente con questa tradizione, il libero arbitrio confida sulle capacità della *mente conscia* di fungere da vera ed unica “*torre di controllo*” dell'agire umano, con esclusione di ogni altro prodotto

nesso tra libertà e determinismo, si vedano M. MORI, *Libertà, necessità, determinismo*, Il Mulino, 2001; M. DE CARO, *Il libero arbitrio*, cit.; S.F. MAGNI, *Teorie della libertà*, Carocci, 2005; W. SINGER, *A determinist view of the brain, mind and consciousness*, in *Brain Waves, Module 1: Neuroscience, Society and Policy*, The Royal Society, 2011, 41 ss.

dell'attività psichica dell'uomo che non emerga a livello di coscienza fenomenica. In questa visione, l'azione volontaria è concepita come estrinsecazione del libero arbitrio di cui è dotato ogni individuo privo di condizionamenti, ed esprime il potere di realizzazione di una libertà assoluta, slegata da qualunque vincolo e avulsa dal contesto di relazioni sociali di cui egli fa parte.

Tuttavia, a dispetto di quell'antropologia giuridica poc'anzi descritta, recenti studi tratti dalla psicologia comportamentale e dalle teorie neuro-cognitive della decisione propongono un modello antropologico assai diverso da quello sotteso dagli attuali sistemi normativi, governato dalla mente conscia solo per una parte assai ridotta della nostra vita quotidiana.

Prima di affrontare i nuovi orizzonti di riflessione, occorre richiamare la posizione che sembrerebbe aver confermato, fornendo un contributo decisivo e risolutore, lo scetticismo e le perplessità manifestate intuitivamente in campo filosofico al libero arbitrio inteso come volontà consapevole. È sembrato infatti che l'evoluzione tecnologica abbia consentito di acquisire nuove e definitive prove scientifiche a supporto della tesi della natura illusoria del libero arbitrio e del potere della volontà cosciente¹⁷. L'osservazione empirica dei processi cerebrali attraverso le tecnologie di *neuro-imaging* avrebbe infatti finalmente dimostrato che

17 In proposito, O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Giappichelli, 2019; ID., *Neuroscienze (diritto penale)*, in «ED», *Annali*, VII, Milano, 2014, 717-72; M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, in O. DI GIOVINE, *Diritto penale e neuroetica*, 57- 82; BASILE, VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in «DPC» *Riv. trim.*, 4, 2017, 269; L. EUSEBI, *Le neuroscienze e diritto penale, un ruolo diverso dal riferimento alla libertà*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, a cura di ZANNOTTI, PALANZANI, Giappichelli, 2013, 121-141; A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in «DPP», 2012, vol.4, 499; I. MERZAGORA BETSOS, *De servo arbitrio, ovvero: le neuroscienze ci libereranno dal pesante fardello della libertà?*, in «Rassegna Italiana di Criminologia», 1, 2011, 7-17; S. LIONETTI, M. CASELLATO, D. LA MUSCATELLA, *Responsabilità colpevole tra libero arbitrio e neodeterminismo biologico: profili psicologici e forensi dei nuovi strumenti delle neuroscienze*, in *Brainfactor*, 2013; M. MUHM, *Libero arbitrio e imputabilità*, in «AP» 2016; L. SAMMICHELI, *Neuroscienze e diritto, tra buona scienza e asimmetrie concettuali*, in *Giornale italiano di psicologia*, 4, 2016, 789; A. SANTOSUOSSO, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in *Le neuroscienze e il diritto*, a cura di A. SANTOSUOSSO, Ibis, 2008, 11; S. AGLIOTTI, G. BERLUCCHI, *Neurofobia, Chi ha paura del cervello?*, Cortina, 2013. Sul tema, in particolare si richiama l'intero fascicolo 5 del 2019 della rivista «DPU», in cui vi sono contributi di SINGER, BELL, JANN, VALSECCHI, EAGLEMAN, CERASA.

la volontà cosciente non influenza affatto la decisione, sortendo un ruolo causale determinante ed efficiente, così come si è voluto credere.

Ci riferiamo a quegli studi empirici che hanno dato evidenza che la catena causale che confluisce nel comportamento volontario inizia ben prima rispetto al momento in cui emerge la coscienza, si attiva come reazione inconscia scaturita da impulsi. Ciò dimostrerebbe scientificamente una sorta di anteriorità ontologica delle singole attività cerebrali rispetto al fenomeno della coscienza, che sopraggiunge successivamente¹⁸.

Gli scienziati che abbracciano una prospettiva totalmente riduzionista e determinista, negando il libero arbitrio, negano in effetti che la *volontà cosciente* abbia *efficacia causale* sulla funzione motoria e che i veri fattori determinanti causalmente il movimento corporeo sono i neuroni. Costoro evidenziano che le nostre decisioni *coscienti* sono causalmente inefficaci, perché ciò che conta dal punto di vista causale sono esclusivamente gli eventi neurofisiologici a livello inconscio. Gli stati mentali coscienti possono al più ratificare *ex post* la causa neurobiologica, svolgendo una funzione di *self-report*, ma non svolgono alcuna funzione causale del comportamento, perché sono razionalizzazioni successive.

Secondo quest'approccio, lo scienziato che si ispira ai metodi propri delle scienze naturali deve escludere che gli stati mentali di coscienza (che pure hanno un correlato neurologico) abbiano un ruolo nella catena causale che produce l'azione volontaria, negando totalmente che la mente cosciente abbia un qualche ruolo causale dominante. In assenza di prove empiriche e di tentativi di falsificazione, deve prevalere l'idea che il nostro concetto popolare ed intuitivo di "libera volontà cosciente" non esista affatto e che le decisioni siano basate su processi automatici e inconsapevoli.

Infatti gli individui, per lo più, raramente assumono le decisioni soppesando razionalmente tutte le informazioni ottenibili, ma piuttosto fanno uso di procedure o modelli mentali di tipo intuitivo, inconscio, automatico ed emotivo in grado di offrire un *trade off* che colma il *gap* tra i limiti

18 In ambito penalistico, per una ricognizione delle *tesi neuroscientifiche volte a negare l'efficacia causale della volontà e ai diversi approcci, di tipo rifondativo o compatibilista*, cfr. C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in «RIDPP», 2014, 3, 1249; ID., *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Giappichelli, 2016.

cognitivi della mente umana e la complessità della situazione reale da gestire; e ciò avviene per qualunque tipo di scelta, anche quella più fredda e pianificata¹⁹.

Dunque, questi recenti studi propongono un modello antropologico assai diverso da quello sotteso dagli attuali sistemi normativi, governato dalla mente conscia solo per una parte assai ridotta della nostra vita quotidiana.

Queste acquisizioni hanno forti conseguenze falsificanti sulla psicologia c.d. “*ingenua*” sottesa alla teoria della razionalità neoclassica e recepita dall’antropologia giuridico-economica tutta focalizza sulla capacità cosciente e deliberativa dell’attore, basata su canoni strettamente definiti di tipo logico-cognitivo e guidata da una ferrea legge matematica che presuppone una piena e completa conoscenza del contesto in cui si inserisce l’azione. In contrasto con la concezione secondo cui il comportamento umano è governato da meditate decisioni contenenti una valutazione in termini di costi e benefici, è possibile affermare anche la “*mente conscia e logica*” è fortemente condizionata da stati emotivi, e non può essere separata dalle altre funzioni del cervello.

In breve, crolla miseramente il concetto cardine su cui il cognitivismo si imperniava: ovvero il dominio assoluto della sfera della cognizione su quella dell’emozione.

5. Le nuove premesse teoriche della libertà: il naturalismo filosofico

L’argomento del libero arbitrio è sempre stato oggetto di ampie e controverse disquisizioni. Per secoli, se non millenni, grandi pensatori, filosofi e scienziati, si sono impegnati in argomentazioni di ogni genere per di-

19 La relazione fra emozioni e razionalità è stata ampiamente studiata con esperimenti mentali che pongono a un individuo dei dilemmi morali osservando l’attività cerebrale della corteccia prefrontale. La corteccia prefrontale, o c.d. cervello paleo-mammaliano, dal punto di vista funzionale, è deputata al controllo delle emozioni (corteccia prefrontale mediale), ma anche al controllo della razionalità (una corteccia prefrontale laterale). M.T. PHAM, *Emotion and rationality: A critical review and interpretation of empirical evidence*, in «*Review of General Psychology*», n. 11, 2007, 155-178, ci rammenta che le emozioni svolgono un ruolo primario anche in scelte razionali che coinvolgono obiettivi sociali, principi morali e motivazioni altruistiche. Cfr. J. Große, *Gefühl und Gefühlsverlust: Neuere Beiträge zur Theorie der Emotionen*, in *Philosophische Rundschau*, 54, 3, 2007, 195.

fendere o negarne l'esistenza: mentre il pensiero anti-libertario classico si fondava su argomenti *a posteriori*, i filosofi libertari ne affermano l'esistenza avvalendosi di argomenti di tipo intuitivo e *a priori* ²⁰.

Tuttavia oggi il tema, prima delegato al dibattito filosofico, è ripreso con nuovo vigore su diversi piani di confronto ed esprime toni e accenti sintomatici di forti cambiamenti.

Il dibattito contemporaneo è invece caratterizzato da una forte presenza di posizioni che affermano l'esistenza del libero arbitrio richiamandosi alla gran massa di dati ed evidenze scientifiche che giungono dalle neuroscienze integrate, dalla genetica, dalle scienze cognitive, dalla teoria neodarwiniana dell'evoluzione, nonché perfino dalla fisica quantistica, offrendo un confronto e persino una conferma, agli argomenti *a priori* delle concezioni intuitive o filosofiche, a prescindere dalle vecchie contrapposizioni tra monisti (materialisti) e dualisti (spiritualisti). Questa nuova linfa proveniente dai risultati della ricerca scientifica offre un nuovo, vastissimo, indiscutibile orizzonte di dimostrazioni e di contributi alla comprensione del mondo umano, nella piena consapevolezza che la posta in gioco è alta: è il gioco il concetto di responsabilità, il fondamento ontologico empirico di un'idea basica in tutte le società umane²¹.

Questo nuovo approccio esprime la convinta convinzione secondo la quale non si possono accettare posizioni filosofiche che si dimostrino incompatibili con le teorie scientifiche accreditate (c.d. *naturalismo filosofico*) e che occorra generare una condizione di equilibrio riflessivo tra dati empirici e intuizioni ordinarie²².

In virtù di ciò i nuovi sostenitori del libero arbitrio utilizzano le recenti acquisizioni scientifiche e neuroscientifiche non per negarlo, sono

20 Le speculazioni filosofiche o teologiche ne affermavano l'esistenza sulla base di affermazioni *ex ante*, mentre le tradizionali argomentazioni scientifiche (di tipo *a posteriori*) proprie delle scienze naturali (come la fisica newtoniana) o delle scienze sociali (come la sociologia e l'antropologia) ne negavano l'esistenza, sostenevano tesi deterministiche, secondo le quali siamo interamente determinati dal contesto sociale e/o culturale.

21 S. NANNIN, *Naturalismo cognitivo. Per una teoria materialistica della mente*, Quodlibet, 2007; BEAR, CONNORS, PARADISO, *Neuroscienze. Esplorando il cervello*, Edra, 2007.

22 Così P.J. NESTOR, *In defense of free will: Neuroscience and criminal responsibility*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 22 aprile 2018.

mossi dall'obiettivo di rendere compatibile la spiegazione scientifica dei meccanismi cerebrali umani con i fondamenti antropologici e filosofici dei sistemi giuridici occidentali.

6. In difesa del libero arbitrio: la teoria della “selezione e stabilizzazione selettiva delle sinapsi”

È proprio sul versante delle scienze cognitive integrate e delle *neuroimaging* che sono stati addotti nuovi argomenti in favore del libero arbitrio. Infatti, partendo da una prospettiva che fonde insieme il paradigma genetico neo-darwiniano di spiegazione dei processi neurali evolutivi e la biologia della mente, sono stati elaborati quadri teorici capaci di corrispondere al concetto di libertà come capacità di scelta²³.

Si tratta della teoria della “*selezione e stabilizzazione selettiva ed adattiva delle sinapsi*”²⁴.

Tale teoria assume che attraverso la selezione dei gruppi neuronali, nella fase post-natale e successivamente nella vita adulta, vengano stabilizzati una serie di comportamenti entro un repertorio di possibilità più o meno ampio. Tali comportamenti (che sono la resa esteriore di decisioni che il soggetto, in taluni casi, assume consapevolmente e di processi mentali *covert*) sono stati selezionati e stabilizzati nel corso della vita dell'individuo in base alla sua esperienza e costituiscono il bagaglio di azioni e reazioni possibili che questi ha a disposizione nella sua interazione con la realtà.

Nel corso dello sviluppo, durante i primi anni di vita, una volta portata a termine l'ultima divisione dei neuroni, le arborizzazioni assionali e dendritiche germogliano e sbocciano in maniera esuberante. In questo stadio, come sappiamo, la connettività della rete neuronale diviene ridondante, ma questa ridondanza è transitoria, poiché intervengono rapidamente fenomeni regressivi: alcuni neuroni muoiono; si verifica una potatura importante dei rami assionali e dendritici e di alcune sinapsi; alcune sinapsi attive spariscono, mentre per altre intervengono

23 L. LO SAPIO, *Libero arbitrio e neuroscienze: verso un modello naturalistico delle scelte coscienti*, in «*Rivista internazionale di filosofia e psicologia*», 2015, 6, 514-527.

24 G. EDELMANN, *Second Nature: Brain Science and Human Knowledge*, Yale University Press, 2006, trad. it., *Seconda natura. Scienza del cervello e conoscenza umana*, Cortina, Milano 2007, 24-25 Cortina, Milano 2014.

dei processi di rinforzo sinaptico unitamente a processi di sfrondataura selettiva²⁵.

Questo processo di rimodellamento del cervello avviene sulla base dei segnali esterni (reali o anche solo evocati), ricevuti dalla c.d. *cellula bersaglio*. È in questo passaggio che il ruolo dell'ambiente è essenziale, in quanto la risposta- segnale ricevuta dal mondo esterno modula i processi neurologici di sfrondataura selettiva o di rinforzo sinaptico, a seconda della risposta²⁶.

Il processo biologico della stabilizzazione selettiva è osservabile empiricamente anche sotto il profilo comportamentale. Lo scienziato Changeux ha infatti sottolineato come fin dagli stadi precoci dell'infanzia - fino ad arrivare alla strutturazione dell'individuo adulto- il bambino costruirebbe la sua identità attraverso la messa in atto di un meccanismo di adattamento individuo-ambiente²⁷. Sin dalla nascita, e anche prima, il cervello del neonato è sede di un'intensa attività spontanea. Queste pre-rappresentazioni si manifestano esteriormente attraverso movimenti delle braccia e delle mani, attraverso pianti e grida, lacrime o sorrisi. A forza di tentativi, di prove ed errori, egli riesce a coordinare sempre meglio i suoi movimenti. Agendo così il bambino – e più tardi l'adulto – proietta pre-rappresentazioni (credenze, modelli mentali) sul mondo che lo circonda, in un modo dapprima esplicito, attraverso azioni motorie, poi in modo tacito, mentalmente.

25 In proposito, M.B. MAGRO, *Mente sana e mente alterata. Uno studio neuroscientifico sul vizio di mente*, in «AP», n.3, 2019, ove viene descritto questo processo biologico alla base dell'evoluzione di alcune malattie mentali quali l'autismo e la schizofrenia.

26 Questi filoni della biologia attuale sostengono un'ulteriore integrazione della teoria darwiniana, che evidenzia il ruolo di *driver* non- biotici dello sviluppo evolutivo, quali l'interazione tra singoli organismi, gruppi di organismi e i loro ambienti non-biotici, che possono persino facilitare lo sviluppo di un sistema di eredità culturale, come vediamo negli umani. Secondo la teoria della costruzione di nicchia, quando si sviluppano organismi e gruppi, essi non solo si adattano ai loro ambienti, ma modificano i loro ambienti, creando nuovi habitat per le generazioni successive. Nella misura in cui le nicchie ecologiche persistono oltre il ciclo vitale dei singoli organismi, esiste un sistema di eredità ecologica accanto all'eredità genetica. F. WATTS, M.J. REISS, *Biologia olistica: cosa è e perché è importante*, in *Epigenetics, rappresentanza e società*; Michael Ruse, in *Zygon*, 2017, vol. 52, 2, 491-515.

27 P. CHANGEUX, *Du vrai, du beau, du bien. Une nouvelle approche neuronale*, Jacob, 2009; in lingua italiana, *L'uomo neuronale*, Feltrinelli, 1998; P.J. LE DOUX, *Synaptic Self. How Our Brains Becomes Who We Are*, Viking Penguin, 2002, trad. it. *Il sé sinaptico. Come il nostro cervello ci fa diventare quelli che siamo*, Cortina, 2002.

Queste pre-rappresentazioni posso essere stabilizzate o meno, e questo processo di stabilizzazione avviene in funzione del segnale ricevuto dal mondo esterno: vengono stabilizzate se si rivelano funzionali alla creazione di un meccanismo di eu-adattamento (adattamento positivo), sbaragliate se sono dis-adattive. In ultima istanza, il soggetto, nell'interazione con il suo ambiente, seleziona una serie di comportamenti che sono espressione delle esperienze maturate nel corso della vita. Questo insieme di comportamenti selezionati e stabilizzati costituirà la gamma di possibili espressioni (comportamenti, modi di fare e, più in generale, la complessiva *Weltanschauung*) della soggettività di un individuo e, quindi, la rosa di possibili effettive scelte a sua disposizione nelle interazioni successive con l'ambiente.

7. I circuiti neurologici o modelli mentali.

Dunque, dal punto di vista neurobiologico le nostre decisioni sono il risultato del consolidamento, inconsapevole ed intuitivo, di preferenze, di modelli e circuiti neurologici così sedimentati nel tempo da divenire meccanici, inconsapevoli, ingovernabili.

Il comportamento umano è il prodotto di questi diversi sistemi cognitivi che non sono altro che circuiti neurologici, mappe neurologiche che strutturano modelli interpretativi, credenze, simulazioni operative, che hanno la precipua funzione di farci muovere nella realtà, pur non conoscendola a livello consapevole²⁸. Alcuni di questi sono innati, frutto di una particolare abilità cognitiva acquisita evolutivamente, che si innesca in modo automatico sulla base di sensazioni viscerali, che si collega al sistema cognitivo più arcaico (c.d. cervello rettilineo)²⁹. Altri invece sono frutto della interazione con il mondo esterno. In ogni caso, quest'insieme di modelli mentali interpretativi radicati nel sistema automatico veloce, è costruito sulla base dei nostri repertori emozionali, è il frutto di pensieri, fantasie, accadimenti reali o simulazioni, associazioni, ricordi³⁰.

28 Secondo una concezione internista della mente, l'agire implica una conoscenza, e la conoscenza implica sempre una credenza. Quindi, la credenza è concettualmente prioritaria rispetto alla conoscenza. Perciò, questi modelli o credenze operano come una sorta di banca dati a cui attingere velocemente. Un modello interpretativo, più specificamente, è una credenza valutativa o assiologica, ovvero una credenza la cui formulazione include espressioni che fanno riferimento a valori.

29 R. MONTAGUE, *Perché l'hai fatto? Come prendiamo le nostre decisioni*, Cortina, 2008.

30 P.N. JOHNSON-LAIRD, V. GIROTTO, P. LEGRENZI, *Modelli mentali: una guida facile*

I modelli, nati per costruire spiegazioni e reazioni, possono divenire gabbie automatiche mai messe in discussione. Vediamo perché.

1) I modelli si escludono l'uno con l'altro. La costruzione di mappe funzionali, pur scaturendo da una visione multiforme e contraddittoria della realtà, ci spinge nella direzione della stabilità, dell'integrazione, della verità e dell'assolutezza.

2) I modelli salvaguardano la loro coerenza interna, tendono ad essere autoreferenziali. Un modello più usato è, più tenderà ad essere usato per primo. Il modello (nella fase dell'apprendimento) è dipendente dalla sequenza d'arrivo dell'informazione, ovvero dall'ordine temporale con cui l'assemblaggio dei pezzi avviene, e con la velocità con cui tali neuroni si agganciano al primo percorso neurale "disponibile"; ciò impedisce che esso possa essere facilmente ristrutturato attivando altri percorsi neurali. Per poter combattere queste distorsioni, occorre un grande sforzo di attenzione e consapevolezza, e talora neppure quello può essere in grado di "togliersi gli occhiali" e interpretare l'input nuovo in entrata secondo un diverso modello.

3) I modelli innescano un processo di memorizzazione che finisce per divenire forzato e automatico, diventano programmi operativi di *routine* del tutto inconsci e sempre identici a sé stessi e ciò anche quando le situazioni richiederebbero altri schemi comportamentali e altre prospettive, quando siamo di fronte a nuove e totalmente diverse informazioni. I modelli o percorsi neurali, quando sono attivati frequentemente, cominciano a produrre una sostanza chimica chiamata "fattore di crescita neurale" che rinforza la connettività e potenzia le connessioni dei neuroni implicati. Il risultato è una relazione tra gruppi di neuroni coinvolti più stabile e duratura. La connessione rafforzata crea e conserva per un breve periodo una memoria dell'interazione, crea la memoria esplicita o memoria di lavoro, che a sua volta crea un modello interpretativo, un circuito neurologico³¹. È come se si tracciasse una pista, un

per il profano, in *Sistemi intelligenti*. 1, aprile 1999, .63.

31 D.O. HEBB, *The Organization of Behavior*, John Wiley & Sons, 2002. Gli studi sull'apprendimento neurologico sono da attribuirsi a Donald Hebb, il quale ipotizzò che l'apprendimento associativo è il prodotto dall'interazione tra due neuroni: se il neurone A stimola ripetutamente il neurone B a rilasciare un potenziale d'azione (ovvero l'impulso elettrico che viaggia lungo l'assone fino alla sinapsi) in una o in entrambe queste cellule si verificherà un cambiamento in grado di rafforzare la connessione sinaptica tra

solco su un campo erboso (neuronal); su quella corsia ci si passa anche per anni, rendendola sempre più profonda, sempre più automatica, fino a prendere il sopravvento su altri possibili percorsi, fino a divenire l'unica percorribile, cristallizzandosi come un guscio. La struttura cognitiva diviene chiusa, limitante, claustrofobica.

5) I modelli neurologici ci guidano verso la realizzazione di quanto per noi è importante, ma non per questo sono *veri*. Essi sono *solo* stati mentali che rappresentano come il mondo è, ma anche come il mondo, secondo noi, dovrebbe essere, ma sono soggetti alla verifica empirica³². Certamente esercitano uno straordinario potere sulla nostra vita, in quanto ci fanno percepire intime e stabili certezze, quasi come si trattasse di verità; ma, di per sé, non hanno nulla di oggettivo e di vero; sono un'architettura arbitraria cui vogliamo attribuire un fondamento ontologico; sono solo migliaia di costruzioni mentali arbitrarie che risultano da una serie di elementi ben saldati nella mente: esperienze, emozioni, eventi cui abbiamo assistito, o anche solo immaginato.

8. Libero arbitrio e il potere dell'attenzione selettiva.

Se la mente tende a confermare i circuiti neuronali già creati, a rinforzarne la stabilità, dove sta il libero arbitrio? Come è possibile cambiare i correlati neurofisiologici che strutturano l' *hardware*? Come può il cervello, tendenzialmente conservatore, cambiare sé stesso? Siamo solo delle macchine biologiche, cioè l'insieme di schemi ripetitivi, cognitivi, emozionali credenze comportamentali, radicati e sedimentati dalla nostra nascita? Reti su reti neuronali che si attivano in modalità pressoché automatica nelle stesse combinazioni e sequenze; una *routine* infinita del computer mentale, che le relazioni stratificate nel tempo, che descrivono una sequenza circolare, che riproduce sé stessa l'infinito, che è prigioniera del passato? Le nostre azioni ci appartengono effettivamente, oppure sono, sia pure parzialmente, il frutto di dinamiche psico-neuro-genetiche dai margini più o meno rigidamente fissati? È possibile creare una connessione neurologica totalmente nuova o possiamo solo estendere e slatentizzare le innumerevoli potenzialità inesprese,

i due neuroni. Questo substrato molecolare produce una memoria nella rete neuronale che influenzerà le decisioni future del cervello.

³² M. MARRA – M. VIOLA, *Quale mappa per il dominio delle emozioni?*, in *Sistemi intelligenti*, 1, 2017, 85.

ma insite nel nostro cervello? Siamo quindi schiavi del nostro cervello, un archivio di informazioni stratificate, automatiche e ormai talmente radicate da essere inespugnabili?

La risposta è no.

Vi sono forti evidenze scientifiche che inducono ad abbandonare il paradigma sul funzionamento della mente di tipo statico. Al contrario sembra maggiormente corrispondere all'architettura complessa della mente una rappresentazione di tipo intenzionale-dinamico, che falsifica la tesi della stabilità, stazionarietà e ineluttabilità delle dinamiche neurali.

I modelli mentali, i circuiti prevalentemente utilizzati fino a divenire degli automatismi, le determinazioni chimiche ed elettriche che indirizzano la nostra vita emozionale, sono solo tendenze, ma non stringente necessità biologica perché l'uomo, con uno sforzo massimo di attenzione, può innescare un nuovo processo mentale. Un'intensa attività di auto-osservazione e di focalizzazione può riuscire a vincere e a correggere la meccanicità che è insita nella molteplicità dei circuiti neurologici e a tentare di ricondurre l'agire ad un *unicum* coerente, attraverso un processo di comunicazione tra mente conscia e menti inconscie, attivando un processo di trasformazione e di creazione di nuovi circuiti neurali.

Questo processo *volontario* comprende stati soggettivi e mentali *qualitativamente*, e non solo *quantitativamente* diversi, attiva aree cerebrali diverse, si articola in diverse fasi inconsapevoli e consce, passa attraverso il filtro della memoria semantica e poi quello della *attenzione selettiva*³³. L'attenzione selettiva corrisponde al massimo grado di coscienza (ovve-

33 L'attenzione consiste nel prendere possesso da parte della mente in chiara e vivida forma di uno fra tanti oggetti o fra tanti pensieri possibili. L'attenzione è un meccanismo adattivo di selezione- elaborazione delle informazioni in entrata, a capacità limitata, sia spazialmente che temporalmente. L'attenzione selettiva può essere automatica o volontaria a seconda del livello in cui si colloca: vi è una selezione precoce, che si innesca prima del riconoscimento, ed è del tutto implicita e inconsapevole, ed è dovuta alle limitate capacità di archiviazione delle informazioni. Ma anche l'informazione ignorata può essere elaborata implicitamente se si introducono stimoli ignorati. L'attenzione può anche essere tardiva: successiva al riconoscimento; in tal caso l'informazione è filtrata in un momento successivo al riconoscimento, prima della selezione della risposta in base alla pertinenze o interesse soggettivo degli stimoli.

Per una analisi di questi processi psichici di *at-tenzione* e *in-tenzione* che connotano l'agire umano, anche sotto il profilo penalistico, M. RONCO, *Riflessioni sulla struttura del dolo*, in «RIDPP», 2015.

ro di rappresentazione cosciente), in quanto consente di monitorare e auto-osservare il processo decisionale, dirigendolo verso gli obiettivi; essa si distingue invece dall'*attenzione involontaria o potenziale*, sempre all'erta, anche durante il sonno, connessa all'area cingolata del cervello.³⁴ Questo stato psichico (anche detto *arousal*) comprende il livello attentivo di base sottoposto al controllo cosciente, e costituisce il presupposto della volontà, in quanto, indipendentemente dall'attenzione selettiva, l'attenzione automatica, se stimolata da un evento discriminante (c.d. *Mismatch*), può riattivare un livello elevato di coscienza rimasta latente o implicita ed innescare uno sforzo attentivo fondamentale nel governo del comportamento umano, per impedire l'automatismo del modello mentale e attivarne uno nuovo che, una volta stabilizzato, potrà poi innescare a sua volta un altro automatismo.

Ciò consente di riqualificare il concetto di libero arbitrio e di controllo causale cosciente sulle proprie scelte e decisioni, in cui la qualificazione di "cosciente" non implica un controllo introspettivo costante, duraturo e implacabile, ma può anche fare affidamento su processi cerebrali innescati in un momento precedente all'esercizio del controllo³⁵.

Quindi la "torre di comando" non si identifica affatto con quel centro di controllo consapevole e autocosciente o con la coscienza di secondo livello (dal momento che gran parte della conoscenza è e rimane inconscia) ma sembra includere, oltre ad essa, l'inconscio, ovvero uno stato soggettivo attentivo solerte, ma silente, che si focalizza proprio su quegli aspetti della situazione selezionati e astratti dal nostro apparato percettore.

9. Cosa significa allora libertà?

La concezione secondo la quale l'unica accettabile idea di libertà è quella per cui l'uomo è assolutamente libero di scegliere tra innumerevoli corsi alternativi di azione, affonda le sue radici nella teologia e in una concezione che equipara l'azione umana all'atto divino, che vede l'uo-

³⁴ M. RONCO, *Riflessioni sulla struttura del dolo*, cit., "La coscienza potenziale non equivale all'assenza di coscienza, ma è uno stato corrispondente a un minor grado di attualità della coscienza. Questo stato mentale può dar luogo a un'imputazione a titolo di colpa, ma giammai a un'imputazione dolosa".

³⁵ C.L. SUHLER, P. CHURCHLAND, *Can Innate, Modular "Foundations" Explain Morality? Challenges for Haidt's Moral Foundations Theory*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, 2011, 1-14; ID., *Agency and Control: The Subcortical Role in Good Decisions*, 2014.

mo come un ente speciale in seno alla natura, in possesso di poteri non riconducibili alla sfera della materia intesa *stricto sensu*³⁶. Ma oggi è assai difficile accogliere una simile concezione, che appare totalmente sganciata da dati sperimentali e antinaturalistica. L'origine della libertà va ricercata nella storia evolutiva che ha portato gli essere umani a sviluppare capacità cognitive differenti rispetto a quelle di qualsiasi altro organismo vivente del pianeta³⁷.

Perciò, alla luce dei riscontri scientifici acquisiti, un concetto di libertà maggiormente plausibile è quello che sostiene che essere liberi vuol dire poter scegliere tra determinate azioni quelle che sono maggiormente in linea con i percorsi esperienziali che abbiamo stabilizzato durante la nostra vita. Secondo quest'accezione, il libero arbitrio si articola nell'ambito di una molteplicità più o meno ampia di preferenze che si sono stabilizzate nel corso dell'esperienza biografica del soggetto, piuttosto che un *liberum arbitrium indifferentiae*. La libertà non si esercita mai nel vuoto, né ha nulla a che fare con l'assenza di vincoli esterni, ma implica la possibilità di poter scegliere tra più opzioni: dati questi vincoli e quelle condizioni, dispongo di una molteplicità di opzioni; data una scacchiera, una data disposizione di pezzi – vincoli e condizioni preesistenti - dispongo di un repertorio vastissimo di mosse e di possibili combinazioni. Decine e decine di possibilità tra cui scegliere che portano a risultati diversi. Essere liberi non vuol dire poter scegliere arbitrariamente tra “*corsi alternativi di azione*”, ma poter scegliere – in modo condizionato - solo tra una molteplicità e varietà di *determinati corsi di azione*; ovvero tra i molteplici *percorsi esperienziali* che l'individuo ha stabilizzato durante il suo itinerario di vita: maggiori e diversificati saranno i percorsi esperienziali stabilizzati e maturati maggiore sarà la sua libertà di scelta. Questa è la libertà: essa è, espressione dell'apertura del soggetto a ventagli di possibilità più o meno ampi; più alto è il numero di opzioni a disposizione, più ampio è lo spazio di libertà; meno vincolanti e meccanici sono i modelli mentali, maggiore è la capacità creativa di creare il futuro, di controllare il proprio comportamento, di

36 F. SANTONI DE SIO, *Il libero arbitrio che vale la pena di volere*. Dennet e il compatibilismo contemporaneo, in «Rivista di filosofia», 2012, I, p. 212 ss

37 G. F. AZZONE G.F., *Le radici biologiche della libertà umana*, in *Rendiconti Lincei*, 2004, Volume 15, n. 1, 57-91 distingue il Sé primitivo dal Sé autobiografico. Cfr. anche R. CATERINA, *La mente intuitiva e il diritto*, in *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, a cura di E. FABIANI, S. FARO, N. LETTIERI, Esi, 2015, 143.

interagire in modo dinamico alle influenze che l'ambiente esercita continuamente su di noi³⁸.

Il soggetto, in altri termini, costruisce la sua individualità, la sua personalità, il suo Sè a partire dalla combinazione dei molteplici condizionamenti che lo caratterizzano. Quelli che definiamo condizionamenti, infatti, sono, né più né meno che il contesto di vita entro il quale si producono e maturano le esperienze del soggetto. Alcune di queste esperienze si stabilizzeranno, altre avranno un peso minore nella costruzione della personalità del soggetto. Altre saranno completamente silenziate. In ogni istante vi è un modulo di gruppi neuronali che domina sugli altri, che rimangono silenti.

La libertà è capacità di scegliere a partire da percorsi esperienziali selezionati e stabilizzati nel corso della vita. Le decisioni sono la conseguenza di una serie di reazioni fisico-chimiche che, istante per istante, procedono verso una determinata direzione sotto il controllo dell'interazione fra gli stimoli esterni e interni che arrivano al cervello, stimoli che consentono di focalizzare l'attenzione e di innestare, con grande sforzo, variazioni ai circuiti consolidati.

L'ipotesi della libertà come espressione (risultato e conquista) dei percorsi esperienziali fatti dal soggetto e della selezione e stabilizzazione di esperienze (le quali mettono capo a possibili comportamenti soggettivi) rende del tutto indifferente esplorare se il funzionamento dei circuiti cerebrali sia soggetto a leggi deterministiche oppure indeterministiche. Non è possibile immaginare la libertà umana come capacità di scegliere indifferentemente l'una o l'altra cosa. La libertà umana è capacità di scelta tra azioni, in qualche maniera, inscritte (perché selezionate e stabilizzate) nel bagaglio esperienziale del soggetto. L'uomo vive immerso nella realtà, è un ente naturale che fa esperienza delle cose. Alcune di queste esperienze si stabilizzano e definiscono il nostro carattere, altre si perderanno definitivamente. Ciò farà sì che alcune motivazioni e alcune ragioni saranno dominanti rispetto a una determinata azione, a prescindere dalla ricerca delle cause.

38 Per le ripercussioni di quest'approccio a sulla fondazione empirica dell'efficacia della giustizia riparativa, M.B. MAGRO, *Neurosciences and Restorative Justice*, in *Restorative Approach and Social Innovation: from theoretical Grounds to sustainable Practices*, a cura di G. GRANDI E S. GRIGOLETTO, Padova University Press, 2019, 131-148; Id., *Neuroscienze e teorie "ottimistiche" della pena. Alla ricerca del fondamento ontologico dei bisogni di pena*, in «DPC», rivista trimestrale, n.10, 2018, 171.

Questo significa che la libertà dell'individuo, lungi dall'essere un attestato della sua appartenenza a una realtà distinta rispetto a quella degli altri enti naturali, si produce quale espressione tipica del campo dell'esperienza umana. La libertà è qualcosa che l'uomo costruisce nel corso della sua esperienza di vita. Non è qualcosa di dato, di pre-assegnato dalla lotteria genetica o di emergente magicamente (di sopravveniente) dal cervello; essa è, piuttosto, una proprietà del carattere umano, che si iscrive nel suo orizzonte di possibilità³⁹.

La concezione della libertà come libertà condizionata, fa di quest'ultima non una proprietà metafisica, ma una proprietà del carattere, empiricamente fondata. Il che equivale a dire che la libertà umana non è uno *status*, una condizione, ma un obiettivo cui tendere, un privilegio dell'uomo, un tratto del carattere che si conquista. Ci sono fasi della vita in cui non si è liberi perché si ha un orizzonte di possibilità a disposizione ridottissimo. E ci sono individui meno liberi di altri, perché il loro itinerario di vita non ha consentito la stabilizzazione di molteplici percorsi esperienziali. La libertà non è un tutt'uno con lo stato delle cose spontaneo, perché implica la capacità di trasformazione, di uscire dagli schemi ripetitivi e inconsapevoli stratificati nel sistema limbico. Il controllo dell' "Io", lungi da costituire una condizione di partenza dell'essere umano, è risultato di conoscenza, di abilità, di impegno, di evoluzione collettiva e individuale.

39 L. LO SAPIO, *Libero arbitrio e neuroscienze*, cit., 518.

LEGGE E INTERPRETAZIONE NEL 'SISTEMA' DI *DEI DELITTI E DELLE PENE**

Vincenzo Maiello

1. Dei delitti e delle pene e il suo valore di 'primo inizio'.

A distanza di oltre duecentocinquant'anni dalla sua pubblicazione, il capolavoro di Cesare Beccaria¹, padre spirituale del diritto penale moderno che si esprime nel paradigma dell'*epistemologia garantista*², si conferma opera "dal cui inizio sono cominciate tante cose che non hanno mai cessato di cominciare"³. Capace, perciò, di alimentare l'insopprimibile bisogno della *ragione pubblica* di interrogarsi sulle radici della *civiltà del punire*⁴, nella consapevolezza che – fuori dal legame stretto coi fondamenti e i limiti di quest'ultima – la materia 'dei delitti e delle pene' si espone alla voracità delle componenti emotivo/irrazionali dell'agire dei suoi attori, con effetti micidiali sulle libertà individuali e gli equilibri istituzionali.

1 * Scrive F. COPPI, *Due nuove edizioni del libro "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, in «AP», 1966, 66: "l'importanza del tema, la vastità delle sue implicazioni ideologiche, l'indiscussa maestria con la quale è stato trattato, fanno veramente di quest'opera, come giustamente è stato detto, la "sintesi cristallina di un secolo". Secondo S. VINCIGUERRA, *"Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria. Attualità a 250 anni dalla pubblicazione*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2016, 192, "Fu l'opera giusta pubblicata al momento giusto e per queste ragioni, non è retorico dirlo, ha cambiato il mondo".

2 In questo senso, esplicitamente L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 138. La genealogia tra pensiero illuministico e diritto penale moderno è sottolineata dalla gran parte della manualistica contemporanea italiana; fra i molti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 5 ed., 2007, XVI ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, vol. I, UTET, 2004, 24 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*. 1, Giuffrè, 2001, 15 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. I*, CEDAM, 2009, 200 ss. Sottolinea il debito storico della scienza penalistica europea verso l'influenza del pensiero illuministico italiano, rammentando che il libro di Beccaria viene ancora oggi continuamente ristampato in Germania, C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in «RIDPP», 2000, 1 ss. Un'equilibrata valutazione dell'opera di Beccaria è svolta, con accurata profondità, da F. COPPI, *op. cit.*, 58 ss.

3 G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in «RIDPP», 2014, 2025. Richiamando la frase di Bacone messa in epigrafe del testo, è Beccaria stesso a mostrare consapevolezza di questo carattere della sua opera.

4 Una ricognizione in W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, 2012.

2. La matrice contrattualistica della sovranità quale legittimazione della tutela delle libertà fondata sulla legge.

Al tema della legge e dell'interpretazione, Cesare Beccaria dedica alcune tra le pagine più conosciute del 'libriccino'⁵, assurte a *topos* del suo pensiero e, con esso, della concezione illuministica dello Stato e del diritto penale.

Si tratta di argomenti che si situano al crocevia di questioni fondamentali, che riguardano, da un canto, i rapporti fra poteri, dall'altro, la disciplina di quella peculiare articolazione della sovranità (intesa sul versante dei rapporti 'interni' alla comunità politica) connotata da strutturale tensione autoritaria e, perciò, esposta al rischio di pulsioni degenerative. Su di essi si è, così, venuta imprimendo la dirimpante carica di novità della proposta riformatrice del marchese milanese, che tanta parte ha giocato nelle dinamiche di incivilimento degli ordinamenti penali dell'occidente europeo⁶.

La crucialità di quei temi nella trama del discorso beccariano suggerisce il ricorso a criteri sistematici di analisi, funzionali a valorizzare il *contesto* dell'opera e l'inquadramento del problema penale ivi compiuto⁷. La giustificazione della scelta scaturisce dall'impronta filosofica di *Dei delitti e delle pene*⁸ in particolare dai nessi di circolarità configurabili tra la legittimazione delle istituzioni punitive e i singoli principi chiamati a regolarne specifici profili di disciplina.

Sembra questo un punto importante, che esige una sottolineatura nell'ottica di porre nella giusta luce i meriti storici della riflessione del grande illuminista.

Non si può mancare di rilevare che la centralità del contributo di Beccaria e il suo ruolo di fondazione del modello ideologico di diritto penale accolto dal pensiero moderno – ed alle cui linee di fondo i documenti

5 Così definito da suo nipote, A. MANZONI, in *Storia della colonna infame* (1843), Ronzani editore, 2002, 55.

6 La centralità del libro di Beccaria nell'ambito del movimento riformatore dei sistemi di giustizia europei ha fatto dire che il periodo che va dalla sua pubblicazione alla Rivoluzione francese potrebbe essere etichettato come un vero e proprio "momento Beccaria": così M. PORRET, *Beccaria. Il diritto di punire* (2003), Bologna, 2014, 99.

7 Per un'analoga impostazione, L. PICOTTI, *Proporzioni fra i delitti e le pene* (Dei delitti e delle pene § VI), in «Dir. pen. XXI sec.», 2014, 261 ss.

8 L. FERRAJOLI, *op. loc. cit.*

costituzionali e buona parte della legislazione e delle pratiche di giustizia hanno conferito il crisma della validità formale⁹ – non si collegano solo alla dimensione liberale e umanizzante dei principi enunciati, ma investono la sua base scientifica, spianando la strada alla formulazione in chiave oggettiva delle questioni criminologiche e del loro campo di ricerca¹⁰.

Tra le qualità dell'opuscolo affiora la geniale (e, per il tempo, straordinaria) sua destinazione a porsi – all'interno di un *logos* intriso prevalentemente di passione politica perché rivolto “al mondo piuttosto che alla scuola”¹¹ e dove, perciò, sarebbe ingenuo e fuorviante ricercare ucroniche sensibilità e consapevolezza sistematico-epistemologiche – al servizio di visioni prescrittive del potere di punire, fondate sull'intreccio costitutivo tra sovranità e funzioni ‘relative’ della pena, *orientate a scopi*¹².

Due sono gli arnesi concettuali dei quali il filosofo lombardo si serve per ridefinire la legittimazione della ‘fabbrica’ punitiva: il contrattualismo e i diritti naturali dell'uomo.

Essi sono poli di una relazione di *biunivocità dialettica*, che identifica fondamento e limiti della *terribile* prerogativa nella cornice di una rinnovata concezione dell'*imperium* sovrano: in pratica, l'*alfa* e l'*omega* della tradizione di filosofia politica che, tra il Sei-Settecento, si impegna a traghettare gli Stati europei verso i lidi della Modernità.

9 Per A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa “.. esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto”*, in «IP», 2015, “*il libretto pubblicato nel 1764 cambiò il mondo del diritto penale*”; nella medesima scia, tra i costituzionalisti, di recente, G. FONTANA, *Torniamo a Beccaria!*, in «Giur. cost.», 2018, 2889 ss.

10 Ga. FORTI, *L'immane concretezza*, Cortina, 2000, 201 ss. Sulla miniera di intersezioni tra diritto penale e criminologia, lo studio del Maestro insigne che onoriamo appare sempre più, per l'analiticità e l'acutezza dell'indagine, un imprescindibile strumento di obbligato approfondimento: L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb», 1980-81, 1-52 dell'estratto.

11 G. MARINUCCI, *op. cit.*, 2032, che riporta il pensiero di Feuerbach. È stato anche sostenuto che l'opera di Beccaria si iscrive nel filone progettuale di cultura anti-dogmatica, volto ad abbattere i privilegi fondati sulle conoscenze dei pochi e, in quest'ottica, a sottrarre il diritto penale al sapere-potere degli iniziati; sul punto, P. AUDEGEAN, “*Dei delitti e delle pene*”: *significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in *La libertà attraverso il diritto*, a cura di D. Ippolito, Editoriale Scientifica, 2014, 87 ss.

12 G. MARINUCCI, *op. loc. cit.*, rammenta come Anselm Feurbach avesse incoronato Beccaria “*iniziatore della politica criminale*”. Esemplare resta la celebrazione dell'*idea dello scopo* in rapporto alla teoria della pena svolta dal L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

Da un canto, la base pattizia della pubblica autorità – la derivazione di quest'ultima, cioè, dal bisogno di superare il *bellum omnium contra omnes* che nello stato di natura aveva precarizzato le libertà individuali – produce la desacralizzazione dell'*officium* sovrano, recidendone il legame originario col mondo trascendente delle entità divine¹³ o col volontarismo assolutistico delle prerogative imperiali.

Dall'altro, i diritti naturali istituzionalizzano i vincoli teleologici della sovranità, calibrandola sui moduli di un potere conforme a determinazioni di scopo.

In sostanza, il *pactum unionis civilis* nasce dalle scelte politiche degli uomini – *omnes et singulatim* – ed opera a vantaggio dei loro interessi e valori, pre-esistenti (poiché collegati alla condizione naturale di individui) ed inviolabili. In tale prospettiva, il sovrano e le sue attribuzioni sono dunque 'inventati' dai contraenti dell'accordo e posti al servizio delle esigenze di protezione delle libertà e delle facoltà originarie del soggetto.

Edificando in chiave contrattualistica origine e legittimazione delle istituzioni sovrane (o, se si preferisce, del potere politico), Beccaria non si limita, peraltro, a ostracizzare le categorie del *divino* e dell'*assoluto*, espellendole dal circuito della produzione normativa, ma va oltre introducendo criteri limitativi della sovranità¹⁴.

Se è vero che Beccaria – in antitesi a Grozio¹⁵, ma sulla scia di Hobbes¹⁶, Pufendorf¹⁷ e in parte significativa di Locke¹⁸ – costruisce il diritto di

13 Sulle genealogie della concezione secolarizzata del diritto penale e della responsabilità penale di Beccaria, cfr. M. CATTANEO, *Secolarizzazione e diritto penale*, Napoli, 1990, 29 ss. e 43 ss.

14 L'incidenza del contrattualismo sull'impostazione di Beccaria forma oggetto di approfondito esame, tra i penalisti, in F. COPPI, *op.cit.*, 78 ss.

15 Sul punto, densamente, P. COSTA, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in *Quad. fior.*, 2015, T.II, 822. ss.

16 T. HOBBS, *Leviatano*, tr.it., Laterza, 1974, 28, 277.

17 S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672.

18 I limiti nostri personali e la natura della presente riflessione impediscono di affrontare una tematica di grande complessità. Ci limitiamo ad osservare che la posizione di Locke appare mediana tra quelle di Grozio e di Hobbes: del primo egli condivide l'idea che il diritto di punire compare nello stato di natura; del secondo, la tesi che esso è elemento costitutivo della definizione del potere politico; in argomento, COSTA, *op. cit.*, 858 ss.

punire come prerogativa 'originaria' della sovranità e non dei soggetti nella condizione pre-politica dello stato di natura, è altrettanto vero che ne fa un potere *de-finito*, sottoposto a limiti, diversamente da Hobbes e ancor più Rousseau.

Mentre il sovrano hobbesiano – quale *great Leviathan* o *Mortall God* – agisce da titolare di un *ius in omnia*, originato dalle deleghe in bianco conferitegli dai soggetti del patto in vista della loro sicurezza (*scilicet*, del loro diritto all'auto-conservazione nel quale il filosofo inglese risolve la prerogativa della condizione naturale degli essere umani) e quello rousseauviano – concepito dalla metafora *organicistica* 'membro' del (corpo costituente)la comunità sociale e politica degli uomini – assevera il dissolvimento delle garanzie individuali, sublimato dalla "famosa o famigerata tesi della 'costrizione alla libertà'"¹⁹, il sovrano di Beccaria gode dello spazio fondato dalle cessioni solo parziali – anzi minime – di libertà degli individui abitanti lo stato di natura²⁰.

In pratica, nei *Delitti* non si verifica "l'alienazione totale delle facoltà del soggetto nello Stato, tipica del *Contratto sociale* di Rousseau, né la consegna al principe di tutta la propria libertà in cambio della sicurezza e della pace, tipica di Hobbes"²¹.

Com'è stato osservato, nel patto sociale di Beccaria (ma lo stesso è a dirsi per Hobbes) i contraenti "hanno acconsentito a essere puniti non per diventare migliori, in vista della perfezione o della redenzione, ma con l'unico, minimo scopo di evitare la violenza"²².

È vero che l'impostazione del Nostro si presenta teoricamente semplicistica e per certi versi audace, ben lontana dalla complessità – a tratti tortuosa – della tradizione contrattualistica²³, ma è altrettanto indiscutibile che deve esserle riconosciuto il merito di averne tranciato parte delle non poche apo-

19 Così, P. COSTA, *op.cit.*, 878. L'analogo tema della "costrizione alla virtù" fa da sfondo alla parabola del mito dei Trogloditi che C. L. MONTESQUIEU racconta nelle *Lettere Persiane* (1721), Bur, 1984, 76-83 (lettere XI-XIV).

20 P. AUDEGEAN, *op. cit.*, 74 ss.

21 R. PASTA, *Beccaria 'Philosophe': alle origini del diritto penale come 'scienza sociale integrata'*, in *Quad. fior.*, t. II, 2015, 900.

22 P. AUDEGEAN, *op. cit.*, 75, il quale lo riconduce al "pessimismo antropologico" che permea la visione di Beccaria (sull'onda di Hobbes).

23 *Amplius*, G. FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Laterza, 1990, 69 ss.

rie²⁴, indicando con originalità e risolutezza quel nesso fondativo tra diritti inviolabili dell'uomo e sovranità che sarebbe stato valorizzato dal costituzionalismo novecentesco e che, perciò, colloca il suo contributo di idee sul trono incrollabile della storia del diritto penale e dell'evoluzione costituzionale dello Stato di diritto²⁵.

Trova, così, conferma il valore anche contemporaneo dell'opera, che ha assegnato alla *questione penale* la caratterizzazione topica di *questione costituyente*²⁶: in una stagione di ripensamento delle radici della convivenza sociale, Beccaria intuisce che un nuovo ordine istituzionale – legato al primato dei diritti individuali e sottratto all'ipoteca del principio di autorità – esige una preliminare riflessione sul senso della punizione, avendo coscienza che solo riportando le sue risorse ai dettami della ragione si sarebbe potuta svaligiare la cassaforte di attrezzi che, nella storia degli uomini, ha permesso all'assolutismo di trasformare il campo dei delitti e delle pene in uno spettacolo di orrori.

D'altronde, il carattere di rottura col passato rappresenta il marchio di fabbrica dell'illuminismo, grazie al quale esso assume i caratteri del “movimento di critica divulgativa e di polemica” che “conclude il ciclo di rinnovamento della cultura europea iniziatosi con l'Umanesimo, e svoltosi attraverso i grandi sistemi filosofici del Seicento, la nascita e il progresso delle scienze della natura, la Riforma protestante e la formazione dello Stato moderno”²⁷.

24 In Grozio e Locke viene in evidenza, soprattutto, l'aporia della giustificazione della pena di morte in rapporto alla concezione delle leggi naturali e dei diritti dei soggetti, considerati questi ultimi anche quali detentori del potere punitivo nello stato di natura (che annovera gli 'innocenti' che agiscono secondo ragione e i 'colpevoli' che vi si allontanano e dove i primi possono punire i secondi), affidata all'*escamotage* della degradazione del criminale 'nemico' della società e alla conseguente sua espulsione dalla cerchia dei titolari di diritti valevoli *erga omnes* (e, dunque, anche verso il sovrano). In Hobbes rileva specialmente la difficoltà della coesistenza dello *ius in omnia* del sovrano (derivante dall'assolutezza dei relativi poteri) e del diritto dei singoli all'auto-conservazione a vantaggio del quale opera la costruzione artificiale del sovrano medesimo e dell'ordine politico; ma anche la distinzione tra *criminale* e *nemico*, associata a quelle tra *pena* e *atto di ostilità*, tra *processo* e *guerra* cui sono connesse le diverse soluzioni prospettate in rapporto al caso difficile della *punizione dell'innocente*. Su questi temi, approfonditamente, P. COSTA, *op. cit.*, *passim*.

25 Preziosi percorsi di indagine su questa storia in M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, 1991; G. GOZZI, *Democrazia e diritti*, Laterza, 1999; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, 2005; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, 2017.

26 L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 148 ss.

27 G. FASSÒ, *Illuminismo*, in «NssDI», VIII, Torino, 1962, 179.

3. Il 'contesto' della posizione beccariana sulla legge e l'interpretazione.

In questa prospettiva campeggiano le considerazioni svolte sui temi della legge e dell'interpretazione.

Esse sono coerenti con una visione del diritto penale quale *istituzione di garanzia*, come luogo, cioè, ove si combinano funzioni di tutela del patto e funzioni di protezione dei singoli, in una prospettiva che vuole essere servente nei confronti di un programma di minimizzazione della violenza punitiva²⁸.

La legge è espressione e mezzo di questo complesso orizzonte teleologico di agibilità del diritto penale: partorisce dalla *razionalità strumentale* di quest'ultimo (corrispondente alla difesa dell'ordine politico, ma nel quadro di vincoli a tutela dei diritti naturali degli uomini) e opera in vista della sua attuazione.

Sul punto, la chiarezza del discorso beccariano si rispecchia nell'esemplare progressione topografica degli argomenti trattati.

3.1 *L'origine della sovranità.*

Il paragrafo primo mette a fuoco il nesso di derivazione tra sovranità e diritto penale: dopo aver puntualizzato che "*la sovranità di una nazione*" è formata dalla somma delle "*porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascuno*", l'aureo libriccino osserva che "*non bastava il formare questo deposito, bisognava difenderlo dalle private usurpazioni di ciascun uomo in particolare*" e, perciò, occorre "*motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società*": aggiungendo che tali "*motivi sensibili sono le pene stabilite contro gl'infrattori delle leggi*"²⁹.

Siamo qui innanzi alla fondazione *istituzionale* sia del *diritto* (quale ordinamento) sia del *diritto penale*, nel senso che entrambi vengono connessi ad una base ontica che ne porta allo scoperto il carattere di apparati normativi col compito di indirizzare i comportamenti dei singoli e le relazioni sociali³⁰.

28 L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 138 ss.

29 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (ed. 1766), a cura di F. Venturi, Einaudi editore, V ed., 1981, 11.

30 Sui passi riportati, D. SICILIANO, *Il potere dell'insetto e l'insetto del potere. Ovve-*

3.2. L'origine del potere di punire.

Il secondo paragrafo approfondisce i termini di tale legittimazione con riguardo al solo diritto penale, articolandola sul piano concettuale e (col linguaggio contemporaneo) politico-criminale.

“Ogni pena che non derivi dall’assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica”, specificando che il diritto del sovrano di punire i delitti si fonda *“sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi”*³¹.

Si condensano in questi intrecci concettuali – pur coi limiti di una tessitura tecnicamente ‘grezza’, ma nutrita di *pathos* politico – i lineamenti di una sorta di ‘codice della ragion pratica politico-criminale’; in sostanza, un *vademecum* di criteri minimi di scienza della legislazione penale.

Vi si trovano enunciati il principio di necessità del (ricorso al)la pena (*l’extrema ratio, id est la proporzionalità esterna*) e il canone regolativo della proporzione (quale limite interno alla scala dei reati e delle comminatorie edittali)³².

Sbaglierebbe chi pensasse di poterne cogliere appieno la portata, arrestando l’indagine alla sola lettura di quei passi.

Seguendo questa strada, saremmo indotti a ritenere che Beccaria costruisca i rapporti tra *sicurezza* e *libertà* sbilanciandoli in favore di un’egemonia della prima, con l’effetto di corroborare una dialettica di tipo autoritario foriera di usi estensivi della punibilità³³.

Al contrario, dal complesso dell’opera si ricavano, invece, spunti che permettono di apprezzare la spiccata caratterizzazione garantistica dei principi indicati, che assevera una ben diversa modulazione delle dinamiche interne alle strategie normative di difesa della convivenza sociale.

ro: *la questione democratica in “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, in *Quad. fior.*, 2015, t. II, spec. 945 ss.

31 C. BECCARIA, *op. cit.*, 12.

32 L. PICOTTI, *op. cit.*, 268 ss.

33 L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 141.

In quest'ottica, particolare rilievo 'designante' assume il brano – interno al paragrafo dedicato ai *processi* e alla *prescrizione* – ove si afferma che due sono i valori (da intendere, in coerenza alla nervatura *utilitaristica dell'opera*, quali *fattori di coesione sociale*) che occorre tutelare: “*la sicurezza e la libertà de' sudditi, essendo troppo facile che l'una sia favorita a spese dell'altra, cosicchè questi due beni, che formano l'inalienabile e ugual patrimonio di ogni cittadino, non siano protetti e custoditi l'uno dall'aperto o mascherato dispotismo, l'altro dalla turbolenta popolare anarchia*”³⁴.

Inoltre, è il caso di considerare che la dialettica tra *sicurezza* e *libertà* va declinata nel registro assiologico del *primato* della *persona* che Beccaria enuncia³⁵ ben prima che Kant ne facesse il cardine della propria filosofia morale fondata sugli imperativi categorici³⁶.

Non può, allora, che condividersi la posizione di chi ha autorevolmente affermato che siamo, qui, innanzi alla fondazione del carattere *bipenne* dell'istituzione penale, in virtù della quale quest'ultima è pensata (e agisce) come strumento di prevenzione dei delitti e, nel contempo, delle punizioni ingiuste³⁷.

3.2.1. *L'extrema ratio del diritto penale: l'immanenza non dichiarata.*

L'analisi coordinata dei paragrafi II, XLI, XLII, XLIII, XLIV e XLV consente di ricostruire la conformazione del diritto penale in chiave di *extrema ratio*, vale a dire quale dispositivo delle politiche pubbliche, *effettivamente* residuale.

Affermando: i) che prevenire i delitti anziché punirli “è il fine principale d'ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità o al minimo d'infelicità possibile”; ii) che “i mezzi impiegati fin'ora sono per lo più falsi ed opposti al fine proposto”³⁸; iii) che, a tale scopo, occorre promuovere lo sviluppo delle scienze, facendo in modo “*che i lumi accompagnino la libertà*”, poiché “*in faccia ai lumi sparsi con*

34 C. BECCARIA, *op. cit.*, 75.

35 C. BECCARIA, *op. cit.*, 50: “*non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa*”.

36 I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), tr. it., Laterza, 1996, 164.

37 L. FERRAJOLI, *op. loc. cit.*

38 C. BECCARIA, *op. cit.*, 96.

*profusione nella nazione, tace la calunniosa ignoranza e trema l'autorità disarmata di ragioni, rimanendo immobile la vigorosa forza delle leggi*³⁹; iv) che “*il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione*”⁴⁰, Beccaria scolpisce una sorta di *arché* dell'idea guida dello *Stato sociale di diritto* secondo cui “*il diritto penale è l'estremo rimedio*” della ‘politica sociale’ che resta la ‘migliore politica criminale’⁴¹.

L'obiettivo della prevenzione dei delitti, infatti, viene coltivato all'interno di un sistema di interventi non circoscritto ai congegni della giustizia penale – tra i quali soprattutto l'*instrumentum* della pena il cui fine “*non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso*”, bensì “*d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali*”⁴² –, ma aperto all'azione di misure indirizzate alla bonifica dei fattori del rischio criminale⁴³.

Quindi, interventi di promozione culturale e orientamento ai valori della civile convivenza (tra cui l'educazione⁴⁴), reputati essenziali per sviluppare legami di appartenenza e vincoli di identità sociale che possano favorire il riconoscimento della giustizia e della vincolatività delle leggi, di cui si raccomanda che siano “*chiare, semplici*”⁴⁵, ma anche provvedimenti di *police* – quali l'illuminazione notturna “*a pubbliche spese, le guardie distribuite ne' differenti quartieri delle città, i semplici e morali discorsi della religione riserbati al silenzio ed alla sacra tranquillità dei tempi protetti dall'autorità pubblica, le arringhe destinate a sostenere gl'interessi privati e pubblici nelle adunanze della nazione, nei parlamenti o dove risieda la maestà del sovrano*”⁴⁶, ai quali Beccaria affida il compito di prosciugare la palude delle condizioni che predispongono al “*pericoloso addensamento delle popolari passioni*”⁴⁷.

39 C. BECCARIA, *op. cit.*, 98.

40 C. BECCARIA, *op. cit.*, 102.

41 Così, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, (1974), ora in *Studi di diritto penale* (a cura di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Milano, 1991, 65 ss. Sul tema, di recente, G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei*, Giuffrè, 2018.

42 C. BECCARIA, *op. cit.*, 31.

43 M. PISANI, *Beccaria e la prevenzione dei delitti*, in *Quad. fior.*, 2015, T.II, 911 ss.

44 C. BECCARIA, *op. cit.*, 102.

45 C. BECCARIA, *op. cit.*, 97.

46 C. BECCARIA, *op. cit.*, 29-30.

47 C. BECCARIA, *op. cit.*, 30.

La conclusione è “*che non si può chiamare precisamente giusta una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo*”⁴⁸.

Insomma, nella ‘narrazione’ *Dei delitti* la politica della prevenzione non ha nulla della sinistra distopia descritta circa due secoli dopo da Orwell; al contrario, essa risulta percorsa da una profonda e diffusa tensione umanitaria (diremmo oggi personal/solidaristica), che ha come obiettivo il ‘miglioramento’ dei singoli, vale a dire l’acquisizione da parte loro di una condizione di ‘civiltà’ in grado di contenere le ragioni di necessità che, uniche, qualificano come *utile* e, perciò, *legittimo* il ricorso al diritto penale⁴⁹.

In pratica, la prevenzione criminale è pensata come scopo che la comunità sociale si impegna a perseguire soprattutto – e in primo luogo – attraverso strumenti extra penali. Trova, così, indiretta, ma inequivoca, conferma che – nel pensiero di Beccaria (di cui costituisce suggello il congedo dell’opera)⁵⁰ – la pena viene in evidenza come concetto negativo, sinonimo di “male necessario, privo di ogni bontà intrinseca”⁵¹; e che, dunque, il diritto penale costituisce mero *ius exceptum*, operante in chiave di *deroga* alla *norma generale di libertà*⁵².

L’esito di questa complessiva articolazione di discorso sta nell’omologazione di un caposaldo della filosofia politica del liberalismo, per il quale l’istituzione punitiva è mero *limite* al potere sovrano, non invece agenzia deputata ad elaborare e diffondere un’*etica della giustizia* ed a propiziare il benessere individuale, costituendo questi obiettivi materia rimessa all’agire di comparti della legislazione.

48 C. BECCARIA, *op. cit.*, 103. Da questo passo S. VINCIGUERRA, “*Dei delitti e delle pene*” di Beccaria, *cit.*, 195, ricava implicita quell’idea del diritto penale come *extrema ratio* “che Beccaria non enuncia espressamente”.

49 Pur se espressa in altra parte del volume (§ XXXI *Delitti di prova difficile*), riassume bene il rapporto tra *necessità* e *legittimità/giustizia* del diritto penale (e della pena) la seguente affermazione: “*non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo*”: C. BECCARIA, *op. cit.*, 78-79.

50 C. BECCARIA, *op. cit.*, 104, “*perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi*”.

51 P. AUDEGEAN, *op. cit.*, 72.

52 Per una recente, vigorosa riaffermazione di questo carattere del diritto penale, F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, ETS, 2019, 24 ss.

Il predominio di una visione extrapenalistica della strategia generalpreventiva non può far dimenticare che il fine di impedire la commissione dei reati resta nell'opera di Beccaria affare anche del diritto penale, che anzi vi affida il nuovo corso della sua identità, avviando un processo che – riscattando l'autoreferenzialità degli assetti antichi – riconfigura il volto teleologico della penalità, con esiti saldamente insediati nell'odierna situazione spirituale della materia.

La peculiarità della prevenzione penale sta, con ogni evidenza, nel fatto che essa è costretta a muoversi negli spazi delimitati del diritto penale *necessario* (e perciò legittimo), di cui costituisce, nel contempo, fattore esterno di dimensionamento (attraverso la selezione primaria delle incriminazioni) e criterio interno di qualità delle leggi. Le sue sorti sono, dunque, legate all'ottimale adempimento degli oneri di una buona legislazione penale, qualificata da *sussidiarietà* e determinatezza delle figure di reato, dove in particolare *“la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto”*, permettendo al singolo *“di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto”*⁵³.

3.2.2. Il principio di proporzione.

Anche rispetto alla *proporzione* deve osservarsi che la comprensione del significato più profondo passa attraverso la lettura di altre parti dell'opuscolo, tra cui i §§ VI, VII e VIII, il primo dei quali espressamente dedicato a quel principio⁵⁴.

Oltre all'utilità orientativo-didascalica, l'importanza della riflessione sta nell'incontro con un concetto chiave dell'illuminismo penale, che identifica nel *danno sociale* (per Beccaria *“il danno fatto alla nazione”*) *“l'unica vera misura dei delitti”*, in sostituzione del criterio *“dell'intenzione di chi gli commette”*⁵⁵, fallace perché talvolta *“gli uomini colla migliore inten-*

53 C. BECCARIA, *op. cit.*, 17.

54 In argomento, L. PICOTTI, *op. loc. cit.*

55 C. BECCARIA, *op. cit.*, 22. A questo riguardo, M. CATTANEO, *op. cit.*, 41 ss., osserva che la posizione di Beccaria si contrappone a quella che Kant assume “discutendo il problema della pena adeguata a tutti i complici del delitto di alto tradimento”, per il quale il criterio di riferimento è la “malvagità interna del colpevole” (*inneren Bösarigkeit Verbrecher*). Va rammentato che la prima netta enunciazione del principio di laicità, che limita la legittimità delle incriminazioni alle sole *azioni esterne dannose*, risale a

*zione fanno il maggior male alla società; e alcune volte colla più cattiva volontà ne fanno il maggior bene*⁵⁶.

Concetto che l'esponente dell'Accademia dei Pugni prova a specificare, chiedendosi retoricamente – contro l'idea di chi vorrebbe far discendere la misura dei delitti dalla “gravezza del peccato” a sua volta collegata alla “imperscrutabile malizia del cuore” che solo la rivelazione potrebbe illuminare – come “*dunque da questa si prenderà norma per punire i delitti? Potrebbero in questo caso gli uomini punire quando Iddio perdona, e perdonare quando Iddio punisce*”⁵⁷.

Si tratta del punto di arrivo del percorso di riconfigurazione in chiave laica e secolarizzata del diritto penale costitutiva del suo impegno, per un verso, a definire le aree di illiceità penale alla luce del pregiudizio arrecato a terzi e alla convivenza sociale⁵⁸; per l'altro, a costruire forme e misure della colpevolezza individuale su parametri de-eticizzati, estranei a criteri di giudizio focalizzati sulle dinamiche del foro interno e della coscienza individuale.

La proporzione viene qui in rilievo quale sinonimo dell'*extrema ratio*, *limite esterno* e *criterio di legittimità* del diritto penale, in grado ricomporre al suo interno la dialettica tra *auctoritas* e *ratio* che dovrebbe reggere ogni disciplina *ragionevole* e (perciò) *legittima* delle limitazioni dei diritti fondamentali.

Del resto, la rilevanza di quanto contenuto nei paragrafi VII e VIII del volumetto viene ben colta da Piero Calamandrei che vi scorge “in germe gran parte dei concetti dei quali la dottrina penale posteriore si è servita per arrivare alla definizione giuridica del reato”⁵⁹.

Christian THOMASIIUS, *De Praesumptione Bonitatis*, Halle, 1700, e Id., *De Crimine Magiae*, Halle, 1701, § LVI. Sui caratteri degli illeciti *vedettes* del diritto penale teocratico, S. MOCICIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, 1979. Sui significati garantistici dell'oggettivismo beccariano, F. GIUNTA, *Addio Beccaria?*, in «GP», 2014, 252.

56 C. BECCARIA, *op. cit.*, 22.

57 C. BECCARIA, *op. cit.*, 23.

58 L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 144 definisce questa declinazione dell'offensività *principio di stretta legalità* distinguendolo dal *principio di mera legalità*, entrambi accolti da Beccaria.

59 P. CALAMANDREI, nell'edizione dell'opera da lui curata (Firenze, 1965, 304-305.)

4. “Solo le leggi posson decretar le pene su i delitti”: alle origini della riserva di legge.

È nel §III che Beccaria introduce il lettore al tema della legge: “La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest’autorità non può risiedere che presso il *legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima*”⁶⁰.

La fecondità storico-sistemica del ragionamento non è sfuggita ai penalisti sensibili a letture teleologiche del principio di legalità, soprattutto alla sua anima istituzionale/democratica tutelata dalla riserva di legge.

Alcuni decenni or sono, è stato Giacomo Delitala a rivolgermi attenzione, individuandovi la *ratio* originaria della produzione parlamentare della materia penale⁶¹.

E tuttavia, l’*incipit* dei passi sopra riportati lascia sondare anche ulteriori e più raffinate genealogie.

In effetti, quando rivendica alla sede democratica la competenza a legiferare *in criminalibus*, Beccaria intende rimarcare non tanto un’istanza *ideologica* – l’intrinseca virtuosità dell’azione di chi rappresenta la *volonté générale* di ascendenza rousseauviana – bensì un’esigenza di *razionalità strumentale* ascrivibile alla logica dei rapporti di congruità tra *fini* e *mezzi*.

Secondo Beccaria, infatti, la previsione tramite legge (di matrice democratica) “*delle pene su i delitti*” è “*la prima conseguenza di questi principii*” (*necessità e proporzione*)⁶².

60 C. BECCARIA, *op. cit.*, 13-14.

61 G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in «RIDPP», 1964, 965. Per la sottolineatura che il fondamento storico del principio di legalità risiede nella *Staatsvertragslehre* dell’Illuminismo, H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. A.T.*, 5 Auflage, 1996, 132

62 Secondo T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2014, il passo in questione sembra circoscrivere la competenza della legge alla sola “potestà di determinare le conseguenze sanzionatorie di illeciti – i delitti, appunto – che, apparentemente, si suppongono ‘dati’”, in quanto, ad avviso dell’insigne Maestro, collegati a strutture giusnaturalistiche (uno *jus non scriptum*) da cui scaturiscono pur sempre le origini del diritto penale moderno. Sennonché, connettendo quella frase al campo di senso del (parametro del) danno sociale, è possibile argomentare che l’area delle incriminazioni sia immanente al sistema del potere sovrano e, perciò, niente

Dunque, la devoluzione al potere normativo di chi rappresenta il popolo unito in contratto non è concepita quale *a-priori* fondativo (espressione, cioè, di valori che attingono il piano dei *fini*), ma ripete una *razionalità di secondo livello* che interseca l'universo dei *mezzi*: la sua giustificazione è di tipo *strumentale* poiché nasce da valutazioni che investono l'idoneità funzionale ('conforme a scopi') dei *modi* di concretizzazione dei *fini*.

In questa dimensione, la legge di Beccaria non è puro *ius positum* e mera espressione di volontà sovrana, bensì dispositivo che *fonda* un ordine giuridico *legittimo* in quanto obbediente ai vincoli di disciplina scaturiti dal *pactum*. È in altri termini *nomos* che si fa veicolo della *dike* all'origine della sovranità⁶³

Si è, allora, nel perimetro di senso di una corretta ermeneutica se si afferma che, nella segnalata pagina di *Dei delitti e delle pene*, vengono gettati i semi della caratterizzazione in chiave *politico-criminale* della riserva di legge penale. Si tratta dell'approccio che vede in questo canone un *principio-mezzo* per l'attuazione del modello liberaldemocratico (oggi di rango costituzionale) del diritto penale, qualificato dalle direttive di *extrema ratio*, materialità/offensività, frammentarietà, proporzione e colpevolezza e dalla destinazione a fecondare prospettive di prevenzione positivo/integratrice della sanzione penale.

Sta in questa geniale intuizione la radice della fondazione democratico/funzionalista del principio di legalità⁶⁴. La medesima che il nostro giudice delle leggi ha celebrato nella sentenza n. 487/89⁶⁵, allorché ha trasferito sul terreno delle fonti la ricca elaborazione teorico/culturale delle celebri pronunce in tema di *error iuris* e di furto d'uso, così aggiungendo una tessera di grande rilievo al mosaico del diritto penale costituzionale.

Colpisce la simmetria tra il passo del *manifesto* beccariano (*“la prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene*

affatto 'presupposte' alla legge che la sanziona.

63 Sulla dialettica tra *Dike* e *Nomos*, cfr. M. CACCIARI-N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, La nave di Teseo, 2019.

64 Sul fondamento della riserva di legge in rapporto ai diversi modelli di democrazia, ampiamente G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, T. II, 1247 ss, spec. 1252 ss.

65 Corte costituzionale 23-25 ottobre 1989, n. 487; nella medesima scia, pur in chiave di sintesi, ID. 23 novembre 2006, n. 394.

su i delitti, e che quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta la società unita") e la sottolineatura della strumentalità politico-criminale della riserva di legge che quella pronuncia costituzionale ha sapientemente argomentato⁶⁶.

Il *trait d'union* delle due visioni risiede nell'idea che solo l'organo al cui interno sopravvive la realtà plurale dei registri narrativi della vita e del mondo che si riconoscono nella Carta fondativa del patto sociale – e che continuano ad incarnarsi nelle dinamiche contemporanee della sua attuazione – possa determinare, meglio di altre istituzioni, le soluzioni di tutela penale coerenti con l'idealtipo di un diritto penale legittimo perché *necessario e ragionevole* (*alias*, permeato di scelte consentanee a vincoli di *proporzionalità*)⁶⁷.

In questa prospettiva – dalla Corte Costituzionale opportunamente colto nel suo nesso fondativo e sistematico – la legittimazione del parlamento quale organo esclusivo della nomopoiesi penale viene elaborata sull'interazione tra gli aspetti peculiari del procedimento legislativo – tra cui la *virtuosità discorsiva* (o la struttura 'dialettico-contraddittoria'), la *pubblicità* e la partecipazione delle minoranze –, da un lato, e i principi della *deontologia penalistica*, dall'altro⁶⁸.

Grazie alla specificità del suo contesto, la sede parlamentare continua a proporsi come l'istituzione che – con maggiori *chances* di efficacia – appare in grado di approntare risposte adeguate ai quesiti di *conformazione giustificante* del diritto penale, incarnati nell'*extrema ratio*, offensività, colpevolezza e proporzione (nella scelta delle sanzioni e nella relativa comminatoria edittale) rispetto al rango dei beni tutelati ed al grado del

66 Su cui, mi permetto di rinviare a V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, ESI, 2007, 457 ss.

67 Si prospetta in termini assonanti la ricostruzione della *ratio* della riserva di legge proposta da M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Giappichelli, 2019, 35 s.

68 Si coglie, qui, il superamento della concezione kelseniana della democrazia come "compromesso o accordo tra maggioranza e opposizione", poiché la struttura dialettico-contraddittoria del procedimento legislativo non rappresenta uno strumento 'vuoto nei fini', bensì un fattore condizionante le decisioni in tema *iuris poenalis constitutionis*; spunti in G. FIANDACA, *op.cit.*, 1254 ss. Per una lettura della "democraticità procedurale della riserva di legge" come "democraticità dialogica e socialmente comunicativa, in cui le opzioni penali siano appunto delle scelte" che non obbediscono a soluzioni preconfezionate, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fior.*, 2007, T. II, 1295.

disvalore incriminato⁶⁹. Abbiamo altrove osservato che la caratterizzazione in chiave ermeneutico/argomentativa di gran parte di tali criteri e principi⁷⁰ rende la loro traduzione refrattaria alla logica delle 'rime obbligate', reclamando, invece, bilanciamenti e ponderazioni che solo il foro istituzionale deputato a garantire decisioni destinate a riconoscersi nella ragione pubblica – discorsiva e aperta⁷¹ – può elaborare nei loro intrecci di complessità⁷².

In un milieu così ricostruito, ci pare, allora, di poter dire che l'idea secondo cui la legge penale debba provenire da una sede democraticamente rappresentativa⁷³ sia tra le prove più significative di quel carattere 'seminale' di *Dei delitti e delle pene*, acutamente celebrato dall'acribia di Giorgio Marinucci.

4.1. Il principio di legalità: ovvero la divisione di competenze tra sovrano e giudice.

Vi è un altro aspetto della riflessione di Beccaria sulla legge penale, collegato al carattere innanzi esposto, che trova collocazione nella logica della divisione dei poteri.

L'illustre Autore lo fa emergere sia quando afferma che “nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger (da intendere

69 Utile richiamare quanto Beccaria scrive sugli effetti criminogeni dei cataloghi sanzionatori che non rispettino la proporzione legata ai differenti disvalori dei reati: “Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggiore delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio”; C. BECCARIA, *op. cit.*, 22; in proposito, L. PICOTTI, *op. cit.*, 271 ss.

70 Sul tema ampiamente M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, CEDAM, 1996, 25 ss.

71 J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Laterza, 1996.

72 V. MAIELLO, *op. loc. cit.*, ma anche C. CUPELLI, *La legalità delegata*, ESI, 2012, 55 ss. e 73 ss. Sul ruolo della “discussione retamente intesa” (di cui sono premesse “la disponibilità a farsi convincere, l'indipendenza dal legame di partito, l'imparzialità rispetto a interessi egoistici” e rispetto alla quale significanti sono “le garanzie della libertà di parola tipicamente ricorrenti e le prescrizioni relative alla pubblicità delle sedute”) nell'ottica della legittimazione del parlamentarismo, restano insuperate le pagine di C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, (1923 e 1926), a cura di G. STELLA, Giappichelli, 2004, 6 ss.

73 In argomento cfr. Corte cost. 8 dicembre 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss., con nota di V. MANES; sul punto, F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in «Leg. pen.», 29.01. 2016, 8.

quale sinonimo di stabilire – a.d.r.) *pene contro ad un altro membro della società medesima*”, sia laddove ammonisce che “*Il sovrano, che rappresenta la società medesima, non può formare che leggi generali che obblighino tutti i membri, ma non già giudicare che un abbia violato il contratto sociale (...) Egli è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto*”.

Si tratta di scansioni che restituiscono, *in nuce*, l’archetipo dell’evoluzione costituzionalistica della divisione dei poteri che ha traghettato il modello giacobino di ordinazione verticale *del potere* – concepita quale declinazione interna della sovranità dello Stato-persona – verso una struttura orizzontale e diffusa *dei poteri*, espressione di un assetto *poliarchico* di organizzazione sociale e di una nozione ‘oggettiva’ di sovranità di cui è specchio un ordine *potiore* di valori che sfugge alla disponibilità della maggioranza politica⁷⁴.

A ben vedere, infatti, in quella pagina non fa la sua comparsa solo l’obbligo del sovrano di formare *leggi generali*, ma anche il divieto del medesimo di giudicare chi abbia violato il contratto. E tale divieto, dal suo canto, fa da *pendant* alla preclusione imposta al giudice di comporre la *regula iuris* dalla quale può estrarre il criterio di decisione della pronuncia di sua competenza. Può, quindi, dirsi che divieto giudiziale di *legis-latio* e divieto legislativo di *iuris-dictio* convergono nella funzione di presidiare la logica garantistica – di difesa dei diritti di libertà degli uomini – che permea l’agire di tali istituzioni, nel contesto della separazione dei rispettivi poteri⁷⁵.

4.2. Il carattere testuale della legge penale.

Collegate a tale impostazione, ma proiettate nell’orizzonte di senso connesso ai compiti politico-criminali del diritto penale, sono, poi, le considerazioni che il capolavoro del nobile lombardo riserva ai caratteri delle leggi penali.

Da esse si apprende come queste ultime non debbano essere oscure, vale a dire “*scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella di-*

⁷⁴ È quello che L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, 2001, definisce l’area della “indecidibilità politica”, sottratta al regime delle maggioranze di governo.

⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino, 2013, 57.

*pendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico*⁷⁶. Ed ancora che “*Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni*”, ma anche – come abbiamo già ricordato – che “*quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti*”⁷⁷.

Il bisogno di avere norme scritte (con chiarezza e performatività semantica) al dichiarato fine di permetterne la conoscenza e la comprensione da parte dei destinatari assurge, nel sistema dell'opuscolo, a fattore avente la duplice funzione di prevenire i delitti e tutelare la libertà dei singoli.

Nell'una prospettiva, costituisce adempimento dell'onere del sovrano di apprestare le misure a protezione del *pactum unionis civilis*, con effetti rilevanti sia *ex parte societatis*, sia nelle sfere dei diritti dei mancati autori di delitti.

Nell'altra, l'esigenza beccariana esprime le potenzialità garantistiche proprie dei classici principi di *Magna Charta*.

Vi si legge l'esigenza politica alla base del modello personalistico di responsabilità penale che, oltre due secoli dopo, ha portato la nostra Corte costituzionale a dare corpo e sangue al principio di colpevolezza fondandone la dimensione funzionalistica intrecciata agli scopi (preventivo-positivi) della pena⁷⁸.

76 C. BECCARIA, *op. cit.*, 18. Sul punto, cfr. S. VINCIGUERRA, *op. ult. cit.*, 207.

77 C. BECCARIA, *op. loc. cit.* Sugli effetti che la molteplicità delle interpretazioni produce sul principio di eguaglianza, si veda S. VINCIGUERRA, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in «Diritto penale XXI secolo», 2014, 196.

78 D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in «RIDPP», 1988, 688 ss. Una recente messa a fuoco delle questioni rilevanti in M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, *ivi*, 2018, 1579 ss.

Non sembri, allora, azzardato intravedere negli asserti del *libriccino* l’embrione delle odierne consapevolezze teoriche che mettono in connessione l’oscurità precettiva della fattispecie col pregiudizio della relativa funzione comunicativa (in entrambe le dimensioni di norma *comando* e di norma *garanzia*), impedendo alla *minaccia legale di pena* e alla sua *esecuzione* di svolgere i rispettivi compiti di *dissuasione* e di *orientamento* dell’agire (di tutti i consociati) e di *riabilitazione emancipante* (del condannato)⁷⁹.

Qualche decennio dopo l’apparizione dell’opera, l’ampiezza politico-criminale di questa sua parte sarà sfruttata dalla sapienza speculativa di Anselm Feuerbach⁸⁰. Sperimentando un metodo teleologico di interazione dei rapporti tra *modo di disciplina* e l’universo dei compiti e dei fini legittimi perseguibili nel campo dei delitti e delle pene, il fondatore della scienza penalistica europea la utilizza per mettere a fuoco i nessi tra principio di legalità e minaccia edittale, sottolineando di entrambi il ruolo di componenti strutturali della funzione intimidativa della pena (la c.d. *psychologischer Zwang*)⁸¹.

Ci piace segnalare come proprio di recente, con la sentenza che ha posto fine alla c.d. *saga Taricco* e al suo “girotondo giurisprudenziale”⁸², la Corte costituzionale abbia inteso rilanciare la vocazione del principio di legalità a servire la causa dei compiti del diritto penale, riportando la dialettica tra legge e giudice nei territori disegnati dalla tradizione di *civil law*⁸³.

Arrestando una linea di tendenza che – abilitando il *diritto vivente* ad integrare, con interpretazioni additivo/stabilizzanti, disposizioni penali

79 Su queste dinamiche, cfr. GA. FORTI, *op. cit.*, 163 s.

80 M. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di Comunità, 1978, 379 ss.

81 In argomento, fondamentale F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, 1979, 88 ss. Per vero, in altro passo del suo opuscolo Beccaria sembra mostrare consapevolezza finanche del rapporto tra la qualità contenutistica della legge e la funzione di orientamento delle azioni umane, auspicando che “*la norma del giusto e dell’ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo (non sia) affare di controversia, ma di fatto*” (§4), intuendo che la chiarezza della legge dipenda dalla riconoscibilità sociale del disvalore del fatto incriminato.

82 Così, F. GIUNTA, *op. cit.*, 172.

83 F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero “rivoluzionaria”*, in «Giur. cost.», 2018, 1311 ss.

carenti di precisione – aveva finito per legittimare una sorta di funzione normativa della giurisprudenza, la sentenza n. 115/18 – col linguaggio assertivo al quale si affidano idee guida e convincimenti forti – ha ri-assegnato al *tipo legale tassativo* il tradizionale compito di architrave del sistema penale di *civil law*⁸⁴. Nel riscattarlo dalla condizione di arcaica anticaglia in cui l'avevano precipitato, da un canto, gli usi impropri e poco sorvegliati del lessico ermeneutico, dall'altro, la corrività del linguaggio legislativo, la Consulta ha riportato in auge la più genuina vocazione personal/garantistica della legalità penale; quella, cioè, che la identifica come *messaggio* normativo indirizzato alla comprensione diretta dei destinatari (senza cioè la mediazione interpretativa degli esperti) poiché strumentale a favorire, con l'*AppellfunKtion*, la *motivabilità secondo norme* e l'autogoverno decisionale dell'agire umano⁸⁵.

Anche in Beccaria emerge che le funzioni di garanzia della legge penale non si collegano (non possono collegarsi) alla sola qualità del materiale linguistico, ma si intrecciano alle scelte in tema di incriminazioni coinvolgenti i beni e le tecniche della tutela, dalle quali possano ottenersi reati espressivi di strutture di anti giuridicità materiale riconoscibili nella *sfera parallela dei laici*.

La legge penale di Beccaria corrisponde, dunque, ad un'istituzione complessa, che rielabora il nesso costitutivo originario tra *sovranità* e diritto penale e ne fa lo specchio del confronto dialettico tra ragioni dell'autorità e istanze dei diritti naturali dell'individuo.

5. Il tema dell'interpretazione.

Strettamente connesso al tema della legge è quello della sua interpretazione.

Anche questa categoria ha un'anima composita, che erompe dalla sintesi tra la dimensione 'costituzionale' tramandata dalla lezione di Montesquieu e il significato di coerenza col paradigma garantistico del diritto penale che percorre la trama di *Dei delitti e delle pene*, costituendone l'obiettivo della proposta riformatrice.

84 Volendo, V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo* del diritto dei giudici, Editoriale Scientifica, 2020, 34 ss.

85 F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2018, 418 ss.

Da un lato, essa riflette la questione della distinta collocazione della legge e dell'interpretazione nel quadro della separazione dei poteri. Sullo sfondo si stagliano le figure istituzionali del sovrano e del giudice: il primo deputato a stabilire, attraverso leggi generali, i comportamenti punibili⁸⁶; il secondo investito dell'ufficio di verificare “*se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi*”⁸⁷.

Dall'altro, è parte del progetto che affida la tutela dell'individuo al sistema imperniato sulla centralità della legge, icasticamente espresso dal “*dogma politico che dovrebb'essere dai poli creduto e dai supremi magistrati colla incorrotta custodia delle leggi predicato*” secondo cui ciascuno deve poter fare “*tutto ciò che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima*”⁸⁸.

In questo contesto, per così dire *costituzionale*, la questione dell'interpretazione finisce per essere, soprattutto, un problema di *actio finium regundorum* col potere legislativo del sovrano.

Lo avrebbe chiarito un anno dopo la prima edizione del ‘trattatello’ Pietro Verri che di Beccaria fu amico, comune frequentatore dell'Accademia dei Pugni e revisore e modificatore della sua opera. In un saggio pubblicato su *Il Caffè*, egli afferma che “*altra cosa è il legislatore, altra cosa è il giudice. Il legislatore è sempre il sovrano (...). Il giudice per lo contrario non può essere il sovrano (...): il legislatore comanda, il giudice fa eseguire il comando*”⁸⁹.

L'*apriori* di questa posizione è l'idea illuministica di interpretazione, a cui è ancora una volta Pietro Verri a dare una veste di particolare chiarezza: “*Interpretare vuol dire sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge, e indagare cosa il legislatore avrebbe verisimilmente deciso nel tale o talaltro caso, su cui non parla chiaramente la legge. Interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel più è la misura della facoltà legislatrice che si arroga il giudice*”⁹⁰.

86 Per C. BECCARIA, *op. cit.*, 17, in particolare, sul sovrano grava l'obbligo di dare vita ad “*un codice fisso di leggi*” che “*non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi dalla legge scritta allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti*”.

87 C. BECCARIA, *op. cit.*, 15.

88 C. BECCARIA, *op. cit.*, 25.

89 P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Il Caffè*, II, 1765, in ID., *Scritti vari di Pietro Verri ordinati da Giulio Carcano*, II, 1854, Firenze, 162-171.

90 P. VERRI, *op. cit.*, 167.

Quest'ultimo, corrisponde all'identico concetto espresso da Beccaria: *“una pena accresciuta al di là dal limite fissato dalle leggi è la pena giusta più un'altra pena; dunque non può un magistrato sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino”*⁹¹.

Nel contesto del fondamento *istituzionale* del divieto di interpretazione – *scilicet*, del divieto di dislocazione presso i giudici del potere di assumere decisioni politiche (implicanti l'*an* della tutela coercitiva) e ampliare i significati della legge – affiora la connotazione propriamente garantistico/penale del dogma.

Il filo rosso che attraversa il discorso si avvolge tutto intorno al pregiudizio che l'interpretazione – *intesa come sopra*, dunque avente efficacia 'corruttrice' la portata della legge (e, dunque, equivalente all'*analogia legis*) – determina sulle libertà degli uomini.

*“In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza”*⁹².

In questo angolo visuale matura l'opposizione al criterio dello “*spirito della legge*”, cui il pensatore milanese addebita la responsabilità di dare copertura giuridica al variegato universo delle pulsioni emotive del giudice o anche solo dell'anarchia logico/epistemica dei suoi ragionamenti: *“Lo spirito della legge – osserva – sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo”*⁹³.

In gioco c'è il bene supremo della libertà d'agire, che Beccaria vuole proteggere dall’*“errante instabilità delle interpretazioni”* (quelle che vedono *“la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini*

91 C. BECCARIA, *op. cit.*, 14.

92 C. BECCARIA, *op. cit.*, 15.

93 C. BECCARIA, *op. cit.*, 16.

o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice"⁹⁴) in mano alle "piccole tirannie di molti"⁹⁵ e che già Voltaire aveva plasticamente descritto osservando la realtà di funzionamento della giustizia parigina.

Le parole riservate all'interpretazione saldano il paradigma di legge delineato dall'illuminista milanese: ne rappresentano l'implicazione necessaria e il rovescio speculare grazie al quale si compie la strategia di tutela dell'individuo che orbita intorno all'esclusiva decisionale del sovrano-legislatore, espressiva di una scelta di campo in favore dello *Stato delle leggi* e contro quello *dei giudici*⁹⁶.

“È soprattutto il principio di legalità – si è osservato – l'asse portante dell'intero modello”, poiché “su di esso si fondano le libertà dei cittadini”⁹⁷. Sta qui la grandezza – che si converte in *limite* per gli esponenti delle correnti gius-realiste – della politica del diritto coltivata dagli illuministi e Beccaria⁹⁸.

Legge e interpretazione sono quindi termini che compongono una relazione di linearità dialettica coerentemente col neoclassicismo architettonico dell'edificio illuministico delle fonti⁹⁹; assai lontana dal corto circuito che, da qualche decennio a questa parte, ne ha ri-configurato il volto sia per effetto delle concezioni ermeneutico/relazionali del diritto¹⁰⁰, sia a causa degli inediti spazi di manovra che hanno fatto acquisire alla giurisdizione lo Stato costituzionale e il sistema *right-based multilevel*¹⁰¹.

Ed allora, sembra corretto affermare che la posizione del filosofo lombardo sull'attività del giudice non possa essere adeguatamente decifrata, negli appropriati significati storici e ideologici, al di fuori dei nessi di complementarità con la legge e i suoi caratteri: vale a dire, con la realtà di incriminazioni morfologicamente *insulari*, qualificate da contenuti di

94 C. BECCARIA, *op. loc. cit.*

95 C. BECCARIA, *op. cit.*, 17.

96 G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. cit.*, 119 s.

97 L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, cit., 143

98 Lo sottolinea M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Giappichelli, 2015, 166.

99 Per questa immagine G. SILVESTRI, *Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti del diritto*, in *I professionisti della giustizia*, a cura di F. PALAZZO-O. ROSELLI, ESI, 2007, 27.

100 Per tutti, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011.

101 M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in «DPC» – *Riv. Trim.*, 3/2016, 13 ss.; V. MANES, *Diritto penale no limits*, in «Quest. giust.», 2019, 86 ss.

illiceità riconoscibili e non 'difficilmente provabili', affidate alle descrizioni di enunciati normativi costruiti con linguaggio chiaro e semplice.

Rischia, perciò, di apparire ingeneroso – ma anche fuorviante – osservare il pensiero di Beccaria con le lenti delle raffinate consapevolezze ermeneutiche testimoniate dall'esperienza giuridica contemporanea¹⁰²: come se esso esprima una pretesa di verità sull'essere della pratica interpretativa e sulla natura del giudizio deontico concreto¹⁰³, ovvero prospetti il tema dei nessi – di opposizione o di implicazione – tra *ontologia* ed *epistemologia* della comprensione ed applicazione della legge¹⁰⁴. Assai più semplicemente, invece, il Nostro intende affermare l'esigenza *politica* di garantire il cittadino nei rapporti con l'istituzione punitiva, enunciando, a tal fine, un parametro regolativo ideale/normativo¹⁰⁵.

Osservato nella sua *nudità ontica* il *topos* del "sillogismo perfetto" svela, all'evidenza, la sua improponibilità teorica e la sua contrarietà alla realtà storica di funzionamento delle operazioni di giustizia¹⁰⁶.

Se ne trae conferma finanche dal più autorevole fra i teorici analitici italiani del diritto penale, quando – in riferimento all'omologa tesi montesquieuiana del giudice *bouche de la loi* ed être *inanimité* – sostiene che "presa alla lettera o addirittura scambiata per una tesi descrittiva, essa è una formula ideologica, basata su una teoria del giudizio grossolana e insostenibile, che oltretutto rischia di servire a deresponsabilizzare i giudici, occultandone le inevitabili scelte comunque determinate dal carattere opinabile dell'interpretazione della legge e dal carattere probabilistico dell'induzione probatoria"¹⁰⁷.

102 Per uno sguardo complessivo di questa esperienza, *ex multis*, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, 2012.

103 Sulle molte, e impegnative, questioni legate alla dialettica tra 'elemento normativo' ed 'elemento fattuale', si rinvia alla ricapitolazione antologica contenuta in AA.VV., *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, a cura di G. CARLIZZI-V. OMAGGIO, ETS, 2016, 23 ss.

104 Accenni in L. MENGONI, *A proposito della teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti*, in *Scritti I*, Milano, 2011, 218.

105 Insiste sul carattere *politico* dello scritto di Beccaria, S. RODOTÀ, nella *Prefazione* all'edizione a cura di BURGIO, Milano, 1991, per il quale "è questa la caratteristica a conferirgli forza e ad assicurargli una straordinaria fortuna".

106 A. CADOPPI, *op. cit.*, 594 ss.; M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in «SP», 20 dicembre 2019; F. GIUNTA, *Addio a Beccaria?*, cit., 250; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in corso di pubblicazione.

107 L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 19. Con queste premesse, rischia di apparire viziata

Contestualizzato, invece, nel mondo delle meta-regole o condizioni stipulative del complessivo discorso dell'opuscolo e dello spirito utopico¹⁰⁸ che l'ispira, la teorica del sillogismo perfetto trasmette tutt'altro messaggio: anticipa la forma istituzionale che ancora oggi definisce il rapporto tra la legge penale e la sua interpretazione giudiziaria¹⁰⁹ e che continua a giustificare la mancata equiparazione sul piano della disciplina delle fonti e della loro efficacia nel tempo¹¹⁰.

L'asserto per il quale il giudice, innanzi a leggi *interpretabili* (e non denunciabili per difetto del requisito della precisione e della conoscibilità) non possa spingere la propria indagine conoscitiva oltre il campo semantico degli usi linguistici delle parole che compongono la dimensione di senso dell'enunciato normativo, resta un principio della *ragione pubblica costituzionale*, nonostante sia penetrato nello *spirito* e nelle *forme* dell'esperienza giuridica contemporanea la coscienza della natura circolare ed 'a spirale' dell'attività interpretativa¹¹¹. *A fortiori*, ove dovessi farsi coincidere – come sembra ricavarsi dal famoso libretto – il concetto di interpretazione con la pratica dell'*analogia legis* e, ancor più, *iuris*, vale a dire con una forma di integrazione della legge e/o del diritto.

Sul punto, occorre ribadire con risoluta chiarezza che l'ingresso del pensiero ermeneutico nell'orizzonte dei processi di *enforcement* penalistico (*scilicet*, del passaggio dalla dimensione generale e astratta dell'enunciato legale alla decisione sulla singola *res iudicanda*) non può recare con sé – quale implicazione obbligata sul piano logico ed epistemologico – il congedo dai vincoli linguistici delle parole e del loro significato. Non può, in altri termini, accompagnarsi all'abbandono della tradizione

di *ultrapetizione* l'impetosa intransigenza con cui M. DONINI, *Interpretazione delle leggi* (Dei delitti e delle pene, § IV), in «Dir. pen. XXI sec.», 2014, 245 ss. si sofferma nell'evidenziare – con argomenti e considerazioni peraltro ineccepibili – l'inattualità della posizione espressa nel celebre trattato.

108 Il riferimento alla dimensione utopica nell'Europa dell'età moderna rinvia "all'idea di ri-voluzione in quanto instaurazione di un *novum ordo* radicale", così M. CACCIARI-P. PRODI, *Occidente senza utopie*, Il Mulino, 2016, 7.

109 Così, G. MARINUCCI, *op. loc. cit.*

110 Corte cost. 8 ottobre 2012, n. 230, cit.

111 In dottrina, G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 123 ("Se da un lato è vero che il procedimento ermeneutico è aperto alle scelte valutative del giudice, dall'altro occorre circoscriverne lo spazio *entro limiti corrispondenti al significato letterale, sia pure teso all'estremo, del testo di legge*"), F. PALAZZO, *op. cit.*, 139 ("ammesso (...) che interpretazione ed analogia procedano entrambe "per somiglianze", la prima si avrà fino a che l'interprete (...) si muove *all'interno dell'uso linguistico del termine*").

interpretativa fondata sull'impegno a porre al centro di ogni strategia conoscitiva dei contenuti dei testi la difesa del senso letterale della loro formulazione¹¹².

Una matura presa d'atto che le operazioni gnoseologiche coinvolte nell'interpretazione (anche) dei documenti normativi (ovviamente, pure di quelli penali) hanno struttura ermeneutica non spinge affatto nella direzione di ampliare la manovra ricostruttiva (del tipo) da parte del giudice. Piuttosto, consente di neutralizzarne le derive soggettivistiche e gli epiloghi potestativi, poiché rimuove quel "velo di ignoranza (o di ipocrisia)" che – come rileva Francesco Palazzo – impedisce ad una prassi ispirata ai dettami del giuslegalismo acritico di "scoprire i reali itinerari in cui prende forma il suo potere decisionale"¹¹³.

Il fatto è che, non di rado, si opera una confusa sovrapposizione del *problema ontologico della comprensione* con quello dei *metodi di interpretazione*, nel senso che la questione delle condizioni trascendentali della conoscenza viene convertita, con surrettizio automatismo, nell'obbligato riferimento a criteri di interpretazione giuridica dalla forte connotazione creativa, avallando estemporanee riconfigurazioni del rapporto tra *littera legis* e risultato interpretativo¹¹⁴.

Il rispetto dei significati letterali del testo non implica affatto il ripudio (inconcepibile soprattutto per esigenze di garanzia) di chiavi di lettura che spianano la strada al dovere di promuovere interpretazioni in prospettiva razionale e sistematica, volte, cioè, a mettere in comunicazione il senso della singola disposizione con il complessivo insieme normativo nel quale è inserita¹¹⁵.

Dunque, a noi sembra che la lezione di Beccaria continui a proiettare moniti significativi sia nella dimensione istituzionale che, pur nelle novità connesse alle peculiarità dello Stato costituzionale e segnatamente al sindacato di legittimità delle leggi qualifica il rapporto tra *legis-latio*

112 Per l'assunto che ogni impresa interpretativa deve assumere ad incipit U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, La nave di Teseo, 1990, 127; in chiave adesiva, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2017.

113 F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 9-10.

114 G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, ETS, 2019, 123 ss.

115 D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 132 ss.

e *iuris-dictio*¹¹⁶, sia nel nocciolo duro del peculiare e privilegiato statuto dell'interpretazione penale, legato – per vincolo costituzionale – alla insormontabilità della dimensione linguistica del testo giuridico, nella funzione di barriera garantistica verso pratiche di dilatazione normativa *contra reum*¹¹⁷.

Siamo qui innanzi ad un profilo rispetto al quale il valore di testimonianza dell'illuminismo proietta l'onda lunga della dimensione ideologica del formalismo, ben lontana dalla caratterizzazione deteriorata o spregevole impressa dalla cavillosità leguleia del causidismo¹¹⁸, essendo costitutiva delle ragioni più profonde del diritto punitivo, inteso quale luogo e strumento di *Magna Charta*¹¹⁹: luogo e strumento, cioè, nei quali la forma si fa scudo dei valori del garantismo, divenendo espressione e strumento e di una etica del *limite*.

A significativo riscontro della permanente fecondità dell'approccio, può rammentarsi la permanente struttura sillogistica della redazione delle sentenze che, com'è stato fatto rilevare, è l'insostituibile altra faccia del principio di legalità¹²⁰.

Naturalmente ad assai diversi esiti porta il discorso ove volessimo istituire un raffronto tra il modello normativo prefigurato da Beccaria e la realtà di funzionamento degli ordinamenti contemporanei e, fra essi, quello italiano in particolare.

Su questo piano, infatti, emerge la profonda divaricazione tra l'*utopia* prescrittivo/riformatrice di quel paradigma e la configurazione empirica e storico-fattuale in cui vive che nella prassi.

L'odierna vita del diritto cataloga, infatti, caleidoscopici repertori sia di disposizioni legislative incapaci di esprimere compiute decisioni sulla

116 G. AMATO, *Il potere diviso e l'interpretazione della legge*, in «Quest. giust.», 2003, 312 ss.

117 Sulla permanente attualità del nucleo garantistico della posizione di Beccaria in tema di interpretazione, cfr. G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa (obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria)*, in «Rivista AIC», giugno 2015, 25 ss.

118 Su questi caratteri del formalismo, sia pure nel particolare contesto della militanza narrativa di Sciascia, cfr. G. FIANDACA, *La giustizia secondo Sciascia*, in *Todomodo*, 2019, 157 ss., spec. 160 ss.

119 F. Von LISZT, *L'idea dello scopo nel diritto penale*, (1902), Giuffrè, 1962.

120 M. BARBERIS, *op. cit.*, 172.

materia del divieto e, spesso, di costruire morfologie offensive circondate da un *previo* riconoscimento sociale; sia di indirizzi e prassi giudiziarie che, talvolta per reazione alla scarsa qualità delle leggi, stabilizzano assetti precettivi distanti dal senso immediato delle formulazioni normative.

Ha continuato, così, ad ispessirsi quel fenomeno di *perdita della buona coscienza* di cui oltre un secolo fa Gustav Radbruch faceva responsabile il diritto penale¹²¹, che appare rivestire i caratteri di metafora del nichilismo del pensiero occidentale di matrice heideggeriana¹²².

Ed allora, questa progressiva *perdita di epicità* del diritto penale agito, anziché formare oggetto di supina acquiescenza e fungere da *test* delle fallacie teoriche e dell'insostenibilità epistemica della posizione beccariana, dovrebbe indurre a maturare coscienza della distanza che separa le sue manifestazioni normative ed empirico/applicative dalla relativa dimensione ontica. Spingendo ad alimentare – innanzitutto nel foro della *discussione e dell'impegno pubblico* – forme moderne di una jheringhiana *lotta per il diritto* indirizzata al recupero di più elevati *standard* di razionalità assioteleologica.

Vien fatto di osservare che, come il nichilismo ontico del pensiero occidentale “non annulla l'essere, ma considera l'essere come un nulla perché considera l'ente come il tutto”¹²³, così le politiche penali del nostro tempo non nascono dal ripudio dei valori fondativi e dei caratteri identitari della materia – che, anzi, risultano puntualmente ribaditi nelle varie occasioni di declinazione del discorso ufficiale – ma dal loro occultamento nel contesto di strategie contingenti volte all'affermazione opportunistica di una supremazia di contingenze (seppur con caratteri di reiterazione) teleologiche.

È possibile, allora, aprire un cantiere ‘concretamente utopico’ di una *Kampf um's Recht* ove coltivare l'auspicio che la legge penale arresti il processo di *dimenticanza* delle condizioni (storico-filosofiche e politico-ideologiche) del proprio costituirsi quale istituzione della democrazia rappresentativa e simbolo autorevole della sua funzione regolativa,

121 G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, (1913), Giappichelli, 1961, 224

122 M. HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, (1935-1953), Ugo Mursia Editore, 1968, 207

123 Così, U. GALIMBERTI, *Heidegger e il nuovo inizio*, Feltrinelli, 2010, 13.

capace di promuovere l'osservanza dei comportamenti conformi alla difesa degli interessi sociali maggiormente significativi con chiarezza e persuasività comunicativa, tanto nel discorso pubblico laico, quanto presso la comunità degli interpreti. E dove lavorare affinché quest'ultima sviluppi una rinnovata *deontologia ermeneutica* nel segno della cultura del *limite* e della sua strumentalità rispetto al carattere residuale del *diritto dei reati e delle pene*, segnatamente rispetto alla sua natura di disciplina *derogatoria* dalla *norma generale di libertà*¹²⁴.

In questa prospettiva, riesce arduo negare che l'eredità culturale di Beccaria sia tutt'altro che un fossile della storia¹²⁵!

124 Non si può fare a meno di rammentare l'instancabile richiamo di Luigi Ferrajoli a tale paradigma; tra i molti suoi lavori, in chiave sinteticamente assertiva, cfr. *op.cit.* 19-20. Sulla necessità di sperimentare regole e criteri di razionalizzazione dell'attività ermeneutica, F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, cit.; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in «DPC», 17 gennaio 2018.

125 In questi limiti, anche M. DONINI, *op. ult. cit.*, 259 s. coglie elementi di attualità. Sottolinea come l'appello a Beccaria venga invocato in tempi di crisi S. RODOTÀ, *op. cit.*

L'ORACOLO ALGORITMICO E LA GIUSTIZIA PENALE: AL BIVIO TRA TECNOLOGIA E TECNOCRAZIA ¹

Vittorio Manes

1. Giustizia penale e agenti non umani

Davanti all'avanzare irruento dell'AI e degli algoritmi in campo giuridico, si avverte il disagio di ogni “mutamento di paradigma”,² se non di una rivoluzione epistemologica³ che si accompagna ad una vera e propria “frattura antropologica”.⁴

Il disagio aumenta – lo si può ben intuire – se si osserva la scena dall'angolazione del sistema della giustizia penale.

In effetti, il diritto penale è pensato ed edificato sull'uomo, sul rimprovero personale e colpevole, sul grado di responsabilità e di rimproverabilità per una azione *umana*; il processo penale è parimenti affidato ad un giudice *human being*, alla sua capacità di comprensione e di valutazione – secondo una logica valoriale umanamente *fuzzy* –, alla sua ragionevolezza ed equità nell'esercizio di un potere discrezionale, che si esercita nel “crepuscolo del dubbio”; lo strumento di controllo critico di questa discrezionalità vincolata è la *motivazione*, al centro della quale stanno la ragionevolezza e la fondatezza delle argomentazioni pro-poste a suo

1 Il presente saggio è apparso anche nella collettanea a cura di U. Ruffolo, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020.

2 V. l'autorevole denuncia di G. CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 luglio 2018, 3 s.; altresì ID., *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio-L. Luparia, Cedam, 2018, 3 ss.

3 Rivoluzione che sta attraversando tutti i settori del diritto: se ne ha un saggio – in una lettura ormai sterminata – leggendo il *focus* curato da E. GABRIELLI e U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.

4 Di “*rupture anthropologique*” parlano, sin dal sottotitolo del loro saggio, A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, 2018, sul quale v. la recensione di E. FRONZA, *Code is law. Note a margine del volume di Antoine Garapon e Jean Lasségue, Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, Paris, 2018, in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2018.

sostegno,⁵ o a sostegno delle scelte in punto di commisurazione della pena (art. 133 c.p.); secondo un itinerario di razionalità che, in definitiva, anche nel suo segmento più fluido – l’interpretazione – deve essere sempre sorretto da un “fondamento ermeneutico controllabile”.⁶

Insomma, il sistema penale è un sistema personocentrico e personologico, pensato per l’uomo ed affidato al giudizio dell’uomo, come tale *fallibile* ma pur sempre *controllabile* secondo un determinato *iter* argomentativo e i criteri che lo guidano.

Come si sa, questo sistema si è dovuto già misurare con l’impatto – sempre più dispiegato – della *corporate liability*, che ha condotto il diritto penale – faticosamente – ad incriminare e giudicare persone giuridiche, ossia “entità inumane” (d.lgs. n. 231 del 2001); e ciò, nonostante fosse difficile identificare, al cospetto di un *corporate crime*, una “condotta” secondo il concetto tradizionale di *azione*, nonostante fosse arduo rintracciare un rimprovero secondo una nozione personalistica di colpevolezza, e nonostante mancasse una “persona” da risocializzare mediante la pena.⁷

1.1. L'imputazione della responsabilità penale per azioni (autonome) delle macchine

L’ingresso incalzante dell’intelligenza artificiale – non più solo preconizzato da romanzi distopici e *science fictions* – apre bruscamente un nuovo scenario: il diritto penale, a breve, si dovrà confrontare con macchine in tutto o in parte *self-driving*, ancora una volta “persone senz’anima” per le quali – di fronte all’eventuale causazione di un evento di danno o pericolo, colposo o persino “doloso” – molto si potrà e dovrà discutere in punto di imputazione della responsabilità.⁸

5 Anche e soprattutto in ordine alla prova, in merito alla quale il giudice deve “[...] dare conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati”: art. 192, comma secondo, c.p.p.; così come in ordine alla gravità indiziaria, etc.

6 Tra le molte decisioni della Corte costituzionale, v. ad es. la sentenza n. 5 del 2004.

7 Nonostante, insomma, non vi sia alcun corpo da colpire, né alcuna anima da condannare, secondo il titolo del celebre saggio di J. C. COFFEE JR., *No Soul to Damn: No Body to Kick. An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, vol. 79 (n. 3), 1981, 386 ss.

8 Per una panoramica sullo scenario aperto dall’interrogativo “machina delinquere potest?”, v. ad es. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili*

È un problema che ripropone dilemmi giuridici ma ancor prima problemi e scelte essenziali di politica del diritto, che il legislatore italiano, peraltro, non ha ancora affrontato.⁹

Sotto il primo profilo, si tratta di comprendere se gli attuali moduli di attribuzione della responsabilità penale possano adattarsi ad un fatto-reato dove l'azione è *opera autonoma* di una macchina guidata da *software* e algoritmi, solo "assistita" dalla presenza umana inerte e solo eventuale; ovvero – caso forse ancor più frequente e complesso – come possano inquadrarsi ipotesi dove la condotta è *opera condivisa* tra agire umano e intelligenza artificiale, via via secondo classificazioni che riconoscono ormai diversi livelli di *driving automation*. E se dunque l'eventuale causazione di un "evento" – colposamente provocato – sia da imputarsi a chi ha *generato* il focolaio di rischio ideando l'algoritmo (specie se *self-learning*),¹⁰ o applicandolo nel programmare il "robot" o il PC che guida la macchina; a chi ha *attualizzato* quel rischio producendo e mettendo in commercio il veicolo; ovvero a chi ha concretamente *gestito* quel rischio servendosi della stessa, o magari cooperando con essa (ove sussistano, ad esempio, eventuali profili di *culpa in interagendo*).¹¹

Ancora, a questo riguardo, si tratta di valutare se alle diverse costellazioni di casi si adattino schemi di imputazione della responsabilità declinati sul principio della responsabilità personale e colpevole,¹² costituzionalmente imposto (art. 27, commi primo e terzo, Cost.), ed orientati alla finalità rieducativa della pena; o se debbano piuttosto preferirsi schemi di attribuzione della responsabilità – evidentemente eccentrici rispetto ad un

percorsi di indagine, in *Dir. Pen. Uomo*, 2019, 27 ss.

9 Al momento, all'interno del Consiglio d'Europa, solo un limitato numero di paesi – a quanto consta – ha adottato normative generali per l'utilizzo della guida automatizzata (Austria, Germania, Francia e Svizzera), peraltro ricorrendo alle nozioni tradizionali riferibili ai diversi schemi di responsabilità; mentre altri stati hanno adottato solo norme specifiche concernenti *pilot tests*.

10 Nella prospettiva civilistica, v. le stimolanti osservazioni di U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1689 ss.

11 Con riguardo ai problemi concernenti i veicoli *self-driving*, nella prospettiva civilistica, v. ancora U. RUFFOLO-E. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *Giur. it.*, 2019, 1704 ss., rilevando peraltro che "la crescente automazione sposterà via via il peso delle responsabilità dal driver al costruttore"; ma anche A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione europea*, *ivi*, 1715 ss.

12 Proprio sulla categoria della colpevolezza in questo mutato contesto si interroga S. BECK, *Digitalisierung und Schuld*, in T. FISCHER, E. HOVEN, *Schuld*, *Nomos*, 2017, 289 ss.

rimprovero penale costituzionalmente orientato – basati sulla causazione oggettiva del danno, ed orientati al mero risarcimento, ovvero centrati su nozioni “nuove” come quelle – sono solo ipotesi – di “colpa di programmazione” o “di automazione” che coinvolgono, in prima battuta, l’impresa produttrice della macchina, sul modello appunto della *product liability*.¹³

Al tempo stesso, ed ancor prima, si tratta di verificare se il problema dell’imputazione della responsabilità possa essere risolto utilizzando concetti e categorie tradizionali, pur declinate mediante una apposita indicazione legislativa in ordine al terminale ultimo ed all’estensione della responsabilità,¹⁴ ovvero – per usare il lessico penalistico – in ordine al titolare della “posizione di garanzia” così come ad estensione e contenuto della stessa; o se la soluzione a tali problemi debba implicare la creazione di nuove nozioni legali, come quella legata alla attribuzione di una “personalità giuridica artificiale”¹⁵ alla macchina in tutto o in parte

13 Sui quali v. ancora U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, cit., 1694 ss., 1697 ss.; il richiamo al paradigma della responsabilità da prodotto implicherebbe l’apparente paradosso “che i fabbricanti potrebbero essere disincentivati ad orientare la produzione in questa direzione, frenando un progresso tecnologico che dovrebbe avere effetti positivi sulla sicurezza stradale, se è vero che la automatizzazione della guida di veicoli – si ritiene – abatterà drasticamente il numero di incidenti”; del resto, traslare la responsabilità da rischi da prodotto tecnologicamente evoluto dal produttore all’utente significherebbe disincentivarne l’acquisto: al riguardo, ancora U. RUFFOLO-E. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles*, cit., 1705.

14 Le soluzioni legislative avanzate sembrano rispecchiare una alternativa, ben espressa dalle opzioni adottate nel modello austriaco e tedesco. Secondo il modello austriaco, “Il guidatore può trasferire alcune funzioni di guida a sistemi (di assistenza alla guida autorizzati), ma resta responsabile in ogni momento di riprendere tutte le funzioni di guida” (art. 3, comma 2, dell’*AutomatFahrV* austriaco); secondo il modello tedesco, “I guidatori possono distogliersi dalla situazione del traffico e cedere il veicolo a meccanismi di guida assistita nella misura in cui essi utilizzano funzioni di guida automatica correttamente e sono pronti a rispondere a una richiesta di riassunzione in ogni istante” (§§ 1° e 1b dello *Strassenverkehrsgesetz*).

In questa prospettiva, in particolare, è chiaro che se il guidatore non è richiesto di monitorare il traffico sino a una richiesta di riassunzione della funzione di guida, lo stesso non può più essere ritenuto in concreto “*human in command*” né dunque (penalmente) responsabile di eventuali causazioni lesive occorse sino a quel momento, ove appunto il controllo sulla attività rischiosa era delegato alla macchina *AI driven* legalmente autorizzata.

15 Apprendo dunque a cascata il dibattito sulla possibilità di punire già l’algoritmo o l’agente intelligente, cfr., *ex multis*, S. GLESS, T. WEIGEND, *Intelligente Agenten und das Strafrecht*, in *ZStW*, 2014, 561 ss.; G. HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Cham, 2015, 185 ss.; E. HILGENDORF, *Können Roboter schuldhaft handeln?*, in S. BECK, *Jenseits von Mensch und Maschine*, Nomos, 2012, 119 ss.; M. SIMMLER, N. MARKWALDER, *Roboter in der Verantwortung? Zur Neuauflage der Debatte um den funkto-*

self-driving (una sorta di *e-personhood*), o quella riferibile ad una peculiare forma di cooperazione colposa (*contributory negligence*) capace di adattarsi alle interazioni uomo-macchina ed allo specifico “rischio di interconnessione” (*interconnectivity risk*).¹⁶

Sotto il secondo profilo, ed appunto a monte, si tratta di compiere una ulteriore scelta essenziale – e pregiudiziale – di politica legislativa: se cioè, per esemplificare con il caso attualmente più discusso, riferibile appunto al veicolo *self-driving* immesso nella circolazione stradale ordinaria – una volta certificata l'affidabilità dell'*autonomous vehicle*, autorizzata l'immissione dello stesso sul mercato e consentita quindi la circolazione, l'eventuale causazione di eventi dannosi o pericolosi sia da ascrivere all'area del “rischio consentito” (*Socially Accepted Risk*) ovvero sia da ascrivere (al produttore, come accennato, o) a chi concretamente si è assunto quel rischio, mettendosi alla guida.

Come si vede, un (ulteriore) problema di allocazione del rischio, oggetto di precise scelte politiche, aperte anche a valutazioni di analisi economica del diritto; ed oggetto di possibili discrepanze tra ordinamenti, con conseguente difficoltà di inquadramento dei casi *cross-border*.¹⁷

Non è un caso che l'attenzione su questi problemi sia altissima, anche in seno alle organizzazioni sovranazionali, primo fra tutti il Consiglio d'Europa: l'*European Committee on Crime Problems*, di recente, ha istituito un *Group of Experts on Artificial Intelligence and Criminal Law* espressamente deputato a discutere le varie soluzioni adottate nei diversi Stati membri, le iniziative legislative domestiche intraprese e in corso di studio e, soprattutto, le iniziative da affidare ad eventuali strumenti di armonizzazione sovranazionale, più o meno vincolanti per gli Stati.

nalen Schuld begriff, in *ZStW*, 2017, 20 ss.; S. ZIEMANN, *Wesen, Wesen, seid's gewesen? Zur Diskussion über ein Strafrecht für Maschinen*, in E. HILGENDORF, J.-P. GÜNTHER, *Robotik und Gesetzgebung*, Nomos, 2013, 183 ss.

16 Così, ad esempio, se una *AI driven car* è alimentata da dati scorretti relativi alla mappa, che indicano un limite di velocità superiore a quello realmente vigente, e, parallelamente, la funzionalità del sensore è limitata e non è in grado di interpretare correttamente la segnaletica stradale.

17 O ai casi in cui la *AI driven car*, autorizzata in un ordinamento ove si riconosce spazio al “rischio consentito”, investa un cittadino di altro Stato, dove tale rischio non viene riconosciuto e conseguentemente si apra un procedimento penale per accertare la responsabilità (penale) di chi ha cagionato l'evento.

2. L’A.I. e il sistema penale...

Ma al di là di questo primo, notevole versante problematico, l’intelligenza artificiale e l’utilizzo degli algoritmi aspira a penetrare alle radici del sistema, toccando i più diversi ambiti – dal *policing* al *profiling* al *sentencing*, in prospettiva sia *ante delictum* che *post delictum* –, e sfida apertamente il “fattore umano” che informa di sé il sistema penale: prospettando come alternativa un “sistema oracolare *legal-tech*”.

Essa, infatti, ambisce a migliorare le prestazioni del sistema preventivo e repressivo operando a diversi livelli, promettendo un eccezionale *improvement* di efficacia ed efficienza, o persino il definitivo coronamento dei suoi obiettivi (la tutela dei beni giuridici); ma al contempo prospetta tensioni con i diritti fondamentali ed autentiche sfide etiche – che del resto hanno già sollecitato diverse risposte istituzionali, ancora, sul fronte sovranazionale¹ – lasciando persino temere – ben oltre, se si vuole, la dicotomia antica tra *crime control* e *due process*² – la scomparsa del diritto penale e l’eclissi dei suoi principi fondamentali.³

2.1. ...in sede investigativa

In sede *investigativa* e di *polizia*, promette di migliorare l’efficientamento delle risorse di *law enforcement* migliorando le attività di *policing* (c.d. *predictive policing*)⁴ e le tecniche di *profiling* (attraverso sistemi di rico-

1 Nel dicembre 2018 la *Commissione per l’efficienza della giustizia del Consiglio d’Europa* (CEPEJ) ha adottato la *Carta etica europea per l’uso dell’intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia*, documento che contiene cinque principi generali: rispetto dei diritti fondamentali; non discriminazione; qualità e sicurezza dei dati; trasparenza, imparzialità e *fairness*; possibilità di controllo da parte dell’utente: al riguardo, v. S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea gli spunti per un’urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in www.lalegislazionepenale.it, 18 dicembre 2018.

2 Al riguardo, ora, D. NEGRI, *Modelli e concezioni*, in A. CAMON-C. CESARI-M. DANIELE-M.L. DI BITONTO-D. NEGRI-P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, 2019, 13 ss.

3 Di fronte all’incalzare dell’AI, sulla fine del diritto penale – per esaurimento dei suoi scopi o, viceversa, per tramonto dei suoi principi – si interroga C. BURCHARD, *Künstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts? Zur algorithmischen Transformation der Gesellschaft*, in AA. VV., *Jahrbuch für Recht und Ethik*, a cura di J.C. Joerden-J.C. Schuhr, Duncker & Humblot, 2019, 527 ss.; ora anche tradotto in italiano come *L’intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2019, 1909 ss.

4 Sul punto, rispetto all’esperienza statunitense, W.S. ISAAC, *Hope, Hype, and Fear:*

noscimento facciale, di identificazione biometrica, etc.).

Da un lato, tali programmi consentono di “mappare” il rischio criminale e provvedere ad una razionale allocazione delle risorse per neutralizzare la commissione di prevedibili reati e così ridurre la vittimizzazione (così, ad esempio, il programma *Keycrime*, che trae origine da esperienze investigative presso la Questura di Milano, utilizzabile a fronte di condotte “seriali”, come rapine, truffe agli anziani, furti in appartamento, violenze sessuali, etc.;⁵ o il programma *XLAW*, sviluppato dalla Polizia di Napoli, e applicato in diverse regioni per prevedere furti e rapine).

Dall'altro, essi ambiscono ad individuare con maggior precisione i responsabili dei crimini commessi, *post factum*.

2.2. ...e in sede giudiziale

In sede *giudiziale*, il “nuovo mondo” prospetta una maggiore accuratezza delle valutazioni, attraverso indici/algoritmi predittivi che possano comunicare dati affidabili in ordine all'apprezzamento della pericolosità soggettiva (ed alla capacità di recidiva).

Si tratta, in sintesi, di algoritmi che utilizzano “*socioeconomic status, family background, neighborhood crime, employment status, and other factors to reach a supposed prediction of an individual's criminal risk, either on a scale from “low” to “high” or with specific percentages*”,⁶ ossia strumenti che “analizzano un numero molto elevato di dati relativi al passato e individuano delle ricorrenze (ossia dei *pattern*), caratterizzate da una base statistica molto più solida di quelle che stanno al fondo dei giudizi umani”.⁷

The Promise and Potential Pitfalls of Artificial Intelligence in Criminal Justice, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2018, 543 ss.; nel contesto italiano, non senza accenti critici, v. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., 13 ss.

5 Sul punto, C. PARODI-V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 6/2019, 47 ss., 56 ss.; su ulteriori strumenti “più convenzionali” di polizia predittiva v. anche G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Riv. trim. Diritto di Internet*, n. 4/2019, 619 ss.

6 Così la definizione contenuta nel rapporto dell'ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER, *Algorithms in the Criminal Justice System*, consultabile in <https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/>

7 M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei Risk Assessment Tools tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.

E ciò, sia in occasione di valutazioni predittive sulla pericolosità di un soggetto condannato e ai fini della configurabilità del rischio di recidiva in sede cautelare [art. 274, lett. c), c.p.p.], o ai fini di una misura di sicurezza (art. 202 c.p.), sia in punto di commisurazione della pena (con riguardo alla capacità a delinquere di cui all'art. 133, comma 2, c.p.) o dell'applicabilità della sospensione condizionale, in sede di decisione (art. 164, comma primo, c.p.), sia in relazione alle misure alternative alla detenzione, in sede di esecuzione; senza contare al possibile utilizzo – al cospetto di analoghe valutazioni richieste – in sede di misure di prevenzione (basti pensare alla valutazione di pericolosità “per la sicurezza pubblica”, presupposto della misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza: art. 6, d.lgs. n. 159/2011).

2.3. La giustizia predittiva penale

Sempre in sede *giudiziale*, ma con riferimento al momento formativo della decisione/sentenza, l'utilizzo degli algoritmi – solo a titolo di esempio – prospetta molti possibili momenti di utilizzo, promettendo:

a) di ridurre attraverso *automated decision systems* gli errori giudiziari determinati dai *bias* e dalle *fallacies* che spesso contaminano – nella fase di cognizione – la decisione giudiziale,⁸ nelle singole sequenze in cui si scompone – ad esempio – la valutazione della prova penale (ad es., in ordine alla valutazione della contraddittorietà di una testimonianza e dunque dell'attendibilità di un teste,⁹ secondo sequenze, peraltro, che superano persino le criticità alimentate dall'utilizzo di test neuroscientifici);

b) di assistere la formazione della decisione anche in sequenze intermedie, come in ordine alla prognosi favorevole di positivo sviluppo dibattimentale degli elementi di prova presentati dal PM in sede di udienza preliminare, di cui tener conto per disporre – o meno – il rinvio a giudizio;

c) di calmierare, in sede di dosimetria della pena, la *sentencing disparity*, applicando pene commisurate secondo indici di gravità calcolati ogget-

it, 28 maggio 2019, 3.

⁸ Cfr. già C. BONA, *Sentenze imperfette*, il Mulino, 2010, *passim*; ed ora R. RUMIATI-C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, il Mulino, 2018, in ptc. 133 ss.

⁹ Cfr. ad es. A. TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *Quest. giust.*, 10 aprile 2019, 1 ss.

tivamente (secondo un modello che riecheggia il *just desert model* e un aggiornamento delle *sentencing guidelines* adottate nel sistema nordamericano).

La “terra promessa” offerta dall’AI e dai *Big Data*, insomma, è quella di una “giustizia esatta”, condivisa da uomini e macchine, oggi, e forse domani delegata integralmente a *justice machines*, intese come vere e proprie *trust machines*.¹⁰

3. L’esperienza d’Oltreoceano

Sappiamo che questo orizzonte è stato in parte anticipato – come spesso accade – dall’esperienza americana.

È noto che una sentenza della Corte Suprema del Wisconsin è intervenuta sulla decisione di un tribunale nella quale, per determinare la pena, i giudici avevano tenuto conto dei risultati elaborati dal programma COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*): uno strumento attuariale di *risk assessment* ampiamente utilizzato negli Stati Uniti per valutare il *defendant’s recidivism risk*, che nel caso concreto aveva indicato l’imputato quale soggetto ad alto rischio di recidiva,¹¹ facendo propendere per l’inflizione della pena della

10 L’ipotesi estrema della sostituzione integrale della macchina all’essere umano è quella su cui si interroga M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 872 ss.

11 La sentenza *State v. Loomis*, 881 NW 2d 749 (Wis 2016) è stata oggetto di ampio dibattito anche sui principali media, come esempio emblematico di delegazione di scelte decisorie dell’uomo alla macchina (v. ad esempio A. LIPTAK, *Sent to Prison by a Software Program’s Secret Algorithms*, in *The New York Times*, 1.5.2017).

Nella dottrina cfr., *ex multis*, I. DE MIGUEL BERIAIN, *Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling*, in *Law, Probability and Risk*, 2018, 45 ss.; J. LIGHTBOURNE, *Damned Lies & Criminal Sentencing Using Evidence-Based Tools*, in *Duke L. & Tech. Rev.*, 2017, 327 ss.

Nondimeno, la Corte del Wisconsin ha escluso che l’utilizzo del programma COMPAS – che aveva appunto segnalato “a high risk of violence, high risk of recidivism, high pretrial risk”, determinando la notevole severità della sentenza di primo grado – avesse violato il diritto dell’imputato a un equo processo, sottolineando che i giudici avevano considerato legittimamente i dati forniti dal software nella determinazione della sentenza, unitamente ad altri fattori, laddove la decisione non avrebbe potuto essere basata esclusivamente o sostanzialmente sui predetti risultati. Il programma poteva quindi essere impiegato nei giudizi di determinazione della pena, con limitazioni e cautele; inoltre i punteggi di rischio non avrebbero potuto essere utilizzati come fattori determinanti nel decidere ogni qual volta il soggetto potesse essere controllato in modo effettivo

reclusione (a sei anni) senza *parole*, oltre a cinque anni di *extended supervision*, pena certamente elevata rispetto ai fatti marginali contestati, e per i quali si era dichiarato colpevole in sede di *guilty plea*.¹²

Ma programmi analoghi – come il software SAVRY – sono stati utilizzati in altre importanti decisioni,¹³ ed anche lo Stato del New Jersey ha sostituito le udienze per la concessione della libertà su cauzione con delle valutazioni di rischio ottenute attraverso algoritmi.

Esperienze analoghe, del resto, stanno affiorando anche nella vecchia Europa.¹⁴

4. Le prospettive di applicazione dell’A.I. nel sistema penale italiano

Questo scenario, carico di potenzialità, può trovare terreno particolarmente fertile nel contesto italiano, per diverse ragioni.

In primo luogo, perché si avverte una sempre più marcata crisi della certezza del diritto, specie a fronte del crescente livello di incidenza del “precedente”, e si moltiplicano gli studi dedicati alla c.d. calcolabilità del diritto, alla *foreseeability* del divieto penale ed alla *predictability* delle decisioni giudiziali, anche in ragione di una crescente *sentencing disparity*:¹⁵ il che alimenta l’interesse nei confronti degli strumenti di “giu-

e sicuro all’interno della comunità sociale (per un commento, v. *Criminal Law Sentencing Guidelines – Wisconsin Supreme Court Requires Warnings before Use of Algorithmic Risk Assessment in Sentencing – State v. Loomis*, in *Harvard Law Review*, 2017, 1530 ss.).

12 Il programma COMPAS si basa sia su informazioni ottenute direttamente dall’imputato, in un’intervista, sia sul certificato del casellario e dei carichi pendenti, le quali vengono elaborate attraverso un modello computazionale in relazione a dati statistici di controllo, riferiti a un campione di popolazione non necessariamente corrispondente a quella dello Stato; sul piano predittivo, quindi, lo strumento prevede il rischio di ricaduta violenta, senza tuttavia offrire una spiegazione di tale rischio, individuato in rapporto al dato statistico (v. ampiamente al riguardo S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *Cass. pen.*, 2019, 1748 ss., 1750 ss.; altresì, F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., 19 ss., 21 ss.).

13 V. ad esempio la decisione della Corte Suprema del *District of Columbia*, 25.3.2018, giudice Okun, citata ed analizzata ancora da S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., 1754 ss.

14 Ne dà conto M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale*, cit., 10 ss.

15 V. per tutti A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto/pen.*, Ag-

stizia predittiva”, ossia dell’analisi di un cospicuo numero di pronunce giudiziali tramite tecnologie di AI, al fine di elaborare previsioni quanto più precise possibili in ordine al possibile esito di alcune specifiche tipologie di controversia.¹⁶

In secondo luogo, perché il sistema penale italiano ha ormai accettato – pur con gli aggiustamenti imposti dalla Corte costituzionale – come parte integrante l’universo delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159 del 2011), misure cioè che hanno come componente strutturale una valutazione di pericolosità basata su dati indiziari e strutturalmente incline ad essere “integrata” da indici di carattere predittivo.

In terzo luogo perché la giurisdizione – specie nel contesto italiano – è al centro di una crisi senza precedenti, anche di legittimazione:¹⁷ quindi è più facile predicare la necessità di affiancare ai giudici protocolli standardizzati di giudizio in funzione tutoria, o persino invocare la necessità di sostituire (in tutto o in parte) la valutazione giudiziale con *smart machines*, meno emotive e fallibili, più razionali e prevedibili, perseguendo l’obiettivo di una giustizia terrena liberata dalle passioni e dalle imperfezioni umane.

In un contesto di crescente sfiducia nei confronti della magistratura, del resto, si può comprendere – *bon gré mal gré* – che l’opinione pubblica si senta maggiormente rassicurata da una decisione tecnica ed “automatizzata” – asseritamente “neutrale” – che da una decisione umana,¹⁸ e sia dunque favorevole ad un processo di *desimbolizzazione* della fragile umanità del diritto e del giudice e di una *resimbolizzazione* in termini scientifici.¹⁹

giornamento, Utet, 2016, 407 ss.; sul tema, volendo, anche V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 ss.

16 V. in particolare L. VIOLA, *Giustizia predittiva*, in *Enc. giur. Treccani*, Diritto on line (2018), consultabile in http://www.treccani.it/enciclopedia/giustizia-predittiva_%-28Diritto-on-line%29/

17 Come del resto dimostra – dolorosamente – anche la recente *querelle* sul c.d. ergastolo ostativo, dopo che la Corte costituzionale ha ri-attribuito al magistrato di sorveglianza un potere di rivalutazione sulla pericolosità dell’ergastolano, liberandolo da automatismi legali preclusivi: il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale pronunciata a seguito dell’udienza pubblica del 22 ottobre 2019.

18 Si è cercato di analizzare questi aspetti in *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 86 ss., 98 ss.

19 In questi termini, ancora, A. GARAPON-J. LASSÉGUE, *Justice digitale*, cit., sui quali

D'altro canto, in questo medesimo contesto non è implausibile ipotizzare che gli stessi giudici – sempre più stretti nella morsa dell'efficienza produttiva e della crescente mediatizzazione della giustizia penale – avvertano gli algoritmi non solo come strumenti di “*reassurance juridique*” ma come provvidenziale percorso deresponsabilizzante rispetto alla mole di fascicoli affidati o a decisioni avvertite come troppo gravose o ad “alta sensibilità mediatica”.²⁰

5. Garanzie fondamentali e problematiche di compatibilità costituzionale

In questo scenario, dunque, i problemi che si pongono sono molteplici, e qui ci limiteremo solo ad esporre alcune preoccupazioni che l’“oracolo giuridico” garantito dagli algoritmi sollecita, muovendo nella prospettiva delle garanzie fondamentali e dei principi costituzionali.

5.1. Machine bias e principio di eguaglianza

L'uso di algoritmi predittivi profila un primo problema nella prospettiva del rispetto del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.).

In effetti, l'algoritmo – per antonomasia – è antieguagliario, perché considera alcuni fattori di rischio e non altri (età, genere, ma anche luogo di residenza, *background* socioeconomico, abitudini di vita, tendenze sessuali o “moralì”, data di commissione del primo precedente, etc.), e su queste basi non solo suggerisce l'allocazione di maggiori risorse di polizia in alcuni contesti urbani piuttosto che in altri, ma pone una presunzione di maggior pericolosità in relazione ad alcuni soggetti e non ad altri.

Più in generale, i risultati a cui conduce possono essere condizionati da *machine bias* non diversi da quelli che contaminano le decisioni umane;²¹ e del resto – in linea con una critica diffusa proprio nel contesto di origine di queste sperimentazioni²² – si è subito notato che “la dimen-

v. ancora E. FRONZA, *Code is law*, cit., 3.

20 Su ulteriori “effetti di conformismo” – e di sclerotizzazione della giurisprudenza – che l'utilizzo di algoritmi può determinare, v. A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile?*, in *Quest. giust.*, n. 4/2018, 3 ss.

21 Cfr. P.J. BRANTINGHAM, *The Logic of Data Bias and its Impact on Place-Based Predictive Policing*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2018, 473 ss.; C. BURCHARD, *Künstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts?*, cit., 546 ss.

22 Per restare al caso del software COMPAS, sopra citato, un report dell'organiz-

sione normativa basata sulla calcolabilità del rischio e della pericolosità soggettiva apre nuovi canali di discriminazione e di incarcerazione o di ostacolo alla scarcerazione per le fasce socialmente più deboli”.²³

A questo riguardo, si è rilevato che “[...] alcuni studi hanno indicato come tali operazioni possano soffrire degli stessi pregiudizi che talvolta inficiano le decisioni umane; pregiudizi veicolati all’interno del ragionamento automatizzato dagli algoritmi utilizzati dai programmatori per il funzionamento della macchina o dal contesto all’interno del quale il *deep learning* si muove per i processi di autoapprendimento. Le ricerche si sono concentrate sul rischio che le decisioni automatizzate relative al *risk assessment* qui in esame potessero essere prese anche sulla base di un preciso pregiudizio di natura etnico-razziale, che conduceva la macchina a considerare più pericolosi gli indagati appartenenti alla comunità afro-americana. In particolare, mettendo in relazione le valutazioni di rischio svolte dall’AI e la condotta adottata dai soggetti negli anni successivi, si è evidenziato come indagati o condannati afro-americani avessero ricevuto l’indicazione di un tasso di pericolosità sociale quasi doppia rispetto a quelli caucasici; indicazione poi smentita dal comportamento concretamente tenuto negli anni successivi”.²⁴

5.2. *Trasparenza e riserva di legge*

L’ingresso degli algoritmi nella struttura della decisione giudiziale – e più in generale, nella definizione della stessa area di “penalità materiale” – profila inoltre un problema di rispetto del principio democratico e di trasparenza con ricadute sensibili anche sulla tenuta del principio di riserva di legge (art. 25/2 Cost.), visto che l’algoritmo si affianca ed integra le legge, secondo il principio “*code is law*”.²⁵

zazione *ProPublica* ha sostenuto che esso sarebbe “*biased against black*”, posto che lo stesso valorizza alcuni fattori dinamici strettamente correlati alla razza: v. J. ANGWIN-J. LARSON-S. MATTU-L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in www.propublica.org, 23 maggio 2016; al riguardo anche M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale*, cit., 5. *Amplius*, sul tema delle discriminazioni razziali nell’utilizzo di algoritmi nella giustizia penale, A.Z. HUQ, *Racial Equality in Algorithmic Criminal Justice*, in *Duke L.J.*, 2019, 1043 ss.

²³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, il Mulino, 2019, 424.

²⁴ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2019, 101 ss.

²⁵ È il titolo del saggio di L. LESSING, *Code is law. On liberty in cyberspace*, in *Harvard magazine*, 2000 (mutuiamo la citazione dal citato, recente saggio di F. SGUBBI).

Problemi tanto più cospicui posto che – si è autorevolmente evidenziato – “[l]’algoritmo tende a sostituire la legge. Al punto che il primato delle norme incriminatrici disposte dalla legge viene sostituito dalle norme che regolano l’applicazione del *software*: e ciò accade sia nel giudizio di fatto attinente alla individuazione di innocenza e colpevolezza dell’imputato, sia nel giudizio di diritto circa la definizione del confine fra lecito e illecito”.²⁶

5.3. Valutazioni statistiche, “diritto penale del fatto” e principio di personalità della responsabilità penale

Sempre sul piano sostanziale, ma con risvolti anche processuali, l’uso degli algoritmi profila una modifica della cornice culturale di riferimento, rispetto ai canoni tradizionali della materialità e dell’offensività del reato, e della personalità della responsabilità penale: infatti, proiettando la valutazione del singolo caso sullo sfondo di generalizzazioni statistiche in funzione predittiva, allontana la valutazione dal *fatto*, e mette in primo piano l’autore, secondo processi di standardizzazione che prospettano una riedizione postmoderna del “tipo criminologico di autore” (*Tätertyp*).

In questa prospettiva, si è subito ammonito che “occorre evitare il rischio che attraverso questi strumenti si apra la strada a una forma inaccettabile di determinismo penale, per cui dal diritto penale del fatto – sancito dall’art. 25, comma 2, Cost. – si passi a una inaccettabile diritto penale del profilo d’autore, nel quale la pericolosità di un soggetto viene desunta esclusivamente dagli schemi comportamentali e dalle decisioni assunte in una determinata comunità del passato”, che del resto “sarebbe contrario al principio di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, desumibile dall’art. 27, commi 1 e 3, Cost., nonché, del canone di individualizzazione del trattamento cautelare, ricavabile dagli artt. 13 e 27, comma 2, Cost.”.²⁷

5.4. Giusto processo e tutela del diritto di difesa

Parallelamente, non meno significativi e rilevanti i rapporti di tensione che si avvertono nella prospettiva del “giusto processo” e del rispetto del diritto di difesa, così come del diritto ad un ricorso effettivo,²⁸ specie

²⁶ Così ancora F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 41.

²⁷ M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale*, cit., 21.

²⁸ In questa prospettiva, v. ora G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a deci-*

nella prospettiva tradizionale che – come accennato in apertura – affida i valori in gioco ad una decisione umana, accessibile e controllabile, e maturata “nel crepuscolo del dubbio”.²⁹

Sotto un primo profilo, in parte speculare al precedente, si pone il problema – già emerso al cospetto del citato caso *Loomis* – della *controllabilità* dell'algoritmo, dove la possibilità di falsificare il dato elaborato da un algoritmo sta e cade – ad esempio – con la possibilità di accedere al codice sorgente che lo governa; aspetti in ordine ai quali vi è il rischio che le esigenze di tutela del segreto commerciale del programma informatico³⁰ finiscano col creare un “buco nero giuridico” – un *legal black hole* – e che lo strumento digitale predittivo diventi copertura di una “decisione al buio”³¹.

In altri termini, il rischio è che la pronuncia guidata dal *software* predittivo sottenda una sorta di “*black box decision*”, che potrebbe essere paragonata – sotto certi aspetti – ad una decisione priva di motivazione o con motivazione meramente apparente (in contrasto con l'art. 24 Cost. e con l'art. 111/6 Cost.),³² o – peggio – ad una decisione presa nel segreto, in un contesto di asimmetria informativa (*knowledge impairment*) difficilmente compatibile con l'idea stessa di *fair trial* e con il rispetto del diritto di difesa, posto che il corollario della *equality of arms* – secondo la giurisprudenza della Corte EDU – trova la sua fondamentale essenza proprio nella facoltà di contestare e criticare le prove contrarie,³³ e il

dere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo, cit., 620.

29 Da questa angolatura, con un grandangolo aperto a diversi ed ulteriori problemi, v. ora le riflessioni di M. CAIANIELLO, *Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 27 (2019), 265 ss.

30 Sul prorompere sulla scena della giustizia penale del tema dell'innovazione e delle politiche in materia di tutela del segreto commerciale, cfr. N. RAM, *Innovating Criminal Justice*, in *Nw. U. L. Rev.*, 2018, 659 ss.

31 Si veda, nella dottrina statunitense, A.G. FERGUSON, *Illuminating Black Data Policing*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2018, 503 ss.; S.B. STARR, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, in *Stan.L. Rev.*, 2014, 803 ss.

32 Ma nella prospettiva convenzionale della lesione di un diritto ad un ricorso effettivo (art. 13 CEDU e art. 47/1 CDFUE) v. i documentati rilievi critici di G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, cit., 620.

33 V. ad es. il *leading case* Corte EDU, 28 agosto 1991, *Brandstetter c. Austria*, ove la Corte ha affermato che è necessario che ciascuna parte abbia effettiva conoscenza

suo rispetto implica che all'imputato sia stata data "the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use".³⁴

E quanto oggi sia avvertito il problema della falsificabilità del sapere tecnico introdotto nel processo penale è testimoniato – *mutatis mutandis* – dal cammino evolutivo della prova scientifica e dal definitivo abbandono della concezione veritativa della perizia: un percorso anche di recente confermato, ed ulteriormente chiarito, dalla giurisprudenza di legittimità nella sua composizione più autorevole, evidenziando "il ruolo decisivo, che, nell'ambito della dialettica processuale, assume il contraddittorio orale attraverso il quale si verifica, nel dibattimento, l'attendibilità del perito, l'affidabilità del metodo scientifico utilizzato, e la sua corretta applicazione alla concreta fattispecie processuale [...], operazioni tutte che consentono anche di distinguere le irrilevanti o false opinioni del perito (cd. *junk science*) dai pareri motivati sulla base di leggi e metodiche scientificamente sperimentate ed accreditate dalla comunità scientifica".³⁵

Sotto un secondo ma strettamente connesso profilo, il problema è quello dell'*affidabilità* dell'algoritmo, ossia della possibilità di adottare/accettare generalizzazioni su basi statistiche per decidere il singolo caso: l'uso degli algoritmi può infatti ingenerare effetti di sovrastima e/o rischi di "falsi positivi", e la loro scientificità e/o l'accuratezza di un "enigmatico database" o di un dato generato da un determinato processo computazionale dovrebbe essere fatta oggetto di valutazione peritale – non diver-

delle allegazioni e delle argomentazioni della controparte e che fruisca della concreta possibilità di contestarle e falsificarle, precisando che "An indirect and purely hypothetical possibility for an accused to comment on prosecution argument" non soddisfa il parametro convenzionale (§ 68); muovendo da questa decisione, per analizzare i problemi di opacità degli algoritmi e le connesse violazioni del diritto di difesa, v. ancora S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rev. Italo-Española Der. Proc.*, vol. 2/2019, in ptc. 11 ss., 13 ss.

³⁴ Così la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*, § 90.

³⁵ Così, sulla traccia delle (menzionate) sentenze *Cozzini* e *Cantore* – oltre che del *leading case Franzese* – la recente SS.UU., 28 gennaio-2 aprile 2019, Pavan, sulla quale v. il commento – non privo di accenti critici – di C. BONZANO, *Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma: il contraddittorio per la prova spazza via la neutralità della perizia*, in *DPP*, 2019, 822 ss.; al riguardo, v. anche C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, in *DPP*, 2019, 848 ss., 860 ss.

samente da ogni acquisizione scientifica che entri nel processo penale³⁶ –, e comunque essere discussa in contraddittorio nella sua fondatezza empirica, a pena di una evidente violazione – anche in questo caso – del diritto di difesa.³⁷

Entrambi i profili accennati evocano problematiche analoghe a quelle a cui è esposta la *prova digitale*, che qui soffrono un ulteriore aggravio dovuto al fatto che nel caso del *software* predittivo deve aversi cura di tenere concettualmente distinti ed analizzare singolarmente diversi profili: “quello della dimensione algoritmica della decisione (codificazione che trasforma un *input* in un certo *output*); quello della sua natura automatizzata; quello della validità scientifica della teoria; quello della sua tradizione in linguaggio digitale”.³⁸

Tutti aspetti e problemi che diventano forse insondabili “se il modello computazionale si basa su meccanismi di autoapprendimento, che portano il *software* a ricavare le regole [...] non da un diagramma ad albero impostato dall’esperto, ma dall’immagazzinamento di grandi quantità di dati che gli vengono somministrati”, giacché “lo stesso *designer* non è in grado di spiegare compiutamente e, quindi, di giustificare, gli *output* del modello stesso”.³⁹

Sotto un terzo profilo, analogamente correlato ai precedenti, emerge il problema della stessa *fruibilità* dell’algoritmo nel contesto del processo penale, e dei suoi peculiari criteri di giudizio, al di là degli ostacoli –

36 Ma sul punto, con ulteriori distinzioni, v. ancora S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., 1752, a margine del citato caso *Loomis*.

37 È ciò che sembra richiedere, ancora, la Corte EDU, Grande Camera, 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*, cit., § 90, quando sottolinea che “[i]n addition the quality of the evidence must be taken in consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy”; e ciò, pur valutando la violazione dell’art. 6 § 1 CEDU alla luce dell’equità del procedimento nel suo complesso.

38 Così, puntualmente, S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., 1758; in ordine al problema della potenziale impossibilità di contestare l’accuratezza di una prova generata automaticamente, in assenza di una sufficiente *discovery* del modello computazionale utilizzato, v. anche U. PAGALLO-S. QUATTROCOLO, *The Impact of AI on Criminal Law and its two fold procedures*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edgar Elgar, 2018, 395 ss.; S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 17 ss.

39 Ancora S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., 1759, sulla traccia di J. BURREL, *How machines think: Understanding opacity in machine-learning algorithms*, in *Big Data and Society*, 2016, vol. 1, 1 ss.

forse non insuperabili – frapposti dal divieto di perizia criminologica stabilito dall'art. 220 c.p.p. e dall'uso degli algoritmi predittivi in chiave di valutazione della pericolosità.⁴⁰

Ci si riferisce, in particolare, alle difficoltà – sul piano cognitivo e del *facts-finding* – di conciliare il criterio probatorio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” – la clausola BARD – con l'utilizzo di un *software*, in seno al quale *solo apparentemente* l'algoritmo fornisce maggior certezza.⁴¹ Basti pensare al rischio di affidare l'accertamento causale – ben oltre l'apporto che si vorrebbe trarre dall'epidemiologia – a correlazioni basate su dati statistici recepite e poste a base, appunto, degli algoritmi: dove giustamente si è evidenziato che “*Even with masses of data, there is no automathic tehnhique for turning correlation into causation*”.⁴²

5.5. Analisi algoritmica dei dati e diritto al silenzio dell'imputato

C'è poi un ulteriore profilo del diritto di difesa – forse meno indagato,⁴³ che sembra meritevole di considerazione: ci si riferisce alle frizioni che l'utilizzo di alcuni dati soggettivi – desunti attraverso una ricerca guidata da algoritmi – può determinare rispetto alla garanzia del *nemo tenetur se detegere*, ossia al diritto dell'imputato di difendersi tacendo: garanzia secolare che, come si sa, è oggetto di un rinnovato vigore nella prospettiva costituzionale e sovranazionale.⁴⁴

40 Al riguardo, per ulteriori approfondimenti, v. ancora S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., 1761 ss.

41 Sull'approccio fideistico nei confronti del risultato fornito dagli strumenti di AI, spesso, da taluno definito *data fundamentalism*, v. in particolare K. CRAWFORD, *The hidden biases in Big Data*, in *Harward Business Review Blog Network*, 1 aprile 2013, in <https://hbr.org/2013/04/the-hidden-biases-in-big-data>

42 D.J. SPIEGELHALTER, *The Future lies in Uncertainty*, in *Science*, 2014, vol. 435, 264.

43 Si veda sul punto, con riferimento all'ordinamento statunitense, C. DESKUS, *Fifth Amendment Limitations on Criminal Algorithmic Decision-Making*, in *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y*, 2018, 237 ss.

44 Ossia il «diritto al silenzio», «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» (ordinanze n. 202 del 2004, n. 485 e n. 291 del 2002), che «garantisce all'imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini»: diritto appunto ritenuto dalla Corte «implicito» nell'art. 24, comma secondo, Cost., così come nell'art. 6 CEDU e negli artt. 47 e 48 CDFUE (ed esplicitato solo nell'art. 14 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*), ed in ogni caso oggetto di un autentico «concorso di rimedi» che hanno indotto la Corte costituzionale – dopo aver chiarito che tale diritto appartiene «al novero dei diritti inalienabili della persona umana [...], che caratterizzano l'identità costituzionale italiana» – a disporre

Basti pensare – spigolando tra le voci considerate da alcuni *software* come COMPAS – all'uso di dati riferibili ad abitudini di vita, “instabilità residenziale”, tendenze sessuali, gusti commerciali, “modo di utilizzo del tempo libero”, ovvero a fatti pregressi privi di rilievo penale (come il “pensiero pro-criminale”), etc., tutti dati eventualmente acquisibili mediante ricerche informatiche e – nel caso – fruibili per la valutazione prognostica sulla pericolosità, o a fini analoghi, con una nuova forma di indagine retrospettiva e grandangolare che – ben oltre il perimetro chiuso e formalizzato dei precedenti penali, e superando persino il “vecchio arnese” dei pregiudizi di polizia – consente una nuova “profilazione personologica” straordinariamente invasiva, e condotta – per così dire – “*invito domino*”, a tutto scapito del diritto al silenzio del soggetto.⁴⁵

E si può ulteriormente apprezzare il tono costituzionale del problema se lo si misura anche – ed ancora – nella prospettiva dell'art. 111, comma 4, Cost. (secondo il quale – come noto – “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”), e della norma che ne dà attuazione, ossia l'art. 526 c.p.p., in base al quale “il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento” (salvo appunto consenso dell'imputato: art. 111, comma 5, Cost.).

Senza contare problematiche, più generali, di tutela – non solo della riservatezza – in ordine ai dati personali utilizzati,⁴⁶ elaborati e profilati

un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con la recente ordinanza n. 117 del 2019, per sollecitare alcuni chiarimenti interpretativi, domandandole – in sostanza – se tale diritto si applichi, oltre che nei procedimenti penali, anche nelle audizioni personali disposte dalla CONSOB nell'ambito della propria attività di vigilanza, che può preludere all'instaurazione di procedimenti sanzionatori di natura “punitiva” nei confronti di chi sia individuato come autore di un illecito (non senza evidenziare che la posizione della giurisprudenza della Corte di giustizia «non appare a questa Corte compiutamente in linea con la [...] giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che pare invece riconoscere una estensione ben maggiore al diritto al silenzio dell'incolpato, anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura “punitiva”»).

Per una ulteriore valorizzazione del principio, in fase esecutiva, v. ora anche la sentenza n. 253 del 2019.

45 Per analoghe criticità poste dall'utilizzo di alcuni test neuroscientifici nel processo penale, per verificare l'attendibilità di testimoni, vittime e imputati, cfr. ancora M. CAIANIELLO, *Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development*, cit., 280 ss.

46 Al riguardo, per un inquadramento generale dei problemi, v. ad es. G. FINOC-

nel *software* per alimentare il processo computazionale e l'esito predittivo (problemi oggetto di particolare attenzione in sede sovranazionale);⁴⁷ e in ordine, più in generale, al controllo sui *Big Data* utilizzabili, in mano a pochi nuovi "Leviatani".⁴⁸

6. Riflessioni conclusive: l'algoritmo come supporto alla decisione giudiziale

Questi problemi, certo, non devono apparire una chiusura radicale all'utilizzo dell'AI e degli algoritmi in materia penale, perché sarebbe irragionevole – oltre che antistorico – rinunciare alle componenti positive che lo sviluppo tecnologico offre al sistema penale: non c'è dubbio, infatti, che "[...] l'ausilio della nuova tecnologia digitale, di *software* informatici e algoritmi predittivi sull'esito delle controversie, o [...] l'apporto della robotica e della logica dell'intelligenza artificiale, possono certamente contribuire alla correzione dell'utilizzo improprio di euristiche fuorvianti",⁴⁹ ossia delle procedure semplificate (*heuristic*) e gli automatismi fuorvianti (*biases*) che spesso condizionano, in concreto, le decisioni giudiziali, e della "razionalità limitata" – "*fast and frugal*" – che le caratterizza.

Alcune rilevazioni empiriche, d'altronde, segnalano la proficuità di un impiego degli algoritmi come ausilio e riscontro rispetto alla decisione giudiziale: così, ad esempio, "[...] uno studio pubblicato nell'agosto del 2017, condotto sull'analisi retrospettiva di oltre 758.000 casi di decisioni relative al rilascio su cauzione adottate fra il 2008 e il 2013 nel distretto di New York, ha dimostrato come l'utilizzo di algoritmi avrebbe potuto permettere la riduzione dell'indice di criminalità del 24.7 % mantenendo inalterato il tasso di detenzione. Altrimenti avrebbe potuto condurre ad una riduzione del 41.9% del tasso di carcerazione senza per questo

CHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur.it.*, 2019, 1670 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti alla recente normativa UE, anche con riguardo al "diritto di spiegazione" in ordine a "decisioni autonomizzate", ed al problema della "qualità dei dati".

47 Sui profili di contrasto con l'art. 8 CEDU v. ancora S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 5 ss.

48 Cfr. ancora C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 101 ss.

49 R. RUMIATI-C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., 11.

aumentare i livelli di criminalità”; ed al riguardo si è evidenziato che “[...] una conseguenza sull’uso degli algoritmi, sulla base di una impostazione basata su “*constructing unbiased decision counterfactuals*”, sarebbe stata anche una riduzione delle disparità di trattamento legate all’origine razziale delle persone coinvolte”.⁵⁰

L’orizzonte, dunque, dovrebbe essere quello che – confermando il perentorio divieto di una decisione basata *unicamente* su trattamenti automatizzati⁵¹ – ammetta una funzione *solo* tutoria dell’algoritmo per limitare la fallibilità della decisione giudiziale, nel quadro di una collaborazione uomo-macchina.

Così, con riferimento all’utilizzo di algoritmi predittivi in ordine al giudizio di pericolosità o recidiva, si è ipotizzato di assegnare all’*output* prodotto dall’IA valenza di *mero indizio*, bisognoso di essere sempre corroborato con altri elementi di prova;⁵² ma può essere anche plausibile ipotizzare – simmetricamente – l’apporto argomentativo offerto dai *software* predittivi come strumento di *double check*, a valle dunque della valutazione del giudice.

In questa precipua prospettiva, in altri termini, si potrebbe prevedere un percorso dove l’algoritmo possa essere impiegato come strumento di ve-

50 C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 105.

51 Divieto già da tempo fissato in sede europea, e ribadito dall’art. 22 del Regolamento (UE) n. 2016/679, prevedendo che “l’interessato ha il diritto a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona” (primo comma); diritto aperto, tuttavia, a deroghe e limitazioni (art. 22, comma secondo, e 23, Reg. citi.): al riguardo, v. ancora G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, cit., 1674 s.; ma sul punto, anche per taluni accenti critici, v. ancora M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale*, cit., 16 ss.

52 M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale*, cit., 17 s., rilevando – anche alla luce di una peculiare interpretazione della normativa UE di riferimento – che “l’interessato ha diritto a che sul suo *status* si pronuncino un giudice in carne ed ossa, che dovrà tener conto *anche* di elementi di prova ulteriori rispetto all’*output* del *risk assessment tool*”, traendone la conseguenza che “[n]on vi è spazio dunque in Europa per uno scenario analogo a quello della California e del Kentucky”.

Anche secondo la Suprema Corte del Wisconsin, nel caso *Loomis*, del resto, il programma COMPAS – pur riconosciuto utilizzabile – “should always constitute merely one tool available to a Court, that need to be confirmed by “additional sound informations”” (*Loomis v. Wisconsin*, July 13, 2016): v. sul punto, da ultimo, M. CAIANIELLO, *Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development*, cit., 283 ss.

rifica della scelta operata dal giudice, e di confronto con l'esito offerto da una valutazione informatizzata e verificata attraverso i dati; e ipotizzare un obbligo di motivazione rafforzata – sulla traccia di quello via via emerso al cospetto della prova scientifica, a partire dalla sentenza Cozzini,⁵³ nella giurisprudenza della Cassazione⁵⁴ – nel caso in cui, ad esempio, il giudice che ha ritenuto pericoloso/a rischio recidiva un soggetto mediante una valutazione che l'algoritmo smentisce, sia costretto a confutare con argomentazioni di “efficacia scardinante” o di “forza persuasiva superiore”⁵⁵ questa *second opinion* “artificiale” – valevole almeno a far sorgere un “ragionevole dubbio” – ove voglia confermare il giudizio prognostico negativo.⁵⁶

Nel caso inverso, ove una valutazione predittiva positiva del giudice sia smentita dall'algoritmo, il *focus* della analisi giudiziale – prima di attribuirle credito – dovrebbe concentrarsi sulla “scientificità” dell'algoritmo, sino ad affermare “che esso risponde ai canoni di verificabilità della prova scientifica, avuto riguardo ai principi della controllabilità, della falsificabilità e della verificabilità della teoria posta a fondamento della prova”,⁵⁷ ed eventualmente confrontare l'esito predittivo con quello offerto da altro e diverso *software* (anche se, ove volesse confermare la prognosi di non pericolosità, potrebbe essere non implausibile considerare *non* strettamente necessaria una motivazione rafforzata, in base all'*in dubio pro libertate*).

53 Sulla quale, tra gli altri, v. P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *DPP*, 2011, 1345 ss.; più di recente, R. BLAIOTTA-G. CARLIZZI, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio-L. Luparia, cit., 367 ss.; G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2017, 28 ss.

54 Per una istruttiva disamina, cfr. C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il “discorso sul metodo”*, cit., 853 ss.; più in generale, sull'evoluzione dell'approccio al problema, v. il suggestivo affresco di G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, cit., 3 ss.

55 Torna sul tema della motivazione rafforzata, di recente, M. CECCHI, *La “motivazione rafforzata” del provvedimento ovvero la “forza persuasiva superiore”*, in *DPP*, 2019, 1123 ss.

56 Dovendo dunque assolvere l'obbligo – per parafrasare la nota sentenza della SS.UU., *Mannino* – di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento, e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti a sostegno della diversa valutazione predittiva operata dal *software*.

57 Cfr. Cass., sez. I, 23 novembre 2018, B., est. S. Aprile, sul caso di Yara Gambirasio: al riguardo, v. ancora C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale*, cit., 853 ss.

L'aggravio dell'attività giudiziale sarebbe, del resto, controbilanciato dal guadagno in punto di affidabilità della stessa, e l'intervento umano corredato da questo peculiare onere motivazionale – al cospetto di una decisione *algorithm based* – potrebbe ridurre la frizione con le garanzie dell'equo processo e con il diritto ad un ricorso effettivo.⁵⁸

In ogni caso, la valutazione del giudice resterebbe doverosamente centrale, specie quando ha ad oggetto la personalità dell'imputato, come del resto indicato dalla Corte costituzionale quando nell'indagare la *ratio* del divieto di perizia criminologica (art. 220, comma secondo, c.p.p.) vi ha scorto (anche) la preoccupazione “che lo studio della personalità dell'imputato possa venire compiuto *solo da chi abbia presente anche il carattere afflittivo e intimidatorio della pena*”.⁵⁹

In definitiva, anche nella prospettiva dei rapporti tra AI e diritto penale va considerata con sorvegliata attenzione la posizione di chi sostiene che “alcune qualità umane non potranno mai essere sostituite da componenti artificiali: si tratta, a seconda delle impostazioni, dell'immaginazione; della capacità di dare vita a processi creativi; della coscienza, intesa secondo la teoria dell'informazione integrata; di creatività, emozioni e ispirazione, frutto dell'azione degli ormoni. E anche il beneficio del dubbio, con il correlato senso di curiosità, e la sana consapevolezza di sapere di non sapere sono caratteristiche che contraddistinguono l'umano e la sua ricerca di senso, le quali mal si attagliano ai ragionamenti dell'AI”.⁶⁰

58 Ma sul punto v. però i dubbi di G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo* cit., 630, secondo i quali “[...] la mera previsione di un successivo intervento umano non sembra sufficiente a garantire un rimedio effettivo, specialmente alla luce dei parametri di “effettività” utilizzati dalle due Corti europee”.

Tali AA. sarebbero, viceversa, favorevoli a un *double check* sempre mediante uno strumento di AI (secondo un metodo già invalso in altri settori *safety critical*, come l'aviazione), avendo cura di precisare che “[n]on sarebbe sufficiente che entrambi i sistemi siano certificati e validati per l'utilizzo nel processo penale; per garantire un rimedio effettivo, questi dovrebbero anche essere progettati e sviluppati da produttori diversi”, garantendo una diversità di approccio – secondo il c.d. *redundancy approach* – “che potrebbe essere ottenuta adottando approcci alternativi nello sviluppo degli algoritmi, impiegando diversi team di programmatori e selezionando diversi componenti *hardware* e *software*”.

59 Così la sentenza n. 124 del 1970 (corsivi nostri), giustamente richiamata, ancora, da M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 22.

60 Così ancora C. CASONATO, *Intelligenza artificiale*, cit., 124, che su queste basi

Si avvertono con inquietudine – conclusivamente – lo *shock* epistemologico ed antropologico ed i rischi che sarebbe chiamato ad affrontare un sistema di giustizia penale che progetti di sostituire con i prodigi dell'AI la componente umana dello *ius dicere*, sino a prefigurare una “rivoluzione numerica” dove si possa abbandonare la “liturgia della parola” e “decidere senza giudicare”,⁶¹ e uno scenario dove la tecnologia – liberata dal fattore umano – diviene tecnocrazia: rischi di fronte ai quali appare preferibile conservare un modello che – senza rinunciare ai correttivi offerti dal progresso tecnologico – continui a perseguire l'obiettivo di una “giustizia giusta”, rispetto all'utopia *legaltech* di una “giustizia esatta”.

giunge ad affermare il *diritto di conoscere la natura umana o artificiale dell'interlocutore* e, soprattutto, il *diritto ad una decisione umana*; in una prospettiva non distante, v. ancora le preoccupazioni di M. CAIANIELLO, *Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development*, cit., 288 ss.

61 Al riguardo, v. anche le perplessità di C. CASONATO, *Intelligenza artificiale*, cit., 118 ss.

**ESISTE UN DIRITTO A MORIRE?
RIFLESSIONI TRA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E CORTE
COSTITUZIONALE TEDESCA: L'INFLUENZA DELLE DIVERSE
"CONCEZIONI DEL MONDO" (*)**

Adelmo Manna

1. Lo sviluppo dell'approccio della Corte costituzionale italiana tra l'ordinanza, lo iato del Parlamento e la sentenza.

È una questione di vita e di morte quella vissuta da Fabiano Antoniani - noto ai più come dj Fabo - e da Marco Cappato, tesoriere dell'Associazione Luca Coscioni, protagonisti di una amara storia come tante che, tuttavia, ha avuto la capacità di far venire a galla le falle del sistema penale italiano in tema di aiuto al suicidio.

La vicenda, pur essendo stata per lungo tempo sotto la luce dei riflettori dei *mass media*, merita di essere ricordata.

Antoniani, a seguito di un incidente automobilistico, avvenuto nel giugno 2014, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale. La sua autonomia era del tutto compromessa, sotto il profilo sia respiratorio, dovendo (egli) dipendere da un respiratore artificiale, seppur non in via perenne, che alimentare, avendo una grave forma di disfagia: ad aggravare un quadro clinico già compromesso, vi erano frequenti spasmi, nonché intense contrazioni che gli procuravano acute sofferenze. Dopo infruttuosi ricoveri, cure e tentativi riabilitativi, nonché dopo l'insuccesso di un trapianto di cellule staminali per cui si era recato in India, l'Antoniani, *pienamente cosciente del suo calvario*, comunicava ai suoi familiari e alla sua fidanzata la decisione di porre termine alla propria vita, ricorrendo al suicidio assistito. Da qui l'incontro con l'organizzazione svizzera "*Dignitas*" e con l'associazione Luca Coscioni nella persona di Marco Cappato, il quale, dopo aver fornito ad Antoniani le informazioni necessarie per eseguire il da farsi, lo accompagnava con l'auto in Svizzera, presso la struttura clinica, dove, il 27 febbraio 2017, dj Fabo moriva.

Una volta rientrato in Italia, Cappato decideva di autodenunciarsi, dando origine nei suoi confronti ad un procedimento penale di fronte alla Corte d'assise di Milano sia per istigazione che per aiuto al suicidio, entrambi previsti dall'art. 580 c.p.: se per la prima imputazione si è avuta un'immediata assoluzione, viceversa, per la seconda l'*iter* processuale è stato particolarmente complesso.

L'attenzione dei giudici milanesi è stata rivolta, in particolare, all'esatta individuazione del bene giuridico tutelato dalla disposizione codicistica, mettendo in risalto il bisogno di osservare, con uno sguardo costituzionalmente orientato, il diritto alla vita, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 Cost., riconoscendo, pertanto, la necessità di assicurare una maggiore linfa vitale alla libertà di autodeterminazione del singolo.

Le condivisibili ed apprezzabili argomentazioni della Corte meneghina sono, inevitabilmente, confluite nella proposizione di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 580 c.p., precisamente la condotta di aiuto al suicidio nella parte in cui prescinde dal contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, comma 1, e 117 Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea Diritti dell'Uomo"; b) laddove "prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost."¹.

In particolare, il Tribunale di Milano ha posto come *file rouge* della propria ordinanza il principio secondo cui il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale, nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente.

1 (*) Trattasi dell'ampliamento, anche con ulteriori considerazioni tra giurisprudenze costituzionali e "concezioni del mondo", di un saggio già apparso su *disCrimen*, 26 marzo 2020.

Corte d'assise di Milano, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1; per un approfondimento sul percorso giudiziario che ha condotto sino all'intervento della Corte costituzionale, cfr. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 luglio 2018.

Per l'occasione, la Corte costituzionale ha adottato un modello decisorio del tutto inedito nel panorama giurisprudenziale italiano, inaugurando la strada della c.d. "incostituzionalità differita"². Entrando nel merito, l'ordinanza n. 207 del 2018³, non condividendo in via assoluta le argomentazioni sostenute dal *giudice a quo*, ha ristretto il perimetro della questione, riformulando il *petitum* ad essa rivolto. Nel dettaglio, i giudici costituzionali hanno ricondotto il contrasto costituzionale in una dimensione più ristretta, ossia nell'ambito esclusivo del diritto a rifiutare le cure *ex art. 32 Cost.*, plasmando la decisione sul caso concreto.

Una volta ridefinito il parametro su cui fondare l'illegittimità della fattispecie incriminatrice, la Consulta *ha riconosciuto, ma non dichiarato*, l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p., nella parte in cui punisce chi agevola il suicidio del malato che, in piena libertà e consapevolezza, decide di rifiutare terapie mediche che gli provocano sofferenze fisiche o morali, e che reputa contrarie al suo senso di dignità. Sperimentando una tecnica decisoria fino ad allora mai praticata, al contrario di altri ordinamenti giuridici, quali quello inglese e canadese, la Corte costituzionale ha omesso di dichiarare formalmente l'incostituzionalità ai sensi dell'art. 136 Cost. e ha disposto il rinvio del giudizio al 24 settembre 2019, invitando il legislatore ad intervenire *medio tempore*, al fine di colmare il vuoto di tutela.

La peculiarità della decisione è confermata anche dalla circostanza per cui il deposito dell'ordinanza è stato preceduto *illo tempore* dalla pubblicazione di due comunicati dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale, intitolati, rispettivamente, "Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli", e "Punibilità dell'aiuto al suicidio: al legislatore la disciplina dei limiti. Le indicazioni della Corte". L'ordinanza, infatti, non si è limitata ad inviare, eccezionalmente, la questione al Parlamento, ma, per incentivare il potere legislativo a definire le modalità e le condizioni di esercizio del diritto a ricevere un trattamento di

2 Nell'ambito della dottrina costituzionale, non sono mancate opinioni critiche nei confronti dell'inedita tecnica decisoria, come, ad esempio, A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *www.giurcost.it*, 20 novembre 2018, 571 ss., che ha definito l'ordinanza un "ircocervo costituzionale", "un ibrido *quoad formam* che è però in tutto e per tutto una sentenza (di accoglimento) *quoad substantiam*", manifestazione di "poteri di gestione del processo costituzionale, senza che peraltro ne risulti definita tanto la natura quanto la efficacia".

3 Per un approfondimento sull'ordinanza, cfr. FORNASARI, PICOTTI, VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019.

fine vita, ha suggerito delle linee guida, quali: a) l'ambito nel quale inserire l'auspicata regolamentazione volta a disciplinare le condizioni di attuazione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze attraverso la somministrazione di un farmaco, atto a provocare immediatamente la morte, facendo riferimento soprattutto alla legge n. 219 del 2017, riguardante le D.A.T. e, in particolare, la sedazione profonda; b) il collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura, delineandosi così il modello di una vera e propria giustificazione procedurale; c) l'introduzione di una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse, come quella oggetto del giudizio *a quo*, che della non punibilità procedurale non potrebbero altrimenti beneficiare; d) l'adozione di "opportune cautele affinché – nell'applicazione pratica della futura disciplina - l'opzione della somministrazione di farmaci, atti a provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente, non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a mettere il paziente nella concreta possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee ad eliminare la sua sofferenza".

Come è noto, il Parlamento non ha raccolto l'invito della Corte costituzionale che, sia detto per inciso, ha dato luogo ad una sorta di *non liquet* condizionato, appunto, ad una risposta legislativa, che, tuttavia, come era del resto prevedibile, non si è verificata.

La Corte costituzionale, a fronte del silenzio assordante da parte del Parlamento, durato quasi un anno, si è vista costretta a scendere nuovamente in campo per definire una questione che non poteva più essere rinviata.

2. La non punibilità dell'aiuto al suicidio solo in determinati casi e quindi l'evidente ricorso alla tesi della giustificazione procedimentale.

E così, dopo tanta e vana attesa, la Corte costituzionale⁴, dinanzi all'esigenza, sempre più tangibile, di approntare una soluzione ben visibile

4 Corte cost., sent. 25 settembre 2019, n. 242, (deposita il 22 novembre 2019), in *Arch. pen. (web)*, 2019. Per un approfondimento sulla sentenza cfr. DE FRANCESCO, GARGANI, NOTARO, VALLINI (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Atti del Convegno (Pisa 12 ottobre 2018), Torino, 2019, nonché F. GIUNTA, *L'insostenibile sofferenze del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 2422019)*, in *disCrimen*, 2019, n. 3, 201; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, *ivi*, 6 dicembre 2019.

agli occhi dei cittadini, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost., dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della Legge n. 219 del 2017 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), agevola l'esecuzione del proposito di suicidio.

In particolare, la Corte, invece di dichiarare l'illegittimità integrale dell'aiuto al suicidio, ha individuato un'area di non punibilità in presenza di precise condizioni, seguendo la strada della c.d. "giustificazione procedurale"⁵. La Consulta ha, infatti, affermato che la condotta di aiuto al suicidio del malato non è punibile, purché sussistano, contemporaneamente, quattro presupposti, così riassumibili: 1) il paziente deve essere affetto da una patologia irreversibile; 2) (tale patologia deve essere) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili; 3) il paziente deve essere tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale; 4) il malato deve risultare pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli⁶. Nella motivazione è stato, inoltre, specificato che

5 Per un approfondimento sul tema, cfr., per tutti, il lavoro monografico di Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018.

6 In ordine alla individuazione dei criteri in base ai quali considerare la scelta e la conseguente condotta suicidaria realmente autonoma e libera, cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in FORNASARI, PICOTTI, VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., 152-153, secondo il quale, in un'ottica laica e liberale, l'accertamento della volontarietà delle scelte deve porsi come priorità assoluta: lo stesso autore, tuttavia, riconosce l'estrema difficoltà di indagare la psiche nella condotta suicidaria. Proprio dalla impossibilità di condurre un accertamento che abbia ad oggetto una decisione libera, autonoma e responsabile, l'Autore ritiene comprensibile la scelta della Corte costituzionale italiana di essersi limitata a circoscrivere un'area di non punibilità nella fattispecie incriminatrice dell'aiuto al suicidio, attraverso l'individuazione di una determinata "condizione del corpo" che, a differenza del suicidio, - a detta dell'autore - può essere oggetto di verifica. Nel saggio, infatti, si sostiene che «Nei casi "tradizionali" di suicidio caratterizzato dalle "sofferenze dell'anima" [...] non sia possibile stabilire o tipizzare criteri sicuri, né identificare soggetti in grado di accertare la "genuinità" di una richiesta di assistenza al suicidio. Al contrario, nei casi descritti dalla Corte, il medico ha sicuramente le competenze per accertare la validità della richiesta di un paziente, il cui corpo malato e sofferente è tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale. Nella vasta gamma di ipotesi nelle quali, invece, la richiesta di assistenza al suicidio proviene da un malato gravemente sofferente per via di patologie che non richiedono trattamenti sanitari salvavita suscettibili di essere interrotti - e dunque da un paziente anche non morente né nella fase finale della sua esistenza - la questione si presenta estremamente complessa». La tesi, per quanto condivisibile nella parte in cui sostiene l'importanza e

la verifica sia sulle condizioni richieste, sia sulle modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio deve avvenire da parte di una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, sentito il parere del Comitato etico territorialmente competente. Da ultimo, rispetto alle condizioni già realizzate, è compito del giudice valutare la sussistenza di condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle indicate.

La Consulta ha così ritagliato l'oggetto della censura a quelle particolari situazioni in cui l'assistenza di terzi può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, ad un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, co. 2, Cost., anche attraverso la richiesta, vincolante per i terzi, di interruzione dei trattamenti di sostegno in atto e contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua o a terapie palliative, sulla base di quanto già desumibile dal combinato disposto della legge n. 219 del 2017 e della legge n. 38 del 2010.

Nel contempo, senza intaccare in alcun modo l'obiezione di coscienza del personale sanitario, per fronteggiare il pericolo di abusi per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità insite nella discrezionalità delle scelte sottese, la Corte si è preoccupata di limitare l'ambito del proprio

la necessità di una richiesta di aiuto al suicidio volontaria e consapevole, non convince per una serie di ragioni. Premettendo, infatti, l'estrema difficoltà di "scavare nell'anima" dell'individuo, al fine di individuare le caratteristiche qualitative e quantitative dell'elemento volontaristico, non si condivide l'assunto secondo cui sia più agevole per il medico procedere al concreto accertamento di una decisione libera solo nei confronti del malato che si trovi nella condizione indicata dalla Corte costituzionale e non anche del paziente affetto da patologie irreversibili, inguaribili o degenerative, fisicamente (parzialmente o totalmente) invalidanti, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari e percepite come intollerabili. In particolare, non si comprende perché mai dalla presenza delle tre condizioni oggettive indicate dalla Consulta – 1) il paziente deve essere affetto da una patologia irreversibile; 2) (tale patologia deve essere) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili; 3) il paziente deve essere tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale – discenda automaticamente la possibilità per il medico di verificare in concreto la sussistenza di una decisione libera e volontaria del malato, invece, nel caso in cui l'individuo non sia tenuto in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale il suddetto accertamento risulti particolarmente problematico, se non proprio precluso. La necessità di una richiesta di assistenza a morire libera e consapevole, pertanto, non può essere utilizzata come elemento per legittimare regimi di trattamento diversi. A sostegno di quanto si va affermando, basti pensare che la Corte Suprema olandese il 21 aprile 2020 ha deciso di riconoscere la possibilità di procedere con l'aiuto al suicidio anche nei confronti di pazienti affetti da *Alzheimer* (sulla sentenza, cfr. *postea* § 5).

intervento, circoscrivendo l'area della non punibilità al rispetto della procedura di cui alla stessa L. 219/2017 con riguardo sia alle modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, sia all'esigenza di coinvolgimento dell'interessato in un percorso di cure palliative.

Riassumendo: la decisione da parte di un individuo di porre fine alla propria vita attraverso l'aiuto di un terzo in tanto può dirsi legittima e ammissibile, in quanto venga accertata "la scriminante procedurale"⁷.

Appare, quindi, evidente che la Corte costituzionale, nella sua decisione, abbia utilizzato il modello già ricordato della c.d. "giustificazione procedurale", che risale ad una autorevole dottrina d'Oltralpe⁸. In realtà, a nostro avviso, la questione risulta ben più complessa, in quanto la suddetta tesi rimane in superficie, senza scavare nel profondo e, quindi, affrontare il significato delle condizioni di liceità, nel caso di specie, dell'aiuto al suicidio, rischiando, appunto, di risultare sostanzialmente di carattere descrittivo. Siamo, infatti, dell'avviso che, essendo sostanzialmente delegato al medico l'aiuto al suicidio non punibile, evidentemente si è di fronte a quello che viene definito un "conflitto di doveri" in capo al medico stesso, che consiste, da un lato, nel giuramento di Ippocrate, che integra l'obbligo di salvare la vita al paziente, ma, dall'altro, in quello, altrettanto rilevante, di lenire le sofferenze del paziente medesimo. Stando così la questione, a nostro giudizio, la giustificazione procedurale dalla parte del medico si risolve nello stato di necessità, inteso come scusante, proprio perché riguarda il conflitto di doveri ed è a fondamento della c.d. inesigibilità⁹.

⁷ M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in G. D'ALESSANDRO, O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, 2020; nonché in www.sistemapenale.it, 10 febbraio 2020, rileva che nella motivazione non compare mai esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, ma trattasi comunque di una scriminante procedurale, da cui è possibile dedurre di non essere in presenza di un diritto soggettivo pieno, ma di un diritto condizionato, autorizzato.

⁸ W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994, 731 ss.

⁹ Sia consentito il rinvio a A. MANNA, *La parziale non punibilità dell'aiuto al suicidio da parte della Corte costituzionale: il ricorso alla c.d. giustificazione procedurale*, in *Nel diritto*, 2020, 69-72.

3. La legislazione sull'eutanasia dell'Oregon, dell'Olanda e del Belgio.

La decisione della Corte costituzionale, pur rivestendo una notevole rilevanza per aver aperto un'importante breccia rispetto alla totale indisponibilità del bene della vita, mostra le sue fragilità se si pone mente alle legislazioni, invero assai rare, che hanno scelto di disciplinare direttamente il suicidio assistito. Si tratta dello Stato americano dell'Oregon, del Belgio e dell'Olanda¹⁰.

Partendo dal primo, il piccolo Stato sulla costa atlantica degli Stati Uniti vanta la più antica legislazione, ancora in vigore, che permette il suicidio assistito con assistenza medica. *L'Oregon Death with Dignity Act*¹¹, una legge di iniziativa popolare entrata in vigore nel 1997¹², prevede all'art. 2.01 che ogni persona sana di mente e residente nello Stato, affetta – secondo il parere indipendente di due medici – da una malattia terminale, possa ricevere una dose letale di medicinali per mettere fine alla sua vita umanamente e dignitosamente. Come antidoto contro possibili decisioni avventate, la legge richiede il rispetto di precisi requisiti procedurali: il passaggio di almeno 15 giorni tra la prima richiesta, a voce, da parte del paziente e quella definitiva¹³, da sottoscrivere alla presenza di due testimoni, uno dei quali non può essere né un parente

10 Sull'argomento, fondamentale il saggio di A. SPECIALE, *Come si muore all'estero*, in *MicroMega*, 2007, 1,

11 Il testo della legge è consultabile sul seguente sito: <https://www.oregon.gov/oha/ph/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Pages/ors.aspx>. Sia consentito sul punto il rinvio a A. MANNA, *Artt. 579-580 c.p. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio*, in ID (a cura di), *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Giappichelli, 2007, 70 ss.

12 La legge ha superato anche il vaglio di legittimità nella decisione della Corte Suprema USA, 2006, *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 nella quale la Corte ha sancito la legittimità di una precisa modalità di suicidio assistito, ossia della prescrizione medica per l'assunzione di un farmaco letale regolamentata dagli Stati. In particolare, la sentenza ha stabilito che le leggi federali non possono essere interpretate dallo *US Attorney General* nel senso di proibire l'assunzione di un farmaco, di per sé non proibito, anche al fine di praticare l'assistenza al suicidio che sia autorizzata a livello statale. Per un approfondimento sulla sentenza, cfr. L. GAUDINO, *Gonzales v. Oregon. La Corte Suprema degli Stati Uniti salva il Death with Dignity Act*, in *Giur. it.*, 2006, 1769.

13 Sul punto è da segnalare che il governatore dell'Oregon, Kate Brown, ha firmato un disegno di legge che elimina il periodo obbligatorio di 15 giorni di attesa prima di effettuare la pratica del suicidio assistito, così come riportato in un articolo di Steven Ertelt, *Oregon Gov. Signs Bill for People to Kill Themselves ASAP, Removes Waiting Period for Assisted Suicide*, in www.lifenews.com, 25 luglio 2019.

stretto, né tanto meno il medico di fiducia. Successivamente, il medico deve aspettare almeno 48 ore dalla richiesta scritta prima di prescrivere i medicinali letali, e al momento di farlo deve nuovamente accertare che si tratti di una scelta informata da parte del paziente. Spetta, poi, a quest'ultimo assumere la dose letale, poiché l'art. 3.14 della legge vieta l'eutanasia attiva da parte del medico o di parenti e amici del paziente¹⁴.

Diversa la strada percorsa dall'Olanda. Dalla depenalizzazione di fatto dell'eutanasia, sancita da una legge del 1994¹⁵, si è passati all'approvazione della legge n. 194 del 14 aprile 2001¹⁶, che ha sancito l'inclusione nel codice penale di una causa di non punibilità per il medico che, in osservanza di determinati "criteri di accuratezza", pratici l'interruzione della vita su richiesta o assista al suicidio. La peculiarità della normativa è riscontrabile nella parte in cui concede la possibilità di ricorrere all'interruzione della vita su richiesta anche ai minorenni tra i 12 e i 16 anni, a condizione che siano ritenuti capaci di ragionevole valutazione dei propri interessi e che i genitori siano d'accordo. Nello specifico, i criteri di accuratezza, elencati all'articolo 2, che il medico deve rispettare, per non incorrere nell'accusa delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 293 e 294 c.p., concernenti, rispettivamente, l'omicidio commesso su richiesta della vittima e l'aiuto al suicidio, sono: a) la convinzione che si tratti di una richiesta spontanea e ben ponderata da parte del paziente; b) una situazione di sofferenze insopportabili e senza prospettive di miglioramento; c) l'aver debitamente informato il paziente della sua situazione e delle sue prospettive; d) l'aver chiesto il parere indipendente

14 Sul punto, cfr. P. YATES MORETTI, *La legge dello Stato dell'Oregon sul suicidio assistito*, in *www.salute.aduc.it*, 14 marzo 2006.

15 Si tratta della legge intitolata "*Wet op de lijkbezorging*", adottata nel 1993 ed entrata in vigore il 1° giugno 1994, ha introdotto determinati criteri, precedentemente elaborati dalla giurisprudenza, per depenalizzare il reato. Nel dettaglio, perché ciò avvenga occorre che: la situazione medica sia disperata; che il malato si trovi necessariamente nella fase terminale; il malato sia afflitto da una sofferenza intollerabile, che non vi siano altre soluzioni; ci si trovi di fronte ad una decisione libera e cosciente del malato e ad una sua domanda reiterata di porre fine alle sofferenze. Per un approfondimento, cfr. H. TEN HATTE, *L'eutanasia in Olanda. Critiche e riserve*, in *Bioetica*, 1993, n. 2, 326 ss.

16 "*Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*", 12 aprile 2001 (Legge contenente le norme di valutazione per porre fine alla vita su richiesta e per l'aiuto al suicidio), nella cui premessa si dichiarava testualmente: "Abbiamo preso in considerazione che sarebbe desiderabile includere nel Codice penale una causa di non punibilità per il medico che mette fine alla vita o aiuta al suicidio a richiesta, rispettando in modo tassativo la legge e a questo scopo promulghiamo una legge contenente la procedura di avviso e di controllo».

di un altro medico¹⁷. Nel caso in cui il paziente non sia più in grado di manifestare la sua volontà, il medico può basarsi anche su di una dichiarazione scritta contenente una richiesta di interruzione di vita. Un dato rilevante è che, a differenza della disciplina dell'Oregon, non è richiesto che il paziente sia in condizioni terminali.

Il processo di accettazione da parte della società delle pratiche di fine vita è stato graduale ed è passato anche attraverso un doloroso riconoscimento di quanto il fenomeno fosse, prima di ogni intervento di carattere normativo, diffuso nella pratica medica e nella vita degli individui e delle famiglie.

Il medesimo passaggio dalla prassi alla teoria lo si sta seguendo nell'ambito dell'eutanasia neonatale, dove sono state elaborate linee-guida, all'interno del protocollo di Gröningen, che legittimano, appunto, la possibilità di praticare l'eutanasia per i neonati in presenza di una sofferenza insopportabile e disperata, diagnosticata e confermata da almeno un medico indipendente e che entrambi i genitori forniscano il loro consenso informato.

Il modello belga sull'eutanasia attiva si sovrappone, infine, in parte, a quello olandese. La legge approvata il 28 maggio 2002 all'art. 3 prevede: che il paziente debba essere maggiorenne o «minore emancipato» (ovvero di almeno 16 anni); che la domanda sia formulata in maniera volontaria, ponderata e ripetuta, senza l'influsso di pressioni esterne; e che nasca da una sofferenza fisica o psichica costante e insopportabile, senza possibilità di alleviamento, e conseguenza di una affezione accidentale o patologica grave e incurabile. È richiesto anche qui il parere di

17 Sull'argomento, cfr. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nelle recenti legislazioni di Danimarca, Olanda e Belgio*, in CANESTRARI, CIMBALO, PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto fra disciplina*, Giappichelli, 2003, 133 ss.; nonché VINCIGUERRA, RICCI ASCOLI, *Il diritto giurisprudenziale olandese in tema di eutanasia attiva e di suicidio assistito*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, CEDAM, 1997, 85 ss.; G. BONIFACIO, *L'eutanasia nei Paesi Bassi*, in FORNASARI, PICOTTI, VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., 77; G. FRAVOLINI, *La nuova normativa sulla eutanasia nei Paesi Bassi*, in *Aggiornamenti sociali*, 1994, 804; . RICCA, *Eutanasia, la legge olandese e commenti*, Claudiana, 2002, spec. 27 ss.; A. RICCI ASCOLI, *Un'analisi della recente legge olandese in tema di eutanasia e suicidio assistito*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2002, 331 ss.; P.J.P. TAK, *Eutanasia ed assistenza al suicidio nella nuova disciplina olandese*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2003, 221, spec. 226.

un secondo medico indipendente oltre a quello del medico curante e, nel caso che il decesso del paziente non venga ritenuto imminente, anche di un terzo medico. Diversamente da quanto avviene in Oregon, se il paziente è impossibilitato a redigere di suo pugno la richiesta di eutanasia, può chiedere a una persona di sua fiducia di farlo, alla presenza di un medico¹⁸.

La legge non ha legalizzato esplicitamente il suicidio assistito, in quanto deve essere sempre il medico a somministrare la dose letale, per iniezione o per via orale; tuttavia, l'assistenza al suicidio non è un crimine in sé nel sistema penale belga ed è perseguibile solo come omissione di soccorso.

Se, dunque, si assemblano le legislazioni singolarmente esaminate, si può concludere che tutte prevedono come condizioni di liceità: 1) una malattia assolutamente incurabile; 2) sofferenze fisiche o psichiche non altrimenti tollerabili; 3) il consenso libero ed autonomo del paziente. In particolare, anche in tali casi, la competenza è del medico, la cui decisione è successivamente controllata da un collegio di sanitari che, laddove riscontrino l'assenza di dette condizioni procedurali, sono obbligati ad inviare la loro relazione al Pubblico Ministero competente. Facendo un confronto con la sentenza italiana, è evidente come la Consulta abbia aggiunto per un'ipotesi sicuramente molto meno "grave", come l'aiuto al suicidio, rispetto all'eutanasia, un ulteriore requisito, cioè quello per cui il paziente deve essere tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale. Risulta chiaro che tale scelta è stata dettata dal fatto in concreto che ha condotto al giudizio della Corte stessa, ma a nostro parere, tale ulteriore condizione appare restringere in maniera irragionevole le ipotesi di non punibilità dell'aiuto al suicidio, perché, seguendo proprio la *ratio* del su ricordato conflitto di doveri, è evidente che esso possa verificarsi anche nelle ipotesi in cui il paziente sia affetto da una patologia irreversibile, che sia fonte di sofferenze fisiche e/o psicologiche intollerabili, ma che renda il paziente ancora libero ed autonomo di autodeterminarsi. Con ciò vogliamo significare che, pure in quest'ultimo caso, doveva essere ritenuto non punibile l'aiuto al suicidio, ma anche che, aggiungendo invece l'ulteriore requisito del trattamento di sostegno vitale, si rischia paradossalmente di ridurre le ipotesi in cui il paziente risulti ancora libero ed autonomo nel prestare il suo consenso.

¹⁸ Per un approfondimento sulla legge belga relativa all'eutanasia, cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, 2004, 265 ss.

Dai termini utilizzati dalla sentenza emerge, in definitiva, un approccio ancora fortemente “paternalistico”, in cui il bene della vita resta in linea generale indisponibile o perché appartenente al divino, in un’ottica religiosa, oppure perché appannaggio di uno Stato “etico”, nell’ambito del quale la persona è solo una sorta di usufruttaria di un diritto altrui¹⁹.

Escluso, dunque, il riferimento al diritto alla vita, sotto il profilo sia costituzionale che convenzionale, si è automaticamente escluso il riconoscimento di un diritto a morire, ovvero di un pieno diritto all’autodeterminazione individuale di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto in tal senso, da cui desumere una generale inoffensività della condotta agevolatoria.

2. La Corte costituzionale tedesca e il diritto a morire senza limiti.

È una curiosa coincidenza quella per cui sia la Corte costituzionale italiana che quella tedesca siano state impegnate, nel medesimo arco temporale, ad esprimersi in ordine alla legittimità dell’aiuto prestato a favore di chi abbia liberamente e coscientemente deciso di porre fine alla propria vita. Nonostante la tematica fosse la medesima, diversi sono stati i punti di partenza, i percorsi, le prospettive e le soluzioni adottate dai due organi giurisdizionali.

Dopo aver esaminato la posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 242 del 2019, l’occasione è funzionale ad esaminare “l’altro” punto di vista, ossia quello del *Bundesverfassungsgericht*, al fine non solo di aprire l’orizzonte attraverso il confronto, ma anche di prendere coscienza di come sia ancora lungo e tortuoso il tragitto per

¹⁹ In tal senso, cfr. T. PADOVANI, *Dovere di vivere e aiuto al suicidio: un sintagma*, in *www.biodiritto.org*, 7, secondo cui far discendere dal dovere di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. l’indisponibilità del diritto alla vita significherebbe sostenere la degradazione di tale situazione giuridica in «una sorta di diritto personale di godimento su un bene (la vita, appunto)», la cui titolarità spetta sì alla persona, «ma si riferisce, per l’appunto, al mantenimento del bene-vita, non alla sua soppressione. In questo modo [...] non sono più titolare di un diritto alla vita, ma soltanto di un interesse legittimo a vivere»; dello stesso v. anche ID., *Note in tema di suicidio ed aiuto al suicidio*, in AAVV., *La tutela della persona umana, etc., cit.*, 139 ss.; nonché A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223; in senso conforme ad una concezione favorevole alla disponibilità del bene della vita, cfr. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell’eutanasia volontaria*, Milano, 2020.

giungere ad un pieno riconoscimento, nel nostro ordinamento giuridico, del diritto al suicidio, come forma di espressione del principio di autodeterminazione.

Orbene, nel profluvio dei commenti e delle opinioni derivanti dal deposito della motivazione della sentenza italiana, è sopraggiunta la decisione della Sezione II della Corte costituzionale federale tedesca che, con la sentenza del 26 febbraio 2020²⁰, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del § 217 StGB rubricato "Promozione commerciale del suicidio", che punisce la condotta di assistenza al suicidio se commessa professionalmente.

Tornando indietro di qualche anno, nel 2015, a fronte di una generale liceità dell'aiuto al suicidio, il legislatore tedesco, preoccupato del diffuso sfruttamento da parte dei privati, in forma organizzata e a scopo di lucro, delle crescenti richieste di aiuto al suicidio, decise di introdurre il § 217 StGB, secondo cui: *"Chiunque, con l'intenzione di favorire il suicidio altrui, ne offre o procura l'opportunità commerciale, anche in forma d'intermediazione, è punito con la pena detentiva sino a due anni o con la pena pecuniaria. In qualità di compartecipe, è esente da pena chi agisca in modo non commerciale e sia parente della persona favorita indicata al comma 1, oppure a questa legata da stretti rapporti"*.

La disposizione incriminatrice si poneva, dunque, l'obiettivo di incriminare la condotta dell'aiuto al suicidio solo ed esclusivamente qualora commessa nell'ambito di un determinato *modus agendi*, ossia professionalmente²¹, prevedendo una specifica causa di non punibilità nel caso in cui il soggetto agente fosse un familiare o una persona vicina alla persona favorita.

20 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020, - 2 BvR 2347/15, in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html; cfr. il testo italiano in *Diritto penale XXI secolo*, 2020, n. 1, 37 ss.; nonché, per un commento, M.B. MAGRO, *Il suicidio assistito tra diritti di libertà e diritti dei malati secondo la sentenza 26 febbraio 2020 del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *ibid*, 5 ss.; per l'aiuto a morire in Francia, cfr. MISTRETTA, *La fin de vie et l'affaire Vincent Lambert: chronique d'une saga judiciaire à la française*, in *ibid*, 103 ss.; nonché *Cour de Cassation en Assemblée plénière, audience publique du 28 juillet 2019*, in *ibid*, 119 ss..

21 Sull'opportunità di tradurre il termine "*geschäftsmäßig*" in "professionale", cfr. K. JARVERS, *La fattispecie tedesca di favoreggiamento del suicidio*, in FORNASARI, PICOTTI, VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., 54 nt. 3.

In definitiva, la condotta di aiuto al suicidio in tanto assumeva rilevanza in quanto venisse compiuta non sporadicamente, ma periodicamente, nell'ambito di un'attività professionale.

Il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato illegittima l'agevolazione commerciale del suicidio, poiché ritenuta in contrasto con determinati principi della Legge Fondamentale, quali il diritto alla intangibilità della dignità umana *ex art. 1 (1) G.G.* e il diritto al libero sviluppo della personalità, sancito nell'*art. 2 (1) G.G.* In particolare, è stato riconosciuto che il principio di autodeterminazione in quanto espressione del "diritto generale alla personalità", include anche il "diritto alla morte autodeterminata", esercitabile con le proprie mani o con l'aiuto di terzi.

Secondo l'organo giudicante, l'uomo, in qualità di persona responsabile, non può essere costretto a vivere secondo *standards*, imposti dall'azione dello Stato, divergenti rispetto alla propria immagine e comprensione di sé stesso²².

Il rispetto e la protezione, da parte dello Stato, della personalità di ciascun individuo presuppone – a detta della Corte – il diritto a morire coscientemente ed intenzionalmente, non solo rifiutando le terapie di supporto vitale, ma anche decidendo volontariamente di porre fine alla propria vita.

Aderendo a tale visione, il principio di autodeterminazione comporta la libertà di vivere seguendo il proprio *modus vivendi* e, dunque, senza essere costretti a forme di vita inconciliabili con la propria identità personale. Ed è proprio qui che si colloca l'importanza del riconoscimento del diritto a morire, che, secondo i giudici tedeschi, non ammette restrizioni e, quindi, non può essere limitato ad una determinata condizione di malattia, ad una precisa fase della vita e nemmeno alla verifica dei motivi sottesi ad una simile scelta, seppur così "radicale". A detta del Tribunale tedesco, l'individuazione, in via preventiva, di limiti alla libertà di chiedere aiuto ad altre persone, disposte ad offrirlo, restringe l'idea, costituzionalmente tutelata, dello sviluppo personale ed autonomo inerente alla dignità umana.

22 Per un analitico commento della sentenza della Corte costituzionale tedesca si rinvia al lavoro di S. Grosso, *Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale italiana a confronto: il peso specifico della dignità personale nelle scelte di fine vita*, in *www.federalismi.it*, 8 luglio 2020, 189 ss..

Il diritto alla morte autodeterminata, pertanto, deve essere garantito anche nella sua proiezione verso l'esterno, attraverso la libertà di cercare e, se offerto, di avvalersi dell'aiuto prestato da terzi, i quali agiscono in uno spazio di libertà che non può essere eliminato o ristretto dal legislatore, poiché trattasi di una situazione peculiare, in cui *condicio sine qua non* per l'esercizio di un diritto fondamentale è la collaborazione di altre persone.

Ciò premesso, la Corte tedesca ha ritenuto il § 217 StGB lesivo della libertà di suicidio.

Il divieto posto dalla fattispecie incriminatrice, infatti, rapportandosi al principio di autodeterminazione come una interferenza indiretta, equivalente per effetto e per oggetto ad una interferenza diretta, in tanto può essere considerato legittimo, in quanto sia espressione di un intervento giustificato.

Una volta fondata la rilevanza costituzionale del diritto di autodeterminazione anche con riguardo all'estremo atto di rinunciare alla propria vita, il *Bundesverfassungsgericht* ha posto sul banco di prova il § 217 StGB, avvalendosi del "test di proporzionalità", rimedio utilizzato da molte Corti costituzionali, al fine di risolvere i conflitti tra beni costituzionali di pari rango.

In particolare, rispettando le scadenze del suddetto *test*, la restrizione alla libertà personale è giustificata solo qualora la norma incriminatrice: 1) persegua un fine legittimo; 2) sia idonea e necessaria a raggiungere tale fine; 3) esprima un bilanciamento ragionevole tra tale fine e le restrizioni imposte.

In particolare, il Tribunale tedesco, al fine di verificare la sussistenza dei suddetti presupposti, si è avvalso della Relazione redatta dal Parlamento, in sede di approvazione del § 217 StGB, contenente le ragioni sottostanti alla disposizione incriminatrice *de qua*. Dall'analisi del documento si evince come il legislatore tedesco abbia introdotto la fattispecie delittuosa al fine di proteggere l'autonomia personale da specifiche condotte di terzi, tutelando, soprattutto, le persone anziane e malate da indebite pressioni. Ponendosi, dunque, a garanzia di un dovere costituzionalmente imposto, il § 217 StGB – a detta della Corte tedesca – soddisfa appieno i primi due requisiti richiesti dal *test*, in quanto rappresenta

una misura non solo servente uno scopo legittimo, ma anche idonea e necessaria al suo raggiungimento. Ciò, tuttavia, non basta.

Il Tribunale tedesco ha, infatti, dichiarato la piena incostituzionalità del § 217 StGB, poiché ritenuto restrittivo, in modo sproporzionato, dell'esercizio del diritto della persona ad autodeterminarsi alla morte, e, dunque, inadeguato rispetto ai benefici per i consociati. La Corte, seppur abbia considerato, in astratto, plausibile e accettabile un intervento legislativo che regolamenti, mediante restrizioni, l'operato di organizzazioni che forniscono assistenza al suicidio, nel concreto ha qualificato il divieto posto dalla norma *de qua* inappropriato, poiché eccedente i limiti per una tollerabile restrizione, al punto da svuotare di contenuto il diritto a morire.

La disposizione incriminatrice, pertanto, impendendo alle associazioni professionali di porre in essere le condotte di aiuto al suicidio, viola il diritto, tutelato dall'art. 12 (1) GG, delle persone fisiche e delle organizzazioni, di prestare, appunto, assistenza in tal senso, svilendo nella sostanza il diritto di ciascuna persona di porre termine alla propria vita.

L'intervento demolitorio del § 217 StGB è stato, tuttavia, compensato da un invito rivolto al legislatore, da parte della Corte costituzionale tedesca, a proteggere il principio di autodeterminazione, specialmente delle categorie di persone più deboli, attraverso l'uso di strumenti positivi, come le misure di precauzione e di sicurezza, che, al contrario dei divieti imposti dal diritto penale, potrebbero efficacemente contrastare i pericoli esterni che sovente condizionano la decisione di un soggetto di morire per mano propria o altrui.

Il Tribunale tedesco, in ultima battuta, ha ribadito che l'eliminazione della disposizione incriminatrice dal sistema penale non impedisce al legislatore di regolamentare, in futuro, la materia dell'assistenza al suicidio attraverso "meccanismi procedurali", quali l'obbligo: di fornire informazioni alla persona interessata; di stabilire termini di attesa prima della esecuzione di ciò che la persona ha deliberato; di richiedere autorizzazioni amministrative per chi offre l'assistenza, Tutto questo senza, tuttavia, condizionare il diritto di autodeterminazione a morire a criteri materiali, come, ad esempio, all'esistenza di malattie incurabili, condizione che, invece, è stata innalzata dalla Corte costituzionale italiana a

requisito necessario, ma non sufficiente, per far rientrare l'aiuto al suicidio nell'area della non punibilità.

4. Il diritto a morire come componente del diritto a vivere.

Tirando le fila del discorso, se la Corte costituzionale tedesca ha sostenuto il pieno riconoscimento del diritto a morire come manifestazione del principio di autodeterminazione e della dignità personale, la Corte costituzionale italiana ha, invece, delimitato il campo di applicazione della fattispecie incriminatrice dell'aiuto al suicidio, tracciando una "zona neutra", cioè un perimetro di non punibilità della condotta *de qua*, in presenza di precise condizioni oggettive, senza, tuttavia, alludere, neppure lontanamente, al riconoscimento del diritto a porre fine alla propria vita avvalendosi dell'aiuto altrui.

L'incolmabile distanza tra le due Corti nei risultati raggiunti è, a ben considerare, frutto dell'adozione di criteri metodologici del tutto diversi. Il Tribunale tedesco ha, infatti, affidato la soluzione della *quaestio iuris* al giudizio di bilanciamento, in quanto "strumento giuridico" capace di risolvere eventuali o concreti contrasti tra diritti di medesimo rango costituzionale. In qualità di "custode della legge", il BVerfG. ha agito senza pregiudizi, poiché è giunto alla prevalenza del diritto all'autodeterminazione a morire sul diritto all'autodeterminazione dei più deboli, solo dopo aver esaminato accuratamente il contenuto di entrambi i principi messi a confronto.

La Consulta, al contrario, tralasciando totalmente il piano della dignità e dell'autodeterminazione personale, non si è pronunciata minimamente né sulla esistenza, né tanto meno sulla natura del diritto a morire, che, invece, avrebbero dovuto ricevere se non la giusta, quanto meno una, seppur minima, attenzione. La decisione italiana ha preferito, dunque, approntare una risposta che, sagomata sulla vicenda concreta sottesa al giudizio, è destinata a trovare applicazione solo nei casi ad essa simili, ossia soltanto laddove sia possibile rintracciare congiuntamente i quattro presupposti indicati nella motivazione.

È proprio qui che si pone la frattura fra le due Corti: se quella italiana è ricorsa alla "giustificazione procedurale", restringendo ai minimi termini l'area di incostituzionalità della norma, quella tedesca, nel momento

in cui ha depennato il § 217 StGB dal sistema penale, ha sostenuto il pieno riconoscimento del principio di autodeterminazione, contenente il diritto alla vita e alla morte, di cui ciascuna persona è il legittimo ed esclusivo titolare. Se, dunque, nelle parole della Corte italiana prevale un atteggiamento ancora fortemente paternalistico, nella motivazione tedesca, viceversa, l'individuo, in linea con approccio di carattere laico e liberale, torna ad essere l'esclusivo detentore del proprio diritto alla vita, in cui il soggetto è titolare *manu propria* e non già *manu aliena*.

La sentenza italiana, dopo un non intervento da parte del Parlamento, ha aperto alla non punibilità dell'aiuto al suicidio, utilizzando il modello della giustificazione procedimentale, basata su requisiti alquanto serrati e stringenti. Così operando, la Corte costituzionale ha dimostrato, a livello di precomprensione²³, di essere ancora fortemente legata all'idea per cui la vita umana è un bene indisponibile, poiché appartenente o al Divino o allo Stato; tale concezione, nell'ottica dei giudici, cede a piccole e ben controllate "variazioni", ovverosia si apre a ristrette forme di disponibilità, solo nei casi in cui sia possibile rintracciare i quattro presupposti indicati dalla Consulta, e cioè quando l'obbligo di vita sarebbe, in sintesi, una tortura non più sopportabile. La Corte tedesca ha mostrato, invece, un approccio molto più progressista, ponendo a monte della propria argomentazione un presupposto del tutto diverso da quello italiano: la ragione di liceità dell'aiuto al suicidio non è rinvenuta in una giustificazione procedimentale, e quindi in casi tipizzati, ma si ricava dai principi di cui agli artt. 1(1) e 2(1) GG, ossia dalla libertà di autodeterminazione. L'individuo, nell'ottica di un diritto liberale, si riappropria, cioè, del bene della vita senza limiti o restrizioni.

Orbene, se ci si orientasse auspicabilmente verso la visione tedesca, appunto, valorizzando il principio di autodeterminazione di cui all'art. 2 Cost., si potrebbe aprire la strada al riconoscimento di un diritto a morire che, per quanto "infelice", rappresenta pur sempre una componente del diritto a vivere secondo la propria dignità, di cui ciascun individuo è l'esclusivo titolare. Così ragionando, non ci sarebbe più bisogno di restringere l'area della non punibilità dell'aiuto al suicidio nelle strette maglie della giustificazione procedimentale, ma si permetterebbe, al contempo, di esercitare il diritto di porre fine alla propria vita anche in

²³ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. a cura di Patti e Zaccaria, (1^a tedesca 1940), ESI, 2010.

presenza di quelle malattie, fisiche o psico-fisiche, non di per sé incurabili, ma degenerative, come, ad esempio, la sclerosi laterale amiotrofica (comunemente chiamata SLA), il Parkinson e l'Alzheimer.

In un'ottica ispirata al pieno rispetto del principio di laicità, il modello tedesco rappresenta per il giurista italiano la sfida del futuro, cui tendere la mano, poiché, per quanto sia stato, in prima battuta, apprezzabile l'impegno profuso dalla Corte costituzionale italiana, è bastato poco per comprendere i limiti intrinseci alla soluzione procedimentale, che, adattata e forgiata sul caso concreto sotteso alla questione di legittimità, è destinata a possedere poco spazio nelle decisioni dei giudici ordinari, chiamati a dare voce ai principi di diritto sanciti dalla Consulta.

La "prova del nove" di quanto appena sostenuto la si possiede, peraltro, già. Dopo la decisione del Tribunale di Milano sul caso Cappato, che ha pronunciato la declaratoria di assoluzione "perché il fatto non sussiste", quando invece sarebbe stato più coerente, rispetto alla natura della giustificazione procedimentale, usare la diversa formula "perché il fatto non costituisce reato", abbiamo già l'esito del procedimento penale, incardinato dinanzi al Tribunale di Massa, che vede come imputati Marco Cappato e Mina Welby per l'aiuto al suicidio di Davide Trentini, malato di sclerosi multipla dal 1993, la cui salute sempre più deficitaria, lo aveva portato a chiedere, appunto, aiuto per accedere alla morte volontaria in Svizzera.

Analizzando il caso alla luce delle indicazioni date dalla Consulta, Trentini era nel pieno della sua capacità di autodeterminazione, aveva una patologia irreversibile, a sua volta fonte di sofferenze insopportabili, ma non risultava tuttavia attaccato ad un presidio di sostegno vitale: di conseguenza la situazione, non essendo sovrapponibile al contenuto della giustificazione procedimentale, avrebbe potuto non essere ricompreso nell'area di non punibilità tracciata dalla Consulta, nonostante quest'ultima abbia di per sé esteso la liceità anche al pregresso.

Se l'esito prospettato dovesse trovare conferma, verrebbe messa completamente a nudo l'arbitrarietà e l'irragionevolezza della scelta di aver posto il sostentamento del malato attraverso mezzi artificiali come condizione indispensabile, al fine di rendere non punibile la condotta di

aiuto al suicidio²⁴. Invece, il Tribunale di Massa ha assolto con formula ampia sia Cappato, che Mina Welby, ma il P.M. ha impugnato, segno evidente che la questione risulta ancora controversa e, quindi, *sub iudice*.

A prescindere da tale ultimo caso concreto, resta ancora non risolto, nemmeno dalla Corte costituzionale, e su cui dovrà necessariamente intervenire il Parlamento, il delicato problema della possibile obiezione di coscienza da parte dei medici, non solo cattolici ma anche ebrei e mussulmani, che sin da subito si sono espressi pubblicamente contro la legittimazione, seppur parziale, dell'aiuto al suicidio, così rischiando di rendere inoperante la pronuncia della Corte costituzionale. D'altro canto, riteniamo necessario l'intervento del legislatore al fine di disciplinare l'obiezione di coscienza e non lasciarla, quindi, alla mercé dell'interpretazione soggettiva dei sanitari o, in definitiva, del giudice senza però un'adeguata base normativa.

In sintesi, è innegabile come nel nostro ordinamento giuridico siano ancora tanti i "tasselli mancanti" in materia di trattamento di fine vita. Questa sensazione di insoddisfazione, qualora la Corte costituzionale o il Parlamento non decidano di "cambiare registro", è destinata ad acuirsi.

Ebbene, proprio un mese fa circa è stata emessa un'importante sentenza della Corte suprema dei Paesi Bassi²⁵ che ha statuito il principio per cui i medici olandesi potranno eseguire l'eutanasia ai pazienti affetti da demenza avanzata, i quali abbiano dato precedentemente il loro consenso, seppure al momento non più in grado di reiterare il loro desiderio di porre fine alla propria vita. Il caso sottostante la decisione riguardava una dottoressa accusata di aver effettuato nel 2016 l'eutanasia su di una

24 Sul punto, cfr. G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *disCrimen*, 3 febbraio 2020, 13, il quale ritiene la suddetta condizione una evenienza [...] estrinseca ed occasionale», dunque, «inidonea a fungere da *ratio distinguendi* di situazioni esistenziali che, in termini di comparazione valoriale, appaiono più simili che dissimili. Insomma, il punto davvero determinante, anche ai fini di un giudizio di irrilevanza penale, è che la richiesta di assistenza al suicidio provenga comunque da persone affette da patologie incurabili e gravate da sofferenze insopportabili; se così è, altre condizioni aggiuntive (come, appunto, il ricorso attuale a sostegni vitali) risultano prive di rilievo, e perciò censurabili alla stregua dei principi di eguale trattamento e ragionevolezza».

25 Corte Suprema olandese, 21 aprile 2020, nell'ambito della quale il giudice Willem van Schendel ha statuito che «il tribunale non ha commesso errori nel dichiarare il medico non punibile»: cfr. *In Olanda eutanasia anche a chi soffre di demenza avanzata, anche con segnali contrastanti*, in *www.europa.today.it*, 22 aprile 2020.

paziente di 74 anni affetta da *Alzheimer*, la quale, prima di contrarre la malattia, aveva dato il suo consenso alla procedura, confermato successivamente solo dalla sua famiglia.

A seguito dell'assoluzione della dottoressa, avvenuta lo scorso settembre, il pubblico ministero ricorreva alla Corte Suprema "nell'interesse della legge", proprio al fine di chiarire le condizioni in cui un medico possa procedere all'eutanasia, anche se il paziente non sia più in grado di rinnovare il suo consenso. La risposta è stata chiara: il medico può attuare l'eutanasia anche quando il paziente è incapace di esprimere la sua volontà a causa di una demenza avanzata, dando seguito, tuttavia, in tale caso, ad una domanda pregressa scritta.

Questa ennesima apertura da parte, ancora una volta, di altri ordinamenti, segnatamente dal Nord-Europa, non fa che confermare come sia sempre più necessaria, almeno a nostro giudizio, l'esigenza di adottare, anche nel nostro Paese, una *concezione disponibile della vita*, dove il bene è completamente sottoposto alla volontà dell'individuo che conserva il pieno diritto di poter decidere circa il destino della vita umana²⁶.

Solo una visione più laica permetterebbe di compiere il passaggio decisivo dallo stato attuale, in cui l'essere umano, non essendo padrone della propria vita perché di proprietà di un'entità superiore - lo Stato o il Divino - subisce scelte etero-imposte, allo stato per noi auspicabile, quello cioè in cui la persona, in quanto proprietaria e non mero usufruttuaria per conto terzi della propria vita, sia autorizzata a farne ciò che crede in base ai propri valori e necessità.

26 In senso difforme, cfr. M. ROMANO, *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte costituzionale*, in «RIDPP», 2019, 1793 ss., secondo cui la vita è un bene indisponibile che solo in casi eccezionali diventa disponibile, in quanto la fattispecie di aiuto al suicidio conserva una sua precisa funzione, ossia quella di proteggere le persone più fragili, come, ad esempio, gli anziani o gli individui in solitudine; nonché S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., 137, secondo cui l'ordinanza della Corte costituzionale italiana non pone sufficientemente in evidenza che la sedazione palliativa profonda continua ha come effetto l'annullamento totale della coscienza fino al momento del decesso. A nostro avviso, tuttavia, occorre tenere conto che proprio il caso "dj Fabo" dimostra come la preferenza per l'aiuto al suicidio rispetto alla terapia del dolore è che l'aiuto al suicidio porta alla morte molto più rapidamente della terapia del dolore, comportando una minore attesa e, dunque, una minore sofferenza; ID., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2019, 2159 ss.

I diritti e le libertà riconosciute ai vivi si devono estendere anche al loro trapasso, poiché solo ciascuno di noi è consapevole dei tempi e dei modi più opportuni per lasciare la propria vita²⁷.

5. Concezioni del mondo a confronto: a) la Corte costituzionale italiana.

Intendiamo ora riferirci al diritto penale comparato²⁸, perché anche in questo settore troviamo, soprattutto di recente, alcuni casi problematici. Ci riferiamo, in particolare, alla già descritta vicenda relativa al dj Fabo, che ha posto a confronto l'orientamento della Corte costituzionale italiana, rispetto a quella tedesca, in tema di aiuto al suicidio, che abbiamo già descritto. Marco Cappato fu indagato dalla Corte d'Assise di Milano per istigazione o aiuto al suicidio: per quanto riguarda la prima forma di tale reato fu ovviamente assolto per non aver commesso il fatto, mentre, circa l'aiuto al suicidio, la Corte milanese ritenne la questione non manifestamente infondata e rilevante per il processo in corso e, quindi, inviò gli atti alla Corte costituzionale.

Qui intendiamo invece, in conclusione, affrontare i *dicta* delle due Corti da un angolo visuale particolare, ovvero le diverse “concezioni del mondo”. La Corte costituzionale italiana è infatti partita da una concezione di sostanziale indisponibilità del bene della vita da parte del soggetto persona fisica, *apparente* titolare del bene stesso - in relazione al quale ha operato le aperture su ricordate - perché, come è stato giustamente rilevato, “non è già effettivo titolare di un diritto alla vita, ma soltanto di un interesse legittimo a vivere”²⁹, giacché, in realtà, la “concezione del mondo”³⁰ della Corte costituzionale italiana risente ancora

27 In tal senso, cfr. J. POHIER, *La morte opportuna. I diritti dei viventi sulla fine della loro vita*, Avverbi, 2004.

28 Cfr., di recente, sul tema, l'ampio saggio di M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, testo destinato agli *Atti del Convegno dell'Associazione italiana di Diritto comparato*, svoltosi all'Università di Ferrara nei giorni 20-21 settembre 2019, su “*Comparazione e diritto positivo*”.

29 Così, giustamente, T. PADOVANI, *Dovere di vivere e aiuto al suicidio: un sintagma*, in *www.biodiritto.org*, VIII; dello stesso v. anche ID., *Note in tema di suicidio ed aiuto al suicidio*, in AA.VV., *La tutela della persona umana, etc., cit.*, 139 ss.; nonché A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223; in senso conforme ad una concezione favorevole alla disponibilità del bene della vita, cfr., da ultimo, G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, UTET, 2020.

30 Ovverosia la c.d. *precomprensione*, su cui, per tutti, J. ESSER, *Precomprensione e*

del principio dell'indisponibilità del bene della vita, di cui si consente, appunto, una serie di aperture, nel solco, però, della tradizione, soprattutto, di origine cattolica, che, nonostante la laicità dello Stato, è ancora largamente presente presso di noi.

b) (segue) La Corte costituzionale tedesca: 1) il dato normativo.

Per comprendere appieno quanto la concezione del mondo influisca anche sui più alti consessi giurisdizionali e, quindi, non possa che riverberarsi sulla stessa funzione nomofilattica, basti riflettere sulla del tutto divergente sentenza della Corte costituzionale tedesca, anch'essa di recente occupatasi dell'aiuto al suicidio³¹. Per intendere il significato e la portata della sentenza della Corte costituzionale tedesca, bisogna premettere che nel sistema penale di quel Paese era tradizionalmente consentito l'aiuto al suicidio ma, nel 2015, il legislatore tedesco, preoccupato, del diffuso sfruttamento da parte dei privati in forma organizzata e a scopo di lucro, delle crescenti richieste di aiuto al suicidio, decise di introdurre il § 217 StGB. Tale norma, come abbiamo già verificato, così disponeva: *“Chiunque, con l'intenzione di favorire il suicidio altrui, ne offre o procura l'opportunità commerciale, anche in forma d'intermediazione, è punito con la pena detentiva sino a due anni o con la pena pecuniaria. In qualità di compartecipe, è esente da pena chi agisca in modo non commerciale e sia parente della persona favorita indicata al comma 1, oppure a questa legata da stretti rapporti”*. In definitiva, la condotta criminosa di aiuto al suicidio intanto assumeva rilevanza, in quanto venisse compiuta periodicamente nell'ambito di un'attività professionale³².

(segue) 2) Il significato della sentenza ablativa.

Il Tribunale costituzionale tedesco ha, però, dichiarato illegittima l'agevolazione commerciale del suicidio, poiché ritenuta in contrasto con de-

scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto, trad. a cura di Patti e Zaccaria, (1^a tedesca 1940), ESI, 2010.

31 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020, - 2 BvR 2347/15, in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr_234715.html; per un primo analitico commento della sentenza della Corte costituzionale tedesca si rinvia al lavoro di S. GROSSO, *Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale italiana a confronto: il peso specifico della dignità personale nelle scelte di fine vita, etc. cit.*

32 Così K. JARVERS, *La fattispecie tedesca di favoreggiamento del suicidio*, in FORNASARI, PICOTTI, VINCIGUERRA (a cura di), *op. cit.*, 54, nt. 3.

terminati principi della L.F., quali il diritto alla intangibilità della dignità umana, ex art. 1 (1) G.G. ed il diritto al libero sviluppo della personalità, sancito nell'art. 2 (1) G.G.. In particolare, è stato riconosciuto che il principio di autodeterminazione, in quanto espressione del “diritto generale della personalità”, include anche il “diritto alla morte autodeterminata”, esercitabile con le proprie mani o con l'*aiuto* di terzi. Rinviano a questo proposito a quanto già in precedenza rilevato per gli ulteriori profili e *tests* di proporzionalità utilizzati dalla Corte costituzionale tedesca, che comunque auspica un intervento anche del legislatore, verifichiamo intanto qual è stata la reazione di una parte della dottrina italiana che si è occupata dell'argomento. In primo luogo, va sottolineata la concezione sviluppata dal collega Giovanni Cocco³³. Egli parte dal far propria una concezione liberale del diritto penale, per cui ci si aspetterebbe una interpretazione della problematica più vicina alla Corte costituzionale tedesca rispetto a quella italiana, ma così non è, in quanto il chiaro Autore sottolinea, in conclusione, che “il fondamentale compito che l'ordinamento giuridico deve svolgere è assicurare il diritto di vivere dignitosamente ad ammalati ed anziani, non certo l'irriconoscibile nel quadro costituzionale *diritto di morire*”.

Come può, dunque, constatarsi, la concezione liberale del diritto penale dell'illustre Autore, nonostante le affermazioni di principio, risente anch'essa della “concezione del mondo” che in Italia comunque influenza il pensiero collettivo e cioè, come abbiamo già rilevato, la morale cattolica.

Altrettanto scettica sulle conclusioni cui è giunta di recente la Corte costituzionale tedesca, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio, si mostra la collega Lucia Risicato, in quanto rileva che la pronuncia della Corte di Karlsruhe muove da un'accezione di autodeterminazione responsabile assai più vasta di quella riconosciuta nella sentenza 242/2019 della Corte costituzionale, ma soprattutto, e per molti versi, “incompatibile con la tutela necessaria di soggetti (non malati, ma) vulnerabili più volte correttamente ribadita dalla giurisprudenza della nostra Corte: una conferma del fatto che in Italia siamo lontani dal rischio di *chine scivolose*”³⁴ (*corsivo aggiunto*).

33 G. Cocco, È lecito evitare l'agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita, in «Resp. civ. e prev.», 2020, 382 ss..

34 L. RISICATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione “timida” fuga*

(segue) 3) La prospettiva storica.

Come può, dunque, constatarsi, buona parte della dottrina penalistica italiana si è mostrata in un certo senso “sviata” dalla concezione totalmente diversa espressa dalla Corte costituzionale tedesca, ma ciò è comprensibile perché la Corte costituzionale italiana è partita dall’analisi del bene vita, ritenuto indisponibile da parte del titolare, tranne, invero, ancora assai timide aperture, mentre la Corte costituzionale germanica ha capovolto il metodo di approccio. Essa è, infatti, partita non già dal problema della diponibilità e/o indisponibilità del bene della vita, bensì ha posto al centro della sua ricostruzione a livello costituzionale un bene giuridico distinto, cioè la libertà di autodeterminazione dell’individuo come aspetto del *generale diritto della personalità*, nell’ambito del quale è evidentemente diventata una conseguenza pressoché scontata in questo particolare ambito valoriale, l’ammissione dell’esistenza di un diritto a morire, come espressione, appunto, del generale diritto della personalità. Da ciò, la mancanza di limitazioni del diritto a morire solo alla presenza di determinati quadri patologici, per cui diventa conseguente l’affermazione praticamente assoluta dello stesso, quanto meno da parte della Corte costituzionale tedesca, che tuttavia ha cura, come abbiamo già rilevato, di auspicare la promulgazione, in futuro, di una legge che regoli più approfonditamente la materia, cioè del diritto a morire.

Da quanto sopra emerge, a nostro avviso, chiaramente il fatto che il cambiamento di prospettiva e di bene giuridico tutelato da parte della Corte costituzionale tedesca e, quindi, la ben maggiore apertura sulla legittimità dell’aiuto al suicidio e la conseguente affermazione di un diritto praticamente assoluto a morire, cioè non limitato alla sussistenza di cause patologiche, derivi evidentemente anche da una diversa “concezione del mondo”, nel senso che quella espressa dalla Corte costituzionale te-

lo spettro delle chine scivolose, in «LP», 16.3.2020, 1 ss. e, quivi, 10 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con ‘l’altro’*, in *ibid*, 1ss.; in senso moderatamente più aperturista v., però, A. NAPPI, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *ibid*, 16.3.2020, 1 ss. e, spec., 24 ss.; nonché, v. anche, V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte Europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *ibid*, 2.3.2020, 1 ss e, spec., 8 ss.; più in particolare, per quanto riguarda la decisione della Corte costituzionale tedesca sul par. 217 StGB, cfr. M.B. MAGRO, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB, etc.*, *loc.ult.cit.*

desca rimanda, almeno a nostro avviso, proprio per quanto riguarda il primato della persona e dei suoi diritti, rispetto alla indisponibilità e/o del bene vita, alla cultura di carattere protestante e/o calvinista.

Ciò nel senso di una ben maggiore auto-responsabilizzazione dell'individuo, che risale addirittura al Concilio tridentino della metà del '500³⁵, ove infatti la riforma protestante si basava, come è noto, sulla dottrina della grazia, nel senso che l'individuo doveva comunque comportarsi bene in vita perché solo *post mortem* avrebbe conosciuto il suo destino, mentre la controriforma cattolica sosteneva l'opposta dottrina del libero arbitrio, nel senso che la persona è libera di scegliere tra il bene ed il male, ma, se sceglierà il male, ne deriverà un castigo, mentre se, opererà per il bene, ne conseguirà un premio.

Ulteriore elemento di distinzione tra riforma protestante e controriforma cattolica riguarda anche il ruolo del sacerdote, che nel Cattolicesimo svolge la funzione di intermediario tra il cittadino e la sfera del divino, attraverso la confessione, che invece non sussiste come istituto destinato ad elargire premi e castighi, perché, pur esistendo il pastore protestante, il rapporto tra cittadino e Dio non è mediato da quest'ultimo, bensì è diretto, tanto è vero che nella riforma protestante il senso di colpa risulta molto più forte, proprio perché non è, appunto, mediato dalla figura sacerdotale.

Tanto ciò è vero che dal Concilio di Trento dipartono due distinte culture, l'una più afferente ai Paesi del Nord Europa e la seconda, quella cattolica, maggiormente insita nei Paesi del Mediterraneo. Tutto ciò farà, infatti, sostenere ad un sociologo del calibro di Max Weber come proprio l'etica protestante, per la sua rigidità e per la sua conseguente responsabilizzazione estrema dell'individuo, abbia dato luogo allo "spirito del capitalismo" che infatti si sarebbe sviluppato proprio nel Nord Europa, perché solo una cultura così rigida avrebbe consentito all'imprenditore di riversare il c.d. plusvalore, di marxiana memoria³⁶, non già in spese voluttuarie, bensì come reinvestimento nell'impresa stessa³⁷.

35 P. SARPI, *Istoria del Concilio tridentino*, Einaudi, 1974; G. GAMBARIN (a cura di), *Istoria del Concilio tridentino*, voll. 3, Einaudi, 1935.

36 Cfr., per la teoria del plusvalore, C. MARX, *Il Capitale*. "Critica dell'economia politica", I, I, *Sviluppo della produzione capitalistica* (nuova ed. pop. a cura di Kautsky), UTET, 1915, spec. 16 ss..

37 M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, 1991.

Operate questa digressioni di carattere storico-filosofico, su cui si fonda la diversa concezione del mondo della cultura germanica, che evidentemente ha anche influenzato i giudici della Corte costituzionale, possiamo trarre da tutto ciò un'importante conclusione, cioè che l'interpretazione non solo non è mai soltanto della disposizione legislativa, bensì della norma, che si inverte nel rapporto con il caso concreto, ma anche che è ormai tramontata da tempo la concezione per cui il giudice è "bocca della legge", giacché anzi, dai rilievi sinora effettuati, emerge chiaramente come la teoria dell'interpretazione non solo sovente fa prevalere il diritto vivente rispetto a quello vigente, ma soprattutto risente della "concezione del mondo", che caratterizza l'organo giudicante in un determinato Paese, piuttosto che in un altro e ciò, soprattutto, a livello di giurisdizioni superiori.

D'altro canto, le conclusioni cui è giunta la Corte costituzionale germanica in tema di legittimità dell'aiuto al suicidio, non deve, almeno a nostro sommo avviso, meravigliare oltremodo, giuristi di formazione culturale cattolica, perché non possiamo dimenticare, da un lato, l'istinto di conservazione insito in ogni individuo, oltre che nel mondo animale, che impedisce, evidentemente alla persona di suicidarsi per eventi del tutto trascurabili.

In secondo luogo, la stessa concezione del suicidio muta in base alla concezione del mondo dominante, perché, mentre sotto l'influenza della dottrina cattolica il suicidio è visto come un atto di debolezza, tanto è vero che l'aiuto al suicidio come reato dovrebbe servire a tutelare soprattutto i deboli e gli infermi, nella cultura protestante, viceversa, si è da tempo affermata una concezione ben diversa del suicidio, addirittura come atto di coraggio, perché sicuramente un soggetto ne deve possedere per privarsi addirittura del bene della vita e ciò anche se è malato di patologie come il Parkinson e l'Alzheimer, che sono sì degenerative, ma non portano direttamente alla morte. Tanto ciò è vero che la Corte Suprema olandese, come ricordato, il 21 aprile 2020 ha emesso un'importante sentenza, che ha statuito il principio per cui i medici di quel Paese potranno eseguire l'eutanasia su pazienti affetti da demenza avanzata, ai quali abbiano fornito precedentemente il loro consenso, seppure non più in grado di porre fine alla propria vita³⁸.

³⁸ Corte Suprema olandese, 21 aprile 2020, su cui cfr. *In Olanda eutanasia anche a chi soffre di demenza avanzata, anche con segnali contrastanti*, in www.europa.today.it,

In conclusione, crediamo che abbia ragione il collega Giovanni Fiandaca quando afferma: *“Più realisticamente, forse, è auspicabile ormai una certezza del diritto concepita in un senso molto relativo e limitato, cioè quale riflesso di una cultura del precedente che riesce soltanto a dar vita a fasi di temporanea stabilità ed uniformità interpretativo/applicativa all’interno, però, di un complessivo universo ordinamentale che tende pur sempre al movimento, in un orizzonte dinamico assimilabile più ad una realtà caotica che a un sistema ordinato. È troppo poco?”*³⁹.

È una domanda che appare doverosa che ognuno di noi si ponga in materia penale.

22 aprile 2020, *cit.*.

39 G. FIANDACA, *Ancora sul diritto penale giurisprudenziale e sul ruolo della Cassazione*, testo della Relazione tenuta al Convegno dell'Osservatorio Cassazione dell'UCPI, Roma, 13-14 dicembre 2019, dal titolo *“L'ufficio del Massimario e la forza dei precedenti”*, 183 ss. (delle bozze di stampa) (atti in corso di pubblicazione a cura di A. MANNA E F. ALONZI, Milano, Francis Lefebvre-Giuffrè, 2021)

LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

Anna Maria Maugeri

1. Premessa.

Il diritto penale europeo, sia della grande Europa (Consiglio d'Europa) sia della piccola Europa (UE), non contiene una norma che prenda esattamente posizione sulla funzione della pena; manca una norma corrispondente all'art. 27, c. 3 Cost.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non prevede in maniera espressa il riconoscimento della finalità rieducativa¹, anche se – come vedremo – la Corte Europea la considera un diritto connesso all'art. 3 Cedu, che proibisce la tortura e i trattamenti disumani e degradanti².

E anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rappresenta un'occasione mancata, non avendo il legislatore europeo introdotto una norma specifica in tale direzione. La Carta si limita a prevedere il principio di proporzione in senso stretto all'art. 49.

L'Unica convenzione che riconosce la funzione rieducativa della pena è il Patto Internazionale dei diritti civili e politici di New York del 1966, all'art. 10 § 3.

Tale mancanza di una norma ad hoc assume un carattere ancora più preoccupante se si considera che il generale e consolidato richiamo negli strumenti normativi europei alla necessità di introdurre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive è stato interpretato come espressione

1 Per tutti cfr. E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in «RIDPP», vol. 61, n. 3, 2018, 1667 ss.; Id., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, 1979.

2 Non è mancato chi in termini teorici ha rilevato che il principio di rieducazione possa ricavarsi dal divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e dal diritto alla tutela della vita privata e familiare del condannato riconosciuti sia nella CEDU sia nella CDFUE: così V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'Unione europea. Questioni controverse e prospettive future*, CEDAM, 2005, 34; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011, 452. 20

dell'adozione da parte del legislatore europeo di una concezione poli-funzionale della pena volta a prediligere la funzione retributiva (“proporzione”) e di prevenzione generale (“dissuasività”)³; fermo restando che il richiamo alla proporzione non implica necessariamente l'accoglimento della funzione retributiva della pena, ma piuttosto rappresenta un richiamo in chiave garantistica al principio di proporzione che deve presiedere sia la scelta della tipologia e misura della sanzione in sede legislativa, sia la commisurazione della pena (a parte il fatto che il rispetto di tale principio rappresenta il presupposto per la piena realizzazione della funzione rieducativa della pena, in quanto una pena non proporzionata non sarà avvertita come giusta e quindi il reo non sarà disponibile alla rieducazione).

Una tale preoccupazione è accentuata dalla constatazione, perlomeno ad avviso di una parte della dottrina, di un generale orientamento del legislatore europeo all'exasperazione dell'intervento penale in chiave securitaria, ad esempio in settori come il terrorismo o la pornografia minorile; il diritto penale è utilizzato in un'ottica neoretribuzionista, nel senso che la severità della pena è destinata a soddisfare l'irrazionale “bisogno di pena” avvertito dalla collettività, incrementato da una irrazionale e bieca politica criminale. In tale ottica la dottrina evidenzia una sorta di iperproduzione di norme minime (art. 83 TFUE) che danno indicazioni più precise sul tipo e sulle misure delle sanzioni da attuare nel diritto nazionale, imponendo spesso il minimo del massimo della pena⁴, nonché la caratura essenzialmente generalpreventiva del diritto dell'Unione Europea post-Lisbona, che emergerebbe dalle direttive di armonizzazione⁵

3 Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003, 585 ss. 19; S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 921 ss.; D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'unione europea. Quali implicazioni in prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio?*, in «DPC» – Riv trim. 2015, n. 3, 26.

4 D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'unione europea. Quali implicazioni in prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio?*, in «DPC» – Riv trim. 2015, n. 3, p. 26.

5 A. WEYEMBERGH, *The functions of approximation of penal legislation within the European Union*, 12 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, 149 ss.; M. VENTUROLI, *I modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Giappichelli, 2020, 214 ss.; L. FOFFANI, *Politica criminale europea e*

Si teme, inoltre, che l'imposizione di un intervento penale da parte del legislatore europeo rappresenti un serio ostacolo a una scelta del legislatore nazionale di depenalizzazione del settore⁶.

Nonostante tali preoccupazioni nel prosieguo si cercherà di far emergere l'importanza che la rieducazione riveste nell'ordinamento e nella giurisprudenza europea, assurgendo al ruolo di fondamentale funzione della pena. Pur mancando, infatti, una precisa disposizione nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella CEDU, una pluralità di prese di posizione a favore della finalità rieducativa della pena emergono nella legislazione europea (sia *hard law*, sia *soft law*) e nella giurisprudenza delle Corti Europee, e cioè della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei diritti dell'uomo,

2. Le prese di posizione del legislatore europeo volte a valorizzare la funzione rieducativa.

Nella raccomandazione R (87) 3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle regole penitenziarie europee, adottata il 12 febbraio 1987 e sostituita dalla raccomandazione Racc. (2006)2, adottata l'11 gennaio 2006, nel prevedere le regole minime che devono applicarsi ai soggetti in stato di detenzione si sancisce che la *risocializzazione* rappresenta un elemento chiave dell'esecuzione della pena privativa della libertà, dovendo preparare il condannato al rientro in società (Regola n. 6). Come evidenziato dalla Corte EDU nel caso Dickson⁷ e nel caso Vinter⁸ gli Stati sono incoraggiati non solo a seguire tali regole nella loro legislazione e nelle politiche in materia, ma anche ad assicurare la diffusione di queste regole tra le autorità giudiziarie e il personale delle prigioni.

Nella versione del 1987 si affermava il seguente principio fondamentale: "The purposes of the treatment of persons in custody shall be such

sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato, in «DPC» – Riv. Trim. n. 3/4, 2014, 71; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. KOSTORIS-R. ORLANDI, Torino, 2006, 19 ss.

⁶ Cfr. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in «RIDPP», 2002, 203 ss.

⁷ Corte Edu, *Dickson v. the United Kingdom*, 4 Dicembre 2007, n. 44362/04, § 31.

⁸ Corte Edu, Grand Chamber, 9 luglio 2013, *Vinter and Others v. The United Kingdom*, n. 66069/09, 130/10/3896/10.

as to sustain their health and self-respect and, so far as the length of sentence permits, to develop their sense of responsibility and encourage those attitudes and skills that will assist them to return to society with the best chance of leading law-abiding and self-supporting lives after their release.”

Tale principio è stato sostituito nella versione del 2006 con tre principi.

“Rule 2: Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody. Rule 5: Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community. Rule 6: All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty.”

Nel commentario a tali Regole a cura dell’European Committee on Crime Problems – “the CDPC”, si sottolinea come la Regola 2 evidenzia che la perdita della libertà non comporta automaticamente la presunzione che i detenuti perdano gli altri diritti politici, civili, sociali, economici e culturali: infatti, le restrizioni dovrebbero essere le più limitate possibili. Come ha scritto la Corte costituzionale italiana nella sent. n. 349 del 1993, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». Ne consegue che tutte le restrizioni all’esercizio dei diritti che non siano puntualmente giustificate da esigenze di ordine e sicurezza devono ritenersi contrarie alla finalità rieducativa della pena.

Nella Convenzione Europea sul trasferimenti *dei procedimenti in materia penale del 1972* (“*the Transfer of Proceedings Convention*”), all’art. 6 lettera f è stabilito che la decisione di trasferimento si deve basare sul principio che il trasferimento dovrebbe favorire le prospettive di riabilitazione del condannato, come da ultimo sottolineato dalla Corte Europea⁹.

Anche la convenzione del Consiglio d’Europa sul trasferimento dei *condannati*, del 21 marzo 1983 menziona la funzione rieducativa della pena e parimenti la risoluzione del Parlamento europeo sul rispetto dei diritti

⁹ CORTE EDU, 29 gennaio 2019, *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey*, no. 36925/07, § 156.

dell'uomo nell'Unione europea (1997)¹⁰, in cui si precisa che la pena ha una funzione di riparazione e risocializzazione perseguendo l'obiettivo del reinserimento umano e sociale del detenuto (punto 78).

Nella più recente decisione quadro 2008/909, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, pag. 27), - che si applica del pari, mutatis mutandis, all'esecuzione delle condanne nei casi di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584 -, si esalta la finalità rieducativa laddove l'art. 3, n. 1, precisa che il suo scopo è stabilire le norme secondo le quali uno Stato membro, al fine di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, debba riconoscere una sentenza ed eseguire la pena; si sancisce, quindi, in tale disposizione che la pena detentiva ha lo scopo di «favorire il reinserimento sociale della persona condannata»¹¹.

Come evidenziato dal giudice Albuquerque nella sua dissenting opinion in *Öcalan v. Turkey*¹² (no. 2) la funzione rieducativa della pena è presupposta dall'art. 37 (a) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia che stabilisce che “né la pena capitale né l'ergastolo senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni”; e, inoltre, tale funzione sarebbe sottesa anche all'art. 9 della Inter-American Convention on extradition nel vietare l'estradizione nel caso in cui si tema la pena di morte, l'ergastolo o pene degradanti.

A livello internazionale, come ricordato e come evidenzia sempre la Corte Edu nel caso *Dickson*¹³ nonché nel caso *Vinter*, l'articolo 10, paragrafo 3, del Patto internazionale¹⁴ relativo ai diritti civili e politici (“ICCPR”) prevede che il “3. Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e

10 GU 1999, C 98, pag. 279.

11 A. MARTUFI, *Assessing the resilience of 'social rehabilitation' as a rationale for transfer: A commentary on the aims of Framework decision Framework Decision 2008/909/JHA*, in NJECL, 4 aprile 2018.

12 Corte Edu, 18 marzo 2014, *Öcalan v. Turkey* (n. 2), 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, dissenting opinion § 4, p. 55.

13 § 29.

14 Corte Edu, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, n°. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 9 July 2013.

la loro riabilitazione sociale”. Nel commentario a tale norma della Commissione per i diritti umani si afferma inoltre che “nessun sistema penitenziario dovrebbe essere solo retributivo; dovrebbe essenzialmente cercare il ravvedimento e la riabilitazione sociale del prigioniero “.

Anche le Regole minime standard delle Nazioni Unite per il trattamento dei prigionieri (1957) contengono dei principi guida volti a valorizzare la finalità della rieducazione e risocializzazione (in particolare 57, 58 e 59).

A livello europeo in senso stretto a parte le indicazioni che derivano dagli strumenti in materia di cooperazione giudiziaria come sottolinea la stessa giurisprudenza europea e come si esaminerà nel prosieguo, si può intanto ricordare un prezioso strumento di soft law: la risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione, che muovendo dal sovraffollamento degli istituti di pena, capace di incidere negativamente sul rispetto dei diritti fondamentali nonché sull’effettività degli strumenti di cooperazione giudiziaria, “incoraggia gli Stati membri a garantire che, oltre all’aspetto punitivo della pena, si presti altresì attenzione allo sviluppo di competenze pratiche e alla riabilitazione dei detenuti onde consentire una migliore gestione della pena, il buon esito del reinserimento sociale e una riduzione della recidiva” (§ 16), e ancora “incoraggia gli Stati membri ad attuare misure di ristrutturazione delle pene, in particolare per le pene brevi, segnatamente attraverso il ricorso alla semilibertà. ...ai lavori socialmente utili...”, e infine ritiene che “sia opportuno rafforzare l’individualizzazione della pena per consentirne una migliore esecuzione” (§ 17)

3. La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo.

Pur mancando nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo una norma che stabilisca la funzione della pena o meglio che assuma la rieducazione a fine della pena nell’ambito della tradizione giuridica dei paesi del Consiglio d’Europa, la Corte Europea ha accolto quegli orientamenti che valorizzano la funzione della rieducazione e risocializzazione della pena, rispetto ad altre finalità tradizionalmente assegnate alla pena, - inclusa la retribuzione, la prevenzione generale, la protezione del pubblico -, sottolineando come negli ultimi anni sia emerso un trend volto a valorizzare la “rehabilitation” come emerge

dagli strumenti in materia del Consiglio d'Europa. La Corte Edu evidenzia che mentre nel passato si considerava la rieducazione (rehabilitation) come uno strumento per prevenire la recidiva, recentemente e in chiave positiva si accentua l'idea della risocializzazione attraverso l'implementazione dell'assunzione della responsabilità personale (la responsabilizzazione)¹⁵.

Questo obiettivo, evidenzia inoltre la Corte, è rinforzato dall'affermazione del "principio di progressione": "durante l'esecuzione di una condanna, il detenuto dovrebbe progressivamente progredire (muoversi) attraverso il sistema penitenziario passando dai primi giorni di detenzione, in cui si accentua la funzione punitiva e retributiva, agli ultimi in cui si accentua la preparazione per il rilascio"¹⁶.

Sviluppando in maniera significativa tale linea interpretativa la Grande Camera della Corte Europea nel caso *Vinter c. Regno Unito*¹⁷, pur non disconoscendo altre finalità della pena detentiva, ha solennemente eretto la rieducazione a *fondamentale scopo* che possa legittimamente giustificare in uno Stato di diritto una pena, come quella detentiva, che limita i diritti fondamentali del soggetto condannato.

In questa sentenza la Corte Edu non solo riconosce la rieducazione come funzione della pena, ma riconosce il "diritto alla risocializzazione" del soggetto detenuto; diritto fondato, poi, sul diritto assoluto e inderogabile al rispetto della dignità della persona umana ex art. 3 CEDU¹⁸, che proibisce la tortura e i trattamenti disumani e degradanti, lasciando intendere che una pena detentiva che non tenda alla rieducazione diventerebbe come minimo un trattamento disumano e degradante.

15 Corte Edu, *Dickson*, cit., § 28: "While rehabilitation was recognised as a means of preventing recidivism, more recently and more positively it constitutes rather the idea of re-socialisation through the fostering of personal responsibility". Cfr. I. BLANCO CORDERO, *La resocialización como obligación positiva del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in CARMEN JUANATEY DORADO - NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA, *Derechos del Condenado y Necesidad de Pena*, Aranzadi, 2018, 261 ss.

16 § 28: "In the course of serving a sentence, a prisoner should move progressively through the prison system thereby moving from the early days of a sentence, when the emphasis may be on punishment and retribution, to the latter stages, when the emphasis should be on preparation for release".

17 Corte Edu, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, cit.

18 M.K. ADDO-N. GRIEF, "Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?", in *Eur. Journ. Int. Law*, 1998, 512 ss.

La Corte ricorda, come già aveva avuto occasione di rilevare in precedenti pronunce¹⁹ e come ribadisce in successive, che l'accento nella politica penale europea è adesso posto sullo scopo riabilitativo (rehabilitative aim) della detenzione, in particolare nella prospettiva della fine della lunga carcerazione. In tale direzione la Grande Camera valorizza la legislazione e la giurisprudenza costituzionale di diversi paesi europei e non solo²⁰, e, in particolare, adotta l'orientamento della Corte Costituzionale Federale tedesca che concepisce la risocializzazione come condicio *sine qua non* delle pene detentive, incluso l'ergastolo²¹, sancendo che "sarebbe contrario alle disposizioni della Costituzione che riconosce la dignità della persona umana che lo Stato privi con la forza una persona della sua libertà senza darle l'opportunità, in alcun momento, di recuperarla. Questa conclusione ha indotto il Tribunale costituzionale federale tedesco ad affermare che le autorità penitenziarie hanno il dovere di sforzarsi di perseguire la riabilitazione del detenuto e che la rieducazione sia costituzionalmente necessaria in ogni società che si fonda sul rispetto della dignità umana"²².

La Corte Europea anche in sentenze successive insiste nell'enfatizzare che la rieducazione e reintegrazione (risocializzazione) sono diventate un fattore vincolante che ogni Stato membro deve necessariamente prendere in considerazione nel delineare le politiche penali (*Khoroshenko*, § 121)²³, ricordando che il detenuto – come ripetutamente ribadito nella sua giurisprudenza – continua a godere di tutti i suoi diritti e libertà fondamentali, tranne che il diritto alla libertà²⁴. La Corte sottolinea che gli Stati, nel curare che le misure volte a scopi punitivi rispettino il principio di proporzionalità, devono realizzare un corretto bilanciamento tra la risocializzazione e lo scopo punitivo.

19 Cita Corte Edu, *Dickson*, cit., § 75; *Boulois c. Luxemburgo* [GS], 3 aprile 2012, n. 37575/04; da ultimo *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 91.

20 Cfr. I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 274 ss.

21 (see *Vinter*, cited above, paras. 113-118; see the Federal Constitutional Court judgment of 21.6.1977, and along the same lines, the Italian Constitutional Court Judgment No. 274 of 27.9.1987 and the French Constitutional Court Decision No. 93-334 DC of 20.1.1994).

22 *Ibidem*, n. 113.

23 Corte Edu, *Khoroshenko v. Russia* [GC], n. 41418/04, § 121; *Michno v. Lithuania*, 4 dicembre 2018, n. 29826/15, § 67; *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, 8 luglio 2014, n. 15018/11 and 61199/12, §§ 243-46.

24 Corte Edu, *Michno v. Lithuania*, cit., § 68 -9; *Dickson*, cit., § 67, e *Khoroshenko*, cit., § 116.

In particolare in questa sentenza la Corte ha stabilito, proprio alla luce della finalità rieducativa della pena, che l'ergastolo è compatibile con l'art. 3 nella misura in cui esiste sia la "prospettiva della liberazione che la possibilità di revisione", che devono essere concretamente prevedibili nel senso che il condannato deve sapere chiaramente le condizioni e i tempi per accedere alla liberazione; la violazione dell'articolo 3 si potrà ritenere sussistente solo quando si dimostra: (i) che la prosecuzione della detenzione del ricorrente non può più essere giustificata per legittimi motivi penitenziali (come la punizione, la deterrenza, la protezione della collettività o la riabilitazione); e (ii) la pena è irriducibile, *de facto* e *de iure*.

Non solo la Corte Europea riconosce la risocializzazione come funzione della pena, ma addirittura nel caso *Murray v. The Netherlands*²⁵ la considera oggetto di un obbligo positivo da parte dello Stato nel senso che non solo lo Stato deve riconoscere e garantire la rieducazione come finalità della pena²⁶, ma nel senso che ha l'obbligo di intraprendere tutte le azioni positive volte a realizzare tale fine²⁷; tale obbligo positivo si fonda sull'art. 3 CEDU e quindi sul rispetto della dignità umana, diritto assoluto e inderogabile. In tale direzione gli Stati devono prevedere un regime carcerario, in particolare per i condannati all'ergastolo, compatibile con l'obiettivo della risocializzazione e che permetta al detenuto di progredire verso il raggiungimento di quell'obiettivo. Lo Stato, insomma, dovrebbe offrire gli strumenti, i programmi, le condizioni che consentano di perseguire tale obiettivo. È incompatibile con la dignità umana privare una persona di libertà senza consentire a lui o lei di rieducarsi e reinserirsi nella società, cioè senza fornire a lui o a lei i mezzi per la risocializzazione²⁸. Sebbene gli Stati non siano responsabili per il raggiungimento dell'obiettivo della risocializzazione dei soggetti privati della libertà²⁹, hanno il dovere di renderlo possibile (obbligo dei mezzi

25 Corte Edu, 26 Aprile 2016, *Murray v The Netherlands (GC)*, n°. 10511/10.

26 S. MEIJER, "Rehabilitation as a Positive Obligation", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 25, 2017, 159 ss.

27 Sobre las obligaciones positivas cfr. ampiamente, C.TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, in *InDret* 3/2016.

28 *Murray*, cit., § 103. B. MAPELLI CAFARENA, *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Editorial Bosch, 1983, 151.

29 In tale direzione la Corte Costituzionale spagnola SSTC 19/1998, 150/1991, 55/1996; 119/1996.

e non di risultato). I detenuti dovrebbero avere reali possibilità di progredire verso il reinserimento sociale, soprattutto se la loro liberazione dipende da esso (come nel caso dell'ergastolo). Questo può essere ottenuto attraverso l'istituzione e la revisione periodica di un programma individualizzato che incoraggi il detenuto a risocializzarsi per sé stesso, al fine di condurre una vita responsabile. Ciò impedisce che la funzione risocializzatrice della pena sia condizionata dalle mutevoli situazioni che possono vivere gli Stati, come una particolare congiuntura economica o l'ideologia del partito politico al potere³⁰. Lo Stato che non fornisce in modo positivo questa reale opportunità di rieducazione e reinserimento sociale sta violando il suo obbligo di rispettare la CEDU³¹.

Nella sua opinione parzialmente concorrente il giudice Pinto de Albuquerque evidenzia proprio l'obbligo dello Stato di promuovere la risocializzazione con piani individuali e l'obbligo di garantire meccanismi giudiziari, giusti e obiettivi, di revisione della pena verificando la necessità della prosecuzione della detenzione dal punto di vista della funzione della pena; questi due obblighi rappresentano due facce della stessa medaglia. Non solo, ma soprattutto mentre il primo rappresenta una mera obbligazione di mezzi da parte dello Stato, il secondo, - e cioè l'offerta di un piano fattuale di risocializzazione, accompagnata dalla predisposizione dei necessari strumenti concreti volti a favorirla e, quindi, innanzitutto la predisposizione di adeguati trattamenti psichiatrici, psicologici e medici -, rappresenta correttamente un obbligo di risultato e non di mezzi, come emerge dal combinato disposto dei §§ 103 e 111 della sentenza *Murray*.

La Corte Europea non solo fonda la funzione rieducativa sulla dignità della persona umana ex art. 3 CEDU, ma proprio sulla base di tale disposizione negli ultimi anni si è occupata delle misure che incidono sulla libertà residua del condannato, a partire dai regimi speciali sino alle condizioni della detenzione (sovraffollamento carcerario, igiene, condizioni di salute,..) al fine di garantire la loro compatibilità con il perseguimento di tale funzione³². In questa sede ci si limita a ricordare che la Corte ha

30 Cfr. I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 278 ss.; S. MEIJER, *op. cit.*, 161.

31 Corte Edu, *Murray*, cit., § 104; conforme Hutchinson c. Regno Unito [GC], 17 gennaio 2017, n. 57592/08, §§ 42-45.

32 Cfr. A.M. MAUGERI, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sui diritti dei detenuti tra istanze garantiste e compromessi politici*, in *Sul mestiere del*

recentemente condannato l'Italia per l'incompatibilità con l'art. 3 Cedu del regime dell'ergastolo ostativo (art. 4 bis ord. pen., l. 354/'75, introdotto dalla l. 356/'92) che subordina alla collaborazione giudiziaria (art. 58 ter ord. pen) l'accesso alla liberazione, in relazione a soggetti condannati per determinati gravi reati. La Corte, partendo dalla sentenza 313 del 1990 di Corte Costituzionale e dalla funzione centrale della risocializzazione della pena, ricorda che la tutela della dignità umana impedisce di privare una persona della propria libertà senza intervenire contemporaneamente per il reinserimento della medesima persona e senza fornirle la possibilità di essere rimessa in libertà (obbligazione positiva di mezzi, cfr. § 113), anche in considerazione dell'importanza riconosciuta al principio della progressione trattamentale del detenuto³³. Pur riconoscendo la possibilità per gli stati di introdurre meccanismi presuntivi rispetto alla valutazione di pericolosità dei condannati per gravi reati, la Corte ritiene che l'equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale significa ancorare la valutazione di pericolosità al momento della commissione del fatto senza tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi compiuti nel corso dell'esecuzione; la scelta di non collaborare può dipendere dal timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri congiunti, non deriva sempre da una scelta libera e volontaria di adesione ai valori criminali e di mantenimento di legami con l'organizzazione di appartenenza, come già affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 306/1993³⁴. La Corte evidenzia che "la lotta contro questo flagello [la mafia] non può

giudice. Lavori in onore di Paulo Pinto de Albuquerque, a cura di D. GALLIANI, 2020 e giurisprudenza ivi citata; ID., *La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos acerca de los derechos de las personas privadas de libertad: entre garantismo y compromisos políticos*, in C. JUANATEY DORADO – N. SÁNCHEZ-MORALEDA, *Derechos del Condenado y Necesidad de Pena*, Aranzadi, 2018; M. VENTUROLI, *op. cit.*, 149 ss.; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES-V. ZAGREBELSKY, Milano 2011, 299 ss.

33 "§ 111. La Corte osserva che il sistema penitenziario italiano si basa sul principio della progressione trattamentale del detenuto, secondo il quale la partecipazione attiva al programma individuale di rieducazione e il passare del tempo possono produrre effetti positivi sul condannato e promuovere il suo pieno reinserimento nella società».

34 Corte Edu, I sez., 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia (n. 2), ric. n. 77633/16m, in particolare § 108 ss.; cfr. M.S. MORI-V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in «GP», 2019, f. 6; E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in «RIDPP», 2019.

giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane o degradanti" (principio di umanità della pena); l'ergastolo ostativo viola "la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione" (§ 136)³⁵. Il 23 ottobre 2019 la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 bis, c. 1, ord. pen. nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata.

3.1. Il riconoscimento della funzione rieducativa della pena sulla base di altre disposizioni della CEDU.

In alcune sentenze la Corte Europea ha riconosciuto la finalità rieducativa della pena in base a norme diverse rispetto all'art. 3 CEDU, condannando delle situazioni in cui si comprometteva la riabilitazione.

In particolare sulla base dell'art. 5 CEDU nel caso *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*³⁶ il Tribunale ha esaminato la sezione 225 del Criminal Justice Act 2003 (introdotta nel 2005 e abolita nel 2012), una legge del Regno Unito, che prevedeva pene detentive indeterminate per la prote-

35 Con la sentenza del 23 ottobre (4 dicembre) 2019, n. 253, la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 bis, c. 1, ord. pen. nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. In virtù della pronuncia della Corte, la presunzione di "pericolosità sociale" del detenuto non collaborante non è più assoluta ma diventa relativa. Uno degli argomenti fondamentali contro la legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo è rappresentato dalla violazione del principio della rieducazione. Già nella sentenza n. 149/2018 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58 *quater* c. 4 ord. penit., - poiché determina l'"appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 bis ord. penit." -, proprio alla luce della finalità rieducativa della pena; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in «DPC», 2018, n. 7, 146.

36 Corte EDU, 18 Settembre 2012, *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, n. 25119/09, 57715/09 e 57877/09; cfr. SC, 10 Dicembre 2014, *Haney and others, Regina (On The Application Of) v. The Secretary of State for Justice*. Cfr. I.BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 270 s.

zione pubblica in relazione a soggetti che commettono dei crimini che non meritano l'ergastolo, ma manifestano una particolare pericolosità sociale al punto da ritenere troppo pericoloso rilasciarli dopo l'espiazione dell'originale sentenza (come reati sessuali). Accanto, allora, al "punitive tariff" proporzionato alla gravità del crimine, si prevedeva un periodo ulteriore indeterminato da scontare sino a quando il Parole Board riteneva che il detenuto non rappresentasse più un pericolo per la collettività e potesse essere rilasciato. La pericolosità era presunta nell'ipotesi in cui sussisteva una precedente condanna per crimini violenti o sessuali, a meno che il giudice ritenesse la presunzione irragionevole nel caso di specie³⁷. La Corte Europea ha ritenuto che la detenzione indeterminata per la protezione della collettività potesse essere giustificata in conformità con le disposizioni dell'articolo 5 § 1 CEDH (diritto alla libertà), purché fossero stati garantiti gli strumenti per la rieducazione (altrimenti si sarebbe trattato di una limitazione arbitraria della libertà) e, quindi, si sarebbero dovuti offrire ai ricorrenti opportunità ragionevoli per condurre corsi mirati a trattare la loro pericolosità (che invece non sono stati concessi, nonostante il Parole Board lo ritenesse necessario per la loro riabilitazione)³⁸.

Ai fini del presente lavoro, è interessante mettere in rilievo che la Corte, nel valutare l'eventuale arbitrarietà di tale disciplina, prende in considerazione proprio la finalità rieducativa (*rehabilitation*) della pena, che considera, accanto allo scopo centrale di tale normativa e cioè la protezione della collettività, uno scopo implicito. Ciò emerge – ad avviso della Corte - anche dai lavori preparatori, anche alla luce degli "obblighi internazionali" che uno Stato dovrebbe voler rispettare quando introduce una nuova legislazione; nel caso di specie proprio gli obblighi sovranazionali rilevanti stabiliscono che lo scopo essenziale della pena detentiva sia la rieducazione³⁹. La Corte evidenzia, inoltre, che non solo non erano stati offerti gli strumenti necessari per la rieducazione, ma

37 Corte Edu [GC], 24 ottobre 2002, *Mastromatteo v. Italy*, n. 37703/97.

38 Cfr. § 206.

39 § 209: "The court is . . . satisfied that in cases concerning indeterminate sentences of imprisonment for the protection of the public, a real opportunity for rehabilitation is a necessary element of any part of the detention which is to be justified solely by reference to public protection. In the case of the IPP sentence, it is in any event clear that the legislation was premised on the understanding that rehabilitative treatment would be made available to those prisoners on whom an IPP sentence was imposed, even if this was not an express objective of the legislation itself".

a monte la pericolosità dei ricorrenti era per lo più il frutto della mera applicazione di una presunzione.

Sempre in considerazione della finalità rieducativa della pena la Corte Europea ha considerato in contrasto con l'art. 5 l'imposizione di una misura di sicurezza detentiva (§ 66 StGB) prevista nell'ordinamento tedesco, da applicarsi dopo l'esecuzione della pena stabilita nella sentenza di condanna, nei confronti di detenuti pericolosi, ribadendo che una simile sanzione detentiva anche se connessa al timore per la pericolosità del soggetto e per scopi di riabilitazione viola l'art. 9 § 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights⁴⁰. In particolare si evidenzia che se tale misura di sicurezza custodiale fosse effettivamente considerata "una misura terapeutica mirata principalmente alla riabilitazione dei detenuti", il controllo psicologico periodico (che può determinare il rilascio o la diminuzione del periodo di custodia) non sarebbe considerato come una sorta di "graziosa concessione" ai detenuti, ma una caratteristica fondamentale da cui dipende la "funzionalità stessa della detenzione"; il fatto, invece, che tale controllo è considerato solo come espressione dello sforzo volto a ridurre la severità, rivela fino a che punto anche la maggioranza non possa non riconoscere il suo evidente carattere punitivo (§ 102)⁴¹. In tal modo gli scopi della pena detentiva e della custodia di sicurezza finiscono per sovrapporsi: in base alle sezioni 2 e 129 dell'ordinamento penitenziario, la difesa sociale e la rieducazione ("to help the detainees to become capable of leading a socially responsible life outside prison")⁴². La Corte ritiene, infatti, anche in base ad un'a-

40 Corte Edu, *Ilseher v. Germany*, 4 Dicembre 2018, n. 10211/12 e 27505/14, § 75 ss.

41 Corte Edu, 13 dicembre 2011, *M. v. Germany*, ric. n. 6587/04, 86 ss. - 125; 13 gennaio 2011, *Kalweitt v. Germany*, n. 17792/07; 13 gennaio 2011, *Mauter v. Germany*, n. 20008/07; 13 gennaio 2011, *Schummer v. Germany*, n. 27360/04 e 42225/07. Successivamente, con sentenza datata 4 maggio 2011, la Corte di Karlsruhe ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina della custodia di sicurezza postuma, sottolineando in particolare la violazione del principio di proporzione e di *differenziazione tra pene e misure di sicurezza*, invitando il legislatore a modificare detta misura preventiva. In seguito a tale pronuncia, il legislatore che aveva già provveduto ad una riforma nel 2010 - *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* - in seguito alla sentenza della Corte Edu, emanava la legge 5 dicembre 2012 (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*), con la quale recepiva i criteri fissati dal giudice costituzionale, tra l'altro prevedendo istituti appositi e trattamenti terapeutici individualizzati. Corte Edu, 22 marzo 2012, *Rangelov v. Germania*, no. 5123/07 Da ultimo Corte Edu, 4 dicembre 2018, *Ilseher v. Germany*, n. 10211/12 e 27505/14.

42 Corte Edu, *M. v. Germany*, cit., § 132

nalisi alla luce dei criteri Engel, che tale misura rappresenta una pena tra le più severe dell'ordinamento tedesco⁴³, se non la più severa⁴⁴; ne consegue che dovrebbe essere sottoposta alle garanzie del principio di legalità/irretroattività ex art. 7 Cedu⁴⁵. Nonostante il rilievo, comunque, attribuito alla finalità rieducativa, in queste sentenze emerge qualche ambiguità laddove la Corte Edu sembra ritenere che la finalità rieducativa rappresenti una priorità per la misura di sicurezza, e non per la pena detentiva (in cui prevarrebbe la finalità punitiva/retributiva); teoria ben nota nel dibattito italiano in relazione alla distinzione tra pene e misure di sicurezza⁴⁶. Il giudice Pinto de Albuquerque contesta correttamente che a monte la previsione della custodia di sicurezza si pone in contrasto con il principio che la pena debba svolgere la finalità rieducativa⁴⁷.

Nella stessa direzione nel caso di Rangelov c. Germania⁴⁸ la Corte ha ritenuto che rappresentasse una violazione dell'articolo 5 (1) della CEDU (divieto di detenzione arbitraria) e dell'art. 14 CEDU (diritto alla non discriminazione) il fatto che a un detenuto di nazionalità bulgara fosse negato l'accesso a un programma terapeutico, consentito invece al cittadino tedesco, così contribuendo alla continuazione della custodia di sicurezza detentiva per mancato perseguimento dell'obiettivo della rieducazione.

In altri casi la Corte EDU ha difeso la finalità rieducativa contro dei ricorsi nei confronti di uno Stato proprio in conseguenza dell'applicazione di misure risocializzatrici, come permessi premio o la liberazione condizionale, concesse a detenuti condannati per reati violenti, che hanno poi commesso dei reati violenti durante il godimento di tali misure (Alba Bromiley contro il Regno Unito⁴⁹, Maiorano e altri c Italia⁵⁰, Choreftakis e Choreftaki contro Grecia⁵¹). In una delle cause contro l'Ita-

43 Ibidem, § 133.

44 Ibidem, § 132.

45 Ibidem, § 128.

46 Cfr. I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, 1970; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Giuffrè, 1978, 226 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2018, 737.

47 §§ 40 – 41.

48 Corte Edu, 22 marzo 2012, Rangelov v. Germania, no. 5123/07.

49 Corte Edu, 23 novembre 1999, Dawn Bromiley v. the United Kingdom, n°. 33747/96.

50 Corte Edu, 15 dicembre 2009, Maiorano and Others v. Italy, n. 28634/06.

51 Corte Edu, 17 gennaio 2012, Choreftakis and Choreftaki v. Greece, n°. 46846/08.

lia, Mastromatteo c. l'Italia, il figlio del querelante è stato ucciso da due detenuti a cui erano stati concessi dei permessi premio di cui hanno approfittato per fuggire. La Corte ha ritenuto, confortata dalle statistiche fornite dallo Stato convenuto, che i requisiti previsti nel sistema italiano per la concessione dei permessi di uscita garantissero una protezione sufficiente per la società, e non vi era nulla che potesse suggerire che il regime delle misure di reinserimento applicabile in Italia all'epoca dei fatti non fosse conforme all'obbligo di proteggere la vita ai sensi dell'articolo 2 della CEDU.

In un altro caso sempre contro l'Italia e in cui il detenuto che usufruiva del permesso era un ergastolano, la Corte ribadisce gli argomenti esaminati, sottolineando che “la Corte ha riconosciuto il *fine legittimo di una politica di progressivo reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive [corsivo aggiunto]*. Quest'ultima si basa su misure - quali i permessi di uscita temporanea - che permettono il reinserimento sociale del detenuto, anche quando costui è stato condannato per crimini violenti”⁵². Emerge anche in questo caso come la Corte Europea valorizzi la finalità rieducativa della pena, difendendone i meccanismi di attuazione – come i permessi premio, etc. – anche nel caso di un fallimento nel caso concreto.

In altre decisioni la Corte EDU enfatizza sempre l'importanza della funzione rieducativa della pena, ritenendo sulla base dell'art. 8 della CEDU (diritto alla vita familiare) che il successo della risocializzazione può talvolta dipendere dal grado in cui un detenuto può mantenere legami con il mondo esterno, sancendo che i detenuti hanno il diritto di mantenere i contatti con le loro famiglie attraverso visite coniugali e familiari nel rispetto, appunto, dell'art. 8 in questione⁵³ (anche proibire visite lunghe può rappresentare, laddove non necessario, una violazione dell'art. 8 alla luce della finalità rieducativa); fermo restando che la Corte non nega che la limitazione del numero delle visite, la loro supervisione o la sottoposizione del detenuto a speciali regimi possano essere misure necessarie in considerazione della natura del reato e delle caratteristiche specifiche del

Cfr. Su tale giurisprudenza I.BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 271 s,

52 Corte EDU, 15 dicembre 2009, *Maiorano e Altri c. Italia*, n. 28634/06, § 108.

53 Corte EDU, *Khoroshenko v. Russia*, 30 June 2015, n. 41418/04; *Trosin v. Ucraina*, 23 febbraio 2012, n. 39758/05, perché le restrizioni sulle visite di famiglia erano sproporzionate, poiché la valutazione del loro bisogno non era richiesta in base alle circostanze particolari di ciascun detenuto.

detenuto⁵⁴. Lo Stato, però, non è libero di introdurre simili restrizioni, ma si deve limitare a prevedere quelle strettamente necessarie e appropriate⁵⁵.

Nella stessa direzione la Corte⁵⁶ ha recentemente stabilito che non sussiste un diritto a uscire dal carcere per partecipare al funerale del proprio padre, ma che comunque le autorità devono valutare nel merito ciascuna richiesta; l'art. 8 è violato laddove le autorità non hanno bilanciato i contrastanti interessi e hanno basato il loro rifiuto solo sulla mancanza di una disposizione interna che preveda tale diritto⁵⁷. La Corte evidenzia, quindi, che sebbene si possano prendere in considerazione diverse legittime finalità della pena, considerando l'importanza che la funzione rieducativa della pena detentiva ha assunto nella politica penale europea, la decisione deve tenere conto proprio del perseguimento della finalità rieducativa, indipendentemente dal crimine commesso, dalla durata della pena, dal sesso dell'imputato. Proprio il mantenimento dei legami familiari viene considerato "un mezzo essenziale per aiutare la reintegrazione e la riabilitazione di tutti i prigionieri, indipendentemente dal sesso"⁵⁸, così come le uscite dalla prigione facilitano la reintegrazione sociale di tutti i prigionieri⁵⁹.

Sempre sulla base dell'art. 8 e il rispetto alla vita privata e familiare la Corte ha valutato una procedura di espulsione nel caso *Cabucak v. Germany*⁶⁰, prendendo in considerazione anche la finalità rieducativa della pena oltre che l'esigenza di garantire la prevenzione del crimine e di disordini.

O sempre sulla base di tale disposizione convenzionale intesa, però, come espressione del diritto al rispetto della vita privata, la Corte ha stabilito che era stata realizzata una violazione dell'art. 8 CEDU laddove

54 Corte Edu, 23 Aprile 2013, *Hagyó v. Hungary*, n. 52624/10, § 84; *Michno*, cit., § 69.

55 Corte Edu, *Andrey Smirnov v. Russia*, 13 February 2018, n. 43149/10, § 54; *Michno*, cit., § 70.

56 Corte Edu, *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 12879/09, 91 – 92.

57 Corte Edu, *Ēcis*, cit., 91; *Császky v. Hungary*, 21 ottobre 2014, n. 14447/11, § 20; *Feldman v. Ukraine (no. 2)*, 12 gennaio 2012, n. 42921/09, § 35; *Giszczyk v. Poland*, 29 febbraio 2012, 40195/08, § 36, e *Płoski*, 12 febbraio 2003, n. 26761/95, § 38

58 Corte Edu, *Khoroshenko*, cit., § 144

59 Corte Edu, *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 12879/09, 92, che cita *Mastromatteo*, cit., § 72 e *Schemkamper v. France*, 18 ottobre 2005, n. 75833/01, § 31

60 Corte Edu, *Cabucak v. Germany*, 20 Dicembre 2018, n. 18706/16,

si prevedeva la conservazione a tempo indeterminato dei dati relativi ai precedenti penali di una persona e la divulgazione di queste informazioni nei certificati relativi ai precedenti penali, poiché in tal modo si rende difficile per un soggetto accedere a un lavoro quando ha una fedina penale che i potenziali datori di lavoro potrebbero conoscere (*MM v. the United Kingdom*⁶¹). In materia, del resto, la finalità rieducativa è evidenziata dal principio n. 7 (Principle 7 – length and storage of updating of data states) del *Committee of Ministers' Resolution (74) 29 on the protection of the privacy of individuals vis-a-vis electronic data banks in the public sector*.

Tra le misure che devono essere favorite in chiave rieducatrice la Corte Europea prevede anche il diritto alla scolarizzazione e, in generale, all'istruzione o, comunque, a sviluppare nuove competenze in virtù dell'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 20 marzo 1952, nel senso, perlomeno, che si considera arbitraria la negazione di tale diritto laddove esistono strutture disponibili (come la scuola all'interno del carcere), pur non sussistendo – ad avviso della Corte - l'obbligo per le autorità statali di adottare misure per consentire a una persona di ottenere un'istruzione durante la sua permanenza in carcere (*Velyo Velev c. Bulgaria*⁶²).

Qualche riferimento alla rieducazione è presente in due sentenze della Corte Edu che si occupano del diritto di accedere a Internet da parte dei detenuti ⁶³. In una prima sentenza si dichiara la violazione dell'art. 10 della Convenzione per la negazione al detenuto da parte della legislazione estone della possibilità di accedere a taluni siti internet negando il suo diritto a informarsi (la Corte sostanzialmente ritiene che la possibilità di accedere a siti che hanno una sorta di “patente” di sicurezza ai detenuti che intendono svolgere ricerche di tipo normativo - leggi, sentenze, atti - non può subire alcuna restrizione, poiché non appare necessaria in una società democratica); anche la seconda con riferimento all'art. 10 CEDU ⁶⁴ nega la “necessità” in una società democratica di talune limitazioni

61 Corte Edu, *MM v. the United Kingdom*, 13 Novembre 2012, n. 24029/07; cfr. Corte Edu, *Catt v. The United Kingdom*, 24 gennaio 2019, n. 43514/15.

62 Corte Edu, *Velyo Velev v. Bulgaria*, 27 Maggio 2014, n. 16032/07.

63 Corte Edu, *Kalda v. Estonia*, 19 gennaio 2016, n. 17429/10.

64 Corte Edu, *Jankovskis v. Lituania*, 17 gennaio 2017, n. 21575/08.

all'accesso a Internet (siti sicuri) e, soprattutto, fa esplicito riferimento alla rieducazione ritenendo che le informazioni, alle quali il ricorrente vorrebbe attingere, sicuramente potrebbero avere non poca rilevanza per la sua risocializzazione e di conseguenza il reinserimento sociale. La dottrina evidenzia la stretta connessione con l'art. 3 Conv., nel senso che Internet è uno strumento che contribuisce al soddisfacimento della funzione rieducativa della pena in virtù di una stretta e necessaria relazione tra una pena rieducativa, un trattamento conforme alla dignità umana e il diritto di accedere a Internet⁶⁵.

Da quanto esaminato emerge l'impegno della Corte EDU per garantire che l'obiettivo della risocializzazione della pena detentiva sia soddisfatto. È consapevole che le risorse sono scarse e che a volte può esserci una tensione tra la risocializzazione e altri fini della carcerazione, in particolare la protezione della società e la retribuzione. Tuttavia, quando le restrizioni alle possibilità dei detenuti di prepararsi per il rilascio siano arbitrarie o irrazionali, la Corte ritiene che i diritti della CEDU siano violati⁶⁶.

4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di rieducazione.

Nell'ambito della giurisprudenza delle Corti dell'Unione Europea, possiamo ricordare, innanzitutto, delle interessanti prese di posizione che testimoniano come anche in tale contesto la finalità rieducativa viene, più o meno consapevolmente ed espressamente, considerata la fondamentale funzione della pena detentiva⁶⁷.

In tale direzione si è pronunciato nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale Yves Bot nel caso *Trayan Beshkov /Sofyyska rayonna prokuratura*⁶⁸, che ricorda come "la funzione della pena, pur non essendo espressa in quanto tale né nella Convenzione europea per la salvaguardia dei

65 D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in «DPC» 2 maggio 2017, 3 ss. – in particolare 6 (pubblicato in *Le libertà fondamentali nell'era di Internet*, a cura di O. POLLICINO, M. BASSINI, E. APA, T.E. FROSINI, Mondadori, 2017)

66 I. BLANCO, *op. cit.*, 283.

67 Cfr. con toni critici A. MARTUFI, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25(6), 2018, 681 ss.

68 Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 17 maggio 2017, C-171/16, *Trayan Beshkov /Sofyyska rayonna prokuratura*, § 47 ss.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, costituisce tuttavia il vettore di un valore che esprime la concezione sia dei rapporti umani in una società sia della capacità dell'uomo di correggersi e di reinserirsi. Originariamente concepita come vendetta, la pena è evoluta nel senso di una sanzione dapprima vissuta come corrispettivo, poi come riparazione e, infine, – questa è la sua concezione moderna – come diretta a consentire il reinserimento del condannato nella società. La recidiva degli atti delittuosi ha immediatamente posto la questione della sua prevenzione. Ben presto è apparso chiaro che l'allontanamento del reo costituito dalla pena detentiva, pur essendo inevitabile in un certo numero di casi, lungi dall'evitare la recidiva, poteva al contrario favorirla. Così si è sviluppata la funzione di reinserimento (rieducazione) della pena che si ricollega, nella fase della sua esecuzione, al principio fondamentale della sua personalizzazione”. Si riconosce ampiamente che nell'ambito di una concezione moderna della pena, a partire dalla detentiva, la priorità debba essere riconosciuta, nel rispetto della dignità della persona umana, alla risocializzazione che poi, come bene mette in evidenza l'Avvocato, meglio consente di combattere il fenomeno della recidiva e quindi di soddisfare le esigenze di prevenzione.

Sempre l'Avvocato Generale Yves Bot, nel caso *Wolzenburg*⁶⁹ e nel più recente caso *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*⁷⁰, evidenzia che “L'importanza attribuita dal legislatore dell'Unione all'obiettivo del reinserimento sociale è esplicitamente confermata da altri atti del diritto dell'Unione e, in particolare, dalla decisione quadro 2008/909, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, pag. 27) (che si applica del pari, mutatis mutandis, all'esecuzione delle condanne nei casi di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584), il cui articolo 3, paragrafo 1, precisa che essa ha lo scopo di «favorire il reinserimento sociale della persona condannata».

⁶⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 24 marzo 2009, C-123/08, *Dominic Wolzenbug*.

⁷⁰ Conclusioni dell'avvocato Generale YVES Bot, 15 febbraio 2017, C-579/15, *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*, § 34.

Anche in altre pronunce la Corte di Giustizia sottolinea che “dall’articolo 3, paragrafo 1, della decisione quadro 2008/909 risulta che il riconoscimento della sentenza e l’esecuzione della pena da parte di uno Stato membro diverso da quello che ha pronunciato detta sentenza, hanno lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata”⁷¹; e ad avviso dell’Avvocato Generale Yves Bot, a tale finalità deve essere ispirata anche l’esecuzione della pena e cioè “tutte le misure volte, da un lato, a garantire l’esecuzione materiale della pena, quali il mandato d’arresto e, dall’altro, ad assicurare il reinserimento sociale della persona condannata”⁷².

Nella medesima direzione, come evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷³, il motivo di rifiuto facoltativo di esecuzione del mandato di arresto europeo previsto dall’art. 4, n. 6) della decisione quadro 2002/584 (se il mandato è stato rilasciato ai fini dell’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, tale Stato può impegnarsi a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno) “mira, segnatamente, a consentire all’autorità giudiziaria dell’esecuzione di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui è stata condannata (v. sentenze citate Kozłowski, punto 45; Wolzenburg, punti 62 e 67, nonché B., punto 52)”⁷⁴.

Sempre nella prospettiva del rispetto del principio della rieducazione la Corte di Giustizia europea nelle cause riunite C-404/15 e C-659/15 del

⁷¹ Corte di Giustizia (Grande Sezione), 8 novembre 2016, C-554/14, *Atanas Ognyanov*, § 50

⁷² Conclusioni dell’avvocato Generale Yves Bot, 3 maggio 2016, C-554/14, *Atanas Ognyanov*, § 72.

⁷³ Openbaar Ministerie, 2017

⁷⁴ Corte Edu, 5 settembre 2012, *Lopes Da Silva Jorge*, C-42/11, EU:C:2012:517, punto 32, cfr. § 33 in cui si specifica che “Nondimeno, gli Stati membri dispongono di un potere discrezionale certo nell’attuazione di tale disposizione. Infatti, uno Stato membro di esecuzione può legittimamente perseguire un simile obiettivo solamente nei confronti delle persone che abbiano dimostrato un sicuro grado di integrazione nella società di detto Stato (v., in tal senso, sentenza Wolzenburg, cit., punti 61, 67 e 73)”; Conclusioni dell’Avvocato Generale YVES Bot, 15 febbraio 2017, C-579/15, *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*, § 36 - 37.

2016⁷⁵, ha stabilito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo deve essere rinviata se sussiste un rischio concreto di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione dell'interessato nello Stato membro di emissione del mandato⁷⁶. Nei casi citati (cause riunite C-404/15 e C-659/15) nell'ambito della procedura di consegna, il tribunale di Brema rilevava l'assenza di indicazioni convincenti rispetto al fatto che, se consegnato all'autorità giudiziaria ungherese, il condannato non sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 Cedu, nonché coi diritti fondamentali e coi principi generali del diritto sanciti dall'articolo 6 TUE. Il giudice tedesco motivava tale conclusione osservando che l'Ungheria è stata recentemente condannata per violazione dell'art. 3 Cedu a causa dello strutturale sovraffollamento carcerario⁷⁷, fenomeno altresì riscontrato dal Comitato per la Prevenzione della Tortura tra il 2009 e il 2013.

La primaria esigenza di realizzare la funzione rieducativa della pena guida la giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'applicazione della direttiva 2004/38 (sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione) in relazione alla possibilità di adottare una decisione di allontanamento per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza; si afferma che "occorre in particolare ponderare, da un lato, il carattere eccezionale della minaccia di pregiudizio alla pubblica sicurezza a causa del comportamento personale della persona di cui trattasi, ...⁷⁸, alla luce in particolare delle pene previste e di quelle irrogate, del grado di coinvolgimento nell'attività criminosa, della portata del danno e, eventualmente, della tendenza alla recidiva⁷⁹...", e, dall'altro, il rischio di compromettere il *reinserimento sociale* del cittadino dell'Unione nello Stato in cui è effettivamente integrato, reinserimento che rientra non solo nell'interesse

⁷⁵ Corte di Giustizia Ue, Grande camera, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Caldaru*, C-404/15 e C-659/15 PPU.

⁷⁶ Corte di Giustizia, Prima Sezione, ML con l'intervento di Generalstaatsanwaltschaft Bremen, 25 luglio 2018, C-220/18 PPU.

⁷⁷ Corte di Giustizia, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, C-14907/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13; *Vociu c. Romania* (n. 22015/10), *Bujorean c. Romania* (C-13054/12), *Burlacu Constantin Aureliano c. Romania* (C- 51318/12) e *Mihai Laurentiu Marin c. Romania* (C. 79857/12), tutte del 10 giugno 2014.

⁷⁸ Cfr., in particolare, Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, Racc. pag. I-5257, §§ 77-79.

⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 27 ottobre 1977, C-30/77, *Bouchereau*, Racc. pag.1999, punto 29,

di quest'ultimo, bensì dell'Unione europea in generale, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 95 delle sue conclusioni⁸⁰. Sembra assolutamente apprezzabile la concezione positiva di risocializzazione espressa dalla Corte in queste affermazioni all'interno di un'idea di Stato sociale di diritto, che considera il reinserimento sociale dei propri cittadini come un valore positivo e un interesse da perseguire per la stessa Unione Europea.

Un altro settore in cui emerge l'assunzione della funzione rieducativa a faro ispiratore della concezione della pena nell'ambito della giurisprudenza e della legislazione dell'Unione Europea emerge nell'interpretazione della disciplina dell'espulsione in seguito ad esecuzione di pena detentiva ai sensi della direttiva 2004/38; come evidenzia nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale Yves Bot⁸¹ "la decisione del Regierungspräsidium Stuttgart debba non soltanto rispondere alle condizioni imposte dalla direttiva 2004/38, ma anche, trattandosi di una decisione presa quale conseguenza di una condanna penale che si applicherebbe al termine della relativa esecuzione, rispettare i principi fondamentali che riguardano la funzione della pena", principi che vengono fatti rientrare tra i principi fondamentali che proprio per tale carattere costituiscono "una norma comune da cui, nell'ambito dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, le questioni connesse principalmente alla cittadinanza dell'Unione non possono prescindere". Fatta tale premessa l'Avvocato Generale considera proprio la rieducazione la funzione della pena accolta nell'ambito dei paesi membri dell'UE: «Già presente nell'antichità presso i teologi, i filosofi o i teorici, l'idea che una pena debba avere una funzione di reinserimento del condannato è oggi un principio condiviso e affermato da tutti i diritti moderni, in particolare da quelli degli Stati membri»; anzi, in linea con la giurisprudenza della Corte Edu, si ritiene che «il rispetto del principio della funzione di reinserimento della pena non sia dissociabile dalla nozione di dignità umana e, in quanto tale, che esso appartenga alla famiglia dei principi generali del diritto dell'Unione». Si citano a sostegno di tale assunto proprio la raccomandazione sulle regole penitenziarie europee del Consiglio d'Europa del 2006 secondo cui «la detenzione deve essere gestita in modo

80 Corte di Giustizia, C-145/09, *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*

81 Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 8 giugno 2010, C-145/09, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, § 46.

da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà»; il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e firmato a New York il 16 dicembre 1966, che all'art. 10, n. 3, stabilisce che «[i]l regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale»; nonché la giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, il caso *Mastromatteo/Italia* (2002) sopra esaminato in cui la Corte ribadisce che essa “riconosce il fine legittimo di una politica di progressivo reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive. In quest’ottica ravvisa la fondatezza di misure – quali i permessi di uscita temporanea – che consentono il reinserimento sociale del detenuto”⁸². Anche la Corte di Giustizia nel caso in questione ritiene che nell’applicazione della direttiva 2004/38, occorre prendere in considerazione ai fini dell’applicazione dell’ordine di espulsione “il rischio di compromettere il reinserimento sociale del cittadino dell’Unione nello Stato in cui è effettivamente integrato, reinserimento che rientra non solo nell’interesse di quest’ultimo, bensì dell’Unione europea in generale, come ha rilevato l’avvocato generale al paragrafo 95 delle sue conclusioni”⁸³. Alla luce della funzione rieducativa della pena si ritiene eccessiva la decisione di allontanamento alla scadenza di una misura di liberazione condizionale, che è una modalità di esecuzione della pena mirante al reinserimento, in relazione al sig. Tsakouridis, nato e vissuto quasi tutta la sua vita in Germania, per essere stato condannato a sei anni e sei mesi di reclusione per traffico organizzato di stupefacenti⁸⁴.

Nella medesima direzione l’Avvocato Generale Maciej Szpunar ritiene che secondo la “politica penale attuale degli Stati membri” “la risocializzazione del soggetto condannato che consenta al medesimo di ritrovare il proprio posto nella società dopo l’episodio detentivo costituisce la funzione fondamentale della pena”, alla luce della quale decidere sempre sullo status di protezione rinforzato ai fini dell’allontanamento di un cittadino dell’Unione che ha soggiornato nello Stato membro ospitante durante i precedenti dieci anni ⁸⁵. La valorizzazione del principio della

82 Corte Edu, *Mastromatteo*, cit., § 72. 2.

83 § 50.

84 Corte di Giustizia (Grande Sezione), 23 novembre 2010, C-145/09, *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*.

85 Conclusioni dell’avvocato Generale Maciej Szpunar, 24 ottobre 2017, Cause riu-

rieducazione sembra particolarmente meritevole in contrapposizione a quella logica del nemico che sembra spesso ispirare certe politiche nazionali nei confronti degli stranieri e dei delinquenti (già sottoposti a pena), tanto più se stranieri.

In materia di mediazione sono interessanti le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nel caso *Szombathelyi Városi Ügyészség contro Emil Eredics e Mária Vassné Sápi*⁸⁶, che proprio in considerazione della risocializzazione come primaria funzione della pena, ammette il rifiuto della mediazione da parte dell'autore del reato: "considerando che alla pretesa punitiva statale non sono associate soltanto valutazioni inerenti la tutela delle vittime, ma che la pena è rivolta in particolare alla risocializzazione del reo e a finalità preventive, può senz'altro essere ammissibile il rifiuto della mediazione nonostante la presenza del consenso della vittima".

5. Conclusioni.

Il riconoscimento della funzione rieducativa della pena emerge, in conclusione, sia da taluni strumenti normativi, anche di soft law, a livello europeo, sia dalla giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia in materia, che fondano sul rispetto della dignità della persona umana, alla base del divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu e 4 Carta europea dei diritti fondamentali), tale principio. Pur non negando del tutto la concezione polifunzionale della pena⁸⁷, la Corte ha fatto assurgere la funzione rieducativa, limite al potere punitivo, a un diritto fondamentale, nonché oggetto di un obbligo positivo degli Stati che si concretizza nella necessità di offrire strumenti di risocializzazione e di individualizzazione del trattamento⁸⁸.

nite C-316/16 e C-424/16, B contro Land Baden-Württemberg, § 110 - 109

86 Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, 1° luglio 2010, Causa C-205/09 *Szombathelyi Városi Ügyészség contro Emil Eredics e Mária Vassné Sápi*, § 68.

87 Si veda l'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek nel caso *Viola*, § 7, in cui evidenzia che "la pena è uno strumento legale multidimensionale. La risocializzazione del criminale è un obiettivo fondamentale, ma non è l'unico", sottolineando anche la funzione retributiva e deterrente.

88 Cfr. A. MARTUFI, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, 25(6), 681.

Non è possibile un ulteriore approfondimento della tematica in questa sede, ma sia consentito ricordare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia già a partire dalla fine degli anni '60 ha riconosciuto i diritti e i principi fondamentali fondati sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri, tra cui il principio della proporzionalità della pena⁸⁹ – oggi espressamente previsto dall'art. 49 della Carta di Nizza -, che, come ricordato, rappresenta un imprescindibile presupposto del perseguimento della funzione rieducativa della pena; principio che “rappresenta, tra l'altro, parte esclusiva o funzionale del principio di individualizzazione (a seconda della sua coniugazione)”⁹⁰. Tale principio non solo è riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per verificare se la sanzione, in quanto limitazione di un diritto fondamentale, è necessaria e adeguata allo scopo perseguito⁹¹, ma la giurisprudenza comunitaria applicando tale principio ha favorito il rispetto del principio di *extrema ratio* a livello nazionale: «attraverso il ricorso all'art. 10.2 Tr. CE i giudici di Lussemburgo hanno innescato un processo di armonizzazione sanzionatoria che, diversamente da quello realizzato nell'ambito del terzo pilastro, appare teso non già a potenziare il momento repressivo, ma al contrario a valorizzare il principio di *extrema ratio* della sanzione criminale e dunque a favorire la depenalizzazione⁹²». Il principio di proporzionalità della pena assume, poi, un particolare rilievo da quando l'Unione, alla luce delle competenze previste dal nuovo art. 83 del Trattato di Lisbona, può formulare ipotesi di reato.

In connessione con il principio di proporzione un ruolo fondamentale per l'affermazione della funzione rieducativa della pena assumono, inoltre, gli strumenti legislativi, anche di soft law, che incoraggiano l'a-

89 Cfr. A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali della “materia penale” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. GRASSO - R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, 2008, 108 ss.; ID., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 67 ss.

90 M. VENTUROLI, *op. cit.*, 149.

91 Cfr. S. TRECHSEL, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in «RIDU», 1997, n. 2, 234.

92 A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO - R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., 429; CGE, 15 dicembre 1976, C 41/76, *Donckerwolcke*, in *Racc.* 1976, § 1936.

dozione di misure alternative alla detenzione⁹³, al punto che in dottrina si ritiene che “l’asse principale della politica del Consiglio d’Europa in materia di sanzioni penali” è per l’appunto rappresentato dalla “promozione delle (...)...alternative alla pena detentiva”⁹⁴; misure alternative al carcere, – rispetto alle quali si è svolto un processo di armonizzazione sia orizzontale (comparazione), sia verticale a livello europeo⁹⁵ -, che sono funzionali alla rieducazione, non solo perché come minimo evitano gli effetti desocializzanti della pena detentiva, ma soprattutto perché sono mediamente rivolte a favorire la reintegrazione del condannato nel tessuto sociale.

In tale ottica in sede di negoziazione per l’adesione all’Unione da parte di nuovi Stati si richiede sia il rispetto dei valori fondamentali a carattere universale, a partire da quelli riconosciuti nella Carta e nelle tradizioni costituzionali comuni, come il riconoscimento di standard minimi concernenti i diritti delle persone in vinculis, sia la previsione nelle rispettive legislazioni di particolari strumenti sanzionatori non carcerari, come il probation, che trovano una regolamentazione nei testi del Consiglio d’Europa⁹⁶.

Ancora si deve ricordare che anche se talora l’attenzione alla vittima è stata considerata una delle ragioni di un certo populismo penale, neoretributivismo e ipercriminalizzazione⁹⁷, un’altra importante indicazione nell’ottica della affermazione della funzione rieducativa a livello europeo deriva dagli strumenti legislativi che promuovono la *restorative justice*, che tende innanzitutto a responsabilizzare l’autore del reato, primo passo per la rieducazione (ad esempio la raccomandazione del 2003 del Consiglio d’Europa; Direttiva 29/2012/UE; Direttiva 2012/29/UE che cerca di coniugare istanze di specialprevenzione, di risocializzazione

93 Cfr. A. BERNARDI, *L’evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in «RIDPP», 2016, vol. 59, n. 1, 51 ss.; ID., *Linee evolutive delle misure alternative nel panorama europeo*, in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell’esperienza comparata*, a cura di A. BERNARDI-M. VENTUROLI, Jovene, 2018, 3 ss. Cfr. sulla giurisprudenza della Corte Edu a tal proposito M. VENTUROLI, *op. cit.*, 158 ss.

94 P. PONCELA-R. ROTH, *Introduction*, ..p. 6; *Quelles sanctions pour quelle Europe?* in «Archives pol. crim.» 2005, 105 ss.: conforme M. VENTUROLI, *op. cit.*, 138.

95 A. BERNARDI, *op. ult. cit.*;

96 M. VENTUROLI, *op. cit.*, 135.

97 Cfr. C.E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia. Pragmatica e paradigmatica della clausola di extrema ratio*, in «RIDPP», 2018, 1486.

e di deflazione giudiziaria, restituendo al diritto penale il suo naturale ruolo sussidiario).

Il cammino verso l'affermazione della funzione rieducativa si dovrebbe accompagnare, infine, a un più pieno e assoluto riconoscimento – rispetto quanto già affermatosi nella giurisprudenza delle Corti europee⁹⁸ - di un altro principio fondamentale della materia penale che purtroppo non trova espressa affermazione né nella Convenzione Edu né nella Carta di Nizza, e cioè il principio di colpevolezza, che rappresenta il presupposto per il corretto perseguimento della funzione rieducativa della pena⁹⁹.

98 Sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali*, cit., 130 ss.; *La nozione e i principi della “materia penale” nella giurisprudenza delle corti europee*, in: (a cura di) B. MONTANARI, *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale* Tomo II, Giappichelli, 387 ss.

99 Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, op. cit., 326 – 802 ss.

ANCORA SUL 'DIRITTO PENALE MINIMO' (NELL'EPOCA DEL DIRITTO PENALE 'MASSIMO' E 'TOTALE').

Nicola Mazzacuva

1. Nell'attuale stagione del diritto penale non è certo passata inosservata nell'ambito del dibattito dottrinale¹ la nuova disposizione introdotta nell'art. 3-bis (*'Principio della riserva di codice'*) del Libro primo, Titolo primo (*'Della legge penale'*), del Codice; norma, invece, completamente negletta in ambito politico ove, attualmente, istanze di garanzia ovvero di 'riduzione/delimitazione/concentrazione' del sistema punitivo sono pressochè completamente inesistenti.

Probabilmente il periodo di separazione della politica dal diritto (e dalla riflessione degli studiosi) è ancora abbastanza lontano dal concludersi, ma ciononostante ritengo sia sempre necessario muoversi 'controcorrente', quantomeno per segnalare la costante e puntuale 'trasgressione' di principi (giuridico-politici) fondamentali.

In effetti, non può certo considerarsi superato l'insegnamento² che ha puntualmente ricavato dalla Carta fondamentale la «precisa volontà di ridurre la sfera dell'illecito penale». A tale conclusione si perveniva a seguito di una lettura 'restrittiva' della riserva di legge in materia penale

1 Basta richiamare, per tutti, M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, *Diritto penale e processo*, n. 4/2018, 429-445; ID., *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, «LP», 2018 (20.11.18, approfondimenti), 1-28; ID., *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in «SP», 21.9.2020, 1-23; E.M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, «RIDPP», 2019, 397 ss.; M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, «DPC», n. 5/2018, 136 ss.; C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, *Criminalia*, anticipato in «Discrimen» 9.3.2020, spec. 24 ss.; S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, «RIDPP», 2020, 423 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

2 Mi riferisco alla fondamentale opera di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), già in *NssDI*, XIX, 1973 e poi anche in *Scritti di diritto penale* (a cura di S. CANESTRARI- A. MELCHIONDA), vol. I, Tomo I, Giuffrè, 1997, 539 ss.

assieme alla segnalazione della evidente inconciliabilità del canone di tassatività con l'inflazione del diritto penale; un tale assunto è di intuitiva evidenza: quanto più si infoltisce il novero (che, oggi, non si riesce neanche a esattamente quantificare) degli illeciti penali, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dall'illecito (penale), nonché le varie possibili sfumature della tipologia punitiva.

Non solo: il principio di tassatività impone che la pena sia applicabile solo nel caso di realizzazione di tipi di condotta espressamente previsti dalla legge con l'indicazione dei loro elementi descrittivi e normativi. Il principio di tassatività esclude, poi, l'applicazione analogica della legge penale ed impone una tecnica legislativa che permetta la massima oggettività del processo di concretizzazione giudiziale delle fattispecie delittuose, la limitazione delle clausole generali e degli elementi normativi delle fattispecie attraverso rinvii a valutazioni sociali e a norme la cui esistenza e il cui contenuto siano empiricamente controllabili.

Lo stesso carattere 'personale' della responsabilità penale costituisce connotato strutturale e modale dell'illecito penale in ugual senso sintomatico, così come la funzione rieducativa della pena implica necessariamente una delimitazione dell'illecito penale ad una sfera selezionata di valori.

Il principio del '*primato della legge penale sostanziale*' ha lo scopo di assicurare l'estensione delle garanzie contenute nel principio di legalità alla posizione dell'individuo in ognuno dei sottosistemi in cui può essere suddiviso il sistema penale e, cioè, con riguardo all'attività di polizia, al processo ed all'esecuzione della pena.

A titolo esemplificativo si possono indicare tra le conseguenze del primato della legge penale sostanziale nei diversi settori indicati: la tutela dei diritti di libertà nei confronti dell'azione degli organi di polizia; i diritti degli imputati e dei condannati; l'indipendenza e l'inamovibilità dei giudici penali; il rispetto del principio della prova nella definizione della verità processuale; i limiti del potere disciplinare degli organi preposti all'esecuzione della pena.

Bisogna, poi, anche oggi considerare i già delineati 'principi intrasistematici' del minimo intervento penale e, in particolare, quelli concernenti la 'limitazione funzionale'.

Così, il '*principio della risposta non contingente*' segnala che la legge penale è un atto solenne di risposta a conflitti e problemi sociali fondamentali rappresentabili come generali e duraturi in una società. Il procedimento che conduce ad essa deve, pertanto, consentire un esauriente dibattito nelle assemblee legislative e deve essere accompagnata da un'analisi approfondita e da una vasta discussione (anche pubblica).

La legge penale, quindi, non può essere una risposta immediata, di natura 'amministrativa', come è invece frequente nella prassi.

Va anche drasticamente contenuta la tendenza alla cosiddetta amministrativizzazione del diritto penale.

Con questo termine si indica il proliferare incontrollato e non pianificato di norme penali che costituiscono solo elementi secondari e complementari all'interno di leggi non penali. Il criterio generale è quello dell'autonomia della risposta penale; essa, di regola, deve costituire il contenuto principale del provvedimento legislativo e non, come spesso avviene, solo un'ulteriore linea di intervento rispetto alla regolamentazione (extrapenale) di volta in volta introdotta.

Ancora il '*principio di idoneità*' obbliga il legislatore ad uno studio attento degli effetti socialmente utili che si possono attendere dalla pena; non sussistono le condizioni per l'introduzione di una pena se, alla luce di un rigoroso controllo empirico basato anche sull'analisi degli effetti di norme corrispondenti in altri ordinamenti, di norme analoghe dello stesso ordinamento e su metodi attendibili di prognosi sociologica, non appaiono provati o altamente probabili risultati socialmente utili.

Occorre, altresì, sempre considerare il '*principio di sussidiarietà*' secondo cui una pena può essere comminata soltanto nel caso in cui è possibile riscontrare che non esistono altri interventi diverso da quello penale per far fronte all'eventuale violazione di diritti: non basta, così, aver comprovato l'idoneità della risposta penale, ma occorre anche dimostrare che essa non sia sostituibile con altri interventi di minor costo sociale.

E, appunto, nella relazione al dlgs. n. 21/18 (che ha introdotto, nella parte generale del Codice, l'art. 3 bis) si segnalava l'importanza di «una norma di principio che riserva al codice un ruolo propulsivo di un processo

virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo, secondo un ragionevole rapporto fra rilievo del bene tutelato e sanzione penale».

Va peraltro osservato - come veniva sottolineato nella stessa Relazione - che «una disposizione sulla riserva di codice inserita nel codice penale e non nella Costituzione costituisce un argine alquanto labile all'espansione poco meditata del diritto penale, trattandosi di norma ordinaria e non di rango costituzionale; ma è pur vero che, inserita nella parte generale del codice penale, si eleva a principio generale di cui il futuro legislatore dovrà necessariamente tenere conto, spiegando le ragioni del suo eventuale mancato rispetto».

E, in effetti, si è autorevolmente sostenuta la «necessità di una lettura 'costituzionalmente orientata' dell'art. 3-bis c.p., nel senso che la *riserva di codice* non "esprime" semplicemente, ma "legifica" - conferendo a essi la *forma* di legge, ma anche il *contenuto* giuridico *minimo*, necessari perché esistano in un determinato campo applicativo - i *principi di legalità-determinatezza e di ultima ratio* rispetto (non al sistema sanzionatorio, al rapporto con le sanzioni amministrative, alle clausole generali etc., ma) alla "*costruzione del sistema*" penale: il primo (*determinatezza e legalità-riconoscibilità*), perché un sistema decodificato e acefalo ("decostruito") produce incoerenza, particolarismo giuridico, irriconoscibilità e inconoscibilità delle regole, violando in definitiva la sufficiente determinatezza e il requisito della riconoscibilità dei precetti; il secondo (*ultima ratio*), perché la decodificazione è un moltiplicatore di fattispecie oltre la necessità, causando quell'inflazione di sistema che è l'opposto del diritto penale come *extrema ratio*.

Un legislatore ordinario che disattendesse sistematicamente la regola dell'art. 3-bis c.p. potrebbe incorrere in una censura di illegittimità costituzionale nella costruzione del sistema penale. Questo è l'esito *giuridico* della lettura dell'art. 3-bis c.p. come regola sub-costituzionale»³.

Occorre, poi, sempre far capo, tra i 'principi limitativi' propri del diritto penale, al '*principio di responsabilità*' in base al quale va respinta qualsiasi possibile declinazione di un diritto penale dell'autore. Nessu-

3 Così, testualmente, da ultimo M. DONINI, *Perché il codice penale*, cit., 16.

na responsabilità penale può farsi derivare da caratteristiche personali dell'imputato sussumibili in un tipo di autore, ma unicamente da caratteristiche del comportamento che lo rendano riconducibile ad un tipo di reato previsto dalla legge e imputabile ad un atto volontario.

E forse (anche a mò di provocazione dialettica) si possono richiamare i contenuti⁴ delle istanze (sia pur minoritarie) in chiave di 'abolizionismo' ovvero di 'riduzionismo' del diritto penale.

Per abolizionismo penale si intende, oggi, soprattutto far riferimento ad una critica radicale dell'intero ordinamento penale unitamente ad una proposta politica volta 'a fare a meno' del sistema punitivo.

Per chiarezza possiamo definire questa posizione come abolizionismo penale radicale, se non altro distinguendola da due diverse e limitrofe posizioni.

La prima, più conosciuta in Italia, circoscrive l'obiettivo della propria critica e della propria azione politica nei confronti della sola istituzione carceraria: questa posizione può essere definita di 'abolizionismo istituzionale'.

La seconda - assai diffusa nel mondo dei penalisti e oggi recepita anche dal movimento internazionale di riforma penale - è quella che milita in favore di un 'contenimento', di una drastica 'riduzione' della sfera del giuridico-penale (posizione questa che possiamo, appunto, definire di 'riduzionismo penale').

È indubitabile che la prospettiva dell'abolizionismo penale radicale finisca per ricomprendere anche l'altra, ma solo nel senso che obiettivi parziali vengono assorbiti da un obiettivo totale. Ma non nel senso che chi si orienta verso questi obiettivi 'parziali' in qualche modo ancora concorra ovvero partecipi, sia pure 'limitatamente', al perseguimento dell'obiettivo totale. Si può teorizzare l'abolizione del carcere, ma non per questo condividere un'ipotesi di abolizione del diritto penale; ancora di più: si può operare per una riduzione del diritto penale nella convinzione dell'essenzialità e necessità del sistema della giustizia penale.

⁴ Così come già sintetizzati, ad esempio, da F. BRICOLA, *Dispensa per il Corso di Istituzioni di diritto penale* (si rinvia a quella aggiornata a cura di F. SGUIBBI E N. MAZZACUVA, Pàtron, 1994, 241 ss.).

Affatto paradossalmente, anche se più difficilmente, può verificarsi la medesima situazione di 'incompatibilità' al contrario.

Ad esempio, chi condivide le ipotesi di abolizionismo penale radicale può non vedere di buon grado una politica volta all'ampliamento delle misure alternative alla pena detentiva, ritenendo questa politica «pericolosa» in quanto capace di razionalizzare e di rilegittimare il sistema penale stesso. E lo stesso dicasi, per motivi non dissimili, a proposito della differenza mostrata dagli abolizionisti radicali nei confronti del movimento di riforma penale incentrato sull'idea garantistica di un ritorno del diritto penale alla sua 'originaria' funzione di *extrema ratio*.

Considerando l'impianto teorico della riflessione abolizionista, si possono evidenziare le enunciazioni 'forti' della critica al sistema penale:

a) il sistema penale si è mostrato inadeguato - vuoi teoricamente, vuoi empiricamente - nei confronti degli scopi utilitaristici che si è, volta per volta, assegnato a fare corso dalla seconda metà del XVIII secolo. Se ha dichiarato, ad esempio, di volere perseguire uno scopo correzionale (la rieducazione del condannato) esistono oggi, sia sul piano della riflessione filosofica sia su quello della ricerca criminologica empirica, elementi inoppugnabili capaci di svelare l'inconsistenza teorica e pratica della prevenzione speciale;

b) il sistema penale neppure realizza finalità di prevenzione generale e di deterrenza in quanto i risultati di ricerche empiriche, nonché di riflessioni teorico-scientifiche, sono ormai nel senso di negare la realizzabilità anche di questi scopi;

c) il sistema penale non è solo, quindi, 'fallimentare' rispetto agli scopi così detti 'manifesti', ma oggi, nelle società avanzate, è anche alquanto problematico individuare con sicurezza quali siano invece gli scopi 'latenti' ovvero 'nascosti': insomma le funzioni reali e non ideologiche del sistema della giustizia penale.

Per queste ragioni il movimento abolizionista giunge a parlare del sistema della giustizia penale come del 'vero problema sociale' e non certo come del mezzo atto a risolvere i problemi sociali.

Le obiezioni da molti avanzate in favore della 'ineluttabilità' del sistema penale, nel senso che sempre ed ovunque è dato ravvisare nelle diverse organizzazioni sociali - dalle più semplici alle più complesse - fenome-

ni di punizione, di irrogazione di sofferenza, nei confronti di chi viola determinate norme sociali, si svelano deboli, se non inconsistenti, agli occhi dei teorici dell'abolizionismo.

Affermare che di regola le società puniscono (danno sofferenza a) chi viola determinati precetti sociali non è né storicamente, né antropologicamente, rispondente al vero; ed anche se lo fosse (nel senso che ciò avviene nella maggioranza dei casi) è cosa assai diversa riconoscere la presenza di istanze punitive nelle società ed affermare che ogni consorzio sociale ha conosciuto un sistema di pene legali comminate attraverso procedure tipiche da parte di organi burocratici e specializzati.

Insomma: il sistema della giustizia penale, nella sua complessità, non è per gli abolizionisti la forma più 'avanzata' e 'progredita' di originari e primitivi sistemi di punizione.

2. Considerando, ora, situazione attuale della '*legalità penale*' si può senz'altro convenire sul fatto che l'ordinamento vigente si regga oggi su di un canone, se non quasi evanescente, senz'altro fortemente traditore della sua connaturale istanza di garanzia: ciò in quanto il nostro sistema positivo risulta letteralmente sommerso da un'incontrollabile moltitudine di norme incriminatrici che rende impossibile non solo conoscere tutti i reati '*legalmente*' previsti, ma financo calcolarne l'esatto numero.

Mi riferisco, appunto, all'enorme quantità di figure criminose che connota ormai l'immensa (neppure precisamente '*quantificabile*') parte speciale del diritto penale.

Anche e proprio per il suo '*gigantismo*' può oggi essere ribadito che, in effetti, la parte speciale rappresenta il '*vero e proprio diritto penale*':⁵ tutt'altro che minimo; tutt'altro che *extrema ratio*.

E indubbiamente la continua proliferazione di reati costituisce importante fattore – assieme ad altri – non solo di perdita di '*legalità*', ma di crescita abnorme del numero dei procedimenti penali, con lunga ed irragionevole durata degli stessi.

Risulta, altresì, agevole notare come l'ampliamento del diritto penale derivi anche dagli esiti cui si perviene nella fase applicativa.

⁵ Appunto secondo la notissima (e risalente) definizione di G.D. PISAPIA nella sua, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giuffrè, 1948.

Se davvero il primato della libertà costituisce la regola, mentre il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione, diviene difficile giustificare l'odierna dilatazione (anche) 'interpretativa' dell'intervento punitivo.

Perché anche di questo si tratta: l'attività interpretativa meritevole di riflessione è proprio quella che (in sede giurisprudenziale) comunque 'estende' il diritto penale legislativo.

Sia che si operi surrettiziamente mediante il ricorso (vietato) all'analogia, sia che si operi tramite la (consentita) interpretazione estensiva, il risultato applicativo spesso consiste, appunto, nell'ampliamento delle possibilità di punizione offerte dal tipo normativo di volta in volta considerato.

Si fa ormai riferimento ad «*un nuovo idolo: il diritto vivente*»⁶.

Vecchie istanze riduzioniste del diritto penale vengono, così, contraddette assieme al principio di precisione che deve connotare la norma incriminatrice. Sembra essere davvero fuori tempo la (condivisibile) osservazione che rinviene nel principio di certezza del diritto anche l'esigenza che il sistema penale sia preciso e determinato nel suo complesso; che l'area dell'illecito penale sia contenuta e ristretta entro un numero davvero limitato di fatti legislativamente descritti e rappresentati. Invero, quanto più si infoltisce la gamma dei reati anche in chiave interpretativa, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dal penalmente illecito, nonché la stessa tipologia dei comportamenti puniti ovvero - secondo un nuovo, emergente 'canone' - di prospettarsi la 'prevedibilità' di un successivo mutamento interpretativo giurisprudenziale di tipo punitivo⁷.

Del tutto inattuale e comunque scarsamente significativa risulta, per converso, l'interpretazione analogica (senz'altro legittima) ovvero

6 In questi termini, G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, «RIDPP», 2016, 2001.

7 Giustamente si osserva che "il richiamo al testo come nodo cruciale dell'interpretazione e dell'applicazione si è dissolto. Rileva la prevedibilità della decisione giudiziale sul caso concreto, e i parametri a disposizione del cittadino per prevedere quale sarà la decisione giudiziale circa la propria condotta non si esauriscono certo nel testo, ma sono eterogenei e comprendono i precedenti giurisprudenziali, il contesto normativo anche non legislativo, e perfino il sentire sociale del momento storico" (così F. SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, BUP, 2016, p. 84). In argomento vedi, altresì, diffusamente F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, «DPC», 19 dicembre 2016.

'estensiva' nella prospettiva del *favor rei*: oggi al diritto penale si richiede, infatti, sempre maggiore punizione e ciò impone che siano bandite (deplorevoli) soluzioni ermeneutiche di 'depenalizzazione'.

Il fenomeno costituito dall'interventismo penale applicativo trova un fondamento anche nella 'incertezza' dei nuovi tipi legislativi e nella (sempre più) evidente 'precarietà' della norma incriminatrice.

Si osserva, infatti, che l'idea illuministica della legge come norma stabile, della legge come codificazione dei valori e dei principi sarebbe decisamente tramontata. La norma, anche penale, nasce come un manufatto da elaborare, da verificare: diventa sì vigente, ma viene poi affidata alla realtà pratica per il suo rodaggio. La legge nasce già come sperimentale e si affida all'inevitabile verifica pratica⁸.

Risulta, così, davvero molto delicato il rapporto tra legge (penale) e magistrato/interprete (penale) in quanto non è solo il giudice, ma - per vero - sempre più spesso il pubblico ministero e la stessa polizia giudiziaria che segnalano, già nella fase, divenuta ormai cruciale, delle indagini preliminari, i nuovi possibili canoni interpretativi ritenuti adeguati al comune sentire che non si vede trasfuso (presente) nella norma incriminatrice di volta in volta considerata.

Da ultimo si assiste, altresì, proprio ad una nuova rincorsa verso la pena carceraria (quale possibile - se non certo - 'derivato' di interventi legislativi aventi ad oggetto spesso soltanto il trattamento sanzionatorio).

Un diffuso incremento delle pene edittali connota, infatti, le soluzioni oggi prescelte dalla 'politica' sempre bisognosa di ottenere (già ovvero soltanto) per questa via consenso 'popolare'. E i nuovi (più elevati) moduli sanzionatori provocano necessariamente ulteriori applicazioni di pena carceraria: sia quale custodia preventiva, sia quale pena definitiva.

Altro che progetti ovvero proposte di eliminazione della pena carceraria perpetua (ergastolo); altro che progetti (basta ricordare il cd. 'Progetto Grosso' del 2000) di riduzione dei 'massimi' delle pene detentive così come delineati nel codice Rocco: sistema normativo evidentemente ritenuto oggi financo 'mite' nelle commisurazioni edittali della pena tanto

⁸ In argomento si rinvia ai puntuali rilievi di F. SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale*, cit., 83.

da imporre – nei più diversi settori oggetto di recenti riforme legislative – soluzioni *'in pejus'* connotate, appunto, dall'innalzamento dei limiti (minimi e massimi) del trattamento sanzionatorio.

Soprattutto negli ultimi anni il legislatore è intervenuto in modo apertamente strumentale a contingenti declinazioni politiche della questione criminale.

Si è parlato, di recente, di vere e proprie *'pene elettorali'* riferendosi all'impronta sempre maggiormente punitiva che ha connotato e contraddistingue i manifesti programmatici dei più diversi schieramenti politici, messi continuamente alla prova dalle ricorrenti tornate elettorali: e la materia penale costituisce ormai uno dei migliori prodotti da offrire al pubblico al momento del voto.

In ambito dogmatico si parla a ragione di un diritto penale che ormai vive *'un rapporto nevrotico con il sistema politico'* ciò in quanto l'impiego del diritto penale viene, appunto, ormai sempre modellato in chiave *'populista'* per ottenere facile consenso, piuttosto che essere ispirato ad istanze razionali di politica criminale.

Soluzioni orientate ad una maggiore punizione contraddistinguono ormai anche il diritto penale applicato nel momento di commisurazione della pena.

La *'pena concreta'* ha costituito, invero, proprio l'ultimo bastione della resistenza giurisprudenziale alle spinte irrazionali mosse dall'allarme sociale (indotto o reale) rispetto ai più diversi illeciti. Forse condizionata anche dalla dottrina penalistica e dagli studi criminologici, che non hanno mai mancato di segnalare limiti e vizi (anche molto gravi) della pena detentiva, la magistratura è stata spesso abbastanza cauta nella determinazione della misura dell'effettiva sanzione da applicare.

È stata abbastanza cauta, per l'appunto.

Credo, purtroppo, che l'avvitamento repressivo si stia producendo oggi anche in ordine all'entità concreta della pena (di volta in volta) inflitta. Si criticano, e persino si processano, i *'cattivi punitori'* (cioè i magistrati *'responsabili'* di non aver inflitto pene severe), di modo che risulta sempre più difficile (giuridicamente/politicamente) anche per il giudice

seguire soluzioni dettate da un approccio razionale o scientifico divenendo, invece, sempre più 'facile' assecondare le più diverse istanze di maggiore severità punitiva.

E così si perviene ad un singolare esito neppure immaginabile nella stagione 'progressista' del diritto penale orientato ai valori e ai principi costituzionali.

Lungi dal muoversi nella prospettiva del diritto penale minimo (ovvero - se si vuole - della riserva di codice), l'attuale fase ben si può definire come quella del '*diritto penale massimo*'⁹ capace di raggiungere sempre nuovi traguardi come quelli rappresentati - da ultimo - dall'incremento dei termini di prescrizione (con buona pace del principio costituzionale e convenzionale di ragionevole durata del processo) e dall'estensione delle misure di prevenzione, emblematico settore espressione - da sempre - del cedimento di ogni pur minima garanzia.

Ma sono le generali e fondamentali 'strutture'¹⁰ del diritto penale ad essere completamente ribaltate.

Dal 'diritto penale minimo' si è, appunto, giunti al '*diritto penale massimo*'; dalla tipicità/tassatività/legalità del fatto previsto come reato alla norma 'elastica' da affidare al diritto penale giurisprudenziale; dalla predeterminazione del fatto previsto come reato alla (mera) 'prevedibilità' del fatto-reato; dalla presunzione di innocenza alla 'presunzione' di colpevolezza; dall' '*in dubio pro reo*' all' '*in dubio pro repubblica*'; dalla pena proporzionale alla pena fissa e alla sua inevitabile 'certezza'; dalla pena non perpetua a quella (perpetua) 'fino alla morte'; dalla funzione rieducativa della pena a quella soltanto afflittiva in carcere, financo indicato come luogo di 'marcescenza'; dalla colpevolezza alla 'responsabilità senza colpa'; dalle cause di estinzione del reato a nessuna estinzione per amnistia o prescrizione, ma soltanto 'per morte del reo'; dalle leggi di depenalizzazione a quelle di incremento del numero dei reati.

9 Mi permetto, a titolo meramente esemplificativo, di rinviare al mio, *Il 'diritto penale massimo' tra incremento dei tipi punitivi e 'addizioni' giurisprudenziali*, in (a cura di) A. CADOPPI, *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017, p. 311 ss.; nonché ancora al mio, *Le ragioni della clemenza nell'epoca del 'diritto penale massimo'*, in S. ANASTASIA -F. CORLEONE -A. PUGIOTTO (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Ediesse, 2018, 199 ss.

10 Penso, tra l'altro, a quelle recentemente delineate da A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2018.

Le odierne politiche penali populiste non si preoccupano di eventuali garanzie per il reo (altro che diritto penale come *'Magna Charta del reo'*¹¹ come voleva von Liszt), ma tendono proprio a sacralizzare la vittima. Lo stato non si sostituisce più alle vittime, ma si identifica con esse, se non altro per scongiurare qualsiasi 'complicità' sospetta con il reo; mentre proprio il passaggio dal diritto penale privato - di impronta vendicativa - al diritto penale pubblico è avvenuto proprio attraverso la cd. 'neutralizzazione' della vittima¹².

Ma, conclusivamente, occorre senz'altro rimarcare il totale abbandono di ogni prospettiva di (assolutamente necessaria e sempre attuata) lettura 'integrata' dal diritto penale, coniugato, appunto, con gli altri saperi (anzitutto quelli criminologici e sociologici) che trattano la 'questione criminale'.

Ne deriva che la criminalità *«cessa sempre più di essere oggetto di conoscenza in una prospettiva causale e quindi, alla fine, cessa di essere oggetto di conoscenza tout court (...) dalla criminalità quindi non ci si difende sconfiggendone le cause, per la semplice ragione che l'azione criminale non è l'effetto di alcuna causa in particolare, personale o sociale che sia. Dalla criminalità – come realtà nociva – ci si difende (...) neutralizzando selettivamente i «nemici»»*.

È indubitabile che l'ideologia della neutralizzazione selettiva, e soprattutto preventiva, sia costretta sovente a fare ricorso ad *«una lettura del criminale come «altro», come assolutamente 'diverso' (...) nei cui confronti viene bandito sia ogni sentimento di comprensione, sia ogni scrupolo garantista nella repressione (...) accanto quindi ad una 'criminologia della vita quotidiana', si sviluppa anche una 'criminologia dell'altro', un discorso sul criminale come nemico la cui pericolosità non può essere in altro modo 'gestita' se non attraverso la sua neutralizzazione; e per metterlo nella condizione materiale di non nuocere, alla fin fine non necessita neppure conoscerlo più di tanto»*.

E, in ultima istanza, il passaggio nella politica criminale da un modello inclusivo ad uno esclusivo è segnato dal negare progressivamente alla

11 Principio opportunamente richiamato, da ultimo, da G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, VIII ed., Giuffrè, 2019, 8.

12 Vedi, ora, sul punto E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020, 184 ss.

criminalità la dimensione stessa di 'questione': «*nulla di problematico, quindi, che debba essere studiato, capito ed eventualmente risolto aggredendone la cause*».

Non esiste infatti «*alterità possibile alla normalità del presente disordine sociale. Accettato aprioristicamente questo ultimo, la criminalità è solo un inevitabile costo sociale che va combattuto 'militarmente'*».

E, infatti, l'efficacia delle politica criminale si misura oramai soltanto «*attraverso veri e propri bollettini di guerra: quanti nemici sono stati neutralizzati (vedi enfasi sui tassi di carcerizzazione); quanti soldati posso mettere in campo e quanto mi costano (vedi enfasi sui costi della giustizia penale e forze di polizia); quali e quanti territori sociali e urbani ho liberato o sono stati dal nemico occupati (vedi enfasi sui tassi di delittuosità diminuiti o aumentati nella loro disaggregazione territoriale)*».

Una singolare criminologia, che «*non ha più come referente organizzativo del proprio statuto di sapere, i devianti e i criminali, ma l'amministrazione – sovente solo contabile – di uno stato di belligeranza permanente*»¹³.

Un singolare diritto penale 'massimo' che, così, diventa (anche) 'totale' perché «*ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall'intervento punitivo che vi si insinua*» e, soprattutto, perché «*è invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale*»¹⁴.

Ecco perché, nonostante sia oggi messaggio 'controintuitivo' (e, anzi, appunto per tale motivo), occorre senz'altro riproporre la prospettiva del 'diritto penale minimo' anche e proprio valorizzando tutte le potenzialità offerte dalla nuova disposizione (art. 3-bis) opportunamente inserita all'esordio della Parte generale del codice.

13 Nei termini, così netti ed efficaci, riportati ampiamente nel testo si è espresso M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica, Postfazione*, Il Mulino, 2018, 328-338, *passim*.

14 Così, da ultimo, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, 2019, 230.

QUEL CHE RESTA DI «MAFIA CAPITALE»

Enrico Mezzetti

1. Prologo: dal fenomeno mass-mediatico alla questione tecnico-giuridica. Le buone regole che governano una seria e rigorosa attività scientifica in materia penale, sempre delicata e tuttavia esposta a strumentalizzazioni demagogico-politiche, insegnano che si dovrebbe sempre rifuggire dal dare adito ad istanze polemiche di sapore moraleggiante o, peggio ancora, politicamente condizionate nella valutazione dei fatti di reato: eppure la vicenda c.d. di «Mafia capitale» pare irresistibilmente attratta da questa ‘calamita’, trainata da un incessante dibattito alimentato da un imponente reflusso mediatico. Di recente, in un’invettiva¹ - non la prima per la verità – pubblicata, con toni polemici vicini al parossismo, su un quotidiano *on line* si è addirittura arrivati a parlare, al proposito, di «calunnia capitale», nella quale dal «delirio» che si era inizialmente affacciato nella ricostruzione della vicenda giudiziaria, dopo la pubblicazione delle motivazioni della sentenza della Cassazione² che ha illustrato le ragioni per le quali, ad avviso dei giudici di legittimità, non si poteva parlare di associazione di tipo mafioso nel caso in esame, si è passati a concludere che «non era Mafia capitale, non era nemmeno mafia e basta, sembra solo miseria» e che, in tal modo, «ci siamo giocati Roma» per pochi soldi, determinando, di fatto, un irre recuperabile danno d’immagine alla capitale del Paese.

D’accordo o meno che si possa essere con tale ricostruzione, è però indubbio che la questione oggetto di queste riflessioni deve essere rimessa nella sua più giusta collocazione, ri assemblando i pezzi di un puzzle che ha fatto smarrire le più elementari coordinate di un’equa ricostruzione del quadro giuridico-penale che esce da tre gradi contrastati di giudizio che hanno visto proporsi su tale fatto tesi contrapposte fra le più disparate. D’altra parte decine di pagine di capi di imputazione, più di duecento udienze, centinaia di testimoni e migliaia di utenze inter-

1 M. FELTRI, *Calunnia capitale*, in www.huffingtonpost.it, 13.6.2020.

2 Cass. pen., sez. VI, 12.6.2020, n. 18125-20.

cettate hanno fatto di questa complessa vicenda giudiziaria il processo mediaticamente tra i più corposi e seguiti degli ultimi anni³. Né si può tacere, anche se non è questa la sede per ripercorrerne le cadenze, la “strumentalizzazione” che in sede politica è stata fatta di questo procedimento in prossimità dell’ultima consultazione elettorale comunale, sfruttando la contiguità che due dei principali protagonisti della vicenda, uno coinvolto in passato con gli ambienti eversivi dell’estrema destra, l’altro inserito nell’ambito delle cooperative rosse per la gestione dei rifiuti, la manutenzione dei giardini e le imprese di pulizie, avevano con le precedenti amministrazioni capitoline, di segno politico opposto, per orientare l’opinione dei cittadini verso una fase di riappropriazione da parte della società civile di una etica civica tesa al rafforzamento delle istituzioni politiche⁴.

In realtà, ciò che sembra, viceversa, ben più rilevante in sede penale è dare una valutazione prettamente tecnico-giuridica della questione mettendo in rilievo alcuni punti essenziali: la tenuta strutturale della fattispecie, al netto di qualsiasi tentazione di una ricostruzione ermeneutica estensiva (se non addirittura analogica) della disposizione, sotto il profilo del metodo mafioso⁵, verificare i rapporti di connessione tra reati-mezzo e reati-fine, analizzare i rapporti di compenetrazione, se non di reciproca interferenza, tra reati associativi di tipo mafioso e delitti di corruzione e/o ipotesi di reati contro il patrimonio (in specie estorsione ed usura), come fattispecie indicanti una certa “tipicità ristretta” dei reati-scopo rispetto all’associazione che possano influire pure su alcuni aspetti applicativi delle fattispecie “di mezzo”. In tal senso, può, ad esempio, il racket delle estorsioni (così come il fenomeno del riciclaggio o dell’autoriciclaggio) rappresentare uno “sbocco tipico” dell’associazionismo mafioso, in chiave di impresa mafiosa⁶, tale da consentire di ri-

3 Per riferimenti in tal senso cfr. C. GRECO, *Mafia capitale: il banco di prova dell’art. 416-bis c.p.*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 21.6.2019, 95.

4 Ulteriori spunti in tal senso, di nuovo, in M. FELTRI, *Calunnia capitale*, loco cit.

5 Per una valutazione di questo elemento essenziale, e centrale, della fattispecie di reato di cui all’art. 416 bis c.p., v., di recente, L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall’effettività dei requisiti al “pericolo d’intimidazione” derivante da un contesto criminale? Di “mafia” in “mafia”, fino a “Mafia Capitale”*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 9.6.2016, 1 ss.; MERENDA-VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis c.p. tra teoria e diritto vivente*, in *La legislazione antimafia*, dir. da MEZZETTI-LUPÀRIA DONATI, Zanichelli, 2020, 40 ss.

6 Sul punto v. E. MEZZETTI, *L’impresa mafiosa*, in *La legislazione antimafia*, cit., 204

modulare la stessa ipotesi strumentale alla loro commissione? In altre parole, ai fini di un vaglio rigoroso dell'adeguatezza astratta dell'associazione al compimento di un piano criminoso "mirato" il «metodo mafioso» va visto in chiave diversa? Rispetto ai fenotipi riguardanti altre tipologie di reati-fine?

Ciò che è certo è che la pronuncia della sesta sezione della Cassazione del 12 giugno 2020 costituisce di sicuro un approdo solido che mette fine ad una stagione di espansione incontrollata dell'ambito di applicazione della disposizione dell'art. 416 bis che va accolto con favore. Se non in tutte le articolazioni della motivazione che sorregge la pronuncia, quanto meno negli esiti applicativi cui essa perviene in punto di tassatività. Ed allora, è altrettanto evidente che il *Modethema* della questione è senza dubbio rappresentato da uno schietto profilo di interpretazione della legge penale.

Sotto l'angolo visuale della tassatività della norma penale.

In particolare, l'ipotesi di lavoro che si delinea è quella di un sostanziale "svuotamento della tipicità per sottrazione o ridimensionamento" (di elementi strutturali), attuata mediante un processo di smaccata semplificazione probatoria.

E su questo punto la sentenza citata fa chiarezza, anche in mancanza di un'adeguata opera nomofilattica cui le Sezioni unite avrebbero potuto fornire un utile contributo in termini di precisazione di un netto principio di diritto cui vincolare le future pronunce dei giudici di legittimità⁷.

ss.

7 Il Primo Presidente della Corte di Cassazione, pur investito della questione di disporre un intervento delle Sezioni Unite per dirimere la controversia circa l'asserita applicabilità della disposizione dell'art. 416 bis c.p. al fenomeno criminale delle c.d. «mafie del nord», con un provvedimento del 28.5.2015 non ha ravvisato un contrasto giurisprudenziale tale da doversi sciogliere esclusivamente mediante un pronunciamento del massimo consesso della giurisprudenza di legittimità, avendo motivato il proprio convincimento sulla scorta della considerazione secondo la quale vi sarebbe una sostanziale convergenza di tutti gli orientamenti giurisprudenziali verso l'affermazione del principio di diritto per cui «l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il sol fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione, non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti». Affermazione che, a prescindere dalla bontà del suo contenuto sostanziale, che sembrerebbe già anticipare l'espressione di un principio di diritto adeguato e da sviluppare ulteriormente, dà per assodato quel

Ora, per mettere fine ad una giurisprudenza «creativa» che ha alimentato una «deriva estensiva» della fattispecie di associazione mafiosa come delitto a «geometria variabile»⁸ sul versante di una interpretazione “liquida” del metodo mafioso, la Cassazione, annullando senza rinvio⁹ la decisione della Corte d’Appello di Roma del 2018¹⁰, emessa a seguito di gravame sia da parte della Procura di Roma che da parte della Procura Generale presso la Corte d’Appello di Roma, per inesistenza di prove di una associazione mafiosa nella vicenda di “Mafia capitale”, pur della diversa e limitata consistenza ritenuta dalla Corte d’Appello, e dell’annullamento consequenziale della decisione impugnata anche in relazione all’applicazione dell’aggravante della agevolazione mafiosa di cui all’art. 416 bis.1 c.p. e dell’aggravante di cui agli artt. 629 e 628, co. 3, n. 3, c. p., che pre-

che invece andava dimostrato e cioè proprio il superamento della diatriba giurisprudenziale sul punto. Probabilmente un’occasione persa per affermare, ai più elevati livelli nomofilattici, quanto più sopra riportato, di cui si è fatta carico la sesta sezione. Per una serie di considerazioni ulteriori sul punto cfr. DELLA RAGIONE, “*Mafia capitale*” e “*mafia corrotta*”: la parola definitiva della Suprema Corte nel processo di stabilizzazione giurisprudenziale dell’associazione di tipo mafioso, in *Leg. pen.*, 21.10.2020, fasc. web., 9. Se è pur vero che la pronuncia della Cassazione in commento ha messo un punto definitivo sulla controversa applicazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso ad una particolare casistica concernente le «mafie autoctone», di cui «Mafia capitale» rappresenta l’emblema, è però altrettanto vero che la questione di diritto ad esso sottesa relativa alla capacità massima di espansione applicativa della disposizione dell’art. 416 bis potrebbe invece non aver avuto affatto una parola definitiva proprio per il mancato intervento delle Sezioni unite. Ciò che potrebbe in futuro riproporre il problema sotto altri profili. Si esprimono, allo stesso modo, per la necessità di un intervento delle Sezioni unite, quantomeno per chiarire la portata semantica complessiva del «metodo mafioso» all’interno della fattispecie dell’art. 416 bis, VISCONTI-MERENDA, *Metodo mafioso e partecipazione associativa*, cit., 69.

8 P. POMANTI, *Alle “origini” della fattispecie. Brevi note sull’art. 416 bis c.p. (nota alla sentenza Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2019, dep. 12 giugno 2020, n. 18125)*, in *Diritto di difesa*, «Riv. unione camere penali italiane», 4.9.2020, web., 1 ss.

9 La Cassazione chiarisce sul punto specifico (327 motivazione) che l’annullamento della sentenza di condanna va disposto senza rinvio allorché un eventuale giudizio di rinvio non potrebbe in alcun modo colmare la situazione di vuoto probatorio storicamente accertata (cfr. Cass. pen., Sez. un., 30.10.2003, n. 45276, imp. A., Rv. n. 226100 ed altre): il che la dice lunga sul rifiuto radicale opposto in sede di legittimità all’assunto accusatorio recepito dalla Corte d’Appello circa la qualificazione della vicenda in oggetto come relativa ad un’«associazione unica» di “stampo mafioso”.

10 Corte App. Roma, sez. III, 11.9.2018, n. 10010, in *Dir. pen. cont.*, 14.5.2019, con nota di CIPANI, *La pronuncia della Corte d’appello di Roma nel processo cd. Mafia capitale: la questione dell’applicabilità dell’art. 416-bis c.p. alle “mafie atipiche”*; per una disamina complessiva dell’iter giudiziario relativo alla vicenda in questione v. MAZZANTINI, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della “zona grigia”*. Il caso di *Mafia capitale*, in *Arch. pen. web*, 11.12.2019, 1 ss.

suppongono l'effettiva esistenza dell'associazione stessa, impregiudicata la questione circa l'aggravante del metodo mafioso ai sensi dell'art. 416 bis.1 c.p. per i reati di estorsione, ha tenuto ferma la decisione di primo grado¹¹ quanto all'esistenza di due associazioni per delinquere "semplici", non essendovi motivi di ricorso finalizzati alla esclusione di tali reati¹².

E lo ha fatto mettendo in risalto alcuni punti cardinali che meritano adeguata considerazione: a) consistenza dell'ipotesi dell'*unica* associazione mafiosa, con conseguente aggravamento dei reati-fine; cui non ha corrisposto una (ad avviso della Corte) imprescindibile a1) motivazione "rafforzata", tema qui non in contestazione e che d'altronde non incide sulle conclusioni rassegnate in questa sede;

b) valutazione dell'esistenza di «disponibilità di armi», profilo che, pur probante circa l'utilizzo di violenza o minaccia, almeno a livello di tentativo, dovrebbe costituire un requisito imprescindibile del delitto di associazione mafiosa¹³, la cui esclusione, senz'altro significativa rispetto a questo peculiare associazionismo criminale, non segna tuttavia una cesura definitiva con il 'tipo delittuoso', bastando la prova (pur rigorosa) di un generale *atteggiamento di spinta aggressività* che consenta di indurre un diffuso timore incusso presso una moltitudine di individui presenti in una certa area geografica, alla strega della concussione ambientale; ovvero b1) della dimostrabilità di un giudizio di «strette relazioni con altri gruppi mafiosi», aspetto che pone invece il problema non solo dei rapporti interni e reciproci tra i due gruppi criminali che operavano nella vicenda in oggetto, ma anche del rilievo da dare ai collegamenti tra mafie "locali", anche di piccole dimensioni, "autoctone", ed i raccordi con la "casa-madre" o le organizzazioni geneticamente mafiose radicate su territori di affermazione delle compagini tradizionali;

c) la «mafiosità» dell'associazione, non coincidente con il tema della "non unicità", che avrebbe potuto difatti ipotizzarsi pure facendo riferimento a ciascuna delle due associazioni;

11 Trib. Roma, 20.7.2017, n. 11730, in *Foro it.*, 2018, II, 176 ss., con nota di FIANDACA, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*; sul punto v. anche ZUFFADA, *Per il Tribunale di Roma "Mafia capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 11, 270.

12 Cass. pen., sez. VI, cit., 328.

13 In questi termini G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, 1988, 115.

d) la «esteriorizzazione della forza di intimidazione», con la relativa prova di un clima frutto di una sua larga diffusione sul territorio.

Un puro tema di semantica degli elementi strutturali della fattispecie associativa.

Dunque, su tale profilo di interpretazione stretta della norma penale conviene appuntare l'attenzione.

2. *L'ondivaga valutazione giudiziale della vicenda di «Mafia capitale».* Occorre subito preliminarmente osservare che l'andamento della vicenda processuale in esame, che risulta espressione della fase espansiva che l'applicazione della fattispecie dell'art. 416 bis ha subito negli ultimi tempi, presenta le stigmate dell'autentica disputa interpretativa, tra *ius* e *lex*¹⁴, della conformità dei testi di legge alla "determinatezza/tassatività" europea, connessa indubitabilmente alla «prevedibilità» delle decisioni giudiziali, con conseguente coinvolgimento del tema della congruità degli orientamenti all'art. 7 Cedu, anche se non espressamente richiamato dalla pronuncia della Cassazione. Caratteristica che la accomuna all'annosa questione della configurabilità del concorso eventuale in reato associativo¹⁵, pure sottoposto a giudizio di legittimità proprio sotto il profilo della accessibilità/prevedibilità di un precetto di matrice giurisprudenziale, ma anche, seppure mai esplicitamente sollevata, dell'espansione del dolo eventuale sul terreno proprio della colpa (con previsione). Con una non banale differenza: che, mentre questi ultimi due istituti risultano di schietta matrice pretoria, in assenza di una espressa definizione normativa, determinando una creazione giurisprudenziale del diritto "pura", la vicenda in esame risulta invece una surrettizia forma di aggiramento della legalità in riferimento ad una fattispecie che viceversa presenta margini di tecnicismo descrittivo non facilmente superabili in sede interpretativa.

14 V., sia pure in un contesto argomentativo diverso, DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il pensiero, Rivista di filosofia*, 2019, LVIII, 2, 45 ss.

15 Su cui cfr. V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, 2019, 85 ss.; v. pure ID., *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *La legislazione antimafia*, op. cit., 92 ss.; G. DE FRANCESCO, *Spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12 ss.; L. DELLA RAGIONE, "Mafia capitale", cit., 9 ss.; G. FIANDACA, *Brevi note sulla portata della sentenza della Corte EDU (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in *Foro it.*, 2016, II, 742; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in «DPP», 2015, 1066 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.7.2015.

Insomma, in questo caso ad un approdo espansivo della fattispecie sembra ostare il chiaro dispiegarsi dell'*argumentum a contrario*.

L'art. 12 disp. prel. *docet*: non si può attribuire alla legge «*altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*».

Con uno slogan neppure troppo abusato si potrebbe affermare senza ombra di smentita che il “diritto pretorio” prevale da tempo sul “diritto normato”.

L'andamento frammentario e contrastante nella valutazione del caso di «Mafia capitale», improvvidamente accostato anche alle pregresse vicende della Banda della Magliana, in una riconduzione indistinta alla categoria delle mafie romane «autoctone»¹⁶, ha fin dall'origine orientato

16 La storia dei tentativi mirati a dimostrare l'esistenza di compagini mafiose sul territorio di Roma e dintorni è lunga e tortuosa, ed oggi si colora del riferimento allo schema delle «mafie autoctone», i cui connotati, secondo un'interpretazione lata dei requisiti di fattispecie, tendono ad essere assimilati alla mafie “storiche”. In assenza, tuttavia, di costanti socio-criminologiche con i rituali e gli atteggiamenti tipici delle mafie tradizionali e senza che si sia dimostrato – dato tra i più rilevanti, ma anche controversi – quel radicamento sul territorio che dovrebbe costituire il risultato della presa di potere locale che consenta il controllo effettivo delle attività economico-imprenditoriali e di deviazione dal corretto intervento dello Stato nella gestione dell'economia. La configurabilità della fattispecie di associazione mafiosa nella capitale fu proposta, ma non riconosciuta, nel caso della c.d. “Banda della Magliana” come stabilito dalla Corte d'assise d'appello di Roma del 6 ottobre 2000 (dep. il 12.7.2001), in *www.csm.it*; esito, quest'ultimo, che rende del tutto superfluo il riferimento effettuato a più riprese nella vicenda giudiziaria qui in commento alla figura di Carminati, come *trait d'union* con ambienti mafiosi, proprio in virtù della sua contiguità con gli esponenti della “Banda”. La condanna di alcuni coimputati in quel processo con il rito abbreviato per il delitto di cui all'art. 416 bis c.p., ha tuttavia convinto l'ufficio del pm in questa vicenda a riproporre il collegamento con il carattere mafioso, dato che la questione sarebbe «controversa negli esiti giudiziari», come rilevato sul punto da GUERINI, *Il reato di associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti*, in DELLA RAGIONE-INSOLERA-SPANGHER, *I reati in materia di stupefacenti*, Milano, 2019, 539 ss. Sul punto si v. alcune riflessioni di DELLA RAGIONE, “*Mafia capitale*” e “*mafia corrotta*”, cit., 3, che riporta il provvedimento del Trib. Roma, Ufficio Gip, Ordinanza 28.11.2014, n. 33, per la riproposizione della tesi dell'esistenza di una mafia romana «autoctona» e ZUFFADA, *Per il Tribunale di Roma “Mafia capitale” non è mafia*, cit., 2.

La «mafiosità derivata» sul territorio di Roma è stata più di recente riproposta in relazione ai clan operanti nel Municipio romano di Ostia, in particolare nel processo «Fasciani», inducendo la Cassazione a confermare la condanna per associazione di tipo mafioso (Cass. pen., sez. II, 29.11.2019, n. 10255, Fasciani e altri), con nota di VISCONTI, “*Non basta la parola mafia: la Cassazione scolpisce il “fatto” da provare per un'applicazione ragionevole dell'art. 416 bis alle associazioni criminali autoctone*, in *Sist. pen.*, 24.3.2020, 1 ss.; v. pure MANNA-DE LIA, “*Nuove mafie*” e *vecchie perplessità. Brevi note a margine di*

il quadro decisivo fuori dei binari ordinari di una stima equilibrata (e specialmente) interna ai limiti strutturali della fattispecie di associazione mafiosa. In un'esaltazione dei valori socio-economici di 'lettura' della questione inerente alla gestione degli appalti pubblici nella capitale che non disdegnava di porre immediati raccordi col tema della corruzione¹⁷.

Esito già visibile dalle prime pronunce della Cassazione (le due sentenze "gemelle") intervenute in sede cautelare nel 2015¹⁸ che aprivano la disputa avallando l'iniziale inquadramento delle contestazioni nell'ambito dell'associazione di tipo mafioso.

Fin dall'inizio la vicenda sembrava amplificare e diffondere tutta la *vulgata* che andava consolidandosi in vista della propensione espansiva dell'applicazione dell'associazione mafiosa su un duplice versante: quello della progressiva deformazione degli elementi costitutivi della fattispecie collegati al perno ruotante intorno alla nozione di «metodo mafioso» e quelle inerente alla replica del modello associativo di tipo mafioso alle nuove e sempre più fertili forme delle neo-mafie (straniere, autoctone, "del nord", piccole mafie, mafie "delocalizzate" e via dicendo).

Tuttavia, già la pronuncia del Trib. di Roma del 2017¹⁹ sconfessa *in toto* questa impostazione riportando il delitto dell'art. 416 bis in un alveo più circoscritto delimitato da una restrittiva interpretazione degli elementi strutturali della fattispecie rispingendo l'attività del c.d. «Mondo di mezzo» all'associazionismo per delinquere semplice²⁰ finalizzato, mediante la distinzione in due distinte consorterie criminali, rispettivamente, l'una, alla realizzazione di delitti-fine contro il patrimonio (prin-

una recente pronuncia della Cassazione, in *Arch. pen.*, fasc. 1, Gennaio-Aprile 2020 (Web), 20 aprile 2020, 1 ss. dove vengono citate altre pronunce, anche dei giudici di merito, per es. riguardo al processo al «clan Spada», che hanno riconosciuto l'aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 416 bis.1 c.p. in alcune vicende ricondotte al fenomeno dei gruppi criminali «autoctoni».

17 Sul punto v. il quadro tratteggiato da L. DELLA RAGIONE, "Mafia capitale" e "mafia corrotta", cit., 3.

18 Su cui cfr. Cass. pen., sez. VI, 10.3.2015, n. 24535, e Cass. pen., sez. VI, 10.3.2015, n. 24536, pubblicate in *www.penalecontemporaneo.it*, 15.6.2015, con nota di C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, 1 ss.

19 Trib. Roma, 20.7.2017, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27.11.2017, su cui cfr. G. AMARELLI, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in «GI», 2018, 956 ss.

20 Sul punto E. ZUFFADA, *Per il Tribunale di Roma "Mafia capitale" non è mafia*, cit., 1 ss.

cialmente usura ed estorsione), l'altra, al controllo degli appalti pubblici per le cooperative in una ramificata opera di corruzione. Negata, quindi, la natura unitaria del sodalizio che aveva costituito il fondamento per la contestazione di una complessiva associazione mafiosa che ne risultava dalla "fusione". Il *focus* si sposta – come meglio si vedrà *infra* – sui rapporti stretti di connessione tra reati-mezzo e reati-fine anche al fine di meglio lumeggiare proprio il dispiegarsi del metodo mafioso sui limiti di estensione della fattispecie di associazione mafiosa.

Ma la vicenda non trova pace: nuovo *revirement* giurisprudenziale della Corte d'Appello, la quale, riallineandosi all'impostazione originaria tracciata dalla Cassazione in sede cautelare, riconduceva di nuovo la realtà fenomenica delle varie consorterie protagoniste della vicenda ad un'unica associazione fusasi nel frattempo per opera dell'iniziativa, rispettivamente, dei due *leaders*, asserita "fusione" che dava vita ad un'unica associazione di tipo mafioso.

(Dis)-orientamento giudiziale che si scioglieva quindi nell'ultima tappa, costituita dalla pronuncia della Cassazione del 2019, la quale, ricondotte tutte le contestazioni al piano di attività di due distinte associazioni criminali, le ha – come visto – qualificate come "semplici" ai sensi dell'art. 416 c.p. Associazione semplice (almeno una di esse) che – va subito detto – aveva come terminale la realizzazione di un vasto programma corruttivo²¹.

In sintesi, la contraddittorietà nella valutazione giudiziale della vicenda di "Mafia capitale", sviluppatasi all'interno di un singolo procedimento dispiegato su più gradi di giudizio, produceva una notevole diversità di esiti decisorii che rispecchiava la più generale controversia prodottasi nella giurisprudenza di legittimità sulla considerazione del metodo mafioso nella fattispecie associativa.

3. *La presunta associazione «unica» di stampo mafioso.* Il momento di cesura costituito dalla decisione della Corte di appello di riformare prima di tutto la pronuncia del Tribunale nella parte in cui si era ritenuto non fosse configurabile un'unica associazione criminale tra i due gruppi guidati da Carminati e Buzzi ruotava intorno a tre motivi principali: a) la

21 V. G. AMARELLI- C. VISCONTI, *Da 'Mafia capitale' a 'Capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in «SP», 18.6.2020, 1 ss.

creazione di un “nuovo” gruppo che aveva acquisito una propria fama; b) l’associazione, sia pure in un ambito oggettivo e soggettivo caratterizzato da una «riduzione di scala», aveva in concreto manifestato una propria capacità di intimidazione, seppur priva di esteriori atti violenti o di minaccia; c) detta manifestazione della capacità di intimidazione era stata percepita e aveva prodotto assoggettamento omertoso sul territorio di riferimento. Conclusione respinta recisamente dalla Cassazione sul piano di una mera valutazione fattuale per la diversità delle attività criminali svolte dai due gruppi: 1) sotto il profilo temporale; 2) per la totale assenza di rapporti tra i due gruppi di persone; 3) per l’assenza delle condizioni per ritenere mafiose le due associazioni in quanto non espressione delle mafie tradizionali; 4) per la circostanza che nelle attività delle cooperative, anche dopo l’inserimento di Carminati, non fosse mai stato accertato l’effettivo utilizzo strumentale dei suoi metodi intimidatori come contributo all’associazione; 5) per la circostanza che vi fosse un nucleo interno alle cooperative che operasse anche con metodiche corruttive per l’assegnazione delle commesse pubbliche ed un nucleo politico amministrativo già chiaramente asservito.

Tradotti questi dati empirico-effettuali in considerazioni prettamente giuridiche si comincia a delineare il quadro di riconduzione della vicenda fuori dalle secche di una ricostruzione connessa alla sussistenza di una sola associazione di tipo mafioso che fosse la risultante della fusione dei due gruppi originari in un’unica compagine.

Prima di tutto, il contributo di Carminati rispetto all’associazione guidata da Buzzi, letto in direzione di una riproposizione della tesi di una «mafiosità derivata», risultava peraltro di per sé insufficiente a dimostrare la mafiosità dell’altro gruppo in cui si andava ad inserire, in assenza di prova della concreta manifestazione della capacità di intimidazione del sodalizio e del conseguente assoggettamento omertoso.

Valorizzando, inoltre, la semplice attività propria del solo Carminati verso l’altra formazione, si perviene al duplice risultato inaccettabile di richiedere, da una parte, una mera «riserva di violenza» attestatasi ad un livello solo potenziale, pure nei casi in cui le asserite condotte di intimidazione fossero state attribuite a Buzzi e, dall’altra, specialmente, di enucleare in tal modo una sorta di inammissibile e distorta “associazione unipersonale”, incentrata nell’unica riconosciuta autentica carica cri-

minale di Carminati, di nuovo conio, sganciata dalla compagine iniziale da cui proveniva il protagonista e non compenetrata nella nuova per disomogeneità di connotati. Un'associazione "di mezzo" rappresentativa dell'intero "Mondo di mezzo"²². Ciò in quanto il *pactum sceleris* tra i due protagonisti principali non crea nuovo sodalizio criminoso mafioso per "fusione" e "sommatoria" di elementi caratterizzanti il tipo, quanto piuttosto si arresta alla sporadica ed individuale messa a disposizione (vincolante?) di Carminati nell'organizzazione di Buzzi come compartecipe negli episodi di corruzione o, addirittura, come concorrente eventuale nell'associazione a delinquere finalizzata ai reati corruzione, prerogativa esclusiva della sola compagine facente capo a Buzzi. Cui fornire un *quid pluris* di carica di violenza intimidatrice al fine di ottenere l'assoggettamento dei pubblici ufficiali.

Di qui l'inizio di una deriva deformante il 'tipo' associativo finalizzata alla creazione di un'autentica serie di "neologismi penalistici", sostituitivi o deformanti i requisiti di fattispecie. Sia di quella associativa, che di quella di corruzione, mediante una surrettizia ibridazione di elementi costitutivi. Sicché, da una parte, non proprio di patto sinallagmatico tra le due associazioni si dovrebbe parlare, quanto di un più limitato accordo tra i due capi dei gruppi tra di loro²³. Locuzioni a mo' di 'neologismi penalistici' come «corruzione di tipo mafioso» e «riserva di violenza» malcelano, in realtà, il tentativo di rimodellare le fattispecie incriminatrici, privo di riscontri normativi e tendente ad uno scivolamento verso operazioni analogiche, condotte in violazione della riserva di legge. Peraltro, la "riserva di violenza" accessoria alla corruzione, nell'appena tratteggiato schema dell'associazione "unica", non sembra presentare una componente rafforzativa del sodalizio criminoso e non si comprende quale legame logico abbia con la mafiosità in termini causali. Inoltre, la mancanza di sistematicità e ripetitività costante degli episodi di intimidazione, che appaiono, invece, rapsodici, nessun contributo spieghino nella direzione della creazione di un nuovo sodalizio associativo. Insomma, tutti gli elementi della neo-formazione mafiosa unica sono reinterpretrati in una "versione rattrappita": riserva di violenza, in luogo della intimidazione in atto, «prevaricazione» sostitutivo di intima-

22 Cfr. L. PICARELLA, *Il "mondo di mezzo". Una sfida definitoria per l'art. 416 bis c.p.*, in *www.dirittopenaleuomo.org*, 4.11.2020, 1 ss.

23 Sul punto v. anche C. GRECO, *Mafia capitale*, cit., 110.

zione, possibilità di avvalimento, in termini di «idoneità di avvalersi»²⁴, invece dell'effettivo avvalersi, non stato di assoggettamento ed omertà che crea «sottomissione» ma «rifiuto di collaborare sufficientemente diffuso». Viene pure richiamata una specie di utilizzo del dolo specifico teso all'«intenzione di usare la forza intimidatrice». Come si vede, tutti i requisiti del tipo associativo mafioso vengono arretrati da aggregati effettivi ad uno stadio potenziale.

4. Il “nodo” della sussistenza del metodo mafioso nell'associazionismo criminale anomalo: le «piccole» mafie, le mafie «delocalizzate», le «nuove» mafie ed il caso “capitolino”. L'acme nell'opera di trasfigurazione in sede ermeneutica della fattispecie associativa mafiosa²⁵ in direzione espansiva rispetto all'area d'incidenza propria dell'ipotesi «semplice» si ottiene per sineddoche e metonimie. Operazione ermeneutica ancora più subdola e strisciante in quanto avviene in base ad una relazione di contiguità tra le due figure, che può nascondere gli effetti dirompenti che essa può avere per far trasmigrare la contestazione da una fattispecie all'altra. Per sineddoche, poiché si usa figuratamente una parte per il tutto («piccole» mafie per mafie «tradizionali»), la specie per il genere (le «nuove» mafie per le mafie «tradizionali»); per metonimia, perché, in modo ancor più imperscrutabile, la sostituzione di significato si materializza, invece, come una modifica qualitativa che scambia anche la causa con l'effetto e viceversa [la mafia «autoctona» (come nel caso proprio di “Mafia capitale”) o «locale» (come nell'ipotesi delle cellule associative «locali» dell'«ndrangheta») e la mafia tradizionale, in quanto espressione di “Mafiosità derivata” (mafie del Nord)]; ma anche riguardo ai requisiti strutturali del tipo: così l'associazione «che delinque» diviene associazione «per delinquere» - come rilevato da più parti²⁶ e nella stessa sentenza della Cassazione²⁷ il modello «puro», connaturato alla versione «semplice» di associazione, si sostituisce a quello «a struttura mista», riferito all'ipotesi associativa mafiosa -; la capacità di intimidazione arretra a sfruttamento a livello meramente potenziale della capacità intimidatrice

24 V. C. GRECO, *Mafia capitale*, 118.

25 In tema v., di recente, P. POMANTI, *La metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, Pisa University Press, 2018, 43 ss.; per ulteriori spunti V. MUSACCHIO, “*Mafia capitale*” è il simbolo delle metamorfosi mafiose, in www.dirittopenaleuomo.org, 13.6.2020, 1 ss.

26 Tra i molteplici riferimenti v. C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è*, cit., 5.

27 Cass. pen., sez. VI, 12.6.2020, n. 18125, cit., 282.

del sodalizio²⁸, l'avvalimento degrada a semplice intenzione di avvalersi, che, scardinando la precisa sequenza causa-effetto, rende del tutto superflua la prova del nesso di derivazione con l'assoggettamento e l'omerità. Condizioni, queste ultime, che, anziché costituire l'effetto concordante di una precisa manifestazione della causalità psichica, sono illanguidite, attraverso un processo di «riduzione di scala» (specialmente per le mafie delocalizzate, comprese le “autoctone” come quella qui in esame, e le “nuove mafie”), ad un mero riflesso esterno che non si deve tradurre necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale, e che, mediante un metodo “anticipato”, “presunto”, “ridotto” appunto, si traduce in mero rifiuto di collaborare con le autorità sufficientemente diffuso. Pretermesso l'assoggettamento come stato di soggezione quasi paralizzante indotto dal *metus* della coercizione derivante dall'intimidazione, esso, in questo percorso deformante, può facilmente indirizzarsi verso la semplice prova della collusione che, in assenza di una generalizzata sudditanza, ben può concretizzarsi in una commistione tra corruzione e prevaricazione come elementi sinergici della forza di intimidazione²⁹. In tal modo – come si vedrà più diffusamente *infra* - la corruzione come reato-fine del programma criminoso dell'associazione concorre a determinare il tipo delittuoso dell'art. 416 bis c.p.

Anche riguardo alla fenomenologia delle «nuove mafie», così come per le c.d. «delocalizzate»³⁰, l'effetto deformalizzante, dato che già sul piano astratto rispetto ai requisiti di fattispecie si dovrebbe escludere la riconduzione alla struttura della fattispecie mafiosa di quelle fenomenologie prive di un'effettiva attualità ed esteriorizzazione del metodo mafioso secondo le cadenze indicate in modo sufficientemente esaustivo dal 3 co. dell'art. 416 bis, si ottiene facilmente con il ricorso a parametri di carattere sociologico-ambientale che vengono desunti più che dalle concrete attività poste in essere dai componenti del sodalizio criminoso, dall'osservazione delle caratteristiche ambientali dell'atteggiarsi del gruppo criminale in termini di presunta ‘nomea’ guadagnata sul territorio. Come si vede, ancora una volta, dalla valutazione delle componenti effettive a quelle solo potenziali dell'essenza della compagine associativa.

28 Analogamente L. DELLA RAGIONE, “Mafia capitale” e “mafia corrotta”, cit., 9.

29 In tal modo v. anche C. GRECO, *Mafia capitale*, cit., 118.

30 V. al riguardo G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate: le Sezioni unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell'art. 416 bis c.p. ‘non decidendo’*, in *www.sistemapenale.it*, 18.11.2019, 1 ss.

5. In particolare, la connessione teleologica tra reati-mezzo e reati-fine. Dove appare molto evidente il reale ‘scollamento’ con i requisiti della fattispecie di cui all’art. 416 bis è nella connessione tra reati-mezzo e reati-fine nelle rispettive ipotesi di associazione, “semplice” e “di tipo mafioso”³¹. Nella prima ipotesi, infatti, che costituisce un reato di pericolo astratto (o presunto) che si sostanzia nella mera realizzazione della condotta associativa finalizzata al compimento di una serie di reati in un indistinto programma criminoso finale, il novero dei reati-fine resta – per così dire – ‘aperto’ e non concorre a delineare il tipo “associativo” posto che si rimane attestati in una dimensione di offesa presunta o astratta all’ordine pubblico materiale per aver partecipato ad una minima struttura organizzativa. Organizzazione fatta di uomini e mezzi, che è punibile, perché tipica, di per sé, autonomamente dalle caratteristiche dei reati-fine. Circostanza, quest’ultima, confermata dalla presenza nel 1 co. dell’art. 416 della locuzione «per ciò solo», riferita in particolare ai promotori³², che rende inconferente l’attuazione del programma criminoso dei reati-fine³³. Se è pur vero che è necessaria la rilevanza probatoria della generica realizzazione dei singoli delitti-fine in connessione con l’accertamento della sussistenza dell’associazione a delinquere, è, però, altrettanto indubbio che la ‘descrizione’ per specifiche figure dei reati-scopo da realizzare non è indispensabile al fine dell’esistenza dell’associazione stessa. La pericolosità della associazione rimane astratta circa la effettiva realizzazione dei delitti-scopo, nel senso che questi non vanno individuati in modo specifico.

Viceversa, nel rapporto da *genus* a *species* che lega le due fattispecie associative in esame, quella di tipo mafioso si caratterizza letteralmente come reato di *pericolo concreto indotto da evento naturalistico (intermedio)*³⁴. Nel senso che l’ipotesi delittuosa di tipo mafioso, come reato

31 Sui reciproci rapporti tra fattispecie associative si rinvia a quanto osservato, *amplius*, in E. MEZZETTI, *Il concorso (formale?) tra fattispecie associative*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Giappichelli, 2011, 227 ss.

32 Come potrebbero essere considerati, nel caso di specie, sia Carminati che Buzzi, per la posizione di preminenza ed iniziativa rispettivamente occupata nelle reciproche organizzazioni criminali.

33 Sul punto si rinvia alle considerazioni già svolte in E. MEZZETTI, *I reati contro l’ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. FIORELLA, 3^a ed., Giappichelli, 2019, 510.

34 Si sviluppa qui una tesi già espressa a livello istituzionale in *I reati contro l’ordine pubblico*, op. cit., 518. Sul punto si v. pure le considerazioni di G. TURONE, *Il delitto di*

plurioffensivo ovvero a “lesione progressiva” lede, in modo effettivo, in prima battuta, la libertà morale dei singoli individui soggetti agli effetti costrittivi della forza intimidatrice, che si traducono in assoggettamento ed omertà (evento naturalistico di “transito” nella struttura della fattispecie), ed in seconda, mette (concretamente) in pericolo l’ordine pubblico materiale, in quanto, per la creazione di questa situazione, il giudice deve necessariamente accertare l’esistenza del prodotto del *metus* derivante dalla forza intimidatrice del sodalizio criminoso.

Se ne deduce che, per poter individuare lo stretto rapporto di causa-effetto tra le due componenti citate (uso del metodo mafioso e messa in pericolo concreto dell’ordine pubblico materiale), occorre “descrivere” in modo accurato la serie dei delitti-scopo per poi inferirne la sussistenza dei tipici elementi dell’associazione mafiosa. Occorre, pertanto, procedere mediante un modello che potrebbe essere denominato “a *tipizzazione invertita*”, esclusivamente riferibile alla fattispecie mafiosa e non a quella semplice, la quale ultima prescinde dalla prova di tale collegamento, secondo il quale lo scrutinio degli elementi strutturali dell’associazione di tipo mafioso va condotto con metodo deduttivo ‘a risalire’ muovendo dal novero dei reati-scopo. In altri termini, tenuto conto delle tassative indicazioni contenute nel 3 co. dell’art. 416, che segnalano quali terminali di offesa all’ordine pubblico si possono produrre, anche in relazione ad attività lecite nondimeno ‘inquisite’ dal metodo mafioso, solo la realizzazione di precise tipologie di reati congruenti con tale schema possono essere messe in relazione diretta e consequenziale con l’uso del metodo mafioso. E tra queste certamente con difficoltà le ipotesi di corruzione³⁵ e tutte le fattispecie di reato che siano il risultato di una libera e non coartata adesione al proposito criminoso altrui. Che implica collusione, nel *pactum sceleris*, e giammai assoggettamento a seguito di intimidazione.

associazione mafiosa, Giuffrè, 2015, 123 ss. In dottrina, riferimenti anche in P. POMANTI, *Alle “origini” della fattispecie*, cit., 4 s.

35 Sul punto si v. anche quanto osservato da G. FIANDACA, *Mafia capitale: metodo mafioso e metodo corruttivo non vanno sovrapposti*, in *Foro it.*, (Web), 26.6.2020. In modo simile P. POMANTI, *Alle “origini” della fattispecie*, cit., 7, mette in luce in tal caso «una *deriva* che non convince, proprio perché fondata sulla realizzazione dell’intimidazione attraverso la corruzione (“il ricorso sempre più frequente a mezzi diversi dalla violenza, a cominciare dalla corruzione”), strutturalmente caratterizzata dalla parità tra le parti». In una prospettiva contraria si pongono, invece, PIGNATONE-PRESTIPINO, *Le mafie su Roma, la mafia di Roma*, in CICONTE-FORGIONE-SALES (cur.), *Atlante delle mafie. Storia, economia, società, cultura*, vol. III, Soveria Mannelli (Cz), 2015, 95 ss.

Lo ‘scambio’ tra fattispecie associative, da semplice a mafiosa, ha trovato una chiave di lettura in una presunta «processualizzazione delle categorie del diritto penale sostanziale»³⁶, sublimazione efficace mediante l’uso di un termine vagamente aulico, in quanto richiamante anche la giurisdizionalizzazione dell’accertamento delle responsabilità in senso garantista, che va invece declinato secondo una più realistica (e brutale) necessità di deterrenza del messaggio normativo-penale. Esigenza che si realizza attraverso un inasprimento del carico sanzionatorio ed un’incollata espansione delle misure cautelari e dell’impiego degli strumenti di acquisizione della prova. Effetto ottenuto prima di tutto piegando la valenza semantica da assegnare, in particolare, alla locuzione «*si avvalgono*» ad una linea interpretativa statica e meramente potenziale al fine di ottenere un arretramento rispetto alla forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo³⁷.

6. *Morale finale: da «Mafia capitale» a “Roma capitale corrotta”*. Nel passaggio dal c.d. «mondo di mezzo» alle «due» associazioni criminali «semplici», si dipana la vicenda verso l’esclusione del metodo mafioso nel procedimento in oggetto; in considerazione della necessità di restituire sostanza alla forza di intimidazione che si accerti sia manifestata in concreto, e non solo in termini “potenziali”. Enucleando con precisione l’oggetto del controllo, la dimensione soggettiva dei controllati e perfino la possibilità di controllare una porzione dello spazio territoriale ovvero solamente di alcune delle attività³⁸. Sicché, risulta impervio dimostrare, secondo il modello più sopra evidenziato della “tipizzazione invertita”, l’esistenza della fattispecie mafiosa allorché i reati-fine siano costituiti da fatti di corruzione o alcuni reati contro il patrimonio come l’usura, contestati in questa circostanza. La ‘risalita’ al reato-mezzo associativo mafioso non è, infatti, consentita nel caso di fattispecie plurisoggettiva bilaterale, come la corruzione, se esso si fonda su intimidazione e conseguente assoggettamento, dal momento che questa sequenza è totalmente incompatibile sul piano logico con una figura di reato che, appunto,

36 Su cui v., tra gli altri, L. DELLA RAGIONE, “*Mafia capitale*” e “*mafia corrotta*”, cit., 13; più in generale sul tema cfr. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in «LP», 2013, 839 ss.

37 In tal senso cfr. A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di “mafia capitale”: tra l’emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in «CP», 2016, 125.

38 Per alcuni passaggi della motivazione in tal senso cfr. Cass. pen., sez. VI, 12.6.2020, n. 18125-20, cit., 287.

richiede la collusione, il *pactum sceleris* tra i protagonisti. Allo stesso modo problematico risulta ricondurre un reato-fine contro il patrimonio come l'usura, che richiede la cooperazione della vittima, non necessariamente frutto della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo, al reato-mezzo associativo mafioso. In realtà si manifesta una concreta realizzazione del piano criminoso con l'esecuzione dei reati di corruzione, da una parte, e contro il patrimonio, dall'altra, solo se ricondotti ad una criticabile «riduzione di scala» dell'operatività ed accertamento della fattispecie associativa che, superando il contesto della mafia «storica», è – per usare le parole della Cassazione nel procedimento in esame - «capace di porsi in relazione con le peculiarità dello specifico fenomeno criminale, con le condizioni socio-culturali dei destinatari, con le peculiarità dei territori, delle attività controllate ed in ragione delle quali la forza di intimidazione si manifesta»³⁹.

Se, dunque, l'ipotesi associativa dell'art. 416 bis c.p. si pone come *norma speciale* rispetto all'ipotesi generale della disposizione precedente, perché rispetto al nucleo comune della partecipazione all'organizzazione aggiunge una serie di elementi strutturali relativi al «tipo mafioso», secondo le cadenze del 3 co. della norma incriminatrice stessa, l'impiego di elementi normativi socio-valutativi come l'avvalimento, la forza di intimidazione del vincolo associativo, nonché la condizione di assoggettamento ed omertà che ne conseguono, ovvero il controllo delle attività economiche come l'impedimento od ostacolo del libero esercizio del voto ecc. non può condurre alla conclusione che essi possano essere considerati alla stregua di elementi geneticamente vaghi e malleabili in quanto normativi. In altri termini, l'impiego di elementi socio-valutativi nella fattispecie non si presta automaticamente ad un loro utilizzo in modo talmente lato da scivolare nell'interpretazione analogica. Creatrice di figure di nuovo conio. Se i concetti normativi possono essere spesso indeterminati, tanto che paiono suscettibili di ampia valutazione discrezionale da parte del giudice come i concetti giuridici «normativi» *in senso stretto*, non così si può dire dei concetti giuridici *descrittivi*, come quelli inerenti a connotati in qualche modo percepibili come la forza di intimidazione, la condizione di assoggettamento e simili che, in quanto accadimenti esterni suscettibili di verifica più o meno concreta, non si prestano di per sé ad una loro valutazione mediante integrazione analogica⁴⁰.

39 Cass. pen., sez. VI, 12.6.2020, n. 18125-20, cit., 287 s.

40 Secondo le indicazioni di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cur. A.

Proprio la 'specie' dei reati-fine, principalmente di corruzione e contro il patrimonio, con l'eccezione, forse, dell'estorsione, che però risulta, in questa vicenda, non di sistematica realizzazione, dimostra come solo una fattispecie di mezzo (strumentale) 'aperta' come l'associazione per delinquere semplice, in modo parallelo tra le due distinte compagini criminali, potesse fare da prodromo alla realizzazione del programma criminoso in concreto verificatosi. Senza poter tralasciare, in via di principio, anche la possibilità della sussistenza di un concorso di persone nella continuazione dei reati-fine.

Da escludere, viceversa, per l'intima connessione tra reato-mezzo e reati-fine richiesta dalla peculiare conformazione a 'tipizzazione ristretta' propria dell'associazione mafiosa, la fattispecie ai sensi dell'art. 416 bis c.p. allorché il programma criminoso si dipani attraverso la commissione di tipologie di reati che non possano costituire il risultato 'tipico', congruente logicamente, del pieno dispiegarsi del metodo mafioso.

BARATTA, Giuffrè, 1970, 172 ss.; ID., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963, 41; si v. anche H. HENKEL, *Recht und Individualität*, Berlin, 1958, 24 ss.

LE MISURE DI PREVENZIONE: UN ESEMPIO PARADIGMATICO DI TRUFFA DELLE ETICHETTE

Sergio Moccia

Dedico queste brevi note a Lucio Monaco, l'amico, intelligentissimo, di sempre.

La legge n. 646/1982, oltre ad introdurre la figura di reato dell'associazione di tipo mafioso, tra l'altro, modificò la fattispecie di pericolosità, al cui compimento consegue, com'è noto, l'applicazione della misura di prevenzione: la sanzione più problematica che un ordinamento ispirato ai principi garantistici dello stato sociale di diritto possa conoscere¹.

La fattispecie di pericolosità mafiosa, dal punto di vista strutturale, venne modellata esattamente sull'ipotesi delittuosa di associazione, contestualmente inserita nell'art. 416 *bis* c.p. e censurabile (anche) sotto il profilo della sufficiente determinatezza. Infatti, l'art. 13 l. n. 646/1982 modificò l'art.1 l. 31 maggio 1965 n. 575², disponendo l'applicabilità delle misure di prevenzione "agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi cor-

1 È questo un giudizio che ha accomunato, in passato, autorevoli esponenti di diversi settori della scienza giuridica, cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, 1962, *passim*; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, Giuffrè, 1972, p. 1628; F. BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.Vv., *Le misure di prevenzione*, Milano 1975, p.68 ss.; E. AMODIO, *Il processo di prevenzione: l'illusione della giurisdizionalità*, in «GP», 1975, III, p. 498; CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione*, in AA.Vv., *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di G. FIANDACA e S. COSTANTINO, Franco Angeli, 1986, p. 125 s. Per un diverso orientamento, per tutti, cfr. P. NUVOLONE, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in «ED», vol. XXVI, 1976, p. 634. La particolare problematicità delle misure di prevenzione trova, attualmente, conferma nei contenuti del dibattito dottrinale in materia: per un significativo sguardo d'insieme v. *Speciale "Delle pene senza delitto". Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto. Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Milano, 18/19 novembre 2016)*, in «RIDPP», 2017, p. 399 ss.

2 Legge interamente abrogata dall'art. 120, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 159/2011.

rispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso”. Com'è noto, con il riordino della materia – avvenuto con il d.lgs. n. 159/2011, recante il «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136» – l'intera l. n. 575/1965 è stata abrogata e la citata fattispecie di pericolosità ha trovato collocazione nell'art. 4, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011, che dispone l'applicazione delle misure di prevenzione personali di competenza dell'autorità giudiziaria «agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p.». L'art. 16, co. 1 lett. a) dello stesso decreto rinvia, poi, all'intero art. 4, nell'indicare i destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali. Dunque, nell'attuale formulazione, la fattispecie di pericolosità mafiosa, rilevante ai fini del procedimento di prevenzione, richiama in via diretta il contenuto della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416-bis c.p., recependone, inevitabilmente, la scarsa determinatezza.

Se il *deficit* di determinatezza si presenta come, a dir poco, problematico, con riferimento alla norma di parte speciale, destinata a tradursi in capo d'imputazione all'interno del processo penale, le cose si complicano ulteriormente per la fattispecie di pericolosità che, fondandosi su di una base fattuale carente sotto il profilo della tassatività, deve necessariamente assumere la fisionomia di una pura fattispecie di sospetto, con esiti assolutamente inappaganti sul piano della certezza del diritto. A ciò si aggiunga che, sotto il profilo probatorio, la presenza di indizi farebbe venir meno la stessa esigenza di attivare il procedimento di prevenzione a favore del promovimento del processo penale³.

Eppure la Corte costituzionale già da lunga data, in un'importante decisione, contenuta nella sentenza 23 marzo 1964 n. 23⁴, in materia di fattispecie di pericolosità, aveva indicato nella “oggettiva valutazione di

3 Cfr. G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in «FI», II, 1987, p. 364 ss.; ID., *Commento all'art.3 l. 3/8/1988 n.327*, in «LP», 1989, p. 26; ID., *Misure di prevenzione*, in «DDP», vol. VIII, 1994, p. 116; VIDIRI, *Nuovo processo penale e processo di prevenzione: quale cultura per quale giudice?*, in «CP», 1992, p. 200-201. Per un diverso ordine di idee, cfr. E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in «EGT», XX, Roma 1990, pp. 6-7, ma v. anche pp. 14-15; G. TESSITORE, *Spunti di riflessione sui rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione nella nuova legge antimafia*, in «FI», 1984, IV, c. 257-259.

4 Corte cost., 23 marzo 1964 n.23, con nota di R.G. DE FRANCO, *Riserva di legge e determinatezza» delle previsioni di pericolosità sociale ex l. n.1423/1956*, in «RIDPP», 1965, p. 105 ss.

fatti” il concretizzarsi dell’interazione garantistica tra legalità e giurisdizione, per superare la logica del mero sospetto in rapporto alla definizione dei presupposti per l’applicazione delle misure di prevenzione. In realtà, però, avviene che non è il piano fattuale, malgrado l’autorevole e chiara indicazione della Consulta, a venire in questione per individuare la base dell’accertamento richiesto ai fini dell’applicazione delle misure di prevenzione. E questo dato sembra valere anche al di là del contesto normativo antimafia, in quanto anche le fattispecie “indiziarie”, introdotte, per finalità di garanzia, nell’art. 1 l. 27 dicembre 1956 n. 1423⁵ ad opera dell’art. 2 l. 3 agosto 1988 n. 327⁶ ed oggi trasfuse nell’art. 1 d.lgs. 159/2011, restano in definitiva delle fattispecie di sospetto che continuano, nella sostanza, ad assegnare al sistema delle misure di prevenzione il compito di sostituirsi alla ben più garantita attività di controllo del diritto penale del fatto, quando quest’ultima risulti inattuabile per carenza dei presupposti probatori⁷.

Quest’ultimo ordine di considerazioni ha trovato, del resto, parziale conferma nella recente sentenza 27 febbraio 2019 n. 24, con cui la Corte costituzionale, sulla scia della pronuncia della Corte EDU del 23 febbraio 2017, n. 43395/09⁸, *de Tommaso c. Italia*, ha dichiarato l’illegittimità

5 Legge interamente abrogata dall’art. 120, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011.

6 L’art. 120, lett. f), d.lgs. n. 159/2011, ha abrogato gli artt. da 2 ad 11 e gli artt. 13 e 15 della l. n. 327/1988. Su quest’ultima v. G. FIANDACA, *Commento all’art.2 1 3/8/1988 n.327*, in «LP», 1989, p. 23 s.

7 Come già ebbe a segnalare A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giappichelli, 1967, p. 229; e come sottolinea chiaramente A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa University Press, 2019, p. 100 ss. V. anche R. ORLANDI, *La fattispecie di pericolosità. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in «RIDPP», 2017, p. 470 ss. Questo aspetto risulta oggi di particolare evidenza in riferimento al procedimento di prevenzione nei confronti di coloro che non siano soltanto ‘indiziati’ o non compiano atti meramente preparatori di determinate attività illecite, ma realizzino atti ‘esecutivi’, ai fini indicati nell’art. 4, lett. d) e lett. f), d.lgs. n. 159/2011, nella versione introdotta dalla l. n. 161/2017. Come puntualmente evidenziato da M. PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *DisCrimen*, 13.2.2020, p. 21, nei casi indicati, l’applicabilità delle misure di prevenzione anche agli autori di atti ‘esecutivi’, determina una palese sovrapposizione del procedimento di prevenzione al vero e proprio procedimento penale, tale da rendere ancor più evidente la ‘scorciatoia probatoria’ insita nel ricorso al primo in luogo – se non in aggiunta – del secondo.

8 V. Corte EDU, 23 febbraio 2017, n. 43395/09, *de Tommaso c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2017, 2071 ss. Sulla pronuncia della Corte europea v. i commenti di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personale*, in «DPC» – *Riv. online*, 3 marzo 2017, e A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e*

costituzionale dell'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, nonché delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati, prima, nell'art. 1, n. 1, l. n. 1423/1956 e, poi, nell'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011, vale a dire «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»⁹.

Quest'ultima decisione, tuttavia, non è il risultato di un risolutivo e formale riconoscimento dell'incompatibilità delle fattispecie di 'pericolosità generica', oggetto del procedimento di prevenzione, con il principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2 e 3, Cost.).

Innanzitutto, perché essa lascia sopravvivere l'applicazione delle misure di prevenzione alle altre categorie di soggetti analogamente definite. In particolare, nella stessa sentenza, la Corte dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale relative alla fattispecie di pericolosità di cui alla lett. b) dell'art. 1 d.lgs n. 159/2011 – nella versione vigente «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» –, ritenendo che il significato di tale fattispecie sia ricavabile in maniera sufficientemente precisa dall'interpretazione 'tassativizzante'¹⁰ della giurisprudenza di legittimità¹¹.

fattispecie di pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità delle "legge", ma una rondine non fa primavera, ivi, 6 marzo 2017.

9 V. Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, 292 ss. Per la precisione, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 1423/1956, nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, e dell'art. 4, co. 1, lettera c), d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui consentono l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche ai soggetti indicati nel testo; e, inoltre, dell'art. 19 l. n.152/1975, nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, e dell'art. 16 d.lgs. n.159/2011, nella parte in cui stabiliscono l'applicazione ai suddetti soggetti delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca. A commento della sentenza, v., tra gli altri, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., p. 182 ss.

10 Sui profili critici dell'interpretazione 'tassativizzante', in generale e con particolare riferimento alla materia delle misure di prevenzione v. F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia* 2017, p. 144 ss.

11 Sul punto v. la condivisibile opinione critica di M. PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 17 ss. Più ampiamente, sull'indeterminatezza delle fattispecie di 'pericolosità generica', v. ID., *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 450 ss.

Tralasciando ogni possibile considerazione sull'impiego del criterio del 'diritto vivente' in giudizi attinenti alla formulazione delle norme, va, inoltre, sottolineato come le stesse dichiarazioni d'illegittimità, cui perviene la sentenza n. 24/2019, concernenti l'applicazione delle misure di prevenzione a «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi», non trovino fondamento nell'art. 25, co. 2 e 3 Cost. – pure chiamato in causa dai giudici rimettenti, con riferimento al co. 3 –, bensì nel contrasto tra le norme oggetto di giudizio e l'art. 117 Cost., per il tramite dell'art. 2 Prot. 4 CEDU, per le misure di prevenzione personali, e dell'art. 1 del Prot. add. Cedu, per le misure di prevenzione patrimoniali, la cui applicazione ai soggetti in questione violerebbe anche l'art. 42 Cost.

La recente sentenza della Corte costituzionale si colloca, dunque, nel solco della pronuncia della Corte Edu, *De Tommaso c. Italia*, che già aveva riconosciuto il contrasto della disciplina delle misure di prevenzione personali, fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica', con la libertà di circolazione, tutelata dall'art. 2 Prot. 4 CEDU; e ciò per l'inidoneità delle previsioni, su cui si fondano tali misure, a costituire una base legale non solo accessibile per l'interessato, ma anche tale da consentirgli di prevedere ragionevolmente la restrizione del diritto convenzionale in conseguenza della propria condotta. Come già aveva fatto la Corte europea¹², tradendo la vocazione garantista dei c.d. criteri Engel¹³, la Corte costituzionale nega – confermando quanto sostenuto in passato¹⁴ – la natura penale delle misure di prevenzione e, dunque, il loro contrasto con il principio di legalità vigente nel diritto penale.

Ed è questo il più grave limite degli orientamenti giurisprudenziali – nazionali ed europei – in materia. Essi contraddicono ciò che, a ben vedere, è nella natura delle cose: infatti, qualsiasi richiamo, normativo e non, al privilegio di elementi fattuali nell'accertamento della fattispecie di pericolosità è destinato a restare un'astratta affermazione di principio, dal momento che, come già si è accennato, qualora tali elementi fattuali

12 Ancor prima della citata sentenza sul caso *de Tommaso c. Italia*, v. Corte EDU, 22 febbraio 1994, n. 281, *Raimondo c. Italia*, in «Riv. it. dir. umani», 1994, p. 95.

13 V. Corte EDU, 8 giugno 1976, n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

14 Sul fondamento preventivo e non repressivo delle misure di prevenzione v. Corte cost., 23 luglio 2010, n. 282, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2187 ss., conforme alle precedenti sentenze della stessa Corte n. 23/1964 e n. 27/1959.

integranti veri e propri indizi fossero acquisiti, vi sarebbero i presupposti per far scattare il processo penale al posto del procedimento di prevenzione. E ciò ha come conseguenza la trasformazione delle misure, da formalmente preventive a sostanzialmente repressive, con il pieno recupero del problema delle garanzie proprie del diritto penale: a partire dalla presunzione di non colpevolezza¹⁵, che ritorna all'attenzione con tutte le sue significative implicazioni di tipo formale e di tipo assiologico¹⁶.

È possibile, allora, parlare di fattispecie indiziarie di sospetto che fungono da sostitutivi di vere e proprie fattispecie criminose, risultate inapplicabili per carenza di necessari riscontri: una vera e propria truffa di etichette¹⁷, del tipo di quelle che la giurisprudenza di Strasburgo mirebbe a 'smascherare' tramite l'estensione della 'materia penale' e delle relative garanzie, sulla base di criteri di ordine sostanziale. Come si è detto, un obiettivo mancato nel caso di specie¹⁸.

A ben vedere, questo delle misure *ante o praeter delictum* è il settore in cui la nostra legislazione ha mostrato con maggiore 'costanza' il carattere dell'emergenza ed al suo interno, in particolare, per quel che concerne le misure destinate al controllo dell'attività mafiosa. I risultati di questa risalente attività di 'prevenzione' sono stati, com'è sotto gli occhi di tutti, a dir poco deludenti dal punto di vista della prevenzione patrimoniale e controproducenti dal punto di vista della prevenzione personale¹⁹. Quest'ultima, infatti, ha finito per determinare una più ampia diffusione del fenomeno che s'intendeva combattere: nelle sedi di soggiorno obbligato si sono

15 Sul sospetto come presunzione di colpevolezza si vedano le splendide pagine di I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Mondadori, 1979, p. 122 ss.

16 Cfr. per tutti G. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in AA.VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, cit., p. 140; F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in «Quest. crim.», 1980, p. 266.

17 Cfr. sul tema G. FIANDACA, *Le misure di prevenzione cambiano trucco (ma non volto)*, in «LP», 1989, p. 24.

18 Sull'applicazione dei c.d. criteri Engel al problema della natura giuridica delle misure di prevenzione v. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., p. 197 ss.

19 V. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in «RIDPP», 2017, p. 510, che sottolinea il "carattere intimamente desocializzante" delle misure di prevenzione personale, definite "uno strumento criminogeno funzionale alla neutralizzazione di soggetti assunti - in modo più o meno ragionevole, più o meno arbitrario - come socialmente pericolosi".

riprodotte quelle forme di criminalità di stampo mafioso che, in precedenza, caratterizzavano soltanto le zone di provenienza dei prevenuti²⁰.

È bene riflettere sul fatto che tali risultati, deludenti quando non controproducenti, fanno seguito ad una normativa sempre più disinvoltata, quanto a rispetto delle garanzie, quasi a dimostrazione dell'assunto secondo cui rigore indiscriminato non equivale affatto ad efficienza.

L'esigenza primaria che ha caratterizzato, e continua a caratterizzare, l'utilizzazione delle misure di prevenzione antimafia, a partire dalla legge 25 agosto 1863 n. 1409, "Procedura per la repressione del brigantaggio e dei camorristi nelle provincie infette", e via via attraverso la successiva legislazione, ottocentesca e dei primi decenni del Novecento, di pubblica sicurezza, fino alla legge La Torre del 1982 e all'attuale Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione²¹, è stata quella di disporre di scorciatoie probatorie in rapporto all'accertamento di fatti di reato. Altra costante, non meno significativa, e sulla quale converrà riflettere, è data dal fatto che sin dal 1865 l'intervento di prevenzione antimafia si è sovente articolato in un duplice ordine di misure, di tipo personale e di tipo patrimoniale²².

E in realtà, è stata proprio la riscoperta di queste ultime quale significativo – sul piano delle aspettative – strumento di lotta alla criminalità organizzata, che ha determinato un'ulteriore valorizzazione del sistema di prevenzione. Siamo convinti che la dubbia costituzionalità delle misure di prevenzione, da tempo segnalata da autorevole dottrina²³, avrebbe determinato alla lunga il loro abbandono da parte dell'ordinamento²⁴.

20 Cfr., per tutti, G. FIANDACA, *Misure di prevenzione*, cit., pp.112-113; pp.117-118.

21 Per un'efficace ricostruzione dell'evoluzione storica delle misure di prevenzione v. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., p. 29 ss.

22 Si veda, in proposito, l'elegante contributo di C. FIORE, *Il controllo della criminalità organizzata nello stato liberale: strumenti legislativi e atteggiamenti della cultura giuridica*, in *Studi storici*, 1988, p. 421 ss.; sul tema v. anche G. TESSITORE, *Emergenza e garantismo nella legislazione antimafia. Profili storici: dall'Unità al fascismo*, in *Nuovi quaderni del meridione*, 1985, p. 405 s. Per una felice ricostruzione di talune costanti emergenziali nella legislazione penale italiana, a partire dall'Ottocento, cfr. AA.VV., *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di L. MARTONE, Giuffrè, 1996, *passim*.

23 Cfr., per tutti, F. BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, cit., p. 29 ss.; ID., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della l. 22/5/75, n.152)*, in «Quest. crim.», 1975, p. 221 ss.

24 Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., UTET, 2020, pp. 770-

Già con la legge n. 575/1965 era stata prevista, all'art. 1, la fattispecie di pericolosità di "indiziato di appartenere ad associazioni mafiose", che rendeva applicabile la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno. Ma fu solo con la legge La Torre, che la normativa di prevenzione antimafia subì un notevole ampliamento; ad essa è succeduta una nutrita serie di interventi legislativi, di stile emergenziale, contenenti ulteriori modifiche, non sempre provvide, che hanno dato vita ad un quadro di difficilissima lettura²⁵, rimasto tale, nella sostanza, anche a seguito all'opera di razionalizzazione sistematica, realizzata con il d.lgs. n. 159/2011²⁶.

L'aspetto più rilevante di questa normativa è dato dalla previsione di misure, cautelari e definitive, di tipo patrimoniale ed interdittivo, che si affiancano a quelle personali tradizionali; esse, tuttavia, al pari di queste ultime presentano l'inconveniente della forte proble-

771 (nota 2).

25 Cfr. sull'argomento F. CURI, *Le misure di prevenzione: profili sostanziali*, in AA.Vv., *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. CORSO, G. INSOLERA e L. STORTONI, UTET, 1995, p. 210 s.

26 Ricordiamo che lo stesso d.lgs. n. 159/2011 è stato oggetto di successive integrazioni e modifiche. Tra gli strumenti normativi specificamente destinati a tale scopo, v. d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218 «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136»; d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153 «Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136»; l. 6 agosto 2015, n. 121 «Modifica al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, in materia di soggetti sottoposti alla verifica antimafia»; l. 17 ottobre 2017, n. 161 «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate»; d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». Critico sul d.lgs. n. 159/2011, che non considera, in realtà, un 'codice', ma un Testo unico 'malfatto', perché incapace di mettere ordine nella disciplina, di cui si limita a riprodurre le disposizioni, PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2014, pp. 252-253.

maticità sotto il profilo del rispetto delle garanzie individuali²⁷ e, fatto altrettanto inquietante, si sono rivelate di assai dubbia efficacia²⁸.

Le misure di tipo cautelare consistono nella sospensione, tra l'altro, di licenze, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni ad albi ed erogazioni di contributi (art. 67, co. 3 d.lgs. n. 159/2011); nell'imposizione di una cauzione (art. 31 d.lgs. n. 159/2011); nel sequestro, che ha ad oggetto beni di cui la persona, nei confronti della quale si è aperto procedimento di prevenzione, ha la disponibilità diretta o anche indiretta, quando vi sia il sospetto che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Tra i "sufficienti indizi" su cui può essere fondato il sospetto, l'unico tipizzato è la notevole sperequazione tra il valore dei beni di cui la persona dispone e il reddito dichiarato o l'attività svolta (art. 20 d.lgs. n. 159/2011).

Le misure definitive, che si applicano a chi sia sottoposto a misure di tipo personale, riguardano la decadenza, tra l'altro, da licenze, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni ad albi, erogazioni, che può colpire, per un periodo di cinque anni, anche i conviventi, nonché le persone giuridiche di cui il prevenuto sia l'amministratore o ne "determini in qualsiasi modo scelte ed indirizzi" (artt. 67 e 68 d.lgs. n. 159/2011); la confisca della cauzione, nel caso di violazione degli obblighi connessi alla misura di prevenzione personale (art. 32 d.lgs. n. 159/2011); la confisca dei beni sottoposti a sequestro, che consiste nella loro devoluzione allo Stato, quando non sia stata dimostrata la legittima provenienza dei beni (art. 24 d.lgs. n. 159/2011).

L'estensione degli effetti delle misure anche a persone diverse dal prevenuto rende, al di là della dimensione del sospetto – che, comunque, fa da sfondo all'applicazione della misura –, ancor più stridente il contrasto tra la normativa in esame ed i principi di difesa, di non colpevolezza e di responsabilità personale, e non ci sembra che possano qui invocarsi etichette o classificazioni formali; a venir pesantemente in questione sono diritti di libertà dell'individuo, che da quei principi traggono tutela.

27 Sulla controversa legittimità delle misure di prevenzione patrimoniali v. A.M. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in «RIDPP», 2017, p. 583 ss.

28 Cfr. G. FIANDACA, *Misure di prevenzione*, cit., p. 123; sulle misure di prevenzione di tipo patrimoniale, si veda anche il pregevole contributo di E. AMODIO, *La misura di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in «GP», III, 1985, p. 632 ss.

Un'altra peculiarità della normativa in questione, che suscita perplessità sotto il profilo della legittimità costituzionale relativamente ai principi di ragionevolezza e di rieducazione, è data dalla previsione di inasprimenti di pena per una lunga serie di reati, quando sono commessi da soggetti sottoposti a misure di prevenzione, a norma dell'art. 71 d.lgs. 159/2011²⁹. In effetti, contrariamente ad elementari regole di ragionevolezza, assecondando desocializzanti parametri di *Lebensführungsschuld*, in base alle disposizioni richiamate viene ad essere assunto a presupposto per l'aggravamento della pena un mero *status* del reo, che non ha affatto i requisiti della circostanza legata alla commissione del fatto di reato. Correttamente inteso, questo *status* può, in diritto penale del fatto, soltanto configurarsi come un dato utilizzabile ai fini della conoscenza della personalità del reo, che risulterà rilevante, eventualmente, in rapporto alla valutazione espressa secondo i criteri di cui alla norma dell'art. 133 co. 2 c.p.

In assenza di un esplicito riconoscimento delle misure di prevenzione nella Carta costituzionale, pur essendo tali sanzioni ben presenti nell'esperienza giuridica italiana precedente l'emanazione della Costituzione, è legittimo porsi l'interrogativo relativo al fondamento della limitazione dei diritti fondamentali, nei confronti di chi non abbia violato la legge penale, sulla base di un mero sospetto, consentendo in tal modo espressioni arbitrarie del potere³⁰.

Se a ciò si aggiunge il dato della scarsa efficacia sinora dimostrata dalle misure di prevenzione, che non sono riuscite a fare da supporto ad un non particolarmente efficace controllo strettamente penale, si ha la conferma di una verità, che attualmente pare fin troppo trascurata, secondo cui gli sforzi maggiori per combattere fenomeno criminali, che traggono origine da condizioni di profondo disagio socio-individuale, vanno operati nella rimozione di quelle condizioni con serietà d'intenti e competenza, abbandonando fuorvianti illusioni di tipo poliziesco³¹. Vanno

29 Sull'argomento cfr. G. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosa: profili sostanziali e processuali*, in «RIDPP», 1997, p. 42 ss. Anche l'art. 71, d.lgs. 159/2011, come gli abrogati artt. 6, 7 e 9 l. n. 575/1965 – a cui esso, di fatto, corrisponde – ha subito, nel tempo, modifiche, per effetto del d.l. n.7/2015, convertito in l. n.43/2015, e della l. n.161/2017.

30 Cfr. sull'argomento P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 387.

31 Cfr. F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della pre-*

dunque tagliate le radici culturali, istituzionali e sociali con un'opera di effettiva prevenzione di tipo politico ed economico in senso ampio, che sia espressione di un ampio disegno strategico di interventi multiagenziali a più livelli.

Tanti auguri, Lucio carissimo.

SICUREZZA DEL LAVORO E DIRITTO PENALE ALLA PROVA DEL COVID-19

Vincenzo Mongillo

La pandemia legata alla diffusione del virus SARS-CoV-2, giunta ora alla seconda ondata, ha scosso ogni ambito della vita sociale, incluso il lavoro nelle organizzazioni pubbliche e private. La tutela della salute dei lavoratori richiede il rispetto di un fitto reticolo di previsioni di contrasto al Covid-19, che vanno integrate nel sistema di prevenzione degli infortuni *ex d.lgs. n. 81/2008*. Sul piano della responsabilità penale del datore di lavoro, nel contributo vengono analizzati, da un lato, i limiti di funzionalità del reato colposo di evento nelle dinamiche eziologiche delle lesioni o dei decessi conseguenti al contagio, e, dall'altro, la *ratio* e i limiti del nuovo art. 29-*bis* del d.l. n. 23/2020, conv. dalla l. n. 40/2020. Al fine di prevenire efficacemente il rischio di contagio in ambito lavorativo, occorre contrastare a monte il virus più pericoloso per qualsiasi entità collettiva: la disorganizzazione.

1. Il nuovo agente patogeno virale: ricadute sulla salute e la sicurezza del lavoro e relative responsabilità

La salute e sicurezza del lavoro ha già vissuto molte stagioni. Quella che sta attraversando ora è, come noto, segnata dalla diffusione pandemica del virus SARS-CoV-2, che ha scosso ogni ambito della vita sociale, incluso il lavoro nelle organizzazioni pubbliche e private¹.

Rischio lavorativo e rischio generale per la popolazione si sono andati, così, intrecciando e condizionando in forme inedite, sino a reclamare un nuovo arsenale di misure protettive contro la (ulteriore) propagazione del pericoloso agente patogeno, membro della famiglia dei coronavirus².

1 Per un recente affresco interdisciplinare, v. G. MOTTA (Ed.), *Pandemie. Nell'immaginario e nella realtà, fra suggestioni, storie, significati simbolici*, Fondazione Giacomo Matteotti, 2020, e ivi, volendo, il nostro *"Dei diritti e delle pene" nell'emergenza Covid-19*, p. 409 ss.

2 La direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020 ha modificato l'allegato III del-

Nella stratificazione alluvionale di regole anticontagio dettate e incessantemente aggiornate secondo principi di proporzionalità, adeguatezza e temporaneità, un posto di rilievo è occupato proprio dalle disposizioni votate al contenimento del rischio epidemiologico nei luoghi di lavoro. Disposizioni contenute secondo uno schema scalare in decreti legge, DPCM, normative regionali e protocolli condivisi a livello statale e locale, generale e settoriale.

La novità dell'emergenza pandemica da affrontare³ e delle regole contenitive da osservare ha fatto sorgere nuovi dubbi e contrasti di vedute, a cominciare dal rapporto tra le previsioni di contrasto del Covid-19 negli ambienti lavorativi e il sistema di tutela della salute e sicurezza del lavoro incardinato nel d.lgs. n. 81/2008.

A valle sorge la questione delle ricadute sanzionatorie della violazione delle prescrizioni emanate, inclusi i possibili profili di responsabilità penale individuale e di responsabilità dell'ente collettivo per omicidio e lesioni colpose *ex art. 25-septies* del d.lgs. n. 231/2001.

Da quest'ultima angolazione, il novero degli interrogativi da cui partire include, da un lato, i limiti di funzionalità del reato colposo di evento nelle dinamiche eziologiche delle lesioni o dei decessi conseguenti al contagio; dall'altro, la *ratio* e il raggio applicativo del nuovo art. 29-*bis* del d.l. n. 23/2020, conv. dalla l. n. 40/2020, che circoscrive il perimetro del dovere datoriale nella tutela contro il rischio da contagio⁴.

la direttiva 2000/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (direttiva sugli agenti biologici), inserendo il SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici di cui è noto che possono causare malattie infettive nell'uomo; per quanto concerne il livello del rischio, lo ha classificato come patogeno per l'uomo del gruppo di rischio 3 ("un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l'agente biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche").

3 Da ultimo, con il d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, lo stato di emergenza è stato prorogato al 31 gennaio 2021. Correlativamente, sono stati prorogati i termini della precedente decretazione d'urgenza.

4 Più in generale, è in gioco la reale capacità del diritto penale di contribuire a elevare gli standard di diligenza nei luoghi di lavoro per contrastare gli effetti nocivi di un'emergenza pandemica epocale, secondo le istanze di una politica criminale ad orientamento empirico-razionale, su cui resta insuperata l'indagine di L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene, 1985, spec. p. 73 ss. e *passim*.

2. La gestione in “partenariato” del rischio Covid-19 e il suo inquadramento giuridico

Nella gestione del rischio di infezione da coronavirus, è ovviamente diverso il ruolo dello Stato e quello dei singoli datori di lavoro, pubblici o privati.

Nella convulsa produzione normativa di questi mesi, s'è andata profilando una gestione in partenariato “Stato-parti sociali-datori di lavoro” del rischio COVID-19, articolata lungo il sottile crinale che separa precauzione e prevenzione, e che per certi aspetti potrebbe prefigurare il futuro del nostro diritto penale della sicurezza sul lavoro.

Allo *Stato* compete la valutazione – con il supporto delle istituzioni scientifiche – del rischio pandemico ad un livello generale e la fissazione della soglia di “rischio sociale consentito”. Spetta, altresì, “fare precauzione” in modo ragionevole, disciplinando la vita socio-economica con le necessarie differenziazioni anche territoriali, in condizioni che scontano spiccata incertezza scientifica.

Al *datore di lavoro* spetta “fare prevenzione”, cercando di incidere positivamente sui nessi causa-effetto già acclarati dalla scienza⁵.

Anche nell'attuale contingenza emergenziale, la valutazione preventiva del rischio biologico da coronavirus non è stata interamente ‘avocata’ dallo Stato. Un corretto ed efficace riparto dei doveri di governo del rischio COVID-19 negli ambienti di lavoro, invero, non può prescindere dall'apporto conclusivo dei singoli soggetti datoriali.

Alcune distinzioni spesso evocate – come quella tra rischio generico/esogeno e rischio specifico/endogeno – possono sviare da una lettura corretta.

Per chi opera in un contesto lavorativo, l'infezione da SARS-CoV-2 non rappresenta un rischio meramente “generico”, niente più che un rischio a cui è esposta la generalità dei consociati.

Seguendo tale logica riduttiva, la sola eccezione sarebbe rappresentata dalle realtà in cui il pericolo di esposizione ad agenti biologici sia – deli-

⁵ Sia consentito, per maggiori dettagli, il rinvio a V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in «DPC» Riv. trim., 2020, n. 2, p. 16 ss., spec. 20-25.

beratamente o potenzialmente – insito o immanente al processo produttivo e per questo meramente accentuato dal nuovo fattore patogeno (cfr. art. 266 ss. d.lgs. n. 81/2008): ad es. le strutture sanitarie, socio-sanitarie, i laboratori, gli impianti di smaltimento rifiuti e di raccolta di rifiuti speciali potenzialmente infetti, ecc.

In realtà, al di là di questi contesti produttivi a rischio biologico intrinseco, ai quali soli – a nostro avviso – si applica il Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, l'infezione da coronavirus diviene, in ambiente lavorativo, un rischio tendenzialmente “aggravato”. Vero è che si tratta di un rischio *ex se* ubiquitario e incombente su qualsiasi cittadino; ma è altrettanto inconfutabile che, in assenza di accorte contromisure, esso può ripercuotersi con maggiore intensità e frequenza su chiunque lavori in un contesto pluripersonale organizzato.

È sicuramente più vulnerabile il lavoratore che svolga la sua attività a diretto contatto con clienti, utenti o fornitori (ad es. addetti al front office, cassieri, banconisti, *riders*, *receptionists*). Ma, a ben vedere, in qualsiasi ambiente lavorativo – salvo casi limitati – è presente una pluralità di persone, i contatti intersoggettivi si susseguono in modo tendenzialmente continuativo e gli spazi sono ordinariamente chiusi e circoscritti. Per le peculiarità dell'ambiente occupazionale, delle condizioni organizzative e produttive e delle modalità lavorative, un rischio generico come quello da Covid-19 tende ad assumere una conformazione assimilabile ai rischi infortunistici *stricto sensu* endogeni.

Occorrono dunque misure *ad hoc* per evitare che il luogo di lavoro da contesto di crescita umana e realizzazione professionale si trasformi in luogo di infezioni, di cluster e, nei casi più gravi, di focolai epidemici. Di contro, la puntuale attuazione di efficaci presidi cautelari è in grado di rendere gli ambienti lavorativi persino più “rassicuranti” degli stessi contesti sociali della vita quotidiana.

Il datore di lavoro non è certo tenuto a individuare le cause, le modalità e le probabilità del contagio in generale (ciò come si è detto compete allo Stato), e *a fortiori* non può essere chiamato a dirimere controversie o dubbi scientifici. A lui spetta la concretizzazione del *risk assessment* operato, in termini globali, dal legislatore e dall'autorità pubblica sanitaria e, di riflesso, la declinazione dell'annessa cornice cautelare nel singolo plesso organizzativo sottoposto al suo potere gerarchico.

Neppure in presenza di precetti cautelari codificati l'attività datoriale si riduce alla pedissequa attuazione di scelte calate dall'alto, secondo uno schema meccanico *command-and-control*. Occorre sempre valutare l'impatto potenziale del fattore di pericolo nello specifico contesto produttivo, considerando vari fattori concreti: attività da svolgere, ambito spazio-temporale di riferimento, persone implicate nell'osservanza e quelle su cui può ripercuotersi il rischio.

Exempla docent. Un luogo di lavoro in cui operi, secondo precise turnazioni, un solo lavoratore, un processo produttivo in cui si faccia ampio ricorso alla robotica, un ambiente in cui le occasioni di contatto intersoggettivo siano oltremodo ridotte: tutti questi contesti presentano, all'evidenza, un rischio minimo di contagio. Un'azienda dove lavorino tutti individui giovani e sani pone problematiche minori di un'altra frequentata prevalentemente da persone anziane o in condizioni di "fragilità". Se l'uso delle mascherine è imposto, quale dispositivo di protezione, solo quando non sia possibile assicurare la distanza interpersonale di un metro, è palese come non avrebbe senso una valutazione parcellizzata per singole misure contenitive che prescindano da una considerazione complessiva del rischio-contagio nella precipua struttura organizzativa.

Deve allora concludersi che le esigenze di contrasto alla diffusione pandemica del coronavirus nei luoghi di lavoro non abbiano relegato ai margini il complesso sistema prevenzionistico imperniato sul d.lgs. n. 81/2008. Occorre piuttosto ricercare un raccordo sistematico e un'armonica interazione tra previsioni di contrasto del Covid-19 e sistema di tutela della salute e sicurezza del lavoro incardinato nel d.lgs. n. 81/2008, sin dalla fase preliminare della valutazione del rischio.

L'esigenza di una valutazione datoriale del rischio Covid-19 è stata rimarcata anche in documenti tecnici prodotti dall'Inail e, in sede europea, dall'Agencia per la sicurezza e la salute sul lavoro⁶.

A livello di diritto positivo, questa lettura trae fondamento, oltre che dal generale *duty of care* del datore di lavoro (art. 2087 c.c.), dalla normativa prevenzionistica declinata nel d.lgs. n. 81/2008, che impone, come ob-

6 INAIL, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da Sars-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, aprile 2020; EU-OSHA, *Covid-19: Fare ritorno al luogo di lavoro. Adeguare i luoghi di lavoro e proteggere i lavoratori*, 2020.

bligato indelegabile del soggetto datoriale (art. 17, comma 1, lett. a)), una valutazione onnicomprensiva dei rischi lavorativi, a prescindere dalla fonte di origine, quale adempimento prodromico all'individuazione e attuazione delle misure di prevenzione/protezione e dei dispositivi di protezione individuali.

Anche la giurisprudenza penale è ferma nel dichiarare che il datore di lavoro debba – con l'apporto del RSPP e del medico competente – analizzare e individuare, secondo la propria esperienza e la migliore evoluzione della scienza tecnica, tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda e, all'esito, redigere e aggiornare periodicamente il documento di valutazione dei rischi (DVR) previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008⁷.

Conferme si ricavano anche dalla giurisprudenza concernente eventi infausti occorsi a lavoratori inviati all'estero⁸. Rispetto a questa questione di grande salienza in un'economia globalizzata, prevale l'assunto secondo cui il datore di lavoro sia tenuto a valutare e gestire anche le seguenti classi di rischio che possono essere presenti, ad un grado anche particolarmente elevato, nel sito straniero: il rischio da trasferta (associato agli spostamenti in auto, aereo, treno, nave, ecc.); il rischio di condizioni meteo estreme (fenomeni naturali catastrofici); il rischio sociopolitico (terrorismo, criminalità ecc.); il rischio igienico-sanitario (malattie endemiche, epidemie, adeguatezza delle strutture di supporto per l'emergenza e il pronto soccorso, ecc.); il rischio derivante da tensioni per fattori culturali/religiosi⁹. Si tratta di rischi *ex se* esogeni, ma che in ambienti particolarmente esposti necessariamente interpellano l'attenzione del datore di lavoro, con risvolti potenziali – in caso di inottemperanza – anche di natura penale. Ed infatti una recente sentenza di condanna ha arguito che alcuni rischi, come quello di eventi terroristici

⁷ Per tutte, Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, in *CED Cass.*, rv. 261109.

⁸ Per un inquadramento generale del tema, di taglio giuslavoristico, cfr. A. FEDERICI, *Sicurezza sul lavoro e tutela del lavoratore all'estero*, in «Lavoro e previdenza oggi», 2015, 7-8, p. 343 ss.; R. NUNIN, *Rischio geopolitico ed attività di ricerca: alcune osservazioni in materia di valutazione, prevenzione e responsabilità*, in «Dir. Sic. Lav.», 2016, n. 2, I, p. 56 ss.; L. ANGELINI – C. LAZZARI, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, *ivi*, 2019, n. 2, I, p. 73 ss.

⁹ Nella letteratura penalistica, di recente, sul tema, M. CAPUTO – V. MONGILLO, *Sicurezza dei lavoratori inviati all'estero, compliance 231 e responsabilità penale dei consiglieri di amministrazione*, in corso di pubblicazione in «Rivista di Corporate Governance».

in un contesto straniero, benché di per sé esogeni o generici, possono essere amplificati dallo svolgimento di certe attività, sì da poter essere assimilati ai rischi endogeni¹⁰.

Con riferimento alla pandemia in corso, l'incertezza che in origine annebbiava queste verità¹¹ scontava anche la problematica attuazione, in una situazione emergenziale imprevista, dell'obbligo indelegabile del datore di lavoro ex art. 17, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 81/2008. Tali complicazioni, almeno in un primo momento, ben potrebbero essersi tradotte, in moltissime realtà organizzative, in impossibilità materiale di adempiere, con consequenziale esclusione di un'omissione penalmente rilevante (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Successivamente queste nubi si sono andate diradando, a livello applicativo e nell'orizzonte normativo, al di là dei contesti sanitari e gli altri elencati nell'allegato XLIV al d.lgs. n. 81/2008.

A suggellare la presente chiave di lettura sono state, *inter alia*, le linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive emanate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 16 maggio 2020 (all. 17 al DPCM del 17 maggio) e poi aggiornate l'11 giugno (all. 9 al DPCM emanato nella stessa data), il 6 agosto (all. 9 al DPCM del 7 agosto) e l'8 ottobre (all. 9 al DPCM del 13 ottobre e al DPCM del 3 novembre), dove si è chiaramente affermato che «il sistema aziendale della prevenzione consolidatosi nel tempo secondo l'architettura prevista dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 costituisce la cornice naturale per supportare la gestione integrata del rischio connesso all'attuale pandemia»: le procedure/istruzioni operative contenute nel documento posso-

10 G.U.P. – Tribunale di Roma, sent. 27 febbraio 2020 (ud. 22 gennaio 2019), n. 125.

11 Cfr., da un canto, la posizione negatrice del dovere di valutazione del rischio Covid-19 in capo ai datori di lavoro, almeno rispetto alla prima fase emergenziale: P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in «Dir. sic. lav.», 2019, n. 2, p. 98 ss.; ID., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, ivi, 2020, n. 1, p. 117 ss. *Contra*, per la necessità di aggiornare la valutazione dei rischi, R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Wolters Kluwer Italia, 2020, p. 4 ss.; S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in «Giustizia insieme», 22 aprile 2020; G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da covid-19*, ivi, 22 aprile 2020, p. 3 ss.; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., pp. 28-33.

no «coincidere con procedure/istruzioni operative già adottate, purché opportunamente integrate, così come possono costituire un addendum connesso al contesto emergenziale del documento di valutazione dei rischi redatto ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81».

Il responsabile dell'organizzazione dovrà procedere alla valutazione del rischio di contagio considerando le caratteristiche dei processi e dei luoghi di lavoro, per poi progettare e mettere in atto un protocollo Covid-19 aziendale adeguato ed efficace. Sul piano documentale, sarà lecito elaborarlo come addendum, documento allegato, appendice o integrazione al DVR: dirimente è la sostanza, l'effettiva valutazione del rischio di contagio nel singolo sito produttivo.

3. Ricadute della violazione delle misure anti-contagio: profili di responsabilità penale

Volendo rappresentare graficamente le possibili ricadute sanzionatorie della violazione delle norme di contrasto alla diffusione del coronavirus nei luoghi di lavoro possiamo schematizzare un assetto piramidale, secondo un modello di tutela della sicurezza del lavoro assolutamente fisiologico¹².

Al di là del trattamento assicurativo del lavoratore, i potenziali profili di illiceità, nel caso di condotte inosservanti, sono di natura civile, amministrativa e penale.

Per discernere più nitidamente gli aspetti penali, su cui ci soffermeremo precipuamente in questa sede, è opportuno partire dai *profili assicurativi*, perché il legislatore ha espressamente qualificato il contagio da coronavirus “in occasione di lavoro” come “infortunio” (art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020, conv. con mod. dalla l. n. 27/2020¹³). Si tratta di un evento lesivo, più precisamente di una *malattia-infortunio*, rispetto alla quale

¹² Cfr. D. CASTRINUOVO, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli*, in Id. et al., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, 2019, p. 5 s., 18 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 8ª ed., Giappichelli, 2019, p. 285.

¹³ Precisa L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in «Dir. sic. lav.», 2020, n. 1, p. 1, che «per quanto riguarda l'indennizzabilità, da parte dell'Inail, delle conseguenze lesive dell'integrità psicofisica causate dall'infezione da coronavirus, la disposizione non ha carattere innovativo o costitutivo del diritto all'indennizzo, essendo lo stesso già previsto dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, e successive integrazioni e modificazioni».

– come per qualsiasi altra infezione aero-trasmessa da agenti microbici o virali – la causa virulenta è equiparata alla causa violenta propria dell’infortunio¹⁴. L’azione traumatica, nel caso di specie, coincide con il contatto e la penetrazione nell’organismo dell’agente patogeno.

L’inquadramento in discorso è stato ribadito pure dall’Inail in una serie di documenti¹⁵, tra cui, in ultimo, la Circolare n. 22 del 20 maggio, indotta dall’esigenza di fugare taluni equivoci insorti in merito all’automatismo paventato – in particolare dalle organizzazioni datoriali – tra riconoscimento dell’infortunio ai fini della assicurazione obbligatoria e dichiarazione di responsabilità del datore di lavoro in sede civile o penale.

In realtà, nessun automatismo sussiste. L’Inail tutela il lavoratore che ha contratto la patologia infettiva Covid-19 “in occasione” dell’attività lavorativa (anche per infortuni occorsi *in itinere* quindi). Spesso è difficile, e talvolta impossibile, stabilire il momento contagiante e così l’episodio specifico di penetrazione nell’organismo del fattore patogeno. Di questo l’ente assicurativo è perfettamente cosciente; nondimeno ritiene che la prova dell’avvenuto contagio per motivi professionali (il fatto ignoto da provare) possa essere raggiunta anche attraverso *presunzioni semplici*¹⁶, dunque mediante indizi gravi, precisi e concordanti (le modalità di svolgimento dell’attività lavorativa, i tempi di comparsa delle infezioni, ecc.), che rimandano a canoni di ragionevolezza e probabilità.

Sul versante *punitivo-amministrativo*, va detto che le prescrizioni dettate per minimizzare il rischio di contagio da coronavirus nei luoghi di lavoro, incluse quelle scandite dai protocolli condivisi nazionali e dalle linee guida regionali¹⁷, sono autonomamente sanzionate già in via am-

14 Sono comunemente considerati *infortuni* gli eventi caratterizzati da un’etiologia immediata e violenta; *malattie professionali* gli eventi caratterizzati da un’etiologia graduale e progressiva: cfr. D. CASTRONUOVO, *Le fonti*, cit., p. 9.

15 INAIL, Documento del 17 marzo 2020; Circolare n. 13 del 3 aprile 2020; Circolare n. 22 del 20 maggio 2020.

16 Sulla nozione di “presunzioni semplici”, quali strumenti probatori (prove per induzione) rappresentati da un ragionamento inferenziale che il giudice formula allo scopo di trarre conclusioni attinenti alla verità o alla falsità di un fatto da provare, diversamente dalle “presunzioni legali”, che attengono alla regolamentazione dell’onere della prova, cfr., per tutti, M. TARUFFO, *Presunzioni: I - Diritto processuale civile*, in «EGT», Roma, 1991, p. 1 ss.

17 La rilevanza sanzionatoria delle misure fissate nei protocolli discende dal rin-

ministrativa. Al riguardo, l'art. 2, comma 1, del d.l. n. 33/2020, conv. dalla l. n. 74/2020, ha disposto che, «salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'articolo 650 del codice penale, le violazioni delle disposizioni del presente decreto, ovvero dei decreti e delle ordinanze emanati in attuazione del presente decreto, sono punite con la sanzione amministrativa di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35. Nei casi in cui la violazione sia commessa nell'esercizio di un'attività di impresa, si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni»¹⁸.

La sanzione pecuniaria amministrativa – per effetto del rinvio all'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020, conv. con mod. dalla l. n. 35/2020 – può oscillare da 400 a 1000 euro¹⁹.

L'ultima parte del comma 2 del medesimo articolo stabilisce che «in caso di reiterata violazione della medesima disposizione la sanzione amministrativa è raddoppiata e quella accessoria è applicata nella misura massima». Quindi, in questa ipotesi, la forbice edittale della sanzione amministrativa è elevata a 800/2000 euro e la durata della chiusura dell'attività sale a 60 giorni.

Al di là della scelta di espungere l'art. 650 c.p. dal novero delle fattispecie penali applicabili, la quale ribadisce la svolta politico-criminale avutasi con il d.l. n. 19/2020 (art. 4), si è deciso di puntare, circa il versante amministrativo, su sanzioni orientate alla mera deterrenza o incapacitazione, prive dunque di una finalità riparatoria, ovvero “curativa”, cioè di migliorare le condizioni di cautela nei luoghi di lavoro. Quanto alla sanzione interdittiva, è riconosciuta all'autorità procedente anche la potestà di anticiparne gli effetti in via provvisoria, per una durata non superiore a 5 giorni, «ove necessario per impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione» (art. 2, comma 2, prima parte, d.l. n. 33/2020)²⁰. Il sig-
vivo recettizio operato dalla legislazione e dalla decretazione presidenziale di riferimen-
to.

18 Un analogo regime sanzionatorio era dettato dal precedente d.l. n. 19/2020, conv. con mod. dalla l. n. 35/2020 (cfr. art. 4).

19 Il limite massimo, originariamente, era pari a 3.000 euro ed è stato diminuito in sede di conversione in legge del d.l. n. 19/2020.

20 La misura sanzionatoria di natura interdittiva si pone in linea di continuità con la disposizione generale di cui all'art. 1, comma 15, del d.l. n. 33/2020, secondo cui «il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza,

getto competente a irrogare le sanzioni amministrative per la violazione delle misure disposte da autorità statali è il *prefetto*, mentre rispetto alle misure regionali e locali è la stessa autorità che le ha disposte (così l'art. 2, comma 2, seconda parte, d.l. n. 33/2020). In virtù del rinvio operato al disposto dell'art. 4, comma 3, del d.l. n. 19/2020 (cfr. (così l'art. 2, comma 2, d.l. n. 33/2020), trovano applicazione «le disposizioni delle sezioni I e II del capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto compatibili». Circa la procedura applicativa delle sanzioni, con la conversione del d.l. n. 19/2020 si è colmata una irragionevole lacuna dell'originario impianto normativo mediante l'inserimento di un inciso finale nel comma 9 dell'art. 4, a mente del quale «il prefetto assicura l'esecuzione delle misure di contenimento nei luoghi di lavoro avvalendosi anche del personale ispettivo dell'azienda sanitaria locale competente per territorio e dell'Ispettorato nazionale del lavoro limitatamente alle sue competenze in materia di salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro».

Passando finalmente alla *dimensione penale*, giova partire dalla clausola di riserva contenuta nell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 33/2020 («salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'articolo 650 del codice penale») ²¹. L'assunto implicito che si ricava da tale clausola è che l'inosservanza di una misura prevista nella legge o in uno dei protocolli cogenti – da parte del datore di lavoro o altro soggetto investito *ex lege* di una posizione di garanzia ²² – può configurare, se del caso, un illecito di natura penale, previsto nella legislazione complementare o a livello codicistico. Sotto questo profilo, l'eventuale conflitto apparente tra una norma sanzionatoria amministrativa ed un'altra penale va risolto a favore di quest'ultima ²³.

Se ci si muove nel solco della prospettata integrazione tra sistemi preventivi, paiono incorniciabili in previsioni cautelari generali del

nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza».

21 Analoga a quella – meno elegante sul piano tecnico – contenuta nell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020 («Salvo che il fatto costituisca reato [...] e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale»).

22 Sul tema delle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse, *amplius*, A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in «RTDPE», 2017, n. 3-4, p. 508 ss.; circa il diritto penale del lavoro, v. N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, n. 1-2, p. 123 ss.

23 Cfr., S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in «Giustizia insieme», 4 maggio 2020, p. 8.

d.lgs. n. 81/2008 almeno le più significative prescrizioni speciali votate al contenimento del nuovo fattore di rischio biologico. Facciamo riferimento a quelle concernenti: l'informazione; la pulizia e la sanificazione in azienda; le precauzioni igieniche personali; l'utilizzo di DPI. Pertanto, la violazione di queste specifiche norme cautelari di prevenzione del Covid-19 potrebbe, da un lato, realizzare altrettante fattispecie contravvenzionali previste dal c.d. testo unico in materia di salute e sicurezza, e, dall'altro, fondare provvedimenti prescrittivi ai sensi del d.lgs. n. 758/1994, diretti ad ingiungere al trasgressore la regolarizzazione della situazione antiggiuridica²⁴.

È patente il salto qualitativo che si determina, tanto rispetto ai presupposti della tutela assicurativa quanto alla semplice omissione di condotte preventive penalmente puntellate, qualora sia, invece, da accertare la *responsabilità penale* – strutturalmente colposa²⁵ – di un datore di lavoro per la malattia-infortunio (art. 590 c.p.) o persino l'eventuale morte da coronavirus (art. 589 c.p.) di un suo dipendente.

Secondo i tracciati della più accreditata teoria della colpa penale, si richiede, in tal caso, sul piano della tipicità del fatto di reato: *a)* la prova rigorosa di una condotta (omissiva) colposa; *b)* l'accertamento del nesso di causalità tra condotta ed evento; *c)* il duplice nesso normativo necessario per l'imputazione colposa del risultato lesivo: *c.1)* la concretizzazione del rischio nell'evento verificatosi, quindi il fatto che esso rientri nel cono di protezione della norma cautelare; *c.2)* l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito, cioè osservante delle cautele imposte²⁶.

24 Tale impostazione ha ricevuto un'esplicita declinazione pure nelle *Indicazioni operative* formulate dalla Procura presso il Tribunale di Bergamo agli organi di vigilanza: cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bergamo, *Indicazioni operative per la verifica dell'applicazione dei protocolli condivisi di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento del virus Covid-19 ex art. 2 comma 6 DPCM 26.04.2020*, 12 maggio 2020.

25 Come sostenuto condivisibilmente da R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020, il tipo di emergenza che stiamo affrontando, dall'angolazione penalistica, può essere definita come «strutturalmente colposa».

26 Per una tematizzazione del comportamento alternativo lecito, nell'ambito della teoria della colpa o dell'imputazione oggettiva dell'evento, v., per tutti, A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, 1989, p. 93 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 418; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, «ED», *Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 635 ss.; K. SUMMERER,

Nel caso in cui la condotta del garante della sicurezza sia qualificata in termini omissivi, l'*iter* logico dell'accertamento si accorcia, stante la sovrapposizione tra evitabilità dell'evento e c.d. casualità dell'omissione²⁷, ma al tempo stesso si complica oltremodo sul piano della prova processuale.

Il problema concettuale-probatorio più spinoso che si porrà nella prassi rispetto agli eventi lesivi Covid-correlati è quello dell'accertamento del nesso causale tra condotta inosservante della regola cautelare anti-contagio ed evento lesivo.

Quando è in discussione una responsabilità per *omesso impedimento dell'evento*, l'individuazione della causa o delle cause materiali del risultato lesivo ("causalità reale") costituisce premessa logica per ogni ulteriore indagine sull'efficacia inibente dell'azione doverosa omessa ("causalità ipotetica")²⁸. Da quest'angolo visuale, anche la giurisprudenza penale ha chiarito che, in ipotesi di causalità omissiva, il giudizio controfattuale di tipo ipotetico-predittivo – imponendo di appurare se la condotta dovuta avrebbe modificato il decorso casuale in modo tale da evitare il risultato lesivo – richiede preliminarmente l'accertamento di *ciò che è accaduto* (c.d. giudizio esplicativo), rispetto al quale la certezza processuale deve essere raggiunta²⁹.

Nel caso che ci occupa, la "causalità reale" oggetto di verifica concerne l'effettivo contagio da coronavirus *sul luogo di lavoro*³⁰, quindi la circo-

Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale, Pisa, 2013, *passim* e in part. p. 160 ss., 223 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in «CP», 2013, p. 1224 ss.

27 Cfr., per questo profilo e altre distinzioni, M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, cit., spec. p. 679, 686-695; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 116.

28 G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in «RIDPP», 2009, p. 523 ss.; F. MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in «Dir. & Quest. pubbl.», 2010, p. 137, 159-60.

29 Cass., sez. IV, 31 gennaio 2013, n. 23339, in *CED Cass.*, rv. 256941-01.

30 Utilizziamo volutamente un'espressione più restrittiva di "in occasione del lavoro", che potrebbe generare equivoci in quanto inclusiva – sul piano assicurativo – anche degli infortuni *in itinere*, cioè occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro. Difatti, non si vede come un datore di lavoro possa prevenire il contagio, ad esempio, su un mezzo di trasporto pubblico o privato del lavoratore durante il tragitto casa-lavoro (il Protocollo del 24.4.2020 incentiva l'utilizzo dei mezzi di trasporto privati anziché di quelli pubblici, al fine di ridurre la possibilità di contagio). Diverso, ovviamente, è il caso di lavoratori che circolino su mezzi aziendali, a

stanza che la vittima abbia subito l'aggressione infettiva del virus nel contesto o nella specifica area lavorativa su cui il garante esercita un dominio giuridico-fattuale. Per raggiungere siffatta prova, al metro del giudizio – valutativo e non solo naturalistico – di “alta probabilità logica” richiesto dalla storica sentenza delle Sezioni Unite *Franzese*³¹, diviene necessario escludere l'incidenza di possibili fattori/decorsi causali alternativi, nella specie afferenti a differenti occasioni di contagio. Solo in questo modo potrà corroborarsi l'ipotesi accusatoria concernente il nesso condizionalistico tra condotta colposa ed evento³².

Ora, è a tutti evidente un dato: già la dimostrazione che l'esposizione al contagio sia avvenuta proprio in *quell'*ambiente di lavoro è impresa particolarmente ostica, non di rado “erculea”, a fronte di un rischio presente *ubique*. Considerati i molteplici altri luoghi che un individuo potrebbe aver frequentato al di fuori dell'attività lavorativa (la sua abitazione, un mezzo pubblico nel percorso casa-lavoro, un esercizio commerciale, un luogo di svago, ecc.), considerati dunque gli innumerevoli contatti interpersonali che potrebbero generare altrettante possibilità d'infezione, sarà estremamente difficile determinare dove il soggetto sia stato contagiato. È appena il caso di rammentare che, nel processo penale, l'*onus probandi* concernente tutti i requisiti della responsabilità individuale ricade sull'accusa, che deve altresì soddisfare lo standard probatorio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” (art. 27, comma 2, Cost.; art. 533, comma 1, c.p.p.).

Si può tentare di dimostrare la correlazione tra contagio e lavoro attraverso qualsiasi elemento probatorio o indizio significativo disponibile: la sequenza temporale dei sintomi del contagio e delle positività riscontrate sul luogo di lavoro, la loro frequenza, le peculiarità delle lavorazioni e delle mansioni espletate dal soggetto contagiato, l'eventuale assenza di altri contatti umani significativi nel periodo di insorgenza dell'infezione, il ritrovamento di oggetti o spazi contaminati nell'ambiente occupazionale, ecc.

Non va neppure dimenticata la visione “paternalistica” del ruolo datoriale, che spinge la giurisprudenza a ritenere fattore interruttivo del

fortiori se ciò avvenga nello svolgimento professionale di una certa attività lavorativa.

31 Cass., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *CED Cass.*, rv. 222138-0.

32 Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

nesso causale solo il comportamento colposo abnorme o assolutamente eccezionale³³. Così, la giurisprudenza sarebbe verosimilmente portata a reputare privo di tali connotati di eccezionalità, ad esempio, il comportamento colposo del lavoratore o di un terzo già contagiato che faccia ingresso in azienda benché febbricitante o consapevole della positività di un soggetto da lui frequentato nei giorni precedenti.

Per quanto concerne il profilo delle *mansioni lavorative*, alcune categorie sono inevitabilmente più esposte di altre al rischio biologico in discorso. Come già accennato, oltre agli operatori sanitari o socio-sanitari o comunque a chi lavori nelle relative strutture (ad es. gli addetti alle pulizie di un ospedale), una maggiore esposizione incombe certamente su coloro che operano a contatto col pubblico o con l'utenza.

V'è anche da notare che durante la fase più acuta della prima ondata pandemica, con situazioni che purtroppo potrebbero ora riproporsi durante la seconda ondata, soprattutto medici e infermieri operanti nelle strutture ospedaliere o nelle RSA sono stati sottoposti a turni massacranti e interminabili, con una sostanziale sospensione della vita privata e quindi delle occasioni di contagio extra-professionali. Tanto più che la maggior parte degli esercenti professioni sanitarie quotidianamente esposti al virus hanno deciso di auto-isolarsi nell'ambiente domestico per evitare di contagiare i propri familiari o conviventi³⁴. In situazioni simili, invero, è meno tortuoso dimostrare, rispettando il canone decisorio del *beyond any reasonable doubt*, la correlazione lavorativa dell'infezione.

Sul piano investigativo, potrà rivelarsi assai utile il c.d. *contact tracing*, anche a mezzo di strumenti elettronici e finanche di sequenze geniche. Qualsiasi strumento d'indagine rischia di rivelarsi però velleitario in situazioni di diffusione massiva e pressoché incontrollata del virus nella popolazione.

33 Cass., sez. IV, 29 maggio 2014, n. 22249, in *CED Cass.*, rv. 259227-01; Cass., sez. IV, 27 marzo 2017, n. 15124, in *CED Cass.*, rv. 269603-01.

34 O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in «SP», 22 giugno 2020 segnala un'altra categoria rispetto alla quale potrà rivelarsi meno ostica la prova del nesso causale, vale a dire i lavoratori detenuti. Anche in questo caso, però, occorrerà stabilire che il contagio sia avvenuto durante l'attività lavorativa e non in altre occasioni, ad es. all'interno della propria cella.

Circa l'elemento indiziario costituito dalla sequenza temporale e dalla numerosità dei contagi, l'eventualità che un certo plesso lavorativo sia riconosciuto come focolaio epidemico, tanto più in una zona territoriale generalmente poco colpita dalla pandemia, pure potrebbe favorire la prova particolaristica dell'infezione sul luogo di lavoro di uno o più dipendenti. Casi di manifestazione morbosa collettiva in aree produttive ristrette si sono già sviluppati (anche) in Italia, finora per lo più in campo ospedaliero e socio-sanitario, ma in qualche caso anche in altri settori, come macellazione, trasporti, logistica, aziende agricole.

Uno spiraglio in funzione probatoria – benché assai controverso nella dottrina penalistica – potrebbe essere offerto dall'adesione a *paradigmi ricostruttivi di stampo epidemiologico*³⁵, a cui non di rado la giurisprudenza ricorre, talvolta copertamente, per dimostrare il nesso causale in relazione a eventi lesivi subiti da lavoratori esposti a sostanze patogenne. Soprattutto nelle situazioni in cui risultasse, in base ad accertamenti attendibili, un eccesso d'incidenza della patologia Covid-19 in un determinato contesto occupazionale, per questo identificato come focolaio epidemico, si potrebbe tentare di argomentare come ciò sia idoneo a rivelare la correlazione causale tra la dimostrata inosservanza di protocolli di prevenzione e l'eccesso di morbilità lavorativa. Ovviamente, l'utilizzo di questo schema di accertamento presupporrebbe un'estensione quantitativa del contagio, in un determinato luogo di lavoro, tale da rendere significativa la coorte oggetto di studio, ed altresì l'"integrità" dei dati epidemiologici "di controllo", che potrebbero tuttavia essere stati raccolti, almeno nelle prime fasi dell'epidemia, in modo fortemente frammentario³⁶.

Tuttavia, a parte queste riserve "funzionalistiche", il modello in esame implica, sul piano dei principi, la rinuncia alla prova della correlazione lavorativa di una singola infezione e del nesso con una determinata con-

35 Modello patrocinato, nella dottrina penalistica, soprattutto da L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, 2007, *passim*; ID. *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in «DPC» *Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 343 ss. V. anche il correttivo al modello epidemiologico "base" proposto da S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, spec. p. 275 ss., che limita l'utilizzabilità della prova epidemiologica di eventi collettivi ai casi in cui sia disponibile uno studio epidemiologico *ad hoc* sulla popolazione delle persone offese.

36 Cfr. O. DI GIOVINE, *Coronavirus*, cit.

dotta inosservante del garante (causalità individuale, *ergo* identificazione della vittima): il sapere epidemiologico, quale che sia, non è in grado di procurarla.

In caso di *evento-morte* conseguente al contagio, un ulteriore profilo che potrà assumere rilievo nella dialettica processuale, ad onta del rigoroso disposto dell'art. 41 c.p., è l'eventuale incidenza esclusiva, nel decesso dell'infortunato, di patologie pregresse (comorbidità)³⁷.

Difficoltosa potrebbe rivelarsi, altresì, l'identificazione della norma cautelare violata, per tre ragioni: a) il quadro normativo è divenuto col tempo assai frastagliato e complesso, per cui si porrà il problema di individuare, di volta in volta, il precetto cautelare capace di integrare la tipicità colposa nel singolo ambito/contesto produttivo; b) non tutti gli obblighi sanciti dai protocolli e dalle linee guida governativi e regionali di cui all'art. 1, comma 14, d.l. n. 33/2020 hanno un contenuto rigido e gli stessi protocolli condivisi lasciano margini di discrezionalità decisoria ai datori di lavoro per tener conto delle "peculiarità della propria organizzazione"³⁸; c) correlativamente si porrà il problema di decidere sull'eventuale rilevanza, in questo settore di rischio, di cautele non codificate (c.d. colpa generica, su cui *infra* § 3.1).

Un'ultima delicata questione concerne l'accertamento della capacità impositiva della condotta conforme a diligenza (c.d. comportamento alternativo lecito). Le regole anti-contagio, cristallizzate in testi di fonte legale o protocollare, pressoché mai possono ritenersi *impeditive*, cioè in grado di eliminare il rischio. Anche le prescrizioni dirette a conformare l'esercizio dell'attività produttiva per prevenire eventi dannosi prevedibili per la salute (c.d. regole "modali") sono, pressoché invariabilmente, regole cautelari "improprie"³⁹. Così, lungi dal neutralizzare integralmente il pe-

37 Segnalano tale aspetto anche M. RIVERDITI – L. AMERIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici*, in «GP» *Web*, 2020, p. 5.

38 Ciò implica anche che, almeno in astratto, non possa essere recisamente esclusa la possibilità che il datore di lavoro o altro garante riesca a dimostrare che la misura negletta non abbia una reale valenza cautelare o che sia meno efficace di un'altra concretamente adottata.

39 Su questa nozione, P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, CEDAM, 2003, p. 13 ss. e *passim*, che considera invece "proprie" le regole «basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento e di sicura (= con probabilità confinante con la certezza) evitabilità del medesimo mediante il comportamento alternativo lecito».

ricolo, si prefiggono di minimizzarne l'intensità e quindi la probabilità di verificazione dell'evento. Del resto, nello stesso d.l. n. 33/2020 si parla espressamente di «protocolli o linee guida idonei a prevenire o *ridurre* il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi».

Anche il dispositivo “meccanico” più elementare finora escogitato per evitare la trasmissione di un virus respiratorio, vale a dire la mascherina di protezione, è votato alla mera diminuzione del rischio di contagio (alcuni studi calcolano una riduzione pari al 50%). *A fortiori* non disinnescano in radice il fattore biologico pericoloso le norme di distanziamento fisico, e segnatamente quelle che fissano la distanza minima di sicurezza ad un metro.

Del resto, perché non due metri o tre o quattro? E perché fissare il limite di accesso ai luoghi di lavoro a una temperatura di 37,5° e non, ad esempio, 37,4° o 37,2°? In tutta evidenza, si tratta, programmaticamente, di regole rivolte a minimizzare il rischio entro il limite della soglia tollerabile, in funzione dell'utilità sociale delle attività ammesse.

Sorge così l'ultimo grande dilemma: qual è il grado di probabilità che occorre raggiungere circa l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito? Nelle *fattispecie omissive di evento*, la dottrina e la giurisprudenza più recente⁴⁰ sono solite richiedere non un semplice aumento delle *chances* di salvezza, ma una *probabilità* – o una credibilità logico-razionale – *confinante con la certezza*. Il parametro a cui attenersi sarebbe dunque quello dell'*alta probabilità logica*, alla cui stregua va valutata l'efficienza causale dell'azione penalmente rilevante.

Orbene, alla luce della natura “impropria” dei precetti comportamentali finalizzati a schermare i lavoratori dal contagio, esiti assolutori potrebbero divenire pressoché automatici, volendo attenersi scrupolosamente all'*in dubio pro reo*.

L'unico varco per imputazioni penali colpose potrebbe essere aperto da prospettive individualizzanti, calibrate sull'entità dell'evento *hic et*

⁴⁰ Per tutti, L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in «RIDPP», 2000, p. 1061 ss.; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, loc. cit. Così anche la sentenza *Franzese* (2002) e la più recente *ThyssenKrupp* (2014) del massimo organo nomofilattico: «il controfattuale della causalità omissiva e quello della causalità della colpa (*id est* dell'evitabilità dell'evento) tendono in prima approssimazione a sovrapporsi, ad identificarsi».

nunc. Ad esempio, pare consolidarsi scientificamente, in materia di patogenesi del Covid-19, l'ipotesi secondo cui, anche in caso di "fallimento" (mancata prevenzione del contagio), la mascherina sia comunque in grado di ridurre la carica virale da cui dipendono il decorso e la gravità della malattia⁴¹. In queste evenienze, non è del tutto esclusa, allora, la possibilità di dimostrare che l'elusione della cautela doverosa abbia concorso a determinare *quell*'evento concreto, nel senso che esso si sarebbe altrimenti realizzato in forma più lieve o comunque con un decorso più favorevole.

3.1. Le potenzialità espansive della colpa generica e l'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020

Occorre, infine, chiedersi se una responsabilità penale colposa per l'evento contagio o il decesso di un lavoratore possa fondarsi sul mancato rispetto di regole cautelari difformi da quelle espressamente positivizzate. Tale quesito attiene, evidentemente, agli eventuali spazi di rilevanza residua della c.d. colpa generica per giudizi di responsabilità penale.

Gli esempi potrebbero essere molti. Così, un imprenditore è libero di sottoporre a test sierologici periodici (volontari) i propri dipendenti, anche per provare ad intercettare eventuali soggetti asintomatici o paucisintomatici: varie aziende hanno adottato spontaneamente misure di questo tipo, ma nessun vincolo normativo sussiste al riguardo. Ancora, un datore di lavoro potrebbe decidere di prevedere la misurazione della temperatura corporea all'ingresso del luogo lavorativo, anche in settori produttivi e territori regionali dove – e si tratta della gran parte⁴² – non sia obbligatoria.

Tendenzialmente, pare del tutto ragionevole e rispettoso della intima *ratio* del principio di legalità negare rilevanza in sede penale all'omessa adozione di simili cautele. Opinando diversamente, in ambiti in cui il legislatore ha inteso fissare il limite del rischio consentito dettando precise norme cautelari, verrebbe alterato il bilanciamento tra interessi (salute e libertà economica) previamente realizzato al momento di fissare lo standard prevenzionistico.

⁴¹ Vari studi, infatti, rivelano che la mascherina riduce la carica virale che raggiunge il soggetto infettato, provocando una malattia meno grave.

⁴² Cfr. il protocollo condiviso del 24 aprile 2020. Il controllo della temperatura è stato reso vincolante solo in alcuni settori (cfr., ad es., protocollo cantieri) o in alcune regioni (Lombardia).

Il problema di “caduta della legalità”, immanente allo statuto penale della colpa, è però acuito nel contesto dell'emergenza Covid-19 da un sapere tecno-scientifico in incessante e rapida evoluzione e persino da possibili mutazioni del fattore di rischio difficilmente dimostrabili empiricamente, almeno in tempi sufficientemente rapidi per consentire l'aggiornamento delle cautele positivizzate. Ciò, avuto riguardo al parametro elastico delineato dall'art. 2087 c.c., alimenta il rischio di caricare il datore di lavoro di un debito di sicurezza ampliato a dismisura, capace di assorbire presidi ancora più incalzanti di quelli espressamente codificati.

Il legislatore ha voluto fare la sua parte per cercare di dirimere queste incertezze. In sede di conversione del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. “decreto liquidità”) ad opera della legge 5 giugno 2020, n. 40, ha inserito il seguente nuovo art. 29-bis: *«(Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19). - 1. Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».*

L'applicazione dei protocolli condivisi, generali o settoriali, è stata dunque tipizzata quale forma di adempimento dell'obbligo generale (e generico) di sicurezza del datore di lavoro. Resta ferma la possibilità di sottrarsi a responsabilità, anche in caso di inadempimento di una regola positivizzata, ove sia possibile dimostrare che una diversa misura adottata in sostituzione sia parimenti o persino maggiormente efficace.

L'obiettivo di fondo è proprio quello di neutralizzare la vis espansiva della “colpa generica”, che nel campo della salute e sicurezza s'inscrive nel perimetro indefinito del detto art. 2087 c.c., il quale – ad onta di

qualche lieve temperamento rintracciabile nella giurisprudenza lavoristica⁴³ – viene frequentemente utilizzato dalla giurisprudenza penale, quale clausola elastica di chiusura, per aggirare l'assenza di regole cautelari positivizzate e fondare addebiti penali⁴⁴.

Nei primi commenti dottrinali, pur apprezzandosi lo spirito dell'art. 29-bis, è emerso un diffuso scetticismo circa la reale capacità di raggiungere gli obiettivi prefissi⁴⁵. In un certo senso, a noi questo pare l'ineluttabile destino di tutte le norme nate sotto l'auspicio di fantomatici "scudi penali", anelati dalle cerchie professionali di riferimento, e che per lo più tendono a risolversi in declamazioni di principi.

Questi principi, però, spesso sono scontati solo nel dibattito dottrinale, diversamente dal formante giurisprudenziale; proprio ciò conferisce una qualche utilità a norme "maieutiche" come quelle in discorso⁴⁶.

L'art. 29-bis, sebbene centrato sulla fattispecie civilistica, rappresenta anche un richiamo al giudice penale a non sconfinare dal recinto delle regole codificate e quindi a rendere il più possibile prevedibile il giudizio di colposità della condotta datoriale. Certo, la disposizione di nuovo conio lascia a desiderare sul piano della formulazione linguistica e solleva dubbi persino in merito alla delimitazione dei protocolli rilevanti. L'unico protocollo condiviso tassativamente nominato nel novello art. 29-bis è, infatti, quello generale del 24 aprile. Il novero dei protocolli nazionali o regionali implicitamente richiamati resta invece "aperto". Si fa, per di più, riferimento pure a «protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», con un evidente disallineamento rispetto ai documenti ai quali la normativa emergenziale (decreti-legge e decreti presidenziali) ha finora attribuito natura vincolante.

43 Ad es. Cass., sez. lav., ord. 8 ottobre 2018, n. 24742, in *CED Cass.*, rv. 650725-01, secondo cui l'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

44 *Ex multis*, Cass., sez. IV, 26 novembre 2015, n. 46979, in *CED Cass.*, rv. 265052-01.

45 D. PIVA, *Responsabilità da contagio con limitazioni ancora incerte*, in *Il Sole 24 ore*, 17 giugno 2020; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in «SP», 15 giugno 2020 («norma di indirizzo, dal valore 'pedagogico'»); O. DI GIOVINE, *Coronavirus*, cit. (previsione «scontata e come tale inutile» che può al più fungere da «monito per evitare il senno di poi»); M. SCOLETTA, *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose assicurazioni*, in «SP», 22 giugno 2020 («disposizione simbolica a finalità assicurativa»).

46 Più dettagliatamente, V. MONGILLO, *Salute e sicurezza*, cit., p. 47 ss.

Per giunta, i protocolli di riferimento non contengono repertori puntuali di regole comportamentali. Accanto a cautele più rigide, ve ne sono altre dai contenuti sicuramente più elastici e meramente orientativi.

Infine, va rimarcato che la copertura normativa dell'art. 29-*bis* non si estende a ulteriori doveri speciali dettati dal d.lgs. n. 81/2008, ai quali il datore di lavoro resta evidentemente assoggettato, a partire dalla valutazione dei rischi. In più, la norma lascia intatte le sfere di responsabilità facenti capo a figure tipizzate di garanti diverse da quella verticistica.

Pur con tutti questi limiti, la norma in esame può svolgere un triplice ruolo positivo.

Può servire a contrastare l'incontrollata enucleazione giudiziale di misure cautelari *atipiche* e dunque l'irrealistica filosofia del "si poteva sempre e comunque fare qualcosa in più".

Può chiarire che almeno le cautele indicate nei protocolli come meramente facoltative – quindi non *da applicare* pedissequamente e inderogabilmente! – non sono idonee a fondare addebiti per il tramite dell'art. 2087 c.c.

Allo stesso tempo, la struttura porosa della colpa generica, in questo ambito di rischi, viene comunque relegata nei confini e nei limiti – per quanto non sempre limpidi e definiti – dei protocolli, delle linee guida e degli accordi negoziati.

V'è poi un ultimo dato che merita di essere messo in luce. L'ottemperanza ai protocolli condivisi, resa opportunamente tracciabile anche mediante efficaci sistemi gestionali della salute e della sicurezza (SGSL), può giovare al datore di lavoro rispetto a uno snodo dell'accertamento che precede la stessa verifica della colpa, in particolare rendendo "diabolica" la preliminare dimostrazione del nesso lavorativo del contagio.

4. L'organizzazione della sicurezza quale fattore cruciale per un efficace contrasto al Covid-19 negli ambienti di lavoro

Un efficace contrasto al rischio Covid-19 nei contesti imprenditoriali complessi richiede un'adeguata organizzazione.

Il nostro ordinamento annovera vari strumenti per raggiungere la meta di una corretta organizzazione.

Oltre al sistema prevenzionistico *ex d.lgs. n. 81/2008*, assume grande rilievo il modello di organizzazione in grado di escludere la responsabilità dell'ente collettivo *ex d.lgs. n. 231/2001*; una responsabilità che a mente dell'art. 25-*septies* può dipendere anche da reati colposi di evento, come l'omicidio e le lesioni gravi o gravissime, commessi nell'interesse o a vantaggio della *societas* – ad es. assicurando un risparmio di spese o un aumento di produttività – con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Sussiste una certa omogeneità funzionale tra prevenzione del rischio di contagio da coronavirus nei luoghi di lavoro (al pari di qualsiasi altra tipologia di infortunio lavorativo o malattia professionale) e *compliance* 231. Se la garanzia di “bio-sicurezza” dipende principalmente dalla messa in opera nell'ente di sistemi organizzativi e prevenzionali adeguati, la possibilità per un soggetto collettivo di andare esente da responsabilità in caso di commissione di specifici reati dipende, allo stesso modo, dall'efficace gestione di un rischio endo-organizzativo.

Il modello organizzativo 231 (artt. 6 e 7 del d.lgs. del 2001), i cui parametri di idoneità sono specificati dall'art. 30 d.lgs. n. 81/2008 (di seguito, “MOG”), non va confuso con il documento di valutazione dei rischi (DVR) obbligatorio *ex lege* (art. 28 d.lgs. n. 81/2008). Il MOG consiste in un insieme di procedure e presidi preventivi e di controllo (incluso un organismo indipendente di vigilanza sulla sua attuazione), che può essere elaborato sull'impronta delle Linee guida UNI-INAIL o del BS OHSAS 18001:2007 (ora superato nella prassi dalla ISO 45001:2018) e/o asseverato da organismi paritetici (art. 51, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 81/2008).

Il MOG, quale sistema di organizzazione, gestione e controllo di *secondo livello*, serve a presidiare il corretto adempimento dei doveri prevenzionistici che in forza del decreto del 2008 fanno capo ai garanti individuali della sicurezza (datore di lavoro, dirigenti, preposti, RSPP, medico competente, ecc.); pertanto assicura le condizioni organizzative dell'osservanza individuale conforme a diligenza⁴⁷.

⁴⁷ *Amplius*, V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza*, cit.; ID., *Sicurezza sul lavoro: art. 30 d.lgs. n. 81/2008*, in D. CASTRONUOVO ET AL. (EDD.), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer Italia, 2019, p. 1623 ss. Sulla “prevenzione mediante organizzazione”, con specifico riferimento alla sicurezza sul lavoro, cfr. anche G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Giappichelli, 2009.

È importante che il MOG contenga una sezione concernente le modalità strategiche di risposta ad emergenze ed eventi straordinari dettati da fattori esterni (umani, sociali, politici, sanitari, naturali); in questo caso potrà rispondere efficacemente anche a una emergenza pandemica come quella in atto, senza dover essere necessariamente aggiornato.

Un'impresa ben organizzata è una entità in grado di tutelare beni fondamentali e al contempo di salvaguardare livelli di produttività e reputazione aziendale. L'impresa che tutela la salute dei dipendenti e della collettività tutela sé stessa. A tal fine, però, occorre prima neutralizzare il virus più pericoloso per qualsiasi ente sociale: la disorganizzazione.

LA TIPICITÀ E L'ANTIGIURIDICITÀ NELLA RIPROGETTAZIONE DEL CODICE PENALE ¹

Francesco Palazzo

1. C'è certamente una vena di *ottimismo* quando si parla di riprogettazione del codice penale. Un ottimismo che presuppone, affinché si possa riprogettare un codice penale, che siano efficienti e funzionali i meccanismi della nostra democrazia rappresentativa.

Ma c'è anche una vena di *temerarietà* nell'avventurarsi – anche solo “accademicamente” – sul terreno della riprogettazione del codice. Temerarietà perché a me pare che il paradigma della giustizia penale oggi circolante e, ancor prima l'immagine dell'uomo al centro del diritto penale, sia in questo momento un'immagine tetra, oscura, ripiegata su sé stessa. Davvero non so se sia questo il momento più opportuno per immaginare un nuovo codice penale.

Ma in questo titolo c'è un'espressione sulla quale vorrei richiamare l'attenzione: è “riprogettazione” del codice penale.

“Riprogettare” è termine che semanticamente a me pare, da un lato, meno impegnativo di riforma e, dall'altro, più pregnante. Meno impegnativo perché riprogettare non allude necessariamente a risultati riformistici effettivi; più pregnante perché riprogettazione può evocare l'idea di un esercizio intellettuale rivolto addirittura a formulare nuovi paradigmi codicistici, che si distacchino da quella vecchia abitudine nostrana di riforma sostanzialmente sempre novellistica.

2. Ecco, ho detto questo per delimitare la cornice entro la quale io mi muoverò. È chiaro che i temi della teoria del reato compendiate nella *tipicità* e nella *antigiuridicità*, sono luoghi in cui oggi si registrano potenti forze centrifughe rispetto proprio alla compattezza del nucleo codicistico.

¹ È il testo, con minime variazioni, della relazione svolta al Convegno *dell'Associazione Silvia Sandano* sul tema *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, tenutosi a Roma il 25 giugno 2018.

Rottura del tipo, frammentazione del tipo, disintegrazione del tipo, da un lato, e proliferazione dei diritti scriminanti dall'altro, possono produrre effetti dirompenti sulla tradizionale immagine della forma codicistica.

Ciò detto in linea generalissima, conviene procedere tenendo distinti i due i temi: il tipo e la rottura del tipo, da un lato; le scriminanti e l'anti-giuridicità, dall'altro.

La rottura del tipo che avviene attraverso le clausole generali appunto della parte generale, amplifica e moltiplica ed esaspera le carenze, i difetti di tipizzazione cui ormai siamo abituati dal legislatore della parte speciale.

3. La parte speciale è oggi il regno della produzione di tipi sempre più abnormi, sempre più insopportabili talvolta. Ma, nella parte generale, il rischio della rottura del tipo è in qualche modo amplificato per la banale ragione che qui risiedono le clausole di portata, appunto, generale, e quindi per loro natura dotate di capacità oppositiva, contraria alla tendenziale "chiusura" del tipo.

Però, mentre i difetti di tipizzazione che riscontriamo nelle norme incriminatrici speciali sono per lo più e prevalentemente imputabili al legislatore, volute o no che siano, la rottura del tipo che avviene nella parte generale è opera essenzialmente della giurisprudenza. Di una giurisprudenza, diciamolo sin d'ora, che agisce sotto la pressione forte ed inarrestabile della complessità sociale di questi nostri giorni.

Per cercare di dare un minimo di concretezza a queste mie parole, anticipo che mi intratterrò brevissimamente su quattro luoghi, diciamo così, in cui il tipo è particolarmente insidiato nella parte generale.

Due di questi luoghi sono relativi alla struttura del fatto, e sono la causalità e la colpa; due sono relativi alle c.d. forme di manifestazione del reato, e sono il concorso di persone e il tentativo.

4. Quanto a causalità e colpa, la loro evoluzione più recente, quella degli ultimi decenni che io ho potuto sperimentare e vivere direttamente, registra un andamento in qualche modo contraddittorio, perché fu certamente merito della dottrina aver cercato di garantire un rafforzamento del tipo. Che, però, la giurisprudenza ha avuto modo di contrastare, certo in nome di non trascurabili ragioni.

Per la causalità, ad esempio, la dottrina si spese molto nella valorizzazione di quell'ancora naturalistica delle cosiddette leggi scientifiche con cui s'intendeva oggettivizzare, determinare, sottrarre la causalità a quella indeterminatezza e incertezza valutativa che era allora imperante con la causalità umana e con la causalità adeguata.

Per la colpa, poi, la dottrina si impegnò, ed è tuttora impegnata, in una meritevole opera di valorizzazione di quell'ancora normativa della colpa costituita dalle regole cautelari. Regole cautelari che venivano ricercate sempre più oggettive, sempre più determinate, che intendevano in sostanza spodestare quella indeterminatezza psicologica soggettiva della prevedibilità, della colpa intesa in chiave essenzialmente psicologica.

Ma ben presto la giurisprudenza, pur non rinnegando queste conquiste della scienza penale, ha introdotto una serie di potenti fattori di dissolvimento del tipo a livello di parte generale.

Quanto alla causalità, certo nessuno rifiuta più oggi le leggi scientifiche. Tuttavia, sono stati inseriti, a corredo del giudizio di accertamento scientifico-causale, una serie di elementi valutativi, sempre più difficili da governare.

Il primo problema che si pose fu una scelta davvero di campo, di fondo: e cioè se fermarsi alle leggi cosiddette universali di "quasi certezza" o dare ingresso anche alle leggi probabilistiche.

Poi fu inserito, certamente con intenti di maggiore razionalizzazione, il criterio della credibilità razionale, che è un criterio altamente valutativo capace di aprire ad un mondo di valutazioni fino ad arrivare a conferire al giudice il compito di valutare l'attendibilità metodologica delle leggi scientifiche.

Cosa è rimasto del tipo in un processo penale che pratici e deve praticare questa serie di criteri? Che cosa è rimasto di quel tipo naturalistico, in cui il rapporto tra condotta ed evento era e doveva essere avvertito con immediatezza, quasi con una percezione fotografica della realtà? Pagine e pagine di atti processuali sono dedicate a valutazioni che sono distanti mille miglia dal tipo, da quel tipo naturalistico a cui eravamo abituati quando il sottoscritto cominciò a studiare, affascinato tra l'altro da questa aderenza del diritto penale quasi alla fisicità dell'agire umano.

Per la colpa, il discorso – non sfugge a nessuno – sarebbe lunghissimo e anche assai complesso. In sintesi, in tema di colpa, la giurisprudenza oppone una sua forte resistenza al processo che io chiamerei di specificazione della colpa, cioè a quel processo di crescente dilatazione dello spazio proprio della colpa specifica e che è il naturale portato della valorizzazione delle regole oggettive. La colpa specifica, in verità, oggi convive sempre con la colpa generica residua. Non c'è grande processo in cui, dopo aver esaminato le pieghe della colpa specifica, non si estragga dal cassetto la colpa generica residua.

E quando entra in gioco la colpa generica residua, che cosa entra con essa? Entra un agente modello ritagliato sempre sul *maximum standard*. E allora quello sforzo di delimitazione del tipo, che era stato fatto valorizzando le regole cautelari positive, viene vanificato. Ma viene vanificato perché le esigenze della società, della tutela premono.

5. Un discorso a parte meriterebbe il tema degli obblighi di impedimento dell'evento. Veramente un discorso a parte. Lo sintetizzo in due battute, sperando di non risultare troppo oscuro.

Quanto più l'ordinamento produce apparati sempre più vasti e articolati di protezione dei beni, tanto più gli obblighi d'impedimento si moltiplicano, in una sorta di germinazione spontanea ed incontrollata. Basti pensare all'apparato della protezione civile, basti pensare ai sistemi che gli enti territoriali, Comuni *in primis*, debbono adottare per la protezione di determinati beni. Quanto più questi apparati normativi, che hanno un carattere strettamente amministrativo di protezione dei beni, si sviluppano coinvolgendo soggetti, facoltà, poteri, tanto più si dilata – quasi per un automatismo che prescinde da norme specificamente impositive di obblighi determinati – l'ambito di applicazione del secondo comma dell'articolo 40 c.p. Il quale nella sostanza ha dunque perso la sua originaria funzione di norma di selezione del tipo, per funzionare al contrario da norma di estensione del tipo, giacché ciò che conta è semplicemente una presumibile efficacia naturalisticamente impeditiva dell'evento purché vi sia poi una generica copertura normativa, quale essa sia, anche la più lontana generica ed indeterminata.

Qui il tipo davvero si è disintegrato.

6. Passiamo ora, rapidamente, al concorso di persone e al tentativo.

Se le cose erano complicate a proposito di causalità e colpa, quando passiamo a trattare gli istituti del concorso di persone nel reato e del tentativo, la questione diventa, senza fare retorica, drammatica. E perché diventa drammatica? Per delle ragioni che mi paiono in sé molto semplici.

Le norme sul concorso e sul tentativo sono intrinsecamente, intenzionalmente direi, norme di rottura del tipo. L'ordinamento le produce proprio per "rompere" il tipo descritto nella parte speciale, per andare al di là dei suoi confini.

Non è che, ovviamente, ne voglia contestare l'evidente necessità, ma a me sono sempre parse norme che pongono l'ordinamento in una drammatica auto-contraddizione.

Tutto quello che si fa in parte speciale per delineare il tipo, ce lo rimaniamo in parte generale con il concorso di persone e con il tentativo, che deliberatamente vogliono andare oltre il tipo.

Accanto a questa ragione ce n'è un'altra, più sostanziale: il superamento del tipo che si realizza attraverso le norme sul concorso e sul tentativo risponde, è dovuto e sollecitato da esigenze di giustizia sostanziale molto sentite e che la giurisprudenza non può ignorare perché non vive chiusa in un mondo astratto e astorico di puri concetti.

Esigenze di giustizia sostanziale, dicevo. Perché non punire un'intenzione criminosa manifestata obiettivamente? Perché non punirla? È la domanda che spesso ci sentiamo fare dai nostri studenti o conoscenti. Il senso di giustizia diffuso reclama la punizione anche davanti ad una intenzione, purché manifestata obiettivamente.

Inoltre, perché non punire a titolo di concorso di persone chi, in qualsiasi modo, ha "fatto suo" il reato realizzato dall'altro?

Sono esigenze forti queste, inutile dire. È chiaro che sul concorso di persone preme poi la dinamica criminologica della criminalità organizzata, la quale spinge verso ulteriori progressivi allargamenti delle norme sul concorso.

Non è dunque un caso che questi due luoghi (concorso e tentativo) di rottura del tipo paiono due snodi molto difficili da governare e da ricon-

durre verso la tipicità. Forse qualcosa di più si può fare in materia di tentativo, perché il tentativo in fondo si pone per così dire sulla stessa traiettoria di realizzazione del fatto tipico. È parente stretto, perdonatemi l'espressione, del fatto tipico consumato, perché è sulla sua stessa linea di progressione e quindi nel tentativo c'è un processo di avvicinamento al tipo.

Nel concorso di persone si verifica invece l'esatto contrario. Il concorso di persone va all'inseguimento di una costellazione, starei per dire di una diaspora di comportamenti, che per definizione si allontanano dal fatto tipico.

7. A questo punto mi arrischio a dire qualche parola conclusiva sulla tipicità, sul primo cioè dei due temi che qui vengono affrontati.

In queste condizioni che malamente e approssimativamente ho cercato di delineare, che sono però le condizioni della contemporaneità penalistica, io faccio davvero fatica a immaginare revisioni codicistiche che operino sulle norme definitorie della causalità, della colpa, del concorso e del tentativo per ridare una maggiore consistenza al tipo.

Forse più che immaginare revisioni codicistiche, sarebbe proprio il caso di parlare di riprogettazione del modello codicistico. Nel senso, cioè, che varrebbe forse la pena di non fare più tanto assegnamento su strumenti e formule definitorie che hanno mostrato virtù limitate. Si potrebbe invece sforzarsi di fare piuttosto assegnamento su una elaborazione che è molto lontana dalla nostra tradizione legislativa e codicistica, vale a dire sulla individuazione di criteri applicativi da dare al giudice e che facciano da monito e da guida al giudice (giudice, certo, che sia dotato di buona volontà e soprattutto che sia dotato del senso del limite e della misura). Criteri applicativi incentrati soprattutto su elencazioni esemplificative o esclusioni espresse, che richiamino e agevolino il giudice all'esercizio del senso del limite e del senso della misura.

Non vado oltre, perché ovviamente non è questa la sede. È chiaro però che si tratta di una tecnica di redazione legislativa completamente diversa da quella alla quale siamo oggi abituati e l'avventurarsi sulla sua strada presupporrebbe forse un cambio addirittura di mentalità.

8. Il secondo tema che improvvidamente mi è stato assegnato è quello delle *scriminanti*.

Anche a questo proposito debbo dire che non mi pare il momento più adatto per parlare di riprogettazione codicistica delle *scriminanti*.

Posso sbagliare, e qui non c'è spazio per approfondire, ma mi pare che le *scriminanti* stiano vivendo un momento di crisi di identità. Da un punto di vista dogmatico si può addirittura mettere in dubbio – ed è stata messa in dubbio – la stessa autonomia concettuale di questa categoria in cui si riversano le *scriminanti*: l'antigiuridicità.

Non mi trattengo su questa questione dogmatica, ancorché ricca di implicazioni, e dico subito che una possibile riprogettazione codicistica delle *scriminanti* a me pare che non potrebbe comunque prescindere da una loro tripartizione da effettuare su basi politico-criminali.

Userò una mia terminologia convenzionale nella speranza di agevolare la comprensione del discorso.

9. Ci sono, in primo luogo, delle *scriminanti* – usiamo le virgolette di rito – che potremmo dire “liberali”. Sono quelle che riconoscono facoltà a privati e che sono funzionali all'esercizio e allo sviluppo dei diritti della personalità.

Questo tipo di *scriminante* tende a prevalere sulle norme incriminatrici, più che in base ai rapporti strutturali tra norme (rapporto di specialità essenzialmente), in base a criteri assiologici, di valore, di prevalenza appunto valoriale, storicamente condizionata, e dunque anche relativamente indeterminata.

Per ciò che concerne le *scriminanti* di questo tipo, che sono quelle che danno corpo anche ai crescenti diritti che pervadono la nostra società, a me sembra che sarebbe molto difficile riuscire ad attrarle in una riprogettazione codicistica.

Infatti, la loro produzione e configurazione si sottrae spesso alla stessa fonte legislativa.

Oggi il campo delle *scriminanti* liberali è divenuto un campo davvero di tensione. Un campo di tensione perché se prima la *scriminante* liberale

esprimeva una tendenza, starei per dire univoca, verso una progressiva affermazione dei nuovi valori della personalità e quindi marciava storicamente alimentata da questa sorta di afflato, oggi questi stessi valori della personalità sono quelli che più reclamano la tutela penale, cioè vanno in senso diametralmente opposto, non di non punibilità, ma di incremento della punibilità.

Basta vedere quello che accade in nome della dignità, che sta diventando un concetto onnivoro. L'attuale ampliamento e più complessa articolazione dei diritti, spesso anche molto "arroganti" e in difficile equilibrio tra loro, rende sempre più opinabile il loro pur indispensabile bilanciamento. Forse tutto ciò fa crescere, anche nell'area delle scriminanti, un'esigenza di più forte legalità. Ma sarebbe la riprogettazione del codice in grado di realizzarla?

10. La seconda categoria di scriminanti, in qualche modo opposta alla prima, è quella delle scriminanti "autoritarie" (usiamo sempre le virgolette).

Sono le scriminanti che conferiscono poteri a organi e autorità pubbliche per la realizzazione di interessi che possono essere interessi istituzionali, interessi sociali, ma che comunque sono valutati dallo Stato come meritevoli di essere realizzati attraverso il conferimento di poteri autoritari.

Ecco, rispetto a queste scriminanti, io direi che la conclusione dovrebbe essere opposta. Rispetto a queste scriminanti l'esigenza legalitaria è massima e non può rimanere inappagata. È massima e dovrebbe essere forse praticata o quantomeno auspicata una loro attrazione nel codice per non perderle di vista per così dire, per non disperdere scriminanti così dirompenti in luoghi sparsi dell'ordinamento.

L'ultimo tipo di scriminanti è quello delle scriminanti cosiddette "procedurali", in cui la realizzazione di interessi pubblici o privati è subordinata all'osservanza di certi schemi procedurali finalizzati ad effettuare il bilanciamento con altri interessi confliggenti: valga per tutti l'esempio in materia di interruzione volontaria della gravidanza; ma oggi si potrebbe citare anche quello dell'aiuto al suicidio a seguito della sentenza della Corte costituzionale, che in effetti ha reso non punibile una speciale sottofattispecie fortemente caratterizzata da requisiti procedurali.

Queste scriminanti, che sono un po' pericolose perché possono nascondere realtà molto diverse nella loro sostanza, debbono per loro natura, essendo appunto procedurali, essere disciplinate legislativamente.

Più difficile è forse immaginare una presenza nel corpo del codice di tutte indistintamente le scriminanti procedurali.

11. Non posso chiudere queste mie parole senza fare un rapido riferimento a una scriminante in particolare: la legittima difesa.

La legittima difesa è strutturalmente, nella mia tripartizione, una scriminante indubbiamente e storicamente "liberale", perché consiste in una facoltà dall'ordinamento riconosciuta al singolo.

Ecco, a me pare – è un'impressione che ho maturato nel periodo che ha preceduto la riforma del 2019 – che l'allentamento o l'eliminazione della proporzione nella legittima difesa, porta con sé fatalmente, logicamente, all'erosione di un altro requisito ancor più fondamentale che è la necessità difensiva, trasformando così la legittima difesa in un uso legittimo delle armi. Cioè in una scriminante "autoritaria".

Con l'erosione della proporzione si rompe la correlazione funzionale e legittimante tra aggressione e reazione: s'imbocca una via che può portare a rompere la correlazione funzionale in termini di necessità difensiva tra aggressione e reazione. Se la reazione difensiva è legittima ancorché sproporzionata, si corre il rischio che insieme a quello della proporzione venga alla fine meno anche la necessità, visto che tutto ciò che eccede la necessità può risultare legittimato proprio in nome dell'irrilevanza della proporzione. Il rapporto tra aggressione e reazione diventa così un nesso puramente cronologico senza più un rapporto di funzionalità o di legittimazione.

Non abbiamo il tempo di analizzare l'evoluzione legislativa dell'istituto, ma credo che la recente legge 36/2019 abbia proprio consacrato questo processo corrosivo della scriminante in quanto ha introdotto un'ipotesi di difesa domiciliare o domestica espressamente svincolata dalla necessità difensiva. Sotto questo profilo c'è dunque piena coerenza nell'affermazione fatta in sede politica che la difesa è sempre legittima!

È un'affermazione coerente con un'idea che si manifesta nella erosione del rapporto di necessità difensiva; così ragionando la scriminante

liberale diventa scriminante autoritaria. Diventa uno strumento di prevenzione generale verso la criminalità o uno strumento ideologico di ristabilimento dell'ordine violato.

Così concepita la legittima difesa diventa autoritaria, perché strumentalizza l'individuo due volte. Strumentalizza la persona dell'aggressore, che viene sacrificato senza limiti in funzione di tutela di beni pubblici o sociali: sarà la prevenzione generale, sarà l'ordine costituito o l'ordine pubblico, ciò che conta è che l'individuo aggressore viene strumentalizzato per fini pubblici e sociali.

Ma strumentalizza anche la persona dell'agredito, che non viene tutelato più in sé per i suoi diritti sacrosanti, ma viene degradato a strumento, in quanto si potrebbe dire delegato a fungere da mezzo dello Stato per la tutela dell'ordine pubblico.

E così con queste ultime notazioni si dimostra che anche riforme puntuali che toccano un articolo, un comma del codice penale, e che certo sono riforme molto più fattibili della riprogettazione del codice penale, possono nascondere scelte di politica criminale davvero dirimpenti.

REATO E PENA: GIOVANNI CARMIGNANI CRITICO DELL'UTILITARISMO DI BECCARIA

Mauro Ronco

1. Umanitarismo e utilitarismo in Beccaria

Una lunga tradizione storica ha valorizzato il “libricino”¹ di Cesare Beccaria in chiave esclusivamente umanitaria, trascurando di prendere in esame il profilo utilitaristico che regge concettualmente l’impianto de *Dei Delitti e delle Pene*.

In anni non lontani autorevoli studiosi si sono fatti carico di esplorare questo tema. Cito soltanto in queste brevi pagine, in area linguistica italiana, Vittorio Mathieu e Mario Alessandro Cattaneo e, in area linguistica tedesca, Wolfgang Naucke. Mathieu vede in Beccaria il prototipo dell’utilitarismo penale moderno. La pena per lui è nulla più che una misura di sicurezza, sia perché egli nega, alla sequela degli illuministi francesi, il libero arbitrio dell’uomo, sia perché il nodo concettuale della pena è per lui l’efficacia della difesa sociale². Perplesso è il giudizio di Cattaneo, ammiratore, per un verso, dell’umanitarismo espresso dal movimento illuministico rappresentato da Beccaria, e angustiato, per un altro verso, dai cinici tratti utilitaristici del Milanese, non da ultimo dalla inumana visione dei lavori forzati come riduzione del condannato a “bestia di servizio”. Cattaneo con la sua consueta umiltà conclude nel senso della contraddittoria presenza in Beccaria di due filoni distinti, “che porta a dei conflitti che non sempre sono risolti: molte volte tali conflitti sono presenti all’interno di una stessa persona, dello stesso studioso, come in Beccaria ... indubbiamente, il problema concernente la chiara individuazione degli elementi di tale contraddizione, e il loro eventuale superamento, non è risolto e forse non è risolvibile; tuttavia è necessario porre tale problema, e studiarlo, sia in una prospettiva stori-

1 Così A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, cap. III: “quel Cesare Beccaria, che, chiamando ad esame tutta la pratica criminale in un libricino ch’era piuttosto uno sfogo di ispirazioni spontanee, che un lavoro di ricerche premeditate ...”.

2 V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Liberilibri, 1978, 233-275.

ca, sia in una prospettiva teorica (di filosofia del diritto penale)³. Wolfgang Naucke distingue accuratamente tra la parte distruttiva dell'opera di Beccaria, diretta a eliminare i residui del sistema penale disumano dell'Antico Regime, e la parte costruttiva, intrisa in modo greve dall'utilitarismo che costituisce oggettivamente il preludio della trasformazione del diritto penale in un ordigno al servizio del rafforzamento dello stato burocratico⁴⁵.

Un'indagine filologica accurata condurrebbe a riconoscere in Beccaria il vero capostipite dell'utilitarismo penale. Vi è stata, invero, una tendenza storiografica intesa a sottolineare in Beccaria l'umanitarismo, che si sarebbe tradotta nelle linee moderate del codice della Costituente del 1791, e in Jeremy Bentham l'utilitarismo feroce di cui Target⁶, sotto impulso di Napoleone, ha impregnato il codice francese del 1810⁷.

In realtà, i principi di antropologia che Beccaria pone a fondamento delle sue teorie derivano direttamente dal filosofo materialista francese Helvétius⁸ allo stesso modo in cui gli stessi principi costituiscono l'ossa-

3 M.A. CATTANEO, *I principi dell'illuminismo giuridico penale*, in S. VINCIGUERRA (Ed.), *I codici preunitari e il codice Zanardelli. Diritto penale dell'Ottocento*, Cedam, 1993, 1-37: 37.

4 W. NAUCKE, *Zur Entwicklung des Strafrechts in der Französischen Revolution*, in M.A. CATTANEO (Ed.), *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione francese. Atti del colloquio internazionale, Milano, 1-3 ottobre 1990*, Giuffrè, 1992, 93-113. Di Naucke si veda anche ID., *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in M. ROMANO, F. STELLA (Edd.), *Teoria e prassi della prevenzione generale del reato*, Il Mulino, 1980, 49-68.

5 G. VASSALLI, *Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria*, in *International Congress Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy, Milano, 15-17 dicembre 1988*, Giuffrè, 1990, 27-28 esprime dei dubbi sulla validità delle critiche di Naucke e di Cattaneo circa la contraddizione in Beccaria tra l'utilitarismo e l'umanitarismo. Ciò perché, secondo Vassalli, l'utilitarismo di Beccaria "ha in realtà una sola valenza, che potrebbe definirsi negativa: quella cioè di negare ogni repressione che sia fine a se stessa, perché fonte di barbarie o almeno di molte ingiustizie".

6 Sul codice napoleonico e sull'opera di G. J-B. Target v. A. CAVANNA, *Il codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima*, in *Codice dei delitti e delle pene nel Regno d'Italia (1811)*, Cedam, 2001, XI-XXI; M. DA PASSANO, *I tribunali francesi e il processo Target. La parte generale*, ivi, XXXIII-LXV; X. MARTIN, *Beccaria, Voltaire e Napoléon ou l'étrange humanisme pénal des Lumières (1760-1810)*, DMM, 2018, 174-178.

7 Sull'evoluzione codicistica dal 1791 al 1810 in Francia v. A. LAINGUI, *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in S. VINCIGUERRA (Ed.), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Cedam, 1993, 38-53.

8 Beccaria dichiara con orgoglio la derivazione del suo pensiero da Helvétius: "Je dois à la lecture de *De l'Esprit une grande partie de mes idées*" "c'est lui qui m'a poussé avec force dans le chemin de la vérité", Beccaria a Morellet, il suo primo traduttore, 26 gennaio

tura dell'opera giuridica principale di Bentham⁹. Ma di più: è lo stesso Bentham a riconoscere con gratitudine che il suo ispiratore è stato Beccaria, rivolgendogli questa ardente apostrofe: “Ô mon maître, premier évangéliste de la raison, toi qui as élevé ton Italie si au-dessus de l'Angleterre, et j'ajouterais de la France, si Helvétius, sans écrire sur les lois [...] ne t'avait pas fourni tes idées fondamentales”¹⁰.

2. La nozione di delitto: danno od offesa

In questo breve scritto intendo mostrare il pregnante influsso che l'utilitarismo ha esercitato sulle nozioni di delitto e di pena, evidenziandone le aporie – e le gravi ricadute in ordine al rispetto della dignità umana – alla luce del pensiero di Giovanni Carmignani, che fu grande maestro del diritto penale nell'epoca a cavallo tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo fin verso al termine dell'età della restaurazione.

Per Beccaria l'essenza del delitto, la ragione, cioè, per cui è punito, sta nel “danno fatto alla nazione”¹¹, ovvero nel “danno della società”¹². Invero, il manoscritto autografo di Beccaria, con maggiore specificità e chiarezza, fonda la misura del delitto sull'offesa fatta all'utilità pubblica. La definizione è fondamentale, perché distacca negativamente, per un verso, il delitto dal peccato e perché, positivamente, per altro verso, individua il criterio di selezione del delitto nel concetto empirico del danno all'utilità pubblica.

Anche Carmignani rifiuta la commistione tra delitto e peccato; dunque, rigetta la confusione del diritto con la morale. La sua posizione filosofica, però, è radicalmente diversa dall'utilitarismo di Beccaria. Il diritto è costituito essenzialmente da una *relatio ad alterum*. Se manca questa relazione l'illecito resta nella sfera del soggetto che se ne macchia. Il diritto

1766, citato di seconda mano da X. MARTIN, *Beccaria, Voltaire e Napoléon*, cit., 9, n. 5.

9 J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Bossange, Masson et Besson, 1802.

10 Citato di seconda mano da X. MARTIN, *Beccaria, Voltaire e Napoléon*, cit., 184, che a sua volta cita da un manoscritto inedito redatto da Bentham in francese. Per ulteriori indicazioni v. n. 15.

11 C. BECCARIA, *Des délits et des peines – Dei delitti e delle pene*, introduction, traduction et notes de Philippe Audegean, texte italien établi par Gianni Francioni, ENS, 2009, § VII *Errori nella misura delle pene*, 164.

12 *Ibidem*, § VIII *Divisione dei delitti*, 166.

si iscrive in una sfera dal diametro immensamente minore rispetto al diametro dell'illecito morale. Confondere il delitto con il peccato è, pertanto, un grave errore in ordine allo statuto del diritto rispetto a quello della morale. Conseguentemente, per Carmignani l'essenza del delitto sta nell'offesa alla sicurezza sociale, come risulta evidente dalla titolazione dell'opera penale magistrale e definitiva *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*¹³. Ora la sicurezza sociale è un bene pubblico che, pur possedendo una specifica dimensione etica, attiene fondamentalmente alla sfera delle relazioni giuridiche dei cittadini vicendevolmente tra loro e di ciascuno con la società civile.

Per la corretta comprensione della dottrina di Carmignani è necessario comprendere la teorica analitica delle forze del delitto, funzionale tanto ai fini dell'imputazione del delitto, in vista dell'applicazione della legge penale, quanto al fine di determinare l'essenza del delitto: il concetto di offesa alla sicurezza sociale è la formula di sintesi alla cui base sta l'analitica delle forze del delitto.

Il delitto si compone di due coppie di elementi: la forza fisica e la forza morale. Ciascuno dei due elementi si bipartisce sui versanti oggettivo e soggettivo. Onde il delitto risulta dall'integrazione tra loro: i) della forza fisica nella sua causa, che è la forza soggettiva consistente nell'azione esterna dell'uomo: ii) della forza morale soggettiva – che è la moralità dell'azione, l'*animus* con cui il soggetto agisce e che investe della sua moralità il guscio esterno dell'azione; iii) della forza fisica nel suo risultato, o forza fisica oggettiva, cioè l'evento di danno conseguente alla condotta; iv) della forza morale oggettiva, che è il pregiudizio morale arrecato alla società con il delitto. L'insieme organico dei quattro elementi costituisce l'offesa, termine che Carmignani preferisce a delitto, perché “significa meglio il carattere del perturbatore dell'ordine, il quale, ridendosi della morale, e della giustizia, e de' doveri, che esse comandano, altra coscienza non ha se non quella della propria forza onde meglio o più impunemente abusarne per appropriarsi un vantaggio, al quale la natura, e le leggi gli vietano di aspirare”¹⁴.

13 G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi sulla sicurezza sociale*, 4 volumi, F.lli Nistri e cc., 1831-32.

14 G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, F.lli Nistri e cc., 1831, 16.

Prima di approfondire il concetto della sicurezza sociale, che, attraverso percorsi obliqui che non si possono qui sviluppare, ha assunto impropriamente una connotazione quasi dispregiativa nella dottrina contemporanea del diritto penale, occorre portare l'attenzione alla strada compiuta da Carmignani per arrivare alla definizione. Egli focalizza quattro definizioni di delitto. Le prime due confondono il delitto con la violazione del principio morale; la terza è una definizione utilitaristica, la cui base è in Beccaria, che Bentham ha portato all'estremo limite. Essa vuole "segnare una più forte linea di separazione tra l'ufficio della morale, e l'ufficio della legislazione"¹⁵. La separazione non è condivisibile. Infatti: "tende a togliere fino il presupposto della coscienza alla legislazione, e per escludere il principio morale lo conculca, e l'offende"¹⁶. La quarta definizione è, per così dire, pre-positivistica, è cioè impregnata di praticità, "tutta giurisprudenziale"¹⁷, incapace di stabilire una nozione di delitto utile alla scienza della legislazione. Si tratta di una definizione "giustificata dal fatto, non dai principj"¹⁸, perché dà per scontato che la previsione della pena da parte del legislatore faccia sì che un determinato fatto umano costituisca il delitto, mentre la sua idea deve essere ritrovata indipendentemente dall'idea della pena. In definitiva: non è una definizione scientifica, bensì una definizione pratica, che potrebbe suonare legittima se provenisse da un magistrato o da un avvocato di uno specifico paese che si occupano soltanto della pratica applicazione della legge, ma non se proviene da uno scienziato del diritto penale.

L'origine razionale del delitto va rinvenuta nella natura della società politica, ove avviene il raccordo dei fenomeni empirici riscontrati dai sensi con i principi razionali testimoniati dalla ragione. Nella società politica, tramite la decisione della legittima autorità legislativa, avviene l'incontro tra la *utilitas*, che è occasione del diritto, e l'*honestas*, che ne è la causa, secondo l'icastica espressione di Giambattista Vico: "*Utilitas occasio; honestas est causa iuris et societatis humanae*"¹⁹.

Carmignani riprende la nozione di imputazione morale, come appartenenza integrale del fatto alla persona. All'imputazione morale si ag-

15 *Ibidem*, 6.

16 *Ibidem*, 14.

17 *Ibidem*, 15.

18 *Ibidem*.

19 G.B. VICO, *De Uno universi iuris principio et fine uno*, Caput XLVI, in P. CRISTOFOLINI (Ed.), *Opere giuridiche*, Sansoni, 1974, 60-61.

giunge il profilo dell'imputazione politica per la protezione dei diritti nella società affinché l'azione ontologicamente imputabile divenga meritevole di castigo. L'imputazione politica non soppianta l'imputazione morale, ma la presuppone necessariamente, focalizzando razionalmente un oggetto specificamente giuridico. La scienza della sicurezza sociale riceve dalle scienze morali le azioni secondo le regole loro proprie, nel senso di "azioni volontarie, intese, libere, e però *dirigibili*"²⁰; azioni che nel transito da oggetto della legge morale a oggetto della legge giuridica "natura non cambiano"²¹. Il passaggio alla sfera del diritto sottopone le azioni morali all'ulteriore regola dell'imputazione politica. Nell'imputazione ontologica la moralità è intrinseca all'azione, perché essa dipende "dal concorso, che in un mondo interiore all'agente, e invisibile, i grandi fonti della moralità, la volontà, la libertà, e l'intendimento hanno avuto all'azione"²². Nell'imputazione politica che si giustappone alla prima, la moralità è estrinseca, perché dipende dalla legge, che è esteriore al soggetto e che è dettata dall'autorità politica. Il sigillo del giudizio di imputabilità politica è impresso dalla legislazione cui spetta conferire all'azione il carattere di offesa sociale. La giurisprudenza, che non deve interferire nel giudizio politico, deve applicare l'imputazione politica secondo i principi di una "rigorosa naturale giustizia"²³.

3. Distinzione tra morale e diritto

Grazie alla necessaria preesistenza dell'imputazione morale all'imputazione politica è salvaguardata la distinzione, nel rispetto fondamentale dell'unità dell'azione umana, della sfera della moralità rispetto a quella della giuridicità.

Fatto questo passo, Carmignani va oltre. Il principio politico ha dei limiti precisi nell'erigere le azioni dell'uomo a offesa sociale. Il legislatore può legittimamente considerare offesa sociale soltanto le azioni dell'uomo che "distruggono la esistenza di diritti o inerenti alla umana natura, o inerenti alla società, considerata come forza nata a proteggere la natura"²⁴; dunque, soltanto quelle azioni che provocano un danno sociale.

20 G. CARMIGNANI, *Teoria*, II, cit., 34, corsivo nell'originale.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*, 35.

23 *Ibidem*, 38.

24 *Ibidem*, 42.

Onde il primo ed essenziale carattere dell'offesa è il danno sociale²⁵, che diventa la nozione cruciale del delitto, il cui criterio Carmignani ricerca in un confronto dialettico con Beccaria. Quest'ultimo, invero, aveva sostenuto che l'unica misura del delitto è il "danno alla società"²⁶. Questa tesi non è soddisfacente perché estremizza erroneamente il "principio politico" in pregiudizio del "principio morale"²⁷.

Né sarebbe ammissibile una formula che giustapponesse semplicemente i due principi. La soluzione sta nell'individuazione del carattere morale dell'offesa rilevante per il bene della società. L'intrinseca moralità delle azioni, cioè la moralità del soggetto, la provenienza dell'azione dal centro morale della persona, è bensì presupposto dell'offesa, ma non serve come criterio per focalizzarla come delitto e graduarla nella misura della responsabilità.

Il criterio di moralità per valutare le azioni come offesa sociale è la forza morale oggettiva dell'azione, cioè il suo effetto morale sulla società. Esso non corrisponde all'effetto materiale e immediato dell'azione, che colpisce l'utilità, individuale o collettiva, bensì all'effetto di impoverimento morale collettivo e, per converso, al sostegno dell'offesa compiuta con prevaricazione dei diritti dei cittadini. Questo è l'effetto morale del delitto: "[...] questo effetto meramente morale della offesa, il quale solo può anzi renderla sociale perché, colpendo il privato, tutti colpisce, e imprime così un carattere politico a quanto ella ha o di intrinsecamente, o di estrinsecamente morale"²⁸.

L'operare congiunto della forza fisica e morale del soggetto provoca un primo effetto – il danno immediato all'utilità singolarmente tutelata dal precetto – ma altresì un effetto ulteriore, che soltanto giustifica l'inflizione del castigo. Carmignani sfugge al rischio di ridurre in senso utilitaristico l'offesa al danno sociale, come avevano fatto Beccaria e Bentham. Quest'ultimo, che egli definisce il "maggior analitico tra i giuristi"²⁹, ha

25 *Ibidem*, 41-42: "La sovversione della società, ravvisata in questo riguardo, e quella de' diritti della natura umana, divenuta scopo di protezione per la società, e quindi il *danno sociale*, è dunque il primo, e più essenziale carattere, che agli occhi del principio politico dee presentare un'azione umana, onde meritare il nome di offesa".

26 *Ibidem*, 74.

27 *Ibidem*, 75.

28 *Ibidem*, 82-83.

29 *Ibidem*, 85.

affermato “la idea del Beccaria nel valutare la forza morale dell’offesa per i soli suoi politici effetti”³⁰, trasferendo impropriamente i calcoli utilitaristici individuali sul piano sociale. In verità l’offesa penale è assisa nel pregiudizio morale arrecato con il delitto alla società. La forza morale, da cui scaturisce l’offesa, è, invero “[...] la sola, e vera cagione, la quale rende il danno materiale, e, immediato, che ella ha prodotto, un danno sociale, o politico, vale a dire, un danno sebben d’un solo individuo, di tutti, alla repressione del quale tutti hanno lo stesso interesse: mentre senza quella forza morale il danno materiale, e immediato, personale all’offeso, e privato, sarebbe emendabile colle sole regole del diritto privato”³¹.

Il bene oggetto della protezione penale è un bene di carattere morale e attiene alla conservazione dell’ordine della società civile. Il bene è la sicurezza sociale; ha carattere morale oggettivo e deriva dal congiunto operare della forza morale soggettiva e dall’insieme della forza fisica, soggettiva ed oggettiva sull’esistenza morale della società. Quando l’azione colpisce il bene particolare protetto dalla legge penale, offende insieme il bene morale dell’intera collettività sociale. Ciò in virtù del legame naturale tra il bene del singolo e il bene della società: non si potrebbe su questo punto non riscontrare la diametrica opposizione tra Beccaria e Carmignani. Il primo tutto racchiuso nell’individualismo materialistico, ove pubblico e privato sono sfere non raccordabili tra loro; il secondo solidamente assiso sulla tradizione che vede nella società e nella giuridicità due proprietà essenziali della persona umana.

Le azioni umane acquistano dalla legge della sicurezza sociale un valore specifico e culturale che viene loro impresso dallo scopo per cui la legge è promulgata. Esse già posseggono un valore morale intrinseco, che tuttavia, sufficiente per l’imputazione morale, non è sufficiente per l’imputazione giuridica, che scaturisce dalla contrarietà dell’azione con il bene della società politica secondo il sigillo che gli conferisce la legge criminale. Tra legge morale e legge giuridica non v’è separazione assoluta, come in Beccaria, bensì distinzione razionale. La narrazione di Beccaria si svolge esclusivamente sul calcolo delle utilità. In Carmignani l’imputazione politica, estrinseca al soggetto, presuppone l’imputazione morale, a lui intrinseca.

30 *Ibidem.*

31 *Ibidem*, 88.

La questione del rapporto tra morale e diritto è risolta in modo peculiare. Carmignani distingue con puntualità e acribia tra peccato e delitto, non perché il delitto sia estraneo alla sfera della moralità, bensì perché, riguardando il diritto soltanto le azioni esterne dell'uomo, il legislatore non può legittimamente contemplare come delitto azioni che non si manifestano nel mondo esterno, provocando un'offesa a un bene sociale. Tale tesi è confermata dal fatto che la giurisprudenza non è legittimata a indagare sul mondo interno dell'accusato, ponendo "la lanterna sul [suo] animo onde meglio vedervi"³². Il giudice deve limitarsi a ricercare la "intrinseca moralità dell'azione sul fatto"³³, avvalendosi delle "analogie fondate sulla esperienza"³⁴ e traendo dalle modalità del fatto esterno gli indizi necessari per comprendere l'animo dell'imputato. Ciò non implica evidentemente, come in Beccaria, che il giudice non debba tener conto dell'intenzione dell'agente, secondo il noto effato del § VII del *Dei delitti. Errori nella misura delle pene*: "Le precedenti riflessioni mi danno il diritto di asserire che l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette"³⁵. Il rilievo di Beccaria è capzioso. Nessuno ha mai sostenuto che l'intenzione faccia il delitto, quanto piuttosto che l'intenzione di offendere costituisce una misura fondamentale della gravità soggettiva del delitto.

4. Il contenuto dell'offesa

Occorre ora approfondire il concetto dell'offesa nel suo aspetto contentutistico. Come si è visto, l'offesa è il danno morale del reato, ovvero il pregiudizio alla sicurezza pubblica, declinata nei due elementi del turbamento in quella porzione della collettività che manifesta rispetto per le leggi e del fomite alla loro violazione per quella parte incline alla prevaricazione sociale. La terminologia può apparire obsoleta: "Scossa degli animi ne' buoni"³⁶; "pravo esempio ne' tristi"³⁷.

Il rilievo merita di essere contestualizzato. Il "securitarismo" del secolo XX ha gettato una cattiva luce sul concetto di sicurezza sociale. Nel lin-

32 *Ibidem*, 95.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

35 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § VII *Errori nella misura delle pene*, 164.

36 G. CARMIGNANI, *Teoria*, II, cit., 95, nonché 89 e 93.

37 *Ibidem*, 95.

guaggio di Carmignani il semantema designa un ventaglio di situazioni ideali, che hanno un fondamento *in re*, ricollegabile a tre nuclei concettuali essenziali, predicabili anzitutto in ordine all'individuo e, per analogia intrinseca, alla società. Essere sicuro rinvia a tre nuclei significanti: **i)** essere stabile nell'ordine dell'essere, non essere minacciati da turbamenti esogeni alla permanenza dell'io nell'esistenza; **ii)** essere certo a riguardo dell'ordine sociale, soprattutto con riferimento alla prevedibilità dello svolgersi delle relazioni con le altre persone tanto nella dimensione orizzontale di con-cittadinanza, quanto nella dimensione verticale della relazione del singolo con la comunità politica *sub specie iuris*, nonché alla certezza delle norme e alla prevedibilità della loro applicazione; **iii)** essere fiducioso, sia in senso passivo, di poter contare sulla fiducia degli altri, che in senso attivo, di aver fiducia negli altri, nella solidarietà che ci si aspetta dall'ordinamento giuridico e dal reticolo dei rapporti sociali come corrispettivo dinamico dello spontaneo adeguamento alle regole giuridiche e sociali.

I valori evocati implicano tre ordine di esperienze: **i)** l'esperienza di un ordine a cui è inerente un potere che fornisce stabilità a quest'ordine; **ii)** l'esperienza dei valori comunitari della solidarietà, della cooperazione e della condivisione; **iii)** l'esigenza dei valori strettamente inerenti alla tranquillità della persona: pace, concordia, alla cui base sta il rispetto della dignità reciproca e dell'uguaglianza essenziale delle persone³⁸.

La sicurezza è predicata direttamente con riguardo alla persona e in via analogica alla società. Questi valori sono oggetto di esperienza nell'ambito di una struttura sociale in cui l'individuo conduce l'esistenza sentendosi come parte di un tutto e non concependosi come una monade isolata. Questi valori sono ripudiati in via teorica da quegli studiosi che hanno una visione individualista e contrattualista della società; sono valorizzati, invece, da coloro che considerano la socialità e la giuridicità proprietà essenziali della persona umana. Carmignani – come pure, negli anni successivi, Carrara – è risolutamente critico della prospettiva individualista e contrattualista. Si riallaccia alla tradizionale concezione della naturale socialità dell'uomo e della unificazione della società in un centro comune di autorità, cui è inerente il potere di proibire certe azio-

38 I. R. VARELA, *Seguridad pública y política criminal argentina. Teoría y práctica de una criminología realista*, EDUCA, 2013, 25-53, descrive in modo convincente la struttura entitativa della sicurezza pubblica come bene essenziale della comunità politica.

ni e di reprimere chi le commette, violando il precetto, in funzione della conservazione della legge dell'ordine e della garanzia della sicurezza di tutti i consociati. La sicurezza sociale nella sua struttura entitativa è la qualità che afferisce a un tipo di esistenza sociale in cui i cittadini sono relativamente sicuri di preservare il proprio essere e di perseguire i loro fini senza costrizione; in cui è presente una certa stabilità dell'ordine giuridico che consente di prevedere gli effetti delle regole dettate per la vita comune; in cui i cittadini sono disponibili alla collaborazione con gli altri, confidando in una certa solidarietà in caso di necessità e offrendo reciprocamente agli altri una certa garanzia di solidarietà.

Ora, il turbamento per i buoni e il traviamiento per i cattivi, che costituiscono per Carmignani l'evento costitutivo dell'offesa, hanno una struttura entitativa che travalica di gran lunga il danno sociale. Il danno provocato dai delitti è morale. Non è limitato al danno di una determinata situazione di fatto, come se la sicurezza pubblica fosse una realtà statica e cosificata, bensì costituisce il pregiudizio alla configurazione reale della società volta a garantire la tutela e lo sviluppo adeguato di tutti i soggetti nell'universo sociale. E ciò anche se la potenza della società di garantire tutela e promozione della persona è attuata in maniera incompleta, ma secondo livelli diversi in relazione alle condizioni morali in cui si trova ciascuna società in ciascun tempo determinato.

L'offesa del delitto non colpisce questo o quel singolo nella sua individualità, né un centro collettivo superindividuale (familiare, economico, statale), bensì sovverte l'ordinamento giuridico e il tessuto relazionale impedendo l'esercizio pacifico dei diritti e delle attività individuali e sociali. L'offesa ha un contenuto morale, prima che psicologico, che consiste nel bene di vivere nella concordia sociale e nella tranquillità dell'ordine.

I riferimenti di Carmignani al turbamento dei buoni e al mal esempio per i cattivi, per quanto i termini usati possano apparire obsoleti, si ancorano a un pregevole realismo veritativo incontestabile. La società ha in se stessa cittadini buoni e cattivi in maniera indifferenziata. Gli uni e gli altri popolano tutte le categorie sociali e sono insediati nei luoghi più diversi, dispersi talora come buoni e talora come cattivi nelle varie contingenze dell'esistenza e nelle varie età della vita. Chi appare buono in una circostanza può essere cattivo in un'altra. L'imputazione politica

si rivolge a tutti indifferenziatamente i cittadini, richiamando alla memoria di ciascuno una tavola di valori essenziali per la permanenza di un minimo di concordia che favorisce la libertà di tutti.

La realizzazione dell'offesa rappresenta un impoverimento per tutti della disposizione alla concordia e un fomite al sovvertimento dell'ordine. Costituisce in particolare un esempio che rafforza e implementa la disposizione alla prevaricazione dei diritti e della libertà degli altri.

La legge giuridica si differenzia radicalmente dalla legge morale, perché non pretende di sindacare e tanto meno di punire gli atti interni della persona e perché non indaga nell'animo dell'imputato al di là di ciò che è strettamente necessario per conoscere l'*animus* con cui è stato commesso il fatto. La legge giuridica, però, si cura della disposizione morale della società, che viene offesa dagli atti esterni dei consociati, i quali, spregiando i diritti degli altri, provocano il sovvertimento della pace sociale.

5. Fine della pena

Del tutto eterogenee sono le tesi di Beccaria e Carmignani in ordine al fine della pena e ai criteri della sua efficacia. Per Beccaria il fine della pena è la prevenzione speciale e generale: "Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali"³⁹.

In conformità con l'ideologia sensista le pene sono gli "*ostacoli politici*"⁴⁰ che il legislatore frappone agli effetti della forza che il dispotismo di ciascun io sensibile dispiega nel mondo, Beccaria paragona il legislatore all'architetto. Come questi si oppone alle "direzioni rovinose della gravità"⁴¹ contribuendo alla stabilità dell'edificio, così quello deve contrastare gli effetti della sensibilità umana contrapponendole i "motivi sensibili"⁴² che "sono le pene"⁴³. Infatti "quella forza simile alla gravità che ci spinge al nostro ben essere non si trattiene che a misura degli ostacoli che gli sono opposti"⁴⁴. La moltitudine non può essere distolta

39 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XII *Fine delle pene*, 178.

40 *Ibidem*, § VI *Proporzione fra i delitti e le pene*, 160, corsivo nell'originale.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*, § I *Origine delle pene*, 146.

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*, § VI *Proporzione fra i delitti e le pene*, 160.

dal dare sfogo ai propri desideri sensibili “se non con motivi che immediatamente percuotono i sensi...”⁴⁵.

Carmignani ritiene invece che il fine della pena sia la difesa del diritto che costituisce il fondamento della società. Egli perviene a questa conclusione coniugando le istanze della ragione con i bisogni della società. Per realizzare tale conciliazione occorre superare la falsa ipotesi del transito dal convenzionale stato di natura allo stato civile. Mai è esistito uno stato di natura in cui gli uomini non abbiano conosciuto la nozione di diritto. Non esiste società senza diritti né diritto senza società. È possibile fare “astrazione dalle leggi che guidano la società, ma non dalla società, e un diritto che abbia bisogno di quest’astrazione denaturatrice dell’uomo non può aver la coscienza di diritto”⁴⁶. Se il diritto è un’entità della ragione, non può fare astrazione dalla società “che è la grande perfezionatrice della ragione umana”⁴⁷.

La difesa del diritto tramite la pena scaturisce dalla natura della società che si pone al servizio della generalità dei cittadini. “Il diritto” – dice Carmignani, contro la tradizione obbesiana e giusnaturalistica che ispira Beccaria – “non è né una facoltà attiva né una forza; erroneo concetto, al quale ha dovuto condurre la confusione che si è fatta tra il diritto della natura e un preteso stato di natura degli uomini ... esso è un concetto della ragione, che autorizza ad agire, e dà titolo alla forza necessaria a sostener l’azione come suo esercizio legittimo”⁴⁸.

Allo stesso titolo in cui l’individuo ha il diritto di difendersi contro l’offesa ingiusta, la società – e per essa il suo legittimo sovrano -, che ha per origine e scopo la difesa dei cittadini, ha il diritto di difendere il diritto contro il malfattore. Sarebbe contrario al diritto di natura se l’autorità sociale, costruita per la difesa dei diritti dei cittadini, non avesse il diritto di difesa, esercitato tramite la pena, contro coloro che offendono i diritti dei cittadini. Il diritto di difesa ha due fonti: la giustizia, fondata sulla ragione, e la necessità, fondata sui bisogni sensibili dell’uomo. Il principio politico, che guarda alle utilità, è ausiliario del diritto della ragione e, nel suo costituirsi ed esercitarsi, usa la forza come “ultimo

45 *Ibidem*, § I *Origine delle pene*, 146.

46 G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Pisa, 1832, 49.

47 *Ibidem*.

48 *Ibidem*, 51.

rigoroso espediente a cui la necessità lo costringe”⁴⁹, “assicurando a ciascuno la presunzione della propria innocenza, negando ogni favore alla pena ed opponendo alla credibilità della prova il dubbio che un ragionevole *scetticismo* è autorizzato ad opporre”⁵⁰.

Carmignani è distante dalla concezione utilitaristica della pena. Forza preventiva e forza repressiva della pena si implicano reciprocamente. L’efficacia preventiva della pena non sta nell’intensità della minaccia – con l’ovvio corollario che quanto maggiore è la forza della minaccia tanto maggiore sarebbe la valenza preventiva della pena – bensì nel consolidamento della persuasione nei cittadini, tramite la giusta applicazione della pena, che il diritto non è soccombente al delitto, bensì prevale sull’offesa.

La formula della pena come difesa del diritto è ancorata a un saldo realismo basato sull’esperienza, estraneo all’astratto normativismo di stampo hegeliano, anche se ricco di feconde analogie, sul terreno dell’esperienza, con lo schema dialettico di Hegel. Non è che la pena confermi astrattamente la validità della norma, ove il delitto sarebbe il momento negativo, negato a sua volta dalla pena. In Carmignani la pena non è il momento astratto del superamento del delitto, bensì la garanzia sociale circa il fatto che la legge protegge i buoni e che il cattivo esempio ostentato dai malvagi diventa fomite di ulteriori offese, perché ha ricevuto la proporzionata risposta in termini di giustizia. La pena come difesa del diritto non tutela il dato statico della sicurezza sociale, visto in chiave esclusivamente empirica, ma dispone dinamicamente i cittadini a farsi essi stessi promotori di sicurezza conservando fiducia nella legge e nel principio politico che l’ha promulgata e attuata attraverso procedure regolate dalla giustizia.

6. Criteri di efficacia della pena

Per Beccaria la pena ha indole analoga al delitto. Desiderio sensibile dispotico nel delitto. Ostacolo sensibile che percuote i sensi nella pena⁵¹. L’ostacolo della pena del saggio legislatore dovrebbe essere simile all’ostacolo che l’abile architetto oppone alle “direzioni rovinose della gra-

49 *Ibidem*, 63-64.

50 *Ibidem*, 66, corsivo nell’originale.

51 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § I *Origine delle pene*, 146.

vità”⁵². Ha perciò massima importanza “la vicinanza del delitto e della pena, se si vuole che nelle rozze menti volgari, alla seducente pittura di un tal delitto vantaggioso, immediatamente riscuotasi l’idea associata della pena”⁵³. La stretta connessione tra il delitto e la pena, la maggiore conformità possibile della pena alla natura del delitto facilita ampiamente “il contrasto che dev’essere tra la spinta al delitto e la ripercussione della pena, cioè che questa allontani e conduca l’animo ad un fine opposto di quello per dove cerca d’incamminarlo la seducente idea dell’infrazione della legge”⁵⁴. Da qui l’idea della “prontezza della pena”: “quando la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile”⁵⁵.

La narrazione postula la negazione della libertà umana: infatti l’effetto della pena non transita per la via della ragione e della libertà dell’arbitrio dell’uomo, bensì per la via dell’accostamento di sensibilità di oggetti. Il che si inserisce nel quadro filosofico della negazione della libertà del volere che Beccaria riceve dai suoi maestri francesi.

Per Carmignani le cose stanno in modo diametralmente opposto. La pena, anzitutto, ha indole radicalmente diversa dall’offesa: la forza di questa è un fatto che scaturisce dalle passioni umane; la forza della difesa scaturisce dalla ragione; non è “cosa di fatto”⁵⁶. La pena, invero, “considerata come ristabilimento dell’ordine, su cui la morale e l’assoluta giustizia si appoggiano”⁵⁷, non è destinata ad agire dopo di sé: la si riterrebbe “una forza pazza, o insensata”⁵⁸, non una forza morale, bensì una specie di “reagente chimico”⁵⁹, che verrebbe assurdamente a compenetrarsi nel corpo a cui è applicata. Il modo in cui agisce una forza morale dipende “da dati essenzialmente morali”⁶⁰, che sono gli unici a fornire le basi per la persuasione della persona. L’equivoco della tesi avversata sta nella fallace analogia tra la forza psichica e la forza fisica. È falso presupporre che il timore dell’applicazione futura della pena

52 *Ibidem*, § VI *Proporzione fra i delitti e le pene*, 160.

53 *Ibidem*, § XIX *Prontezza della pena*, p. 206.

54 *Ibidem*, 206-208.

55 *Ibidem*, 204.

56 G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., III, 92, corsivo nell’originale.

57 *Ibidem*, 93.

58 *Ibidem*, 94.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*.

agisca sull'animo allo stesso modo in cui l'applicazione della pena agisce sul corpo⁶¹. L'idea è errata e aberrante. Aberrante perché, se il ragionamento fosse vero, condurrebbe a rendere sempre più aspra la minaccia della pena al fine di intimorire maggiormente i cittadini. Errata perché – secondo Carmignani – v'è una radicale eterogeneità tra “l'essere crucciato e l'essere persuaso”⁶². L'idea della pena agisce sulla sfera morale dei soggetti. L'ostacolo al delitto scorre sul piano della volontà, non della sensibilità⁶³. La confusione tra l'effetto sensibile dell'applicazione della pena e l'effetto morale della sua minaccia è consequenziale al riduttivismo materialistico a cui si ispira l'antropologia beccariana.

Criticando poi espressamente Beccaria secondo cui “il freno più forte contro i delitti”⁶⁴ non è la pena di morte, bensì “il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio”⁶⁵, ricompensa la società offesa con il lavoro forzato a vita, “perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte e passeggero movimento”⁶⁶, Carmignani sconfessa l'assunto circa il positivo effetto del castigo esemplare. In primo luogo i soggetti disponibili a violare la legge penale non pervengono a commettere i delitti più spietati – quelli che sarebbero soggetti alla pena esemplare – tutto d'un tratto, bensì per gradi, imparando nel percorso criminale a valutare i rischi collegati al delitto. In secondo luogo, la sensibilità umana, per una imperscrutabile economia della natura, tende a solidarizzare con coloro che patiscono pene aspre, finendo quasi di considerare offesa la pena e non il delitto⁶⁷.

Carmignani non manca infine di criticare ciò che egli denomina “un frasario, divenuto pressoché abituale alla scienza”⁶⁸, che richiede la contemporanea presenza nella pena dei tre caratteri della certezza, della prontezza e della pubblicità. Sono i caratteri della pena secondo Beccaria: essa deve essere certa, perché fissata dal legislatore. Il giudice deve fare soltanto un sillogismo perfetto sulla corrispondenza del fatto alla

61 *Ibidem*, 95.

62 *Ibidem*.

63 *Ibidem*.

64 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXVIII *Della pena di morte*, 230-232.

65 *Ibidem*, 230.

66 *Ibidem*.

67 G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., III, 101-107.

68 *Ibidem*, 136.

norma punitiva. Con ogni giudizio ulteriore “si apre la porta all’incertezza”⁶⁹. La pena deve essere pronta, cioè applicata nel tempo più rapido possibile, perché la prossimità tra delitto e pena rende più efficace l’esempio per i cittadini⁷⁰. La pena deve essere pubblica, come corollario dell’esigenza che essa agisca sulla sensibilità dei cittadini. Effettivamente il codice della Costituente francese del 1791, e le leggi processuali successive, proprio ispirandosi a Beccaria, prevedono pene fisse, disponendo una procedura il più possibile rapida e introducendo un ampio regime di pubblicità dell’esecuzione delle pene a titolo di istruzione collettiva.

Dice Carmignani: **i)** tra certezza e prontezza v’è contraddizione logica: se la pena ha per scopo di colpire con sicurezza l’offensore – e non un qualsiasi sospettato – occorrono rigorose indagini la cui durata può essere incompatibile con l’istanza di prontezza⁷¹; **ii)** la certezza è più un desiderio apprezzabile che non una verità; infatti l’applicazione della pena consegue a una serie di elementi che dipendono dalla concretezza della situazione oggetto del giudizio e che non possono essere tutti previsti esattamente dalla legge; **iii)** la prontezza, se può soddisfare la passione sensibile, non è necessaria alla riflessione della ragione, alla quale è sufficiente “la persuasione che la pena è irrogata ad uno che ha commesso il delitto”⁷²; la pena, infine, “che ha la sua forza dall’animo”⁷³ non ha bisogno di alcuna notorietà di fatto in ordine all’esecuzione, bensì esclusivamente di una pubblicità di diritto: “Il documento autentico è pubblico senza esser stato redatto o per le piazze o pe’ trivj. Uno spettacolo deve essere visto da tutti: debbe essere accessibile al pubblico, perché a chi non lo può vedere non sarebbe spettacolo... La pena che ha la sua forza dall’animo non ha bisogno di questi ajuti. La sola legale certezza che ella è stata irrogata basta al suo effetto”⁷⁴.

7. Conclusione

Queste brevi note, dedicate a Lucio Monaco, che ha sempre dedicato grande attenzione ai temi di sostanza del diritto penale, intendono apri-

69 C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § IV *Interpretazione delle leggi*, 152.

70 *Ibidem*, § XIX *Prontezza della pena*, 204-208; v. anche § XXX *Processi e prescrizione*, 246-250.

71 G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., III, 137.

72 *Ibidem*, 139.

73 *Ibidem*, 140.

74 *Ibidem*, 139-140.

re un dibattito nuovo sul tema, ora desueto, ma tanto dibattuto nei tempi in cui Lucio ed io eravamo giovani studiosi, relativo alla vera natura del bene giuridico tutelato dal precetto penale.

ZUR ABWEHR VON SCHWEIGEGELDERPRESSUNGEN

Claus Roxin

I. Einführung

Wenn jemand (A) einem anderen (B) damit droht, er werde ihm bekannt gewordene kompromittierende Verhaltensweisen des B (etwa eine Straftat oder private Verfehlungen) geschädigten Personen oder der Öffentlichkeit bekannt geben, wenn ihm der B nicht eine bestimmte Geldsumme als Schweigegeld zahle, liegt darin, sofern B der Aufforderung Folge leistet, unstrittig eine Erpressung (§ 253 StGB).

Es gibt jedoch – „merkwürdigerweise“ wie *Novoselec*¹ sagt –, keine klärende Rechtsprechung zu der Frage, ob und ggf. nach welchen Regeln sich das Opfer gegen eine versuchte Schweigegelderpressung zur Wehr setzen darf. Es ist unklar, ob für den Betroffenen eine Notwehr- oder eine Notstandslage besteht und welche Abwehrmaßnahmen dadurch ggf. gedeckt sind.

Dass solche Fälle in der Praxis vorkommen, ist allgemeine bekannt. Wenn sie trotzdem die Gerichte nur wenig beschäftigen, so hat das seinen Grund vermutlich darin, dass sie meist im Verborgenen bleiben, weil das Opfer, um der angekündigten Offenbarung zu entgehen, entweder stillschweigend zahlt oder der Täter nach einer Drohung mit Strafanzeige darauf verzichtet, seine Ankündigung wahr zu machen.

Trotzdem ist es für das Opfer eines solchen Erpressungsversuches wichtig zu wissen, welche Abwehrmittel ihm ohne Einschaltung der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehen. Denn eine außerhalb der Öffentlichkeit sich vollziehende Abwehr ist am ehesten geeignet, eine unerwünschte Offenbarung der kompromittierenden Umstände zu verhindern.

Als Rechtfertigungsgründe kommen die Notwehr (§ 32 StGB) und der

¹ NOVOSELEC, *Notwehr gegen Erpressung i.e.S. und Chantage*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1997, 218-221 (218).

Notstand (§ 34 StGB) in Frage. Ob und ggf. bei welchen Verhaltensweisen deren Voraussetzungen vorliegen, ist aber in vielfältiger Weise umstritten und soll im Folgenden näher geprüft werden.

II. Notwehr

Zu der Frage, ob gegen eine versuchte Schweigegelderpressung Notwehr geübt werden darf, gibt es extrem unterschiedliche Meinungen. Teils wird schon das Vorliegen eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs bestritten; teils werden die Notwehrbefugnisse des Erpressten in sehr unterschiedlicher Weise eingeschränkt; teils wird aber sogar eine Tötung des Erpressers für gerechtfertigt gehalten.

1. Liegt ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vor?

Ich habe schon vor vielen Jahren² dargelegt, dass eine bloße Drohung mit der Begehung einer Straftat, auch wenn sie schon als solche strafbar ist – wie die Bedrohung mit einem Verbrechen nach § 241 StGB –, weder einen gegenwärtigen Angriff noch überhaupt einen Angriff darstellt. Sie berechtigt also nicht zur Notwehr, sondern kann allenfalls nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, weil der dort verwendete Begriff der gegenwärtigen „Gefahr“ größere Zeiträume umfasst als ein Angriff.

Aber gilt das auch für die mit einer Schweigegelderpressung verbundene Drohung, das Opfer kompromittierende Tatsachen zu offenbaren? Nicht wenige Autoren nehmen das an. Wenn man dem folgt, so bedeutet das, dass eine Notwehr gegen den Versuch einer Schweigegelderpressung von vornherein ausgeschlossen ist. Ich nenne einige repräsentative Stimmen aus der neueren Diskussion.³

So sagt *Henning Ernst Müller*:⁴ „In all den Fällen der Erpressung, in denen vom Täter nicht die sofortige Entschließung des Opfers durchsetzbar ist, wird man das Vorliegen eines notwehrkonstituierenden Angriffs verneinen können ...“ In einer ausführlicheren späteren Abhandlung⁵

² ROXIN, *Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?*, Gedächtnisschrift für Zoug Uk Tjong, 1985, S. 137-149 (141).

³ Vgl. zur älteren Diskussion die Nachweise in meinem Lehrbuch *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl. 2006, § 15 V, Rn. 100-102.

⁴ MÜLLER, *Zur Notwehr bei Schweigegelderpressung*, NSTz 1993, 366-358 (368).

⁵ MÜLLER, *Notwehr gegen Drohungen*, Festschrift für Fr.-Chr. Schroeder, 2006, S. 323-337 (335).

betont er: „Sieht man ... die Drohung schon als notwehrfähigen Angriff an, wird die Gegenwärtigkeitsgrenze ausgehebelt.“ Er meint sogar,⁶ die erpresserische Drohung sei weniger gegenwärtig als die bloße Ankündigung eines künftigen Verbrechens: „Eher kann man ... fragen, ob nicht die Verbrechensdrohung, die aus der Sicht des Opfers jederzeit akut werden kann, nicht eher einen gegenwärtigen Angriff darstellt als eine erpresserische Drohung, die dem Opfer ausdrücklich Überlegenszeit einräumt, in der die Drohung nicht wahrgemacht werden soll.“

Bei *Frister*⁷ lesen wir, es werde „zwar durch die Drohung bereits gegenwärtig die Willensfreiheit des Bedrohten beeinträchtigt, aber auch diese Beeinträchtigung resultiert aus der Angst vor dem angedrohten Verhalten und vermag nach dem Sinn des Gegenwärtigkeitserfordernisses keine Notwehrlage zu begründen“. Er verweist „auf die weniger weitreichenden Eingriffsbefugnisse des Notstandes“.

Ähnlich äußert sich *Hoyer*:⁸ „Die rechtswidrige Schaffung zusätzlichen Erfolgsunrechts ist bei einer Chantage ... erst dann gegenwärtig, wenn der Zeitpunkt unmittelbar bevorsteht, bis zu dem der Erpresser seine von ihm angedrohte Kompromittierung durch Vornahme der ihm abverlangten Vermögensverfügung abwarten zu können (ver)meint.“

Das sind beachtenswerte Argumente. Dennoch erscheint es mir richtig, an der überwiegenden Auffassung festzuhalten, dass schon die auf eine Schweigegelderpressung abzielende Drohung einen notwehrbegründenden gegenwärtigen Angriff darstellt.

Ich nenne drei Gründe: Erstens stellt bereits die Drohung, bei Nichtzahlung des geforderten Schweigegeldes kompromittierende Umstände zu offenbaren, einen nach § 253 Abs. 3 strafbaren Erpressungsversuch dar. Der Fall liegt also anders als die nach § 241 StGB strafbare Drohung, gegen den Betroffenen künftig ein Verbrechen begehen zu wollen, aus der sich weder ein Versuch noch auch nur eine Vorbereitungshandlung ergibt.

Dass die versuchte Rechtsgutsbeeinträchtigung bei einer Verbindung von Nötigung und Vermögensschädigung, wie sie bei einer erpresserischen Drohung vorliegt, schon einen gegenwärtigen rechtswidrigen An-

6 MÜLLER (Fn. 5), S. 335, Fn. 69.

7 FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, Kap. 16, Rn. 17.

8 *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)-HOYER*, 9. Aufl. 2017, § 32 Rn. 121.

griff darstellt, wird man schwerlich bestreiten können, wenn man sich darauf besinnt, dass nach allgemeiner Ansicht nicht erst der Versuch, sondern schon eine diesem unmittelbar vorgelagerte Handlung einen gegenwärtigen Angriff begründet.⁹

Zweitens ist das Opfer einer Schweigegelderpressung weitaus schutzloser gestellt als ein mit einem künftigen Verbrechen Bedrohter. Er bedarf deshalb anders als dieser der durch die Notwehr eröffneten Abwehrmöglichkeiten.

Wer Adressat einer Verbrechensdrohung wird, kann deren Realisierung verhindern, indem er sich dem Einflussbereich des Drohenden entzieht, Strafanzeige erstattet oder erforderlichenfalls polizeilichen Personenschutz in Anspruch nimmt. Das Beispiel von Politikern, die vielfältigen Drohungen ausgesetzt sind, zeigt die Wirksamkeit solcher Vorkehrungen. Das Opfer einer Schweigegelderpressung hat solche Möglichkeiten nicht. Es kann zwar Anzeige erstatten, bewirkt aber wahrscheinlich gerade dadurch die Bekanntgabe von Tatsachen, deren Nichtoffenbarung dem Schutzzweck des § 253 StGB entspricht. Es braucht daher andere Abwehrmittel.

Drittens schließlich ist zu bedenken, dass auch die Autoren, die dem Opfer einer Schweigegelderpressung ein Notwehrrecht nicht oder erst bei unmittelbarem Bestehen der verlangten Vermögensverfügung zustehen wollen, die von Anfang an vorhandene Schutzbedürftigkeit des Erpressten nicht verkennen und ihm eine Gegenwehr nach Maßgabe des § 34 StGB gestatten wollen. Damit werden aber die vergleichsweise präzisen Regeln der Notwehr durch ein Abwägungsverfahren ersetzt, dessen Ergebnisse unklar sind und große Rechtsunsicherheit befördern.

Wenn man demnach ein Notwehrrecht des Erpressungsopfers vom Zeitpunkt der erpresserischen Drohung an bejaht, bleibt noch zu klären, ob oder inwieweit gesetzliche Notwehreinrichtungen anzuerkennen sind. Das soll im Folgenden geschehen.

2. Wann ist die vom Bedrohten gewählte Art der Abwehr erforderlich?

Wenn man davon ausgeht, dass die versuchte Schweigegelderpressung eine Notwehrlage begründet, stellt sich die Frage, welche Abwehrmittel

9 Vgl. nur ROXIN (Fn. 2), S. 142.

dem Bedrohten im konkreten Fall zur Verfügung stehen. Hier sind zahlreiche Möglichkeiten denkbar. Wenn ich von der Tötung des Erpressers zunächst einmal absehe (dazu unten 4.), kommt vor allem eine heimliche Tonbandaufnahme der erpresserischen Forderung in Verbindung mit einer Anzeigendrohung in Betracht. Aber auch die Wegnahme des Belastungsmaterials, dessen Vernichtung (ggf. unter Einschluss des dazu erforderlichen Hausfriedensbruchs, einer Sachbeschädigung oder gar einer Körperverletzung des Erpressers) können zur Verhinderung der Tat geeignet sein.

Erforderlich und damit durch Notwehr gerechtfertigt ist freilich nur das mildeste Verteidigungsmittel:¹⁰ „Der Verteidiger muss von mehreren möglichen Verteidigungsarten diejenige auswählen, die dem Angreifer den geringsten Schaden zufügt.“

In der Anwendung auf unseren Fall wird man sagen müssen, dass daher zunächst – d.h. solange sich nicht ihre Ungeeignetheit oder Unwirksamkeit erwiesen hat – nur solche Abwehrmaßnahmen erforderlich und damit erlaubt sind, die nicht in den Herrschaftsbereich des Erpressers eingreifen; ein solcher Eingriff liegt beim Hausfriedens- oder Gewahrsamsbruch und einer Körperverletzung des Erpressers vor.

In erster Linie muss der Erpresste also versuchen, die Geldforderung des Erpressers durch eine Tonbandaufnahme festzuhalten und ihm unter Hinweis auf dieses Beweisstück mit einer Strafanzeige für den Fall drohen, dass er nicht von seiner Forderung absteht. Eine Tonbandaufnahme wird in der Regel deswegen nötig sein, weil der Erpresser sich hüten wird, durch schriftliche Übersendung seiner Forderung Beweismaterial gegen sich zu liefern. Tut er es dennoch, so wird die Drohung mit einer Gegenanzeige den Erpresser normalerweise zur Aufgabe seines Vorhabens veranlassen. Dasselbe gilt, wenn der Erpresste die an ihn gerichtete Forderung auf einem Tonband vorliegen hat oder wenn andere Personen, auf die sich der Erpresste berufen kann, von dem Erpressungsversuch wissen.

In der Praxis wird es aber nicht selten so sein, dass dem Erpressten kein Beweismittel für die Drohung des Erpressers zur Hand ist – z.B. wenn diese nur in einem Gespräch geäußert worden ist. Dann können andere Mittel,

10 BGH, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1956, 49.

wie sie vorstehend genannt wurden, zum Beweis und zur Ermöglichung einer die Erpressung abwehrenden Gegendrohung erforderlich sein. Auch hier können freilich noch wieder Unterschiede gemacht werden. So ist für die Wegnahme des die erpresserische Drohung ermöglichenden Beweismaterials die Anwendung körperlicher Gewalt nicht erforderlich, wenn der Beweisgegenstand auch heimlich beiseitegeschafft werden kann.

Das Merkmal der Erforderlichkeit garantiert also schon eine differenzierende Behandlung der dem Erpressten ggf. zur Verfügung stehenden Abwehrmittel. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob auch alle erforderlichen Verteidigungsmaßnahmen im Sinne des § 32 Abs. 1 StGB „geboten“ sind oder ob sie sozialetischen Einschränkungen unterliegen, die eine solche Gebotenheit ausschließen.

3. Sind einzelne erforderliche Abwehrmaßnahmen als nicht „geboten“ von der Notwehr auszuschließen?

a) Die Lehre von Amelung

Den gründlichsten und einflussreichsten Versuch, die zulässigen Abwehrmittel gegen Schweigegelderpressungen durch die Annahme ihrer fehlenden Gebotenheit einzuschränken, hat *Amelung*¹¹ unternommen. Er hält nur eine von ihm sog. kommunikative Gegenwehr („Täuschungen und Drohungen zum Zwecke der Herausgabe belastender Unterlagen“¹² und eine „Fixierung des Erpresserverhaltens“¹³ durch „heimliche Aufnahmen telefonischer Anrufe des Erpressers“) für zulässig.

Andere Maßnahmen haben nach seiner Auffassung eine „rechtser-schütternde Wirkung“ und sind unzulässig, weil sie dem für die Notwehrbefugnis konstitutiven Rechtsbewährungsprinzip widersprechen. „Der Einbruch des Erpressten etwa, der belastendes Material in dessen Hand bringen soll, wird vom Erpresser zwar als Verteidigung gegen seinen Angriff erkannt werden. Aber alle Nachbarn, die davon erfahren, werden ... Fenster und Türen sorgsamer als sonst verschließen“¹⁴.

11 AMELUNG, *Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen*, GA 1982, 381-403.

12 AMELUNG (Fn. 11), 398.

13 AMELUNG (Fn. 11), 400.

14 AMELUNG (Fn. 11), 393 f.

In einem späteren Aufsatz¹⁵ wird das bekräftigt. Danach ist es „unserem Rechtsdenken fremd“, als „Rechtswahrung eine Rechtsverletzung auszuzeichnen, die deren Urheber nicht öffentlich rechtfertigen kann und will“.

Die Begründung einer solchen Notwehreinschränkung hat vielfach Kritik gefunden. So sagt *Novoselec*:¹⁶ „Nicht selten verheimlichen Täter ihre in Notwehr begangenen Taten, weil sie nicht sicher sind, ob sie vor Gericht ihr Notwehrrecht beweisen können, und dies ist kein Hindernis für das Gericht, ihm das Notwehrrecht zuzugestehen, wenn alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind.“

H. E. Müller betont:¹⁷ „Mit ... Rechtswahrung ... ist aber die in der konkreten Situation sich bewährende Gerechtigkeit gemeint, nicht die Korrektur der möglicherweise durch die Abwehr entstandenen Irritation des Rechtspublikums.“

*Eggert*¹⁸ argumentiert, § 32 StGB „nehme eine Beeinträchtigung des Vertrauens in die Geltung der Rechtsordnung durch Notwehrmaßnahmen grundsätzlich hin. Denn andernfalls könnte keine Verteidigungsmaßnahme, die ausschließlich in Anwesenheit des Angreifers und des Verteidigers erfolgt, durch Notwehr gerechtfertigt sein, ohne dass der Verteidiger im Nachhinein von sich aus die Hintergründe seines Verhaltens aufklärt“.

Man wird dieser Kritik zustimmen müssen. Die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs ist nach allgemeiner Auffassung nur dann in einer hinter der Erforderlichkeit zurückbleibenden schonenderen Weise geboten, wenn die Schuldfähigkeit des Angreifers ausgeschlossen ist oder wenn der Angegriffene den rechtswidrigen Angriff in missbilligenswerter Weise provoziert hat. Davon kann bei einer Schweigegelderpressung nicht die Rede sein. Soweit die Abwehr sich im Rahmen des Erforderlichen hält und nicht außer allem Verhältnis zum drohenden Schaden steht (dazu 4.), verwirklicht die Verteidigung das Recht und „bewährt“ seine Geltung. Dass ein Drittbeobachter, der den Sachverhalt nicht be-

15 AMELUNG, *Noch einmal: Notwehr gegen sog. Chantage*, NStZ 1998, 70-71.

16 NOVOSELEC (Fn. 1), 220.

17 MÜLLER (Fn. 4), 367.

18 EGGERT, *Chantage – ein Fall der Einschränkung des Notwehrrechts?*, NStZ 2001, 225-231 (229).

urteilen kann, dies in allen Fällen zweifelsfrei erkennt, ist keine Voraussetzung der Rechtsbewährung, wenn eine staatsanwaltliche oder gerichtliche Untersuchung den wahren Sachverhalt klarstellt.

Freilich wird der Unterschied zwischen der von *Amelung* propagierten Notwehrein-schränkung und der hier vertretenen Auffassung dadurch verringert, dass stärker eingreifende Verteidigungsmaßnahmen (wie ein Einbruch oder körperliche Gewalt) nicht erforderlich sind, wenn mildere Mittel im Sinne der „kommunikativen Gegenwehr“ zur Abwehr des Angriffs ausreichen.

b) Die Lehre von Novoselec

Eine andersartige Einschränkung der Notwehrbefugnis bei Schweigegelderpressungen vertritt *Novoselec*.¹⁹ Ihm zufolge hat der Erpresste nicht das Recht, eine „legale Strafanzeigeerstattung und ein legales künftiges Strafverfahren zu vereiteln, denn die Verhinderung strafrechtlicher Nachteile ist kein Rechtsgut, das einen Schutz durch Notwehr verdienen würde. Wenn man dem Chantage-Opfer ein solches Recht geben würde, wäre die Rechtsordnung in ihrem Wesen in Frage gestellt.“²⁰

Ein Notwehrrecht will er demgegenüber annehmen,²¹ wenn der Chantage-Täter nicht damit droht, „eine Straftat des Opfers, sondern andere kompromittierende Umstände zu offenbaren, z.B. das Opfer sei ein Homosexueller, ein Ehebrecher usw. Hier ist nicht einzusehen, warum man dem Opfer das Notwehrrecht grundsätzlich nicht zuerkennen sollte.“ Er verlangt freilich in erster Linie die Anrufung polizeilicher Hilfe. „Wenn aber die Intervention der Polizei unmöglich ist oder die Polizei nicht eingreifen will, hat das Chantage-Opfer das Notwehrrecht.“ Er will dann auch die Anwendung von Gewalt²² (freilich nicht eine Tötung des Angreifers) zulassen.

Aber auch *Novoselec* ist zu widersprechen. Denn das deutsche Recht schützt den Zeugen wie den Beschuldigten vor jeder Selbstbelastung. Er ist als Zeuge darüber zu belehren, dass er das Recht hat, „die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihm ... die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat ... verfolgt zu werden“ (§ 55 Abs.

19 NOVOSELEC (Fn. 1).

20 NOVOSELEC (Fn. 1), 220.

21 NOVOSELEC (Fn. 1), 221.

22 NOVOSELEC (Fn. 1), 220.

1 StPO). Und er ist als Beschuldigter „darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung nicht zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen ...“.

Wenn der Schweigegelderpresser mit der Offenbarung einer Straftat droht, würde die Strafanzeige des Erpressten aber zu deren Offenbarung und damit indirekt zu einer Selbstbelastung führen, deren strafrechtliche Folgen der Gesetzgeber ihm nicht aufbürden will.

Dass der Gesetzgeber den Erpressten nach Möglichkeit vor einer Bestrafung bewahren will, ergibt sich auch daraus, dass § 154c StPO bei einer Anzeige des Erpressungsopfers der Staatsanwaltschaft ein Absehen von der Verfolgung gestattet, „wenn nicht wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerlässlich ist“.

Aus den geschilderten Regelungen ist zu folgern, dass es nicht angeht, das Opfer einer Schweigegelderpressung nur dann vor dem Erpresser zu schützen, wenn es seine eigene Bestrafung ermöglicht. Denn die Zahlung des Schweigegeldes könnte es auch ohne Einschaltung der Justiz vermeiden, wenn es seine Bestrafung in Kauf nimmt.

Auch kann entgegen *Novoselec* bei der Drohung mit einer Offenbarung anderer kompromittierender Umstände nicht verlangt werden, dass der Erpresste die Polizei einschaltet, bevor er zur Eigennotwehr greift. Denn das würde mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Offenbarung der kompromittierenden Tatsachen durch den Erpresser nach sich ziehen, die der Erpresste gerade vermeiden will und nur durch eigene Notwehrhandlungen vermeiden kann.

4. Kann, wenn mildere Mittel versagen, auch eine Tötung oder lebensgefährliche Verletzung des Schweigegelderpressers durch Notwehr gerechtfertigt werden?

Wenn alle anderen Abwehrmittel versagen, ist die Tötung des Erpressers ein sicheres Mittel zur Verhinderung der Tat. Denn ein Toter kann nichts mehr verlangen und offenbaren. Aber schließt das Notwehrrecht auch eine derart extreme Reaktion ein?

Das wird vielfach abgelehnt, aber immerhin von einigen Autoren bejaht. *Hoyer*²³ will zwar, wie oben dargelegt, eine Notwehr erst im letzten

23 HOYER (Fn. 8).

möglichen Abwendungszeitpunkt zulassen. Er meint aber: „Erst dann, aber auch immerhin dann vermag § 32 sogar eine zwecks Angriffsabwehr erforderliche Tötung des Erpressers zu rechtfertigen.“ Und *Eggert*²⁴ führt aus, die Ablehnung einer durch Notwehr gerechtfertigten Tötung lasse sich, „ausgehend von der geltenden Fassung des § 32 StGB ... nicht als geltendes Recht begründen“.

Man wird jedoch – mit der überwiegenden Meinung in der Literatur – eine Tötung oder lebensgefährliche Verletzung des Erpressers auch dann nicht mehr durch Notwehr rechtfertigen können, wenn sie das einzige Mittel zur Verhinderung der angedrohten Tat ist. Das ist aus der in Literatur und Rechtsprechung überwiegend anerkannten These zu folgern, wonach eine Notwehrausübung dann nicht mehr geboten ist, wenn die dadurch verursachte Rechtsgutsverletzung außer allem Verhältnis zu dem dadurch verhinderten Schaden steht.

Ein solches Missverhältnis liegt vor, wenn jemand zur Vereitelung einer Schweigegelderpressung den Erpresser tötet oder auch nur – etwa bei der Wegnahme von Belastungsmaterial – lebensgefährlich verletzt. Denn das Unrecht des Erpressers liegt nur im Verlangen von Schweigegeld. Die Offenbarung kompromittierender Umstände – sei es einer Straftat oder anstößigen Privatverhaltens – ist erlaubt. Das Interesse des Erpressten an der Geheimhaltung dieser Umstände wird nur zur Verhinderung eines unberechtigten Vermögensverlustes geschützt, die auch durch eine Strafanzeige erreichbar wäre. Die Verhinderung der Offenbarung eines Fehlverhaltens, das im Falle seiner Strafbarkeit meist nicht einmal verfolgt zu werden braucht (§ 154c Abs. 2 StPO), hat aber nicht das Gewicht, eine Tötung oder lebensgefährliche Verletzung des Erpressers zu rechtfertigen. Sie ist also nicht geboten. Das Notwehrrecht ist insoweit sozialetisch einzuschränken.

III. Schluss

Die Abwehrbefugnisse des Opfers einer Schweigegelderpressung richten sich also nach den vorstehend dargelegten Regeln des Notwehrrechts (§ 32 StGB). Eines Rückgriffs auf die undeutlichen Abwägungsmaßstäbe des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) bedarf es nicht.

24 EGGERT (Fn. 18), 231.

Ich widme diesen Beitrag Herrn Prof. Lucio Monaco mit den herzlichsten Glückwünschen. Seit vielen Jahrzehnten bin ich Herrn Monaco in persönlicher Freundschaft und wissenschaftlicher Zusammenarbeit verbunden. Möchten ihm noch viele Jahre gesunden, glücklichen und wissenschaftlich ertragreichen Lebens vergönnt sein.

ALLE SPRECHEN VOM KLIMASCHUTZ – NUR NICHT DIE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT!?

Helmut Satzger¹

Mit großer Freude folge ich der Einladung meines Freundes *Alessandro Bondi* – seinerseits Schüler des Jubilars –, letzterem einen Beitrag in dieser Festschrift zu widmen. Es ist eine große und unverdiente Ehre für mich, auf diese Weise einen der „ganz Großen“ der italienischen Strafrechtswissenschaft würdigen zu dürfen. Dabei habe ich ein Thema gewählt, das erst seit kurzem zu meinen strafrechtlichen Interessengebieten gehört, von dem ich aber überzeugt bin, dass es in den nächsten Jahren großen Bedeutung nicht nur in Deutschland, sondern weltweit erlangen wird. Daher hoffe ich, dass ich auch dem Jubilar etwas Neues und Interessantes bieten kann.

A. Notwendigkeit und Schritte zur Bekämpfung des Klimawandels

Vor einigen Wochen ist das Forschungsschiff „Polarstern“ von der bislang größten internationalen Forschungsmission zum Nordpol zurückgekehrt. Der Leiter der sog. „Mosaic-Expedition“ fasste seine Eindrücke so zusammen:

„Ja, wir sind dann nördlich von Grönland zum Nordpol vorgestoßen, und zwar durch eine Gegend, wo es normalerweise dickes, teilweise mehrjähriges Eis gibt, wo auch Eisbrecher leicht stecken bleiben. Wir haben aber völlig marodes Eis vorgefunden, weite Strecken offenen Wassers, zum Teil bis zum Horizont, fast bis zum Nordpol. Auch direkt am Pol war das Eis völlig aufgeschmolzen, erodiert, durchsetzt mit Löchern von Schmelztümpeln. Wir haben dem arktischen Meereis beim Sterben zugesehen. Das beeindruckt noch mal auf einer ganz anderen Ebene als der rationalen. Es macht sehr augenfällig, dass das sommerliche arktische Meereis in wenigen Jahrzehnten

1 * Für konstruktive Diskussionen und wertvolle Anregungen schulde ich meinem wiss. Mitarbeiter Herrn Nicolai v. Maltitz, LL.M. (Columbia, UvA), sowie den übrigen Mitgliedern meines innovativen „Klimabüros“, allen voran Frau Sophie Kargruber, Herrn Franz-Xaver Lehmeier und Frau Elisabeth Tschärke, großen Dank.

komplett verschwunden sein könnte. Dass wir die letzte Generation sein könnten, die noch eine ganzjährig von Eis bedeckte Arktis sieht, welche von unglaublicher Schönheit ist. Und das Verschwinden des Eises hätte schwerwiegende Auswirkung auf Wetter und Klima auch dort, wo wir leben. Das Eis sterben zu sehen tut weh. Wir sollten alles daran setzen, es auch für zukünftige Generationen zu erhalten.“²

Diese Schilderung ist erschütternd – überraschend ist sie jedoch keineswegs. Denn bereits seit geraumer Zeit kann nicht ernsthaft gelehnet werden, was durch nahezu tagtägliche Meldungen aus aller Welt bestätigt wird: Die globale Durchschnittstemperatur nimmt zu, Gletscher tauen ab, die Meeresspiegel steigen. Und auch kurzfristige Wetterereignisse verstärken sich klimabedingt in Form von Starkregen, Dürren und Hitzeperioden.

Der Klimawandel ist real. Seine Folgen bedrohen die bisherigen Lebensverhältnisse in bislang ungeahntem Ausmaß. Dabei steht sogar die Existenz ganzer (Insel-) Staaten auf dem Spiel, so z.B. Vanuatu, Tonga, Dominica, die Salomonen oder Fidschi.³

Das Bewusstsein für die durch den Klimawandel bedingten Gefahren hat in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen – vor allem (und das nährt die Hoffnungen für die Zukunft) bei der jüngeren Generation. Jedoch sieht auch die allgemeine Bevölkerung der EU-Mitgliedstaaten in ihrer ganzen Breite den Klimawandel mittlerweile als „sehr gravierendes“, ja überwiegend sogar als „das gravierendste Problem“, dem sich die Welt gegenüber sieht.⁴ Bewegungen wie *Fridays for Future* sowie ihr Pendant der *Scientists for Future* haben wie kaum jemals eine Bewegung zuvor Menschenmassen mobilisiert und für den Klimaschutz auf die Straßen gebracht.

Auch an der Politik ist dieser Trend nicht spurlos vorüber gegangen: „Grüne Parteien“ sind nahezu aller Orten im Aufwind und die Regierungsprogramme fast aller Parteien – auch wenn sie an und für sich keine

2 Süddeutsche Zeitung v. 13.10.2020, vgl. <https://www.sueddeutsche.de/politik/polarstern-expedition-arktis-1.5063040>

3 Vgl. Weltrisikoindex, s. Bündnis Entwicklung Hilft, Weltrisikobericht 2020, <https://weltrisikobericht.de/wp-content/uploads/2020/09/WeltRisikoBericht-2020.pdf>, S. 7.

4 Europäische Kommission, Special Eurobarometer 490 v. April 2019, S. 3. (https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/support/docs/report_2019_en.pdf).

„ökologische Tradition“ haben – werden zunehmend „grüner“. Auch die Staatengemeinschaft ist – zumindest formal – einen großen Schritt vorgegangen: Mit dem Pariser Abkommen zum Klimaschutz⁵ haben sich erstmals (fast) alle Staaten rechtsverbindlich auf das Ziel einer maximalen Erwärmung der Erde „deutlich unter 2 °C“ geeinigt, das Ziel der „Klimaneutralität“ wird explizit für die zweite Hälfte des Jahrhunderts angepeilt.

Der Rückzug der USA unter der Regierung Trump aus diesem Abkommen stellte einen herben Rückschlag dar. Am 4.11.2020 – und damit unmittelbar am Tag nach der Präsidentschaftswahl – wurde dieser Austritt rechtlich wirksam. Erfreulicherweise kündigte jedoch der gewählte Präsident *Biden* bereits an, diesen Austritt als eine seiner ersten Amtshandlungen rückgängig zu machen.⁶

B. Das Ziel der Klimaneutralität

In Europa hat die Europäische Kommission im Dezember 2019 das ehrgeizige Projekt eines „Green Deal“ vorgestellt, wobei es sich um ein sehr umfangreiches und langfristiges Maßnahmenpaket handelt, welches einen nachhaltigen ökologischen Wandel hervorbringen soll. Das erklärte Ziel ist, dass Europa als erster Kontinent bereits bis zum Jahr 2050 „klimaneutral“ wird. Mit einem jüngst von der EU-Kommission vorgeschlagenen Klimagesetz soll die Erreichung des Ziels der Klimaneutralität bis 2050 *rechtsverbindlich* vorgeschrieben werden.

„Klimaneutralität“ wird auch mit dem Pariser Abkommen anvisiert (s. oben). Es handelt sich dabei um dasjenige weltweit angestrebte Ziel, dessen Erreichung die Klimawissenschaft seit Längerem fordert, um noch eine realistische Chance zur Überwindung der Klimakrise zu haben. Einige wenige progressive Staaten hatten diesen Zustand bereits in den letzten Jahren als mittelfristiges Ziel ihrer Klimapolitik *rechtsverbindlich* festgelegt. So erließen etwa Schweden, Großbritannien und Frankreich weitreichende Gesetze, in denen sie sich auf eine „Klimaneutralität“ bis 2045 bzw. 2050 verpflichten. Andere Staaten haben sich *jedenfalls politisch* darauf festgelegt, das Ziel in den nächsten Jahrzeh-

⁵ Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015; zum Text s. <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>.

⁶ S. dazu <https://www.faz.net/aktuell/politik/wahl-in-amerika/usa-joe-biden-will-pariser-klimaschutzabkommen-wieder-beitreten-17037285.html>.

nen zu erreichen, wobei v.a. Aufmerksamkeit erregen muss, dass selbst ein bislang wenig auf Ökologie bedachter Staat wie China den Zustand der Klimaneutralität bis zum Jahr 2060 anpeilt.

Offensichtlich hat sich hier ein grundlegender Bewusstseinswandel vollzogen. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass Klimaneutralität heute ein durch und durch positiv besetzter Begriff ist, der aus diesem Grund auch werbewirksam eingesetzt wird. Daher rührt dessen schon als inflationär zu bezeichnender Gebrauch: Supermarktketten bewerben ihr Handeln als klimaneutral⁷, Produkte werden als „klimaneutral hergestellt“⁸ angepriesen und sogar ein Fußballverein, der 1. FSV Mainz 05, firmiert bereits seit 2010 als „erster klimaneutraler Verein der Fußballbundesliga“⁹.

Bei all dem kommt jedoch regelmäßig die Frage zu kurz, was „klimaneutral“ eigentlich wirklich meint. Und – in der Folge – welche Relevanz es überhaupt hat, wenn in einer Rechtsordnung eine *rechtliche Verpflichtung* zur Klimaneutralität eingeführt wird.

Aus meiner Sicht – und damit aus der Perspektive eines Strafrechtlers – stellt sich v.a. die spannende Frage: Hat dies Auswirkungen auch für jeden einzelnen und letztlich auch auf unsere Strafrechtsordnung? Ist vielleicht sogar die Entstehung eines neuen Rechtsgebiets – eines „Klimastrafrechts“¹⁰ – vorgezeichnet?

C. Das Verständnis von Klimaneutralität

Mit „Klimaneutralität“ wird jedenfalls alles andere als ein einfach zu verstehendes Konzept beschrieben. Aus „Vereinfachungsgründen“ wird in der Werbung oder im politischen Meinungskampf oft ein Sinngehalt vorgespiegelt, der so gar nicht davon erfasst ist. Denn trotz aller begrifflichen Unklarheiten im Einzelnen meint der Zustand der Klimaneutralität jedenfalls keinen *absoluten* Stopp von Treibhausgasemissionen,

⁷ Z.B. Aldi-Süd: „Wir handeln klimaneutral“, vgl. <https://www.aldi-sued.de/de/nachhaltigkeit/umwelt/klimaschutz/klimaneutralitaet.html>.

⁸ Z.B. Solarbräu als „Deutschland erstes klimaneutral hergestelltes Bier“, vgl. <https://www.ingenieur.de/technik/fachbereiche/umwelt/solarbraeu-deutschlands-erstes-klimaneutral-hergestelltes-bier/>

⁹ <https://www.presseportal.de/pm/73270/1699287>

¹⁰ Zum Begriff des „Klimastrafrechts“, s. bereits SATZGER/v. MALTITZ, ZStW 2021, 1 ff.

verbunden mit dem unbedingten Unterlassen der Zerstörung von sog. Senken (z.B. Wälder und Moore), die der Atmosphäre auf natürlichem Wege CO₂ entziehen. Das wäre – bei näherer Betrachtung – ja auch gänzlich unreal: Denn bereits jeder Atemzug ist mit einer CO₂-Emission verbunden! Deshalb geht es vielmehr darum, ein *Gleichgewicht* im Sinne eines Zustands von „Netto-Null-Emissionen“ zu erreichen, bei dem im Ergebnis nicht mehr Treibhausgase emittiert werden als auf natürlichem Weg durch Senken (künftig möglicherweise auch auf artifizielle Weise, durch sog. Carbon Dioxide Removal) oder durch natürliche Reaktionsprozesse aus der Atmosphäre wieder entfernt werden. Klimaneutralität ist somit letztlich die *rechnerische Gegenüberstellung* von Emissionen einerseits und deren Kompensation andererseits.

Gibt man nun – wie in der EU und in einer zunehmenden Zahl von Staaten – der so verstandenen Klimaneutralität einen rechtsverbindlichen Anstrich: Welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich dann daraus? Diese Frage ist bislang weitgehend unerforscht. Sie ist aber – wie wir gleich sehen werden – für die Rechtsordnung(en) von großer Bedeutung. Auch und gerade dann, wenn man über ein Klimastrafrecht nachdenkt.

D. Die Folgen einer rechtlichen Verpflichtung zur Klimaneutralität

Die Klimaziele des Pariser Abkommens und all derjenigen Rechtsordnungen, die sich die Klimaneutralität zum Ziel gesetzt haben, sind hoch gesteckt. Sie setzen die Gesellschaften und Wirtschaftssysteme weltweit unter ganz erheblichen Druck. Schon heute zeichnet sich ab, dass die angepeilten Erwärmungsmaxima aller Wahrscheinlichkeit kaum eingehalten werden können. Niemand kann also die Hände in den Schoß legen und auf eine Verbesserung des Klimas hoffen. Jeder Staat, der die Klimaneutralität erreichen will und sich eine solche Verpflichtung gibt, muss durch erhebliche wirtschaftliche und politische Anstrengungen „den Hebel herumreißen“ und letztlich auch in rechtlichen Kategorien dafür sorgen, dass dieser Zustand auch erreicht und – einmal erreicht – aufrecht erhalten werden kann.

In concreto heißt dies, dass die Staaten der Welt, um ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen gerecht zu werden, jedenfalls *ab dem Zeitpunkt, in dem Klimaneutralität herrschen soll*, keine Emissionen mehr vornehmen und dulden dürfen, *ohne* dass hierfür eine *adäquate Kompensation*

bereitgestellt wird. Damit ist erst einmal ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“¹¹ angelegt. Da dieses jedoch keinem geringeren Zweck als der Erhaltung der Lebensgrundlage der Menschheit in einem engen Zeitkorridor, in dem die Klimakrise (u.U. noch) abgewendet werden kann, dient, bewegen wir uns bei einem Verstoß hiergegen nicht nur auf der Ebene rein verwaltungsrechtlicher Verfehlungen. Ein höheres Schutzgut als die Bewahrung menschlicher Lebensgrundlagen, insbesondere in einer derart existentiellen Krise, ist kaum denkbar. Unabhängig davon, wie man sonst ganz allgemein die Voraussetzungen für den Einsatz von Strafrecht definiert: Dass unter diesen Umständen die schuldhaft Verletzung dieses Verbots – zumindest grundsätzlich – strafrechtliche Sanktionen auf den Plan rufen können muss, also jedenfalls *strafwürdig* ist, erscheint plausibel, wenn nicht gar zwingend.

Ob derartige Verstöße letztlich aber auch *strafbedürftig* sind, steht und fällt mit der Beantwortung der Frage nach den Alternativen, insbesondere auch der Verhältnismäßigkeit der – strafrechtlichen – Sanktion: Und diesen Punkt gilt es ganz besonders sorgfältig zu untersuchen, da wir es bei den Emissionshandlungen mit einer enormen Bandbreite menschlichen Verhaltens zu tun haben. Mag man bei groß angelegten vorsätzlichen industriellen Emissionen durchaus an die Verhängung – unter Umständen sogar gravierender – kriminalstrafrechtlicher Sanktionen (gerade auch gegen Unternehmen) denken, werden für viele v.a. alltagsnahe Verhaltensweisen – wenn überhaupt – Sanktionen im nur weitesten Sinne (u.U. ein bloßes Bußgeld oder eine eher symbolische Sanktion) hinreichen.

Lässt man also die Gedanken kreisen und fragt, ob zur Durchsetzung des Ziels der Klimaneutralität auch das Strafrecht – im Sinne eines Klimastrafrechts – Relevanz erlangt, so darf man m.E. auch nicht bei den „klassischen“ Sanktionen stehen bleiben. Es geht nicht nur um die Verhängung einer Freiheitsstrafe, einer Geldstrafe oder auch einer Geldbuße. Wenn das Ziel eines Klimastrafrechts stets der Klimaschutz sein soll, dann sollten idealerweise auch die anzudrohenden und zu verhängenden Sanktionen gerade auf dieses Ziel ausgerichtet sein. Warum sollte also ein „Klimastrafrecht“ – neben klassischen Strafen für gravierende Taten – nicht auch „smart sanctions“ enthalten? Das können Sanktio-

¹¹ So bspw. auch im Umweltstrafrecht, vgl. KLOEPFER *Umweltrecht*, 4. Aufl. 2019, § 7 Rdn. 145.

nen sein, die darauf aufbauen, dem „Täter“ aufzugeben, an der Reduktion von Treibhausgasemissionen aktiv oder finanziell mitzuwirken. Zu denken wäre dabei an eine Mitwirkung an Aufforstungsmaßnahmen oder an die Finanzierung von andernorts durchgeführten Klimaprojekten. Ebenfalls denkbar wäre eine Weisung, derartige Klimaprogramme persönlich aktiv zu unterstützen oder etwa allgemein z.B. als „Klimabotschafter“¹² die Öffentlichkeit über die Gefahren des Klimawandels zu unterrichten und Informationen zu klimabewussten Verhalten bereitzustellen. Derartige – zum Teil offensichtlich nur im weitesten Sinn strafrechtliche – Sanktionen entfalten dann eine primär spezialpräventiv ausgerichtete Wirkung¹³ im konkreten Fall, die letztlich aber selbstverständlich auch eine generalpräventive Wirkung¹⁴ entäußern und auf diese Weise letztlich einen potentiell erheblichen Beitrag zum Klimaschutz erbringen können.

E. Der steinige Weg hin zu einem Klimastrafrecht

Auch wenn somit einerseits deutlich geworden sein dürfte, dass das Strafrecht durch den Trend zur (verpflichtenden) Klimaneutralität herausgefordert ist und andererseits durch einen geeigneten Katalog „smarter“ strafrechtlicher Sanktionen sinnvoll präventiver Klimaschutz betrieben werden könnte, gilt es einige sehr grundlegende Hindernisse zu überwinden, mit denen man bei der Ausgestaltung klimastrafrechtlicher Tatbestände zwangsläufig konfrontiert sein wird. Da die Diskussion hier freilich erst am Anfang steht, kann und will ich im Rahmen dieser Festschrift zunächst erst einmal einige grundlegende Punkte ansprechen – wohl wissend, dass eine detaillierte Auseinandersetzung mit dieser Thematik erforderlich ist und noch weitgehend aussteht.

1. Grundprobleme

Dass die strafrechtliche Befassung mit dem Klimawandel – trotz allgemein anerkannter grundlegender Bedeutung desselben und seiner Folgen – noch in den Kinderschuhen steckt, beruht m.E. auf zwei Gründen:

- Erstens betrachtet man gemeinhin Klimaschutz im strafrechtlichen

12 Vgl. z.B. <http://www.klimabotschafter.de/verein/>

13 MAIER, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Aufl. 2020, § 46 Rdn. 57 ff.

14 MAIER, in: *MüKo-StGB* (Anm. 11), § 46 Rdn. 69 ff.

Kontext als durch das Umweltstrafrecht mitgewährleistet. So nennt etwa Art. 191 Abs. 1, 4. Sps. AEUV die Bekämpfung des Klimawandels lediglich als einen „*Unterpunkt*“ der EU-Umweltpolitik. Damit werden grundlegende Eigenheiten und Besonderheiten des Klimaschutzes jedoch verkannt und übersehen.

Zweitens wird die unvergleichliche Globalität des Klimaschutzes im strafrechtlichen Kontext nur unzureichend erkannt, so dass diese Universalität des Schutzguts auch nicht auf das nationale Strafrecht „heruntergebrochen“ wird. Deshalb ist man fälschlicherweise immer noch der Ansicht, die Staaten hätten eine (unbeschränkte) eigenständige Dispositionsmacht über klimaschädliche Emissionen, mit der Folge, dass die nationalen Verwaltungen solche Emissionen (vorbehaltlos) „genehmigen“. Dass Staaten auf diese Weise eine „Legalisierung“ von Emissionen bewirken können, erscheint zunehmend zweifelhaft. Dementsprechend erscheinen auch die Voraussetzungen für ein Klimastrafrecht in einem völlig neuen Licht.

2. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen – Der Paradigmenwechsel bei der Bestimmung des Schutzguts eines Klimastrafrechts

a) Bislang ist nur sehr selten die Frage nach einem Strafrecht zum Schutze des Klimas aufgeworfen worden, und wenn, dann nur sehr cursorisch und mit negativem Ergebnis. Das liegt letztlich darin begründet, dass davon ausgegangen wird, dass sich weder eine Kausalität noch eine objektive Zurechenbarkeit nachweisen lasse.¹⁵ Dieser grundlegende Einwand erscheint *prima facie* durchaus nicht von der Hand zu weisen. Er verfängt jedoch bei Licht betrachtet nur dann, wenn man nach einem solchen Zusammenhang *zwischen einem konkreten emittierenden Verhalten* – als Tathandlung – einerseits und einer *konkreten Schädigung* als Folge der Klimaveränderung – dem Klimafolgeschaden – andererseits fragt.

b) Kommt es also etwa aufgrund des Klimawandels zu einem ungewöhnlichen Starkregen und wird hierdurch ein Haus überschwemmt und beschädigt, so lässt sich – selbst dann, wenn man wüsste, dass der Starkregen selbst mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch den

¹⁵ Zu den Einwänden s. zusammenfassend FRISCH, GA 2015, 427; 434 ff.; allgemein zu den Kriterien der Kausalität und der objektiven Zurechnung, siehe nur WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (Anm. 13), Rdn. 225 ff. und. 253 ff.

Klimawandel „verursacht“ wurde, nicht sagen, ob ein emittierendes Verhalten – und wenn ja, welches – für die Herbeiführung gerade dieses Schadens verantwortlich war. Denn erst die Summe aller (unter Umständen für sich genommen ganz unbedeutender) Treibhausgasemissionen – noch dazu über einen sehr langen Zeitraum hinweg – bilden den Grund für den Klimawandel. Ob es dann zu einer Verletzung eines bestimmten Individualrechtsguts (z.B. Eigentum am überschwemmten Haus) kommt, hängt dann wieder von verschiedensten, vielleicht gar zufälligen Faktoren ab. Es ist daher offensichtlich, dass man auch bei Anwendung der weiten „*conditio sine qua non*“-Formel¹⁶ – selbst unter Einbeziehung der Rechtsfigur der „kumulativen Kausalität“¹⁷ – eine Kausalität nicht leicht nachweisen kann. Noch schwieriger wird es, wenn man – selbst auf Basis einer bejahten Kausalität – das notwendige (normativen) Korrektiv der objektiven Zurechnung in den Blick nimmt:

c) Denn ein konkreter Klimafolgeschaden stellt sich nicht als „das Werk eines bestimmten Emittenten“ dar und ist somit niemandem *objektiv zurechenbar*. Letzteres wäre ohnehin für eine Vielzahl von Fällen problematisch: Denn Beiträge eines Einzelnen zur Verursachung des Klimawandels und dessen Folgen wiegen – isoliert betrachtet – oft nicht schwer und sind häufig mit so alltäglichen Verhaltensweisen wie mit dem Nutzen eines benzinbetriebenen Fahrzeugs verbunden. Schon deshalb lässt sich von der Schaffung einer *rechtlich erheblichen Gefahr*¹⁸ als Voraussetzung jeder normativen Erfolgszurechnung gar nicht sprechen. Es ist eben erst die Kumulation aller unkompenzierten Belastungen der Atmosphäre mit Treibhausgasen seit Beginn der Industrialisierung, welche den globalen Klimawandel und dessen weitreichende, letztendlich auch individualschädliche Folgen begründen.¹⁹ Die klassischen Zurechnungsinstrumente müssen also zwangsläufig scheitern, wenn man nach dem Zusammenhang zwischen emittierendem Individualverhalten und Klimafolgeschaden fragt.

16 S. nur HEGER, in: LACKNER/KÜHL, *StGB*, 29. Aufl. 2018, Rdn. 9; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (Anm. 13), Rdn. 226 ff.

17 Vgl. BGHSt 37 131; näher dazu EISELE, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rdn. 83; Kudlich, in: SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, *StGB*, 5. Aufl., 2021, Vor § 13 Rdn. 43.

18 Vgl. WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (Anm. 13), Rdn. 258.

19 FRISCH, GA 2015, 427, 433; vgl. auch MÉGRET, *Columbia Journal of Environmental Law* 2011, S. 222.

d) Dieses Ergebnis muss letztlich enttäuschen, wenn man anerkennt, dass der Klimawandel – wie in der Wissenschaft heute völlig unbestritten – doch letztlich menschengemacht ist. Bei genauer Betrachtung zeigt sich, dass die Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bislang schon im Ansatz ungenau und zu pauschal gestellt wurden. Den Besonderheiten des Klimaschutzes und den naturwissenschaftlichen Erkenntnissen kann man so jedenfalls nicht gerecht werden. Will man hier ein sinnvolles und sachgerechtes Ergebnis erzielen, so muss man anders an die Problematik herangehen. Und das bedingt, dass man bereits die Schutzrichtung eines möglichen Klimastrafrechts anders bestimmt: Denn es darf nicht länger allein auf diejenigen Individualrechtsgüter abgestellt werden, die im Wege des *Klimafolgeschadens* beeinträchtigt werden. Vielmehr wird man den Besonderheiten des Klimaschutzes nur gerecht, wenn man im Ergebnis *die Erdatmosphäre und ihre Belastbarkeit mit Treibhausgasen* als das Schutzgut eines zukünftigen Klimastrafrechts erachtet. Dahinter steckt kein juristischer „Taschenspieler-Trick“. Vielmehr steht eine derartige Konzeption eines Klimastrafrechts gerade im Einklang mit naturwissenschaftlichen Erkenntnissen – und diese sollen und müssen stets als Leitlinie bei der Begründung und Ausgestaltung klimastraftlicher Tatbestände mitgedacht werden. Auszugehen ist daher davon, dass regionale Unterschiede der Treibhausgasdichte im Luftraum abgrenzbarer Territorien zwar durchaus feststellbar sind. Aufgrund der extrem langen Verweildauer der Treibhausgase in der Atmosphäre²⁰ werden diese tatsächlich weltweit, d.h. über Grenzen hinweg, naturwissenschaftlich feststellbar durchmischt. Dies zeigt deutlich, dass das Klima eben nur als *global einheitliches System* verstanden werden kann und darf.

e) Zielt ein Klimastrafrecht – richtigerweise betrachtet – auf die Bewahrung der Erdatmosphäre vor Treibhausgasbelastung und sieht man so in der Atmosphäre das relevante Schutzgut eines Klimastrafrechts, so kommt als mögliche *Tathandlung* bereits jegliche Belastung der Atmosphäre mit Treibhausgasen (insbes. CO₂), aber auch jede Zerstörung von Senken, z.B. durch Rodungen, in Betracht (sog. *positive* Emissionen).

f) Die Fragen der Kausalität und der Zurechnung – als Grundvoraus-

20 IPCC, *Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) [SOLOMON, S., QIN, D., MANNING, M. et AL. (Edd.)], S. 24.

setzungen für ein künftiges Klimastrafrecht – lassen sich auf dieser Basis dann erheblich einfacher beantworten:

aa) Der tatbestandliche Erfolg eines klimastrafrechtlichen Tatverhaltens liegt dann nämlich bereits in jeder Erhöhung der (gemittelten) Treibhausgaskonzentration.²¹ Wird zum Zeitpunkt der durch die Handlung des Täters erfolgende Belastung der Atmosphäre mit Treibhausgasen nicht bereits eine adäquate Kompensation (*negative* Emissionen²²) bereitgestellt, ist die *Erfolgsursächlichkeit* folglich klar – und unabhängig von weiteren emittierender Verhaltensweisen anderer – zu bejahen. Damit gelangen wir – wegen des Konzepts der Klimaneutralität – bereits auf Tatbestandsebene zu einer notwendigen Gesamtsaldierung von *positiven* und *negativen* Emissionen. Auch wenn damit eine grundsätzliche Verpflichtung zur Kompensation angesprochen ist, so ist darüber noch nicht gesagt, in welcher Form und durch wen die Kompensation letztendlich zu erfolgen hat. Dies führt uns aber jedenfalls zu dem vorläufigen Ergebnis, dass in einem neu zu konzipierenden Klimastrafrecht grds. bereits jede *unkompensierte* Belastung der Atmosphäre für sich betrachtet erfolgskausal ist.²³

bb) Bei der Kausalität darf – wie auch sonst – natürlich nicht stehen geblieben werden, da ansonsten der Kreis relevanter Tathandlungen viel zu weit gezogen wäre. Gerade auch für ein Klimastrafrecht gilt es, ein normatives Korrektiv im Sinne der Lehre von der *objektiven Zurechnung* heranzuziehen. Danach ist bekanntlich ein Erfolg dem Täter nur dann objektiv zurechenbar, wenn er eine rechtlich erhebliche Gefahr geschaffen hat, welche sich im Erfolg (in seiner konkreten Gestalt) auch realisiert.²⁴ Nun stellt gerade das Element der *Schaffung einer „erheblichen Gefahr“* dasjenige Element dar, welches in einem künftigen Klimastrafrecht eine erhebliche Filterfunktion übernehmen könnte und müsste:

- Das gilt zunächst insoweit als bestimmte Emissionen von Treibhausgasen und Eingriffe in natürliche Senken von der Zurechnung nor-

21 Zur Notwendigkeit der „Mittelung“ der Treibhausgaskonzentration s. näher SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1 ff.

22 Insbesondere Aufforstung und Carbon Dioxide Removal in Form von CO₂-Abscheidung und Speicherung (Capture and Storage). GASSER/GUIVARCH/TACHIIRI et al., *Nature Communications*, Vol. 6 (2015), S. 7958.

23

24 WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (Anm. 13), Rdn. 258.

mativ auszuschließen sind, wenn sie im Hinblick auf den *anthropogenen* Klimawandel als „*neutrale*“ *Handlungen* einzuordnen sind. „Neutral“ meint in diesem Zusammenhang, dass bestimmte Verhaltensweisen von jeher Teil des menschlichen Lebens und damit auch Teil des *natürlichen* Treibhauseffekts waren. Solche Handlungen sind auch heute noch unzweifelhaft Teil des globalen Klimasystems. Sie sind jedoch nicht die Ursache dessen, was unter anthropogenem Klimawandel verstanden wird. Die Klimawissenschaft, die – wie gesehen – auch für die juristische Zurechnung wertvolle Erkenntnisse bereit hält, beschränkt die Betrachtung der Gründe des anthropogenen Klimawandels dementsprechend auf Verhaltensweisen, die erst mit dem Industrialisierungsprozess aufgetreten und seitdem zur Grundlage der heutigen industrialisierten Gesellschaften geworden sind.

- Weiterhin bietet im Rahmen der objektiven Zurechnung das Element der „Gefahrschaffung“²⁵ einen weiteren zielführenden Einschränkungsmechanismus, um eine rechtsstaatswidrige Ausuferung klimastrafrechtlicher Strafbarkeit zu verhindern: Denn eine Zurechnung erfolgt nur dann, wenn auch wirklich eine „rechtlich *erhebliche* Gefahr“ geschaffen wurde. Diese Erheblichkeitsschwelle schließt nur geringfügig belastendes, alltägliches Privatverhalten vom Anwendungsbereich eines Klimastrafrechts letztlich aus. Zu beachten ist, dass sich die Grenzen der normativ geprägten Erheblichkeit mit Zuspitzung der „Klimakrise“ durchaus weiter verschieben könnten, so dass diese Erheblichkeitsschwelle zusehends sinken könnte. Zumindest zum derzeitigen Zeitpunkt wären aber „Bagatellfälle“ – man denke etwa an das Entflammen eines Feuerzeugs oder die Haltung von Haustieren – jedenfalls von der Zurechnung auszuschließen.

3. Potentielle „Rechtfertigung“ nützlicher Belastungen der Atmosphäre – Der Paradigmenwechsel hin zu einem grundsätzlichen Verbot von Emissionen ohne gleichzeitige Kompensation im Zustand der Klimaneutralität

a) Selbst wenn sich aber die Zurechnungsprobleme auf Tatbestandsebene überwinden lassen, so bleibt der Nützlichkeits einwand: Spätestens

²⁵ KUDLICH, in: SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (Anm. 17), *Vor § 13* Rdn. 57 ff.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (Anm. 13), Rdn. 261.

seit Beginn der Industrialisierung gehört klimabelastendes Verhalten zum zentralen Fundament der globalen Wirtschaftsordnung. Die rechtlichen Grenzen dieser sozialen Nützlichkeit des an und für sich klimaschädlichen Verhaltens wird den nationalen Rechtsordnungen überlassen. Allein das jeweilige – nationale – Verwaltungsrecht bestimmt, was erlaubt ist.²⁶ Dem Strafrecht kommt allenfalls eine ergänzende, flankierende und verstärkende Funktion zu.²⁷ Dies erklärt auch die heute geringe Bedeutung des Strafrechts in Bezug auf klimarechtliche Fragestellungen in Deutschland und anderen staatlichen Rechtsordnungen: Denn eine Bestrafung des Emittierens von Treibhausgasen ist – vor diesem Hintergrund – erst dann überhaupt anzudenken, wenn der Emittent das verwaltungsrechtlich Erlaubte überschreitet und sich damit nach nationalem Maßstab illegal verhält.²⁸ Orientiert sich strafrechtlicher Klimaschutz daher an der Nützlichkeit klimabelastenden Verhaltens, so kann er – ähnlich wie etwa im derzeitigen Umweltstrafrecht – immer nur *verwaltungsrechtsakzessorisch*²⁹ gedacht werden. Letztlich regelt dann allein das staatliche Verwaltungsrecht die „Genehmigungen“ zum rechtmäßigen Ausstoß von Treibhausgasen, wobei dort die Grenzwerte, die Zwecke und die Dauer von verwaltungsrechtlich erlaubten Emissionen festgeschrieben werden. Erst ein Verstoß hiergegen kann dann mittels des Strafrechts sanktioniert werden. Alle Überlegungen zu einem „Klimastrafrecht“ müssen so in der Akzessorietät eines nationalen Verwaltungsrechts gefangen bleiben, welches über die Nützlichkeit von Emissionen entscheidet und diese dementsprechend durch Genehmigungen „legalisiert“.

b) Diese traditionelle Sichtweise muss bereits heute aber als überholt erscheinen. Sie basiert auf der Vorstellung, dass jeder Staat ohne Weiteres *selbst* entscheiden kann, welche und wie viele Emissionen er zulässt und so „legalisiert“. In einem Zeitalter, in dem aus dem Paris-Abkommen aber letztlich im Fall der weiteren Zuspitzung der Klimakrise sogar eine *völkerrechtliche Verpflichtung* zur Klimaneutralität abgeleitet werden kann, muss man an einer staatlichen Dispositionsbefugnis aber zweifeln. Die obigen Überlegungen zum potentiellen Rechtsgut eines Klima-

26 KRELL, *Umweltstrafrecht*, 2017, S. 8.

27 FRISCH, GA 2015, 427, 437.

28 Kritisch dazu: MÉGRET, *Columbia Journal of Environmental Law* 2011, S. 221.

29 Vgl. zur Verwaltungsrechtsakzessorietät SCHMITZ, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Aufl. 2019, Vor § 324 Rdn. 45 f.

strafrechts unterstreichen dies: Wenn die Erdatmosphäre ein einheitliches – von nationalen Grenzen losgelöstes – Schutzobjekt ist, dann kann, entsprechend den im Interesse der gesamten Menschheit gewährleisteten Schutzgütern des Völkerstrafrechts (so z.B. der „menschrechtliche Mindeststandard“ bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder der „Weltfriede“ bei den Kriegsdelikten³⁰) – auch nur die Staatengemeinschaft als Ganzes Trägerin dieses Schutzguts sein. Nur sie – nicht aber die Verwaltung eines einzelnen Staates – kann dann hierüber verfügen, indem von ihr unkompensierte Treibhausgasemissionen genehmigt werden. Jedenfalls bislang fehlen der Staatengemeinschaft jedoch weitgehend Organe, die eine solche Dispositionsmacht durchsetzen könnten. Sie ist also nach wie vor auf die staatlichen Behörden angewiesen. Deren Entscheidungen müssen dann aber zumindest im Einklang mit völkerrechtlichen Vorgaben stehen; nationale Verwaltungen werden dann sozusagen „stellvertretend für die Staatengemeinschaft“ tätig, wenn sie solche Legalisierungen aussprechen. So verstanden, muss man sich von der Akzessorietät des nationalen (Klima-) Strafrechts vom nationalen Verwaltungsrecht verabschieden, ein potentielles Klimastrafrecht „emanzipiert“ sich somit aus seiner dem nationalen Verwaltungsrecht nur dienenden Rolle.

c) Um Klimaneutralität anzusteuern, lag und liegt der rechtspolitische Fokus – auf nationaler wie internationaler Ebene – auf der Reduktion der Treibhausgasemissionen mittels öffentlich-rechtlicher Steuerungsmechanismen, und zwar durch Besteuerung klimabelastenden Verhaltens einerseits und durch Etablierung eines Emissionshandelssystems andererseits. Für letzteres wurden – zum Beispiel im Kyoto-Protokoll³¹ und durch das hieran anknüpfende Europäische Emissionshandelssystem³² – nationale wie auch branchenbasierte Budgets von Treibhausgasemissionen festgelegt, welche unter anderem in Form von Zertifikaten verteilt werden. Dabei muss ein Betreiber einer erfassten Anlage für jede Tonne emittiertes CO₂ ein gültiges Zertifikat

³⁰ SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 9. Aufl. 2020, § 16 Rdn. 32, 57.

³¹ *Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen* (FCCC/CP/1997/L.7/Add.1), vgl. für die deutsche Umsetzung: BGBl. 2002 II, S. 966 ff.

³² Vgl. Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2002 (ABl. L 275 vom 25.10.2003, S. 32 ff.).

vorlegen; pro Jahr gibt es nur eine begrenzte Menge (ein „cap“) an neuen Zertifikaten. Diese limitierten Zertifikate sind jedoch handelbar („cap and trade“), so dass ein preisbildender Markt entsteht.³³ Die Obergrenzen der zertifizier- und handelbaren Treibhausgasemissionen werden schrittweise gesenkt und sollen so für die Einhaltung von Klimaschutzzielen sorgen.³⁴

d) Auch wenn der Zustand der Klimaneutralität durch die Klimawissenschaft detailliert beschrieben wurde, so ist dessen umfassende nationale und globale rechtliche Konzeptualisierung bislang kaum ernsthaft versucht worden. Dabei leitet doch das verbindliche Ziel der Klimaneutralität nichts weniger als einen notwendigen *Paradigmenwechsel* in der Verrechtlichung des Klimaschutzes ein. Richtet man den Blick von der politischen Zuordnung von Emissionen auf die Konzeptualisierung des Rechtszustands der Klimaneutralität, in dem derartige Emissionen ohne adäquate Kompensation grundsätzlich eben nicht mehr möglich sein sollen, offenbart sich die Wichtigkeit des Einsatzes von Strafrecht zur Erreichung der verbindlichen globalen Klimaziele. Wie bereits beschrieben, läuft in diesem Rechtszustand von „netto-null“ jedes unkompenzierte positive Emittieren von Treibhausgasen der Klimaneutralität zuwider, sodass dieser ein grundsätzliches *Verbot* jeglicher solcher Emissionen erfordert. Auch den *Treibhausgasemissionshandelssystemen* liegt ein entsprechendes Verbot positiver Emissionen im Kern bereits zugrunde. In ihren Anwendungsbereichen verbieten sie jegliches Emittieren ohne entsprechendes Zertifikat. Denkt man diese Systeme als umfassende Implementierungsmechanismen von Klimaneutralität, muss das zur Verfügung gestellte Budget nach und nach reduziert und letztendlich auf Null gesetzt werden, was nichts anderes als ein grundlegendes Verbot jeglichen unkompenzierten Emittierens darstellt. In einem Zustand, in dem es keine Emissions-Budgets mehr zu verwalten gibt, erscheint ein verwaltungsrechtlicher Verteilungsschlüssel – und dementsprechend dann auch dessen (zwingend) nur akzessorische strafrechtliche Durchsetzung – obsolet. Dass allerdings im Rechtszustand der Klimaneutralität bestimmte Kompensationsleitungen auch staatlicherseits zur Verfügung gestellt werden, um besonders nützlich klimabe-

33 KREUTER-KIRCHHOF, EuZW 2017, 412, 413.

34 Zur Kritik an der Obergrenze als alleiniges Anreizsystem vgl. EPINEY, ZUR 2010, 236, 244.

lastendes Verhalten im Einzelfall zu fördern, erscheint durchaus möglich und auch wahrscheinlich.³⁵

Alles in allem kehrt rechtliche Klimaneutralität die gegenwärtig grundsätzlich gewährleistete, nur im Einzelfall beschränkte Freiheit des Emittierens in ein *grundsätzliches Emissionsverbot mit Erlaubnisvorbehalt* in Form einer Kompensationspflicht um. Bei der Implementierung eines solchen rechtsverbindlichen Emissionsverbots erscheint dessen Durchsetzung – zumindest für gravierende Fälle – auch mit den Mitteln eines Klimastrafrechts letztendlich nur noch als folgerichtiger Schritt. Strafrechtliche Sanktionen (im weiteren Sinne) sind somit aufs Engste und unweigerlich mit der Konzeptualisierung einer effektiven Durchsetzung des Verbots unkompensierten Emittierens verbunden.

F. Vorwurf der Überkriminalisierung?

Selbstverständlich muss man sich, wenn man ein „neues Strafrecht“ entwirft, die Frage stellen ob unter dem Label des – allgemein als unbedingt wichtig anerkannten – Klimaschutzes nicht rechtsstaatliche Grundlagen verletzt und das Strafrecht hier vorschnell auf den Plan gerufen wird. Im Ergebnis ist das m.E. aber zu verneinen. Denn erstrebt ist eben keine – quasi blinde – Steigerung der Punitivität der Rechtsordnung als Mittel effektiver Rechtsdurchsetzung „im Kampf“ gegen unerwünschte Verhaltensweisen. Die Rolle eines effektiven Durchsetzungsmechanismus hat man dem Strafrecht in der jüngeren Vergangenheit leider nicht selten pauschal und teilweise rechtspolitisch nicht ins Letzte durchdacht aufgebürdet (als Schlagworte seien nur der Kampf gegen Terrorismus, gegen Hasskriminalität oder gegen Betrügereien zulasten der EU-Finanzinteressen genannt).

Da es auch eine Vielzahl von (nicht-strafrechtlichen) Möglichkeiten gibt, um den Klimawandel, wenn schon nicht zu stoppen, so doch zumindest zu verlangsamen, muss man sich ernsthaft der Frage stellen, ob hier überhaupt ein Anwendungsgebiet für Strafrecht liegt. Sind die Verhaltensweisen, die ich skizziert habe, wirklich nicht nur strafwürdig, sondern auch *strafbedürftig*? Richtigerweise bedarf dies für jede Konstellation und bezogen auf jede einzelne Sanktionsnorm einer sorgfältigen rechts-

35 Siehe hierzu bereits SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1 ff.

staatlichen Überprüfung, bei der insbesondere das Ultima-ratio-Prinzip³⁶ und der allgemeine rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³⁷ zu beachten sind. Denn auch dann, wenn es um ein so wichtiges Thema wie den Klimaschutz und – dahinterstehend – letztlich um das Überleben der gesamten Menschheit geht, wird auch durch ein Klimastrafrecht und seine Sanktionen ggf. sogar massiv in Grundrechte eingegriffen. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an ein verhältnismäßiges und dem Ultima-Ratio-Gebot verpflichtetes Strafrecht sind daher zu beachten. Freilich kann bei dieser Beurteilung die überragende Bedeutung des Klimaschutzes und die sich zuspitzende Gefährdungslage, und somit die Notwendigkeit, zeitnah und effektiv tätig zu werden, nicht ausgeblendet werden. Zudem enthält die hier angedachte Konzeption mit dem weiten Begriff der Strafe und v.a. auch mit der Überlegung, am Klimaschutz orientierte „smart sanctions“ einzuführen, Stellmechanismen, die ein rechtsstaatliche Anpassung an die jeweilige Schwere des Verstoßes durchaus ermöglicht. Die Aussage, Strafrecht sei für den Klimaschutz ein generell ungeeignetes Mittel, erscheinen vor diesem Hintergrund jedenfalls viel zu pauschal und – auch unter Zugrundelegung hoher rechtsstaatlicher Anforderungen – in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Im Gegenteil: Es gilt vielmehr, jetzt die Koordinaten eines Klimastrafrechts jetzt auszuloten.

G. Fazit

In diesem Beitrag konnten nur einige Perspektiven eines ebenso neuen wie spannenden Forschungsgebiets, das die Grenzen des Strafrechts (im engeren Sinn) weit hinter sich lässt, angerissen werden. Noch viel gäbe es anzumerken – zahlreiche Punkte bedürfen künftig noch einer deutlich tiefergehenden, auch naturwissenschaftlich stärker unterfütterten Analyse.

Einen weiteren Aspekt, auf den ich an dieser Stelle leider nicht in gebotener Ausführlichkeit eingehen kann, will ich abschließend jedoch noch kurz anreißen, da er aus meiner Sicht – gerade rechtspolitisch – sehr wichtig erscheint und verdeutlicht, welche grundlegenden politischen Konflikte sich im Rahmen klimastrafrechtlicher Regelungen auftun können: Liegt der Taterfolg treibhausgasemittierenden Tatverhaltens

36 WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (Anm. 13), Rdn. 15; KUDLICH, in: SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (Anm. 17) *Vor § 13* Rdn. 5.

37 KASPAR, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2019, § 2 Rdn. 26 ff.

nämlich – wie eben dargelegt – bereits in der Erhöhung der (gemittelten) Treibhausgaskonzentration in der Erdatmosphäre selbst, so tritt dieser Erfolg – da die Atmosphäre den Luftraum aller Staaten umfasst – notwendig auf dem Territorium aller Staaten gleichermaßen ein. Kann ein Staat aber auf das völkerrechtlich anerkannte Territorialitätsprinzip³⁸ als Grundlage seines Strafanwendungsrechts verweisen, so fällt es jedenfalls schwer, in der Anwendung seines Klimastrafrechts auf *jedwede Treibhausgasemission, egal wo die emittierende Handlung stattfindet*, einen Verstoß gegen Völkerrecht zu sehen. Eine Berufung auf das Weltrechtsprinzip³⁹, welches völkerrechtlich nur in engen Grenzen bezüglich weniger die Staatengemeinschaft insgesamt betreffender Straftaten (z.B. im Völkerstrafrecht) anerkannt ist, ist deshalb gar nicht erforderlich.

Die Anwendung des nationalen Klimastrafrechts eines Staates auf ein treibhausgasemittierendes Verhalten von Staatsangehörigen eines anderen (u.U. weit entfernt liegenden) Staates kann aber zu Souveränitätsfraktionen und erheblichen politischen Verwerfungen führen, die auch die Klimagerechtigkeit in Frage stellen: Denn seit dem Beginn der Industrialisierung basiert der wirtschaftliche Fortschritt und die Erhöhung der Lebensqualität der sich entwickelnden Nationen auf der Emission von Treibhausgasen, ohne dass deren nachhaltige schädliche Wirkung für Mensch und Umwelt bekannt war. Da diese Emissionen mit einer Vielzahl alltäglicher Handlungen verbunden sind – man denke nur an das Heizen oder den Individualverkehr – erscheint die Souveränität desjenigen Staates, dessen Bürger hierfür nach dem Recht eines anderen Staates zur Verantwortung gezogen werden soll, „beeinträchtigt“. Es würde – gerade im Verhältnis von Industrie- zu Entwicklungsstaaten – sogar ausgeblendet, dass erstere seit Beginn der Industrialisierung für den größten Teil der den Klimawandel bedingenden Erhöhung des Anteils von Treibhausgasen in der Atmosphäre verantwortlich waren.⁴⁰ Immer noch haben die Entwicklungsländer insoweit einen teils großen

38 SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (Anm. 31), § 4 Rdn. 6 f.

39 SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (Anm. 31), § 4 Rdn. 13 ff.

40 IPCC, 2013: *Summary for Policymakers*, In: *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [STOCKER et AL. (Edd.)]. So treffen z.B. USA und EU im Vergleich zu China eine doppelt so große Verantwortung für die heutige Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre; siehe HICKEL, *The Lancet Planetary Health*, Vol. 4 (9), 2020, S. 399.

Nachholbedarf, um ihren Lebensstandard dem der Industriestaaten anzunähern und anzugleichen.⁴¹ Die Anwendung eines Klimastrafrechts auf Emittenten, deren Handlungsort außerhalb des bestrafungswilligen Staates liegt, würde insbesondere den Prozess der Industrialisierung von Entwicklungs- und Schwellenländern treffen und ggf. sogar unterbinden. Der Vorwurf einer Neo-Kolonialisierung in Richtung bereits entwickelter Staaten wäre dann durchaus naheliegend.

Ganz offensichtlich ist der Versuch, ein Klimastrafrecht zu konzipieren nicht nur eine dogmatische Herausforderung. Man stößt vielmehr auch auf einen bislang gänzlich ungelösten Konflikt zwischen globalem und völkerrechtlich verpflichtenden Klimaschutz, den Rechten der Einzelnen, nationaler Souveränität und der Durchsetzung von Klimagerechtigkeit. Es ist höchste Zeit, dass sich die (Straf-) Rechtswissenschaft mit diesen im wahrsten Sinne des Wortes lebenswichtigen Fragen auseinandersetzt. Gerade wir Strafrechtler müssen uns Gedanken über die Ausgestaltung eines künftigen Klimastrafrechts machen – das ist unser Beitrag zur Sicherung des Überlebens der Menschheit auf unserem Planeten.

⁴¹ Siehe zum «Prinzip gemeinsamer, aber unterschiedlicher Verantwortlichkeiten» Art. 2 Abs. 2 des Übereinkommens von Paris.

FONDAMENTO E LIMITI DELL'IDEA DI SCOPO PER LA SCIENZA INTEGRATA DEL DIRITTO PENALE

Francesco Schiaffo

0. Idea preventiva e idea dello 'scopo' nel diritto penale

Data la fondamentale alternativa tra retribuzione e prevenzione nella teoria della pena magistralmente rappresentata in Italia già negli anni Ottanta¹, l'insostenibilità ormai acquisita della retribuzione nell'ambito di un sistema penale razionale² ha determinato una adesione ormai unanime all'idea preventiva che «*investe il sistema penale pressoché in ogni sua parte, dove più dove meno ne orienta le strutture in conformità alle mete che intende perseguire, ne corregge i meccanismi in relazione ai 'nuovi' criteri di funzionalità ed efficienza*»³.

Non avrebbe potuto essere altrimenti, date le opzioni costituzionali sulle funzioni della pena, esplicitate all'art.27 co.3 e coerenti con altre disposizioni fondamentali⁴ nonché la relativa vincolatività⁵: diventa necessità giuridica nel momento in cui, all'art.54, la Costituzione pone a carico di tutti - privati cittadini o rappresentanti di pubblici poteri - il dovere di fe-

1 Per tutti L. MONACO, *Prospettive dell'idea dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 3.

2 S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, 1992, 85.

3 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., 11.

4 S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit.

5 L'interpretazione teleologicamente orientata ai principi costituzionali è una necessità giuridica nel momento in cui, all'art. 54, la Costituzione pone a carico di tutti - privati cittadini o rappresentanti di pubblici poteri - il dovere di fedeltà alle leggi che nella loro legittimità costituzionale trova il suo limite (S. MOCCIA, *Ordine pubblico [disposizioni a tutela dell']*, in «EGT» [1990], XXII, 5; Id., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 95 ss.; Id., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* [1995], ESI, II ed., 1997, 237 ss.) e che, in ambito giurisdizionale, esso diventa il principio della sottoposizione del giudice alla legge costituzionalmente legittima di cui al combinato disposto tra gli artt. 101 co. 2 e 134 Cost. (G. RICCIO, *Responsabilità penale*, in «EGT» [1991], XXVII, 3): sul punto sia consentito il rinvio a F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, ESI, 2012, 25.

deltà alle leggi che nella loro legittimità costituzionale trova il suo limite⁶. Nell'ambito giurisdizionale che notoriamente esaurisce quello di applicabilità del diritto penale, esso diventa il principio della sottoposizione del giudice alla legge costituzionalmente legittima (artt.101 co.2 e 134)⁷.

Diversamente «fenomeni quali: andamento dei tassi della criminalità, allarme sociale, problemi della risocializzazione, bisogni collettivi di sicurezza, cifra oscura, e così via dicendo, sono necessariamente estranei all'orizzonte speculativo della pena retributiva: a più forte ragione restano fuori della sua dinamica applicativa»⁸.

In una stagione non molto lontana nella storia della scienza penalistica era esattamente così.

1. Il fondamento del sistema penale impermeabile all'idea di scopo: il tecnicismo giuridico

«*Il diritto penale è l'insormontabile limite della politica criminale*»: è la nota affermazione di Franz von Liszt che, nello stesso contributo, segue immediatamente l'immagine, altrettanto nota, del codice penale come «*magna charta del delinquente*»⁹.

Ne risulta evidente la configurazione del rapporto tra diritto penale e politica criminale in termini non molto diversi da quelli che avrebbe tracciato Arturo Rocco nella prolusione sassarese del 1910, quando precisava la sua proposta di una «*distinzione*», definendola in esplicita alternativa - e, quindi, in contrapposizione - ad una «*separazione*»¹⁰;

6 S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, cit., 5; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 95 ss.; ID., *La perenne emergenza*, cit., 237 ss.

7 Cfr. G. RICCIO, *Responsabilità penale*, in «EGT» (1991), 3.

8 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., 6; efficacemente affermava che «*nel diritto penale il dogma della retribuzione può rendere superflua l'intera criminologia*» P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, 1973, 27.

9 F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, J. Guttentag, 1905, vol. II, 75 ss., 80.

10 In uno dei brani più rappresentativi della sua Prolusione sassarese, Rocco sintetizza in questi termini la soluzione per lo «*stato generale di incertezza della scienza nostra*» precedentemente descritto: «*Tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto [...] positivo vigente, il solo che l'esperienza ci addita e il solo che possa formare l'oggetto di una scienza giuridica, quale la scienza del diritto penale è, e quale [...] deve e vuol rimanere. Nel tempo stesso accentuare sempre più la distinzione,*

anche l'idea di «*limite*», infatti, esclude implicitamente ma chiaramente quella di una «*separazione*» in quanto allontanamento reciproco dei due ambiti disciplinari.

Resta, in ogni caso, al di fuori di ogni dubbio che secondo von Liszt, nella prospettiva *de lege lata* a cui egli evidentemente si riferisce, il diritto penale non va assolutamente confuso con la politica criminale.

Non può sorprendere, dunque, la considerazione di von Liszt proposta da Arturo Rocco come uno dei Maestri del tecnicismo giuridico: «*il Liszt (i cui contributi agli studi di psicologia, di sociologia e di politica criminale lo fanno certamente non sospetto di ignoranza o trascuranza di queste scienze) è tuttavia tra gli scrittori recenti, uno dei più caldi fautori del tecnicismo giuridico nel diritto penale e uno dei più strenui difensori della separazione della scienza del diritto penale (intesa come scienza pratica del diritto penale positivo vigente), dalla politica criminale, e quindi, dalla sociologia, dalla antropologia e dalla psicologia criminale*»¹¹.

Ad una considerazione più attenta, però, risulta evidente che, qui, Rocco, riferendosi a von Liszt, rappresenta il rapporto tra scienza del diritto penale e politica criminale usando termini diversi e, a momenti, persino contraddittori rispetto a quelli precedentemente proposti.

In particolare emerge evidente una contraddizione nelle sue parole laddove, da un lato, la distanza tra diritto penale e politica criminale sembra aumentare trasformandosi dalla «*distinzione*», precedentemente affermata, in una «*separazione*» che prima, invece, era stata esplicitamente negata.

D'altra parte, inoltre, si afferma che «*nulla impedisce*» ad «*uno dei più caldi fautori del tecnicismo giuridico [...] di riunire la scienza del diritto penale e la politica criminale sotto il comune denominatore di "universa scienza del diritto penale" (gesamte Strafrechtswissenschaft)*»¹².

non dico già la separazione, della scienza giuridica penale, dalla antropologia, dalla psicologia, dalla sociologia ed anche dalla filosofia del diritto e dalla politica criminale, arte o scienza che sia»: Art. Rocco, Il problema e il metodo della scienza del diritto penale (1910), in Id., Opere giuridiche, vol. III, Società Editrice del Foro Italiano, 1933, 263 ss., 274 ss. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

¹¹ Art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 278 nota 4 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

¹² Art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 278 nota

Evidentemente il riferimento è al *Marburger Programm* del 1882, ulteriormente elaborato e precisato nella successiva produzione scientifica di Franz von Liszt fino alla prolusione berlinese del 1899, dove sono chiaramente definiti i compiti fondamentali della *gesamte Strafrechtswissenschaft*¹³.

In sintesi, essi risultano schematicamente così definiti:

«I. Come compito pedagogico di formazione dei criminalisti pratici:

- 1) attraverso l'insegnamento logico-giuridico in diritto e procedura penale (“scienza giuridico-penale in senso stretto”)
- 2) attraverso l'istruzione tecnico-pratica nell'accertamento del fatto (“criminalistica”)

II. Come compito scientifico la spiegazione causale:

- 1) del delitto (“criminologia”)
- 2) della pena (“penologia”)

III. Come compito politico lo sviluppo della legislazione nel senso di una consapevole lotta al delitto, in particolare anche, ma non esclusivamente, attraverso la pena e le norme ad essa collegate (“politica criminale”)¹⁴.

In esplicito riferimento alla politica criminale, nella stessa prolusione berlinese von Liszt aveva precedentemente affermato che «anche questo compito non è nuovo. I sostenitori della scienza del diritto penale non si sono mai spaventati ad utilizzare la parola per biasimare il diritto vigente, chiedere la sua riforma, elaborare, criticare e migliorare progetti di legge»¹⁵.

La sua funzione, dunque, è limitata alla critica ed alla riforma della legislazione penale, ovvero in una prospettiva rigorosamente circoscritta

4 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.). Per una considerazione del pensiero di Arturo Rocco adeguata alla sua reale complessità e ben diversa dalla immagine consolidata del tecnicismo giuridico cfr., per tutti, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 6 ss.

13 F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft* (1899), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., 284 ss.

14 F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, cit., 296.

15 F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, cit., 294.

a valutazioni *de lege ferenda*: in prospettiva *de lege lata*, il diritto penale resta, dunque, l'«*insormontabile limite della politica criminale*» e nessuna integrazione è prevista tra le due discipline.

2. L'idea di scopo nel sistema penale: i postulati metodologici dell'integrazione *de lege lata* tra diritto penale e politica criminale.

Una integrazione *de lege lata* tra diritto penale e politica criminale sarà proposta, invece, nel 1970 con il *Berliner Programm* di Claus Roxin.

In questa prospettiva si tratta, evidentemente, di lavorare con il diritto positivo vigente e diventano, pertanto, prioritario il problema esegetico e decisivo il ruolo dell'interprete.

Come Arturo Rocco, anche Roxin si preoccupa di radicare la sua proposta nella evoluzione storica del proprio ambito di ricerca: «*La metodologia del neokantismo assiologicamente orientata, che negli anni Venti ebbe il predominio scientifico, avrebbe potuto condurre, dal punto di vista normativo, ad una "immagine del sistema penale" del tutto nuova, se avesse scelto delle direttive di politica criminale come criterio cui informare tutte le formulazioni dommatiche. Ma da queste basi non è mai scaturito un sistema capace di sostituire la costruzione logico-formale della tradizionale teoria del reato. Il suo sviluppo ha portato soltanto a [...] risultati parziali in cui, tuttavia, «risiedono importanti principi che permettono l'introduzione di finalità politico-criminali nel lavoro dommatico»*¹⁶.

Il riferimento è al metodo per la *teleologische Begriffsbildung*, condiviso e sostenuto dai giuristi tedeschi di ispirazione neokantiana nei primi decenni del XX secolo.

Al tramonto del dominio culturale che aveva trasformato il positivismo scientifico in una «*religione laica*»¹⁷ condivisa in moltissimi ambiti scientifici e culturali, con il «ritorno a Kant» - e, in particolare, alla sua teoria della conoscenza¹⁸ - discipline diverse dalle scienze naturali re-

16 C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, ESI, 1998, 37 ss., 48 ss.

17 La rappresentazione del positivismo scientifico in termini di «religione laica» è riconducibile alla storica rappresentazione di A. SORMANI, *La nuova religione dell'evoluzionismo*, in «Riv. fil. scien.» (1889), 513 ss., 522, 539-540.

18 H. RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis. Einführung in die Transzendental-*

cuperavano autonomi oggetti di indagine e, dunque, autonome funzioni gnoseologiche.

In particolare, era espressamente riconosciuto il ruolo esclusivo delle *Kulturwissenschaften* - o *geschichtliche Kulturwissenschaften* -¹⁹ che, a differenza delle scienze della natura, non procedono per progressive generalizzazioni trascurando e tralasciando, di volta in volta, le peculiarità specifiche del singolo dato reale²⁰, ma selezionano proprio queste ultime secondo i punti di vista – o, meglio, i ‘valori di riferimento’ - delle singole discipline²¹.

È evidente, tuttavia, che non è ad una semplice selezione che Roxin sembra fare riferimento quando afferma che nella «*metodologia del neokantismo assiologicamente orientata [...] risiedono importanti principi che permettono l'introduzione di finalità politico-criminali nel lavoro dommatico*».

La rivoluzione copernicana di Kant riproposta dai neokantiani, infatti, è interpretata nel senso che l'attività di pensiero del soggetto della conoscenza produce o, almeno, rielabora l'oggetto della propria indagine²², trasformandolo ed attribuendogli, sulla base del proprio valore di riferimento, le caratteristiche di forma e figura che, erroneamente, si crede appartengano ad esso già in origine²³.

Risulta allora chiaramente definito il postulato fondamentale della possibilità che, già in una prospettiva *de lege lata*, determinati principi di politica criminale, assunti come *teloi* o valori di riferimento per la elaborazione di concetti giuridici, contribuiscano a configurare, definire e precisare gli oggetti della scienza penalistica.

philosophie (1892), Mohr, VI ed., 1928, 205; E. LASK, *Rechtsphilosophie* (1905), in ID., *Gesammelte Schriften*, vol.I, Mohr, 1923, 275 ss., 308 ss.

19 H. RICKERT, *Kulturwissenschaften und Naturwissenschaften* (1899), Mohr, VI-VII ed., 1926, 7, 51, 78 ss.

20 H. RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften* (1902), Mohr, II ed., 1913, 236 ss.

21 Sulle indicazioni fornite da Rickert per l'individuazione dei valori di riferimento e sulla loro funzione di criteri di valutazione che lo storico rende possibile, ma non opera, cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), Springer, IV ed., 1991, 95 ss.

22 H. RICKERT, *System der Philosophie*, Mohr, 1921, 183; ID., *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, cit., 246.

23 H. RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, cit., 361 ss., 367.

3. La critica al neokantismo di Hans Welzel: l'idea di scopo nelle *sachlogische Strukturen*

Come è noto, nei primi decenni del XX secolo l'ampia adesione della dottrina penalistica tedesca ai postulati neokantiani dell'elaborazione teleologicamente orientata dei concetti giuridici produsse esiti estremamente significativi nella dommatica del reato.

Ma esiti ben più radicali produssero le successive considerazioni critiche di Hans Welzel che proponevano, invece, una diversa opzione metodologica: «Quando si è visto nei profondi motivi metafisici tutt'al più dei resti della metafisica precritica, allora si è limitato il concetto di filosofia - per dirla con Kant (*Kritik der reinen Vernunft*, II ed., p.866) – alla filosofia come “concetto scolastico”, cioè ad “un sistema della conoscenza, la quale viene cercata soltanto come scienza” e si rifiutava espressamente una filosofia come “concetto cosmico”, nel quale “il filosofo non è soltanto un artista della ragione, bensì il legislatore della ragione umana”. Si sostituiva il primato della ragion pratica di Kant con un primato della ragione teoretica, secondo cui “il sistema dei valori comprende completamente la verità nel puro senso di obiettiva validità”. Già in questa posizione “scientista” e nel deciso rifiuto di ogni metafisica appaiono i tratti comuni di kantismo e positivismo»²⁴.

La citazione è tratta da “*Naturalismus und Wertphilosophie*” del 1935, in cui Welzel ricostruisce e critica le fondamentali opzioni gnoseologiche ed epistemologiche dei giuristi di ispirazione neokantiana.

Sebbene si fossero collocati su posizioni esplicitamente definite in alternativa a quelle dei giuristi che avevano aderito al positivismo scientifico, essi, secondo Welzel, ne condividono comunque la fondamentale opzione naturalistica, ovvero lo stesso concetto di realtà²⁵.

Mentre, però, i positivisti lo accettavano come dogma, i neokantiani, sulla base di un ritorno a Kant che a Welzel appare soltanto parziale²⁶, si

24 H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Deutsches-Druck und Verlags-Haus, 1935, 42; le citazioni di Kant proposte da Welzel sono qui riportate dalla traduzione di Colli: I. KANT, *Critica della ragione pura* (1781, II ed. 1787), trad. it. di G. COLLI, Adelphi, 1976, III ed., 2001, 811. L'ultima citazione riportata nel brano di Welzel è, invece, tratta da Bruno Bauch, filosofo neokantiano: B. BAUCH, *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit*, Meiner, 1923, 483 ss., 486.

25 In tal senso anche E. BODENHEIMER, *Phänomenologie und Rechtsquellenlehre*, in *Phänomenologie Rechtsphilosophie Jurisprudenz. Festschrift für Gerhart Husserl*, Klostermann, 1969, 72 ss., 75 ss.

26 H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., 44.

interrogano sui suoi presupposti categoriali (valori), che, tuttavia, non sono considerati immanenti alla realtà, ma “aderiscono” ad essa grazie all’attività di pensiero del soggetto della conoscenza: non si comprende, secondo Welzel, da dove questi valori derivino e in che cosa, esattamente, consista la loro “adesione” al dato ontico²⁷.

Si tratta, d’altra parte, di limiti direttamente deducibili dal sistema elaborato da Rickert laddove, enunciando il principio della *Wertneutralität*, definisce la distanza dei valori dal dato ontico e, dunque, un sistema di valori volutamente aperto²⁸. Sono, infatti, efficacemente ed autorevolmente rappresentative della prospettiva neokantiana le posizioni di Rickert laddove si afferma che «*la filosofia deve determinare tutti i possibili concetti di valore, separarli tra loro e, infine, rappresentare un sistema in cui tutti trovino il loro posto*» e, inoltre, che scegliere i valori non è compito del filosofo che rispetto ad essi deve conservare, invece, un atteggiamento di mera “contemplazione”²⁹.

Anche Welzel – e già nel 1935 - considera Emil Lask tra i massimi e più autorevoli giuristi di ispirazione neokantiana, tanto da assumerlo a riferimento privilegiato delle sue considerazioni critiche.

Le «argomentazioni di Lask offrono certamente una rappresentazione molto approfondita sul fondamentale atteggiamento spirituale della filosofia dei valori riguardo all’essere ontico che, nonostante il richiamo alla svolta copernicana di Kant, è lontanissimo da quella del Kant metafisico. È una posizione che, nel modo più adeguato, si potrebbe qualificare come “scienista”: come naturalismo o psicologismo applicano il superiore concetto del meccanicismo causale o della psicologia in ambiti non meccanici o non psicologici, così lo “scientismo” applica il concetto superiore della scienza sull’ontico. Lo scientismo vede in prima linea i concetti scientifici e non l’ontico. Esso deprava l’ontico ad un continuum eterogeneo e senza valori, togliendo ad esso, e ponendo in un irreal “mondo dei concetti”, l’ordine legale e la distinzione di valore immanente all’essere. Così esso priva la storia e la natura del loro ontico carattere di Esserci e ne fa prodotti di metodologiche elaborazioni concettuali, pezzi di una rappresa ra-

27 H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., 53.

28 Ad una “adesione” aveva fatto esplicito riferimento H. RICKERT, *System der Philosophie*, cit., 113.

29 Cfr. H. RICKERT, *System der Philosophie*, cit., 154 ss., 31 ss.

gione teorica. La filosofia dei valori offre immediatamente la giustificazione per il fondamento della scienza (innanzitutto le scienze della cultura) veteroliberali: la prevalenza del concetto sull'essere ontico»³⁰.

La scienza giuridica che applica il metodo per la elaborazione concettuale teleologicamente orientata proposto dai neokantiani sarebbe, pertanto, lontana dalla realtà e quindi, esposta al rischio di una deriva scientista³¹.

In alternativa Welzel proponeva un metodo di elaborazione concettuale costantemente riferito al dato ontico e reale delle *sachlogische Strukturen*, assunte come vincolo che anche il legislatore subisce³²: la capacità dell'uomo di prevedere e guidare il decorso causale delle proprie azioni - che, per lo stesso Welzel, fu il fondamento del suo concetto finalistico di azione³³ - ne rappresenta solo l'esempio più noto.

Ben oltre le singole implicazioni dogmatiche della metodologia welzeliana - che comunque hanno segnato svolte epocali nella teoria del reato - si è efficacemente sostenuto che il costante riferimento alle *sachlogische Strukturen*, ha consentito a Welzel di prendere «dalla realtà ciò di cui ha bisogno per potere assolvere alla finalità politica che assegna al diritto penale, ma senza inventare ciò che nella realtà non esiste, a differenza del neokantismo»³⁴.

4. Il postulato della utilizzabilità dell'idea di scopo in prospettiva de lege lata: l'ipotesi della prioritaria competenza criminologica del penalista

Ciò nonostante, nel 1970 Claus Roxin riconduce la sua proposta di una integrazione tra diritto penale e politica criminale proprio alla «metodo-

30 H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., 48 ss.

31 Sul punto sia consentito il rinvio a F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, cit., 15 ss., 37 ss.

32 H. WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in *Festschrift für Niedermeyer*, Göttingen 1953, 279 ss., 292 ss.

33 H. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in «ZStW» (1931), 703 ss., 709 ss., 718 ss.; ID., *Studien zum System des Strafrechts*, in «ZStW» (1939), 491 ss., 502 ss.; ID., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Schwartz, 1951, 9.

34 E. R. ZAFFARONI, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in S. MOCCIA (ED.), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, ESI, 2007, 265 ss., 271 ss.

logia del neokantismo assiologicamente orientata, che [...] avrebbe potuto condurre, dal punto di vista normativo, ad una “immagine del sistema penale” del tutto nuova».

Sarebbe rimasta una proposta metodologica politicamente inopportuna, se lo stesso Roxin non ne avesse chiarito immediatamente la condizione fondamentale ed imprescindibile nella “scelta” di «*direttive di politica criminale come criterio cui informare tutte le formulazioni dommatiche*».

Il riferimento alla politica criminale, infatti, radicava nella realtà le elaborazioni concettuali prodotte applicando il metodo teleologicamente orientato dei neokantiani e nella realtà proponeva, per esse, anche precisi riscontri di efficacia.

Risultava escluso, così, qualsiasi fondamento per il principale argomento della critica welzeliana al neokantismo, rappresentato dalla equazione – che, altrimenti, potrebbe anche essere condivisibile - tra teleologismo e scientismo, ovvero tra teleologismo e ruolo assolutamente marginale - se non irrilevante - delle *sachlogische Strukturen*.

Tuttavia, quando afferma che «*separare nettamente la costruzione dommatica dalle giuste scelte di politica criminale non è assolutamente possibile*»³⁵, Roxin non usa parole molto diverse da quelle che già furono di Arturo Rocco nel 1910.

Anche Rocco, infatti, considerando necessaria la «*distinzione [...] della scienza giuridica penale [...] dalla politica criminale*», si preoccupava di escluderne esplicitamente e specificamente la possibilità di una «*separazione*»³⁶.

La diametrale distanza tra le due proposte metodologiche emerge evidente, però, nella ulteriore ed immediatamente successiva precisazione della proposta di Roxin, efficacemente rappresentata laddove si afferma che «*trasformare acquisizioni criminologiche in istanze di politica criminale ed istanze di politica criminale in regole giuridiche de lege lata o ferenda, rappresenta un procedimento i cui singoli stadi sono tanto necessari quanto importanti per la realizzazione del socialmente giusto*»³⁷.

35 C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 76.

36 V. *supra* nota 10.

37 C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 76.

Nelle parole di Roxin è chiaramente affermata la necessità che la considerazione di istanze di politica criminale di derivazione criminologica caratterizzi costantemente il discorso giuridico-penale e che, quindi, la scienza penale ne sia integrata non solo in prospettiva *de lege ferenda* - come già aveva proposto von Liszt -, ma anche nella prospettiva *de lege lata* propria dell'interprete.

Roxin, però, afferma innanzitutto e chiaramente anche la prioritaria e necessaria competenza criminologica del penalista.

Sotto questo profilo, egli sembra anticipare, nel 1970, la posizione assunta in termini ben più risoluti da Baratta quando, nel 1975, esclude che il rapporto tra scienza sociale e discorso giuridico-penale sia «*il rapporto tra due scienze*» e lo assimila, piuttosto, ad «*un rapporto tra scienza e tecnica*»³⁸.

In particolare, riferendosi sostanzialmente alle stesse prospettive *de lege ferenda* e *de lege lata* esplicitamente indicate da Roxin, Baratta definisce lo scopo dell'attività del giurista, che «*finalmente diventerà uno scienziato sociale e sosterrà con la sua scienza la sua opera di tecnico*»: esso consiste nell'«*apprestamento di strumenti legislativi (tecnica legislativa), interpretativi e dogmatici in vista di finalità e di opzioni politico-criminali coscientemente perseguite nell'ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico*», che, innanzitutto, «*deve essere considerato [...] nelle più o meno vaste opzioni politiche consentite nella interpretazione e nella costruzione dogmatica*».

5. La dimensione giuridica di una scienza sociale: l'idea di scopo nella politica criminale dello Stato sociale di diritto

In modo evidente, dunque, Baratta determina e limita secondo criteri evidentemente normativi la rilevanza in sede giuridica dell'idea di scopo e, in particolare, degli obiettivi politico-criminali suggeriti dalla scienza sociale.

³⁸ Testualmente, nel 1975 Baratta affermava che «*al posto del classico modello integrato di scienza penalistica può sorgere solo un nuovo modello, in cui il rapporto tra scienza sociale e discorso dei giuristi non è più il rapporto tra due scienze, ma un rapporto tra scienza e tecnica*»: A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in «*La Questione criminale*» (1975), 7 ss., 55 ss. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

Baratta, infatti, è sufficientemente esplicito quando, attribuendo al giurista il compito di perseguire finalità politico-criminali, definisce i limiti della sua attività entro l'«*ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico*».

Si intravede chiaramente, nelle sue parole, un «*nuovo modello*» di scienza penalistica derivato da un nuovo modello di integrazione tra «*scienza sociale*» e discorso giuridico.

Data la particolare prospettiva del suo contributo, Baratta non dedica ulteriori approfondimenti allo statuto epistemologico della nuova scienza penalistica integrata: ne risulta evidente, però il nodo centrale rappresentato dall'assunto di un «*ambito*» di «*correttezza logico-argomentativa*» e di «*discrezionalità valutativa*».

Cinque anni prima, però, anche Roxin aveva escluso implicitamente una dimensione esclusivamente empirica delle opzioni politico-criminali rilevanti per il giurista, proponendone una integrazione con la «*vincolatività del diritto*».

In particolare, Roxin aveva affermato che «*la vincolatività del diritto ed il finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come stato di diritto e stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica*»³⁹.

Alla stessa «*unità dialettica*», dunque, va ricondotta anche la politica criminale.

Essa, infatti, in quanto «*essenza di quei principi secondo i quali lo Stato deve condurre la lotta contro il delitto, attraverso la pena e le istituzioni ad essa collegate*»⁴⁰, contribuisce chiaramente a definire l'azione politica di «*uno stato pianificatore ed assistenziale*» che, tuttavia, «*senza le conquiste dello stato di diritto che garantiscono la libertà*» non «*può pretendere di essere riconosciuto come stato sociale*»⁴¹.

39 C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 46 ss.

40 F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben* (1889-1992), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., vol. I, 290 ss., 291.

41 C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 46 ss.

Nel pensiero di Roxin, dunque, già nel 1970 era evidente il riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento di uno stato sociale di diritto, per definire e limitare normativamente l'ambito di operatività della politica criminale.

6. L'idea di scopo e il nuovo «insormontabile limite»: la funzione dei divieti costituzionali tra macrofisica della sovranità punitiva e microfisica delle discipline criminologiche

In prospettiva *de lege lata* o *ferenda* diventano essenziali, sotto questo profilo, i divieti che solitamente sono posti a tutela dei diritti dell'uomo nei principi fondamentali dell'ordinamento di uno stato di diritto: l'eventuale efficacia politico-criminale di specifiche soluzioni legislative (in prospettiva *de lege ferenda*) o comunque normative (in prospettiva *de lege lata*), anche se fosse scientificamente ed inequivocabilmente dimostrata, mai potrebbe determinarne la violazione.

Si tratta, in una diversa prospettiva, di limitare - ed evitare, in particolare, che assuma le funzioni del potere sovrano e punitivo dello Stato - un potere che, in alternativa alla «*macrofisica della sovranità*», Foucault definì «*disciplinare*»⁴².

In particolare, nel corso sul potere psichiatrico tenuto presso il Collège de France nell'anno accademico 1973/1974, Foucault offrì anche una rappresentazione storica di quella che, immediatamente dopo, sarebbe diventata la sua esplicita proposta di «*una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione*», sintetizzata, nello stesso testo, nella efficacissima metafora della affermazione della necessità di «*tagliare la testa del re*»⁴³.

⁴² M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)* (2003), Feltrinelli, 2010, 29 ss.

⁴³ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici (1971-1977)*, Einaudi, 1977, 15 ss. Secondo Foucault, si tratta, in particolare, di superare un contesto teorico «*legato all'istituzione della monarchia. Essa si è instaurata nel Medioevo sullo sfondo delle lotte permanenti fra i poteri feudali preesistenti. Si è presentata come arbitro, come potere di far cessare la guerra, di porre termine alle violenze, alle esazioni, di dire "no" alle lotte e alle liti private. Si è resa accettabile dandosi un ruolo giuridico e negativo, che ha beninteso sopravanzato subito. Il sovrano, la legge, l'interdizione tutto ciò ha costituito un sistema di rappresentazioni del potere che è stato in seguito trasmesso dalle teorie del diritto: la teoria politica è rimasta ossessionata dal personaggio del sovrano. Queste teorie pongono tutte ancora il problema della sovranità*» (p.15); in realtà, infatti, «*lo Stato è sovrastruttu-*

Nel corso sul potere psichiatrico Foucault propone, in particolare, la scena dell'internamento di Giorgio III descritta da Pinel nel "Traité médico-philosophique" del 1800, per rappresentare chiaramente il potere sovrano del re «*in preda alla mania*» che soccombe a quello della psichiatria, ovvero per rappresentare «*lo scontro, la sottomissione, la cerniera tra un potere sovrano e un potere disciplinare*»: «*ci troviamo dunque di fronte ad un atto di destituzione, di caduta del re [...] qualcosa di nuovo, di diverso, per esempio, rispetto a quel che potremmo trovare in un dramma shakespeariano. Non abbiamo qui a che fare né con Riccardo III minacciato di cadere sotto il potere di un altro sovrano, né con re Lear che, spogliato della sua regalità, erra per il mondo immerso nella solitudine, nella miseria, nella follia*», ma con «*un potere di genere affatto diverso da quello della sovranità, e che anzi, [...] vi si oppone in tutto e per tutto*» perché «*anonimo, senza nome, senza volto, un potere che risulta suddiviso tra diverse persone e che si manifesta attraverso l'implacabilità di un regolamento che non viene nemmeno formulato*».

Infatti, «*mentre il potere sovrano si manifesta essenzialmente attraverso i simboli della forza sfolgorante dell'individuo che lo detiene, il potere disciplinare è un potere discreto, ripartito*» che «*funziona solo attraverso un reticolo di relazioni, e che diventa visibile solo mediante la docilità e la sottomissione di coloro sui quali, in silenzio, esso si esercita*»⁴⁴.

«*A seguirne le tracce*», Foucault ritrova gli stessi «*dispositivi disciplinari [...] nelle comunità religiose*», «*regolari*» o «*spontanee*», del Medioevo, «*isolotti*» di «*ricerche disciplinari*»⁴⁵, poi applicate nelle «*colonizzazioni*» disciplinari, fino al «*terzo tipo di colonizzazione*», ovvero alla «*colonizzazione interna dei vagabondi, dei mendicanti, dei nomadi, dei delinquenti, delle prostitute e così via che ha dato origine all'intero sistema di internamento*»⁴⁶.

Ad esso sarebbe stato specificamente dedicato "Sorvegliare e punire", pubblicato poco più di un anno dopo il corso al Collège de France sul potere psichiatrico.

rale in rapporto a tutt'una serie di reti di potere che passano attraverso i corpi, la sessualità, la famiglia, gli atteggiamenti, i saperi, le tecniche, ecc., e questi rapporti sono in una relazione di condizionante-condizionato nei confronti di una specie di metapotere che è strutturato per l'essenziale intorno ad un certo numero di grandi funzioni d'interdizione» (p. 16).

44 M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 30-32.

45 M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 68-70.

46 M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 75.

Nelle pagine conclusive del lavoro, Foucault, riferendosi ai «giudici», afferma che «il loro immenso “appetito di medicina” che si manifesta incessantemente - dall'appello agli esperti psichiatri fino all'attenzione alle chiacchiere della criminologia – esprime il fatto più importante: il potere che essi esercitano è stato “snaturato”»⁴⁷.

La valutazione, evidentemente critica, posta in termini di «chiacchiere» è riferita da Foucault alla criminologia che si afferma «nel secolo XIX» quando l'«“uomo”, scoperto nel criminale» in occasione della «protesta contro i supplizi» che «troviamo ovunque, nella seconda metà del secolo XVIII», diventa «il bersaglio dell'intervento penale, l'oggetto ch'esso pretende di correggere e di trasformare, il campo di tutta una serie di scienze pratiche e specifiche – “penitenziarie”, “criminologiche”»⁴⁸.

Sulla premessa, assolutamente condivisibile, della «protesta contro i supplizi», ad essa, dunque, è stato attribuito un potere «“snaturato”».

Rischierebbero, tuttavia, di avere un esito del tutto analogo l'integrazione del «discorso dei giuristi» con una «scienza sociale» che, contrariamente a quanto proponeva Alessandro Baratta, non sia limitata entro l'«ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico», o il «finalismo della politica criminale» senza la «vincolatività del diritto», proposti, invece, come «unità dialettica» da Claus Roxin.

7. Per un fondamento costituzionale dell'idea di 'scopo': il compito della scienza giuridica di cercare, trovare e rimuovere ostacoli che limitano «di fatto» libertà, uguaglianza e sviluppo della personalità.

È questa, per esempio, la funzione del divieto di trattamenti sanzionatori inumani e degradanti, affermato all'art.3 CEDU nel 1950, ripreso dall'art.5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e ampiamente condiviso nelle Costituzioni moderne: anche qualora ne fosse prevedibile con certezza pressoché assoluta l'efficacia politico-criminale per la prevenzione di forme, anche particolarissime, gravissime ed eccezionali, di criminalità, essi resterebbe comunque illegittimi.

47 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Einaudi, 1993, 336.

48 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 79 ss.

Più in particolare, nella stessa prospettiva appare esemplare, nell'ordinamento giuridico italiano, il divieto di perizia di cui all'art.220 co.2 c.p.p. che, dopo oltre 50 anni, ha riproposto, pressoché immutata, la analoga disposizione di cui all'art. 314 co.2 del codice di procedura penale del 1930: «*salvo quanto previsto ai fini della esecuzione della pena o della misura di sicurezza*» il divieto di perizia «*per stabilire [...] il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche*» si risolve in una censura del contributo che, nel processo di cognizione, potrebbero fornire scienze ausiliarie evidentemente ritenute ancora non adeguate al necessario rispetto delle esigenze di certezza del sistema penale.

La disposizione è un evidente corollario dell'art.187 c.p.p. che, dedicato all'«oggetto della prova», lo definisce per tre volte in riferimento ai «*fatti*»: i «*fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza*», i «*fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali*», i «*fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato*» (art.187 co.1, 2 e 3 c.p.p.)⁴⁹.

D'altra parte, a sua volta, l'art.187 c.p.p. sembra corollario immediato della disposizione di cui all'art.25 co.2 Cost che, affermando il principio di legalità in materia penale, ripete il riferimento al «*fatto*»⁵⁰ precedentemente usato, nella Costituzione, all'art.3 co.2⁵¹.

Ma forse è proprio nel «*compito della Repubblica*» di cercare, trovare e «*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*» di cui all'art.3 co.2 Cost. il primo fondamento normativo delle «*Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*» e, in genere, di una scienza integrata del diritto.

49 In una analoga prospettiva, sul punto sia consentito il rinvio a F. SCHIAFFO, *Strafrecht zwischen Wissenschaft und Szientismus. Autoritäre Verirrungen und Falsifizierbarkeit in der Strafrechtswissenschaft*, versione rielaborata e ampliata dell'edizione italiana, LIT, 2018, 107 ss.

50 F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in «NssDI», XIX, UTET, 1973, 7 ss., 82 ss.

51 Sul dibattito che, nell'ambito dell'Assemblea costituente, ha determinato i riferimenti a fattualità ed effettività di cui all'art.3 co.2 Cost. cfr., da ultimo, P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), in ID., *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017, 60 ss., 68 ss., secondo cui «il secolo che riscopre la fattualità del diritto ha nelle sessioni della Prima Sottocommissione (ma si può tranquillamente estendere a conclusione alla intera Assemblea) dei riscontri puntualissimi» (p. 69, il corsivo è dell'A.).

UNA «CAMBIALE IN BIANCO ALLA POLITICA CRIMINALE DI 'SCOPO'»? IL FINANZIAMENTO 'AUTONOMO' DEL TERRORISMO 'ALLA LUCE DEI PRINCIPI'

Nicola Selvaggi

1. Premessa e oggetto dell'indagine.

Il titolo di questo contributo è tratto dalla densa e ancora attualissima analisi che Lucio Monaco svolge, nel suo fondamentale libro sulle prospettive dell'idea dello 'scopo', di quel procedere 'senza razionalità' tipico di alcune espressioni della politica criminale: si tratti di delinquenza comune, di criminalità politica o economica, la risposta penale, quando venga ricollegata «ai gradi della reattività sociale a 'stimoli' interni», mostra di fondarsi su di un denominatore che può essere assunto a costante di una strategia di controllo e delle sue tecniche di realizzazione - «inasprimento della reazione punitiva; (...) prevenzione generale mediante intimidazione» - con il suo principale sviluppo sul piano della strutture delle fattispecie penali: la continua tendenza all'arretramento della soglia di rilevanza penale¹.

La diagnosi della vocazione, delle debolezze teoriche e delle pericolosità operative di una politica criminale così orientata conferma naturalmente (ed anzi, se può dirsi così, rafforza) la sua validità anche in relazione alle più recenti tendenze della legislazione penale; e può trovare ulteriori riscontri in quei settori in cui lo 'scopo' è enucleato in termini e prospettive (se possibile) ancora più drastiche, come avviene talvolta nel caso degli indirizzi, formatasi a livello internazionale, di contrasto a gravissimi fenomeni criminali, come il terrorismo.

È da esaminarsi proprio in questa prospettiva – ci sembra - l'introduzione di una fattispecie 'autonoma' di finanziamento, che, in (tendenziale) linea con gli strumenti internazionali elaborati nella materia², punisce

1 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 82 ss.

2 Il reato, com'è noto, è stato introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. a), della l. 28 luglio 2016 n. 153, che ha introdotto norme per il contrasto al terrorismo, nonché per la

la raccolta, l'erogazione o la messa a disposizione di beni o denaro, destinati ad essere utilizzati per il compimento delle condotte con finalità di terrorismo³.

Nel prevedere un trattamento sanzionatorio assai severo, collegato però alla sola destinazione del finanziamento, ma non al suo effettivo utilizzo, la norma incriminatrice contenuta nell'articolo 270 *quinquies*.1. c.p. si presta a letture confortanti, ancora una volta, i timori di chi vede insediarsi in talune politiche legislative di «lotta»⁴ il rischio di deviazioni dai

ratifica e l'esecuzione: a) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; b) della Convenzione internazionale per la soppressione di atti di terrorismo nucleare, fatta a New York il 14 settembre 2005; c) del Protocollo di emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatto a Strasburgo il 15 maggio 2003; d) della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; e) del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Riga il 22 ottobre 2015. Sulle politiche e gli strumenti formati a livello globale ed europeo possono vedersi M. PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, in «RIDPP» (2020), 745 ss.; M. MANNO, *Il contrasto al finanziamento del terrorismo internazionale*, Giappichelli, 2020, 35 ss.; L. MARINI, *Le minacce del terrorismo, la comunità internazionale, le Nazioni Unite*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in «Questione Giustizia» (settembre 2016), 230 ss.; J. PATRONE, *La legislazione dell'Unione europea tra esigenze di armonizzazione e logiche emergenziali*, *ivi*, 283 ss.; S. MANACORDA, *Les conceptions de l'Union européenne en matière de terrorisme*, in H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY (Edd.), *Terrorismes*, CNRS éditions, 2010, 208; rileva il 'ritaglio' del solo finanziamento, quale autonomia fattispecie, nelle convenzioni internazionali G.P. FLETCHER, *I fondamenti filosofico-giuridici della repressione del terrorismo*, in M. DONINI, M. PAPA (Edd.), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Giuffrè, 2007, 365.

3 Per un commento della norma, con l'indicazione degli strumenti internazionali di cui costituisce attuazione, ed in particolare sulla «controversa figura del finanziamento non associativo», M. MANNO, *Il contrasto al finanziamento del terrorismo internazionale*, *cit.*, 111 ss.; A. CAVALIERE, *Art. 270 quinquies. 1*, in T. PADOVANI (Ed.) *Codice penale*, Giuffrè, 2019; S. VITALE, *Le strategie di contrasto al finanziamento del terrorismo alla prova dei diritti dell'individuo*, in V. MILITELLO, A. SPENA (Edd.), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giappichelli, 2018, spec. 330 ss.; V. ARAGONA, *Il contrasto al finanziamento del terrorismo*, in «DPC» (1/2017), 96 ss.

4 M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postbattimentale*, in «Speciale QG» (settembre 2016), 113 ss.; nel senso che il diritto penale di lotta costituisce «una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto», *Id.*, *Integrazione europea e scienza penale*, in «Discrimen» (2020), 15. Si osserva pure come la tradizionale concezione liberale del diritto penale incontra un formidabile punto di crisi «(...) ogniquale volta la potestà punitiva venga messa in opera quale garante della sicurezza, a sua volta intesa come tutrice della libertà. L'idea dello scopo finisce così per essere messa a disposizione delle necessità di tutela (...)»: G. MAR-

principi. Rischio che, in effetti, tende ad essere particolarmente insidioso in specie quando dette politiche si traducono in una meccanica trasposizione dei vincoli convenzionali⁵; in questi casi, il sistema interno “paga il costo” di un impianto realizzato dal legislatore con uno sguardo talvolta ‘epidermico’, senza valorizzare (e far emergere) eventuali (e magari più razionali) adempimenti dello specifico obbligo internazionale già presenti e, ove si confermi invece l’esigenza di intervenire, senza garantire i necessari adattamenti agli indirizzi complessivi del sistema⁶.

Nell’ipotesi in esame, stando almeno alla cornice edittale, la pena è la stessa di quella prevista per le condotte costitutive del reato di associazione o di arruolamento; ed è, invece, più alta di quella minacciata per le ipotesi di organizzazione di trasferimenti e di addestramento ad attività con finalità di terrorismo.

Tuttavia, ad una comminatoria così grave sembra corrispondere una svalutazione degli elementi costitutivi del fatto, poiché la previsione

RA, *Extrema ratio e ordini sociali spontanei*, Giappichelli, 2018, 58.

5 Sui profili critici sollevati in particolare dalla rilevanza penale delle forme di partecipazione e di supporto al terrorismo, si cfr. V. MILITELLO, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive e limiti*, in «DPC» (1/2017), 9; L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, *ivi*, 249 ss. In generale, sul tema, la letteratura ‘critica’ è molto estesa: senza pretesa di completezza (e limitandosi alla letteratura italiana, cui si rinvia anche per l’analisi dei paradigmi elaborati da Jakobs), possono vedersi, senza pretesa di completezza, A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. WENIN, L. FORNASARI (Edd.), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Editoriale scientifica, 2017, 13 ss., 33 ss. (ID., *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in «DPC» [2/2015], 227 ss.); F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, CEDAM, 2016, spec. 147 ss.; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, ESI, 2013, 117 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, 2008, spec. 23 ss., 58 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in «CP» (2006), 735 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «RIDPP» (2006), 648 ss.; inoltre, F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in «RIDPP» (2020), 701 ss.

6 Si cfr., con riferimento alla disciplina della prescrizione introdotta dalla legge n. 3/2019, per l’esame dei termini in cui si formano, e si evolvono, oltre il contenuto essenziale dell’impegno convenzionale, gli indirizzi della Comunità degli Stati nella specifica materia e per un *caveat* sui rischi di meccaniche rincorse del favore internazionale, senza valorizzare pienamente le valutazioni degli organi chiamati a verificare, secondo il criterio della ‘revisione tra pari’, l’allineamento degli Stati agli obblighi assunti con la firma delle convenzioni, R. PICCIRILLO, *Il cold case della prescrizione*, in G. FIDELBO (Ed.).

pare ammettere la rilevanza almeno teorica di ipotesi dal dubbio contributo effettivo alla lesione che dovrebbe integrare l'illecito (ad esempio, modeste elargizioni di denaro); ed in ogni caso mostrerebbe di favorire l'idea che la norma incriminatrice possa estendere il suo raggio di azione per una spiccata tendenza all'anticipazione 'spinta' della soglia di punibilità (sino a ricomprendere anche atti meramente preparatori; ovvero – il che, com'è noto, secondo alcune tradizionali ricostruzioni sarebbe in definitiva lo stesso⁷ - a dare rilevanza ad accordi criminosi cui non segua la commissione del reato)⁸.

Perplessità, quindi, possono nutrirsi sugli equilibri complessivi (e costituzionalmente imposti) tra giudizi di disvalore, perché, proprio a cagione del ridimensionamento subito dalla dimensione oggettiva, finisce con l'essere enfatizzata la 'finalità di terrorismo', in capo al singolo agente, che dovrebbe supportare la condotta di finanziamento; e non è dunque da escludersi un possibile scivolamento dal polo del fatto a quello dell'autore con l'esito, ampiamente tematizzato dalla letteratura, sia pure con prevalente specifico riferimento ad altre ipotesi di reato di terrorismo, di agganciare la pena al paradigma dell' 'autore' e dell' 'infedeltà'⁹.

Scopo del presente scritto è dunque quello di evidenziare, oltre i semplici 'sospetti', i termini precisi in cui la scelta legislativa in materia di

⁷ Si richiama ovviamente la tesi di B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, CEDAM, 1955, 75 ss.

⁸ Sulla tensione con i principi provocata dall'autonoma incriminazione di condotte preparatorie e collaterali, può leggersi M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza*, in «Questione giustizia» (2016), cit., 105 ss.; A. BONDI, *Un pericoloso terrorista*, in «StUrb» (2014), 385 ss.; con riferimento all'autonoma fattispecie di finanziamento del terrorismo i punti di maggiore tensione sono scolpiti da chi osserva criticamente da un lato il taglio casistico della formulazione, che in parte – ci sembra di poter dire - si deve proprio alla tendenza a trasferire il *wording* internazionale nel tessuto linguistico della legislazione interna, dall'altro, ed in ogni caso, alla radicale anticipazione della soglia di punibilità: «Mettere a disposizioni fondi è una sorta di promessa criminosa, che pure si ferma allo stadio del mero accordo; raccogliere fondi, con il proposito di "metterli a disposizione" successivamente, ovvero di "destinarli", come recita l'articolo in commento, ad atti di terrorismo, è un atto preparatorio di un accordo criminoso»: così A. CAVALIERE, *Art. 270 quinquies. 1*, cit., 1814.

⁹ Sui pericoli connessi alla valorizzazione della 'sicurezza' come criterio di selezione dei fatti di rilievo penale, 'eco prossima' dell'idea di 'obbedienza come tale', F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in «Questione Giustizia» (2006), 673.

finanziamento del terrorismo può rivelarsi come effettivamente tesa a respingere taluni fondamentali orientamenti del sistema penale.

In questa prospettiva, l'indagine punta a sollecitare una verifica sia dal punto di vista dei criteri fondamentali di governo della struttura (anzi tutto) costituzionalmente compatibile del reato (in particolare, materialità e offensività); sia sul piano del principio di proporzione, inteso quale canone di 'ragionevolezza' del rapporto tra l'intreccio dei disvalori interno ed esterno al singolo illecito e la cornice di pena individuata dal legislatore¹⁰.

2. Il finanziamento tra reato associativo e concorso nella condotta con finalità di terrorismo

Prima dell'intervento recato dalla legge del 2016, il legislatore articolava un ventaglio di ipotesi con possibili sfaccettature e/o diversificazioni dei giudizi di disvalore corrispondenti (e del trattamento sanzionatorio conseguente), incentrato sulla scelta di inquadrare il 'finanziamento' nell'ambito del reato associativo; mentre oggi il sistema sembra 'polarizzato' sulla norma incriminatrice di più recente 'conio', senza tuttavia che vengano meno le altre ipotesi di reato plurisoggettivo necessario o eventuale e quelle ulteriori che nel tempo si sono aggiunte (si cfr., secondo quanto si dirà più avanti, la previsione del reato di organizzazione di viaggi con finalità di terrorismo)¹¹.

L'impostazione prescelta dal legislatore prima dell'inserimento del 'nuovo' articolo 270 *quinquies*.1., sebbene non del tutto priva di criticità, sembrava dunque esprimere un indirizzo di fondamentale coerenza delle incriminazioni con i principi generali del nostro ordinamento o, almeno, voler realizzare l'esigenza di evitare, o comunque contenere fortemente, i potenziali effetti discendenti dal distacco dalla fattispecie associativa (comunque già rappresentativa di un'anticipazione della tutela), patrocinato dagli strumenti internazionali, oltre che – ancor prima – dal modello del concorso nel reato di terrorismo, specialmente nella prospettiva delle conseguenti significative svalutazioni dell'offesa.

10 Nel senso dunque evidenziato da F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE, S. LANDINI (Edd.), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni. Famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Universitas Studiorum, 2017, spec. 319 ss.

11 Sia consentito il rinvio a N. SELVAGGI, *Brevi note sul finanziamento del terrorismo*, in «RTDPE» (1-2/2012), 223 ss.

In questo contesto, fissando l'ordinamento la nozione di finanziamento del terrorismo agli effetti diversi dalla legge penale, il rilievo penale della figura, pur nel necessario rispetto delle logiche di coordinamento tra settori del sistema¹², doveva emergere essenzialmente in relazione alla fattispecie dell'art. 270-bis co.1, nel quale il finanziamento medesimo era unicamente inquadrato.

Muovendo di qui, ulteriori e significativi sviluppi interpretativi – ad avviso di chi scrive – potevano guadagnarsi valorizzando i risultati delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in materia di reato associativo, perché il finanziamento avrebbe dovuto esser ricostruito badando a farne risaltare la relazione con l'evento concreto del reato, da individuarsi, salvo le appropriate precisazioni, nella costituzione, nella conservazione o nello sviluppo dell'associazione finalizzata al reato¹³. Con la conclusione, abbastanza inevitabile, secondo la quale a rilevare, almeno nei termini indicati dall'art. 270-bis co.1, sarebbe stata la (sola) condotta di impiantare e tenere in vita le fonti alle quali l'associazione attinge in via principale¹⁴; sembrando altrimenti non ragionevole l'equiparazione sanzionatoria con il fatto di chi dirigendo, costituendo, promuovendo ovvero organizzando tiene le altre condotte di livello apicale¹⁵.

In questa prospettiva, un limite anche quantitativo, quale riflesso di una differenziazione anzitutto 'qualitativa', avrebbe poi consentito (e consentirebbe tuttora) di distinguere il finanziamento quale condotta di vertice, secondo dunque la configurazione che si è ritenuto di ricostruire, dalla mera partecipazione che si concreti anche (o soltanto) nella elargizione di quote, munita del corrispondente atteggiamento psicologico e, soprattutto, della necessaria *affectio societatis*¹⁶.

12 Sulla utilizzabilità della definizione di 'finanziamento del terrorismo', dettata dall'articolo 1 del d.lgs. 109/2007, può vedersi M. PELISSERO, *I reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in F. PALAZZO, C. PALIERO, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2010, 192.

13 Con riguardo in particolare al terrorismo di matrice islamica si veda, per i più recenti indirizzi giurisprudenziali, tra le altre, Cass. pen. sez. V, 13/07/2017, n. 50189; CP sez. V, 08/10/2015, n. 265.

14 Per una conferma nella casistica giurisprudenziale, Trib. Bari, Sez. Riesame, 3 giugno 2009, in *giurisprudenzabarese.it* (2009).

15 Volendo, N. SELVAGGI, *Brevi note sul finanziamento del terrorismo*, cit., 223 ss.

16 Sulla configurabilità della partecipazione al reato di cui all'art. 270 bis, con riferimento alle strutture organizzative c.d. "cellulari" o "a rete", anche nel caso di un sodalizio che assicuri condotte di supporto all'azione terroristica di organizzazioni ri-

Al netto di eventuali applicazioni dello schema del concorso di persone in relazione al reato associativo di cui all'art. 270-*bis*¹⁷ e a prescindere, inoltre, dal caso del finanziamento del singolo attentato terroristico quale episodio polarizzato sul reato-fine, la cui rilevanza sembra dunque dipendere interamente dalle norme sul concorso, l'area del penalmente rilevante pareva in definitiva circoscritta entro i limiti sopra brevemente delineati, con l'inevitabile esclusione di elargizioni magari espressive soltanto di una poco commendevole adesione al terrorismo, che tuttavia resti in definitiva solo 'astratta', o comunque a favore di soggetti non inseriti e operanti all'interno dell'associazione (ad esempio, i c.d. "lupi solitari"). Esiti, questi, che invece non risultano necessariamente scaturire dalla nozione di finanziamento che si è affermata a livello internazionale; né, ad esempio, dalle fattispecie 'autonome' di finanziamento previste dal codice penale francese o

conosciute ed operanti come tali, tra le quali possono rientrare attività di proselitismo, diffusione di documenti di propaganda, assistenza agli associati ed anche finanziamento, tra le altre, Cass. pen. sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489; Cass. pen., sez. II, 28 novembre 2013, n. 51127; Cass. pen. sez. VI, 12 luglio 2012, n. 46308 (si cfr., inoltre, L. PISTORELLI, *Art. 270 bis*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ (Edd.), *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, 2017, e l'ulteriore giurisprudenza ivi citata). Nel senso che «l'adesione ad un sodalizio operante sul territorio nazionale che sia solo "servente" rispetto all'associazione internazionale, implica la partecipazione anche all'organizzazione internazionale "madre" a condizione che risultino contatti effettivi e reali, non potendosi attribuire di per sé rilevanza, ai fini della configurazione della condotta partecipativa, né a condotte di supporto ad una generica finalità terroristica, quali la preparazione di documenti di identità falsi ovvero la propaganda all'interno di luoghi di culto, né a quelle relative ad una generica messa a disposizione "unilaterale"», Cass. pen. sez. VI, 12/06/2018, n.51218 (e inoltre, Cass. pen. sez. VI, 23/02/2018, n. 40348; Cass. pen. sez. VI, 19/12/2017, n. 14503).

17 Sul punto, si veda Cass. SU, 12 luglio 2005, n. 33748, in «CP» (2005), 3732 (con nota di G. BORRELLI) e le argomentazioni a sostegno della configurabilità del concorso esterno nel delitto associativo ivi illustrate: «neppure un'ampia e diffusa frammentazione legislativa in autonome e tipiche fattispecie criminose dei vari casi di contiguità mafiosa (com'è avvenuto, ad esempio, sul terreno del distinto fenomeno terroristico, mediante l'introduzione delle nuove figure del "finanziamento" di associazioni con finalità di terrorismo - art. 270 bis c.p., comma 1, inserito dal D.L. n. 374 del 2001, art. 1, comma 1, convertito in L. n. 438 del 2001 - ovvero dell' "arruolamento" e "addestramento" di persone per il compimento di attività con finalità di terrorismo anche internazionale - artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* c.p., inserito dal D.L. n. 144 del 2005, art. 15, comma 1, convertito in L. n. 155 del 2005) sarebbe comunque in grado di paralizzare l'espansione operativa della clausola generale di estensione della responsabilità per i contributi atipici ed esterni diversi da quelli analiticamente elencati, secondo il modello dettato dall'art. 110 c.p. sul concorso di persone nel reato, se non introducendosi una disposizione derogatoria escludente l'applicabilità della suddetta clausola per i reati associativi». Nel medesimo senso, pure Cass. pen., Sez. I, 11 ottobre 2006, n. 1072.

dalla legislazione speciale del Regno Unito, pur estremamente diverse tra di loro¹⁸.

In questo senso, almeno prima dei successivi interventi legislativi, la legislazione italiana pareva quindi ancorare il giudizio di rilevanza penalistica, nell'ipotesi di un fenomeno così variegato e al limite sfuggente come quello del finanziamento, a dati oggettivi e, dal punto di vista della *quantité négligeable*, nel complesso apprezzabili.

3. Rilievo dell'atto preparatorio? Una lettura critica delle "nuove" tipologie di finanziamento

I più recenti sviluppi, invece, superando il limite dell'ipotesi associativa (o, per altro verso, del concorso di persone), sembrano contraddire questa logica di contenimento.

Viene introdotta una norma *ad hoc* che incrimina il finanziamento del terrorismo, sganciandolo sia dal reato associativo, sia dal concorso di persone nell'atto terroristico. La punibilità, infatti, è prevista «indipendentemente dall'effettivo utilizzo dei fondi per la commissione delle condotte con finalità di terrorismo». Accanto a tale ipotesi, il 'finanziamento' è considerato pure dall'art. 270 *quater*.1., che punisce anche chi finanzia viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo, qui venendo dunque in rilievo per l'ipotesi di chi supporti con denaro, beni o altra utilità l'organizzazione di trasferimenti per gli scopi sopraindicati¹⁹.

Secondo quanto anticipato, la norma che, nei termini individuati dal legislatore, incrimina il finanziamento 'autonomo' del terrorismo è congegnata in maniera da attrarre anche fatti di gravità inconsistente (almeno dal punto di vista di un corretto e razionalmente fondato giudizio di rilevanza penale) ovvero completamente sganciati dal compimento delle condotte con finalità di terrorismo e comunque inferiore a quelli ipotizzati dalle altre norme che possono includere ipotesi di supporto finanziario; costringendo inoltre – circostanza questa non infrequente

18 N. SELVAGGI, *Brevi note sul finanziamento del terrorismo*, cit., 224-226.

19 Su questa fattispecie, può vedersi la lettura, orientata a valorizzare il principio di offensività, di M. CAPUTO, *Tra viaggi e miraggi: l'impatto sul codice penale delle nuove fattispecie antiterrorismo*, in G. BACCARI, K. LA REGINA, E. MANCUSO (Edd.), *Il nuovo volto della giustizia penale*, CEDAM, 2015, spec. 87 ss.

specialmente nella più recente legislazione penale – entro una cornice edittale molto rigorosa, in ragione specialmente dei ‘minimi’ previsti, fatti anche molto diversi tra loro e dalla gravità, anzitutto oggettiva, estremamente differenziata²⁰.

Muovendo da queste premesse, il *cahier de doléances* – per dir così – si scrive da solo.

Intanto, per chi voglia valorizzare anche i livelli iniziali di una verifica sul rispetto dei limiti di criminalizzazione²¹, val la pena interrogarsi in primo luogo sulla necessità della stessa incriminazione, quando se ne scorga, nel contesto in cui è inserita (che già conferisce rilievo, secondo quanto già visto, alle ipotesi più gravi), l’attitudine a dare risalto anche a modeste elargizioni (o comunque radicalmente svincolate dal compimento di atti di terrorismo): occorre chiedersi, in effetti, se il rischio (complessivo) di accumulo di risorse patrimoniali destinabili (o destinate) al compimento di condotte con finalità di terrorismo (si pensi, ad esempio, rispetto ad alimentazioni sporadiche e, in sé e per sé considerate, sostanzialmente inconsistenti) non sia già sufficientemente amministrato attraverso la fitta congerie di misure previste dalla specifica legislazione di prevenzione²². Quale che sia la risposta più corretta, di certo non scontata, sembra comunque a chi scrive opportuno sottolineare l’esigenza di una più avanzata elaborazione, da parte del legislatore,

20 Sembra evidente a chi scrive la differenza tra l’attività di raccolta che può caratterizzarsi già di per sé per un apprezzabile profilo qualitativo e quantitativo e, ad esempio, l’erogazione o la messa a disposizione quali tipologie che possono invece abbracciare comportamenti estremamente diversi per consistenza e incidenza sulla proiezione offensiva concepita dal legislatore, venendo cioè in rilievo – specie nella prospettiva pratica – forme di partecipazioni ‘collettive’: offerte, rimesse etc.; ovvero, teoricamente, ipotesi che s’inquadrano nell’esercizio di attività professionali, in conseguenza della scelta di aver unito nel medesimo quadro regolamentare e preventivo i fenomeni del finanziamento e del riciclaggio; per i principali profili critici A. CAVALIERE, *Art. 270 quinquies. 1*, cit., 1814 s.

21 N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, spec. 166; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in «DPC» (1/2012), 111 ss.

22 Per un recente riesame, v. M. PALMISANO, *Prevenzione del finanziamento al terrorismo e congelamento dei capitali*, in V. MILITELLO, A. SPENA (Edd.), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, cit., 288 ss.; inoltre, L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova University Press, 2012, 200 ss.; M. SAVINO, *La disciplina italiana della lotta al finanziamento del terrorismo*, in «Giornale diritto amministrativo» (5/2008), 4 ss.

del rilievo (non necessariamente virtuoso, per la verità) che potrebbe assumere la previsione (e l'operatività) di misure preventive nella prospettiva di scelte razionali d'incriminazione²³.

Ciò premesso, occorre però chiedersi se siano praticabili per l'interprete indirizzi utili a valorizzare contenuti compatibili con gli indirizzi generali del sistema; dovendo allora – va da sé - avviare l'indagine a partire dal livello di lesione che, in rapporto al bene giuridico tutelato, il legislatore avrebbe concepito per l'esistenza del reato di finanziamento, per valutare poi progressivamente il peso delle ulteriori e diverse componenti di disvalore.

Si tratta dunque, in questa prospettiva, di approfondire anzi tutto il significato che può discendere dall'aver il legislatore "sganciato" la fattispecie in esame dal reato associativo, assecondando un indirizzo, in effetti, già sperimentato nel sistema specifico di contrasto.

Anche altri aspetti "accessori" del fenomeno terroristico – va ricordato - sono stati traslati entro fattispecie autonome, come nel caso dell'arruolamento (art. 270-*quater*) e dell'addestramento (art. 270-*quinquies*) con finalità di terrorismo; col risultato di differenziare, ad esempio, l'approvvigionamento materiale, che resta agganciato alla struttura del reato associativo, dalle attività tese a raccogliere stabilmente risorse umane, le quali possono assumere rilievo anche «fuori dai casi di cui all'art. 270-*bis*»²⁴.

23 Sui rischi di sovrapposizione e interferenze tra modelli di prevenzione e di repressione penale, con riferimento alla specifica materia e analisi in particolare della funzione svolta dalle misure di prevenzione patrimoniali, M. PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, cit., spec. 759 ss.; in generale, può vedersi, di recente, E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Editoriale Scientifica, 2020, spec. 35 ss.

24 Sul reato di cui all'art. 270-*quinquies* si veda CP Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670, G., in «CP» (2012), 897 ss. (con nota adesiva di A. VALSECCHI) ove si stabilisce, tra l'altro, che, ai fini della configurabilità del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale, la norma citata richiede «(...) un duplice dolo specifico, caratterizzato non solo dalla realizzazione di una condotta in concreto idonea al compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, ma anche dalla presenza della finalità di terrorismo descritta dall'art. 270-*sexies* c.p.». Sui problemi connessi alla interpretazione della finalità di terrorismo, F. VIGANÒ, *La nozione di 'terrorismo' ai sensi del diritto penale*, in F. SALERNO (Ed.), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, CEDAM, 2010, 193 ss.; L. CERQUA, *La nozione di «condotte con finalità di terrorismo» secondo le fonti internazionali*

In relazione a tali fattispecie, ed in particolare nella prospettiva di valutare eventuali ‘impoverimenti’ della struttura propria dell’illecito, in primo luogo dal punto di vista dell’offesa, può essere dunque utile saggiare il rilievo secondo il quale le fattispecie di addestramento e arruolamento rappresenterebbero l’espressione della recente tendenza ad ampliare ulteriormente la sfera delle condotte punibili includendovi anche, a certe condizioni, gli atti preparatori²⁵.

Nel caso del reato di arruolamento, ad esempio, una reale portata offensiva potrebbe essere propriamente ricostruita isolando l’evento nell’inserimento o nel rafforzamento della presenza sul territorio dello Stato di individui o di gruppi concretamente destinati al compimento di atti di violenza o di sabotaggio. In questo senso, la fattispecie in esame, in rapporto al bene giuridico tutelato (ed anche alla luce di alcune caratteristiche specifiche proprie del terrorismo contemporaneo), proietterebbe un’effettiva linea offensiva, apprezzabile almeno al livello del pericolo, da accertarsi (quale che sia la sua tipologia, astratta o concreta) tenendo presente gli sviluppi patrocinati dalla Corte costituzionale sui livelli di offensività in astratto e in concreto²⁶. Un’ipotesi siffatta, ad avviso di chi scrive, non allontanerebbe però del tutto i timori, potendo in essa scorgere un semplice accordo criminoso, in deroga all’articolo 115 c.p., come del resto sembra ritenere talvolta la più recente giurisprudenza²⁷.

e la normativa interna, in S. SEMINARA, C. DE MAGLIE (Edd.) *Terrorismo internazionale e diritto penale*, CEDAM, 2007, 55 ss.; sui rapporti tra gli artt. 270-quater e quinquies e l’art. 270-bis, v. A. SERENI, *I reati contro la personalità dello Stato*, in A. FIORELLA (Ed.), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2012, 490 (n. 84).

25 A. CAVALIERE, *Art. 270 quater*, cit., 1806 ss.

26 Si cfr. per l’analisi di questa giurisprudenza con riguardo ai reati di pericolo in generale, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in E. DOLCINI, C. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci. II Teoria della pena. Teoria del reato*, Giuffrè, 2006, 1413 ss.; di recente, naturalmente, anche per le distinzioni tra elementi rilevanti nella prospettiva della tipicità e della c.d. ‘offensività in concreto’, Cass. SU 19 dicembre 2019 (dep. 16 aprile 2020), n. 12348.

27 In quest’ultimo senso, nella giurisprudenza, può vedersi Cass. pen. sez. I, 09/09/2015, n. 40699, secondo la quale la nozione di ‘arruolamento’ non dovrebbe farsi coincidere con quella desumibile dall’analoga espressione contenuta nell’art. 244 c.p. (che punisce «chi fa arruolamenti o compie altri atti ostili contro uno Stato estero in modo da esporre lo Stato italiano al pericolo di una guerra»), con la conseguenza di escludere che nell’ipotesi prevista dall’art. 270 quater sia necessario l’inquadramento dell’arruolato in una vera e propria struttura di tipo militare, dovendosi invece ritenere, anche alla luce dell’espresso riferimento operato dalla norma incriminatrice alle finalità di terrorismo, che il concetto di “arruolamento” corrisponda a quello di “ingaggio”, inteso come il raggiungimento di un “serio accordo” tra il soggetto che propone il compi-

Quanto alla fattispecie di addestramento, che effettivamente sembra dare risalto ad attività preparatorie di atti con finalità terroristiche, anche internazionali, lo 'sganciamento' dal reato associativo si spiega, nelle intenzioni del legislatore, in virtù dell'indirizzo impresso a detto reato, che è prevalentemente quello di contrastare imprese terroristiche attuabili anche mediante iniziative individuali o comunque senza bisogno di un impiego di risorse e strutture tipiche dell'associazione criminale. Che si tratti, tuttavia, di un'ipotesi realmente tesa a dare rilievo a fatti essenzialmente inoffensivi – e come tali in via generale sprovvisti di rilievo penale – è cosa di cui però potrebbe dubitarsi valorizzando quanto discende da una linea interpretativa che assuma i termini esatti della distinzione tra condotta ed evento, distribuendo quindi propriamente i relativi livelli di disvalore. Da questa visuale, che qui viene proposta solo sinteticamente, emergerebbero, in effetti, spunti selettivi in sintonia con i criteri generali del sistema, quando si assuma quale evento costitutivo del reato l'addestramento - cioè la realizzazione compiuta di figure tecnicamente idonee a compiere attentati - conseguente ad una condotta che si protrae (necessariamente) nel tempo e che, anche in relazione all' 'obiettivo formativo', dovrebbe caratterizzarsi per una precisa e non equivoca direzione²⁸.

mento, in forma organizzata, di più atti di violenza o di sabotaggio, con finalità di terrorismo, ed il soggetto chiamato ad aderire ad una tale proposta; raggiungimento, quello anzidetto, che segna pertanto il momento di consumazione del reato; il che, peraltro, secondo questa stessa giurisprudenza, non escluderebbe neanche la configurabilità del tentativo punibile, ove il proponente, pur ponendo in essere una condotta idonea ed univocamente diretta ad ottenere l'adesione del destinatario, non consegua tale risultato.

28 Si veda, del resto, quanto stabilito da Cass. pen., Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670, cit.: «(...) può aderirsi all'opinione che ravvisa l'addestramento come contrassegnato da una vera e propria interazione tra l'addestratore e l'addestrato, che presupporrebbe (almeno di norma) un contatto diretto tra il primo e il secondo, secondo i caratteri tipici dell'attività militare o paramilitare; addestrare è, dunque, rendere abile alle attività oggetto di addestramento, così da rendere punibile, allorché l'addestramento sia compiuto e la "recluta" sia divenuta un vero e proprio "addestrato", anche quest'ultimo»; di recente la giurisprudenza ha puntualizzato la necessità che il soggetto agente ponga in essere comportamenti significativi sul piano materiale, univocamente diretti alla commissione delle condotte di cui all'art. 270 *sexies* cod. pen., senza limitarsi ad una mera attività di raccolta di dati informativi o a manifestare le proprie scelte ideologiche; al proposito stabilendo l'esigenza che «tale condotta sia accompagnata dall'utilizzo che di questa acquisizione il soggetto abbia fatto per porre in essere comportamenti "univocamente" dimostrativi dalla finalità terroristica di cui all'art. 270 *sexies* c.p. Con la precisazione, peraltro, che nei confronti di chi si addestra in via autonoma, raccogliendo informazioni e istruzioni fornite *in incertam personam* magari sui siti internet, non a caso il legislatore si limita a indicare che il comportamento ispirato dalle istruzioni autonomamente

Nel caso del finanziamento, le prospettive di collocazione nel solco dei principi sembrano tuttavia ancor più difficili.

Va ribadito anzi tutto quanto già osservato in precedenza: letture ‘costituzionalmente conformi’ non sono favorite dalla circostanza che il legislatore, invece di provvedere ad una vera e propria ‘costruzione’ della norma incriminatrice, si sia limitato a ripetere (quasi) pedissequamente il *wording* degli strumenti internazionali.

Certo, nella identificazione dell’evento costitutivo può muoversi dall’assunto che si sia voluto ancorare la soglia di rilevanza ad un’idea di pericolo. Ciò imporrebbe di coltivare, in via interpretativa, una lettura orientata alla concreta e (oggettivamente prevedibile) destinazione del finanziamento alle condotte con finalità di terrorismo, perché il giudice possa così accertare il “contributo” del supporto economico alla intrapresa o allo sviluppo delle condotte medesime, anche alla luce della tipologia e delle specificità di queste ultime.

Si tratterebbe, in altri termini, di valorizzare un concetto pregnante e selettivo di ‘destinazione’, che gli attribuisca anzi tutto un contenuto eminentemente ‘oggettivo’, onde evitare di far risaltare le sole intenzioni dell’agente, e punti inoltre ad evidenziare una sorta di stretta ‘prossimità’, se non temporale, almeno logica e materiale, alla condotta assistita dalla finalità di terrorismo. E va da sé, naturalmente, che uno “sfruttamento” della ‘destinazione’ nel senso appena proposto potrebbe favorire ulteriori filtri anche per quanto riguarda la sfera psicologica rilevante: sebbene il legislatore non autorizzi espressamente l’imputazione al ricorrere soltanto di atteggiamenti psicologici del tipo di quelli riconducibili allo schema, normativo e giurisprudenziale, del dolo diretto, la lettura proposta implicherebbe arricchimenti anche dell’elemento soggettivo, in ossequio al principio del pieno rispecchiamento tra materiale e psicologico.

acquisite sia solo “univocamente” orientato ad atti di terrorismo, senza richiamarne il - di norma, correlato - carattere di “idoneità”: ciò perché in una tale situazione la pericolosità appare *ictu oculi* manifesta e giustifica una ancora più accentuata anticipazione della soglia di rilevanza penale, in ragione della potenziale, enorme diffusività di quel bagaglio di conoscenze messo a disposizione di un numero indeterminato e pressoché infinito di “lupi solitari”, con organizzazioni terroristiche pronte ad ascrivere a sé la riferibilità dei comportamenti violenti posti in essere da soggetti “auto-informati”, rispetto ai quali le organizzazioni medesime non abbiano avuto alcuna occasione di contatto a dispetto della eventuale postuma rivendicazione» (Cass. pen. sez. V, 19/07/2016, n. 6061).

Un'altra strada sarebbe quella di ammettere la rilevanza del finanziamento autonomo soltanto rispetto all'associazione di cui all'art. 270 *bis* c.p., escludendo dunque che la norma incriminatrice possa attivarsi per i casi in cui le attività di supporto economico, nelle diverse forme e scansioni individuate dal legislatore (in realtà, secondo quanto si è osservato, in maniera non troppo razionale), si riferiscano alle eventuali attività di c.d. "lupi solitari"²⁹. Si tratta di un'ipotesi interessante, la quale in definitiva concluderebbe nel senso che il legislatore avrebbe elevato ad autonoma fattispecie un'ipotesi (altrimenti) incasellabile nell'ambito del c.d. concorso esterno (specialmente le note materiali, in questo senso, potrebbero essere valutate alla luce della ormai lunga elaborazione giurisprudenziale sui termini della combinazione tra reato associativo e la norma generale sul concorso di persone) che deve tuttavia confrontarsi con la previsione, all'esordio della disposizione in esame, di una clausola di riserva espressamente riferita all'art. 270 *bis* c.p. (e dunque al reato associativo).

In definitiva è possibile che, specie nella pratica, prospettive "confortanti" del tipo di quelle in precedenza esposte tendano ad evaporare; d'altro canto, il rilievo attribuito alla 'destinazione' indipendentemente dall'utilizzo (in tutto o in parte) delle somme segnala in modo inequivoco l'inclinazione ad un'anticipazione spinta della soglia di punibilità, che rischia rivelarsi 'incontrollabile', escludendo che si sviluppi una verifica in concreto di un'apprezzabile lesione, almeno a livello di pericolo, ed aprendo invece le porte, in definitiva, ad atti preparatori e a semplici accordi criminosi³⁰.

29 Si cfr., anche per l'analisi dei profili critici dell'elemento psicologico, S. VITALE, *Le strategie di contrasto al finanziamento del terrorismo alla prova dei diritti dell'individuo*, in V. MILITELLO, A. SPENA (Edd.), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, cit., 335 ss.

30 In questo senso, del resto, conclude chi ritiene che «(...)», anche di una norma ispirata in senso diametralmente opposto al principio di offensività – e perciò gravemente sospetta di illegittimità costituzionale – è possibile un'interpretazione "adeguata", che richieda una qualche idoneità della condotta: idoneità della raccolta, della messa a disposizione o dell'erogazione al finanziamento del terrorismo. Ma l' "idoneità" non può surrogare la distanza abissale dall'esecuzione, alla quale si assiste in presenza della criminalizzazione di remoti atti preparatori; anzi, è proprio la distanza dall'offesa, che connota tali atti, a rendere artificioso un giudizio di idoneità», A. CAVALIERE, *Art. 270 quater*, cit., 1814; in termini generali ma con conclusioni che ci sembrano estendibili anche all'illecito in esame, A. BONDI, *Un pericoloso terrorista*, cit., 389: «La verità è che la struttura di questi reati si fonda sull'anticipazione della tutela a fronte di un pericolo, in

4. ‘Sproporzioni sanzionatorie’

L’ortopedia ‘conforme ai principi’, se non riesce completamente ad eliminare le “spigolosità” della norma incriminatrice, nei termini appena chiariti, di certo non scioglie gli ulteriori dubbi sulla scelta legislativa di aver concepito un significativo arretramento della tutela e di avervi collegato però un trattamento sanzionatorio particolarmente severo.

Come può forse apparire quasi evidente, il profilo della dosimetria sanzionatoria merita uno specifico esame, in stretta continuità con la già compiuta analisi del reato, che se ben inteso, anzi, può far emergere l’ulteriore (e forse più reattivo) presidio anche dei criteri fondamentali di governo dell’illecito penale e della sua struttura costituzionalmente compatibile³¹.

È ormai, del resto, ampiamente vagliato l’impiego efficace della ‘proporzione’ - non più intesa come una generale e talvolta lontana ‘risonanza’ del sistema - nei test di compatibilità costituzionale di singoli illeciti penali³², sia pure nei termini inevitabilmente stringenti imposti dal regolamento di confini tra le valutazioni del legislatore e gli scrutini di costituzionalità³³. Impiego che - ci sembra - ha introdotto nella complessa e

nome della “sicurezza”. In breve: su una *ragione d’essere* sotto le mentite spoglie di un *diritto*».

31 V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, V. NAPOLEONI (Edd.), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019, 364 ss.; nel senso che il principio di proporzione possa essere impiegato in funzione complementare «(...) e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte», M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (Edd.), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, 2016, 463.

32 Si cfr. V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell’anno del diritto*, Treccani, 2013, 104 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE, S. LANDINI (Edd.), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni. Famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, cit., spec. 322 ss.

33 Si ricorderà che la Corte costituzionale con la sentenza n. 394 del 2006, tra le altre, aveva rilevato come «gli apprezzamenti in ordine alla ‘meritevolezza’ ed al ‘bisogno di pena’ - dunque sull’opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa - sono, per loro natura, tipicamente politici: con la conseguenza che un sindacato sul merito delle scelte legislative è possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio, come avviene allorquando la sperequazione normativa tra fattispecie omogenee assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sorretta da alcuna ragionevole giustificazione» ; non diversa è la logica espressa dalla sentenza n. 409 del 1989, secondo la quale «il principio d’uguaglianza, di cui all’art. 3,

variegata dimensione generale della ‘proporzionalità’ una diramazione specificamente penalistica, certamente debitrice delle teorie costituzionalmente orientate del reato (e della pena) e forse imposta dall’incremento di irrazionalismi e inasprimenti sanzionatori che affligge in particolare la più recente legislazione.

Al livello ‘astratto’ che è proprio delle scelte legislative³⁴, il principio di proporzione risalta in effetti quale diretta implicazione, nei termini che si diranno con carattere di sintesi, della finalità rieducativa della pena e, di qui, per i suoi immediati riflessi sul contenuto sostanziale dell’illecito penale.

Se la tendenza alla rieducazione, nel rappresentare il nervo forte del sistema, si traduce in un vincolo che impone di ricorrere all’energia afflittiva della pena nei limiti dello stretto necessario, ne dovrebbe dunque conseguire che lo stesso vincolo si traduce nella esigenza di un’attenta ponderazione circa la meritevolezza di pena e dunque, in questa prospettiva, nella costruzione del reato quale ‘unità di disvalori con-costitutivi’, cioè quale intreccio di elementi significativi dal punto di vista dell’effettiva disapprovazione sociale³⁵; con l’ulteriore corollario della necessaria ‘armonia’ tra i contenuti sostanziali del reato e la pena³⁶.

primo comma, Cost., esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali; [...] le valutazioni all’uopo necessarie rientrano nell’ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza» (nello stesso senso cfr. anche le sentenze nn. 343 e 422 del 1993); si cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012, *passim*; D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2011; G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (Ed.), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale»*. Per il cinquantenario anniversario, Giuffrè, 2006, 1070 ss.

34 Sotto questo profilo, la proporzione può essere concepita (in qualche misura analogamente - *mutatis mutandis* - a quanto avvenuto sulla scorta della giurisprudenza costituzionale con riferimento al principio di offensività) in primo luogo ad un livello ‘astratto’, che è proprio delle scelte legislative, oltre che a quello ‘concreto’ il quale naturalmente spetterebbe al giudice ordinario di tradurre, comunque nello spazio e con i criteri ‘fattuali’ individuati dal legislatore, non investendo più la formulazione della norma incriminatrice.

35 Si cfr. A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in «ED», vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, 772-773 anche per gli sviluppi sui c.d. elementi ‘wertneutral’ della fattispecie criminosa (più di recente, del medesimo A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2018, 11 ss.).

36 Sull’evoluzione della ‘proporzione’, da corollario delle concezioni retributive a

Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, valorizzando proprio questo percorso argomentativo, ha in più occasioni ricordato che la Carta fondamentale pone precisi limiti contenutistici quanto alla stessa definizione sostanziale e alla struttura del reato, imponendo così il rispetto della proporzione tra i disvalori costitutivi dell'illecito e la sanzione individuata dal legislatore³⁷.

Dal punto di vista dello scrutinio di costituzionalità, ciò vuol dire che il test di proporzione non si traduce nell'impiego di un asettico “bilancino”; dovendo esso invece essere concepito come una verifica che si dispieghi lungo tutta la struttura teleologicamente orientata del reato, in cui ‘conta’ il peso espresso dai disvalori che compongono l'illecito in rapporto alla pena (alla sua ‘qualità’ e ‘quantità’), singolarmente e dal punto di vista degli equilibri complessivi (tenendo così conto anche di altre norme incriminatrici). Ove s'impongano comparazioni tra fattispecie, questa logica – va da sé - richiederebbe di procedere non sulla base di elementi puramente e semplicemente formali ovvero guardando soltanto ai tessuti naturalistico-descrittivi del reato, quanto piuttosto attraverso la ponderazione e la misurazione delle singole componenti di disvalore³⁸.

principio generale dell'ordinamento, apprezzabile nella prospettiva funzionale (in rapporto alla prevenzione generale, quale criterio di adeguatezza del mezzo allo scopo e requisito interno alla prevenzione generale) e nella prospettiva garantista, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, VI ed., 2016, 29 ss.

³⁷ Di particolare rilievo, sotto questo profilo, C. cost., sentenza n. 40 del 2019 e sentenza n. 236 del 2016 (su cui, per tutti, F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in «DPC» [2/2017], 61 ss.), quest'ultima nel richiamare l'idea che «laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa»: su tale pronuncia si vedano inoltre V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in «GC» (2016), 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in «RIDPP» (2016), 1956 ss.; nel senso che la finalità rieducativa della pena impone un costante rapporto di proporzione tra la quantità e la qualità della sanzione da una parte e l'offesa dall'altra, del resto, la Corte costituzionale si era già pronunciata (cfr., tra le altre, le sentenze n. 222 e 149 del 2018; n. 179 del 2017, n. 251 e n. 68 del 2012 e, ancora prima, n. 341 del 1994 e n. 343 del 1993); per un esame complessivo degli indirizzi giurisprudenziali, G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in «DPC» (22 dicembre 2017).

³⁸ Basti tener conto di quanto da ultimo precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza 40/2019, che nel riprendere la sua più recente giurisprudenza (tra le altre

Solo così, in effetti, potrebbe installarsi la base razionale per valutare le «grandezze esistenti» nell'ordinamento e concludere nel senso della omogeneità (o della differenziazione) delle figure di reato e nella (conseguente) arbitrarietà e irragionevolezza del trattamento ingiustificatamente variato (ovvero perequato).

D'altro canto, un corretto sviluppo del test di proporzionalità, quale esame del 'peso' attribuibile alle singole componenti di disvalore in rapporto alla comminatoria edittale prevista dal legislatore, consentirebbe pure di ripercorrere tutto l'arco armonico delle garanzie fondamentali previste per il diritto penale sostanziale³⁹, in qualche misura aumentando concretamente le *chances* della declaratoria di legittimità costituzionale.

Muovendo dal principio di uguaglianza e dalla (necessaria) finalità rieducativa della pena, la verifica di proporzionalità si alimenterebbe infatti attraverso il collegamento con i canoni specifici che governano la struttura del reato, quale ulteriore angolazione per valutare la razionalità della legge. In particolare nelle ipotesi indiziate della c.d. «intrinseca irragionevolezza», ove occorre considerare l'adeguatezza della legge rispetto al caso regolato, i possibili bilanciamenti tra disvalori interni al reato, al fine di concludere nel senso della ragionevolezza di un determinato trattamento sanzionatorio, anche in rapporto ad altri illeciti comparabili, vanno condotti nel rispetto di tutti i principi fondamentali. Con il risultato che, ad esempio, una pena elevata per un'offesa – poniamo – dalla qualità e quantità poco significativa non potrebbe mai, con ogni evidenza, giustificarsi richiamando il significato di un atteggiamento interiore particolarmente intenso e riprovevole. L'ipotesi della

le decisioni n. 233 del 2018 e n. 236 del 2016), e dopo aver ribadito che le valutazioni discrezionali di dosimetria della pena spettano anzitutto al legislatore, ha chiarito che non sussistono ostacoli ad un eventuale intervento correttivo, se le scelte legislative si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli, e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni; non necessariamente nei termini di un'opzione che si presenti come costituzionalmente vincolata, e in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, essendo sufficiente che il sistema offra nel suo complesso precisi punti di riferimento e sbocchi già esistenti; si cfr., per un esame, con specifico riguardo alla potestà punitiva di tipo penale dell'evoluzione che ha caratterizzato la giurisprudenza della Corte costituzionale «dalle rime obbligate ai versi sciolti», D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia, 2020, 101 ss. (e spec. 141 ss.).

³⁹ Sul rapporto tra principio di uguaglianza e principi "materiali" del diritto penale, può vedersi la sintesi di G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 391 ss.

illegittimità costituzionale si rafforzerebbe, in questa prospettiva, per il collegamento tra la lesione del principio di materialità e di offensività e la diagnosi di ‘sproporzione’; oltretutto – va da sé – una previsione incardinata sull’autore, o comunque prevalentemente orientata (od orientabile) sui dati soggettivi, incrementerebbe il rischio di applicazioni arbitrarie.

Rispetto alla fattispecie in esame, le perplessità sono allora evidenti perché con difficoltà sembrano ricostruirsi, dal punto di vista della ‘ragionevolezza’, i rapporti con le altre fattispecie, in particolare con quelle plurisoggettive, anche eventuali; ma anche, alla luce di quanto osservato nel corso dell’analisi strutturale e teleologica, più radicalmente e (si vuole dir così) ‘intrinsecamente’ tra la stessa consistenza del “fatto” incriminato e la severità del trattamento previsto.

In che misura, ad esempio, secondo quanto del resto si è già in precedenza accennato, può considerarsi giustificato che l’entità della pena minacciata (stando dunque alla cornice edittale) sia la medesima per il caso dell’attivazione dei canali di finanziamento essenziali all’associazione con finalità di terrorismo e per quello di un qualsiasi supporto finanziario (di qualsiasi entità, magari assai modesto e inconsistente se valutato a prescindere da altre prestazioni o rimesse, del tutto indipendenti), punito indipendentemente dall’effettivo utilizzo delle somme di denaro? E perché quella del finanziamento ‘autonomo’ dovrebbe essere, tanto nel minimo quanto nel massimo, più alta della cornice pensata per l’organizzazione di trasferimenti a scopo di terrorismo?

Nemmeno, infine, sembra giustificarsi la pena prevista per il finanziamento ‘autonomo’ del terrorismo, in sé e per sé considerato, almeno alla luce della drastica anticipazione della tutela in precedenza evidenziata ed in ogni caso della equiparazione di ipotesi in realtà assai diverse come la ‘raccolta’, l’‘erogazione’ o, infine, la generica ‘messa a disposizione’ di beni o di denaro. Le difficoltà, ad avviso di chi scrive, d’altro canto, diventano in particolare insuperabili allorché ci si confronti con l’ipotesi, compatibile con le caratteristiche sostanziali del fenomeno, di una modesta elargizione di denaro (magari effettuata con l’intenzione di manifestare un’adesione essenzialmente ideale); ipotesi che con fatica, stando all’attuale tenore della norma, potrebbe escludersi dalla classe dei comportamenti rilevanti e, nel confermare la tendenza del-

la fattispecie a ‘soggettivizzarsi’, sarebbe incisa da una pena senz’altro sproporzionata.

4.1. Alla ricerca delle ‘grandezze esistenti’ (e delle ‘rime obbligate’)

Va da sé, naturalmente, che nel cono di luce della ‘proporzione’ particolare significato assume in primo luogo la comparazione con le ipotesi incastonate nei reati associativi, perché va ricordato che l’articolo 270 *bis* già richiama l’ipotesi del finanziamento, inquadrandola tra le condotte ‘di vertice’ dell’associazione; ciò porta a ritenere che la norma incriminatrice di cui all’articolo 270 *quinquies*.1. potrebbe, al contrario della prima, valorizzare l’idea di una figura di assistenza agli associati, peraltro limitata soltanto al supporto finanziario, e quindi, anche per le ragioni in precedenza esaminate, esprimere disvalori più ridotti. E proprio questo collegamento farebbe, in definitiva, “esplosione” la questione della razionalità della norma, confermando i dubbi sulla scelta legislativa, se si considera che le fattispecie (formalmente denominate) di assistenza previste dal codice penale non prevedono la medesima pena di quella fissata per le ipotesi associative. Resta allora – per dir così – senza risposta la questione sul perché il legislatore abbia collocato sullo stesso piano il “comune ed autonomo finanziatore”, individuato nei termini in precedenza chiariti, e il “vertice dell’associazione in quanto suo finanziatore”; prevedendo inoltre per il “fatto” del primo una pena più alta di quella minacciata per l’ipotesi della partecipazione (che ben potrebbe consistere anche in un supporto economico, però ‘arricchito’ dell’ulteriore elemento della intraneità all’ente criminale).

Anche dal confronto tra il livello di anticipazione della soglia di punibilità nel caso di addestramento e di finanziamento, sia pure in un quadro di maggiore teorica assimilabilità, si ricavano elementi che non giustificano pienamente, ad avviso di chi scrive, la diversa cornice edittale ed in specie la maggiore gravità della pena prevista dall’articolo 270 *quinquies*.1.

Per altro verso, non si comprende neanche la ragione per cui il legislatore abbia poi differenziato l’ipotesi del finanziamento di viaggi con finalità di terrorismo prevedendo per essa una pena più bassa di quella stabilita per la condotta di cui alla disposizione in esame, in assenza – ci pare – di apprezzabili elementi specializzanti degradanti della fattispe-

cie⁴⁰; ed anzi, ad avviso di chi scrive, in presenza di elementi indicativi, se non di una minore inclinazione all'anticipazione della soglia di punibilità, almeno di una sostanziale linea di continuità dal punto di vista dei disvalori complessivi. Il che, in effetti, ove si volesse ragionare dal punto di vista di uno stretto scrutinio di costituzionalità, potrebbe candidare proprio quest'ultima previsione a consegnare le necessarie 'rime obbligate'.

5. Conclusioni

Tutto quanto osservato, a nostro giudizio, consente di concludere che la norma incriminatrice del finanziamento di condotte con finalità di terrorismo raccoglie in sé, nei termini sopra esposti, una serie di profili di contrasto con la Costituzione. Detto in estrema sintesi, si tratta di una previsione fondata su una valutazione viziata da irragionevolezza, lesiva dei principi di proporzione, materialità, offensività e della finalità rieducativa della pena.

L'esito ideale di questa diagnosi – ci sembra – starebbe nella rivalutazione, da parte del legislatore, della possibilità di adempiere agli obblighi internazionali valorizzando, nei termini emergenti dalla legislazione precedente all'intervento del 2016, l'aggancio del finanziamento al reato associativo, attenuando così (sebbene solo in parte, con ogni evidenza) gli effetti pregiudizievoli del ricorso alle tecniche di anticipazione della tutela.

Forse più realisticamente, dovrebbe almeno considerarsi le *chances* di una rimodulazione della conseguenza sanzionatoria, tenendo conto – per usare l'espressione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale – delle «grandezze esistenti», in particolare prendendo in considerazione 'comparativamente' l'ipotesi del finanziamento indicato all'art. 270 *quater*.1. e la pena ivi prevista.

L'accostamento sarebbe giustificato – ci sembra - dalla omogeneità dei disvalori ed il sistema guadagnerebbe in ragionevolezza marcando, già sul piano della pena, la distinzione tra il comune finanziamento, o il fi-

40 Non potrebbe certo soddisfare – a noi sembra – il rilievo secondo il quale nel finanziare viaggi preordinati al compimento di attività con finalità di terrorismo anziché direttamente le attività medesime risiederebbe un elemento decisivo e ragionevole della differenziazione.

nanziamento di viaggi, e l'alimentazione continua e significativa dell'associazione, munita anche dell'ulteriore specifico disvalore costituito dalla condizione di 'vertice' o di 'partecipe', che, con ogni evidenza, deve identificare le ipotesi di maggiore gravità.

LA RIFORMA DEL TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE¹

Pietro Semeraro

1. Premessa.

Mediante la legge 9 gennaio 2019, n. 3 recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*” il delitto di traffico di influenze illecite è stato sottoposto a significative modifiche tali da trasformarne la tipicità ed il trattamento sanzionatorio. La riforma in esame si segnala all’attenzione, anzitutto, sul versante degli elementi costitutivi del reato poiché amplia la portata dell’art. 346 *bis* c.p. ricomprendendo al suo interno anche fatti che prima non costituivano illecito penale (come il traffico di influenze per l’esercizio della funzione) o che erano disciplinati dall’art. 346 c.p. (millantato credito). Il nuovo modello descritto dall’art. 346 *bis* c.p., invero, punisce “chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-*ter* e nei casi di cui all’art. 322-*bis*, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’art. 322-*bis*, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’art. 322-*bis*, ovvero per remunerarlo in relazione all’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri...”.

2. Il nuovo volto della fattispecie di cui all’art. 346 *bis* c.p.

La ragione della riforma in esame è chiarita nella Relazione illustrativa al disegno di legge A.C. n. 1189 del 2018 in cui viene precisato che la novella interviene per adeguare la legislazione italiana alla Convenzione penale sulla corruzione (1999) che richiede di sanzionare “il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque dichiara o conferma di essere in grado di esercitare un’influenza

¹ Articolo pubblicato in «GP» (2019), 632 ss.

sulla decisione di una persona titolare di pubbliche funzioni, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato" ². Dalla lettura della formula descrittiva adoperata dall'art. 346 *bis* c.p. si nota, anzitutto, come la clausola di riserva con cui si esclude la punibilità del traffico di influenze nel caso di concorso in un delitto di corruzione sia stata estesa anche all'art. 318 c.p. Tale particolarità, collegata all'espressione finale "ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri", indica che oggi anche il traffico di influenze per la corruzione finalizzata all'esercizio delle funzioni rientra nella tipicità (ciò diversamente dalla disciplina previgente), in tal modo offrendo una più solida tutela penale dell'imparzialità della pubblica amministrazione.

Un'ulteriore peculiarità della riforma oggetto del nostro esame risulta rappresentata dall'abrogazione dell'art. 346 c.p. e dall'inserimento nell'art. 346 *bis* c.p. del fatto tipico tradizionalmente indicato come millantato credito. A codesta ultima conclusione ci sembra consentito pervenire rilevando come, nella descrizione del fatto, il legislatore abbia inserito la nuova formula "...vantando relazioni... asserite con un pubblico ufficiale... fa dare o promettere a sé o ad altri denaro o altra utilità...". Tale espressione, pur differente da quella che descriveva il delitto di millantato credito, tuttavia ricomprende al proprio interno le ipotesi in cui il mediatore afferma di possedere con il pubblico ufficiale delle relazioni che in realtà non esistono (in tal modo ingannando l'acquirente della mediazione); ciò in quanto, da una parte, la condotta del millantare ricomprende nella sua portata anche il vantare relazioni asserite con il pubblico ufficiale; dall'altra, il concetto di "credito" ingloba la nozione di "relazioni" non potendo sussistere senza la presenza queste ultime.

L'altra modalità alternativa con la quale il mediatore può ottenere la dazione oppure la promessa di denaro o utilità è indicata dall'espressione linguistica "...sfruttando ...relazioni esistenti (o asserite) con un pubblico ufficiale ...fa dare o promettere...". Tale formula, già parzialmente presente nel previgente art. 346 *bis* c.p., ricomprende le condotte sostanziantesi nella strumentalizzazione dei rapporti che l'intermedia-

² Cfr. art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione (Strasburgo – 1999), indicato nella *Relazione illustrativa al disegno di legge A. C. n. 1189 del 2018*, 15.

rio intrattiene con il p. u. La nozione di “relazioni esistenti”, infine, descrive un’ampia categoria di rapporti presenti tra l’intermediario ed il funzionario pubblico; essi possono avere natura personale, familiare o associativa. L’utilizzo da parte del legislatore dell’aggettivo “esistenti”, naturalmente, trova la propria ragione nella volontà di disciplinare il traffico di influenze effettive, posto che in questo caso le relazioni con il pubblico ufficiale devono essere reali.

3. L’accordo tra i soggetti attivi del reato

Nel fatto tipico delineato dall’art. 346 *bis* c.p. l’accordo che viene raggiunto tra il mediatore e l’acquirente rappresenta un elemento di primaria rilevanza. Codesto requisito del reato si rivela dal testo della norma poiché essa utilizza l’espressione “fa dare o promettere...come prezzo della mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo...”. La lettura di tale formula ci consente di notare che se la dazione (oppure la promessa) da parte del compratore deve essere volta a conseguire un’intercessione o a retribuire un pubblico ufficiale, questo implica che l’acquirente ed il mediatore devono raggiungere un accordo sul prezzo dell’intercessione del mediatore o della remunerazione del pubblico ufficiale. Nello specifico tale patto può essere stipulato mediante una classica manifestazione di volontà negoziale. In merito a tale ipotesi preme rilevare che l’accordo si realizza sia quando l’iniziativa parta dall’acquirente della mediazione (ad esempio quando egli proponga al mediatore di versare una somma per ottenere una mediazione verso un pubblico ufficiale ed il mediatore accetti la promessa o la dazione di utilità), sia nel caso in cui essa provenga dall’intermediario (come nel caso in cui questi formuli la proposta di compiere un’intercessione ed il compratore gli prometta o versi un’utilità finalizzata alla realizzazione della mediazione).

L’esame del testo contenuto nell’art. 346 *bis* c.p. ci consente di affermare che anche questo secondo elemento costitutivo del reato è stato parzialmente innovato dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 poiché - per la configurazione del delitto - il mediatore si deve impegnare ad effettuare una mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o a remunerarlo in relazione all’esercizio delle funzioni o dei poteri di quest’ultimo; il soggetto che desidera tale intervento, invece, deve promettere o dare un’utilità

all'intermediario. In tal senso, l'oggetto dell'accordo tra mediatore ed acquirente risulta più ampio nella disciplina vigente. Prima della riforma, invero, il *pactum* corruttivo doveva essere finalizzato al conseguimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto dell'ufficio del pubblico ufficiale; dopo la novella del 2019, invece, l'accordo può essere volto ad ottenere una mediazione verso il pubblico ufficiale (per l'esercizio delle sue funzioni o per conseguire un atto contrario ai suoi doveri d'ufficio, un'omissione o ritardo di un atto d'ufficio) oppure una remunerazione del p. u. per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri (quindi, un'attività conforme ai doveri d'ufficio). Come si può agevolmente cogliere dalla lettura del comma 1 del nuovo art. 346 *bis* c.p., pertanto, l'area di operatività della fattispecie in esame è stata ampliata mediante l'inserimento anche dell'accordo corruttivo finalizzato all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico ufficiale tra le condotte vietate dalla norma. Va rilevato, altresì, come la nuova disciplina (comma 4 dell'art. 346 *bis* c.p.) preveda come circostanza aggravante l'ipotesi in cui i fatti siano compiuti in relazione all'esercizio di funzioni giudiziarie o qualora la remunerazione del pubblico ufficiale sia diretta al compimento - da parte di quest'ultimo - di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

La riforma operata mediante la legge del 9 gennaio 2019, n. 3 avrebbe potuto rappresentare l'occasione per chiarire uno degli aspetti più problematici del traffico di influenze e cioè il significato da attribuire alla nozione di "mediazione illecita" presente nell'art. 346 *bis* c.p.³ Il legislatore, tuttavia, non ha ritenuto opportuno intervenire sul tema. Nel tentativo di proporre una ricostruzione ermeneutica del concetto di mediazione illecita, una soluzione può essere rappresentata dalla linea interpretativa seguita dalla giurisprudenza e dalla dottrina civilistica in tema di cause di illiceità del contratto di mediazione.⁴

3 Sul tema cfr. P. PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze*, in «DPP» (2013), suppl. n. 8, 32 ss.

4 R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, art. 1321 - 1352*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (Edd.), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, 1970, 334; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, UTET, IV, 1980, 166. In giurisprudenza; Cass. 14 luglio 1972, in «FI» (1973), 1224; Cass. 7 novembre 1964, in «Giust. Civ. Mass.» (1964), 1331; Trib. Como, 24 marzo 1979, in «GI» (1980), I, 2630 (con nota di G. PONZANELLI, *Traffic d'influence ed illiceità della causa*).

Posto che la mediazione costituisce un'attività di interposizione tra due o più parti al fine di conseguire un determinato risultato mediante la rappresentanza di interessi, l'attività di influenza, la sollecitazione, la raccomandazione, cioè attività che – sotto il profilo civilistico – rappresentano prestazioni tipiche di negozi giuridici come il mandato o la locazione d'opera, appare utile segnalare in quali casi essa è considerata illecita dalla giurisprudenza e dalla dottrina civilistica. Queste ultime da tempo seguono l'orientamento interpretativo secondo il quale (in base all'art. 1343 del codice civile) è illecito il contratto di mediazione (verso un pubblico ufficiale) che trova causa in un ascendente derivante dalle cariche pubbliche rivestite dal mediatore, da relazioni di amicizia o di parentela o di natura associativa presenti tra il mediatore ed il pubblico ufficiale; in tali situazioni, infatti, la causa del contratto di mediazione si sostanzia nelle aderenze personali dell'intermediario e, pertanto, si colloca all'esterno dei limiti di liceità dei contratti. Tale soluzione ci pare possa rappresentare un interessante punto di riferimento per elaborare una linea interpretativa della nozione di “mediazione illecita” adoperata nella descrizione del traffico di influenze, poiché propone una ricostruzione capace di riempire di contenuto tale formula.

Allo stesso tipo di risultato, inoltre, ci pare dovere giungere allorché il contratto di mediazione sia fondato contemporaneamente sulla presenza di relazioni personali con il pubblico ufficiale (per amicizia, parentela, ecc.) e sulla preparazione professionale dell'intermediario ad esporre i profili tecnici del provvedimento che il compratore della mediazione desidera ottenere. In tale eventualità, infatti, il contratto sembra ancora illecito poiché risulta basato anche sulle “aderenze” personali sussistenti tra il mediatore ed il pubblico ufficiale.

Tra coloro che effettuano opera di intercessione presso pubblici ufficiali un rilievo particolare assumono i c. d. *lobbyists* che, come prestatori d'opera o dipendenti di imprese, enti, associazioni ecc., compiono rappresentanza di interessi di singoli o di gruppi (*lobbies*) presso pubblici ufficiali. L'opera dei *lobbyists* si connota, rispetto alle comuni forme di intermediazione, per i soggetti verso cui avviene l'intercessione e cioè i deputati, i senatori, i ministri, i consiglieri regionali, gli assessori, ecc. sui quali viene compiuta attività di influenza allo scopo di condizionare le loro decisioni ed ottenere determinati risultati favorevoli⁵.

5

Si veda sul tema: P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze*

Siccome, per ora, manca nel nostro ordinamento una regolamentazione di tale importante attività, il problema della rilevanza penale del *lobbying* ci pare possa essere risolto attraverso l'accertamento dell'illiceità del contratto di intermediazione lobbistica. Il *lobbying*, conseguentemente, sarà da considerare illecito allorquando il contratto si basa su di una causa illecita (relazioni personali derivanti da rapporti di parentela, amicizia o di natura associativa, sussistenti tra il lobbista ed il pubblico ufficiale oppure qualora egli intenda compiere una corruzione del pubblico ufficiale). Da codesto angolo di visuale, il contratto di *lobbying* volto alla realizzazione di un'intermediazione "illecita" per illiceità della causa costituirà gli estremi del delitto di traffico di influenze; per converso, negli altri casi il *lobbying* dovrà essere considerato completamente lecito⁶.

Come accennato in precedenza, il comma 1 dell'art. 346 *bis* c.p. disciplina altresì il "traffico di influenze per la corruzione", riconoscendo tipicità penale anche all'accordo (realizzato tra mediatore ed acquirente) che ha per oggetto la remunerazione del pubblico ufficiale per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri. Codesta tipologia di traffico di influenze si caratterizza per la peculiarità di sostanzarsi in un mero accordo diretto alla corruzione (impropria) del p. u. e, quindi, consiste in una situazione nella quale il mediatore non riceve nulla per la propria opera, ma accetta la promessa o la dazione di utilità per corrompere il pubblico ufficiale.

In tal senso, il fatto tipico si limita a rappresentare un pericolo astratto nei confronti dell'imparzialità della pubblica amministrazione. Anche l'ipotesi in esame ha registrato un'innovazione da parte della legge 9 gennaio 2019, n. 3. Invero, la disciplina previgente sanzionava soltanto l'accordo diretto alla remunerazione del pubblico ufficiale affinché quest'ultimo realizzasse un atto contrario ai doveri d'ufficio, un'omissione oppure un ritardo di un atto d'ufficio. Per converso, la nuova regolamentazione oggi sanziona non soltanto l'accordo per la corruzione

enze illecite, in «CP» (2016), 1293; H. MERKLE, *Lobbying: Praxishandbuch für Unternehmen*, Primus, 2003, 11 ss.; C. MILLER, *Lobbying Government. Understanding the Corridors of Power*, Blackwell, 1987, 5 ss.

⁶ Cfr. P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, cit., 1294.

(propria) del pubblico ufficiale (come circostanza aggravante nel comma 4 della norma in esame), ma anche il *pactum* volto a remunerare il pubblico ufficiale per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, in tal guisa allargando la portata della fattispecie in maniera significativa.

4. La promessa e la dazione di utilità

Un'ulteriore novità introdotta con la riforma del 2019 è rappresentata dalla presenza dell'espressione "altra utilità" nel testo della norma, formula con la quale il legislatore ha permesso di ricomprendere anche il vantaggio non patrimoniale tra i benefici che il mediatore può conseguire come prezzo della sua opera o per la remunerazione del pubblico ufficiale; ciò mentre la disciplina previgente si limitava a contemplare il vantaggio patrimoniale come oggetto della dazione o della promessa⁷.

Tale modifica appare pienamente in sintonia con i principali delitti contro la pubblica amministrazione contemplati dal nostro codice penale, come la concussione, la corruzione propria ed impropria, la corruzione in atti giudiziari, nei quali la prestazione del privato non è limitata al mero vantaggio patrimoniale ma si estende alla più ampia nozione di "altra utilità".

Il reato in esame trova propria configurazione quando accade l'evento tipico, cioè qualora l'intermediario faccia dare o promettere a sé o ad altri denaro o altra utilità. In tema, appare opportuno anzitutto notare che la formula "fa dare o promettere" illustra la condotta che determina una dazione o una promessa compiuta dal compratore dell'intercessione. Attraverso la nozione di dazione si fa riferimento al passaggio di qualcosa dalla sfera di disponibilità di un soggetto a quella di un altro; circa la modalità con cui essa può realizzarsi, va osservato che la dazione può consistere nella consegna di denaro o altra utilità, ovvero può sostanziarsi nel permettere all'intermediario di conservare un bene che egli già detiene per diversa causa. In merito alla nozione di "promessa", per contro, si deve rilevare come con questa si voglia fare riferimento ad una manifestazione di volontà che ha come oggetto la dazione di denaro o altra utilità o la realizzazione di un'opera che costituisca la remunera-

⁷ Parte della dottrina aveva criticato tale scelta legislativa; cfr. P. PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze, cit.*, 37.

zione per l'intermediario (o per il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio).

Strettamente collegato a quanto sopra esposto è il tema dell'irrilevanza del problema relativo al soggetto che deve prendere l'iniziativa per concludere l'accordo illecito. A tale riguardo, invero, va osservato che la formula "fa dare o promettere" non sancisce che l'iniziativa per concludere il *pactum* deve obbligatoriamente provenire dall'intermediario.

Codesta espressione, sicuramente, ci consente di cogliere che la dazione o la promessa devono avere la loro causa nella condotta del mediatore (che deve far dare o promettere), ma non richiede che l'iniziativa per commettere il fatto debba partire dal mediatore. Riteniamo, invece, che anche qualora sia l'acquirente a prendere l'iniziativa (a chiedere la mediazione o la corruzione del pubblico ufficiale) il reato *de quo* si realizzi ugualmente, poiché la formula "fa dare o promettere" non indica il comportamento di chi prende l'iniziativa, ma descrive la condotta del mediatore che porta l'acquirente alla corresponsione o alla promessa; in tal senso, il delitto in esame trova configurazione anche allorquando l'acquirente proponga al mediatore di realizzare l'intercessione presso il p. u. ed il mediatore si faccia versare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria opera o per la remunerazione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio. Infine, va rilevato che la dazione o la promessa devono avvenire *indebitamente*. Tale particolare requisito di "illiceità speciale" era già presente nella disciplina previgente e ha dato vita a differenti ed interessanti interpretazioni teoriche. Una parte della dottrina ha ritenuto che l'avverbio *indebitamente* sia stato inserito nella norma per esigenze di rispetto formale della Convenzione penale sulla corruzione, visto che la natura indebita della dazione o della promessa scaturisce dalla stessa finalità illecita dell'accordo⁸. Più fondata ci sembra una diversa interpretazione dottrinale⁹ secondo cui, invece, l'avverbio in esame indica che la dazione o la promessa non devono essere dovute né alla pubblica amministrazione (in base a fonte legislativa o sublegislativa) né al mediatore in relazione all'attività da svolgere.

8 I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in «DPC» (2013), fasc. 2, 92.

9 C. BENUSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, CEDAM, 2016, 255.

5. La punibilità dell'acquirente della mediazione e la disciplina delle circostanze aggravanti

Una delle principali innovazioni introdotte con la riforma del 2012 è consistita nella previsione della responsabilità penale non solo del mediatore nel traffico di influenze ma anche dell'acquirente dell'intercessione verso il pubblico ufficiale. La novella rappresentata dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 a sua volta - avendo ricompreso all'interno dell'art. 346 *bis* c.p. anche il fatto di millantato credito - ha contemplato nel comma 2 della norma la punibilità del compratore della mediazione anche allorquando l'intermediario abbia vantato delle relazioni asserite (cioè inesistenti).

Tale scelta legislativa, sicuramente in sintonia con le indicazioni della Convenzione penale sulla corruzione (Strasburgo – 1999), tuttavia desta delle perplessità poiché riconosce responsabilità ad un soggetto che è stato ingannato dal mediatore sul possesso di contatti con il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio.

Certamente va riconosciuto che, nell'ipotesi della vanteria di relazioni "asserite", l'accordo tra il mediatore ed acquirente può ugualmente spingere l'intermediario alla realizzazione di una mediazione illecita o alla remunerazione del p. u.; da ciò la scelta di sottoporre a sanzione anche l'acquirente in siffatta casistica. La Relazione illustrativa al disegno di legge¹⁰, infatti, ha fondato la punibilità dell'acquirente specificamente sulle potenziali influenze distorsive sulla pubblica amministrazione di codesta ipotesi (dimenticando, però, che talvolta l'acquirente chiede l'intervento di un mediatore per ottenere un provvedimento pienamente legittimo e dovuto).

In merito, invece, alla disciplina delle circostanze che aggravano la pena, va osservato anzitutto come il comma 3 dell'art. 346 *bis* c.p. sancisca l'aumento della sanzione allorquando il soggetto che indebitamente fa dare o promettere a sé o ad altri denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio; la norma, quin-

10 Secondo la Relazione "il disvalore della condotta sta nell'acquisto stesso di una mediazione illecita, di per sé meritevole di sanzione, in quanto potenzialmente suscettibile di produrre influenze distorsive della pubblica funzione"; cfr. *Relazione illustrativa al disegno di legge A. C. n. 1189 del 2018*, cit., 17.

di, si riferisce all'ipotesi in cui il mediatore sia intraneo alla pubblica amministrazione. Il comma 4, invece, prevede un aggravamento qualora i fatti siano compiuti in relazione all'esercizio di funzioni giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

Nel primo caso già il semplice traffico di influenze per la mediazione relativo all'esercizio di funzioni giudiziarie viene considerato di particolare disvalore penale tale da produrre un aumento di pena. Nel secondo caso siamo innanzi alla configurazione come circostanza aggravante dell'ipotesi che, invece, rappresentava elemento costitutivo della previgente fattispecie di traffico di influenze per la corruzione (propria).

6. La clausola di riserva ed il problema del concorso di reati

Come si è già avuto modo di segnalare, l'art. 346 *bis* c.p. inizia la descrizione del delitto in esame utilizzando la formula "chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319 *ter* e nei reati di corruzione di cui all'art. 322 *bis*...". Mediante codesta clausola il legislatore ha configurato un rapporto di sussidiarietà fra traffico di influenze e le altre fattispecie indicate, sicché ha negato esplicitamente la presenza di un concorso di reati allorché il mediatore e l'acquirente siano riusciti a realizzare la corruzione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio.

In merito a tale clausola di riserva occorre rilevare, anzitutto, come essa intervenga nei confronti dell'ipotesi del traffico di influenze per la corruzione, mentre non produce effetti nei riguardi del traffico di influenze per la mediazione (in cui la corruzione non viene richiesta).

In secondo luogo, va osservato come con la riforma del 2019 il legislatore abbia ampliato le ipotesi ricomprese nella clausola di riserva introducendo anche l'art. 318 c. p., in tal modo chiarendo che il traffico di influenze costituisce illecito penale anche allorché sia diretto alla realizzazione di un corruzione impropria; codesta scelta, altresì, è confermata dall'ultima parte del comma 1 dell'art. 346 *bis* c.p. in cui viene utilizzata l'espressione "...in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri...", formula ampia che ricomprende i casi di accordo per

la corruzione impropria. A ciò si deve aggiungere che la clausola di sussidiarietà interviene anche nei confronti dei casi di corruzione compiuti dai soggetti indicati dall'art. 322 *bis* c.p. e cioè i membri della Corte penale internazionale e degli organi delle Comunità europee ed i funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri.

La clausola in esame, tuttavia, non ricomprende l'art. 322 c. p. e, pertanto, pone dei problemi in relazione al concorso fra il traffico di influenze e l'istigazione alla corruzione, come qualora dopo l'accordo tra acquirente e mediatore quest'ultimo proponga al pubblico ufficiale una corruzione che viene, però, rifiutata. A riguardo ci sembra di dovere rilevare che in questo caso un concorso di reati non è configurabile in base alla regola secondo cui – se tra due reati vi è una relazione di mezzo a scopo ed essi costituiscono gradi differenti di offesa allo stesso bene giuridico – il reato fine intermedio (cioè l'istigazione alla corruzione) assorbe il reato mezzo (il traffico di influenze per la corruzione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio). Questa linea interpretativa appare la più fondata poiché il principio dell'antefatto non punibile appare essere quello più idoneo a risolvere il problema in esame; invero, i due delitti rappresentano gradi diversi di offesa dell'imparzialità della P.A. e sono in rapporto di mezzo a scopo sicché l'acquirente ed il mediatore dovrebbero rispondere solo del reato previsto dall'art. 322 c.p.¹¹

La clausola di riserva, sopra citata, non risolve tutte le problematiche relative al concorso di reati poiché tale materia assume connotati autonomi nei casi in cui sia il traffico di influenze “per la mediazione” ad essere seguito dalla commissione di altro reato. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi nella quale – dopo la realizzazione dell'accordo tra acquirente e mediatore – quest'ultimo svolga l'intercessione presso il pubblico ufficiale e lo conduca a compiere un abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) oppure un'omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) o una rivelazione di segreto d'ufficio (art. 326 c.p.) oppure una turbativa d'asta (art. 353 c.p.). In queste ipotesi, naturalmente, non viene realizzata una corruzione in quanto il pubblico ufficiale non riceve una promessa o una dazione di denaro o altra utilità talché la clausola di riserva non risulta applicabile.

11 M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2013, 170; I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, cit., 91; M. GIOIA, *Il delitto di traffico di influenze illecite: una fattispecie tecnicamente sbagliata*, cit., 303.

Nella prospettiva di risolvere il problema della disciplina da offrire a tali situazioni, parte della dottrina ritiene che in questi casi si verificherebbe un concorso di reati poiché non sussiste una relazione di funzionalità anticipatrice fra il traffico di influenze e gli altri delitti¹². Si afferma, d'altra parte, che sarebbe vietata l'applicazione del principio dell'assorbimento in quanto esso è utilizzabile unicamente nelle ipotesi nelle quali i beni giuridici tutelati dai reati in concorso siano i medesimi. Siffatta linea interpretativa, però, non ci sembra colga nel segno poiché non considera la peculiarità per la quale il mediatore realizza più azioni esecutive di uno stesso disegno criminoso in quanto egli compie un traffico di influenze ed, inoltre, concorre come istigatore alla realizzazione del reato scopo (abuso d'ufficio, omissione di atti d'ufficio, rivelazione di segreto d'ufficio, ecc.), in tal modo compiendo più violazioni di legge. Da questo punto di vista, pare maggiormente conforme alla legge considerare presente un reato continuato *ex art. 81 comma 2 c.p.* (a condizione che il mediatore si sia rappresentato

in maniera anticipata il reato che - dopo il traffico di influenze illecite - egli commetterà). Nell'ipotesi sopraesposta, in effetti, sembra consentito ritenere sussistenti i vari requisiti tipici del reato continuato; è presente una pluralità di azioni od omissioni (cioè il traffico di influenze e la partecipazione al delitto scopo), l'esecuzione di un medesimo disegno criminoso e la violazione di varie disposizioni di legge.

Altri autori, di contro, offrono soluzione alla tematica del concorso in base al tipo di illecito penale che viene compiuto dopo il traffico di influenze¹³, nel senso che se il reato che segue tale delitto è più grave esso lo assorbe (ad esempio, prima della riforma, non veniva ammesso il concorso tra la fattispecie di cui all'art. 346 *bis* c.p. e l'abuso d'ufficio in quanto quest'ultimo era sanzionato in maniera più grave e, pertanto, assorbiva il traffico di influenze illecite). In altre ipotesi, invece, viene riconosciuto il concorso di reati, come qualora il traffico di influenze sia seguito dall'omissione di atti d'ufficio poiché quest'ultima - essendo sanzionata meno gravemente del delitto di cui all'art. 346 *bis* c.p. - non

12 D. AMATO, *Il traffico di influenze illecite*, in www.aodv231.it (18 luglio 2014), 6; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 170.

13 F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in «DPP» (2015), 481.

è in grado di assorbire codesto delitto. In relazione a tale impostazione dottrinale, ci pare necessario osservare che sembra più fondato considerare sussistente anche in questi casi il vincolo della continuazione; invero, quando il mediatore ha immaginato in maniera anticipata quale fatto commettere dopo il traffico di influenze e l'esecuzione del disegno criminoso si compie vengono a sussistere i diversi elementi costitutivi dell'art. 81 comma 2 c.p.

3. Problemi di diritto intertemporale e disciplina sanzionatoria del traffico di influenze

La novella del 2019, oltre a modificare la struttura del traffico di influenze, ha anche provveduto all'abrogazione dell'art. 346 comma 1 c.p. che descriveva il delitto di millantato credito. Da codesto angolo di visuale, si pone un problema di successione di leggi penali nel tempo, posto che il fatto tipico di millantato credito risulta attualmente ricompreso nella portata dell'art. 346 *bis* c.p.

Come si è avuto modo di rilevare, la formula “vantando...relazioni...asserite” ingloba al suo interno i casi di millantato credito poiché la millanteria possiede il medesimo contenuto semantico del vantare relazioni inesistenti con il p. u.

Per tale ragione non ci pare corretto ritenere che vi sia una *abolitio criminis* nel caso in esame, ma al contrario reputiamo presente un'abrogazione della norma senza abolizione del reato; in virtù di tale constatazione, quindi, dovrà essere rispettato l'art. 2 comma 4 c.p. che prevede di applicare la norma più favorevole al reo (cioè la nuova fattispecie) in quanto contempla una sanzione più mite rispetto a quella con cui era punito il delitto di millantato credito (reclusione da uno a cinque anni e multa da trecentonove euro a duemilasessantacinque euro).

Per quanto concerne, invece, l'acquirente della mediazione va posto in risalto che, mentre nella disciplina del millantato credito egli non era punibile, la sua responsabilità viene contemplata dal nuovo art. 346 *bis* c. p. talché gli dovrà essere applicata la nuova disciplina per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2019, n. 3; ciò in base al principio di irretroattività della legge penale.

In merito al trattamento sanzionatorio previsto dalla riforma del 2019, va rilevato come in generale il legislatore abbia aumentato la cornice edittale della sanzione ed, inoltre, abbia appesantito l'intervento delle pene accessorie. Per ciò che riguarda i limiti edittali della fattispecie base, essi sono della reclusione da uno a quattro anni e sei mesi così modificando la previgente disciplina (reclusione da uno a tre anni). Inoltre, va messo in evidenza come il legislatore abbia inserito il traffico di influenze nell'elenco delle fattispecie per le quali, in base all'art. 317 *bis* c.p., è sancito che - se la condanna è superiore a due anni di reclusione e ove non ricorrano le circostanze attenuanti indicate nell'art. 323 *bis* c.p. - sono applicate le pene accessorie dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e dell'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione.

Infine, va anche segnalata l'inclusione del traffico di influenze nella lista dei reati-presupposto per la configurazione della responsabilità amministrativa da reato degli enti in base al d.lgs. 231/2001; più precisamente, il novellato art. 25 comma 1 del d.lgs. 231/2001 sancisce la comminazione all'ente di una sanzione pecuniaria sino a 200 quote (anche) in relazione alla realizzazione del delitto disciplinato dall'art. 346 *bis* c.p.

AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI, SINDACI E OMESSO IMPEDIMENTO DEL FATTO ALTRUI.

PROBLEMI IRRISOLTI DI TEORIA GENERALE DEL REATO

Andrea Sereni

1. L'inadeguatezza del codice penale su omesso impedimento e concorso di più persone nel reato

«Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». Come a tutti noto, è questa la breve e compendiosa formula che l'art. 40 cpv del codice penale dedica al reato commissivo mediante omissione, altrimenti definito come reato omissivo improprio¹. Dal 1930 a oggi, la formula normativa sopradetta è rimasta invariata nel suo conciso contenuto, sebbene i fenomeni sociali ai quali tale norma viene accostata sono assai cresciuti per numero e importanza, essendo cresciute le istanze repressive a questa norma collegate nel corso del tempo e da più parti condivise.

L'ampliamento della responsabilità penale per omissione si deve allo sviluppo dello stato sociale nel corso della seconda metà del XX secolo, e progressivamente all'affermarsi di un diritto penale che in ultima analisi "guarda" ai doveri di solidarietà sociale contemplati dall'art. 2 Cost., e al contestuale sviluppo di una politica criminale non soltanto orientata all'affermazione del fondamentale «diritto di avere diritti»², ma anche fondata sul primario «dovere di avere doveri»³, insomma una politica della solidarietà: l'«utopia necessaria»⁴ alla quale molti ritengono opportuno conformare lo stesso diritto penale.

In questo processo, le istanze di garanzia sono rimaste indietro. La responsabilità *per omissionem* è tuttora fondata, come si è detto, sulla scar-

1 In argomento, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983, 97; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979, *passim*; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, CEDAM, 1975, *passim*; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, 1984, 173.

2 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2013, *passim*.

3 L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, 2014, 62.

4 S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, *passim*.

na clausola di equivalenza tra azione e omissione di cui all'art. 40, c. 2, c.p. Eppure, gli anni '70 e '80 del secolo scorso avevano visto una ricerca attenta da parte della dottrina, e della stessa giurisprudenza, di forme più adeguate di garanzia, attingendo a piene mani dalla dogmatica di lingua tedesca. Si deve a questi sforzi teoretici, in particolare, il recepimento anche nel nostro diritto vivente della teoria delle posizioni di garanzia, divise essenzialmente in posizioni di protezione e in posizioni di controllo, comprendente questa seconda categoria un sottosistema a sé: quello delle posizioni volte all'impedimento di fatti illeciti altrui.

Tuttavia, il problema è che questi sforzi ricostruttivi hanno proceduto e procedono, da allora ad oggi, per stadi interpretativi discrezionali, perché, "approfittando" forse proprio del poco di scritto che c'è nella disposizione dell'art. 40, i giudici hanno mantenuto per sé spazi sempre troppo ampi di 'creatività'⁵ nella configurazione stessa delle posizioni di garanzia, nell'identificazione dei beni protetti dal garante, dei poteri impeditivi e della gamma di azioni doverose a lui imposte⁶.

In tal senso, il raccordo tra gli obblighi che le norme extrapenali stabiliscono e l'art. 40 c. 2 è frutto di un'esegesi che stabilisce la rilevanza penale di questi obblighi senza che la legge espressamente avalli tali delicate operazioni di limitazione della libertà dei presunti garanti. La clausola di equivalenza tra azione e omissione infatti è così sintetica ed 'ermetica' che parlare di espressa previsione, come vorrebbe l'art. 1 c.p.⁷, della *Garantenstellung* volta a volta individuata dal giudice, attraverso un complesso *iter* ermeneutico, sembra davvero non corrispondere alla realtà della situazione attuale.

D'altra parte, i criteri interpretativi adottati dalla giurisprudenza non sempre, a nostro avviso, si ispirano fino in fondo ai principi di garan-

5 Riconosce all'attività interpretativa della norma penale da parte del giudice uno spazio di creatività, sia pure intesa in senso lato, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, 129.

6 Incerta è la stessa selezione dei reati rispetto ai quali possa valere l'equivalenza tra azione e omissione: soltanto per i reati causalmente orientati a forma libera o anche per quelli a forma vincolata? Per una soluzione di garanzia peraltro non recepita dalla giurisprudenza, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 1989, 433.

7 La necessità di un'espressa previsione di legge dei reati e delle pene per essi previste è d'altra parte ribadita, al più alto livello dell'ordinamento, dagli artt. 13 e 25, c. 2, Cost.

zia della materia penale previsti dalla Costituzione e segnatamente al principio di tassatività che obbligherebbe, anzi obbliga, il giudice ad attenersi, a maggior ragione quando le parole della legge scarseggiano, al significato più stretto dei concetti e, in caso di dubbio insuperabile sul loro significato, al principio del *favor rei*. Sembra, piuttosto, che la clausola di equivalenza ex art. 40 c. 2 venga letta non di rado privilegiando ancora, in sostanza, le esigenze solidaristiche cui facevamo cenno sopra in funzione espansiva della punibilità, nonostante, come pure si è ricordato, che lo sviluppo teoretico delle «posizioni di garanzia» abbia coinciso all'origine con la ricerca non tanto di più punibilità quanto di più garanzie per la libertà dell'individuo.

Emblematico di questo andamento incerto, di questa propensione per le istanze punitive legate alla solidarietà sociale, è senz'altro il tema della responsabilità penale di amministratori privi di delega e sindaci di società per l'omesso impedimento di reati altrui. D'altronde, qui si intersecano due criticità. Tale forma di responsabilità, infatti, riposa non soltanto sull'art. 40 cpv ma anche sull'ancor più problematica disposizione prevista dall'art. 110 c.p., che a sua volta stabilisce una 'equivalenza' punitiva dei concorrenti nel reato⁸, e che, nel far questo, non si premura di definire né i ruoli né le condotte di partecipazione; al punto che un giurista pur misurato, come Giuliano Vassalli⁹, non ha esitato a scrivere che l'art. 110 «è la disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale»¹⁰.

Il concorso omissivo di amministratori non esecutivi e di sindaci nel reato da altri commesso vive dunque del combinato disposto di due norme povere di contenuto, e in questa povertà, come vedremo, la giurisprudenza ha supplito a suo modo alle carenze descrittive dell'imputazione. D'altra parte, va detto che è tutto il tema del concorso omissivo a essere attraversato dalla convergenza della doppia problematicità, in termini legalitari, degli artt. 40, c. 2, e 110. Sicché, il concorso di sindaci e di am-

8 Art. 110 (Pena per coloro che concorrono nel reato) c.p.: «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti».

9 Oltre a numerosi altri prestigiosi incarichi, Giuliano Vassalli fu Presidente della Corte costituzionale tra l'11 novembre 1999 e il 13 febbraio 2000.

10 G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in A. M. STILE (Ed.), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, Jovene, 2003, 345-350: 345.

ministratori privi di delega si limita solo a rispecchiare, in modo forse più eclatante rispetto ad altre casistiche affini, un problema più generale di tecnica legislativa e di diritto vivente creativo delle fattispecie di responsabilità per il non aver impedito il reato.

2. Il problema della responsabilità di amministratori non esecutivi e/o di sindaci per il mancato impedimento del reato

La partecipazione omissiva di amministratori e sindaci nel reato dell'amministratore delegato è ammessa dalla giurisprudenza con costante uniformità, salvo aversi orientamenti disomogenei in ordine soprattutto all'accertamento del dolo eventuale del concorrente. Tale uniforme giurisprudenza ha avuto ed ha come terreno assolutamente privilegiato di applicazione i reati di bancarotta fraudolenta nel diritto penale fallimentare¹¹, oltre a trovare applicazione nell'ambito, quanto meno, dei reati societari e finanziari (come, ad es., nelle ipotesi di aggio-taggio¹²)¹³.

11 Oggi, diritto penale della crisi d'impresa: si veda, infatti, per la riforma del diritto fallimentare, il d.lgs. 12.1.2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19.10.2017, n. 155.

12 Per una fattispecie di omesso impedimento di più fatti di aggio-taggio finanziario, nel caso Parmalat, v. App. Milano, 26.5.2010-14.7.2010, n. 1728, che accoglie il principio «secondo cui gli amministratori siano titolari di un dovere di garanzia e dell'obbligo di conservazione del patrimonio, rinvenibili rispettivamente nelle disposizioni degli artt. 2392 e 2394 c.c. Questa particolare posizione fa sì che a norma dell'art. 40 cpv. c.p. l'amministratore sia chiamato a rispondere per la mera omissione di controllo, condotta questa che comporta una dilatazione della portata del c.d. "dolo eventuale", sul presupposto che il non operare con diligenza comporti l'accettazione del rischio che altri commettano il reato».

13 Peraltro già sul novero dei reati da impedire c'è un problema aperto, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 355-356, in relazione agli amministratori privi di delega, afferma che «i reati societari e fallimentari non esauriscono certo la sfera di applicazione dell'obbligo di impedimento risultante dall'art. 2392 c.c., che ricomprende tutte quelle ipotesi di reato, pur previste in sedi diverse, attinenti comunque alla gestione delle società di commercio», nonché «tutte le fattispecie poste a tutela del patrimonio sociale», sicché, «nell'ambito degli atti pregiudizievoli da impedire sono ricompresi [...] tutti quelli che arrecano pregiudizio al patrimonio sociale. Di conseguenza, dovrà ammettersi una responsabilità a titolo di concorso dell'amministratore il quale consapevolmente non impedisce che un dipendente si appropri di somme di proprietà della società e di cui costui abbia il possesso per l'adempimento dei compiti affidatigli». In giurisprudenza, in relazione al problema dei reati oggetto di doveroso impedimento, di fronte al quesito se anche la corruzione vada impedita dall'amministratore privo di delega, in senso negativo, Cass., 16.2.2010, n. 27070, secondo la quale l'art. 2392 c.c. «disciplina la responsabilità degli amministratori nei confronti della società ed eventualmente la connessa respon-

L'obbligo giuridico in capo ad amministratori privi di delega e sindaci, che va a costituire l'obbligo di impedimento ai sensi dell'art. 40 cpv, riposa nella normativa civilistica, segnatamente nella corona di poteri e doveri che specifiche disposizioni del codice civile assegnano a tali soggetti¹⁴. La riforma della disciplina delle società, attuata col d.lgs. 17.1.2003, n. 6, pur modificando in modo significativo le caratteristiche degli obblighi suddetti, non ha tuttavia mutato l'orientamento giurisprudenziale sull'ammissa configurabilità del concorso *per omissionem* di amministratori e sindaci e sul relativo riconoscimento di posizioni di garanzia deputate all'impedimento di reati inerenti alla gestione della società. A mutare, infatti, è stata solo, in talune sentenze, la valutazione del dolo eventuale in rapporto al mutamento della portata degli obblighi di vigilanza, in modo particolare per gli amministratori privi di delega, con delle decisioni più garantiste che in passato¹⁵. Tuttavia, come si è detto, la responsabilità concorsuale omissiva di questi soggetti resta in piedi, e inalterata nei suoi fondamenti, con un carico di problematicità praticamente intatto in rapporto anzitutto alla fattispecie oggettiva di concorso (l'omesso impedimento e il rapporto causale con l'evento reato).

Partiamo, allora, dagli obblighi degli amministratori senza delega, perché qui appunto si sono avuti i cambiamenti nella normativa extrapenale più significativi per il diritto penale.

Come è noto, la versione originaria dell'art. 2392 c.c. prevedeva per gli amministratori un generico obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione, obbligo per l'assolvimento del quale era richiesta la diligenza del mandatario. In forza di un così ampio dovere, la giurisprudenza non esitava non soltanto ad addossare agli amministratori non

sabilità per reati societari; non può ad essa farsi riferimento per supportare il giudizio di responsabilità penale in relazione» all'omesso impedimento di una corruzione; diversamente, riguardo ai sindaci, si ritiene che, in rapporto ai reati commessi dagli amministratori, scatti l'obbligo di impedimento non soltanto rispetto ai reati propri di questi ultimi, ma anche in relazione agli illeciti penali comuni, come ad es. il peculato, sulla base sia dell'art. 2403 che dell'art. 2407 c.c., norme, queste, che imporrebbero ai sindaci di intervenire ogni volta che nella loro attività di gestione gli amministratori violino la legge e segnatamente la legge penale, così Cass., 12.2.2009, Frattini, in «GD» (2009), 83.

14 L. CONTI, *Diritto penale commerciale. Volume primo. Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, UTET, 1980, 104.

15 Si veda il caso *Bipop Carire*, Cass., 4.5.2007, n. 23383, in «CP» (2008), 103, con nota di F. CENTONZE, *La Suprema corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.

operativi un obbligo di controllo sull'operato altrui ampio quanto ampia era la vigilanza richiesta sulla gestione, ma non esitava anche a far combaciare il dolo eventuale di concorso con una condotta inerte non conforme all'obbligo di vigilanza suddetto¹⁶, dunque con un comportamento che finiva con l'essere più colposo che doloso, più una mancata attivazione del controllo normativamente rimproverabile, che l'effettiva volizione di non impedire il reato dell'amministratore esecutivo¹⁷. Così la stessa teoria dei 'segnali di allarme', sulla base dei quali andrebbe inestata la prova del *dolus eventualis* dell'amministratore non operativo, prima della riforma del diritto societario del 2003, si era andata consolidando nel senso che la percezione di anomalie nella gestione *avrebbe dovuto* far scattare la vigilanza dell'amministratore¹⁸, di modo che la sua inerzia veniva intesa già come consapevole e volontario mancato impedimento del reato (con una sostanziale presunzione della volontà dell'evento). Questa teoria, d'altra parte, ha trovato il proprio brodo di coltura nella bancarotta fraudolenta prefallimentare, dove è assai difficile individuare la stessa insorgenza dell'illiceità penale del fatto rispetto alla successiva sentenza dichiarativa di fallimento¹⁹.

Va da sé che la teoria dei 'segnali di allarme' assecondasse, nella prospettiva del concorso omissivo, la fluidità del fatto principale di bancarotta, per esempio delle condotte di distrazione, così che il dolo del concorrente annegasse, per così dire, nel magma indistinto della cattiva gestione precedente il fallimento²⁰. Non poche voci critiche hanno dunque fatto notare come l'accertamento del dolo finisse per fermarsi alla prova della percezione o finanche della presunzione della percezione di generiche criticità gestionali, senza che attraverso di esse si potesse provare, con ragionevole certezza, la reale volontà di non impedire, con l'omesso controllo, la commissione di uno specifico (tipo di) reato. È evidente che in tal modo si rischiasse, non di rado, di punire anche semplici inerzie colpose nella vigilanza e che, come accennato, il dolo finisse col retrocedere su una pura potenzialità dell'atteggiamento volitivo, ovvero

16 Cass., 27.5.1996, in «RTDPE» (1996), 1394.

17 Cfr. C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in «RIDPP» (2000), 1265.

18 O del sindaco.

19 Oggi: sentenza di apertura della liquidazione giudiziale.

20 Sul famoso caso del *crac* del Banco Ambrosiano, si veda Cass., sez. V, 14.7.1998, in «CP» (1999), 278; in dottrina, A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in «RIDPP» (1999), 1149.

sulla sola coscienza e volontaria inosservanza dei doveri, in un'indebita commistione di dolo e colpa rispetto appunto al profilo della *volontà* di non impedire l'evento costituito dal reato altrui²¹.

Dopo la riforma citata del 2003, soprattutto per gli amministratori privi di delega, le cose, dal punto di vista almeno dell'elemento psicologico del concorso omissivo, sono in parte cambiate perché l'obbligo vago di vigilare sul generale andamento della gestione originariamente previsto dall'art. 2392 c.c. è venuto meno mutando, grazie al nuovo testo dell'art. 2381, u. c., in un più circoscritto obbligo di agire informato, senza che peraltro all'amministratore privo di delega siano conferiti (diversamente dai sindaci) poteri di ispezione e controllo, potendo egli al più richiedere informazioni sulla gestione agli organi delegati perché riferiscano in seno al consiglio d'amministrazione (art. 2381, c. 6). D'altra parte, pur essendo rimasta la responsabilità civile in solido degli amministratori per non aver fatto quanto potevano per impedire o per attenuare gli effetti dannosi di fatti pregiudizievoli per la società, tale responsabilità tuttavia è subordinata all'essere venuti essi effettivamente a conoscenza dei fatti pregiudizievoli medesimi (art. 2392, c. 2).

Ciò, evidentemente, ha influito sulla configurazione del dolo eventuale del concorrente perché ha sollecitato l'aggancio del dolo stesso a elementi fattuali realmente conosciuti, e non soltanto conoscibili, da parte dell'amministratore non esecutivo. Tuttavia, va registrato che accanto a espressioni giurisprudenziali più garantiste, come nella decisione della Corte di cassazione per il caso *Bipop Carire* del 2007²², recepenti il *novum* della riforma societaria, altre decisioni, diversamente, mostrano ancora un ancoraggio della prova dell'elemento psicologico a parametri più prossimi alla colpa (del tipo: il segnale d'allarme era tale che non poteva non essere percepito dall'amministratore)²³. Peraltro, a onor

21 In particolare, N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in «DPC» (2015), 5 ss.; nella manualistica, A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I. I principi generali*, Giappichelli, 2018, 78.

22 Sulla scia della sentenza citata sopra nel testo, v. pure Cass., 8.6.2012-2.11.2012, n. 42519, secondo la quale, ai fini della prova del dolo eventuale, «occorre che il dato indicativo del rischio di verificaione (del "segnale d'allarme", per intendersi) dell'evento [...] non sia soltanto conosciuto, ma è necessario che l'amministratore se lo sia rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi e non di meno sia rimasto inerte».

23 Per esempio, Cass., sez. V, 27.1.2011, n. 7088, secondo la quale per la prova del

del vero, in queste casistiche si riflette un problema più generale di difficoltà a discernere il dolo eventuale dalla colpa con previsione, sotto il profilo sia della definizione della fattispecie sostanziale che dell'enucleazione della prova indiziaria²⁴. Sicché gli sforzi della giurisprudenza in ordine a una corretta prova del dolo²⁵ sono frenati non tanto, e non solo, dalle problematicità di settore quanto piuttosto dalla problematicità del *dolus eventualis* in sé considerato.

In ogni caso, non sembra del tutto appropriato l'atteggiamento di chi approccia – criticamente – il tema qui in esame muovendo dall'elemento psicologico del reato e dalla criticità – per l'appunto generale – del dolo eventuale.

Infatti, anche dopo la riforma del diritto societario del 2003, sia per gli amministratori non esecutivi che per i sindaci, anzi per questi ultimi il ruolo di vigilanza appare ancor più rafforzato e strategico, resta assolutamente ferma l'opinione che tali soggetti siano entrambi titolari di posizioni di garanzia, cioè di poteri e obblighi di impedire reati connessi alla gestione societaria. Da questo punto di vista, si coglie un appiattimento della logica penale sulla logica disciplinare del diritto civile; giacché la normativa extrapenale conferisce la fisionomia reale alle disposizioni di responsabilità penale interessate, le completa per aspetti significativi, secondo una concezione postmoderna di tipo sanzionatorio del diritto penale.

Certo, tale fenomeno di appiattimento è, come si diceva nel primo paragrafo, assecondato qui dai “vuoti” descrittivi degli artt. 40 e 110 c.p.,

dolus eventualis sarebbe sufficiente dimostrare che i segnali d'allarme «fossero talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente imporre anche all'attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci»; similmente Cass., 19.10.2010-22.11.2010, n. 41136, in www.penalecontemporaneo.it, per la quale, ai fini probatori, è sufficiente verificare, in ultima analisi, la conoscenza potenziale dell'indice di rischio sotteso al dolo eventuale, bastando a tal fine dimostrare che «l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi d'illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non poter sfuggire»; e ancora, v. Cass., 18.2.2010: «l'obbligo della vigilanza ascritto ai sindaci prescinde – proprio in ragione della loro posizione di garanzia – dalla previa esistenza di esplicito sintomo del rischio, se – con un giudizio di prognosi postuma – può affermarsi l'avvenuta percezione dell'avvisaglia e del presagio di danno».

24 Sulla distinzione generale tra dolo eventuale e colpa cosciente, Cass. SU, 24.4.2014-18.9.2014, n. 38343, Espenhahn, in www.penalecontemporaneo.it; in precedenza, v. pure Cass. SU, 26.11.2009-30.3.2010, n. 12433.

25 Tanto per gli amministratori privi di delega quanto per i sindaci.

tuttavia va anche detto che la tendenza (giurisprudenziale) a coprire “tutta” la disciplina civilistica di volta in volta interessata con il rinforzo della sanzione penale è una tendenza che va oltre lo stretto ambito di materia qui esaminato (si pensi, solo per fare un esempio, al falso valutativo in bilancio²⁶). Ad ogni modo, questa fusione impropria tra il civile e il penale si vede soprattutto nella configurazione dei poteri impeditivi, nell’indicazione di ciò che l’amministratore privo di delega o il sindaco deve fare per non incorrere nella responsabilità penale. Dunque, si vede anzitutto sul piano della estensione e del contenuto dell’obbligo giuridico di impedimento, e, quindi, sul piano dell’accertamento del nesso causale tra l’omissione dell’azione doverosa e l’evento reato.

In tal senso, è emblematica la ricostruzione giurisprudenziale della posizione di garanzia dei sindaci. Paradigmatica è una decisione del 2018 della Corte di cassazione²⁷. Qui il S.C. prende le mosse dall’art. 2403 c.c. per osservare che sulla base di esso: «il collegio sindacale vigila sull’osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento». Ove «previsto dallo statuto esercita (altresì) il controllo contabile» ai sensi dell’art. 2409 *bis*, c. 2, c.c.

Sono quindi posti a carico del sindaco «obblighi di “vigilanza” (che è qualcosa in più del “controllo” demandatogli dalla precedente normativa), relativa all’osservanza, da parte degli amministratori, “della legge e dello statuto”, nonché della “corretta amministrazione”: formulazione in cui è compresa [...] la preservazione del patrimonio sociale rispetto ai comportamenti distrattivi o dissipativi [nella bancarotta] dell’organo gestorio»²⁸. A questo punto, vengono sottolineati i poteri che la legge civile attribuisce al collegio sindacale e ai sindaci anche singolarmente considerati. Anche il sindaco, infatti, può procedere, in ogni momento, ad «atti di ispezione e controllo»; il collegio sindacale, per parte sua, può chiedere informazioni agli amministratori su ogni aspetto dell’attività sociale o su determinati affari (art. 2403 *bis*); deve convocare l’assemblea societaria quando ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità (art.

26 Cass. SU, 31.3.2016-27.5.2016, n. 22474, Passarelli, in www.penalecontemporaneo.it.

27 Cass., 11.5.2018, n. 44107, in www.eius.it, 3.

28 Cass., 11.5.2018, n. 44107, cit., 3.

2406); inoltre può, e «all’occorrenza deve», denunciare al Tribunale le gravi irregolarità commesse dall’amministratore, per consentire all’Autorità giudiziaria di intraprendere le iniziative di sua competenza (art. 2409, u.c., c.c.)²⁹.

Si ricorda dunque come la violazione degli obblighi suddetti, in corrispondenza dei poteri assegnati, sia fonte di responsabilità risarcitoria, quando il danno (per la società, per i soci o per i creditori) non si sarebbe prodotto ove i sindaci avessero vigilato, anche sul *contenuto* della gestione, e agito in conformità degli obblighi propri della loro carica. A tal proposito, è richiamata la giurisprudenza civile secondo la quale, per la configurabilità dell’inosservanza del dovere di vigilare imposto ai sindaci dall’art. 2407, c. 2, c.c. non è necessaria l’individuazione di specifici comportamenti che siano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato macroscopiche violazioni o comunque non abbiano in alcun modo reagito dinanzi ad atti di dubbia legittimità e regolarità, eventualmente anche segnalando all’assemblea le irregolarità gestionali riscontrate, o denunciando i fatti al Tribunale per permettere a esso di provvedere ex art. 2409, u. c., potendosi ragionevolmente presumere che il ricorso a tali rimedi, o anche soltanto la minaccia di farlo in caso di mancato ravvedimento degli amministratori, avrebbe potuto rivelarsi idoneo a evitare, o almeno a ridurre, le conseguenze dannose della gestione³⁰.

Certo, la Corte di cassazione riconosce che i principi della responsabilità contrattuale non posso essere automaticamente trasferiti in campo penale, tuttavia ci sembra che le differenze vengano colte sul piano dell’elemento psicologico del reato, sottolineando la indiscutibile differenza tra responsabilità civile, per la quale basta la colpa, e responsabilità penale per fatti dolosi, i quali anche nell’ipotesi di concorso di persone, non possono ovviamente non implicare per lo meno il dolo eventuale (laddove non occorra, ai fini della tipicità, il dolo specifico)³¹. Diversamente, sul piano della fattispecie oggettiva, le differenze tra diritto civile e diritto penale sembrano annullarsi. Infatti, i poteri “impeditivi” del sindaco rilevanti ai sensi dell’art. 40 cpv c.p. non vengono configurati come «poteri capaci di evitare, in assoluto, la commissione dei reati da

29 Cass., 11.5.2018, n. 44107, cit., 3.

30 Per esempio, Cass. civ., 3.7.2017, n. 16314, in www.dirittobancario.it.

31 Cass., 11.5.2018, n. 44107, cit., 4-5.

parte degli amministratori (atteso che non è demandato ai sindaci un controllo preventivo sugli atti di amministrazione) », ma più semplicemente vengono intesi come poteri di ricognizione e di segnalazione «che stimolano la reattività dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del patrimonio sociale (i soci e i creditori)»³². Lo stesso giudizio controfattuale, necessario all'accertamento della causalità omissiva, viene reso nel senso che «l'esercizio scrupoloso della funzione di controllo è richiesto per *stimolare*, in generale, comportamenti legali e virtuosi dell'amministratore e non già per impedire, rendendoli impossibili, i reati» che egli abbia in animo di compiere. Si afferma allora che pur quando la compagine societaria corrisponda, in concreto, a quella dell'organo di gestione, cosa che rende improbabile il successo causale dell'attività di contrasto, ciò in ogni caso non rileva, perché quel che conta è che il sindaco metta in moto comunque un processo persuasivo *idoneo a influenzare* le scelte dell'amministratore, spingendolo «a comportamenti più rispettosi degli interessi della società e dei creditori, evidenziando scorrettezze e illiceità suscettibili di determinare responsabilità civili e penali», data anche la possibilità del primo di rivolgersi al Tribunale per denunciare le irregolarità riscontrate³³.

D'altro canto, per gli stessi amministratori privi di delega, sebbene muniti di poteri di controllo limitati, la musica non cambia: il criterio di responsabilità, in rapporto all'azione di impedimento richiesta, è sostanzialmente il medesimo. Una volta infatti che l'amministratore sia venuto comunque a conoscenza, anche se attraverso canali informali, della condotta illecita, egli è tenuto ad *attivarsi*, al pari del sindaco, per impedire il fatto criminoso *in itinere*, sfruttando ogni possibilità, utile allo scopo, che la legge civile mette a sua disposizione.

Anche nel caso dell'amministratore non esecutivo, peraltro, non sono certo configurabili poteri di impedimento in senso 'forte'. Il singolo consigliere di amministrazione, infatti, non ha il potere di assumere direttamente provvedimenti idonei a impedire il reato dell'amministratore delegato; né ha poteri autonomi di investigazione e di iniziativa. Sebbene egli possa impugnare le delibere consiliari ai sensi dell'art. 2388, c. 4, c.c.³⁴,

32 Cfr. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, 2003, 277.

33 Cass., 11.5.2018, n. 44107, cit., 5-6 (corsivo aggiunto).

34 Si tratta del potere di impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione contrarie alla legge o allo statuto riconosciuto al collegio sindacale e agli ammini-

sebbene possa sollecitare il Pubblico Ministero ad agire ai sensi dell'art. 2409, u. c., seppure possa segnalare eventuali irregolarità all'autorità di vigilanza³⁵, nell'ipotesi di società soggetta al controllo di quella, e sebbene possa assumere iniziative in seno al CdA per le opportune delibere (e in caso esprimere voto contrario), si tratta in tutti i casi, come è stato osservato, non «di poteri impeditivi “effettivi”, in grado cioè di incidere direttamente e concretamente sullo sviluppo dell'*iter* criminoso», bensì di uno spettro di azioni dotato di una capacità di «sollecitazione indiretta, solo astrattamente idonea ad attivare una procedura di controllo da parte di autorità terze», ovvero soltanto idonea ad *attivare* l'intervento dell'organo collegiale interno alla società³⁶.

Per la giurisprudenza, tuttavia, l'importante è far emergere le violazioni di legge, attivandosi in qualche modo, così innescando il timore delle conseguenze in chi è in procinto di commettere il reato. In questa prospettiva, è chiaro come si tenda a responsabilizzare amministratori e sindaci, “promuovendo” appunto i loro obblighi di attivazione in autentici obblighi di impedimento, senza troppo curarsi della reale efficacia giuridica e fattuale del potere (in rapporto, ad esempio, anche all'intensità dei legami intercorrenti tra l'amministratore delegato e la compagine sociale)³⁷. L'obbligo di garanzia finisce col degradare così «in una pretesa di comportamento assai generica, praticamente indeterminata, molte volte vicina a una manifestazione di dissociazione», o, ancora, in una pretesa di «condotte di generica attenuazione degli effetti» dannosi del reato, anche «quando il fatto da impedire è già avvenuto»³⁸. D'altra parte, il dovere di impedire viene talvolta inteso come dovere di informare l'autorità giudiziaria o di vigilanza, addossando un obbligo di denuncia del reato a carico del garante pur in assenza di una disposizione

stratori assenti o dissenzienti.

35 In particolare, Banca d'Italia, CONSOB, IVASS.

36 N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva*, cit., 17; A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 80, i quali sottolineano come i singoli amministratori non operativi, ovvero di quelli delegati ma in settori diversi, non siano titolari individualmente di poteri di neutralizzazione dell'illecito commesso dall'amministratore delegato; v. anche, in argomento, F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009, *passim*.

37 Sulla distinzione tra obblighi di attivazione, obblighi di impedimento e obblighi di sorveglianza, I. LEONCINI, *Obbligo di attivazione, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, *passim*.

38 A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 80.

che espressamente lo consenta; sottovalutando che l'adempimento di un tale obbligo presuppone generalmente un reato già compiuto e che perciò l'adempimento stesso difficilmente può rivelarsi idoneo a impedire sul nascere, o nel suo svolgimento, il fatto criminoso³⁹.

Dunque, riassumendo, per gli amministratori privi di delega e per i sindaci l'obbligo di impedimento è mutato nella prassi in un più ampio e generico obbligo di attivazione, comprendente una gamma variabile di possibili azioni di contrasto che, lungi dall'esprimere l'efficienza causale dell'impedire, è sufficiente che attivino un ostacolo, ovvero che mettano in moto procedure collegiali interne, o di autorità esterne, vere depositarie, almeno in astratto, di poteri inibitori. Questo cambio di paradigma corrisponde d'altronde a un più generale orientamento della giurisprudenza. Si pensi ai casi di riconosciuta responsabilità del genitore per non aver impedito la violenza sessuale da altri compiuta ai danni della figlia minorenni. Anche in tale contesto, la posizione di garanzia del genitore (in genere la madre), discendente dall'art. 147 c.c., va a comprendere – secondo l'indirizzo prevalente – una gamma ampia di doverose azioni, che, ove nulla si possa fare di alternativo, e salvo il limite dell'inesigibilità⁴⁰, comprende l'obbligo di denuncia dei fatti di cui si è a conoscenza all'autorità giudiziaria⁴¹.

A questa "estensione" del concetto penalistico di impedimento fino a farvi rientrare condotte non individualmente e direttamente munite di forza inibente del reato corrisponde, all'evidenza, una torsione del concetto stesso di impedimento in senso normativo, nella prospettiva di un deciso rafforzamento delle istanze solidaristico 'moralistiche' di tutela⁴².

Questa torsione si riflette anche, in modo significativo, sull'accertamento della causalità omissiva, la quale subisce un deciso impoverimento dei suoi contenuti di garanzia nella fase del giudizio controfattuale. Sul-

39 N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva*, cit., 16 (nota 36): «Non sussiste [...], in capo all'amministratore, un generale e generico obbligo di denuncia all'Autorità Giudiziaria, non essendo tale soggetto qualificabile come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio».

40 Come quando, per esempio, la madre subisca a sua volta vessazioni e minacce che paralizzano in lei la volontà di reagire agli abusi commessi sulla figlia minorenni dall'altro genitore o dal convivente.

41 Ad es., Cass., 17.1.2012, n. 1369, in www.penalecontemporaneo.it.

42 Sul rapporto vivificatore tra moralismo ed etica del diritto, S. RODOTÀ, *Elogio del moralismo*, Laterza, 2011, 9.

la responsabilità degli amministratori privi di delega, per omesso impedimento del reato, è emblematica una sentenza della Corte di cassazione del 2005⁴³, nella quale viene apertamente teorizzato il distacco di questo settore della causalità dal tronco comune della *condicio sine qua non* per come elaborata nella sentenza Franzese delle Sezioni unite del 2002⁴⁴. Nella decisione del 2005, la quinta sezione ha sostenuto infatti che il modello della condizione necessaria concernerebbe solo i casi nei quali, sul piano *naturalistico*, un evento è conseguenza della condotta libera dell'autore. Diversamente, nel caso di responsabilità degli amministratori privi di delega, si sarebbe in presenza di una legge extrapenale (l'art. 2392 c.c.) che obbliga un soggetto diverso dall'autore a un'azione ostativa dell'evento, in assenza della quale l'art. 40 cpv c.p. fa corrispondere una regola di mera equivalenza causale tra azione ed omissione. In questa prospettiva, la distinzione ai sensi dell'art. 2392 c.c. tra omessa vigilanza e omesso impedimento risulterebbe essere una distinzione «puramente accademica».

Una volta dunque che sussista il rapporto di causalità tra la condotta dell'autore materiale del fatto e l'evento pregiudizievole che l'amministratore avrebbe dovuto impedire, sussisterebbe anche la rilevanza causale del mancato controllo, senza doversi il giudice attardare nella verifica eziologica dell'omessa tenuta di specifici comportamenti impeditivi.

D'altra parte, anche là dove non si è formulato in termini così netti e radicali il carattere *normativo* della causalità per omesso impedimento del reato, il procedimento di eliminazione mentale dell'omissione sembra ridursi generalmente o a una sbrigativa "presunzione" di causalità dell'azione doverosa, ovvero al sostanziale ripiegamento, anche se non esplicitato, sul mero aumento del rischio generato dalla condotta omisiva (ancorché il criterio dell'aumento del rischio sia stato formalmente "bandito" dall'ordinamento penale con la sentenza Franzese)⁴⁵.

43 Cass., 24.5.2005, n. 19509, in «RDC» (2005), 925.

44 Cass. SU, 11.9.2002, n. 30328, in www.olympus.uniurb.it.

45 Sottolineano da un lato la scarsa attenzione della giurisprudenza per l'accertamento della causalità nelle ipotesi di responsabilità di amministratori e sindaci per omesso impedimento del reato, dall'altro la necessità invece che il giudizio controfattuale venga svolto con rigore, A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 81-83; in precedenza, C. PEDRAZZI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (Ed.), *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 216-223*, Zanichelli, 1995, 277, ha scritto: «L'imputazione del reato altrui a titolo di omesso impedimento presuppone la

Riassumendo brevemente, in ordine al concorso omissivo di amministratori e sindaci ancor prima di un problema di accertamento del dolo (eventuale) vi è un problema attinente alla stessa configurazione della fattispecie oggettiva concorsuale. L'esame del diritto vivente sembra dimostrare che la enucleazione delle posizioni di garanzia subiscono qui una significativa dilatazione nella definizione dei poteri e dei doveri di impedimento e poi nella concezione della causalità. L'impedire, concetto chiave di cui all'art. 40 cpv c.p., è concepito infatti in modo assai ampio, andando tale concetto a recepire tutte le possibilità di azione che il diritto societario accorda ad amministratori non esecutivi e sindaci per ostacolare il comportamento illecito degli amministratori delegati. Si tratta di un arsenale vario di atti, diversamente efficaci, quasi mai peraltro di per sé risolutivi: segnalazione dell'illecito, *moral suasion*, sollecitazione del ruolo decisorio degli organi collegiali, attivazione dei poteri di accertamento dell'autorità di vigilanza o dell'autorità giudiziaria (i veri depositari quindi, questi organi e autorità, di poteri effettivamente in grado di impedire, a date condizioni, il reato)⁴⁶.

La causalità viene caratterizzata in senso normativo e in modo coerente con le premesse accolte, perché il carattere *normativo* del nesso causale è sviluppato in funzione di questa visione solidaristica della punibilità. D'altra parte la diluizione del potere di contrasto individuale, la sua immersione nella complessa concatenazione di sfere decisionali diverse,

praticabilità dell'intervento dovuto e soprattutto implica un giudizio di presumibile efficienza in termini di alta probabilità: nel senso che l'intervento sarebbe stato sufficiente a impedire il reato».

46 Questa concezione ampia del potere di impedimento ex art. 40, c. 2, c.p. immerge il potere medesimo nelle reti concausali dei processi decisionali societari, cfr. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia, 2009, 294, secondo il quale: «il potere decodifica uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare del potere stesso è immesso; azione al cui espletamento l'ordinamento connette determinate conseguenze incidenti sull'esito della procedura medesima. In tal modo, il potere contribuisce a determinare la previsione legale della fattispecie omissiva, selezionandone modalità di realizzazione alla stregua delle quali il fatto storico sarà, *eventualmente*, giudicato tipico *anche* perché *ex post* rivelatosi causale». Sottolinea, invece, la necessità di una concezione più stringente del potere di impedimento, F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in «RTDPE» (2006), 608, per il quale sono impeditivi soltanto quei «poteri cui corrispondono doveri di conformazione, in quanto il loro esercizio produce effetti giuridici vincolanti sull'attività del soggetto controllato, e più in generale, i poteri di blocco dell'attività del controllato, come la revoca di quest'ultimo».

cioè la sua confluenza in un potere di impedimento a più mani, fanno sì che l'accertamento causale divenga, se non impossibile, molto difficoltoso proprio perché troppe e difficilmente calcolabili possono essere le varianti causali ipotetiche da prendere in considerazione nel caso concreto. Ecco dunque che la causalità omissiva ripiega, comprensibilmente a questo punto, su *standard* probatori presuntivi, nella migliore delle ipotesi fondati sul mero aumento del rischio⁴⁷, con buona pace del principio di certezza della prova del nesso causale oltre ogni ragionevole dubbio⁴⁸.

In termini dogmatici, questo processo di allargamento della fattispecie di concorso per omissione può essere classificato dunque come fenomeno di “trasformazione” dell’obbligo di garanzia in un obbligo ampio e generico di attivazione.

Riandando con la memoria agli anni 70 e 80 del secolo scorso, non può non ricordarsi come, a quel tempo, taluni innovativi studi su causalità e poteri di impedimento di cui all’art. 40 cpv proprio in relazione agli obblighi di controllo sull’agire altrui, avessero privilegiato un approccio normativo sì, ma di tutt’altro segno rispetto a quello giurisprudenziale. Al riguardo, si era evidenziata l’importanza del principio di auto-responsabilità a integrazione del rapporto causale per limitare simili obblighi di controllo. Tale principio doveva, e secondo noi deve, ancor oggi, rammentarci che il non impedire un reato costituisce una forma di responsabilità che eccezionalmente fa di un privato cittadino un ‘poliziotto’, per questo servono dotazioni di ‘armi’ adeguate⁴⁹. Non ogni omissione, anche solo agevolatrice, può integrare il concorso, ma possono integrarlo unicamente le forme omissive più pregnanti di mancato esercizio appunto di poteri coercitivi o inibitori, capaci di piegare la volontà del soggetto auto-responsabile che commette il reato.

47 Peralto, in qualche caso viene richiamata la necessità di un accertamento rigoroso del nesso causale tra la mancata attivazione del sindaco e il reato commesso dall’amministratore, si veda Cass., 10.11.2005, Barrasso, in «CP» (2007), 735, con nota di M. CAMMAROTO, *Responsabilità penale dei sindaci supplenti*.

48 Come non ricordare, in proposito, l’insegnamento di F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003, *passim*, le cui tesi tuttavia risentono del riferimento privilegiato a determinate casistiche in materia di malattie professionali, disastri tecnologici e simili, senza una teorizzazione che abbracci anche, adeguatamente, fenomeni causali psichici, sociali o di interazione di condotte umane (per approfondimenti sul punto, A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d’impresa ai crimini internazionali*, Giappichelli, 2008, 17).

49 Si veda A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 175.

In ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, ciò significa anche che se il potere risolutivo rientra nella competenza di altri, di un collegio o di un'autorità, si deve ritenere interrotto il nesso d'imputazione oggettiva con l'evento, in forza della competenza *esclusiva* dei veri detentori di tale potere risolutivo. Solo questi ultimi infatti sono in grado davvero di impedire, sul piano giuridico anzitutto, il fatto illecito. A chi può semplicemente attivarsi manca, diversamente, quella *signoria* sull'agire degli altri che sola giustifica la doppia equivalenza, ai sensi degli artt. 40 cpv e 110 c.p., tra il mancato impedimento e l'azione del concorrente principale. Recuperando le intuizioni or ora dette, appare dubbio continuare a ritenere che sia gli amministratori privi di delega che gli stessi sindaci, ancorché dotati dalla legge civile di più incisivi poteri di vigilanza rispetto ai primi, possano tuttavia essere considerati garanti degli interessi della società al cospetto della legge penale, e che possano dunque rispondere per omesso impedimento di reati altrui. Essi infatti non hanno *uti singuli* i mezzi giuridici per impedire: non possono destituire gli amministratori delegati, bloccarne l'azione o imporre loro comportamenti determinati⁵⁰.

La forza di sedimentazione del diritto vivente dimostra tuttavia che le formule del codice penale non hanno retto all'erosione del concetto di 'impedimento' da un lato, e alla vaghezza disarmante del concorso di

50 Cfr., rispetto alla posizione di garanzia dei sindaci, M. RAIMONDO, *La posizione di garanzia del collegio sindacale nell'evoluzione giurisprudenziale*, in «AP» (2012), 5-6: «I sindaci non sono dotati di poteri reattivi in grado di sanare direttamente le eventuali irregolarità riscontrate nell'espletamento del controllo. Al collegio sindacale sono semmai attribuiti poteri reattivi mediati, idonei ad innescare dei meccanismi sottoposti al controllo di altri organi, sociali o extrasocietari, e finalizzati a ricondurre l'azione sociale nell'alveo della legalità (quali il potere di impugnazione delle delibere del CDA e di quelle dell'assemblea non prese in conformità della legge o dello statuto, il potere di attivare il procedimento giudiziario ex art. 2409 c.c. o, ancora, la facoltà di convocazione dell'assemblea, laddove si ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgenza di provvedere ex art. 2406 c.c.). La prova del nesso di causalità [tra omesso impedimento e reato altrui] desta inoltre difficoltà maggiori se si volge lo sguardo alla tipologia dei poteri di reazione messi a disposizione del sindaco *uti singulus*, si tratta in tal caso di facoltà cui viene riconosciuta una qualche "attitudine impeditiva" [...] quali il potere-dovere di partecipare attivamente alle riunioni dell'organo gestorio richiamando i manager al rispetto della legge e sollevando dubbi e perplessità in ordine alla legittimità di certe operazioni, o ancora la facoltà di presentare all'assemblea una relazione di minoranza al fine di segnalare la presenza di operazioni sospette e di prendere le distanze dall'operato dell'organo gestorio e dalla linea di condotta dello stesso collegio sindacale» (qualche potere in più, ma non certo risolutivo, è attribuito ai sindaci di società quotate, v. F. CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 281).

persone dall'altro lato; in altri termini, non hanno saputo arginare le esigenze "evolutive" del mondo attuale tradottesi, come si è detto, in un'ermeneutica teleologica solidaristica ed estensiva della punibilità. Anche da questo punto di vista, il ricordo degli anni 70 e 80 del novecento e delle riflessioni che allora maturavano a favore di un diritto penale minimo ci sollecitano a riproporre il rapporto tra la politica criminale e il diritto penale lungo quella stessa direttrice garantista⁵¹, ma anche a risollecitare, come a quel tempo si soleva fare con convinzione, un intervento riformatore diretto al cuore del codice penale.

3. Brevi osservazioni per una riforma

L'ottimismo della volontà impone di guardare oltre l'attuale pandemia stendendo qualche appunto, a futura memoria, *de lege ferenda*.

Il problema della responsabilità di amministratori e sindaci per l'omesso impedimento di un reato altrui coinvolge, come si è visto, due norme problematiche di parte generale: l'art. 40, c. 2, e l'art. 110 c.p.; problematiche perché carenti di precisione⁵². Ciò ha favorito un «ruolo creativo» della giurisprudenza, che attraverso il ricorso alle posizioni di garanzia societarie ha cercato di rafforzare lo strumento penale e la prevenzione generale, dando così, a detta di taluno, «un importante contributo alla costruzione di un adeguato livello di protezione dei molteplici interessi coinvolti nella gestione sociale», compensando i *deficit* di efficacia della normativa civile, per assicurare l'effettività dei controlli societari (altri-

51 Espressioni dello spirito critico di quegli anni, L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, 1984, *passim*; F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in «RIDPP» (1988), 27; ID., *Teoria generale del reato*, estratto dal «NDI» (1974), UTET, 1 ss.; C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter Verlag, 1973, *passim*.

52 Problematica anche la responsabilità per omesso impedimento del reato configurabile in capo ai revisori legali, sulla quale già in senso critico, A. CRESPI, *La pretesa "posizione di garanzia" del revisore contabile*, in «RS» (2006), 373: «il revisore non è titolare di alcun potere giuridico di intervento a carattere impeditivo-preventivo rispetto all'attività degli organi sociali: i poteri d'indagine di cui il revisore è dotato non hanno infatti alcun carattere di autoritatività, trattandosi di diritti di ottenimento, l'inottemperanza dei quali può solo spiegare i suoi effetti negativi sulla valutazione che dovrà essere data circa l'attendibilità del bilancio. L'obbligo di informazione gravante sul revisore è dunque strettamente funzionale all'intervento *in primis* della Consob, e in siffatta funzionalità è precisamente destinato a esaurirsi».

menti poco incisivi)⁵³. Ci permettiamo tuttavia di dissentire sia sull'accettazione dell'idea che la giurisprudenza svolga un «ruolo creativo» di politica criminale, sia che la strada intrapresa sia quella giusta, perché nel diritto penale l'efficienza della tutela va sempre coniugata con il rispetto delle libertà individuali, anzi, quest'ultima prospettiva andrebbe privilegiata e non subordinata alla prima; cosa che non sembra si sia verificata nel caso di specie.

Per questo, è tempo di riproporre una riforma della parte generale del codice penale, e, per quanto riguarda il tema alla nostra attenzione, è necessario aumentare sensibilmente il tasso di determinatezza sia della clausola di equivalenza tra azione e omissione di cui all'art. 40 cpv che del concorso di persone di cui all'art. 110.

Da questo punto di vista, vorremmo limitarci in questa sede a brevi e modesti suggerimenti nella prospettiva della combinazione tra omissione e compartecipazione nel reato.

Sul versante della responsabilità per omesso impedimento, basterebbe peraltro riprendere quanto già proposto, ad esempio, nel Progetto di riforma della parte generale del codice penale elaborato nel 2001 dalla Commissione Grosso, in particolare recependo il principio per cui: “Le posizioni di garanzia rilevanti ai fini della responsabilità per omissione sono stabilite dalla legge con disposizione espressa”⁵⁴, cercando in tal modo di giungere a un *numerus clausus* di obblighi giuridici di impedire, superando l'attuale condizione di incertezza circa il numero complessivo delle posizioni di garanzia.

Tuttavia, nell'ottica del mancato impedimento non di eventi naturalistici ma di reati, ciò non basta.

Di fronte all'evidente erosione del concetto di 'impedimento' del quale la giurisprudenza, come si è visto, abbraccia una concezione assai lata, sarebbe opportuno procedere infatti a una riappropriazione del concetto da parte della legge, cioè a una sua identificazione modale precisa e

53 M. RAIMONDO, *La posizione di garanzia*, cit., 9-10.

54 Art. 16, c. 1, dell'Articolato approvato dalla Commissione ministeriale nella seduta del 26 maggio 2001 (il secondo comma prevede: “I doveri inerenti alle posizioni di garanzia sono determinati in conformità alla disciplina speciale delle situazioni considerate”).

inequivocabile, oseremmo dire invalicabile in sede interpretativa. Qui il discorso si salda con quanto v'è da osservare sul concorso di persone. Anche su questo fronte non sembra sufficiente quanto previsto (sempre) dal Progetto Grosso, all'art. 43 dell'Articolato, dove ci si limita a elencare, tra le forme punibili, l'esecuzione frazionata del reato, la determinazione e l'istigazione, l'aiuto e l'assistenza, a sottolinearne sì la rilevanza causale, ma senza procedere a una maggiore precisazione dei contributi; precisazione, questa, che farebbe fare alla disciplina codicistica un vero salto di qualità rispetto alle ancora attuali inadeguatezze della prassi giudiziaria.

Dunque sarebbe opportuno, a nostro avviso, che soprattutto in tema di istigazione e rafforzamento del proposito criminoso si procedesse a un'indicazione tassativa di modalità e contesti della fattispecie, eliminando gli aspetti vaghi del concetto⁵⁵. Tornando al tema qui in discussione, sarebbe del pari opportuno prevedere espressamente che, ai fini della responsabilità in concorso per omesso impedimento di un reato, i poteri assegnati *individualmente* per impedire il fatto illecito alla base del corrispondente obbligo giuridico dovrebbero caratterizzarsi per la loro idoneità di coazione, di inibizione ovvero di comando sull'agire altrui: ciò renderebbe davvero rigoroso l'accertamento della rilevanza causale della mancata azione doverosa⁵⁶. Viste poi le incertezze che ancora accompagnano la prova del dolo eventuale non sarebbe male vincolare la punibilità al dolo intenzionale o diretto. D'altro canto, potrebbe anche farsi luogo all'espressa previsione della rilevanza concorsuale dell'omessa vigilanza sull'attività illecita altrui anche solo agevolatrice del reato, quando essa costituisca oggetto di accordo tra i concorrenti.

55 A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, CEDAM, 2000, 193; ID., *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato*, in A. M. STILE (Ed.), *La riforma della parte generale*, cit., 351-365: 351; G. CONTENTO, *Osservazioni sulla proposta di riforma della disciplina del concorso di persone nel reato*, *ivi*, 339-344: 339.

56 Condivisibile, in tal senso, è l'introduzione nel codice penale di una fattispecie di responsabilità quale quella prevista nel Progetto Grosso all'art. 19, c. 1, dell'Articolato: "L'appartenente a forze di polizia è tenuto, nell'esercizio delle proprie funzioni, ad impedire reati della cui programmazione o esecuzione abbia conoscenza"; diversamente, appare troppo generica la previsione dell'art. 20, c. 1: "Colui che abbia assunto compiti specifici di vigilanza e protezione di persone determinate o di determinati beni è tenuto ad impedire, nell'ambito del servizio, delitti di terzi in danno della persona ovvero sui beni della cui protezione sia stato incaricato".

Le condotte di agevolazione per omissione, tipiche dei sindaci e degli amministratori privi di delega, che restassero fuori da un accordo criminoso con l'amministratore delegato, potrebbero integrare figure autonome di reato preferibilmente dolose: reati di pericolo per l'omesso controllo o l'omessa sorveglianza finalmente sganciati dalla causalità e dalla equivalenza puramente 'formale' tra azione e preteso omesso impedimento del reato (pure la sanzione migliorerebbe in equità e proporzione, in quanto autonomamente concepita)⁵⁷.

Potranno sembrare quelle appena formulate proposte vecchie. Tuttavia le crediamo ancora attuali, nella misura in cui sempre attuali sono da considerare quei principi di garanzia del diritto penale che – al di là delle diverse ideologie – hanno trovato nuova linfa nel pensiero giuridico della seconda metà del secolo scorso e che costituiscono, nei nostri intendimenti, i motivi ispiratori alla base di queste “vecchie” proposte di riforma.

⁵⁷ Favorevole all'introduzione di fattispecie autonome di omessa sorveglianza, nel diritto penale dell'impresa, già A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 382.

STRUTTURE ED OPZIONI DI VALORE: IL DIRITTO PENALE 'INEDITO' TRA NOMOFILACHIA DELLE NORME ED UTOPIA DINAMICA.

Antonino Sessa

1. La fine critica alla stagione della premodernità e della postmodernità, caratterizzata da accuse di astrazione piuttosto che di integrazione di elementi della parte generale del diritto penale con significative figure di reato¹, sembra ormai aver trovato definitivamente il suo punto di approdo in quel pure lucidamente auspicato diritto penale *nella* parte speciale - e non *della* parte speciale² -, che oggi rivive autorevolmente in una recente proposizione di rinnovate istanze di riforma del codice penale³. Esse, infatti, rappresentano, proprio per quanto diremo, la massima garanzia di una esigenza non più rinviabile per quanto, investendo prepotentemente la rivisitazione del rapporto classico tra strutture ed opzioni di valore, si riveli capace, nell'ambito di un sistema penale da stato sociale di diritto, di recuperare generali *tòpoi* di garanzia alle fattispecie connotate da sanzione più grave, perché solo così in grado di assicurare la loro razionale funzione criminal-pedagogica di orientamento culturale per i consociati. Ed è proprio per questo che, facendo tesoro di una tale premessa, decisamente tesa alla (ri)affermaazione di una sistematica penalistica orientata a valori normativo-superiori, risulta più facile comprendere come il rapporto tra fatti nuovi e fattispecie di origine non solo non possa più prescindere da quella condivisibile opzione di metodo come appena sopra rappresentata, ma che anzi ne risulti inevitabilmente contaminato.

1 Con riferimento alla stimolante dialettica tra S. MOCCIA, *Una brevissima notazione in tema di struttura e fenomenologia del reato*, in AA. VV., *Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, CEDAM, 1995, 247 ss.; C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in «RIDPP» (1994), 1224 ss.

2 Cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. Volume secondo. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Giuffrè, II ed., 1947, 9-10.

3 Per tutti M. DONINI, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in «SP» (21 settembre 2020).

Infatti, ben oltre il problema tradizionale della tipicizzazione nonché del trattamento sanzionatorio di fatti nuovi rispetto a quelli di origine, secondo scelte legislative che risentono della selezione concettuale in termini di teoria del reato e riferibile alle sole modalità di aggressione ovvero di anticipazione della tutela penale⁴, si è venuta di recente affermando la necessità della presa d'atto con cui le stesse sostanziali opzioni di valore, per quanto teleologicamente ed assiologicamente orientate, impongono nella legalità costituzionale una (ri)strutturazione formale delle categorie ed istituti tradizionali. E tutto questo in nome di quella rinnovata esigenza del diritto penale di assicurare libere scelte d'azione che, al riparo da un rischio penale di illecito, siano rivolte anche a garantire un ordinato vivere civile.

Appare chiaro, allora, come il noto problema delle scelte ovvero delle simboliche 'non scelte' di politica criminale appannaggio del legislatore non sembra più potersi esaurire, come per il passato, nella individuazione dello spazio dommatico riservato alla selezione penalistica di modalità di aggressione, ma, in una razionale prospettiva di controllo multiagenziale ed integrato di fenomeni, anche criminosi, esso ha finito per investire una necessaria rivisitazione, non meramente applicativa, delle tradizionali categorie penalistiche. Queste ultime, infatti, anche sotto la spinta di un diritto giurisprudenziale penale impegnato sempre più alla ricerca della prevedibilità del diritto in nome di una razionale nomofilachia delle norme⁵, hanno finito per sopportare un sempre più evidente 'cambiamento di pelle' che, nell'ambito di una normativa dinamica⁶, è diventato espressione del rinvenimento di tecniche di tutela penale capaci di dare attuazione ad istanze dommatiche da stato sociale di diritto entro margini razionali di garanzie formali e sostanziali necessari, in via di sintesi, a recuperarne un sostrato affidabile e conforme ai principi fondamentali intorno ai quali una democrazia penale ovvero il diritto penale dell'integrazione sociale mira ad aggregare consensi intorno ad un ordinamento.

⁴ Secondo quanto lucidamente osservato da S. MOCCIA, *Una brevissima notazione*, cit., 248.

⁵ Sui rapporti con la nomofilachia casistica cfr. per tutti M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «DPC» (6 giugno 2016).

⁶ Più ampiamente cfr. da ultimo F. PALAZZO - F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino 2018, 22 ss.

Ed è proprio sulla base di una tale premessa di metodo che - nel solco tracciato dal Maestro che con questo scritto intendiamo onorare - è destinata a riaffermarsi la lezione quanto mai attuale di Lucio Monaco: solo l'empiria e la razionalità di una politica criminale orientata a valori sembra in grado di illuminare una dommatica di garanzia che, superando uno storico contrappunto, sappia proporre, non solo una rigorosa rinnovazione delle conseguenze applicative di istituti tradizionali⁷ - come diretta conseguenza della costituzionalizzazione di un'idea di scopo della teoria della pena ispirata da una *Wertrazionalität*⁸ -, ma di fornire anche le basi per una loro corrispondente razionalizzazione strutturale nella stessa teoria del reato. Quest'ultima, infatti, è chiamata a fungere da vettore per la migliore comprensione di quel diritto penale sconosciuto alla parte generale in cui, in via sempre più diffusa, 'inediti' statuti categoriali sono destinati a tradursi in quella coerente conseguenza che, in attuazione sistematica di opzioni di valori normativo-superiori, impone alla struttura del(l'il)lecito penale di recuperare l'unitarietà del reato⁹ all'unitarietà dell'ordinamento¹⁰.

2. Quanto appena sopra osservato sembra aver trovato un suo primo banco di prova nella necessità sistematica di rinvenire i caratteri strutturali di quella colpa speciale che, da sempre, ha costituito il punto di approdo per un razionale bilanciamento tra valori contrapposti nella disciplina di attività professionali naturalmente pericolose, come ad esempio nel caso

7 È il caso del recupero valoriale di empiria e razionalità tra struttura letterale dommatizzata delle norme prognostiche con l'oggetto di giudizi da porre a fondamento della reazione penale, come pure è il caso del superamento del conflitto sistematico tra un diritto penale sostanziale orientato all'autore e un diritto processuale centrato sul fatto, ma anche del recupero della commisurazione orientata alla necessità di un compromesso possibile tra l'empiria della colpevolezza e della prevenzione speciale 'differenziata' cfr. le limpide riflessioni di L. MONACO, *Prospettive dell'idea di 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 121 ss., 165 ss. e 208 ss.

8 Sul rapporto tra *Zweck* e *Wertrazionalität* quale criterio di legittimazione dell'agire penale fuori dall'inganno di teorie irrazionali ovvero del 'senso comune' che, in nome della ricerca di una stabilizzazione di norme sociali e del senso di fedeltà all'ordinamento, si rivelerà immune dalle falsificazioni di una politica criminale lontana da un diritto penale di garanzia, cfr. le sempre suggestive pagine di L. MONACO, *Prospettive dell'idea di 'scopo' nella teoria della pena*, cit., 67 ss. e spec. 105 ss.

9 Cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli 2018, *passim*

10 Per un concetto di antiigiuridicità pre-penale, cfr. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, 2007, 511 ss.

dell'esercizio dell'attività medico-sanitaria¹¹. Un tale obiettivo, in verità, sembra focalizzarsi con riferimento non solo ad un'esigenza di ragionevolezza sistematica capace di eludere quegli apparenti privilegi categoriali per una classe, quella medica, da sottrarre a rappresaglie legate ai risultati di una attività esecutiva terapeutica, quanto piuttosto anche nel garantire, da un lato, libere scelte d'azione sanitaria al riparo da un rischio penale di illecito e, dall'altro, la tutela del diritto alla salute che, solo se adeguatamente bilanciati, sono in grado di vanificare a monte quelle strategie di medicina difensiva rivolte unicamente a ridurre la paura di una diagnosi e di un intervento terapeutico con esito in(fausto). Del resto, la paura appena evocata, per quanto fondata sullo stigma collegato in concreto ad una sanzione procedimentale/processuale, ancor prima che penale in senso stretto, pure finisce per esporre la professione sanitaria ad imprevedibili conseguenze legate alla mera attribuzione/contestazione di un reato ex art. 335 c.p.p..

Ed ecco perché, con la valorizzazione sistematica delle attese di cui appena sopra, si è registrato un percorso evolutivo, dottrinale e giurisprudenziale, che ha determinato la elaborazione di un nuovo statuto penale della colpa in ambito professionale medico-sanitario, quale necessario punto di approdo di una progressiva ricostruzione critica della dommatica tradizionale della colpa. Infatti, ed in piena fedeltà al metodo, proprio il recupero di empiria e razionalità in una teoria del reato orientata da opzioni sostanziali di valore ha consentito di porre le basi per il superamento di un vuoto normativo in materia che, sottratto al percorso 'suppletivo' del 'diritto vivente', pervenisse alla massima razionalizzazione del diritto penale della medicina. Ma procediamo con ordine.

L'obiettivo di sottrarre la 'speciale' colpa professionale medica in ambito penale alla sua originaria concretizzazione giurisprudenziale ispirata dal ricorso a parametri civilistici ha trovato indubbiamente il punto di sua maggior forza critica non solo con riferimento ai beni in gioco (vita ed integrità fisica a fronte di valori economico-patrimoniali), ma soprattutto nella necessaria osservanza del principio di autonomia del diritto penale¹². Quest'ultimo, infatti, opponendosi ad un rinvio generatore di criteri

11 Cfr. F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in «RIDPP» (2011), 419 ss.

12 Una colpa medica per imperizia secondo i comuni criteri di valutazione della colpa penalmente rilevante ex art. 43 c.p. è richiamata in Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre

eccezionali proprio con riferimento al grado della colpa ben oltre la sua classica funzione meramente commisurativa ex art.133 c.p., ha finito per porsi decisamente a fondamento di quell'orientamento compromissorio con cui i giudici di legittimità hanno ritenuto che il richiamo alle stesse regole civilistiche, sul terreno della colpa penale medica, poteva risolversi, evitando privilegi settoriali, solo con il rinvio ad esse in quanto espressione del criterio di razionalità che le ispirava, e che avrebbe fornito una regola di esperienza capace di orientare il giudice penale nella valutazione della peculiare responsabilità colposa medico-sanitaria per imperizia¹³.

Ed è in questo clima, pertanto, che matura, con la legge Balduzzi n. 189 del 2012, il primo vero tentativo di autonoma traduzione normativa di una colpa speciale nel diritto penale della medicina. Il legislatore, infatti, facendo tesoro del dibattito sviluppatosi nel diritto giurisprudenziale, ha costruito, all'art. 3 della legge appena sopra richiamata, una causa (oggettiva) di esclusione della responsabilità penale del medico, per un assetto normativo che, per quanto riferibile a quelle linee guida oggetto di autonormazione categoriale elaborate dal settore di riferimento, pure non ha mancato di sollevare sin da subito una accesa disputa interpretativa. Quest'ultima, in verità, si è focalizzata sulla necessità di abbandonare l'esaltazione di una figura di medico agente modello che, sottratto a strumentalizzazioni di prevenzione generale, avrebbe dovuto trovare il suo equilibrato temperamento, sulla base di un noto filone giurisprudenziale, nel fondamento di una assenza di responsabilità colposa da rinvenire, ben oltre la mera uniformazione alle linee guida in astratto, anche nella possibilità di discostarsene in relazione alla specificità del caso concreto, e ciò in nome di una mancata rimproverabilità soggettiva in ambito penale da affermare proprio quando l'errore incolpevole si fosse rivelato lieve, vale a dire nel caso in cui si fosse registrata una colpa da adempimento lievemente imperfetto ovvero inopportuno¹⁴. Del resto, un tale orientamento giurisprudenziale espansivo, influenzato dagli stessi esiti interpretativi elaborati dalla Consulta nel 1973 sulla colpa

1989, in «RP» (1991), 565.

13 Un quadro giurisprudenziale più dettagliato sul punto è rinvenibile in A. ROLATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, 2012, 118 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2019, 575 ss.; in giurisprudenza per tutte Cass. pen., 5 aprile 2011, n. 16328; C. cost., n. 166 del 28 novembre 1973.

14 Cfr. Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237.

penale professionale medica, si poneva in contraddizione con il tentativo di restringere l'accertamento della colpa sanitaria alla sola verifica delle regole di imperizia, al punto che si trovò anche l'argomento con cui pure la colpa per negligenza ovvero per imprudenza, allontanandosi dai canoni tradizionali della imputazione colposa ex art. 43 c.p., avrebbero trovato la via ermeneutica per dissolversi in una intrigante forma di 'imperizia mascherata' che, come sintesi di una imprudenza o una negligenza qualificata dall'ambito tecnico in cui le stesse forme della colpa si inseriscono, pure avrebbe consentito di reagire ad una *interpretatio abrogans* del nuovo art. 3 delle legge 189 del 2012¹⁵.

La tendenza, allora, alla reazione ad una rivisitazione restrittiva dell'operatività della causa di non punibilità introdotta con la legge n. 189 del 2012 era, però, destinata inesorabilmente a segnare il passo di fronte alla riduzione di una mobile definizione dei confini applicativi della regola c.d. Balduzzi che, anche attraverso il richiamo alle linee guida con riferimento alla accuratezza del sanitario, finiva per trascendere dalla *forma* della colpa, laddove era *il grado* della colpa, in termini derogatori rispetto alla sua classica natura commisurativa ex art. 133 c.p., a fornire in via politico-criminale le basi per un fondamento della incriminazione (nel caso della colpa grave) ovvero di una esimente della responsabilità penale (nel caso della colpa lieve)¹⁶. Del resto, anche a fronte delle stesse perplessità della dottrina sulla natura delle linee guida, vale a dire sulla loro capacità di assurgere a fonte di produzione diretta di regole cautelari, e quindi sulla loro capacità di consentire la traslazione dalla colpa generica nella colpa specifica¹⁷, pure risulta facile comprendere, anche alla luce di quanto appena sopra, come la giurisprudenza, lungi dall'assumere un ruolo vincolante delle stesse, ha dovuto prendere atto della impossibilità di prescindere dalla rilevanza dell'*ars medica* nella peculiarità del caso concreto. Pertanto, a seguito di un tale assun-

15 Cfr. Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2016, n. 23283.

16 Sulla funzione politico-criminale del grado della colpa tra criterio di imputazione e circostanza aggravante cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2020, 420 ss.

17 Una sintesi della vivace critica al traghettamento della colpa generica in colpa specifica è segnalata da G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in «LP» (2017), 1 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 399 ss.; M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in «DPC» (13 maggio 2019), 7 ss.

to, emergeva ancora una volta chiaramente che, nella legge Balduzzi, non più la forma, quanto soprattutto il grado della colpa, in funzione politico-criminale, avrebbe finito per essere assunto come esimente in ragione della sua lievità, ma anche come fondamento della imputazione di una colpa grave (o non lieve) quando, a prescindere dalla forma della colpa per inadeguata selezione delle linee guida o delle pratiche tradizionali, il medico, pur realizzando una selezione adeguata di regole terapeutiche, se ne sarebbe discostato nella loro esecuzione, ed in ragione della specificità del caso concreto, in modo ‘non lieve’, da accertare con il rinvio alla razionalità del criterio fornito dall’art. 2236 c.c.¹⁸. E tutto ciò quale risultato di un evidente ricorso a parametri che, tanto oggettivi quanto soggettivi, si sarebbero rivelati idonei a quantificare lo scostamento dalle regole di esecuzione terapeutica in virtù di una ragionevole personalizzazione in grado di far prevalere criteri soggettivamente filtrati dall’*homo ejusdem* su quelli riferibili a rigidi modelli di ‘tipi di medico’, astrattamente posti al servizio di una strumentalizzazione di una *culpa in re ipsa* in funzione di prevenzione generale¹⁹.

In questo clima fortemente dialettico, ed a soli cinque anni dalla Legge Balduzzi, però, viene introdotta la legge n. 24 del 2017 c.d. Gelli-Bianco. Quest’ultima, con il nuovo artt. 590 *sexies* c.p., infatti, pur proponendosi di addivenire ad una ampia revisione della disciplina dell’attività medica, non manca, a ben vedere, di presentare aspetti critici per una immediata ed evidente contraddizione della stessa *ratio* riformatrice. Infatti, benché rivolta a garantire la sicurezza della salute come bene intermedio rispetto alla tutela del bene finale della salute, essa, nel tentativo di porre argini alla medicina difensiva, finisce per fallire proprio nel suo intento, quello di tranquillizzare *ex ante* la classe medica, orientando *ex post* il giudice nella problematica definizione del campo della responsabilità penale per colpa professionale medico-sanitaria. Ed una tale affermazione della causa (soggettiva) di esclusione della punibilità ai soli eventi causati da colpa per imperizia il legislatore del 2017 ha finito, ancora una volta, per non eliminare quei dubbi che, pure sollevati in dottrina, e sulla base di quanto già avvenuto nella giurisprudenza ante Balduzzi, hanno investito la estrema mobilità della stessa categoria

¹⁸ Cfr. per tutte Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2015, n. 9923.

¹⁹ Si tratta di uscire da una colpa costruita su ‘tipi di medico’ cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2020, 576 ss.; M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., ivi.

dell'imperizia. Infatti, aprendo alla possibilità di una valutazione di adeguatezza del contegno medico al caso concreto, e quindi non effettuata *ex ante*, ma valutata *ex post* dal giudice, si è giunti alla presa d'atto della impossibile operatività automatica dell'esimente di cui al nuovo art. 590 *sexies* c.p. dal momento che, qualora riferita al rispetto di linee guida adeguate al caso di specie, avrebbe prodotto come risultato inevitabile la mancata distinzione tra forma e grado della colpa per le ipotesi di imprudenza e negligenza, con la inevitabile diretta conseguenza che la colpa lieve non avrebbe potuto operare ai fini di una eventuale loro irrilevanza penale. Del resto, tutto ciò appare favorito anche dalla stessa diffidenza sulla natura delle linee guida laddove è lo stesso deficit dei tratti propri della colpa specifica per la professione medica a renderne difficoltosa la proposizione come regole tecnico-scientifiche dotate di quella tassatività necessaria ed affidabile per la individuazione di un confine certo di un agire sicuramente al riparo da un addebito di colpa.

Ed ecco perché sono proprio gli stessi dubbi sopra evidenziati che, derivanti dai margini applicativi della nuova causa di non punibilità ex art. 590 *sexies* c.p., hanno finito per aprire un vivace e quanto mai singolare dibattito che, sviluppatosi all'interno della stessa sezione, la quarta, della Corte di Cassazione, ha determinato un esito quanto mai sconvolgente ed inaspettato: il venir meno sul piano letterale del riferimento alla colpa lieve avrebbe condotto la giurisprudenza di legittimità a ritenerlo come del tutto apparente. Infatti, una felice sintesi dottrinale delle cc.dd. sentenze Tarabori²⁰ e Cavazza²¹ può essere rinvenuta nella acuta osservazione di chi²² ha individuato in esse una poco rassicurante alternativa che, tra una interpretazione dell'art. 590 *sexies* c.p. costituzionalmente conforme, ma sostanzialmente sterilizzante, ovvero un'interpretazione fedele al tenore letterale della norma e alla volontà del favore per la classe medica, ma indiziata di incostituzionalità, ha finito per disegnare uno scenario in cui non risulta difficile comprendere come si sia reso necessario l'intervento delle SS.UU. della Suprema Corte²³, per come portatrici di una soluzione che, nel rifuggire ogni possibile compromesso, ha finito, a ben vedere, per rappresentare una terza via del tutto autonoma.

20 Cfr. Cass. pen., 20 aprile-7 giugno 2017, n. 28187, in «CP» (2017), 3152.

21 Cfr. Cass. pen., 19 ottobre-31 ottobre 2017, n. 50078, in «DPC» (7 novembre 2017).

22 Cfr. C. CUPELLI, *L'anamorfose dell'art. 590 sexies c.p.*, cit., 1979.

23 Cfr. Cass. SU, 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018 n. 8770.

Le SS.UU. Mariotti, infatti, con la valorizzazione di una interpretazione conforme a costituzione perché non contro, ma oltre la legge (art. 12 d.p.l.g.), hanno reintrodotta in via ermeneutica, seppur letteralmente escluso, quel grado lieve della colpa per imperizia che, nel ridisegnare i confini strutturali della causa di esclusione della punibilità di cui al nuovo art. 590 *sexies* c.p., si (ri)propone come ulteriore tentativo di attuazione di esigenze di ragionevole bilanciamento tra libere scelte d'azione, necessarie a ridurre il rischio penale di una classe professionale, quella medica, ed il diritto fondamentale alla salute. E ciò anche al fine di rendere tollerante l'irresponsabilità penale in caso di concretizzazione dell'evento sulla base di un rischio non consentito che, solo attraverso un razionale temperamento tra parametri oggettivi e soggettivi, può portare all'isolamento della fase iniziale diagnostica, governata dalla adeguata selezione delle linee guida o dalle migliori pratiche assistenziali, rispetto a quella terapeutica, vale a dire quella successiva e relativa alla loro corretta esecuzione laddove, anche in virtù di uno scostamento ragionevolmente marginale e di minima entità, la responsabilità colposa possa essere al riparo da esasperazioni proattive di 'tipi di medico' ovvero di flessibilizzazioni eccessive dell'*homo ejusdem*.

I giudici di legittimità, infatti, ispirandosi decisamente alla figura di un 'agente modello dell'agente modello'²⁴, hanno avuto modo così di precisare che il presupposto della colpa per imperizia da errore colpevole del medico-sanitario non deve radicarsi nella sola fase della selezione delle linee guida, che quando inadeguata porta a sicura responsabilità penale anche per colpa lieve, ma anche quando, in presenza di una previa selezione specifica ed adeguata di tali linee guida al caso concreto, pure non mancherà di assurgere a rilevanza penale nel momento della loro attuazione esecutiva, salvo la verifica di quelle condizioni esimenti per come rivisitate, anche in via implicita, e nel nuovo art. 590 *sexies* c.p., in virtù della loro più recente deontologia ermeneutica. Infatti, proprio alla luce delle statuizioni delle SS. UU. Mariotti, qualora si registri uno scostamento dai parametri adeguatamente individuati in astratto e l'evento si verifichi ugualmente l'errore per imperizia sarà penalmente

24 Per una oggettivizzata personalizzazione dell'agente modello, sottratto a strumentalizzazioni di prevenzione generale cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli 2017, pp. 85-90; F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in «DPC» (13 marzo 2012), 1 ss.

rilevante, ponendosi a fondamento dell'imputazione, solo quando grave, vale a dire quando si realizzi quell'errore che, in via residuale, si presenterà come non coperto, nella sua concretizzazione terapeutica, da uno scostamento esecutivo *ragionevolmente* (n.d.r.) marginale e di minima entità²⁵.

Da tutto quanto appena sopra evidenziato segue, allora, l'affermazione di un chiaro principio di diritto: con riferimento al rapporto tra forma e grado della colpa è quest'ultimo che, nel caso di ragionevole – perché marginale o di minima entità - scostamento nel momento dell'esecuzione terapeutica di linee guida o di migliori pratiche pure adeguatamente selezionate, si erge a causa (soggettiva) di esclusione della punibilità, abbandonando così l'alveo del classico criterio di commisurazione per assumere una chiara funzione politico-criminale²⁶.

Le SS.UU. Mariotti, però, pur operando su di un piano dommaticamente ineccepibile, non hanno impedito di evidenziare perplessità per una soluzione che, sul piano sostanziale e metodologico²⁷, ha finito per alimentare e certificare il fallimento di una riforma, quella che con la legge Gelli-Bianco ha portato al nuovo art. 590 *sexies* c.p., e che proprio nella denuncia delle aporie derivanti dalla disciplina conseguente alla rigorosa applicazione ad essa dei principi di diritto intertemporale ha segnato un evidente corto circuito sistematico²⁸. Pertanto, ed anche in ragione delle difficoltà emergenti dalla stabilizzazione del precedente giurisprudenziale rispetto alla sistematizzazione di quella nomofilachia delle norme per come proposta dalle SS.UU. Mariotti²⁹, risulta comprensibile come siano emerse immediate istanze volte a tradurre, tuttavia, in una razionale proposta di 'riforma delle riforme' quel diritto penale 'inedito', perché sconosciuto alla parte generale, con cui i giudici di legittimità

25 Cfr. Cass. SU, 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018.n. 8770, cit., ivi.

26 Per una causa di non punibilità, che opererebbe sul terreno delle valutazioni politico-criminali della pena in luogo di una causa di esclusione della colpevolezza, si pronunciano G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 406.

27 Una compiuta rassegna sul punto si rinviene in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 421; C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p.*, cit., 12.

28 Con l'effetto che i medici per essere tranquillizzati potranno solo sperare di avere commesso i fatti prima dell'entrata in vigore della legge Gelli Bianco, così C. CUPELLI, *op.ult.cit.*, ivi.

29 Per tutte Cass. pen, sez. IV, del 22 giugno 2018 n. 37794, De Renzo, in *dejure*.

hanno dato origine ad un nuovo statuto del grado della colpa nel diritto penale della medicina chiamato, quando recuperato ad un contesto ordinamentale favorevole, e a dispetto di quanto avvenuto nella più recente legislazione in materia, ad evitare le aporie sistematiche per come sopra evidenziate.

Pertanto, il fondamento del grado della colpa su di un criterio di razionalità capace di restituire autonomia ad una (ir)responsabilità penale che, avendo come riferimento l'individualizzazione del giudizio di colpa (non) lieve destinato ad operare sul terreno della colpevolezza³⁰, sembra imporre, quindi, e proprio alla stregua delle motivazioni che hanno ispirato le SS.UU. Mariotti, una riformulazione della più recente normativa sulla colpa penale nell'esercizio della professione medico-sanitaria, in modo che la voce compositiva del giudice lasci spazio alla voce ferma del legislatore³¹. Quest'ultimo, infatti, ed in via di sintesi tra il diritto penale 'inedito' maturato nella deontologia ermeneutica dei profili positivi della legge Gelli-Bianco n. 24 del 2017 e la disciplina più favorevole del diritto penale della medicina, per come introdotto dalla legge Balduzzi n. 189 del 2012, dovrà individuare una categorizzazione speciale del grado della colpa che, in funzione politico-criminale e, quindi, derogatoria rispetto alla sua funzione ordinaria di criterio di commisurazione ex art. 133 c.p., sia capace di attenuare per tutte le ipotesi di reato le criticità di una totale oggettivizzazione della colpa medica asservita ad esigenze di prevenzione generale. Solo così, attraverso una *oggettivizzata personalizzazione* da riferire ad un 'agente modello dell'agente modello', il nuovo statuto penale del grado della colpa saprà salvaguardare, accanto ad una imputazione penale riservata ad ipotesi di scostamento non lieve da linee guida formalizzate ovvero da buone pratiche assistenziali, quegli spazi di 'ragionevole' discrezionalità ed autonomia tecnica esenti da responsabilità penale. E tutto ciò in nome di quello 'scudo penale', appunto, di cui gli operatori medico-sanitari godranno per tutte le ipotesi di reato, non solo lesioni ed omicidio, in cui vivranno anche la riduzione dei problemi di tipizzazione del fatto sottostante, necessaria non solo ad attenuare i dubbi interpretativi affidati ad una giurisprudenza suppletiva, ma a scoraggiare soprattutto il

30 Cfr. R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in «DPC» (24 maggio 2018), 1 ss.

31 Come auspicato da C. CUPELLI, *L'anamorfoosi dell'art. 590 sexies c.p.*, cit., 1993 ss.

ricorso al procedimento/processo penale come sanzione, dal momento che la responsabilità civile del medico e della struttura di appartenenza si riveleranno, in via sussidiaria, come lo strumento maggiormente effettivo per contrastare le derive di una medicina difensiva in favore di una razionale tutela della salute, senza immaginare un privilegio di impunità per una determinata categoria professionale, quella medica.

1.1. Ma accanto alla funzione politico-criminale del grado della colpa nel diritto penale della medicina, e per come sopra già evidenziato, il recupero di empiria e razionalità in una teoria del reato orientata a valori normativo-superiori sembra porre le basi, in via sistematica, per l'evoluzione di un diritto penale 'inedito', *rectius* provvisorio, che l'ordinamento sembra di recente riconoscere e porre all'origine di un ulteriore nuovo statuto penale da riferire, questa volta, ad una differenziata idea di giustificazione.

Per come elaborata dalla dottrina tedesca, critica verso un'incoerente soluzione del giudice delle leggi d'oltralpe sulla non punibilità dell'interruzione volontaria di gravidanza³², la c.d. scriminante procedurale, infatti, ha rappresentato, sin dalle sue origini dommatiche, il tentativo di sistematizzare una casistica problematica che, non solo sul terreno originario del biodiritto penale, ha presentato da sempre la forte esigenza di una sua razionalizzazione sistematica valorizzando, nella risoluzione di conflitti tra interesse individuali e/o collettivi socialmente significativi, il contributo del c.d. modello discorsivo integrato³³. Il soggetto che decide di agire, qui, infatti è posto al riparo da accertamenti giudiziari incerti *ex post* per una valutazione *ex ante* di non anti-giuridicità del proprio comportamento in virtù di una disciplina normativa di controlli pubblicistici che, in ordine alla liceità tassativamente pre-determinata della condotta, fondano uno spazio di diritto libero³⁴ in cui l'ordinamen-

32 Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in H. DÄUBLER-GMELIN, K. KINKEL, H. MEYER, H. SIMON (Edd.), *Gegenrede. Aufklärung - Kritik - Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, Nomos, 1994, 731 ss.; in Italia per tutti M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in «RIDPP» (2007), 1269 ss. e spec. 1279 ss.

33 Così W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 738 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, ESI, 2018, 24 ss.

34 Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in «CP» (2007), 902 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in «DPP» (2007), 1561 ss.

to, sulla base di una ‘relativa’ neutralità, si ritrae³⁵, giustificando proceduralmente così una decisione.

Facendo tesoro di tali acquisizioni, allora, come per la giustificazione sostanziale, anche quella procedurale, allora, sembra destinata a vivere una classificazione di costellazioni casistiche incentrate, rispettivamente, sul consapevole esercizio del diritto fondamentale all’autodeterminazione e su di una prognosi privilegiata statale, per una decisione appunto che, assunta come la migliore possibile in quel momento, viene legittimata dal riconoscimento anticipato dell’esercizio di un diritto fondamentale ovvero di una ineccepibile prognosi privilegiata statale³⁶. Queste ultime, sottraendo la scelta insindacabile del soggetto decidente, anche qualificato, a possibili ingerenze ovvero all’accertamento *ex post* di terzi (il giudice), rispondono ad una valutazione di non anti giuridicità che, in virtù di condizioni pre-determinate per legge, è rivolta a tutelare in via primaria, ed in luogo di una incriminazione, valori normativo-superiori, anche solidaristici. Inutile dire, poi, che un tale ultimo assunto registra un significativo rafforzamento, in via sistematica, anche in quella peculiare forma di concretizzazione processuale con cui la giustificazione di natura procedurale, a differenza di quelle tradizionali, fonda il superamento della scissione processuale tra reato e anti giuridicità, in modo da ridurre così anche la tradizionale incomunicabilità tra sistema delle cause di giustificazione nel diritto penale e sistema delle cause di giustificazione nel processo³⁷.

Ed allora, una tale ricostruzione, per quanto appena sopra affermato, sembra trovare il suo più autorevole conforto proprio in quel diritto penale ‘inedito’ provvisorio che, così come emergente da una limpida e recente giurisprudenza costituzionale e di merito in materia di fine vita³⁸,

35 Cfr. più ampiamente M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 33 ss.

36 Così W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 731 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 247 ss.

37 Rinviano alla lucida ricostruzione metodologica di F.M. IACOVIELLO, *La costruzione processuale delle scriminanti*, in M. DONINI, R. ORLANDI (Edd.), *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, 2010, 290 ss.

38 Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale n.242 del 2019 e alla sentenza della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 in C. CUPELLI, *I confini di liceità dell’agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in «SP» (3 agosto 2020), 1; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del*

ha contribuito a fornire le basi dommatiche con cui riconoscere quei caratteri evidenti che, non più solo induttivamente, segnano il primo ‘formale’ riconoscimento anche nel nostro sistema di quella nuova idea di giustificazione che, a completamento di quella tradizionale ovvero sostanziale, è stata appunto definita come procedurale.

Quest’ultima, infatti, diversamente dal bilanciamento tra beni proprio della giustificazione tradizionale o sostanziale, si caratterizzerebbe per una fattispecie d’eccezione che consente di ricercare negli elementi gradati di un concetto di proceduralizzazione costitutiva, non dichiarativa³⁹, i presupposti necessari, da un punto di vista dommatico, alla legittimazione *ex ante* del risultato lesivo come conseguenza di una decisione solo così non impedibile in ragione proprio della tutela primaria di ulteriori beni e, da un punto di vista politico-criminale, a garantire sistematicamente un ordinato vivere civile capace di scongiurare situazioni giuridicamente caotiche⁴⁰. Pertanto, l’aspetto maggiormente innovativo di una tale figura è rappresentato dal fatto che la giustificazione procedurale è destinata, non solo a segnare il superamento dell’incriminazione come strumento tradizionale di tutela primaria da riferire alla lesione di un bene giuridico, ma, con la peculiare esaltazione degli elementi contenutistici di norme permissive, ad aprire la dommatica delle cause di giustificazione alla conformità al diritto dell’offesa di un bene in nome della protezione primaria di altro o altri beni, in modo tale

male, in «SP» (10 febbraio 2020), 1 ss.; S. CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale.*, in «RIDPP» (2019), 2159 ss.; N. COLAIANNI, *Incostituzionalità prospettata e causa di giustificazione dell’aiuto al suicidio: novità nella continuità*, in *www.statoechiese.it*, 2/2020, 8 ss. e spec. 11; nella manualistica da ultimo G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2020, 306.

³⁹ Sui rapporti tra norma secondaria e norma primaria in termini di specificazione, ma anche di fondamento della regola per cui essa viene neutralizzata nella sua precettività penale come conseguenza di uno spazio di diritto libero quale effetto di una procedura non dichiarativa, ma costitutiva di un riconoscimento anticipato dell’esercizio di un diritto ovvero di una prognosi privilegiata statale cfr. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, 2006, 48 ss.; più in generale sul tema L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, 2002, 95 ss.

⁴⁰ Derivanti dalla non esclusione di diritti di intervento lecito, anche nei limiti molto ristretti di una resistenza attiva ‘limitata’ sulla base delle regole dello stato di necessità in favore di chi venga minacciato da comportamenti pur conformi al diritto cfr. per tutti le illuminanti pagine di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Wolters Kluwer, 2017, 84 ss.; C. ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell’illecito*, cit., 84 ss.

che, a differenza di quanto avviene per le ipotesi di rischio consentito e di quelle sostanzialmente giustificate⁴¹, la lesione sia da ritenersi autorizzata sin dal momento iniziale della realizzazione della condotta⁴².

Del resto, ed a prescindere dalla ripresa di tali elementi strutturali nella più recente giurisprudenza costituzionale appena sopra citata, non sono mancate voci critiche che hanno incentivato il dibattito dottrinale sulla verifica della tenuta della elaborazione di una dimensione dommatica e sistematicamente autonoma della nuova idea di giustificazione. Muovendo dalla teoria dello spazio libero dal diritto, ma anche da quella delle cause di esclusione dell'illecito penale, la traduzione in Germania di essa nella teoria dello spazio di diritto libero, ponendo le basi per il riconoscimento di uno spazio libero dall'illecito⁴³, ha fornito anche in Italia il fondamento per resistere a quei tentativi di svuotamento della scriminante procedurale che, con il ritorno alla giustificazione sostanziale⁴⁴ ovvero al richiamo ad una causa di esclusione del fatto come ad una scusante speciale in prospettiva *de lege ferenda*⁴⁵, non sembrano incidere su di una affermazione sempre più ampia, in dottrina e in giurisprudenza, di una non punibilità da legittimazione *ex ante* di condotte lesive sulla base di condizioni pre-detereminate per legge destinate alla licitizzazione, sin dal momento della loro realizzazione, di quelle aggressioni generatrici di un'offesa 'proceduralmente non vietata' perché frutto di una decisione consapevolmente ovvero fiduciarmente qua-

41 Per i dovuti approfondimenti sul punto è possibile riprendere la lezione di M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*. cit., 47 ss.

42 Per una condotta non impedibile perché la scriminante interviene in costanza della realizzazione del comportamento tipico, privato così anche della sua precettività penale, limpidamente e per ulteriori approfondimenti M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 48 ss.

43 Una sintesi del dibattito in C. ROXIN, *Problemi fondamentali di teoria dell'illecito*, in S. MOCCIA (Ed.), *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ESI, 1996, 36 ss.

44 Cfr. per tutti M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in «RIDPP» (2007), 1269 ss.

45 Cfr. M. MANTOVANI, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in M. DONINI, R. ORLANDI (Edd.), *Il penale nella società dei diritti*, cit., 185 ss.; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in «SP» (8 gennaio 2020), 9; A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di illiceità penale*, in «LP» (16 marzo 2020), *passim* e spec. 13 ss.; G. COCCO, *È lecito evitare l'agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita*, in «Resp. civ. prev.» (2020), 382 ss.

lificata per quanto ineccepibilmente necessitata, ma tale da rispondere anche ad una razionale esigenza di garantire un ordinato vivere civile in cui la forza del diritto possa prevalere sul diritto della forza⁴⁶.

Ed è proprio facendo tesoro delle acquisizioni sin qui elaborate che si è sviluppata la necessità di interrogarsi sulle linee teorico-generalì cui una dommatica di garanzia, partecipando anche ad una evidente genesi evolutiva della teoria del lecito⁴⁷, è chiamata a fornire la elaborazione delle coordinate strutturali essenziali atte a riconoscere la nuova fattispecie di eccezione nelle costellazioni casistiche ad essa riconducibili⁴⁸. Appare chiaro, quindi, che, rimanendo fedeli al metodo, se è vero che la sistemazione concettuale del dato normativo nel teleologismo dei valori costituzionali deve investire anche gli aspetti problematici del rapporto regola-eccezione⁴⁹, per norme scriminanti che non hanno carattere specificamente penale⁵⁰, è anche vero che la dommatica della giustificazione non consente di pensare ad una disciplina di tali fattispecie affidata all'arbitrio del legislatore. Tutto questo, a maggior ragione, rileva soprattutto quando la risoluzione di un conflitto tra interessi viene affidata non ad un bilanciamento *ex post* ed in concreto rimesso all'accertamento di un terzo – il giudice –, ma ad una procedura costitutiva della qualifica di liceità tassativamente pre-determinata che, riferita a condotte lesive poste in essere da particolari soggetti, anche qualificati, dei quali provvede a controllare la consapevolezza o l'ineccepibile correttezza prognostica di una decisione, è destinata a vincolare una valutazione di non anti-giuridicità di un fatto all'adempimento di condizioni di legittimazione *ex ante* e garantite da riserva di legge. Esse, nel porsi a presidio di delicati bilanciamenti, limiteranno la stessa precettività pe-

46 Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 27 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 25-27.

47 Un tale suggestivo aspetto è rilevato da F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in M. DONINI, R. ORLANDI (Edd.), *Il penale nella società dei diritti*, cit., 293 ss.; G. MARINUCCI, *Agire lecito in base ad un giudizio "ex ante"*, in M. BERTOLINO et al. (Edd.), *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, 2011, 1097.

48 Ci sia consentito rinviare sul punto a A. SESSA, *op. ult. cit.*, 247 ss.

49 Cfr. per tutti la fine ricostruzione di D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Morano, 1961, 304 ss.

50 Perché se non necessariamente subordinate al principio della riserva di legge, devono uniformarsi a criteri di determinatezza da riferire anche all'illecito penale complessivo, cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 191 ss.; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, 2018, 71 ss. e 481 ss.

nale in funzione della protezione primaria di ulteriori beni costituzionalmente garantiti, legittimando il sacrificio di questi ultimi attraverso la concretizzazione di un rinnovato meccanismo tipico di fattispecie di eccezione che, nell'autorizzare interventi anche nei diritti individuali, consentano alla giustificazione ed all'incriminazione di partecipare dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico⁵¹.

La giustificazione procedurale, dunque, più che per la affermazione di un diritto, finisce per caratterizzarsi per una struttura votata al riconoscimento anticipato dell'esercizio consapevole dello stesso ovvero al riconoscimento anticipato di una prognosi privilegiata statale in quanto ineccepibile, e questo secondo modalità procedurali che, seppure possono richiamare quelle fondanti la giustificazione sostanziale, se ne differenziano nettamente per la natura costitutiva del loro accertamento *ex ante*. E tutto ciò sulla base di specifiche condizioni oggettive e soggettive⁵² che, proprie della liceità di una autonoma ed 'inedita'⁵³ scriminante, non solo sono capaci di porre argini alla crescita esponenziale di quelle irragionevoli aporie sistematiche⁵⁴ legate ad un alto rischio etico ovvero solidaristico di illiceità penale, ma anche di consentire che, a corredo di decisioni assunte da soggetti fiduciarmente qualificati nella limitazione di diritti individuali, l'ordinamento, limitatamente a queste ultime, assicuri come conseguenza giuridica non sanzionatoria un in-

51 Per una suggestiva rivisitazione dei rapporti tra giustificazione e incriminazione nello specchio del moderno costituzionalismo penale cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in M. DONINI, R. ORLANDI (Edd.), *Il penale nella società dei diritti*, cit., 294 ss.; del resto, così come nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico si assiste a norme penali che limitano norme attributive di diritti - si pensi a quanto avviene con la incriminazione dell'incendio di cosa propria (art. 423 c.p.) -, allo stesso modo non si vede perché una norma giustificante non possa limitare la precettività penale di una regola di condotta, si tratta di argomentazioni che portano a ragionevoli conseguenze le stimolanti osservazioni di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, 285.

52 I cui rispettivi caratteri strutturali sono rinvenibili in A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 281 e 287 ss.; da ultimo, per gli opportuni riferimenti in giurisprudenza cfr. C. CUPELLI, *op. ult. cit.*, ivi.

53 Così A. NATALINI, *Inedita scriminante procedurale applicabile in futuro*, in «Guida diritto» (2020), fasc. 3, 67 ss.

54 Tendenti a modificare, nel biodiritto, l'equilibrio 'laico' tra necessità di controllo sociale di un fenomeno ed esercizio di diritti fondamentali individuali, anche 'infelici', come pure, nelle ipotesi di prognosi privilegiata statale, il recupero di un diritto di necessità in uno stato di normalità, in cui solo così si assista ad eccezioni nel diritto, più che ad eccezioni del diritto cfr. S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (Edd.), *L'eccezione nel diritto*, Editoriale scientifica, 2015, *passim*.

dennizzo autonomo da porre a ristoro solidaristico di un atto dannoso lecito⁵⁵. Infatti, un tale esito, proprio in ragione del riconoscimento di una ineccepibile prognosi privilegiata statale, che opera anche in caso di divergenza della decisione assunta con il risultato ad essa successivo, si confermerebbe solo in quanto riferibile ad una giustificazione posta a tutela primaria di fondamentali valori solidaristici ai quali nessuno intende rinunciare.

Breve: nel rispetto del modello discorsivo-relazionale orientato da situazioni necessitate ed in presenza di un deficit assoluto di conoscenza, diversamente dalle verifiche di necessità e proporzione *ex post* affidate all'accertamento in concreto di terzi (il giudice) – come nella giustificazione sostanziale – si è venuto, allora, enucleando, così come recepito anche nella più recente evoluzione giurisprudenziale, un 'inedito' spazio libero dall'illecito come spazio di diritto libero in cui la neutralità dell'ordinamento viene condizionata a criteri tassativamente pre-determinati per legge e tali da rendere lecita anticipatamente una consapevole decisione ovvero una ineccepibile prognosi privilegiata statale perché verificate nel rispetto di una costitutiva procedura giustificante di condotte che, non impedibili, benché lesive, vengono garantite da un ordinamento solo così razionalmente neutrale rispetto alla migliore tutela possibile in quel momento del valore, anche solidaristico, di volta in volta coinvolto e affidato alla insindacabile decisione del soggetto decidente qualificato.

2. Funzione politico-criminale del grado della colpa e legittimazione *ex ante* di condotte lesive sembrano, alla luce della nostra ricostruzione sistematica, rivolti a tradurre in una dommatica di garanzia le spinte che la deontologia ermeneutica imprime ad un dinamismo normativo il quale, nel colmare i vuoti denunciati da un diritto penale sconosciuto alla parte generale, è chiamato alla concretizzazione di quella (ri)strutturazione di istituti per come imposti da opzioni di valore necessarie ad assicurare un ordinato vivere civile tra liberi conviventi. Si tratta, a ben vedere, in un'ottica di rigorosa sussidiarietà dell'autocontrollo penale, di resistere alla deriva di un reato come rischio sociale quale inevitabile conseguenza di un diritto penale onnivoro⁵⁶, affidandosi, in questi casi,

55 Cfr. per tutti la lezione di G. ALPA, *Atto lecito dannoso*, in G. SPANGHER (Ed.), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Giappichelli, 2017, 33 ss.

56 Volendo portare a compimento il percorso di delegittimazione del diritto pena-

ai risultati interdisciplinari concorrenti e riservati alla razionalità di un'autonormazione privatistica e pubblicistica che, nel sistema 'vivente' delle fonti, sono destinate ad integrare il formante positivo nell'ambito di una legalità complessa⁵⁷.

Ed allora, tanto la valorizzazione di una autonormazione a base privatistica nella formalizzazione di linee guida o della *best practice* quali criteri di accertamento funzionali al fondamento ovvero alla limitazione penalistica della colpa professionale medica, quanto quella di una autonormazione a base pubblicistica per la individuazione di quelle condizioni pre-determinate per legge al riconoscimento anticipato del consapevole esercizio di un diritto fondamentale – l'autodeterminazione terapeutica ex artt.2-3-13 e 32 Cost. – ovvero di una ineccepibile prognosi privilegiata statale priva di conseguenze giuridiche sanzionatorie, rappresentano due facce della stessa medaglia: un razionale bilanciamento tra valori per un diritto penale di garanzia teso ad assicurare libere scelte d'azione. Pertanto, appare chiaro come, fedeli al metodo, il richiamo all'empiria e ad una razionalità orientata a valori normativo-superiori, nel recuperare la struttura del(l'il)lecito penale all'unitarietà del reato e all'unitarietà dell'ordinamento, consentono di massimizzare in via politico-criminale e secondo una rigorosa idea di sussidiarietà dell'intervento penale in funzione di integrazione sociale, da una parte, lo scudo del grado ragionevolmente lieve della colpa nel diritto penale della medicina e, dall'altra, lo spazio libero dall'illecito come espressione di una dommatica in cui la tutela primaria di beni, anche solidaristici, non passa più attraverso una incriminazione, ma attraverso una valutazione di non anti-giuridicità *ex ante* di condotte lesive. Sembra, allora, questo il risultato che realizza più da vicino quell'idea magistrale di utopia non statica, ma impegnatamente dinamica⁵⁸ purché, riletta in divenire, risul-

le per come suggestivamente ricostruito da F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Il Mulino, 2019, *passim*; ID., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, 1990, *passim*.

57 Cfr. C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale: verso la privatizzazione delle fonti?*, in C. E. PALIERO et al. (Edd.), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 117 ss.; S.B. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale. Responsabilità penale e modelli di autonormazione dei destinatari del precetto*, Tesi di dottorato di ricerca in scienze giuridiche C. Beccaria. Curriculum diritto penale e processuale penale, XXXI Ciclo, 2017/2018, *passim* e spec. 300 ss.

58 Riprendendo la felice intuizione di E. BLOCH, *Atheismus im Christentum. Zur Religion des Exodus und des Reichs*, Suhrkamp-Verlag, 1968, *passim*.

ti ispirata da quei principi di stretta derivazione normativo-superiore con i quali tutti noi giuristi, prima o poi, saremo chiamati a fare i conti.

LA CORTE E IL CARCERE.

UN PODCAST SUI LIMITI COSTITUZIONALI ALLO *IUS PUNIENDI*^{1*}

Francesco Viganò

1. Se è vero che la missione essenziale della Costituzione è quella di proteggere i diritti fondamentali della persona, il carcere è, per la Costituzione, *il luogo del paradosso*.

La Costituzione proclama solennemente come inviolabili i diritti della persona, a cominciare dalla sua libertà di movimento; e nel carcere – all'interno del quale pure trova applicazione la Costituzione – questi stessi diritti vengono drammaticamente compressi.

Chi si trova in carcere – perché condannato, o magari perché ancora in attesa di una sentenza definitiva – viene temporaneamente privato, spesso per anni o per decenni, della propria, la cui importanza abbiamo tutti quanti imparato ad apprezzare ancora di più in questi tempi di quarantena legati alla pandemia.

Ma il carcere comprime anche in maniera profonda il diritto alla vita familiare e affettiva del detenuto, privato del contatto quotidiano con le persone che ama. Comprime il suo diritto alla *privacy*, che la giurisprudenza americana ha definito in modo immaginifico come il diritto a essere lasciati soli dallo Stato nella sfera più intima della propria personalità, e che è ridotto ai minimi termini, o forse annientato, in un'istituzione imperniata sulla sorveglianza continua del detenuto, e sulla sua convivenza forzata, nello spazio angusto di una cella, con compagni

1 * Il testo costituisce la traccia che ho utilizzato quale base per la registrazione del podcast pubblicato il 26 giugno 2020 sul sito istituzionale della Corte costituzionale (<https://www.cortecostituzionale.it/podcast.do>). Lo dedico volentieri, su invito dei curatori di questo volume, a Lucio Monaco, autore di scritti fondamentali sullo scopo della pena: mantenendo la sua forma originale del tutto priva di riferimenti dottrinali, e destinata a un pubblico di non specialisti, ma curiosi di conoscere il significato e le potenzialità della Costituzione italiana, così come interpretata dalla Corte, per le donne e gli uomini che vivono nel nostro paese. Compresi i detenuti, da cui ci separano fisicamente le mura del carcere, ma che con noi sono parte integrante della stessa comunità.

di destino che non si sono scelti. Il carcere comprime drasticamente il diritto al lavoro: in carcere si potrà magari lavorare, ma entrando da quelle porte si perderà inesorabilmente la propria posizione lavorativa, professionale, imprenditoriale precedente.

2. Tutte queste compressioni, così intense, dei diritti fondamentali del condannato avvengono – così si insegna nelle nostre facoltà di diritto – in nome della tutela dei diritti fondamentali altrui: dei diritti fondamentali, cioè, delle *vittime*, reali e potenziali, dei reati che chi sta in carcere ha commesso, o potrebbe nuovamente commettere se tornasse troppo presto in libertà.

Ancora oggi si afferma che la pena detentiva è un male necessario, e non sempre sostituibile da alternative meno gravose per i diritti fondamentali, come le pene pecuniarie o il lavoro a beneficio della collettività, che pure dovrebbero essere utilizzate in modo più ampio ed efficace di quanto avvenga oggi. E questo per due ragioni essenziali: perché si continua a scommettere sul fatto che la minaccia del carcere possa distogliere i malintenzionati dal commettere reati; e perché si ritiene necessario che chi ha commesso reati gravi sia posto almeno temporaneamente in condizioni di non commettere altri reati, e abbia nel frattempo occasione per riflettere sulla propria esistenza e incamminarsi, in futuro, sulla strada del rispetto della legge e dei diritti fondamentali altrui.

Le stesse corti internazionali dei diritti umani, in Europa e in America Latina, affermano all'unisono che in certe situazioni lo Stato ha un preciso dovere di punire il colpevole di gravi reati con pene detentive, in nome della tutela dei diritti fondamentali delle vittime.

Ciò avviene, anzitutto, nei confronti di persone pericolose, che continuano a esporre a gravi rischi la vita, l'incolumità, la libertà sessuale di altre persone. Il pensiero corre alle situazioni di violenza familiare, alle più gravi forme di *stalking*, alle minacce di un terrorismo fanatico che in nome della religione mira a causare il maggior numero possibile di vittime innocenti, e ancora alla violenza e alla sopraffazione delle grandi organizzazioni criminali, che minano le fondamenta stesse del vivere civile. Chi compie questi reati deve essere fermato prima che possa produrre ulteriori e più gravi danni: e il carcere si rivela spesso, purtroppo, la sola via praticabile per tutelare efficacemente le loro vittime, o l'intera società.

Ma un obbligo di punire sorge anche, secondo le corti internazionali, nei confronti di persone ormai non più pericolose, ma che in passato si

sono rese autrici di gravissime violazioni dei diritti umani, le cui vittime reclamano giustizia. E il pensiero corre qui alle madri di Plaza de Mayo a Buenos Aires, e alla loro protesta pacifica per ottenere processi e pene a carico dei politici e militari che, durante la sanguinosa dittatura che funestò quel paese tra gli anni Settanta e Ottanta, torturano e gettarono agli squali i loro figli.

Del resto, anche nell'Assemblea Costituente italiana, tra il 1946 e il 1947, tutti erano ben consapevoli della triste necessità del carcere come strumento ultimo di protezione dei beni più importanti della collettività, e dei diritti fondamentali dei consociati. La legittimità della pena è data per scontata nella Costituzione italiana.

E tuttavia, i nostri padri costituenti conoscevano in prima persona la realtà del carcere, perché molti di loro ci erano stati, durante il regime fascista di cui erano oppositori.

Certo, quei costituenti erano moralmente innocenti, secondo le categorie della restaurata legalità repubblicana; ma questo non impedì loro di avvertire una umana solidarietà per tutti coloro che avevano incontrato nelle carceri, innocenti e colpevoli assieme, che come loro avevano vissuto la degradazione e la sofferenza che il carcere inevitabilmente comporta.

Queste esperienze personali spiegano probabilmente l'attenzione tutta particolare che la Costituzione italiana, all'indomani della catastrofe fascista, dedica alla pena. I padri – e le madri – della nostra Costituzione sapevano che del carcere la società non può fare a meno; ma al tempo stesso si preoccuparono di porre limiti al potere punitivo statale, e di indicare in positivo il fine cui la pena detentiva deve essere orientata; dettando così indicazioni vincolanti per il legislatore, che la Corte costituzionale è chiamata oggi a far rispettare, a distanza di oltre settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione.

3. Vediamo allora, più da vicino, che cosa dice la Costituzione sulla pena.

Di pena si parla nell'art. 25 e nell'art. 27.

L'art. 25 Cost. proclama un principio classico nelle costituzioni liberali, a partire dalla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: il principio secondo cui nessuno può essere punito se non sulla base di una legge che era già in vigore al momento in cui ha commesso il reato.

L'art. 25 mira a proteggere il cittadino contro i rischi di un *uso arbitrario del potere punitivo*, che derivino da decisioni del giudice imprevedibili sulla base delle leggi in vigore, ovvero sulla base di leggi approvate dopo la commissione del fatto, magari da una maggioranza politica che volesse colpire i propri avversari, sulla base di fatti da costoro già commessi. Si tratta di un principio che appartiene al DNA del costituzionalismo e del diritto internazionale dei diritti umani, e che tuttavia ancora di recente la Corte costituzionale ha dovuto richiamare, nel momento in cui ha dichiarato illegittima l'applicazione di una recente legge contro la corruzione, che inaspriva le regole del trattamento penitenziario, anche nei confronti di chi aveva commesso il reato prima dell'entrata in vigore della legge².

4. Ma il luogo dove i costituenti compirono scelte innovative e sotto certi versi rivoluzionarie, per l'epoca, è l'*art. 27 Cost.*

Qui si afferma anzitutto il *divieto della pena di morte*: una scelta di per sé rimarchevole, in un'epoca in cui tutte le democrazie occidentali vittoriose – dagli Stati Uniti all'Inghilterra alla Francia – ancora conoscevano e praticavano largamente il supplizio capitale. Ma i costituenti vollero qui riallacciarsi alla tradizione giuridica italiana che sin dalla metà dell'Ottocento – con la scelta abolizionista del Granducato di Toscana, poi seguita dal legislatore dell'Italia unita – aveva messo al bando la pena di morte, poi ripristinata nel ventennio fascista; e lo fecero vietando al legislatore futuro di reintrodurla, con una scelta che fu poi ripresa dalla Legge fondamentale tedesca del 1949 e divenne poi, decenni più tardi, patrimonio comune del costituzionalismo europeo. Tanto che il protocollo n. 6 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che vieta la pena di morte, è stato oggi ratificato da tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, che hanno così creato un'unica grande area geografica – dal Portogallo allo stretto di Bering, dall'Islanda a Malta e alla Turchia, con la sola eccezione della Bielorussia – libera dagli orrori della pena capitale.

Il divieto costituzionale della pena di morte comporta, tra l'altro, il divieto a carico delle nostre autorità – giudiziarie e governative – di eseguire le richieste di estradizione di imputati che rischiano di essere condannati a morte in altri ordinamenti³, ovvero di espellere stranieri che pure rischiano la pena capitale nello Stato di destinazione.

2 C. cost., sentenza n. 32 del 2020.

3 C. cost., sentenza n. 223 del 1996.

Il rifiuto della pena di morte è, secondo la nostra Costituzione, una scelta radicale e ‘identitaria’, che non consente compromessi di sorta.

5. Ma i nostri costituenti si preoccuparono anche delle altre pene, e in particolare del *carcere*.

L’art. 27 stabilisce anzitutto il *divieto di pene contrarie al senso di umanità*. Tale principio significa, certo, divieto di pene che oggi sono considerate crudeli secondo la sensibilità comune dei paesi occidentali, come la fustigazione e in genere le *pene corporali*. Ma significa anche divieto di caricare la pena detentiva di sofferenze eccessive, come accade quando essa debba essere espiata in condizioni di assoluto e prolungato *isolamento*, incompatibili con la natura sociale dell’essere umano.

Non solo: dietro a quel divieto di pene inumane sta, in positivo, l’idea di un nesso tra la pena e il senso di umanità. Il che significa – è questo il significato più profondo dell’art. 27 – riconoscere che il condannato partecipa della stessa umanità che è in ciascuno di noi: il condannato non è altro rispetto all’innocente, ma continua a dover essere considerato come “persona” dotata della stessa inalienabile dignità di ogni altro essere umano.

Conseguentemente, il condannato non potrà essere trattato – nell’ordinamento costituzionale – come una fonte di pericolo da neutralizzare, quasi si trattasse di un animale feroce; né come oggetto di un trattamento volto a provocare in lui un cambiamento forzato, attraverso tecniche di manipolazione della personalità o trattamenti farmacologici. Il detenuto resta “persona” degna di rispetto da parte dell’ordinamento, e da parte delle stesse autorità penitenziarie; tanto che, con scelta carica di significato simbolico, il legislatore del 1975, nel disegnare la disciplina dell’ordinamento penitenziario, ha prescritto che il detenuto vesta i propri abiti, e non una divisa che gli toglierebbe l’identità.

Ancora, il condannato resta titolare, in linea di principio, di tutti i diritti che la Costituzione riconosce a chiunque, tranne quelli la cui limitazione è connaturata allo stato detentivo. A partire dal *diritto alla salute*, che deve essere tutelato appieno anche durante l’esecuzione della pena, con gli stessi standard che sono garantiti alle persone libere – sino al punto da imporre l’adozione di misure extramurarie, laddove l’ambiente carcerario si riveli incompatibile con questa fondamentale esigenza.

Persino per i detenuti sottoposti al regime più restrittivo che l'ordinamento conosca – quello dell'*art. 41-bis* dell'ordinamento penitenziario – le limitazioni dei diritti dei detenuti in tanto potranno ritenersi legittime soltanto in quanto appaiano idonee, necessarie e proporzionate rispetto all'unico fine che le può giustificare, e cioè l'impedimento di contatti e scambi di informazioni tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza; mentre dovranno essere ritenute incostituzionali ove si risolvano in una sofferenza addizionale fine a se stessa, come la Corte costituzionale ha recentemente ritenuto rispetto al divieto assoluto di cuocere cibi, anche nella solitudine della propria cella, che la legge prevedeva nei confronti dei detenuti in *41-bis*⁴.

6. L'*art. 27* aggiunge poi, come abbiamo visto, che la pena deve tendere alla *rieducazione* del condannato. Un'affermazione impegnativa e, all'epoca dei nostri costituenti, inedita nel panorama del costituzionalismo mondiale.

Partendo da questa affermazione, la nostra giurisprudenza costituzionale ha gradatamente enucleato un principio di *proporzionalità della pena* rispetto alla gravità del reato commesso. Se la pena deve svolgere una funzione rieducativa, si è ragionato, la prima condizione è che il condannato la possa percepire come una “giusta” reazione rispetto al male che ha causato con la propria condotta; e questo presuppone che la pena si mantenga entro i limiti di una ragionevole proporzione con la gravità, oggettiva e soggettiva, del reato. Dove con gravità soggettiva il riferimento è al grado di volontà criminosa, e all'intensità del rimprovero che può muoversi al soggetto; che è necessariamente minore, come ha stabilito una sentenza di qualche settimana fa, quando chi ha commesso il reato soffriva di disturbi psichici che, pur senza renderlo totalmente non imputabile, ne diminuivano significativamente la capacità di intendere e di volere⁵.

Il principio di proporzionalità della pena erige, d'altra parte, una barriera contro pene eccessive inflitte contro chi abbia già più volte infranto la legge penale, come quelle previste da alcune leggi statunitensi ispirate alla logica sportiva dei “*three strikes*” – al terzo fallo, sei fuori –: leggi che prevedono pene lunghissime, e a volte addirittura l'ergastolo, alla

4 C. cost., sentenza n. 186 del 2018.

5 C. cost., sentenza n. 73 del 2020.

terza condanna, foss'anche per un reato di lieve entità come un piccolo furto al supermercato. Il legislatore italiano ha ampia discrezionalità nello stabilire le pene minime e massime per ciascun reato; ma la sua libertà non è illimitata, e la Corte costituzionale ha più volte dichiarato illegittime previsioni sanzionatorie manifestamente eccessive rispetto alla gravità del singolo reato per il cui il soggetto è stato condannato⁶.

7. Una volta poi che la pena sia stata inflitta, l'art. 27 impegna l'ordinamento a garantire che essa tenda alla "rieducazione" del condannato: e dunque che non si risolva in una mera punizione per ciò che è accaduto, né nella temporanea neutralizzazione della pericolosità del condannato, ma costituisca uno stimolo per un suo percorso di cambiamento.

"Cambiamento", io credo, è la parola chiave che emerge da questa preziosa clausola contenuta nell'art. 27: la Costituzione scommette sul cambiamento. Una scommessa, attenzione, da leggere sempre nel prisma del rispetto della persona del condannato, e – per quanto possa apparire paradossale ricordarlo, ma il carcere è in sé un paradosso – del rispetto della sua libertà: della sua libertà interiore, che il carcere non può e non deve togliergli.

La Costituzione impone anzitutto di considerare il condannato come una persona aperta a una possibile evoluzione, qualunque sia il reato che ha commesso: fosse anche il più orribile e il più carico di sofferenza per le sue vittime. Nessuno è perduto per sempre, secondo la Costituzione italiana. Il reato sta nel passato, e giustifica la pena; ma l'esecuzione della pena deve guardare al futuro, e al cambiamento possibile in quell'uomo e in quella donna che lo ha commesso.

Il cambiamento cui la Costituzione mira non può che partire da un percorso interiore: da una revisione critica del proprio passato, da una comprensione degli errori fatti e della gravità del reato commesso; una revisione critica che il sistema penitenziario ha il dovere di stimolare e di accompagnare, promuovendo un percorso di graduale ricostruzione di una personalità più attenta al rispetto dei valori della convivenza civile, a cominciare dai diritti fondamentali del prossimo. Un percorso che presuppone necessariamente una considerazione nuova di sé stessi: di scoperta delle proprie energie positive, spesso soffocate nella propria

6 Ad esempio, nelle sentenze n. 40 del 2019, 222 del 2018, 236 del 2016.

vita precedente. Un percorso, però, che può essere autentico solo nella misura in cui sia riconducibile, in ultima analisi, a una scelta volontaria del detenuto, che l'amministrazione ha il dovere di assecondare e agevolare, ma che non gli può essere imposta con la forza. Lo scopo del trattamento penitenziario non può essere solo quello di ottenere obbedienza e disciplina; ma deve essere quello di aiutare i detenuti a divenire persone diverse, e in grado di trovare in sé le risorse per non ricadere, un domani, nel reato.

Ancora, l'obiettivo della rieducazione non è solo il cambiamento interiore: l'obiettivo finale è quel che si indica come la *risocializzazione*, ossia il reinserimento del condannato nella società. Il che non si esaurisce nella sua messa in libertà, ma implica – dovrebbe implicare – il suo ingresso come parte attiva nella società, in modo da consentirgli di utilizzare le sue ritrovate energie anche per adempiere ai suoi doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale di cui parla l'art. 2 della Costituzione.

8. Da quanto abbiamo detto deriva l'incompatibilità con la nostra Costituzione di una *reclusione a vita* senza alcuna possibilità di riacquistare la libertà, come purtroppo prevedono oggi molti stati nordamericani. La nostra Corte costituzionale ha deciso che l'ergastolo non è incostituzionale se e in quanto garantisca al condannato che partecipi positivamente al percorso di rieducazione di essere ammesso alla liberazione condizionale⁷, e di ridiventare così – dopo un percorso intramurario almeno ultraventennale – un uomo o una donna liberi.

Di qui anche il principio di *progressività trattamentale*, che è alla base dell'attuale ordinamento penitenziario, e che ruota attorno all'idea di un cammino graduale del condannato dall'interno all'esterno del carcere. Per i reati più gravi, la prima parte del percorso rieducativo non può che svolgersi in carcere: ma già lì, dietro le sbarre del penitenziario, il condannato deve essere pensato come proiettato verso un futuro di libertà. Le regole non saranno perciò fini a sé stesse, ma piuttosto funzionali alla riacquisizione del senso del rispetto degli altri; e il tempo passato in carcere dovrà essere idealmente investito nell'educazione, nella formazione professionale e nel lavoro, per acquisire abilità e competenze che potranno poi essere utili una volta riacquistata la libertà. Ma in una fase

7 C. cost., sentenze n. 264 del 1974 e n. 168 del 1994.

successiva, la pena dovrà offrire gradatamente opportunità di uscire dal carcere: dapprima con permessi di qualche giorno soltanto, oppure con l'autorizzazione ad un'attività lavorativa all'esterno del carcere, per poi rientrarvi terminate le ore di lavoro; e poi con misure che consentiranno a poco a poco al condannato che si mostri meritevole dei benefici di stare sempre più all'esterno del carcere, sino all'obiettivo ultimo della liberazione condizionale, che coronerà questo percorso.

Il tutto senza alcun automatismo, perché ogni tappa presuppone un giudizio di meritevolezza, formulato dalla magistratura di sorveglianza sulla base delle relazioni degli operatori penitenziari in relazione al grado di partecipazione del detenuto al programma rieducativo. La giurisprudenza della Corte costituzionale parla qui di un principio, pure derivato dall'art. 27, di *flessibilità della pena*⁸, le cui modalità esecutive devono essere sempre in grado di reagire a un percorso di cambiamento in corso, assecondando i passi in avanti e se del caso, fermandosi, o tornando indietro, quando il percorso ha una battuta di arresto. Una flessibilità che non è in contraddizione con il valore della "certezza" della pena, di cui parlava già Beccaria, che consiste nella necessità di irrogare sempre con prontezza la pena, una volta che il reato sia stato commesso; ma che vuol dire piuttosto che quando una persona è condannata a dieci anni di reclusione, le modalità esecutive di quei dieci anni varieranno a seconda dell'individuale percorso rieducativo di quel condannato: che potrebbe stare in carcere sino all'ultimo giorno della sua pena in caso di sua radicale indisponibilità al percorso rieducativo, oppure potrebbe via via beneficiare di misure extramurarie sempre più significative, sino a essere ammesso alla semilibertà e infine alla liberazione condizionale anche prima, e magari ben prima, della scadenza di quei dieci anni.

Una recente sentenza della Corte ha ricapitolato tutto questo parlando di una duplice responsabilità che deriva dall'art. 27: "la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile"; e "la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta

8 Ad es., nella sentenza n. 255 del 2006.

concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società”⁹.

9. Alla fine dell’anno scorso, una sentenza molto discussa della Corte¹⁰ ha dichiarato incostituzionale una norma dell’ordinamento penitenziario – l’art. 4-bis – in base alla quale i condannati per alcuni gravi reati, tra cui quelli di mafia e terrorismo, non poteva accedere ad alcuna misura extramuraria in mancanza di una loro collaborazione con le autorità giudiziarie e di polizia, salve alcune eccezioni molto circoscritte. La norma, in pratica, lasciava al detenuto una sola alternativa: collaborare con la giustizia, rivelando tutto ciò che sapeva – in particolare – sui suoi complici e sull’organizzazione criminosa di appartenenza; oppure rimanere in carcere per l’intera durata della pena – e dunque, in caso di ergastolo, sino alla propria morte.

La Corte ha ritenuto che questa disciplina fosse incompatibile con i principi costituzionali in materia di pena, e in particolare con la necessaria funzione rieducativa della pena.

Anzitutto, perché l’alternativa imposta dalla legge finiva per aggravare il trattamento penitenziario del condannato, in conseguenza di una scelta – quella di non collaborare – che ricade però nella sfera di libertà del condannato, il quale non può essere costretto a rivelare fatti da cui possa desumersi una propria responsabilità penale, né ad accusare altri – specie se propri familiari – della commissione di reati.

In secondo luogo, perché la mancanza di collaborazione non può essere considerata come sempre e necessariamente indicativa del fatto che il condannato non abbia intrapreso alcun percorso rieducativo, e sia ancora pericoloso. È vero che, nella generalità dei casi, chi non collabora non ha rescisso i suoi legami con l’organizzazione criminosa di appartenenza, e pertanto – spesso – continua a essere considerato dai propri compagni come tuttora membro del sodalizio criminoso. Ma la Corte ha ritenuto che ciò non possa essere presunto in via assoluta dalla legge, senza alcuna possibilità di prova contraria: chi non collabora potrebbe

9 Corte cost., sentenza n. 149 del 2018.

10 Corte cost., sentenza n. 253 del 2019.

aver compiuto un significativo percorso di revisione critica del proprio passato e aver intrapreso un profondo cammino di cambiamento, e non sentirsi tuttavia di compiere una scelta che lo esporrebbe, e certamente esporrebbe la propria famiglia nonostante i programmi di protezione previsti dalla legge, a gravi rischi di ritorsioni.

Senza scardinare l'impianto normativo esistente, la Corte ha così aperto, per così dire, una porticina, introducendo la possibilità per il condannato in regime di 4-bis di fruire di permessi premio – di durata temporaneamente limitata – anche in assenza di collaborazione con la giustizia, quando siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Alla magistratura di sorveglianza è stato così affidato il compito di valutare caso per caso se il condannato sia meritevole del beneficio, anche sulla base del parere della Procura nazionale antimafia e del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Tutto questo nell'ottica della valorizzazione del principio rieducativo, che presuppone sempre valutazioni individualizzate del percorso compiuto dal condannato, al di fuori di ogni automatismo e meccanica presunzione.

10. Avvicinandoci al termine di questa riflessione, non possiamo non porci però il problema se la realtà del carcere, e del trattamento penitenziario dei detenuti, corrisponda al quadro dei principi e delle finalità costituzionali della pena che ho sin qui cercato di illustrare.

Di primo acchito, la tentazione di rispondere di no è quasi irresistibile.

Le carceri italiane sono gravemente sovraffollate. A fronte di una capienza regolamentare di poco più di 45.000 posti, i detenuti sono ormai più di 60.000, spesso costretti a condividere celle anguste con un unico servizio igienico per molte persone. E questa situazione è oggi particolarmente grave e preoccupante, in relazione all'emergenza sanitaria in corso.

D'altra parte, il percorso rieducativo che dovrebbe essere assicurato a ogni detenuto, secondo l'art. 27 della Costituzione, soffre non solo del sovraffollamento, ma anche della carenza di occasioni lavorative all'interno del carcere. Solo una minoranza dei detenuti riesce a lavorare all'interno del carcere, per lo più grazie all'opera meritoria di cooperative e

iniziative private; e la maggior parte è costretta a stare inattiva l'intera giornata passeggiando nei corridoi, in attesa che arrivi l'ora d'aria e poi si faccia sera.

La stessa realtà delle carceri italiani è a macchia di leopardo: accanto a strutture moderne, in cui fervono le iniziative rieducative e i contatti con l'esterno del carcere – ci sono esempi virtuosi di ristoranti o servizi di catering di ottimo livello che impiegano detenuti – il nostro paese conosce ancora istituti fatiscenti, in cui le occasioni trattamentali sono assai povere, e il lavoro si riduce spesso ai soli servizi interni di pulizia o di distribuzione dei pasti e della biancheria.

Ma anche quando le occasioni ci sono, e i detenuti possono svolgere lavori qualificanti, praticare lo sport, frequentare corsi di formazioni o addirittura frequentare l'università, la paura dipinta in volto a tutti i detenuti che abbiamo avuto occasione di incontrare nel nostro viaggio della Corte nel carcere è stata sempre la stessa: che ne sarà di noi, dopo?

Quegli sguardi esprimevano la paura per un futuro incerto, che molti immaginano – e non a torto – inospitale per un ex detenuto, che incontrerà mille difficoltà a trovare un lavoro, magari perché privato della patente in seguito all'applicazione di una misura di prevenzione successiva alla pena. Senza contare poi le preoccupazioni di tutti i detenuti stranieri – e sono un numero imponente nelle nostre carceri – che temono di essere espulsi e accompagnati alla frontiera, una volta usciti dal carcere.

Paure, tutte queste, che non a caso fanno sì che molti dei suicidi che si verificano in carcere avvengano proprio nell'imminenza del fine pena.

11. Eppure, vorrei concludere con una nota di speranza.

Come ha detto la nostra Presidente prof.ssa Cartabia in occasione del suo incontro con i detenuti di San Vittore, il fatto che gli ideali della Costituzione non corrispondano alla realtà non rende quegli ideali meno veri. Quegli ideali restano, e impegnano tutti noi a lottare perché la realtà possa sempre più corrispondervi.

Il nostro viaggio nelle carceri, che ho appena ricordato, ci ha permesso di incontrare una straordinaria umanità all'interno di quelle mura. L'umanità che abbiamo incontrato è anzitutto quella dei detenuti, con i

quali il dialogo è stato molto più facile e semplice di quanto molti di noi immaginassero. Tutti noi giudici abbiamo compreso immediatamente che quelle donne e quegli uomini cui abbiamo stretto la mano hanno commesso errori anche gravissimi, ma non sono altro rispetto a noi, e sono persone con cui alla fine non è difficile facile capirsi: con lo sguardo, prima ancora che con le parole.

Ma l'umanità che abbiamo incontrato è anche quella delle molte altre persone che lavorano e vivono, una parte importante delle loro giornate, nel carcere: dagli agenti e ufficiali della polizia penitenziaria, alla direzione delle carceri, agli operatori e ai volontari, persone tutte il cui entusiasmo e la cui determinazione abbiamo tutti avuto modo di ammirare, anche nei contesti apparentemente più difficili. Rendendoci conto che il carcere è una comunità, che come tutte le comunità può essere buona o cattiva in base al materiale umano che la compone.

Molto resta da fare, naturalmente: la Costituzione è un grande programma incompiuto.

Dove l'incompiutezza non è, però, sinonimo di fallimento. Tutti noi, in fondo, siamo esseri incompiuti, nel nostro continuo tendere a qualcosa che la realtà non consente mai pienamente di raggiungere. Così sono gli ideali della Costituzione, che ci indicano – più che un risultato – un cammino da percorrere: un cammino verso un mondo migliore, e comunque un po' meno ingiusto di quello in cui ora viviamo.

E allora, la grande sfida che il paradosso del carcere ci propone, alla luce delle indicazioni che ci derivano dalla Costituzione, è quella di continuare a lottare – ciascuno nell'ambito delle proprie responsabilità – per realizzare in forma sempre più piena l'ideale di una pena che possa stimolare il cambiamento di chi ha sbagliato.

Nella consapevolezza, però, che tutto questo ha un senso soltanto nella misura in cui ci si impegni anche sul fronte di ciò che viene dopo la pena, favorendo le condizioni perché la persona nuova che esce dal carcere possa, davvero, incontrare reali opportunità di reinserimento sociale, a cominciare magari da occasioni di lavoro pensate proprio per gli ex detenuti.

E nella consapevolezza, in definitiva, che tutto questo ha senso non solo in nome del principio di solidarietà sociale, che lega ciascuno alla sorte

di tutti gli altri consociati, e al quale io credo fermamente; ma anche in nome dell'esigenza, assai più prosaica e pragmatica, di una più efficace protezione della società dai pericoli della criminalità: perché un ex detenuto pienamente reinserito nella società è un criminale in meno, che però non costa alla società come costerebbe se fosse tenuto in carcere a vita, e anzi è in grado di apportare il proprio contributo – con il proprio lavoro e le proprie tasse – al benessere di tutti.

Questa è, in fondo, la profonda saggezza pratica – oltre che ideale – contenuta nei principi che la nostra Costituzione dedica alla pena.

CORONA UND DAS DEUTSCHE STRAFVERFAHREN

Klaus Volk

Corona betrifft alle und alles, auch den deutschen Strafprozess und seine Akteure. Betroffen ist aber nicht nur die alltägliche Praxis. Sie verändert sich, und mit ihr die Struktur und die Theorie des Verfahrens.

Tangiert sind vor allem die Prinzipien der Öffentlichkeit, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit des Verfahrens.

Sie sind schon vor der Corona-Krise modifiziert und in ihrer Tragweite reduziert worden. Das muss man sich kurz in Erinnerung rufen, ehe man ihre weitere Bedrohung durch Corona bespricht.

Viele Reformen der letzten Zeit dienten der Beschleunigung und Effektivität des Strafverfahrens sowie der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege – legitime Ziele, die der Gesetzgeber ebenso zu beachten hat wie Rechte der Verteidigung und andere individuelle Interessen.¹¹ Ich nenne einige Beispiele. Da ist zunächst das „Selbstleseverfahren“.¹² Das war als Ausnahme zu dem Grundsatz gedacht, dass der Beweis mit Urkunden durch ihre Verlesung geführt wird. Es ist in der Tat ermüdend und langweilig, Kontoauszüge oder Steuerbescheide von links oben nach rechts unten zu verlesen, Wort für Wort und Zeichen für Zeichen. Es gibt auch eine amüsante Konstellation: Als es Mode war, „Unzucht“ und „unzüchtige Schriften“ strafrechtlich zu verfolgen, hatte sich ein Angeklagter dagegen zu verteidigen, den Roman „Lady Chatterley“ vertrieben zu haben. Der Staatsanwalt zitierte aus dem Buch. Der Verteidiger monierte, dass die Passagen aus dem Zusammenhang gerissen seien. Daraufhin wurde im Wege des Urkundenbeweises das gesamte Werk verlesen. Dabei wechselten sich sechs Staatsanwälte einen Tag lang ab – was natürlich schon für sich allein jede Erotik tötet. Nun aber zu den äußerst ernstesten Konsequenzen dieser Verfahrensweise. Sie funktioniert so, dass der Vorsitzende eine Liste von Urkunden verliest, die sich bei den Ak-

11 Vom Bundesverfassungsgericht zuletzt betont in einer Entscheidung vom 16.11.2020 – ich komme darauf zurück.

12 § 249 Abs.2 StPO, eingeführt 1979, erweitert 1987 und 1994.

ten befinden – also Papiere, die von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren beschlagnahmt worden waren - und für sie das Selbstleseverfahren anordnet. Nach einer gewissen Frist müssen die Richter die Lektüre bestätigen und die Verteidiger, dass sie dazu Gelegenheit hatten. Damit ist dann der Urkundenbeweis geführt. Was als Ausnahme gedacht war, ist nun zumindest in Wirtschaftsstrafverfahren zur Regel geworden. Es sind dann tausende von Seiten, gebündelt in mehreren dicken Ordnern, die nicht mehr in öffentlicher Hauptverhandlung verlesen werden. Mit dem Unmittelbarkeitsprinzip, wonach Beweise in der Hauptverhandlung geführt werden müssen, hat das nichts mehr zu tun. Und die Öffentlichkeit erfährt nicht, was in den Schriftstücken steht und kann der Verhandlung kaum noch folgen. Die Mündlichkeit des Verfahrens ist ersetzt durch Schriftlichkeit, durch häusliche Lektüre von Akten.

Ich erwähne ein anderes Beispiel, ohne es detailliert zu beschreiben. Protokolle von Vernehmungen von Zeugen konnten früher nur unter engen Voraussetzungen verlesen werden. Inzwischen ist das sehr leicht möglich. Man bekommt also den Zeugen nicht mehr zu Gesicht. Auch das ist eine Einschränkung der Unmittelbarkeit. Beide Beispiele sind Beispiele für eine deutliche und eindeutige Tendenz: Beweise werden in der Hauptverhandlung nicht mehr produziert, sondern lediglich reproduziert. Der Schwerpunkt des Verfahrens hat sich ins Vorverfahren verlagert.

Nun also zum eigentlichen Thema, der Frage nach dem Einfluss von Corona auf das Verfahren.

Im Ermittlungsverfahren (Vorverfahren) ist die Position der Verteidigung traditionell schwach; sie hat wenig Rechte und Möglichkeiten, auf die Gestaltung des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Aber man kann ja immerhin Gespräche mit der Staatsanwaltschaft führen. Genauer gesagt: man konnte. Zu Corona-Zeiten gibt es kaum noch Treffen und selten Telefonate. Das gleiche gilt im Zwischenverfahren, in dem das Gericht prüft, ob der Anklage ein hinreichender Tatverdacht zugrunde liegt. Es gibt, anders als vor Corona, kaum noch Kontakte oder gar Besprechungen mit dem Gericht.

Konzentrieren wir uns aber auf die Hauptverhandlung. Dazu muss man sich vorstellen, wie heute ein Sitzungssaal aussieht. Für alle, Verfahrens-

beteiligte und Publikum, gilt ein Abstand zueinander von mindestens 1,5 Meter (was natürlich die Öffentlichkeit quantitativ reduziert). Häufig gibt es Trennscheiben, so auch zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger. Verfahren mit mehreren Angeklagten gelangen schnell an die Grenzen der Kapazität von Gerichtssälen. Das führt nicht selten zur Abtrennung von Verfahren, wenn man alle Angeklagte und ihre Verteidiger nicht mit dem gehörigen Abstand in einem Saal versammeln kann. Eine solche Abtrennung ist meist nicht sachgerecht, wenn man es aus der Perspektive der Beweisführung und der Verteidigung sieht. Es gibt auch Prozesse, die in die Stadthalle verlegt werden. Auch das ist prinzipiell problematisch. Die Szene wird zum Tribunal, heißt es bei Schiller.¹³ Das Umgekehrte ist ebenfalls fatal, wenn nämlich aus dem Tribunal eine Szene wird.¹⁴ Die Gefahr besteht bei der „Vergrößerung von Öffentlichkeit“ immer. Ferner verlangt die Infektionsgefahr, dass der Saal durch entsprechende Anlagen einen Luftaustausch in kurzen zeitlichen Abständen gewährleisten muss oder dass entsprechend gelüftet wird.¹⁵ Für alle gilt Maskenpflicht.

Das waren die wichtigsten Fakten. Was folgt daraus nun rechtlich?

Um es gleich vorab auf einen Nenner zu bringen: die Kommunikation ist stark eingeschränkt, sogar gestört bis zur Unmöglichkeit.

Wie soll ich mich zwischendurch rasch mit meinem Mandanten verständigen, wenn zwischen uns eine Trennscheibe¹⁶ ist? Wie soll ich mich mit einem Mitverteidiger kurz besprechen, wenn er auf der anderen Seite des Mandanten sitzt und wir also zwei Trennscheiben zwischen uns haben? Wie sieht die Kommunikation mit einem Gericht aus, das – in einer Stadthalle jedenfalls – etwa 25 Meter entfernt sitzt? Im Versammlungsgesetz gibt es ein Vermummungsverbot. Man darf bei Demonstrationen sein Gesicht nicht hinter einer Maske verstecken. Verstöße sind strafbar. Wegen Corona gibt es nun das Gegenteil, ein Vermummungsgebot. Wie soll ich die Mimik eines Zeugen beobachten, der eine große Schutzmaske trägt? Im Inquisitionsprozess vergangener Jahrhunderte

13 Die Kraniche des Ibykus

14 Das habe in meinem Lehrbuch zur StPO schon in der 1. Auflage gesagt.

15 Ich habe schon Gerichtssäle erlebt, in denen man die Fenster nicht öffnen konnte – aus Sicherheitsgründen vermutlich.

16 Trennscheiben gab es zuletzt vor Jahrzehnten, in Verfahren gegen die RAF, gegen gefährliche Terroristen also.

bekamen die urteilenden Richter den Angeklagten nicht zu Gesicht. Ihr Urteil beruhte nur auf Akten („*quod non es in actis non est in mundo*“). Aus diesem Grunde musste der vernehmende Richter (der nur „inquirierte“ und nicht selbst entscheiden durfte) ein „Gebärdenprotokoll“ schreiben, also aktenkundig machen, welches Gesicht die Vernommenen machten, wenn sie dies und jenes gefragt wurden und antworteten. Das ginge in Corona-Zeiten gar nicht. Heutzutage sollte von „*face to face*“ verhandelt werden. Das ist nun nicht mehr möglich. Was ist noch übrig geblieben vom „*right to be confronted*“?

Die Justiz lässt sich durch Fragen dieser Art nicht beirren. Sie fährt fort, Prozesse unter den neuen Bedingungen durchzuführen – und sie ist dazu wohl auch verpflichtet. Corona schränkt alle Rechte ein. Die Pflichten aber bleiben. Das Bundesverfassungsgericht hat sie in jener zitierten Entscheidung noch einmal genannt und hervorgehoben: Strafverfahren sind zu beschleunigen, sie müssen effektiv sein, und die Rechtspflege muss in ihrer Funktion gewährleistet sein.

Im konkreten Fall ging es um einen Angeklagten, der sich darauf berief, dass es ihm nicht zumutbar sei, sich auf der Reise zum Gerichtsort und in der Hauptverhandlung dem Risiko aussetze, mit Corona infiziert zu werden. Das Bundesverfassungsgericht nahm das ernst. Es argumentierte „einerseits – andererseits“, genauer gesagt, es unternahm es, die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Dabei wurden alle Schutzmaßnahmen in die Waagschale gelegt. Die staatlichen Interessen wurden als überwiegend angesehen. Das ist streng, aber kaum zu beanstanden.

Dieser kurze Beitrag ist eher ein Essay als eine tiefeschürfende wissenschaftliche Auseinandersetzung. Ich widme ihn meinem Freund Lucio Monaco. Ich will nicht nostalgisch werden – aber wir kennen uns, seit wir wissenschaftliche Assistenten an unserer jeweiligen Universität waren, und diese Freundschaft hat sich seither vertieft. Ich verdanke Lucio viel, Gastprofessuren in Urbino, die große Ehre eines Doktor „*honoris causa*“, und die Bereicherung vieler Besuche. Wir haben auch gemeinsam, dass wir beide als Strafverteidiger tätig sind. Es ist in Italien quasi die Regel, dass Universitätsprofessoren auch als Anwalt tätig sind, in Deutschland aber eine Ausnahme. Wir haben also auch eine weitere gemeinsame Ebene der Diskussion. Und wir haben auch schon in demsel-

ben Fall verteidigt. Wirtschaftsstrafverfahren ohne internationale Verflechtung gibt es ja immer seltener.

Ich muss unbedingt auch Alessandro Bondi erwähnen und ihm dafür danken, dass er die Initiative für diese Festschrift ergriffen und alle Arbeit eines Herausgebers auf sich genommen hat. Wir treffen uns oft in München. Er ermahnt mich immer wieder, nach Urbino zu fahren – und er hat Recht damit. Nach Corona komme ich! Dann feiern wir mit Lucio.

SECONDA PARTE

Non sforzarti di seguire le orme dei Maestri:
cerca ciò che essi cercavano
(Ma-Tzu)

IL METODO MONACO

Alessandro Bondi

Dedicare in questi Studi una sezione agli allievi, sembrava coerente con l'insegnamento dei Maestri. Come felice effetto collaterale, mi offriva uno spazio dove scrivere senza sentirmi troppo fuori luogo. Con cortesia che tutto vince, mi è stato però chiesto altro scritto e altra collocazione nella topografia del volume. Ma se non è il brutto che esalta il bello, la mia presenza vicino a chi ha ben altri meriti rimane senza giustificazione. Perso per perso, faccio dell'inganno mestiere, aggiungendo in questo spazio la nota di un allievo che sempre rimarrà tale di fronte al Maestro e che «per trattar del ben ch'i' vi trovò, dirà de l'altre cose ch'i' v' ha scorte».

Egotismo. Inizio con l'uso della prima persona, disattendendo clamorosamente un insegnamento a lungo raccomandato. Ma mi sfugge l'alternativa. Non cerco la distanza da un tema del diritto, bensì la storia di un allievo con un Maestro del diritto – *La mia storia col Professor Lucio Monaco.*

La scelta. Tanto per cominciare, i Maestri non scelgono: vengono scelti dagli allievi. Dopodiché, tutto il peso di questa scelta sta sulle spalle dei Maestri. Dunque, il potenziale allievo deve tendere un agguato al Maestro, sperare che sia distratto, stanco e con l'oroscopo sfavorevole. Il Maestro sfodererà ogni tattica per ricondurre alla ragione il potenziale allievo che tutto legge, tutto segue, tutto respira del Maestro. E sarà guerriglia e *stalking* insieme; condotte persecutorie dell'allievo nascosto nella giungla di una ricerca che, a suo dire, non potrà limitarsi a un settore, a una nazione, a un continente – *Il Maestro sopportava.*

Nomen omen. Salto laurea-Erasmus, borse di studio, dottorato: anni di ricerca vagando per il mondo, vivendo a Monaco. Sono passaggi usuali, per entrare in un luogo dello spirito che non conosce giorno, notte, settimane, stagioni; solo biblioteche, mense, compagni di avventura dai diversi idiomi e comune vocazione al martirio – *Il Maestro ammiccava.*

Gli inizi. Dopo un primo approccio tra false comunicazioni sociali, Dante e filosofia del diritto penale, passai qualche anno a studiare teoria generale del reato, comparando tutto quello che potevo comparare, sperimentando metodologie e analisi della scienza penalistica integrata, tuffandomi nella storia e nell'economia: tutto, pur di trovare una spiegazione e un futuro ai reati aggravati dall'evento. Dopo un po' non solo il diritto penale, ma ogni espressione del diritto e di politica criminale, in pratica, ogni idea di socialità mi sembrava ineluttabilmente riconducibile a questa categoria di reati. Sette anni dopo, questo studio venne fisicamente sottratto dal Maestro e pubblicato, nonostante la mia disperata richiesta di ulteriori anni per mettere a punto reconditi aspetti di ogni offesa qualificata – *Il Maestro era un tiranno illuminato.*

Altra ricerca. Quindi il Maestro decise che m'interessassi ad altro, per temprare la prediletta teoria generale con le venture del diritto. Mi suggerì di occuparmi di aggio. Il nome non mi diceva nulla, ma non osai dirlo. Scoprii in seguito che diceva poco sia a noti vocabolari – che ancora oggi ne danno una definizione sbagliata – sia alla redazione di un'ottima rivista che decise d'aggiungere nel titolo una 't' al lemma. Sperai di ottenere qualche notizia in più dalla giurisprudenza, notizia che fosse di conforto a quelle che allora sembravano cinque disorientate quanto neglette fattispecie riconducibili a una manipolazione del mercato divulgando false informazioni. Ne ricavai poco o niente; un po' di parmigiano, un po' di benzina, un sospetto giornalistico di valutazione falsata su un calciatore allora famoso: Bobo Vieri. Pochi anni dopo non ci sarebbe stata espressione di diritto penale commerciale che non avesse a che fare con l'aggio – *Il Maestro aveva doti divinatorie.*

Realtà ingrata. La divinazione non comprendeva però alcuna pietà nei confronti dell'allievo. Con ostinazione partenopea, vale a dire col sorriso e l'intelligenza di cambiare sempre la strada ma mai la meta, il Maestro mi spingeva verso gli inesplorati territori del diritto penale commerciale, del penale del lavoro, del penale della sicurezza, del penale della pubblica amministrazione, del penale che non è più penale ma si comporta come tale definendo la responsabilità degli enti. Ovviamente, ogni esoterico argomento della prassi subiva le forche caudine della mia amata teoria generale. E non era facile, perché era come contaminare lo spirito con la terra: realtà che non sempre sembravano comprendere il dono degli antichi dogmi e delle mie geniali elucubrazioni – *Ma il Maestro era irremovibile.*

Studio in parcheggio. Rimasi commosso quando, nel mese di dicembre di qualche anno fa, il Maestro mi telefonò chiedendomi se ero ancora nella città di Monaco, se pensavo di tornare in Italia e se per farlo sarei passato per Bologna. Ai mie tre incauti sì, mi ricordò che dovevo sostenere l'abilitazione alla professione forense, perché era un obbligo verso se stessi e verso la materia che insegnavamo. Ovviamente mi obbligò pure ad anticipare l'orale a quel di settembre, sì che troppi si ricordano del mio studio in un alberato parcheggio che s'affaccia sulla magnifica costa croata – *Non so se il Maestro avrebbe apprezzato l'abbronzatura dell'allievo.*

Battaglia navale. Durante la pratica legale, cui avevo sottratto il giorno del venerdì, e in pratica ogni momento libero, l'ammonimento del Maestro era di dedicarlo allo studio, anche all'estero ma non solo all'estero, come amava ricordarmi finché non me ne dimenticavo, ossia, ogni volta che c'era una qualche borsa di studio d'aggredire. Subito dopo però aggiungeva: non si scrive di tutto quel che si studia; si scrive solo se si ha qualcosa da dire e, se proprio si scrive, bisogna tentare di scrivere bene – *Così il Maestro colpì e affondò l'allievo: alle sue parole seguivano sempre azioni senz'appello.*

Tortura accademica. Dopo l'avventura di lezioni, interventi, conferenze insieme, in cui venivo implacabilmente interrogato dal Maestro su concetti ed espressioni da me usate, mentre il pubblico assisteva con perfido compiacimento; dopo aver passato un paio d'anni a criticare ogni mia singola parola, orale o scritta che fosse; dopo aver impiegato ogni sorta di stratagemma per indurmi all'uso dell'impersonale così da evitare il raglio dell' 'io', da me sentito come una doverosa assunzione di responsabilità; insomma, dopo questo e molto altro, il Maestro mi disse che non mi avrebbe corretto più nulla. Ormai avevo un mio stile. Lo smarrimento fu grande e la speranza di un suo ripensamento vana. Il Maestro aveva ormai sostituito le sue correzioni con accaniti confronti, anche referendari, in cui il suo affabulante dire mi regalava l'illusione di esprimere qualcosa che valesse la pena di essere ascoltato – *Il Maestro sapeva bene che l'allievo vive pure di sogni.*

Servizio sociale. Ricerca e professione legale non sono facilmente compatibili, soprattutto quando la ricerca si svolge all'estero. Come soluzione alternativa, perché la teoria deve almeno convivere con la prassi,

il Maestro mi spinse verso la socialità. È un dovere restituire quanto riceviamo: fa bene agli altri fa bene a noi, sosteneva. Perciò, quando alcuni concittadini mi raggiunsero in terra straniera, proponendomi una candidatura che rappresentasse società stanca di funzionari di partito, il Maestro m'incoraggiò con un calore pari alla mia sorpresa. Risultati elettorali inaspettati ebbero come effetto un decennio di attività amministrativa che vissi come contrappasso per la mia passione accademica. Il Maestro seguì col sorriso il mio scoprire giurisdizioni ignote e l'avversione che subiva un *'tessera sfornito'*. L'importante era amministrare bene senza prendersi troppo sul serio e, soprattutto, senza mai saltare appuntamenti accademici legati a didattica o ricerca – *Per il Maestro, la mia perplessità politica era parte della ragion pratica del suo insegnamento.*

Il sacro Graal. Il mio abuso di ragione, nella prassi come nella teoria, si trasformò in dipendenza. Scappavo dalla penna per cercare il *senso nelle cose*: il tutto nel dettaglio e il dettaglio nel tutto. Affanno che con vanagloria ritenevo necessario per trovare il Sacro Graal della ragion pratica: la semplicità in grado di governare il complesso. Un'idea originale? Difficile crederlo. Troppe volte il Maestro mi aveva convinto che fosse mia l'idea che con telepatica persuasione mi aveva regalato – *Il Maestro seminava idee dalla forza discreta.*

Riflessione. Dopo un po' di ricerca ed esperienza, si riversò sulla pagina un profilo del diritto penale che, in ben altra maniera, il Maestro mi aveva insegnato e che qui riprendo per come l'ho intesa:

«Il diritto penale è tutto nel suo nome: pena gestita dal diritto. Il diritto penale è crudele: infine ne soffre la libertà dell'uomo. Il diritto penale è pre-suntuoso: dice la sua pure in casa d'altri. Il diritto penale è tanto altro e, soprattutto, è pigro. Parte solo quando altri gestori sociali hanno fallito; si affida alla grammatica unica del codice penale per scrivere storie chiamate reati; il suo partire e il suo arrivare pretende politica sociale bilanciata da garanzie non solo individuali. Almeno così dovrebbe essere.

Chi si avvicina al diritto penale deve sapere di questa pigrizia. E farsi coraggio. La compagnia non è sempre delle migliori: la politica ama il diritto penale; i media sociali l'invocano. Per capire le introversioni del diritto penale bisogna allora conoscere il fenomeno su cui interagisce, descrivere

il fatto, leggere i giornali, respirare i tribunali, seguire il Parlamento. E avere un metodo.

Il sistema penale è razionalizzato in teorie che alimentano la sua dogmatica, scienza che usa principi intesi come elementi di ottimizzazione e garanzia dell'agire sociale nei confronti della persona. La sommatoria di fatti che creano un allarme sociale costituisce il fenomeno deviante che la criminologia apprende, etichetta, diagnostica e consegna al diritto penale, solo se altro strumento della politica criminale non risulta almeno di pari efficacia. Quando arriva al diritto penale, molta scienza è già stata chiamata a valutare il fenomeno; molti occhi hanno visto con prospettive diverse quel che ha messo in allarme la società. Di nuovo, almeno così dovrebbe essere.

*Se la lettura del diritto penale non è per svago o punizione, ma per studio o lavoro, si presti cautela. Le quotidiane debolezze di questo diritto non devono far dimenticare il suo rigore, la sua forza, la sua storia. Reprimere, prevenire, risocializzare infliggendo sofferenza: questa è in fondo la pena gestita dal diritto per governare la sicurezza senza annullare le libertà. Un'utopia o più semplicemente una pazzia; sentimento e ragione di una società che si è assuefatta all'idea di libertà dell'uomo senza sapere se esista veramente una libertà: tanto affrancata da comunità e biologia quanto sorretta da diritti e doveri. Diritti e doveri di cui lo Stato di diritto dosa cessioni coscienti, mentre quelle incoscienti precipitano nel buco nero dei big data raccolti dalle reti informatiche. Eppure, nel diritto in genere – e in quello penale in particolare – c'è arte e scienza, umanità e logica che danno un senso a questa pazzia. E c'è un sistema che richiama il metodo invocato»¹. Così scrissi con tono oracolare del diritto che brandisce la pena, convinto che in quel che 'è' si nasconde il seme di quel che 'sarà'. Vedere quel seme è la sfida della scienza penalistica. Senza dimostrare troppa fantasia, scriverei lo stesso per chi si affaccia a questo studio con la divina incoscienza dell'allievo – *Ma il mio Maestro fece di più e con più garbo: insegnandomi, mi è stato vicino rimanendo lontano. Sapeva di avere a che fare con un caso disperato. E nulla è cambiato.**

¹ A. Bondi, *Legislatore, cavaliere dalla triste figura. Sul diritto penale del lavoro, la responsabilità degli enti, la legislazione*, UUP, 2019, 1 ss.

Si chiede venia per aver in malo modo introdotto la sezione dedicata ai discenti. È noto che i Maestri sono tali malgrado le colpe di certi allievi². Eppure anche per questi allievi – eppure anche per me – il Maestro è una presenza costante. Non ne ho il merito, ma la prova. Quando guardo indietro, le orme del Maestro sono sempre dietro le mie. Almeno finché il peregrinare nel diritto penale non si fa difficile. Allora, proprio allora, due orme scompaiono – Il Maestro mi ha caricato in spalla³.

² Col mio insistere sulla libertà, il Professor GABRIELE MARRA ha infine commentato: «*Il Professor Monaco è un Maestro di libertà e di responsabilità*». Detto subito, sarebbe stato inutile aggiungere altro. Evidentemente, il nostro Maestro non è sempre stato sfortunato con gli allievi.

³ Immagine manipolata dalla poesia di M. F. POWERS, *Footprints*, Zondervan, 2014.

LIEVE O NON LIEVE È QUESTA COLPA? LA RIFORMA GELLI-BIANCO ALLALENTE DELLE SEZIONI UNITE.

Cecilia Ascani

Premessa.

La vaghezza è ormai il tratto della colpa. Tra le sue tante definizioni si segnala quella di Tiberio Deciani, nel Cinquecento¹. Eppure, secoli dopo, Zanardelli, nella relazione al codice che ne prenderà il nome, ammetterà di aver rinunciato a fornire una descrizione del concetto di colpa perché non si sa ancora cosa essa sia «*con sicurezza di criteri scientifici [mentre] il concetto della prevedibilità dell'evento, in addietro pacificamente ricevuto dalla dottrina, è oggidì scosso dalle nuove indagini e viene giudicato empirico e fallace*»².

In questo gioco d'incastri, tra aspirazione alla tassatività del diritto penale e necessità di fondazioni empiriche, il rischio è d'incorrere in un sistema ricco di giudizi a struttura prognostica, ossia, sacche positivizzate d'incertezza³.

Al Maestro, il Professor Lucio Monaco, si dedica questa riflessione.

L'introduzione della legge Gelli-Bianco e l'interpretazione delle Sezioni Unite nel 2018.

Con legge n. 24 dell'8 marzo 2017 (d'ora in poi l. Gelli-Bianco), il legislatore è intervenuto nel campo della responsabilità penale medica, introducendo una causa di non punibilità per il sanitario⁴ la cui condotta sia

1 Sul tema si veda il lavoro di M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale*, Giuffrè, 2006, 257-262.

2 *Relazione a S.M. il re del ministro guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 1° dicembre 1889 per l'approvazione del decreto contenente le disposizioni per l'attuazione del codice penale*, Stamperia Reale, 1889.

3 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene Editore, 1984.

4 Il novello art. 590 sexies c.p. dispone che «Qualora l'evento si sia verificato a cau-

caratterizzata da alcuni particolari elementi e volta a ridurre il cd. fenomeno della medicina difensiva⁵. La l. Gelli-Bianco ha altresì abrogato la disciplina prevista dal comma 1 dell'art. 3 D.L. 158/2012, convertito in legge 8 novembre 2012, n. 189. Questa norma escludeva la responsabilità penale per condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e da buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Con la sentenza n. 8770 del 22 febbraio 2018, le Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione sono intervenute a dirimere il contrasto interpretativo sorto all'interno della sezione quarta in merito al perimetro applicativo della l. Gelli-Bianco⁶.

sa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

5 Per usare le parole delle SS. UU. «Dal canto suo, l'art. 6 della legge Gelli-Bianco, volto ad incidere con la previsione di una causa di non punibilità sulla responsabilità colposa per morte o lesioni personali da parte degli esercenti la professione sanitaria, la ha introdotta come specificazione ai precetti penali generali in tema di lesioni personali colpose (art. 590 cod. pen.) o omicidio colposo (art. 589), con espressa limitazione agli eventi verificatisi a causa di "imperizia" e sul presupposto che siano state «rispettate le raccomandazioni previste dalle linee-guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee-guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto» (§ 2.2).

6 Tra i vari commentatori si vedano, senza pretesa di esaustività: C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in «CP», (2018), fasc. 5, 1470; P. GRILLO, *La Gelli-Bianco va alle Sezioni Unite: l'imperizia non è punibile soltanto se lieve*, in «Dir-Giur», fasc. 38, (2018), 11; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in «RIML», (2018), fasc. 1, 345; G. M. CALETTI, *Le Sezioni Unite penali e l'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 590-sexies c.p.*, in *Ridare.it*, <http://ridare.it/articoli/giurisprudenza-commentata/le-sezioni-unite-penali-e-l-interpretazione-costituzionalmente> (consultato: 10.11.2020); R. ALAGNA, *La colpa penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità*, in «Resp. Civ. e Prev.», fasc. 3, 2018, p. 888; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in «DPC», (2018), fasc. 5, 233. Si vedano in senso conforme Trib. Parma, sent. 18.12.2018 (dep. 4.12.2019), n. 1584, con nota di M. L. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co.2, c.p.*, «DPC», <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6612-colpa-medica-e-legge-gelli-bianco-una-prima-applicazione-giurisprudenziale-dell-art-590-sexies-co-2>, (consultato: 10.11.2020); Cass. Pen. Sez. IV, 22.06.2018 (dep. 6.08.2018), n. 37794; Cass. Pen. Sez. IV, 16.11.2018 (dep. 8.01.2019), n. 412 entrambe oggetto della riflessione di P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, «DPC», <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/6673-piras2019a.pdf> (consultato: 10.11.2020); Gi. MARRA, *La rilevanza della colpa grave nella causa di non punibilità prevista per il sanitario dalla legge Gel-*

La pronuncia ha prima affrontato il tema della sfera di applicabilità del nuovo art. 590-sexies c.p., chiarendo pure questioni di diritto intertemporale tra la novella Gelli-Bianco e la precedente riforma Balduzzi.

Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici riguarda un medico specialista in neurochirurgia cui era stato addebitato il reato di lesioni personali colpose per aver tenuto un comportamento negligente, imprudente e imperito, consistente nel non avere diagnosticato con tempestività la sindrome da compressione della "cauda equina", con conseguente notevole differimento dell'intervento chirurgico per il quale vi era, invece, urgenza. Il ritardo dell'intervento aveva provocato al paziente un rilevante deficit sensitivo-motorio, con implicazioni dirette sul controllo delle funzioni neurologiche concernenti l'apparato uro-genitale e di quelle motorie del piede destro.

Partendo dall'assunto che con la l. Gelli-Bianco le linee guida sono divenute ancor più indici cautelari medici⁷: anteponendosi alle buone pratiche clinico-assistenziali, offrono una plausibile risposta alle istanze di maggiore determinatezza riguardanti le fattispecie colpose⁸. Ma è indispensabile che esse risultino adeguate alla specificità del caso concreto e sia lasciato un margine di autonomia dal sanitario.

La Corte ha proseguito con l'esame del contrasto giurisprudenziale emerso e approdato nelle sentenze Tarabori⁹ e Cavazza¹⁰, leggendo in

li-Bianco, *IlPenalista*, <http://ilpenalista.it/articoli/contrastigiurisprudenziali/la-rilevanza-della-colpa-grave-nella-causa-di-non-punibilita>, (consultato: 12.11.2020).

7 Puntano a orientare le decisioni mediche tra le migliaia di notizie provenienti dalla letteratura biomedica, preselezionando le informazioni utili a impostare la soluzione di una questione clinica con la maggior probabilità di successo e il minor dispendio di risorse possibile, per un maggior approfondimento sul punto si veda M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, «DPC», https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1342387755MC.lineeguida.checklist.DPC_con%20link.pdf, (consultato: 11.11.2020).

8 Al punto 2.3 della pronuncia si evidenzia, in particolare, che «*Queste ambiscono così a costituire non solo, per i sanitari, un contributo autorevole per il miglioramento generale della qualità del servizio, essendo, tutti gli esercenti le numerose professioni sanitarie riconosciute, chiamate ad attenersi (art. 5, comma 1), ma anche, per il giudizio penale, indici cautelari di parametrizzazione, anteponendosi alla rilevanza delle buone pratiche clinico-assistenziali, che, elemento valorizzato nel decreto Balduzzi, assumono oggi rilievo solo sussidiario per il minor grado di ponderazione scientifica che presuppongono, pur rimanendo comunque da individuare in modelli consolidati oltre che accreditati dalla comunità scientifica*».

9 Cass. Pen. Sez. IV, 20.04.2017 (dep. 7.06.2017), n. 28187, Pres. R. Blaiotta.

10 Cass. Pen. Sez. IV, 19.10.2017 (dep. 31.10.2017), n. 50078, Pres. F. Izzo.

chiave critica gli approdi cui entrambe erano giunte. Alla base del loro ragionamento, gli ermellini hanno posto l'art. 12 co. 1 delle preleggi, il quale prevede la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della intenzione del legislatore, ma soprattutto dalla necessità di giungere a un risultato costituzionalmente orientato e adeguato, con esclusione delle ipotizzate tensioni con il principio di libertà della scienza e del suo insegnamento (art. 33 Cost.), come pure dell'assoggettamento del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.)¹¹.

La necessità di un'interpretazione dell'art. 590-sexies c.p. che consenta di dargli concreta applicazione è stata fortemente evidenziata, segnalando, altresì, come tale presupposto verrebbe a mancare del tutto sulla scia di quanto affermato nella sentenza Tarabori, secondo la quale la formulazione lessicale del precetto porterebbe a un «*corto circuito capace di renderlo inservibile*». Ad avviso delle Sezioni Unite, la norma prescrive un presupposto per l'operatività della causa di non punibilità congruente con la soluzione che promette. Le fasi della individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida adeguate sono, infatti, articolate al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso. Ciò è compatibile tanto con l'affermazione che le linee guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e/o 590 c.p.¹².

Il legislatore del 2017 ha, secondo la Suprema Corte, preteso senza concessioni che l'esercente la professione sanitaria sia accurato e prudente

11 Rilievi critici mossi dalle Sezioni Unite in particolare verso la pronuncia Tarabori, p. 17 delle motivazioni.

12 Nell'enucleare tale argomento la Suprema Corte ha richiamato una sua precedente pronuncia, la sez. IV del 29.01.2013 n. 16237, meglio nota come sentenza Cantore, che nel commentare la portata dell'art. 3 del decreto Balduzzi aveva osservato che «*il professionista [che] si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee guida generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico*» è l'agente che in base al decreto del 2012 non rispondeva per colpa lieve, con nota di A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in «DPC», (2013) fasc. n. 4, 99-111.

nel seguire l'evoluzione del caso sottopostogli, ma anche preparato sulle *leges artis*, nonché impeccabile nelle diagnosi (anche differenziali); aggiornato sulle nuove acquisizioni scientifiche e sullo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque sulle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace, inoltre, di svolgere scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro clinico in esame.

Ove l'evento lesivo o mortale si sia ugualmente verificato nonostante tale percorso sia stato correttamente seguito e il residuo dell'atto medico si mostri connotato da errore colpevole per imperizia, al sussistere di determinate condizioni potrà essere richiamata la causa di non punibilità introdotta dalla l.Gelli-Bianco (§ 9.1).

Alla luce di quanto sin qui affermato, il giudice di legittimità ha ritenuto di dover circoscrivere il grado della colpa compatibile con l'attestazione che il sanitario, seppur colpevole non è punibile per aver rispettato le raccomandazioni derivanti da linee guida adeguate al caso concreto¹³.

Nella ricerca ermeneutica di siffatta gradazione "intermedia" della colpa, la Suprema Corte ha sostenuto che l'art. 590-*sexies* c.p. continui a sottendere la nozione di "colpa lieve", mantenendo una continuità con la precedente legge Balduzzi, ma soprattutto con la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni. Un complesso di fonti e interpreti ha mostrato come in tema di responsabilità medica la colpa rilevante sia sensibile alla questione della sua graduabilità, seppur l'art. 43 c.p. la scolpisca senza distinzioni interne.

Le ragioni di tale "sopravvivenza" del concetto di colpa lieve nel campo sanitario sarebbero ravvisabili, a parere degli ermellini, nella circostanza che la mancata esplicitazione di tale concetto da parte della l. Gelli-Bianco non precluda una ricostruzione della norma che ne tenga conto, sempre che questa sia l'espressione di una ratio compatibile con l'esegesi letterale e sistematica del comando espresso. A sostegno di tale assunto è stato, *in primis*, richiamato l'art. 2236 c.c. e l'orientamento delle sezioni penali¹⁴ che ne ha riconosciuto la valenza a principio di raziona-

13 Per una lettura critica della pronuncia si veda in particolare R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S. U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in «DPC», <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/2125-blaiotta2018a.pdf>, 2018, (consultato: 10.11.2020).

14 Cass. Pen. Sez. IV, 29.01.2013 (dep. 9.04.2013), n. 16237.

lità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ovvero versi in una situazione di emergenza.

In secundis, costituisce dato di fatto la circostanza che il legislatore del 2012 abbia espressamente utilizzato e disciplinato l'ipotesi della colpa lieve del sanitario come quella da sottrarre, alla presenza di determinate condizioni, all'area della responsabilità penale. In tal senso, la Corte ha ritenuto di dover dare attuazione alla lettura dell'art. 590-sexies c.p. mediante la rievocazione dei canoni maggiormente condivisi nel recente passato, sollecitati dall'esigenza di contrastare gli effetti di interpretazioni eccessivamente severe, dalle quali emerge una non condivisibile tendenza a fare della relazione sanitaria "un'obbligazione di risultato". Viene, altresì, pienamente condiviso l'assunto consolidato dalla giurisprudenza di legittimità secondo il quale la valutazione circa la gravità della colpa (generica) debba essere effettuata "in concreto", tenendo conto del parametro *dell'homo eiusdem professionis et condicionis*, vale a dire, del modello dell'agente operante nelle specifiche condizioni concretizzatesi.

Tertium e ultimo passaggio argomentativo a sostegno della riemersione del concetto di colpa lieve trova sostegno nei lavori parlamentari della l. Gelli-Bianco. L'originario testo della legge approvato dalla Camera mostrava, infatti, di voler differenziare, ai fini dell'esenzione da responsabilità, la colpa grave da imperizia dagli altri minori gradi della stessa tipologia di colpa, in una prospettiva specifica. Ossia nel senso che la colpa non grave da imperizia era automaticamente inclusa in detta esenzione a prescindere dal raffronto con linee guida, mentre quella grave dello stesso tipo lo era alla condizione del rispetto delle stesse linee guida. L'assenza di tale previsione all'esito del vaglio del testo legislativo operato dal Senato non può dirsi un ripudio *tout court* della differenziazione del grado della colpa, non risultando in tal senso esplicitata la volontà del legislatore in alcun passo dei lavori preparatori, quanto piuttosto espressione della rinuncia a quella peculiare distinzione che si poneva apparente e quindi a rischio di censura per incostituzionalità. Ciò sarebbe, infatti, potuto apparire come una tutela irragionevolmente estesa alla colpa del sanitario in tutte le sue espressioni.

All'esito del suo percorso argomentativo la Suprema Corte ha enunciato i seguenti principi di diritto:

«L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio dell'attività medico chirurgica:

a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche che non risultino adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni, di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico».

In tempi non sospetti una delle firme più note all'interno della Suprema Corte in materia di responsabilità medica, affermava che la colpa poteva assumere molte sfumature intermedie tra la mera ascrizione e il rimprovero per una condotta mancata ma umanamente esigibile, che concretizza il principio di colpevolezza¹⁵.

In questo terreno impervio dimora la responsabilità penale del personale sanitario. Le Sezioni Unite hanno offerto un contributo nell'ottica di porre chiarezza laddove l'intervento legislativo del 2017 non era riuscito nell'intento. Non sorprende pertanto che, nella parte conclusiva del suo lavoro del 2011, e alle porte della riforma Balduzzi, lo stesso giudice Blaiotta abbia esortato il legislatore a escludere la colpa non grave per imperizia verso qualunque soggetto esercente una professione intellettuale; ciò è indispensabile ove la disciplina legale *«voglia varcare la soglia della vaghezza e concretizzare le regole di razionalità del giudizio»*¹⁶.

Alla volontà di superare tale vaghezza appaiono orientate le Sezioni Unite nella pronuncia del 2018 riabilitando un concetto, quello della colpa lieve, che il legislatore, volontariamente o meno, aveva espunto

¹⁵ R. BLAIOTTA, *La colpa nella responsabilità medica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene Editore, (2011), 767.

¹⁶ R. BLAIOTTA, *op. cit.*, 781.

dal corpo normativo ancorando il suo ragionamento a una lettura costituzionalmente orientata della l. Gelli -Bianco.

Tale inversione di rotta da parte della Suprema Corte suscita delle riflessioni.

Se è vero che una ragione della scomparsa – o riduzione – del grado della colpa risiede nella circostanza che l'evoluzione tecnologica attuale non trova confronti storici e, conseguentemente, per far fronte ai pericoli che da esso derivano, una delle strade percorribili potrebbe l'espansione del diritto penale¹⁷ e, in particolare, del reato colposo.

È vero anche che tale espansione poggia sulla necessità di sfruttare la finalità preventiva del diritto penale, in particolare la sanzione per i reati colposi, un tempo previsti solo in via residuale, che dovrebbe spingere i soggetti a comportamenti attenti, ad aumentare la diligenza, la prudenza, la perizia e il rispetto delle leggi, regolamenti, ordini e discipline. Correlata a ciò vi è, altresì, la considerazione che al giorno d'oggi una colpa lievissima può avere delle conseguenze disastrose; a fronte della moltiplicazione a dismisura del raggio d'azione e la potenzialità distruttiva dei comportamenti umani prodotta dal progresso¹⁸.

A un passo dall'approvazione del codice Rocco esimio autore s'interrogava sulla possibilità che nel diritto penale possa trovare applicazione l'antica distinzione romanistica tra *culpa levissima*, *levis* e *lata*?¹⁹. Nel cercare risposta a tale quesito L'Altavilla ricordava una sentenza civile della Corte di Appello di Roma ove si era affermato che «*Tra la colpa perseguibile penalmente e quella extracontrattuale civile esiste una notevole differenza potendo questa essere anche lievissima per grado, mentre l'altra deve turbare in modo più profondo l'ordine giuridico, sì da eccitare il potere politico della repressione, comune ad entrambe è l'elemento della prevedibilità, senza cui si rientrerebbe nel concetto del fortuito o della forza maggiore, ma la misura è diversa, perché, in tema di diritto penale,*

17 Fenomeno perfettamente illustrato nel lavoro di J. M. SILVA SANCHEZ, L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali (ed. italiana a cura di V. MILITELLO), Giuffrè, 2004.

18 Per una riflessione più ampia sulla scomparsa della graduazione della colpa si veda il contributo di P.F. POLI, *La colpa grave quale limite alla responsabilità penale per colpa: uno sguardo al passato*, in «Diritto@storia», (2018), n. 16.

19 E. ALTAVILLA, *Delitti contro la persona. Delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*, in E. FLORIAN (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Vallardi, 1934, 202 e ss.

non potendo incriminarsi la colpa lievissima, bisogna ragguagliarla alla comune mentalità umana, e non si può pretendere dal soggetto attivo una riflessione straordinaria, estensibile cioè ad un evento anormale, laddove nella configurazione del quasi delitto civile si può tener conto di ogni negligenza, imprudenza, imperizia e inosservanza di ordine e di disciplina che al responsabile del fatto debbano ascriversi'. Deve cioè la colpa, per essere penalmente punibile, avere una certa intensità»²⁰.

Conclusioni.

Dalla lettura della pronuncia del 2018, si evince l'attualità del quesito posto dall'Altavilla nel lontano 1934, soprattutto in quelle sfere dell'agire umano in cui l'oggetto della valutazione penalistica attiene, non tanto il danno in sé provocato, quanto al livello di professionalità messo in campo dal sanitario, in un'ottica di adeguatezza al caso concreto²¹.

Nel loro percorso argomentativo le Sezioni Unite hanno posto, non a caso, l'attenzione sul presupposto per l'applicabilità dell'art. 590-*sexies* c.p.: il sanitario, pur attenendosi a linee-guida c.d. qualificate, accreditate e adeguate al caso di specie, abbia cagionato per imperizia l'evento lesivo o mortale²².

Si tratta di un presupposto del tutto coerente con la constatazione che *«le fasi della individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono articolate al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l'affermazione che le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi»²³.*

²⁰ E. ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, op. cit. 253.

²¹ In merito alla misura della diligenza richiesta al professionista si veda Cas. Civ., Sez. III, 29.09.2015, n. 19212, secondo la quale *«L'impegno dal medesimo dovuto, se si profila superiore a quello del comune debitore, va considerato viceversa corrispondente alla diligenza normale in relazione alla specifica attività professionale o lavorativa esercitata, giacché il professionista deve impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo standard professionale o lavorativo della sua categoria, tale standard valendo a determinare, in conformità alla regola generale, il contenuto della perizia dovuta e la corrispondente misura dello sforzo diligente adeguato per conseguirlo, nonché del relativo grado di responsabilità (cfr., Cass., 20.10.2014, n. 22222; Cass., 9.10.2012, n. 19143)».*

²² § 9 delle motivazioni.

²³ § 9 delle motivazioni.

A conferma di tale assunto, la Suprema Corte ha invocato l'elaborazione giurisprudenziale maturata con riferimento alla legge Balduzzi e in particolare la sentenza Cantore²⁴, nella quale è attentamente esaminato il passaggio dal corretto inquadramento del caso, accompagnato dalla selezione delle pertinenti direttive di massima, alla fase del necessario adattamento alle peculiarità della situazione concreta.

Non casuale il richiamo a una pronuncia che ha ugualmente posto l'attenzione sull'importanza delle linee guida come sapere scientifico e tecnologico codificato capaci, seppur non nella veste di regole cautelari, di riempire il contenitore della colpa generica, riconoscendo loro la capacità di assolvere l'esigenza di eterointegrazione della fattispecie colposa.

A tale pronuncia va attribuito il merito di un'affermazione di notevole portata: la specificazione della regola cautelare era ed è ancora l'antidoto più forte contro l'inevitabile soggettivismo del giudice ed è quindi garanzia di legalità, imparzialità, prevedibilità delle valutazioni giuridiche. Onde evitare il pericolo che il giudice prima definisca la prescrizione o l'area del rischio consentito e poi ne riscontri la possibile violazione. Il pericolo che ciò possa avvenire è aspetto da tenere in debita considerazione, fondamentale il rinvio alle sfere del sapere scientifico e tecnologico il ruolo di delimitazione del perimetro della rilevanza penale in quanto uniche fonti certe, controllabili e affidabili²⁵.

24 Cass. Pen. Sez. IV, 29.01.2013 (dep. 9.04.2013), n. 16237, Rel. Blaiotta, nella quale la Suprema Corte è stata chiamata a valutare la sussistenza a carico di un chirurgo la colpa commissiva afferente alla lesione dei vasi durante un intervento di ernia discale, avendo il medico eseguito l'operazione violando la regola precauzionale, enunciata in letteratura, di non agire in profondità superiore a 3 centimetri. A sua discolta l'imputato chiama in causa l'innovazione introdotta con la L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3. La nuova normativa prevede che l'esercente una professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida ed a buone pratiche non risponde penalmente per colpa lieve, quando esse siano confortate dal consenso della comunità scientifica.

25 Nel dettaglio, si veda il § 7 della pronuncia Cantore, cit.

BREVI CONSIDERAZIONI SUI REATI DI PERICOLO

Giuseppe Basile

1. I reati di pericolo. Inquadramento sistematico

«Cum bonum non solum sit carere malis sed etiam carere periculis, ideoque leges publicae non solum damna sed etiam pericula caveant»¹. Le legislazioni moderne, avvertendo sempre più la necessità di una anticipazione di tutela penale, recepiscono la *summa divisio* tra reati di danno, caratterizzati dalla effettiva lesione dell'interesse protetto, e reati di pericolo, nei quali il disvalore criminale viene ad identificarsi con la mera messa in pericolo del bene tutelato. Ciò nonostante, il nucleo centrale ed originario del diritto penale classico resta ancorato ai reati di danno: «La maggior parte delle fattispecie penali presuppone il verificarsi di una lesione o di un danno ad oggetti legalmente tutelati»². Dal secondo dopo guerra si è assistito, però, ad una cospicua fioritura delle fattispecie di pericolo, le quali ancor'oggi tendono «ad allargarsi a macchia d'olio», come se fossero «il pupillo del legislatore»³. Tutto ciò non deve certo sorprenderci. L'evoluzione tecnologica ha di fatto incrementato il numero delle attività rischiose, per quanto socialmente utili, rispetto alle quali risulta alle volte opportuna la previsione di reati di pericolo. Inoltre, la progressiva assunzione da parte dello stato di compiti di natura solidaristica ha indotto il legislatore ad ampliare la categoria in esame. «D'altronde non occorre essere buoni profeti per pronosticare un ulteriore incremento dei reati di pericolo nella legislazione futura»⁴.

A ben vedere gli illeciti di pericolo costituiscono però un «fenomeno estremamente singolare e problematico»⁵. Sistemizzata la biparti-

1 P. F. PASSERINUS, *De occidente unum pro alio*, 1693, 153, nt. 32.

2 H. SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in «ZStW» (1969) 81, 7.

3 K. LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, De Gruyter, 1967, 1. Nello stesso senso si esprime anche B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, in «JA» (1975), 792.

4 G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441 ss.

5 K. LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, De Gruyter, 1967, 1.

zione tra reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto, va sottolineato che nei reati di pericolo concreto il pericolo rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie e spetta al giudice accertarne in concreto l'esistenza. Per tali reati si pone la *vexata quaestio*, «problema vitale»⁶, della delimitazione della nozione del pericolo penalmente rilevante, nonché della relativa tecnica giudiziale di accertamento. I reati di pericolo astratto invece tipizzano una condotta al cui compimento tipicamente e generalmente, in base all'*id quod plerumque accidit*, si accompagna la messa in pericolo di un bene, onde il giudice, una volta accertata la prima, è dispensato dallo svolgere ulteriori indagini. In talune ipotesi concrete può accadere che alla realizzazione della condotta vietata non si affianchi alcuna mera possibilità di verifica del danno, con probabile lesione del principio di offensività. Inoltre, dinnanzi all'apparente chiarezza che si appalesa in dottrina, soprattutto in quella italiana, circa la collocazione sistematica del dolo di pericolo nell'alveo della categoria generale del dolo⁷, si stagliano, soprattutto in autori di lingua tedesca, le tesi che identificano il dolo di pericolo ora con la colpa cosciente⁸, ora con il dolo eventuale⁹, o che cercano di dimostrare

6 *Ibidem*.

7 S. RANIERI, *Diritto Penale*, CEDAM, 1968, 309 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, I, UTET, 5^a ed. 1981, 777; G. BETTIOL, *Diritto penale*, CEDAM, 1986, 515 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale parte generale*, Zanichelli, 3^a ed. 2016; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 1996, 317; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, 3^a ed. 1992.

8 Nel senso che il dolo di pericolo si identificherebbe con la colpa cosciente sul piano soggettivo, differenziandosi solo sul piano oggettivo (produzione o meno della lesione) in particolare J. WOLTER, *Zurechnung*, Duncker & Humblot, 1981, 210; G. KÜPPER, *Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, in «ZStW» (1988) 100, 769; inoltre: C. STÜBEL, *System*, vol. II, *Sommerschen Buchhandlung*, 1795, 62 ss.; K. GROLMAN, *Grundsätze*, 4^a ed. 1825, 40 ss.; JOHN, *Fortgesetzten Verbrechen*, 1860, 72; SHARPER, in *Holtzendorff, Handbuch*, III, 1874, 859 ss.; A. THON, *Rechtsnorm Rechtsnorm Und Subjectives Recht*, 1878, 78 ss.; H. HÄLSCHNER, *Deutsche Strafrecht*, vol. I, 1881, 311 ss.; A. MIRICKA, *Formen*, 1903, 77 ss.; RADBRUCH, VDA, BT 5, 1905, 201 ss.; VDA, AT 2, 1908, 227; W. MITTERMAIER, *Kritische Beiträge Zur Lehre Von Der Strafrechtsschuld*, 1909, 53 ss.; KOHLRAUSCH, *Reform*, 1910, 196 ss.; F. KRAUS, in *MonKrim* (1913) IX, 436; K. ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930, 400 ss.; R. SCHMIDT, *Grundriss*, 1931, 108 n. 1; K. RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, Kurtze, 1933, 62 ss.; A. KAUFMANN, *Unrechtsbewusstsein*, 1949, 98; Id., *Schuldprinzip*, Winter, 2^a ed. 1976, 154; A. A. SCHAFFSTEIN, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum*, in «OLG Celle-Fs.» (1961), 180; Reinhard v. Hippel, *ZStW* 75 (1963), 449; D. ZIELINSKI, *Handlungs- undErfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, 156 ss.; BACKMANN, MDR 1976, 974; ARTZ – WEBER, BT 2, 1983, 4, n. 12.

9 J. BAUMGARTEN, *Versuche*, Enke, 1888, 426 ss.; K. KLEE, *Dolus indirectus*, 1906, 49 ss.; R. BUSCH, *Gefährdungsvorsatz*, 1897; E. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Schmidt, 1973, 209; J. WOLTER, *Zurechnung*, Duncker & Humblot, 1981.

come il dolo di pericolo sia dotato di autonomia strutturale quale terza forma di colpevolezza intermedia rispetto al dolo ed alla colpa¹⁰. Il legislatore infine utilizza tali modelli delittuosi per apprestare una tutela anticipata dei beni giuridici, con l'effetto di estendere l'area del penalmente rilevante, rischiando così di aggravare e reiterare il fenomeno della ipertrofia penalistica¹¹.

Alla luce di queste considerazioni è dato riscontrare come i reati di pericolo presentino aspetti che, seppure alcuni dei quali minuziosamente già affrontati¹², possano ancor'oggi catturare l'attenzione come un «figlio che da tante preoccupazioni ai genitori¹³».

2. Criteri di accertamento del pericolo concreto

La scienza penalistica incontra da sempre una notevole difficoltà all'atto di definire il pericolo¹⁴, «uno dei concetti più difficili del diritto penale»¹⁵, «vasto tanto quanto quello di reato»¹⁶, «pericoloso per la sua vaghezza»¹⁷, «a tal punto da sottrarsi ad una precisa definizione scientifica e dunque non determinabile in maniera universalmente valida»¹⁸.

10 C. STOOSS, *Motive*, 1894, 29 ss.; C. R. KOSTLIN, *Neue Revision*, 1845, 293 ss.; ID., *System*, 1855, 183; A. LOFFLER, *Schuldformen*, 1895, 5 ss.; A. MIRICKA, *Formen*, cit., 79 ss.

11 C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, CEDAM, 1984.

12 V. PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica del reato di pericolo*, Jovene, 1975; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale. Studi in memoria di G. Bellavista*, 1977; ID., *La tipizzazione del pericolo*, cit.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Giuffrè, 1994.

13 L'espressione è tratta dalla dottrina che si è occupata del recesso dal delitto tentato, L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in «StUrb» (1978-79), 1 ss.

14 Etimologicamente il termine *periculum* deriva dal verbo latino *perior* che significa tentare, sperimentare, fare esperienza il tutto in connessione con un certo rischio; ecco che allora nel linguaggio giudiziario *periculum* viene ad acquistare il significato di processo e quindi di rischio. Da questa origine poi deriva il significato corrente di pericolo quale rischio di qualcosa di negativo, la possibilità di un danno. Dal latino derivano il francese *pèril*, lo spagnolo *peligro* ed il portoghese *perigo*. Dal greco deriva il termine tedesco *Gefahr*.

15 A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, F.lli Bocca, 1913, 288.

16 E. FLORIAN, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*, in «Enc. dir. pen.» (1909) VIII.

17 K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Vierter Band: Die Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919, p. 374.

18 Bundesgerichtshof, Corte Federale tedesca 1963.

I positivisti-deterministi di fine secolo e i neoidealisti di inizio nuovo secolo impostarono il problema in termini puramente soggettivi: nel mondo delle leggi causali esistono solo due entità, l'accadere o il non accadere di una cosa, *tertium non datur*. Pertanto, ciò che appare solo possibile null'altro è che una mera rappresentazione mentale. Il pericolo dunque rappresenta il timore, la paura che nasce in noi di fronte a situazioni che potrebbero essere foriere di un *quid* negativo, ma di cui non conosciamo quale sarà l'esito. Il pericolo è insomma «figlio della nostra ignoranza»¹⁹.

Nella dottrina tedesca²⁰ molti autori non dubitano che il pericolo sia una situazione oggettiva (*Zunstand*), un accadimento a sè stante, autonomo sia dalla paura provata dalla vittima, sia da ogni valutazione probabilistica di un eventuale danno futuro, null'altro che una forma di evento – *Erfolg* - allo stesso modo di una qualsiasi lesione del bene giuridico. Il pericolo rappresenterebbe di per sè un disvalore di evento, una offesa per il bene protetto che si sostanzierebbe nello «scuotimento della certezza nell'esistenza del bene giuridico», "*Erschütterung der Daseingewissheit*"²¹. «In Germania non si dubita più che i delitti di pericolo vadano ricompresi nella più ampia categoria dei delitti di evento e che dunque il pericolo vada accertato allo stesso modo della lesione nei reati di danno»²², ovvero attraverso una verifica giudiziale rigorosamente *ex post* che tenga conto anche dell'avverarsi o meno della lesione finale.

A ben vedere, un accertamento del pericolo che tenga conto anche dell'avverarsi o meno della lesione porterebbe alla conclusione che il non verificarsi del danno dovrebbe sempre dimostrare che il bene giuridico non ha

19 H. HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Vol. II, 2. *Abtheilung*, 1834, 597: «Ist ... die Gefahr ... ein Kind unserer Unwissenheit».

20 M. VON BURI, *Veber der Begriff den Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch*, in «GS» (1988), 528; W. KISCH, *Über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes Gefahr im Versicherungsrecht*, in «ZversW» (1917), 491; W. GALLAS, *Abstrakte und Konkrete Gefährdungs*, in H. LÜTTGER et al. (Edd.), *Festschrift für Ernst Heintz*, 1972, 175; E. HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, cit., 30; KUPER, *Gefährdung als Erfolgsqualifikation?*, in «NJV» (1976), 545; H. DEMUTH, *Der normative Gefährbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der Konkreten Gefährdungsdelikte*, Studienverlag Brockmeyer, 1980, 98 ss.; H. OSTENDORF, *Grundzüge des Konkreten Gefährdungsdelikts*, in «JUS» (1982), 428 ss.

21 K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die recht-mässige Handlung und die Arten des Delikts, Vierter Band: Die Fahrlässigkeit*, Felix Meiner, 1919, 372.

22 F. CH. SCHROEDER, *Die Gefährdungsdelikte*, in *Deutsche Strafrechtliche Landesreferate zum XI internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, De Gruyter, 1982 (Beiheft zur ZSeW, hrsg von H. Jescheck, 1982).

corso alcun pericolo. In questo modo si lascerebbe al giudice il compito di verificare ex post solo se la lesione si è verificata o meno. Di fronte a tali obiezioni autorevole dottrina ha rivisitato il concetto di pericolo affermandone l'esistenza anche in certi casi in cui la lesione non si è verificata ed una insignificante modificazione delle circostanze avrebbe portato al danno²³. *Horn* è giunto ad affermare che vi è pericolo non solo quando la lesione si è verificata, ma anche quando l'azione in base ad una legge causale astratta appare potenziale causa di lesione e non vi sia una legge causale concreta che dimostri la impossibilità della lesione medesima²⁴. *Schünemann* ha poi ribadito che vi è pericolo sia quando si è realizzata la lesione, sia quando le normali misure non sono più sufficienti ad eliminare la potenzialità lesiva dell'azione e a tal fine si deve fare ricorso a misure straordinarie o comunque la lesione si è evitata per cause casuali, ovvero non appartenenti alla sfera di dominio dell'autore²⁵. Allo stesso modo *Demuth* è pervenuto alla definizione del pericolo come una minaccia arrecata al bene non più padroneggiabile con i normali mezzi a disposizione dell'autore²⁶. Insomma anche nella dottrina tedesca si è fatta propria l'esigenza di raccordare la nozione di pericolo ad elementi probabilistici che possano in qualche modo delimitare la rigorosa applicazione del criterio di accertamento ex post del pericolo. Il pericolo in buona sostanza si presenta come altro rispetto al danno e pertanto va accertato con un criterio che tenga conto anche delle sue peculiarità strutturali.

La commissione italiana presente al X congresso internazionale di dir. pen. (Roma 1969)²⁷, dinnanzi alle obiezioni sollevate in seno alla dottrina tedesca, ritenne di poter porre un distinguo tra i reati di evento di pericolo e i reati a condotta pericolosa. Nei primi il pericolo sarebbe stato accertato ex post, nei secondi in base al criterio ex ante della prognosi postuma comune anche al delitto tentato. Di contro, il pericolo costituirebbe in entrambe le situazioni un elemento oggettivo della fattispecie e quindi andrebbe accertato sia nelle fattispecie di evento di pericolo che

23 F. CH. SCHROEDER, *Die Gefährdungsdelikte*, cit.

24 E. HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, cit.

25 B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in de Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, in «JA» (1975), 792.

26 H. DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der Konkreten Gefährdungsdelikte*, Studienverlag Brockmeyer, 1980, 218.

27 Ci si vuole riferire al X Congresso internazionale di diritto penale tenutosi a Roma dal 29 settembre al 5 ottobre 1969 sul tema dei reati di pericolo i cui atti sono pubblicati in Atti del X Congresso internazionale di diritto penale, Roma, 1974.

in quelle di condotta pericolosa con il medesimo criterio²⁸. A ben vedere, la vera essenza del pericolo risiede in «un evento che acquista significato solo tramite la relazione con un altro evento non ancora verificatosi e non desiderato»²⁹. «Il pericolo insomma è uno stato che si verifica nel mondo esterno, ma che acquista importanza per il suo collegamento con un altro stato non ancora verificatosi»³⁰. Mentre il danno è incriminato per sè, al contrario il pericolo è elevato a fattispecie penale proprio in quanto è in rapporto ad un ulteriore eventuale danno che si vorrebbe evitare. Ciò che il legislatore vuole prevenire con i reati di pericolo non è il danno finale, ma ancor prima la stessa situazione concreta da cui può scaturire il danno finale. Il pericolo, quale relazione tra una condotta attuale ed un accadimento futuro, incerto nell'an e nel quando, negativamente connotato, proprio per la sua relatività, non può sopportare un accertamento basato su di un criterio rigorosamente ex post. Parte della dottrina³¹, ritiene che detta relazione debba qualificarsi di mera possibilità. Ci si arresterebbe così ad una nozione logica di pericolo e si correrebbe il rischio di considerare pericolosi anche gli avvenimenti più improbabili, giacchè per essi esiste comunque la possibilità obiettiva della realizzazione del danno. Ora, se il diritto penale arrivasse a chiedere ai cittadini di non creare mai situazioni in cui il danno appare meramente possibile, li costringerebbe a non intraprendere alcuna attività. Già Rodotà nel 1964 parlava di «danni che debbono accadere e di pericoli che si debbono correre»³². Più opportuno appare qualificare il pericolo in termini di *probabilità*³³. La probabilità è un concetto neutro mentre il pericolo presenta una connotazione assiologicamente negativa. Il grado di probabilità penalmente rilevante va individuato facendo ricorso alla coscienza giuridico- sociale del momento storico. Si determinerà così quale sia il grado di probabilità di verifica di certi eventi ritenuto sopportabile dalla coscienza sociale, tenendo anche nel dovuto conto l'importanza del bene giuridico, il tipo di offesa, il dato numerico

28 F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit.

29 F. von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21/22 Aufl., De Gruyter, 1919.

30 D. SANTAMARIA, (voce) *Evento*, in «ED» (1967) XVI.

31 A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., 306; G. DELITALA, *Les délits de mise en danger, Rapport general*, in «Rev. int. dr. pén.» (1969), 285; K. RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, cit., 6 ss.

32 S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1964, 56 ss.

33 Già nella dottrina antica C. STÜBEL, *System*, cit., 123 ss; F. ANTOLISEI, *Sul concetto di pericolo*, in *Scuola positiva*, 1914, 26.

statistico di verifica del danno e, quando si tratti di interessi patrimoniali, anche la quantità del bene minacciato. Il pericolo dunque non si identifica in una relazione di condizionabilità tra due eventi certi, ma in una relazione di *causabilità*, che lega un fatto accaduto ad un fatto solamente probabile ed eventuale. Per questo deve essere accertato ex ante in base ad un criterio prognostico.

Quale debba essere *la base ed il metro di giudizio*? La dottrina tradizionale ha da sempre fatto riferimento ai criteri della prognosi postuma adottati nel valutare l'idoneità degli atti nel tentativo³⁴. *Autorevole dottrina*, avvertendo la natura oggettiva del pericolo, ha sottolineato che la base di giudizio deve essere composta da tutte le circostanze esistenti al momento del fatto, a prescindere sia da quando esse siano state conosciute e sia dal fatto che esse fossero generalmente riconoscibili (c.d. *base ontologica totale ex ante*). Il metro di giudizio deve essere costituito dalle leggi probabilistiche esistenti al momento del fatto, indipendentemente da quando siano state scoperte o conosciute³⁵. Parte della dottrina ha avvertito la necessità di rendere cogenti i principi costituzionali di colpevolezza e personalità dell'illecito sottolineando che il pericolo andrebbe accertato con un criterio prognostico (ex ante), ma metro e base del giudizio, sebbene allargate alle leggi scientifiche e ai fatti contestuali alla condotta, dovrebbero escludere tutte quelle circostanze che comunque non erano conoscibili né prevedibili per l'uomo medio³⁶. Secondo questo ultimo orientamento il pericolo concreto deve essere accertato, tenendo conto di tutte le circostanze e di tutte le leggi scientifiche esistenti al momento del fatto, anche se scoperte successivamente; tutte queste circostanze, però, devono essere prevedibili per un osservatore medio, per contro, le circostanze che escludono il pericolo, anche se scoperte dopo e non conoscibili, devono essere sempre valutate in quanto escludono oggettivamente il pericolo. In questo ultimo caso potrebbe residuare la pericolosità sociale dell'individuo a titolo, ex art. 49 2° co., di quasi reato³⁷. La dottrina che ha posto l'accento sulla nozione di pericolo quale relazione oggettiva tra due entità una attuale, già verificatasi e l'altra solo probabile³⁸ ha evi-

34 F. ANTOLISEI, *Sul concetto di pericolo*, cit., 26.; R. RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. II, Giuffrè, 1984.

35 F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit.

36 M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit.

37 *Ibidem*.

38 F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit.

denziato ulteriormente che, se da una parte appare logico affermare che tutto ciò che è stato accertato a livello oggettivo deve poi essere imputabile al soggetto anche sul piano soggettivo, sembra pur vero però che, essendo il pericolo una **relazione oggettiva** tra due entità una attuale e l'altra probabile, per forza di cose nel momento dell'accertamento dell'elemento oggettivo del fatto non risulta essere necessario ricorrere a quelle limitazioni che poi si devono inserire all'atto di verificare la imputabilità soggettiva del fatto all'autore della condotta, oggettivamente a lui imputata. Il pericolo va accertato nell'ambito del fatto tipico, allora, secondo la *base ontologica totale ex ante*. Diversamente, saranno valorizzate in sede di valutazione della colpevolezza la prevedibilità e conoscibilità delle circostanze ricorrenti e leggi scientifiche esistenti al momento del fatto.

Il pericolo «non è mai riconoscibile come l'evento di lesione»³⁹, «nei reati di pericolo concreto il giudice appare più creatore che esecutore del diritto»⁴⁰. Il grado della probabilità penalmente rilevante è il frutto di una valutazione assiologica del giudice effettuata caso per caso. Ciò, se da una parte è garanzia di un migliore adattamento della fattispecie astratta al dato concreto, dall'altra è indice di discrezionalità in sede di accertamento del fatto delittuoso. Il reato di pericolo concreto sembra atteggiarsi ad un «pilatesco affidamento al giudice»⁴¹, che nella sua «concretizzazione versus vaghezza»⁴², «mantiene molto meno di quanto promette»⁴³, tradendo l'adagio aristotelico per cui

«bisogna lasciare ai giudici il meno possibile, solo sull'essere accaduta o meno una cosa essi devono essere chiamati a pronunciarsi»⁴⁴.

3. Criteri di accertamento del pericolo astratto

Il reato di pericolo astratto è stato oggetto negli ultimi decenni di una rivalutazione sia da parte della dottrina⁴⁵ che da parte del legislatore.

39 G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit.

40 A. FINGER, *Begriff der Gefahr*, in R. VON FRANK et al. (Edd.), *Festgabe für Reinhard von Frank*, vol. I, 1930, 242.

41 F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit.

42 G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in «RIDPP» (1983), 1298 ss.

43 G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit.

44 Aristotele, *La retorica*, a cura di A. PLEBE, Laterza, 1961, 2.

45 G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1298 ss.; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in «RIDPP» (1986), 689.

L'opzione legislativa del pericolo astratto può rappresentare un argine alla particolare diffusività del pericolo insito in determinati tipi di condotta e al contempo consentire di meglio di tutelare la libertà di iniziativa economica degli imprenditori, la quale risulta tanto meno ostacolata quanto più si riesce a formulare precetti penali chiari e definiti⁴⁶. Alcuni beni giuridici *superindividuali*, per ragioni ontologiche, appaiono ledibili non per effetto di una singola condotta, ma solo a seguito del ripetersi generalizzato e costante delle *single condotte*. Il singolo episodio, preso di per sé, appare insignificante, ma la frequenza di episodi dello stesso genere, la loro *dimensione seriale* diviene idonea a ledere il bene protetto dalla norma⁴⁷. Spesso risulta difficile dimostrare l'esistenza del nesso di causalità tra una singola condotta e l'evento dannoso. Ciò che risulta più facile, invece, è l'accertamento dell'attitudine generale di un determinato comportamento *seriale* a contribuire a ledere il bene protetto. La scelta del pericolo astratto offre il vantaggio di esimere l'interprete dal rinvenire per ogni fattispecie concreta la legge di causalità confacente al caso in esame e, quindi, permette di evitare la *probatio diabolica* del nesso di causalità anche, tra l'altro, laddove risulti scientificamente ignoto lo specifico meccanismo che conduce alla realizzazione dell'evento dannoso⁴⁸.

Parte della dottrina lamenta "l'euforia acritica" con cui troppo spesso ci si rivolge al pericolo astratto; pur avendo il legislatore descritto, in base all'esperienza, determinate circostanze dalle quali tipicamente discende una situazione di pericolo, di fatto quel giudizio può risultare empiricamente falso. Si tornerebbe così alla punizione della mera disobbedienza trasformando i reati di pericolo astratto in reati a pericolo presunto. «I reati privi di evento pericoloso non avrebbero altro scopo che quello di lasciare avvertire la onnipotenza del legislatore e di mettere alla prova l'obbedienza dei destinatari della norma»⁴⁹. *Nullum crimen, nulla poena sine iniuria*: un diritto penale secolarizzato, ancorato alla fattualità della lesione o del pericolo, non può trasgredire un principio garantista che appartiene, come è stato autorevolmente affermato, «alla stessa razionalità del diritto penale»⁵⁰, un principio la cui indefettibilità è stata

46 G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 154 ss.

47 K. TIEDEMAN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1. Allgemeiner teil, Rowohlt, 1976; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit.

48 G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 154 ss.

49 K. RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, cit., 62 ss.

50 F. MANTOVANI, *Il problema della offensività del reato nelle prospettive di riforma*

ormai riconosciuta sul piano costituzionale. «Che significato verrebbe ad avere la pena irrogata all'autore di un fatto che non avesse determinato quel pericolo in vista del quale il fatto stesso è previsto come reato? In questo caso si sanzionerebbe non un *fatto*, bensì un atteggiamento personale del soggetto che, violando una regola di obbedienza, lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità sociale. In altre parole non si punirebbe il *fatto* ma solo l'autore. E così, si stravolgerebbero quei connotati e quelle funzioni che la Costituzione assegna rispettivamente alle pene ed alle misure di sicurezza. Orbene, verrebbe meno anche la proporzionalità tra fatto illecito e sanzione e, quindi, la stessa funzione preventiva e retributiva della pena»⁵¹.

Autorevole dottrina ha sostenuto la necessità di trasformare tutte i reati di pericolo astratto in fattispecie a pericolo concreto, ovvero di ammettere, di fronte ad una fattispecie di pericolo astratto, la possibilità che venga fornita la prova della non pericolosità (oggettiva ed in concreto) della condotta⁵². Mentre nei reati di pericolo concreto l'organo giudicante accerta il pericolo, nei reati di pericolo astratto il legislatore, in base ad una opzione di politica legislativa, tipicizza le fattispecie generalmente pericolose. Tuttavia, affinché il pericolo astratto risponda alle esigenze costituzionali di offensività, è necessario rispettare rigorosamente determinate condizioni, alcune delle quali riguardanti il momento applicativo della norma. In altri termini, le fattispecie di pericolo astratto devono assicurare che il caso concreto abbia una idoneità offensiva, mancando la quale diventa incostituzionale ogni punizione. Il giudice dovrà accertare la generale pericolosità della condotta, e la "non impossibilità" in concreto che si verifichi il danno. Se in concreto il giudice si accorgesse della impossibilità materiale che si verifichi la lesione finale, dovrebbe escludere la ricorrenza del reato. Il pericolo, infatti, quale relazione tra una condotta ed un probabile danno futuro, va escluso ogniqualvolta con certezza non ricorre la minima possibilità di verifica del danno⁵³. Il reato di pericolo astratto, lungi dall'escluderlo concettualmente,

del codice penale, in G. VASSALLI (Ed.), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Giuffrè, 1982.

51 M. GALLO, *I reati di pericolo*, in «FP» (1969), 1.

52 F. MANTOVANI, *Il problema della offensività del reato*, cit.; K. RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, cit., 66 ss.

53 Diversa invece appare la tesi dell'*Alternativ-Entwurf* che al § 151 prevedeva che taluni delitti di pericolo astratto (incendio, esplosione) fossero puniti alla condizione negativa che, secondo il giudizio di un osservatore obiettivo, non si potesse escludere al

per sua stessa natura impone un accertamento condotto in termini “realistici”, alla stregua dell’art. 49, 2° comma c.p.⁵⁴ Ai sensi di tale disposizione il giudice deve verificare se, nelle circostanze concrete, ricorra la impossibilità assoluta che si realizzi l’evento dannoso. L’art. 49, 2° comma richiede dunque un accertamento in negativo: la verifica che il reato non sia impossibile per difetto di potenzialità lesiva nelle circostanze concrete. Questo metodo di accertamento non costituisce un tentativo di trasformare surrettiziamente le fattispecie di pericolo astratto in fattispecie di pericolo concreto. Infatti il giudice non è qui chiamato ad accertare che un bene giuridico sia incorso in un pericolo concreto, ma solo che il bene tutelato “potesse” incorrere nel pericolo.

4. Prospettive de iure condendo

La traduzione in atto del principio di offensività dunque deve operarsi, nel reato di pericolo astratto, attraverso un metodo interpretativo che impegni il giudice a verificare se l’attività posta in essere dall’agente possieda o meno la generale pericolosità e l’astratta idoneità causale a realizzare l’offesa, escludendo dunque la tipicità del reato quando vi sia la prova della impossibilità assoluta che l’evento temuto si realizzi. Il pieno rispetto del principio di offensività si può ulteriormente ottenere a condizione che le fattispecie descritte dalla legge risultino in grado di tipizzare in modo sufficientemente puntuale l’offesa.

Uno dei compiti più importanti da segnare nell’agenda di lavoro del legislatore è perciò rappresentato dalla riformulazione legislativa delle fattispecie di parte speciale in termini di maggiore oggettività ed offensività. Non tutte le storture dell’attuale sistema penale tollerano operazioni di *ortopedia interpretativa*: la strada maestra è in realtà quella della scienza della legislazione e dell’affinamento della tecnica legislative. L’attuale assetto della tutela codicistica par non riflettere adeguatamente il sistema dei valori suscettivi di tutela penale in uno Stato democra-

momento dell’azione la possibilità del danno per la vita o l’integrità fisica: «*ohne dass im Zeitpunkt der Handlung eine Schädigung andere am Leib oder Leben auszuschliessen ist*»». La dottrina è solita designare con i termini di “Risikodelikte neuen Typs” la forma di reato ipotizzata nel progetto.

54 G. BASILE, *Violazioni dei limiti tabellari per gli scarichi idrici, fictio iuris cessat ubi veritas locum habere potest. La Cassazione resiste ma non convince*, in «RPE» (1997) 3-4, 214 ss.

tico come quello prefigurato dalla Costituzione⁵⁵. Il codice penale e la sua legislazione accessoria vanno dunque rivisitati. Altro è il problema, di solo metodo, se sia meglio una riforma totale del sistema penale, che sostituisca l'ormai vecchio Codice Rocco con altro testo legislativo più moderno, o se si debba inseguire una razionalizzazione dell'esistente attraverso la metodologia della novellazione a pelle di leopardo. Ed in questa operazione di riforma potrebbero trovare ingresso, a pieno titolo, nuove e migliorate fattispecie di reati di pericolo astratto costruite nel precipuo rispetto della necessaria lesività dell'illecito penale.

Il pericolo, d'altronde, rappresenta un elemento immanente della nostra società. Elevarlo a momento punitivo può apparire cosa giusta o ingiusta a seconda che si voglia salvaguardare la vita collettiva nei suoi beni essenziali, oppure abbandonare la società agli egoismi individuali che di certo non affinano, nè migliorano la civiltà dei popoli.

Il reato di pericolo.... un tema eterno, che appare invecchiato, sul quale nondimeno si tornerà sempre a discutere.

55 C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit.

GLI EFFETTI DELLA "EUFORIA PREVENTIVA" ALLA LUCE DELLA RIFLESSIONE SULL'IDEA DI 'SCOPO'

Chiara Bigotti

1. Introduzione

Di primo piano per ricchezza e complessità di temi, con lo sguardo sempre vigile alla comparazione con il sistema tedesco è il contributo teorico del Professore su piano scientifico-dottrinale. Le linee direttrici del suo pensiero si sviluppano in maniera radiale, a partire dal nucleo centrale della riflessione sul vastissimo e complicato tema della funzione della pena, attraverso il confronto tra teorie retributive e teorie preventive, implementando la discussione attorno all'idea di scopo della pena e alla necessità - non più procrastinabile - di un legame con la dimensione empirica ed alle implicazioni sul versante del principio di colpevolezza e commisurazione della pena. Di qui la ricerca di un archetipo teorico diverso per la giustizia penale, che sia incentrato su schemi e modelli punitivi sviluppati su verifiche di razionalità, praticabilità, effettività dell'attività punitiva. Messa all'angolo l'idea retributiva, il paradigma preventivo veicolato dall'idea di scopo costituisce «una teoria razionale e moderna, attenta alle condizioni ed ai bisogni socio-individuali cui ritiene necessario orientarsi»¹.

Egli ha così saputo riassumere questo passaggio storico epocale² e riordinare il complesso di idee ed argomenti attorno all'idea dello scopo in chiave critica, fino a tratteggiarne possibili sviluppi futuri. In quanto impegnato attivamente a proteggere gli interessi tutelati secondo un programma di politica criminale, il diritto penale non si accontenta più di 'bastare' a se stesso. Lo 'scopo' della pena che lo informa ed orienta, fa sì che esso entri in contatto con altri saperi tecnici, in due direzioni: in pri-

1 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 19. W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, (2009), trad. D. Siciliano, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, 2012, 25.

2 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 14 e 41 ss., per il quale la «Teoria dello scopo non è un regno di antica ascendenza»; «Ha significato la rottura con una tradizione imponente dominata da altri sovrani» (idea retributiva). Tuttavia, avverte il Maestro, si è assistito ad una funzionalizzazione dell'idea retributiva al programma preventivo, salvaguardando *ad ogni costo il principio di misura*.

mo luogo, il diritto penale, quale strumento servente a soddisfare bisogni sociali, si arricchisce ed integra con quelle scienze ausiliarie, quali la politica criminale, la criminologia, la sociologia criminale, così da avere un quadro quanto più possibile ricco e completo della realtà che è chiamata a regolare³. In secondo luogo, sul piano della strutturazione della fattispecie, cruciale diviene l'individuazione di una base empirica - fornita dalle scienze applicate, come l'economia, la statistica, la matematica, etc. - che colleghi in termini di causa-effetto l'insorgenza di determinate conseguenze di ordine pratico alla violazione del comportamento prescritto dalla norma, in modo da soddisfare con rigore scientifico le istanze di controllo sociale delle fonti di rischio⁴. Di qui il ricorso all'etichetta di 'scienza penale integrale', volto a riconoscere l'importanza del contributo delle discipline non normative dotate di proprio oggetto e metodo, in funzione dialogica e integrativa rispetto alle tecniche di controllo attuato mediante il diritto penale.

Non può oggi mettersi seriamente in discussione il successo dell'idea di scopo nel diritto penale, ma certamente si può tentare di offrire spunti circa lo 'stato dell'arte', secondo quelle linee di analisi così lucidamente scolpite dal Professore, sia sul fronte della odierna legislazione della prevenzione del rischio per quanto attiene al piano della tipicità e colpevolezza, sia sul versante applicativo ed in relazione alla commisurazione della pena ed esecuzione della stessa orientata alla risocializzazione del reo.

2. La declinazione dell'idea di scopo nella legislazione penale preventiva

Il diritto penale della prevenzione, pur non costituendo l'unico modello legislativo nel panorama della produzione normativa penale, certamen-

3 Da sempre convinto dell'importanza della collaborazione tra scienze criminologiche e diritto penale, L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb» (1980-1981), 462.

4 M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 314: «Se la legge penale, non è un mero "diritto del comportamento" (decalogo), ma anche un progetto per incidere sugli interessi tutelati mediante la disciplina delle condotte (programma di politica criminale), e quindi obbedisce a una previsione delle conseguenze della sua emanazione e applicazione», «L'inclusione del sapere empirico (..) diviene uno dei doveri epistemologici del penalista che si conformi ai principi di garanzia costitutivi della sua disciplina e fra questi al principio di *extrema ratio*».

te rappresenta quello più significativo⁵. È sotto gli occhi di tutti quanto oggi domini - pressoché incontrastata - nei programmi di politica criminale quella «euforia preventiva» che la teoria del diritto penale (con i suoi concetti di proporzionalità, misura, corresponsabilità sociale, idea di giustizia, «garanzia dei diritti individuali anche contro le esigenze della sicurezza collettiva») avrebbe dovuto contenere⁶.

La prevenzione richiede un approccio di tipo prognostico al fenomeno criminale⁷: si tratta di individuare nella realtà quei fattori che producono o potrebbero produrre la devianza e cercare di approntare un armamentario giuridico in grado di neutralizzarli, ove l'artiglieria pesante rappresentata dal diritto penale costituisce l'ultimo baluardo di difesa per l'integrità dell'articolata struttura preventiva predisposta dal legislatore⁸. Evidente l'impatto della ideologia preventiva sulla legislazione penale e sulle sue metodologie di lavoro⁹. Al legislatore si chiede una valutazione orientata alle conseguenze e dunque sostanzialmente diversa rispetto a quella richiesta dalla ideologia retributiva¹⁰. La pena non mira a compensare il torto subito, non è soltanto – come si diceva un tempo - l'istituzionalizzazione del naturale impulso di vendetta proprio dell'uomo; ciascuna singola incriminazione si spiegava, in quanto riproduceva una valutazione sociale condivisa in termini di riprovazione del

5 Tra le tendenze, contrastanti, di politica criminale, la dottrina segnala, per esempio, come i diritto fondamentali abbiano dato impulso a istanze di criminalizzazione volte alla tutela della dignità umana, il che non pone problemi quando ha ad oggetto specifiche condotte aventi un 'contatto diretto e significativo' con la persona; laddove invece genera talune perplessità quando assume le sembianze di 'valore astratto' (v. reati di mutilazione genitale femminile): R. BARTOLI, "*Chiaro e oscuro*" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione dei diritti, in «RIDPP» (2012) 5.3, § 6; G. MARRA, *Diritto penale arbitrario*, Urbino University Press, in corso di stampa, 105 ss.; G. MARRA, «Diritto penale moderno» v. «diritto penale ultra-libera». Note su immagini francofortesi nella gius-penalistica spagnola, «StUrb» (2016), § 1. Cfr. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 78-83, ove segnalava opposte tendenze (ipercriminalizzazione e depenalizzazione) provenienti dal paradigma empirico.

6 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 107.

7 *Ivi*, 141 ss., ove, a proposito dell'art. 58 della l. 689/1981, a proposito dei giudizi prognostici avanza tre problemi a tutt'oggi insuperabili: 1) il fatto che siano possibili giudizi prognostici sicuri; 2) che tali giudizi prognostici siano giudizialmente realizzabili; 3) che tra il binomio 'prognosi-sicure' e 'prognosi-incerte' sia verificabile una relazione di regola/eccezione a favore delle prime.

8 *Ivi*, 262.

9 *Ivi*, 11.

10 *Ivi*, 95: «La prevenzione ha legato il sistema penale ai bisogni sociali, ossia all'oggi e al domani più prossimi».

comportamento posto in essere dall'autore della condotta¹¹. Nel diritto penale della prevenzione, invece, l'orientamento alle conseguenze diviene tratto caratterizzante e comporta che le istanze punitive assumano una connotazione diversa perché funzionale all'integrità ed efficacia del sistema preventivo. Accanto - e forse ben prima - degli interessi individuali, sono gli interessi di rilievo costituzionale a dimensione ultraindividuale (collettiva e/o diffusa) ad essere il centro della prevenzione: la sicurezza sui luoghi di lavoro, l'ambiente, il sistema economico, il libero mercato e la concorrenza, l'incolumità pubblica, etc. Tale trasformazione quanto ai beni giuridici che il diritto penale si pone l'obiettivo di tutelare si può spiegare alla luce dell'evoluzione della società, del sistema produttivo e dei traffici commerciali (e-commerce) ormai interconnessi ben oltre la sovranità nazionale. Questa apertura alla dimensione globale è stata favorita dal progresso tecnologico ed ha portato alla metamorfosi sia dei modi di comunicazione, sia dei luoghi della socialità, sia della produzione industriale, del mercato e della concorrenza, del modo di lavorare. Tali trasformazioni costituiscono la base empirica in grado di spiegare la crescita esponenziale della criminalità connessa all'utilizzo delle tecnologie informatiche (*cybercrime*¹²) ed anche le nuove e preoccupanti *escalation* delle organizzazioni criminali su scala globale connessa all'esercizio delle attività economiche¹³. È evidente quanto profondamente si sia trasformata la criminalità e come quindi, dal punto di vista crimino-

11 Sulla natura predittiva intesa come qualificazione giuridica astratta delle condotte: M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 315.

12 Il rapporto 'CLUSIT 2020' evidenzia come il 2019 abbia rappresentato un punto di non ritorno «tale per cui ormai ci troviamo a vivere ed operare in una dimensione differente, in una nuova epoca, in un "altro mondo", del quale ancora non conosciamo bene la geografia, gli abitanti, le regole e le minacce» «Gli attaccanti non sono più "hackers", e nemmeno gruppetti effimeri (più o meno pericolosi) di "artigiani" del cybercrime: sono decine e decine di gruppi criminali organizzati transnazionali...». È possibile consultare il rapporto CLUSIT al seguente link: <https://clusit.it/rapporto-clusit/> (consultato 23 ottobre 2020).

13 Dir. 2017/1371/ del 5 luglio 2017, cons. 2: «Gli Stati membri hanno elaborato la convenzione, in cui è stato rilevato che la frode ai danni delle entrate e delle spese dell'Unione in numerosi casi non restava circoscritta a un singolo paese ed era spesso commessa da reti della criminalità organizzata. Su tale base, nella convenzione si era già riconosciuto che la tutela degli interessi finanziari dell'Unione richiedeva il perseguimento penale di ogni condotta fraudolenta lesiva di tali interessi». Di qui l'adeguamento del nostro ordinamento con il decreto legislativo, 14 luglio 2020, n. 75, che ha modificato molteplici fattispecie codicistiche, il d.lgs 74/2000 e ampliato altresì la gamma dei reati presupposti per la responsabilità dell'ente da reato (art. 24, d.lgs 231/2001).

logico, essa non trovi più la sua ragion d'essere soltanto nella povertà e arretratezza delle classi sociali. Al contrario, si potrebbe dire 'l'occasione fa l'uomo ladro', sicché osservatorio privilegiato è la legislazione finalizzata al contrasto della criminalità connessa all'attività d'impresa, ai grandi traffici commerciali, nonché al fenomeno corruttivo.

Il diritto penale dell'inizio del nuovo Millennio si trova di fronte una società profondamente diversa, più eterogenea dal punto di vista delle idee sulla vita e i suoi valori, più aperta al confronto rispetto a quella in concomitanza della quale era stato emanato il codice Rocco. Una delle maggiori sfide per la politica criminale è la creazione di apparati regolativi idonei che possano governare questa nuova realtà complessa, fluida, in rapidissimo divenire¹⁴. Di qui le strategie preventive che vedono il diritto penale come partner del diritto amministrativo. Il legislatore appresta articolate strutture organizzative che prescrivono in maniera capillare regole cautelari e cautelative per ogni segmento di svolgimento dell'attività lavorativa o commerciale (si pensi alla complessa normativa bancaria e creditizia), tentando di prevenire – con l'applicazione di schemi predittivi - cause e fattori potenzialmente in grado di produrre occasioni criminali o produrre eventi dannosi/pericolosi per i beni ritenuti di volta in volta meritevoli di protezione. D'altra parte, come suggeriscono studi di sociologia dell'organizzazione, l'organizzazione va intesa come strumento per fronteggiare la complessità del reale, compensare i limiti dell'azione umana e la sua razionalità limitata¹⁵.

L'obiettivo della politica criminale diviene la riduzione – eliminazione del rischio, attraverso il diritto amministrativo, con il ricorso massiccio all'anticipazione della soglia di rilevanza penale del fatto, ogniquale volta si concretizzi la violazione di quel complesso di norme di natura amministrativa finalizzate ad approntare questo sistema preventivo. Sicché,

14 Resta quindi sempre attuale la teoria istituzionalista del diritto di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, (1918), Quodlibet, rist. 2018, § 10, ove egli afferma che il concetto di diritto deve includere i seguenti elementi essenziali: l'idea di società come unità costituita, in due accezioni: «*quel che non supera la sfera del singolo come tale*» non è diritto (*ubi ius, ibi societas*) e non c'è società senza che in essa si manifesti il fenomeno giuridico (*ubi societas, ubi ius*); l'idea di ordine sociale, in modo da estromettere ogni elemento riconducibile alla mera forza materiale o al puro arbitrio; il diritto come organizzazione, struttura, posizione della stessa società.

15 H. SIMON, *Rationality in psychology and economics*, in «*Journal of Business*» (1986), 209-224.

sempre più spesso il diritto penale assume un ruolo ancillare rispetto al diritto amministrativo, in quanto la sanzione penale non trova una giustificazione nella immediata lesione o concreto pericolo di lesione del bene giuridico di rilevanza costituzionale, quanto piuttosto nell'esigenza che siano osservate le prescrizioni di carattere amministrativo sulle quale si è costruito questo sistema di governo del rischio. La finalità preventiva informa interi comparti della legislazione speciale, oltre ad essere rintracciabile in quella codicistica; basti pensare alla normativa a tutela dell'ambiente, quella in materia di infortuni sul lavoro, alla sicurezza alimentare, alla responsabilità degli enti da reato, etc.

3. Paradigma preventivo tra tipicità e colpevolezza

Più in generale, si può osservare altresì il trionfo del paradigma preventivo su scala sovranazionale, volgendo lo sguardo alla politica criminale adottata dall'Unione europea attraverso i c.d. obblighi di criminalizzazione. La logica funzionalistica e utilitaristica ravvisabile nello sviluppo storico del processo di integrazione europea - tema che qui non è possibile affrontare nel dettaglio - è stata anche l'espedito che ha portato all'erosione delle barriere che tenevano isolato ciascun diritto penale nazionale¹⁶. L'obbligo al ricorso al diritto penale da parte del legislatore sovranazionale presuppone infatti sempre una esigenza di tutela rafforzata allo scopo di salvaguardare quello specifico interesse comunitario, di fronte alla insufficienza 'dimostrata' di presidi sanzionatori nazionali alternativi¹⁷.

16 CoGUE, GS, sentenza 13 settembre 2005, Commissione e Parlamento c. Consiglio, C- 176/03 (ricorso in annullamento, in ordine alla legittimità della decisione quadro 2003/80/GAD); CoGUE, GS, sentenza 23 ottobre 2007, C- 440/05, Commissione c. Consiglio: sono le due pronunce in materia ambientale che hanno determinato il consolidamento dell'esistenza di una competenza penale indiretta, nella massima della Corte di Giustizia, in forza della quale: allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisca una misura indispensabile di lotta contro le violazioni ambientali gravi, il legislatore dell'Unione deve poter adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri che ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme a tutela dell'ambiente.

17 Direttiva 2008/99/CE del Parlamento e Consiglio del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, cons. n. 3): «L'esperienza dimostra che i sistemi sanzionatori vigenti non sono sufficienti per garantire la piena osservanza della normativa in materia di tutela dell'ambiente. Tale osservanza può e dovrebbe essere rafforzata mediante la disponibilità di sanzioni penali, che sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarci-

Prevenzione e sicurezza si elevano a binomio che incide sulla legalità già da punto di vista della tipicità. Si pensi, per accennarne alcune senza pretese di esaustività, alla strutturazione delle fattispecie penali con il ricorso al modello delle norme penali in bianco, all'anticipazione della rilevanza penale del fatto ben prima della lesione o concreta messa in pericolo del bene giuridico. Si configura altresì il possibile *vulnus* a principi di rilievo costituzionale implicito come quello di offensività, accanto a dubbi sulla meritevolezza della risposta sanzionatoria, per non dire dell'effettività della risposta sanzionatoria quando scattano i meccanismi legati alle cause di estinzione del reato come l'oblazione oppure ai 'pericolosi' automatismi presuntivi nella ascrizione dell'evento all'autore, in virtù della mera inosservanza di norme cautelari, etc.

La finalità preventiva, come evidenziato dal Maestro, ha inciso sul diritto penale, trasfigurandolo in strumento di indirizzo e controllo al servizio del contingente interesse della società, piuttosto che mero strumento di limitazione e garanzia delle libertà, come nella tradizionale concezione retributiva della pena¹⁸.

Se l'obiettivo della politica criminale attraverso il diritto penale consiste nella minimizzazione del rischio-reato, diviene fondamentale individuare le aree di rischio e provvedere a predisporre regole cautelari specifiche, alla cui violazione scatta la sanzione amministrativa o penale¹⁹. Laddove si parla di governo del rischio si moltiplicano le fattispecie a base colpose, fin a sovvertire quel ruolo di residualità della colpa rispetto al dolo quale requisito di ascrizione soggettiva del fatto illecito nella sistematica del codice penale (art. 42, co. 2 cp). In effetti, la dottrina ha dedicato ampia attenzione all'istituto della colpa negli ultimi decenni, così come al delicato tema dei confini tra dolo eventuale e colpa cosciente. Certo è che, nell'ambito dell'attività complesse e gerarchicamente strutturate, la responsabilità penale di un soggetto per la produzione del danno (es. infortunio sul lavoro) per effetto di una carenza cautelare (gli esempi sono tantissimi: violazione di una norma

tori di diritto civile».

18 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 51.

19 G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2009, 114, ove si precisa che, alla luce della funzione preventiva, «la sanzione è efficiente quando è in grado di rimarcare la differenza tra soggetti cooperativi e soggetti non cooperativi».

che imponeva l'aggiornamento della formazione del lavoratore, mancata predisposizione di un dispositivo di protezione individuale di ultima generazione, etc.) presuppone un percorso logico argomentativo molto diverso rispetto all'accertamento del dolo. Considerando che le norme codicistiche sulla declinazione della colpa sono rimaste immutate dal 1930, evidentemente esiste un substrato di elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale che ha consentito di riempire quei *gap* logico-argomentativi per addivenire a tali risultati. Un banco di prova di quanto detto si riscontra nelle applicazioni giurisprudenziali, ove l'obiettivo finalistico (per es. tutela anticipata della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro) attraverso il tentativo di governare i complessi fattori di rischio ha prodotto una articolata ripartizione delle responsabilità sulla base dei numerosi obblighi incombenti su ciascun attore dell'organizzazione aziendale con conseguente 'svalutazione processuale' in sede di accertamento della componente soggettiva rispetto alla verifica del danno provocato. In questo settore la prassi opera di frequente una sorta di presunzione di colpevolezza desumibile dal mancato adempimento degli obblighi prescritti dal d.lgs 81/2008. Una tendenza che, in qualche modo, è stata stemperata dalle prescrizioni ricavabili dalla pronuncia a sezioni unite sul caso Thyssen²⁰.

Di fronte alla mole di regole cautelari e cautelative che fondano oggetto dell'obbligo di informazione da parte del privato esercente ciascuna attività economica, si è legittimamente posto il dubbio circa la conoscibilità astratta della norma penale. In tal senso, il problema risiede nell'esatta ricostruzione del contenuto della regola che andava rispettata. Il diritto penale della prevenzione è interessato al risultato: se l'obiettivo consiste nella riduzione del rischio, allora il contenuto della norma penale si plasma sulla base della violazione o mancata osservanza di tutte le incombenze pratiche che sommate determinano il rispetto della regola cautelativa. Sicché la colpa, con il suo carico di «*normatività diffusa*» è per sua natura vaga, poiché attinge il suo nucleo significativo da quelle regole precostituite alle quali vanno parametrati gli obblighi di prudenza, diligenza e perizia²¹. Oltretutto, le regole cautelari non sono dotate di ampi margini di stabilità nel tempo, poiché necessitano di continuo aggiornamento in base all'evoluzione della tecnologia e del sapere scientifico.

20 Cass., SU, sentenza 18 settembre 2014, n.38343.

21 Cass., SU, sentenza 18 settembre 2014, n. 38343, p. 84 della motivazione.

Nei settori ove il diritto penale impiega termini con significati tecnici specifici, se da un lato si realizzano le aspettative riconnesse al principio di precisione e di sufficiente determinatezza, limitando di fatto la discrezionalità giudiziale ad un parametro specialistico, possono tuttavia derivarne inconveniente sul versante della conoscibilità concreta del precetto penale. Ciò potrebbe accadere quando il legislatore decide di impiegare la tecnica del rinvio ad altra fonte per l'integrazione di elementi tecnici, che, a conti fatti, sono determinanti per decretare la rilevanza penale o meno della condotta. Un vero e proprio campo di battaglia, in questo senso, è il diritto penale ambientale, ove particolarmente l'interferenza e l'integrazione con le fonti comunitarie ha creato non pochi problemi²². Può accadere, infatti, che sia particolarmente difficile reperire la regola cautelativa, a causa dei molteplici richiami a testi normativi eterogeni. In molteplici casi, si effettua un rinvio a fonti di rango sovranazionale, come i regolamenti comunitari che, in quanto immediatamente precettivi, obbligano di fatto il privato ad adeguarsi con un aggiornamento tempestivo e costante. Quando la norma precettiva è interamente ricostruita mediante la tecnica del rinvio ad altra fonte, la dottrina parla di “*norma penale alla cieca*”, per sottolineare quanto la delimitazione dell'area di rilevanza penale del fatto sia definita dalla norma integratrice richiamata²³. Una simile ipotesi concorre ad aggirare il principio di legalità, nel corollario della riserva assoluta della legge penale nazionale e di tassatività/ determinatezza che si declina anche come esigenza di certezza giuridica²⁴. Ebbene, nella forma, la riserva di legge nazionale è rispettata, nel senso che è una norma interna ad introdurre l'incriminazione; tuttavia, ai fini del contenuto precettivo, diviene fondamentale l'integrazione con la fonte sovranazionale, perché questa concorre a definire la regola cautelare e tratteggia il contenuto della colpa specifica²⁵. Allo stesso tem-

22 Si pensi alla casistica ove fonte normativa interna non è perfettamente allineata con quella sovranazionale: celebri, a tal proposito, sono le vicende relative ai sottoprodotti (CoGue, sentenza 11 novembre 2004, C- 457/02, Niselli) e alle polveri di Pirite (C. Cost., sentenza 28 gennaio 2010, n. 28). Più di recente, si veda la diatriba in tema di codici a specchio e la pronuncia pregiudiziale della Corte del Lussemburgo: CoGUE, sez. X, 28/03/2019, rifiuti pericolosi. C-101/2018, Verlezza et al.

23 C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007, 219.

24 F. BRICOLA, Sub «art. 25 Cost. », in G. BRANCA (Ed.), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, 1981, 257.

25 M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 83-84, l'A. definisce la riserva di legge una «*tigre di carta*», data la carenza di un controllo democratico sui contenuti

po si può dubitare della consistenza di quella ignoranza o errore inescusabile della norma, pur tenendo presente l'interpretazione evolutiva dell'art. 5 Cost., nella risalente ma sempre attuale pronuncia del giudice delle Leggi, che pone a carico dei consociati il dovere di informarsi con diligenza su quanto prescrive la disciplina normativa esistente nel settore specifico in cui svolge la sua attività²⁶.

Alla luce di ciò, il dovere conoscitivo incombente sul cittadino che svolge una attività in un determinato settore appare oggi un'incombenza tutt'altro che semplice ed agevole.

4. Il ruolo della prassi nell'attualizzazione del diritto penale della prevenzione

«Anche la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche»²⁷.

Rilevata la tendenza del diritto penale preventivo a trasferire sul giudice la ‘non lieve’ incombenza di concretizzare il programma preventivo

delle scelte di incriminazione che richiede, sotto il profilo sostanziale, il rispetto di verifiche e controlli empirici con metodo scientifico (verifica degli scopi dichiarati, sapere empirico, dati statistici, informazioni sulle effettività delle incriminazioni e sugli strumenti extrapenali di prevenzione e tutela) che solo una avanzata scienza della legislazione può fornire.

²⁶ C. cost., 364/1988, § 19. «Mentre l'ignoranza delle norme incriminatrici dei c.d. reati di pura creazione legislativa, tenuto conto del loro sempre crescente numero e del relativo <più intenso> dovere di conoscenza da parte dei soggetti che operano nei settori ai quali tali norme appartengono, si rivela, di regola, inescusabile) lo stesso articolo costituisce, tuttavia, norma fondamentale nel vigente sistema delle leggi penali ordinarie. Le interpretazioni che dottrina e giurisprudenza offrono dell'art. 5 c.p., soprattutto allo scopo di distinguere l'irrilevante errore sul precetto dal rilevante errore sulla legge extrapenale di cui all'art. 47, terzo comma, c.p., sono tanto varie e così diverse tra loro che è impossibile tentarne una sia pur sommaria esposizione.». Cfr., *ex multis*, Cass., sentenza 3 giugno 2008, n. 22205; Cass, sentenza 26 marzo 2001, n. 11716, relativo al caso di Punta Perotti, ove la Cassazione aveva riconosciuto che gli imputati erano incorsi in un caso di «errore invincibile e scusabile» nell'interpretazione di disposizioni regionali «oscuere e mal formulate», interferenti con la legge nazionale; CoEDU, sentenza 20 gennaio 2009, ric. 75909, Sud Fondi c. Italia, ove la Corte incentra la motivazione del contrasto tra la normativa nazionale e l'art. 7 CEDU sulla violazione del principio di accessibilità del precetto penale e sulla prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie. V.: F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in G. BELLANTONI – P. CORSO – F. PERONI – D. VIGONI – E. ZANETTI (Edd.), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, La Tribuna, 2010, 631.

²⁷ C. cost., sentenza 31/05/2018, n. 115, par. 12, che riprende le parole della celebre Corte cost. n. 364/1988.

predisposto dal legislatore, può essere interessante provare a mettere a fuoco taluni approdi circa la ricostruzione del ruolo rivestito dalla prassi nel panorama giuridico odierno²⁸. Perché il programma preventivo veicolato dall'idea di scopo ha particolare bisogno di essere attualizzato, sul lato pratico, dalla figura che istituzionalmente è chiamata ad applicare le norme sanzionatorie?

Con il successo dell'idea di scopo nella teoria della pena, prende il sopravvento il meccanismo in forza del quale il diritto penale interviene per rendere efficace la tutela di determinati interessi o beni costituzionalmente tutelati. Perde centralità la discussione sul 'cosa e perché' punire, la cui legittimazione va rintracciata sul piano della politica criminale; cambiano i meccanismi in forza dei quali scatta la sanzione maggiormente afflittiva della libertà personale, il cui fine principale non è quello di ripagare colui che ha cagionato un'ingiustizia o disordine sociale, ma dissuadere e minacciare chiunque contravvenga o renda inefficace il programma preventivo²⁹. Certo è che la celebrazione di un processo penale rappresenta già la disfatta della politica preventiva; significa che sono stati riscontrati profili disfunzionali nell'assetto organizzativo del complesso aziendale. Ma, il giudizio del magistrato chiamato a valutare la rispondenza del fatto posto in essere entro lo schema legale preconfezionato recherà gli stessi inconvenienti legati alle caratteristiche e alla struttura delle norme preventive (v. par. precedente). Sul versante processuale si coglie ancor di più l'importanza del contributo scientifico nella ricostruzione della verità processuale, ossia l'esigenza di un modello di scienza penale integrale; il processo è il terreno ove si rendono effettive quelle sostanziali garanzie insopprimibili tipiche del diritto penale del fatto, patrimonio dalla tradizione illuministica in avanti, confluite nella carta costituzionale. Ma, dal lato pratico, mantenerle vive è compito di quel 'giudice di scopo' che si trova a doverle bilanciare con le esigenze connesse al diritto penale preventivo, spesso contrapposte alle prime perché congegnate soltanto per lo specifico 'scopo' preventivo. Si tratta di una valutazione di fondo che si somma alla preliminare difficoltà che incontra già sul piano della ricostruzione degli accadimenti e sul loro inquadramento giuridico. Infatti, la vicenda specifica sulla quale egli deve esprimere il giudizio in termini di colpevolezza/innocenza

28 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 12.

29 *Ivi*, 94 ss.

è caratterizzata da un elevato grado di complessità tecnica e scientifica e richiede un bagaglio di conoscenze che va decisamente al di là della portata del giudice. Chiamato a misurarsi con fattispecie di norma a base colposa, il giudice si trova a dover ricostruire la situazione iniziale, definire la regola cautelare che avrebbe dovuto rispettare il reo così da consentire la situazione 'auspicabile' ed eventualmente (nei casi di reato di evento) anche valutare il nesso causale tra la violazione cautelare³⁰. Per la ricostruzione delle regole cautelari si deve avvalere, se si vuole sottrarre al puro arbitrio la decisione giudiziale, dell'apporto di quelle conoscenze specialistiche che egli normalmente non detiene nel suo bagaglio culturale conoscitivo.

Si spiega in tal senso, la particolare attenzione che ha ricevuto dalla giurisprudenza, la questione del contributo delle conoscenze tecnico-scientifiche nell'ambito del processo penale. La Cassazione ha cercato, per esempio, di elaborare criteri precisi, di ausilio al giudice in quanto '*peritus peritorum*', nella scelta tra perizie e consulenze tecniche che pervengono spesso a conclusioni diametralmente contrapposte. Il giudice di legittimità in tali casi ha ritenuto che le istanze di determinatezza possano essere soddisfatte attraverso lo strumento diffuso del sapere scientifico, al novero del quale si è ritenuto di poter includere anche le linee guida, rappresentando esse una modalità di codificazione di un sapere scientifico e tecnologico³¹. Le linee guida sono rese disponibili «in

30 Si pensi, ad esempio, al problema della ricostruzione del nesso di causalità nei reati di evento, ove vi sia una legge scientifica a basso tasso probabilistico, come accade di frequente nei casi di responsabilità medica o nei casi di morti da amianto, e a tutti i problemi relativi all'accertamento oltre il ragionevole dubbio, di tale nesso tra condotta ed evento. Cass. Pen., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786 punti 16 - 17, in tema di morte di un lavoratore per mesotelioma pleurico dopo aver lavorato presso le officine delle ferrovie dello Stato, ove era esposto alle polveri di amianto. La Suprema Corte annulla la sentenza della Corte di Appello, rimproverando: «l'impropria sovrapposizione di probabilità statistica e di probabilità logica e, soprattutto, l'utilizzazione della categoria concettuale della probabilità logica in chiave alogica, quale strumento retorico per enunciare apoditticamente l'esistenza di una relazione condizionalistica in realtà non dimostrata.» ^[1] _[SEP]

31 C. Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, 14 della motiv.: sul ruolo del giudice come *peritus peritorum*, nel senso che il giudice deve assolvere un ruolo critico e non di mero spettatore passivo di fronte allo scenario prospettato dal sapere scientifico, elevandosi a custode della scientificità del metodo. In questo senso, la Cassazione individua taluni indici sintomatici della affidabilità e integrità dell'apporto tecnico-scientifico: 1) l'apprezzamento in ordine alla qualifica professionale e indipendenza dell'esperto (perito); 2) la valutazione dello stato complessivo delle conoscenze accredi-

*forma chiara, condensata e codificata per orientare agevolmente le scelte affidate ai gestori del rischio»*³². In sostanza, si è di fronte ad un fenomeno di integrazione tecnica, che è determinante nel fissare le condizioni di rilevanza penale del fatto, oltretutto attraverso uno strumento di c.d. *soft law*. Come più di recente ribadito dalle sezioni unite della Corte di Cassazione «*il sapere scientifico e tecnologico reca il vero nucleo attualizzato della disciplina prevenzionistica*»³³.

Se poi si passa a prendere in considerazione che, in quel suo ruolo chiave di concretizzazione e aggiustamento del programma preventivo che è chiamato a svolgere, il giudice di scopo si trova a dover attingere a fonti del diritto dell'Unione per la determinazione delle norme tecniche e cautelari diviene comprensibile quanto si possa complicare la ricostruzione esatta della norma cautelare giuridicamente vincolante. Prima ancora è altresì evidente quanto possa essere tortuoso il percorso conoscitivo per la determinazione del contenuto precettivo delle cautele da adottare da parte dei consociati. In particolare, l'esegesi della norma può subire le interferenze, da un lato, dettati dalla discrasia tra normativa interna e normativa amministrativa di origine comunitaria (sia di diretta applicabilità – regolamenti – sia quella che prescrive obblighi di risultati – direttive), sia il fenomeno della successione di norme nel tempo (cosa succede quando la norma penale interna si limita a richiamare un regolamento comunitario il quale è stato poi modificato nel tempo?), sia il fenomeno dell'influsso della giurisprudenza-fonte della Corte di Giustizia, nell'ambito del rinvio pregiudiziale³⁴.

tate; 3) il grado di consenso che gode l'elaborazione teorica presso la comunità scientifica; 4) l'identità, autorevolezza e indipendenza dell'autore della ricerca accreditata e le finalità che persegue, onde valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile e in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere le argomentazioni probatorie.

32 C. Cass., SU, sentenza 38343/2014, Thyssen Krupp, 84 della motiv.

33 C. Cass., SU, sentenza 38343/2014, Thyssen Krupp, 83 della motiv.

34 Il diritto della Corte di Giustizia, come è noto, è fonte di diritto nel quadro dell'ordinamento dell'Unione, ed è anche la principale forza propulsiva che ha determinato il consolidamento della competenza penale indiretta, fin dalle pronunce in materia ambientale del 2005 e del 2007. Sul piano poi delle garanzie costituzionali, è opportuno citare anche il fenomeno della *cross fertilization*, ossia l'influenza delle elaborazioni delle Corti sovranazionali (Corte EDU e Corte di Giustizia) nell'implementare i principi tipici di ciascun ordinamento costituzionale o definire l'estensione o il bilanciamento tra diritti fondamentali: per es., CoGUE, sentenza 23 febbraio 2013, C- 399/11, Melloni c. Ministero Fiscal.

In effetti, si può ritenere oggi raggiunta la consapevolezza su due aspetti oggi centrali nell'indagine relativa all'applicazione delle norme giuridiche, comprese quelle penali.

Da un lato, l'interpretazione è attività molto più complessa di quanto non possa sembrare a prima vista o di quanto si insegna nei manuali. Autorevole dottrina ha infatti definito l'interpretazione della norma come un «*prodotto a più mani*»³⁵, ove la produzione della norma applicata è la risultante di un «*processo graduale, plurisoggettivo e (sia pure in senso debole) cooperativo, nel quale (...) le autorità normative apportano le disposizioni, e i giudici e i giuristi i significati*»³⁶. Alcune acquisizioni sulla *law in action* non possono seriamente essere più messe in discussione, anche se ciò ferisce il penalista educato al diritto penale come *magna charta*³⁷ del delinquente, ossia in funzione di limite invalicabile della politica criminale.

Una prima acquisizione attiene appunto al tramonto della visione utopistica del giudice come 'bocca della legge' ed al ruolo centrale della prassi nell'attualizzazione del dato normativo³⁸.

La Corte costituzionale avvertiva della funzione 'con-costituiva' della prassi fin dalle sue prime pronunce, quando già allora parlava di «*norma non quale appare proposta in astratto, ma quale operante nella quotidiana applicazione dei giudici*»³⁹, o di «*norma come vive nella realtà concreta*»⁴⁰.

35 M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in «RIDPP» (2015) 1, 95 ss.; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in «RIDPP» (2001), 27; ID., *Europeismo giudiziario*, cit., 63-116. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in A. PALAZZO (Ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, 2001, 299-328; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, CEDAM, 2007, 1 ss., ove l'A. prende in prestito l'espressione 'opera collettiva' da M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, CEDAM, 1996, 10.

36 P. CHIASSONI, *La disavventura dell'interpretazione*, § 3 della *Presentazione* a E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico* (Edd. P. CHIASSONI, R. GUASTINI, G. B. RATTI), Giuffrè, 2007, LXIX.

37 V. LISTZ, *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschung auf die Grundbegriffe der Strafrechts*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträgem*, De Gruyter, 1905, 80; citato anche da L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 107; ed, *ex multis*, D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, IV ed. 2013, 33.

38 Il primo ad essere ferito sarebbe lo stesso Cesare Beccaria, il quale avrebbe voluto che l'interpretazione si riducesse ad una operazione di puro e semplice sillogismo: C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, § 4. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2008, 72 - 73.

39 C. cost., sentenza 23 giugno 1956, n. 3.

40 C.cost., sentenza 29 dicembre 1972, n. 198. Cfr: M. LUCIANI, (voce) «*interpre-*

In secondo luogo, non può trascurarsi l’afflusso delle scienze ausiliarie all’esegesi, che rendono l’interpretazione, in certi casi, una vera e propria operazione di ermeneutica giudiziaria⁴¹. La consapevolezza e la rivalutazione circa la struttura aperta del linguaggio ordinario (e quindi anche di quello giuridico) provenienti dagli studi di semiotica interpretativa hanno arricchito il dibattito sulla questione della esegesi delle norme, anche penali⁴². Si tratta di teorie del significato del linguaggio ordinario che ben si prestano a descrivere il complesso *iter* attraverso il quale il giudice giunge alla soluzione del caso sottoposto alla sua attenzione. Esse hanno concorso allo sviluppo delle c.d. teorie contestualistiche dell’interpretazione, le quali offrono soprattutto un modello di analisi che consente di conferire spessore e rilievo, nell’ambito del percorso esegetico giudiziale, ad argomenti eterogenei non afferenti al piano del criterio letterale, come il riferimento al sapere tecnico specialistico tipico del contesto di riferimento. La relazione tra significato letterale e convenzionale, da un lato, e i significati d’uso (*rectius*, applicativi) si atteggia nei termini per cui i primi costituiscono lo schema di partenza, mentre i secondi sono il risultato dell’interazione dei primi con il contesto di utilizzo⁴³. Per i contestualisti la costruzione del significato è un processo dinamico, possibile solo con l’inserimento del fatto nella sua dimensione concreta, nel contesto della comunicazione, dei

tazione conforme a costituzione», in «DDP», Annali IX, Giuffrè, agg. 2015, 398, il quale osserva: «Del resto, cosa sia la creazione giudiziaria resta indefinito».

41 H. G. GADAMER, (voce) «ermeneutica», in «ETonline», § 2, consultata il 18 settembre 2020, ove l’A. definisce l’ermeneutica giuridica come «una disciplina normativa esperta nella funzione dogmatica di integrazione del diritto», ove si evidenzia altresì come il problema dell’interpretazione resti inestricabilmente connesso con quello dell’applicazione. Oggi, esegesi e ermeneutica sono termini utilizzati per lo più in maniera interscambiabile.

42 U. Eco, *I limiti dell’interpretazione*, Bonpiani, 1990, 26, 107, per il quale nella ricerca del significato di un messaggio – scritto od orale che sia –, le strutture ed il percorso di senso tratteggiato dall’emittente conferiscono soltanto una porzione del significato, mentre un peso decisivo assumono il fruitore della comunicazione ed il contesto nel quale essa avviene. Dunque, ogni espressione linguistica non ha un senso precostituito dal suo autore, fisso e immutabile, ma il «linguaggio dice sempre qualcosa di più del suo inaccessibile senso letterale, che è già perduto fin dall’inizio dell’emissione testuale». La filosofia “decostruzione” del testo ha avuto particolare influenza, negli Stati Uniti, sul movimento dei Critical Legal Studies.

43 Per una esemplificazione: V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2012, 123-126, che richiama l’utilizzo di molteplici verbi polisemantici, come tagliare, etc.

soggetti che interagiscono e dell'obiettivo del suo utilizzo⁴⁴. Senza poter ora addentrarci in una analisi più dettagliata di questa interessante teoria, occorre però evidenziare come la stessa si presenti particolarmente funzionale, nel suo riferimento al contesto, sia alla valorizzazione dei dati operativi concreti provenienti dallo stato della scienza, sia alla considerazione di quel fenomeno della moltiplicazione dei centri di produzione delle norme che caratterizzano l'ordinamento multilivello scolpito nella carta costituzionale, a partire dalla modifica dell'art. 117, con la riforma costituzionale del 2001⁴⁵.

Ora, è chiaro che tanto le acquisizioni delle scienze che studiano il linguaggio, quanto le teorie dell'interpretazione della norma giuridica, vanno ben vagliate dalla dottrina penale: le modalità e le caratteristiche di determinazione del contenuto precettivo delle norme ad opera della mediazione esegetica dell'interprete chiamato ad applicarle costituiscono terreno di incontro/scontro tra interpretazione estensiva e analogia vietata⁴⁶.

Importanti segnali di rinnovata sensibilità sull'utilizzo puntuale del linguaggio giuridico e sulla trasposizione delle massime afferenti ad organi giurisdizionali eterogenei, anche sovranazionali, si colgono nella prassi della Corte di Cassazione, ora più attenta, imparando dal passato, ad arginare il rischio di manipolazioni interpretative - «*evitare distorte letture*» - delle massime giurisprudenziali, sì da adattarle alle esigenze argomentative, al fine di pervenire alla lettura che si vuol privilegiare della norma⁴⁷. Come a dire, mascherare una interpretazione evolutiva

44 La teoria contestualistica ben si concilia con la filosofia relativistica della verità che si è affermata nella teoria del linguaggio e che esalta il valore centrale del contesto nell'interpretazione di un testo o messaggio: J. MC. FARLANE, *Meaning and Moral Science*, Routledge & Kegan (1978), trad. *Verità ed etica*, Il Saggiatore, 1985, 137.

45 G. SERGES, Sub art. 117, 1° co., Cost, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, 2223 s., ove l'A. definisce l'art. 117 come «una norma cardine nei meccanismi di integrazione», che impone la «costante conformazione all'ordinamento comunitario nel suo complesso» e tra le fonti del diritto comunitario è espressamente ricompreso anche il diritto di matrice giurisprudenziale della Corte di Giustizia.

46 D. BRUNELLI, (voce) «*legge penale*», in «DDP», agg. 1993, 342-370; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 135-136, ove l'A. sottolinea come «la moderna teoria dell'interpretazione dovrebbe ormai aver chiarito al di là di ogni dubbio che di elementi 'determinati' – seppur vi sono – se ne incontrano davvero pochi nella miriade di condotte tipicizzate con cui lavora il diritto penale».

47 C. cass., sentenza 21 novembre 2019, n. 42788, punto 4 motivaz. in diritto.

in una esegesi consolidata della norma, la quale soltanto, stando alle indicazioni della Consulta, vincolano i giudici nazionali all’obbligo di conformazione al diritto CEDU⁴⁸.

4.1 *Esercizi di prevenzione tra razionalità di scopo e razionalità di valore*

Sul terreno della tassatività è inoltre emerso nella prassi sovranazionale il legame tra principio di legalità e il criterio della prevedibilità dell’esito giurisprudenziale come criterio dirimente al fine di rendere possibile un rimprovero di colpevolezza per il fatto⁴⁹. L’ordinamento sovranazionale non conosce un principio di colpevolezza espresso come quello enunciato nell’art. 27 della carta costituzionale italiana e ciò ha probabilmente indotto la prassi delle Corti di Giustizia a recuperare il principio di colpevolezza includendolo entro il perimetro della legalità comunitaria nella declinazione di prevedibilità della sanzione penale, fino ad assumere le sembianze della preventivabilità dell’esito giurisprudenziale. Non è un approdo di poco conto, se si tiene presente quanto sopra detto circa sul diritto penale preventivo e, ancor di più, se si pensa alle implicazioni sul principio di legalità, nel corollario della riserva di legge statale. Un criterio che del resto ha già trovato importanti applicazioni giurisprudenziali nella saga Taricco, ossia a tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea, nei casi di frode grave. Senza poter qui ripercorrere la vicenda nella sua interezza, significativa è la conclusione cui perviene in primo luogo la Corte di Giustizia nel settembre 2015 e, ancor di più, la Consulta nel 2018. Occorre però sottolineare quanto, sulla questione della tutela degli interessi finanziari dell’Unione attraverso il ricorso al diritto penale, si siano intrecciati e scontrati impostazioni di politica criminale, visioni del diritto penale e del sistema sanzionatorio nel suo complesso, in una inestricabile mescolanza di argomentazioni e logiche afferenti a diversi piani di indagine.

48 C. cost., sentenza 26 marzo 2015, n. 49.

49 CoEDU, GC, sentenza 28 giugno 2018, ric. 1828/06 et al., G.I.E.M. srl et. Al. c. Italia, § 242, in forza del quale la Grande Camera ritengono che «*la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «personne coupable» (nella versione francese) vanno nel senso di un’interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale»; «discende dal principio di legalità dei reati e delle pene il fatto che la legge penale deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono, affinché la stessa sia accessibile e i suoi effetti siano prevedibili. Una persona sottoposta a giudizio deve poter sapere, a partire dal testo della norma pertinente e se necessario per mezzo dell’interpretazione datane dai tribunali, quali atti e quali omissioni comportano la sua responsabilità penale».*

Nell'ambito della prima pronuncia pregiudiziale, secondo un collaudato orientamento giurisprudenziale, la Corte di Giustizia ritiene che non si configuri alcuna violazione del principio di legalità, nel corollario della irretroattività della norma penale, poiché la disapplicazione del termine di prescrizione non si traduce in una condanna per un fatto che al momento in cui è stato commesso non era previsto come reato; né tantomeno per una sanzione non prevista al momento della realizzazione della condotta. Né precisa la Corte, si potrebbe applicare nel caso di specie la disciplina della *lex mitior*, così come scolpita dalla Corte EDU dal momento che essa si applica solo alle disposizioni che concernono la definizione dei reati e le pene che li reprimono, non ad ogni norma contenuta nel codice penale⁵⁰. Ad avviso della Corte di Giustizia, la prescrizione non sarebbe istituto di diritto sostanziale, ma mera condizione di procedibilità. Attenta lettura della sentenza del giudice del Lussemburgo mostra come, ad indirizzare l'interpretazione pregiudiziale, siano i criteri di efficacia ed effettività delle misure sanzionatorie a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Per contro, è interessante notare come la Consulta, nella decisione che chiude la vicenda, decida di attivare la schermatura dei 'controlimiti', richiamando il corollario della tassatività e determinatezza della fattispecie penale rispetto alla interpretazione evolutiva fornita dalla Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale⁵¹. Nella motivazione della pronuncia è chiaramente posta al centro la persona quale soggetto che si trova a subire le conseguenze pregiudizievoli per la sua libertà personale a seguito di una condotta che, al tempo in cui fu commessa, «non avrebbe potuto prevedere, né oggi potrebbe desumere autonomamente i contorni della "regola Taricco"»⁵².

L'inestricabile connessione e confusione tra diritto posto dal legislatore e diritto di matrice giurisprudenziale, il c.d. diritto vivente, nonché l'influsso del diritto sovranazionale su istituti di diritto sostanziale spinge la Corte costituzionale ha ribadire con forza l'importanza della certezza

50 CoGUE, sentenza 8 settembre 2015, C- 105/14, Taricco et. Al., § 55 e 56.

51 C. cost., sentenza 31 maggio 2018, n. 115, ove viene dichiarata infondata la questione di incostituzionalità in quanto l'interpretazione costituzionalmente orientata non permette libero ingresso nell'ordinamento alla soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia con la regola Taricco.

52 C. cost., sentenza 31 maggio 2018, n. 115, par. 12, che riprende le parole della celebre Corte cost. n. 364/1988.

e determinatezza delle norme, che assurgono a principi non negoziabili, c.d. controlimiti. Si tratta di un messaggio importante che si colloca nell’ambito di quella funzione nomopoietica di cui è custode la Corte, che si rivolge, da un lato al legislatore, per un maggiore rigore definitorio nella redazione delle norme; dall’altro, alla magistratura, affinché realizzi quelle esigenze di certezza delle prevedibilità delle decisioni sulla libertà personale sul versante interpretativo-applicativo⁵³.

Rieccheggiano ancora una volta quelle formule di «*equità giurisdizionale*», «*saggezza pratica del giudice, quale miglior garanzia nella ricerca della ‘giusta’ pena*», ampiamente auspiccate dal Maestro⁵⁴.

L’interprete del diritto appare oggi calato in un panorama frastagliato di norme e prescrizioni, con il suo fardello di garanzie penali non negoziabili, con la sua maggiore sensibilità verso il tema dei diritti fondamentali e inviolabili rafforzata dal dialogo con la Corte EDU. In un simile scenario, ove il rischio di perdita dei punti di riferimento per soddisfare esigenze concorrenti alternative, ma molto forti (*in primis*, il paradigma preventivo con i suoi ideali di efficienza, efficacia e dissuasiva) è elevato; ed è per questo motivo che risultano particolarmente impontanti «*elaborazioni dommatiche e schemi operativi*» per rendere controllabile il percorso logico-argomentativo che porta alla decisione giudiziale in punto di colpevolezza⁵⁵.

Sul versante pratico-operativo, occorre però tenere ben distinti argomenti e criteri che veicolano la razionalità di valore rispetto a quelli dietro ai quali si cela la razionalità di scopo. Si tratta di una precisazione importante, nella misura in cui con i secondi si apre una breccia nell’area che rientra nella politica criminale, sfera di competenza del potere legislativo e non giudiziario. Questo è ciò che accade ogni qual volta si antepongono argomenti come “il fine che intende perseguire lo Stato mira a combattere o a prevenire”: sono ragionamenti incardinato su ca-

53 M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, archivioldpc,, consultato il 11.07.2020

54 L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello «scopo»*, cit., 272.

55 *Ivi*, 212 ove l’A. qui in realtà si riferisce, nello specifico, della mera parafrasi delle norme prognostiche esistenti in sede di commisurazione della pena e non teme di richiedere un unico, indiscusso concetto pre-giuridico di probabilità cui poter fare ricorso.

none di razionalità di scopo, legittimi fino a giustificare interpretazioni che si risolvono nel far ricadere sui cittadini l'incertezza del diritto, causate da carenze legislative o da politiche penali irrazionali. Si pensi a quelle norme che enunciano fattispecie dall'accertamento processuale complesso, mantenendo termini di prescrizione talmente brevi da vanificare anni di faticose indagini⁵⁶. Si badi bene che il riferimento allo scopo dell'impianto normativo voluto dal legislatore si maschera soltanto da una sorta di interpretazione autentica cui il giudice vorrebbe far riferimento. Sul fatto che argomenti afferenti alla sfera della razionalità di scopo siano entrati a far parte del repertorio retorico-argomentativo del giudice di scopo, secondo schemi che le stesse Corti sovranazionali richiamano ed utilizzano è il segno più evidente di quanto la prassi si sia abituata ad assolvere quel ruolo suppletivo di un legislatore troppo spesso distratto, maldestro o addirittura incapace⁵⁷.

La storia delle declaratorie di incostituzionalità e, più ancora, delle sentenze interpretative della Corte costituzionale è, in effetti, contrassegnata dalla costante tensione tra necessità di custodire il patrimonio di principi e valori costituzionali ed i limiti del sindacato di costituzionalità delle leggi come pericolo di ingerenza sulle scelte di politica criminale o di sostituzione del Giudice delle leggi al legislatore. Sussidiarietà / *extrema ratio*, proporzionalità e meritevolezza sono i criteri che devono presiedere, in primo luogo, le scelte di incriminazione, ma sono spesso invocati dalla Corte costituzionale come parametri funzionali ad operare bilanciamenti tra interessi contrapposti⁵⁸.

56 In questo senso, di grande interesse, l'opinione parzialmente consenziente e parzialmente dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque, a margine della sentenza della CoEDU, sentenza 28.06.2018, ric. 1828/06 et al., G.I.E.M. srl et al. c. Italia,

57 M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, in «Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo» (collana diretta da A. Berardi, M. Donini, V. Militello, M. Papa, S. Seminara), Giuffrè, 2001, 43, ove l'A. definisce imbarbarimento legislativo quell'abitudine consolidata della politica di orientarsi sulla base delle istanze della 'piazza' veicolata dai mass media, estromettendo la dogmatica, anziché cercare il confronto e l'apporto di questa ai fini delle decisioni di politica criminale; G. ZAGREBELSKI, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009, 11. F. PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"?*, in «CP» (2018) 2, 468.

58 C. cost, sentenza 18 luglio 1989, n. 409. Cfr. sull'utilizzo promiscuo delle tecniche decisorie utilizzate dalla Consulta: A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, su consulta online, §2, (consultato 03/09/2020), il quale ritiene discutibile la scelta di una pronuncia di infondatezza che aspiri ad assumere valore sostanzialmente *erga omnes* in

In uno scenario caratterizzato dal sovraffollamento di fonti e di giudici i quali, ciascuno nel suo ambito e con i suoi strumenti, attualizzano e plasmano costantemente i principi garantistici che devono presiedere l'applicazione del diritto penale, si comprende il massiccio ricorso al principio - parametro della ragionevolezza, quale canone di razionalità operativa finalizzata ad evitare decisioni arbitrarie e irrazionali. Essa tende a realizzare l'aspirazione a rendere più trasparente, razionale e controllabile il percorso logico argomentativo con il quale il giudice perviene alla decisione. Esistono molteplici declinazioni della ragionevolezza – delle quali non si può qui dare esaustivamente conto -, ma soltanto una accezione forte della ragionevolezza come formula riassuntiva con la quale annoverare una ‘classe’ o ‘famiglia’ di schemi argomentativi al fine di assicurare la razionalità dell'ordinamento rispetto a determinati principi di fondo si rivela funzionale a mantenere salda la tenuta del sistema delle garanzie penali. Resta comunque un concetto apparentemente indefinibile, perché si atteggia a «*valvola sempre aperta, a criterio di opportunità razionale di carattere empirico*» che «*si stempera nella logica del preferibile*»⁵⁹.

Si rivela ancora una volta quanto mai fondato il rilievo per cui la frastagliata legislazione degli ultimi decenni, spesso rispondente ad istanze fra loro contraddittorie (rigore repressivo, inasprimento sanzionatorio vs. depenalizzazione, utilizzo massiccio di fattispecie contravvenzionali, nuove politiche premiali) tradisce la fragilità del sistema preventivo che sono, per natura, improntati al rapporto mezzo-scopo, mentre trascurano la dimensione del cosa punire con la minaccia di pena. Senza considerare poi, che a volte, la depenalizzazione è funzionale ad una politica criminale che, per soddisfare l'effettività delle istanze deterrenti degli apparati preventivi, sottrae taluni illeciti dalle garanzie sostanziali elevate a diritti fondamentali per effetto degli art. 6 e 7 CEDU⁶⁰.

luogo di una di inammissibilità e la tendenza alla politicizzazione che rischia di snaturare l'animo giurisdizionale della Corte.

59 M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2004, 176 ss.; S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005, 158 ss.

60 Fin dalla celebre CoEDU, sentenza 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania; CoEDU, sentenza 28 giugno 2019, ric. 1828/06 et al., ric. G.I.E.M. srl et al. c. Italia., § 133 ss., parte in fatto.

5. 'Scopo' della pena e colpevolezza: l'interesse verso l'autore del reato e il suo recupero sociale

«La colpevolezza non ha funzione soltanto limitativa della pena, perché oltre a limitarla la fonda»⁶¹.

Rispetto alla sopra citata svalutazione dell'elemento soggettivo nell'ambito dell'accertamento processuale del diritto penale preventivo, il Maestro dedica ampio spazio ad evidenziare come l'orientamento alle conseguenze si sia tradotto in una maggior attenzione verso l'autore del reato, attraverso risposte sanzionatorie spesso molto diversificate per tipologia di autore. Si sono altresì poste le basi per quella maggior individualizzazione del trattamento sanzionatorio: la finalità rieducativa della sanzione penale ex art. 27, co. 3 Cost. in combinazione con il modello della prevenzione speciale positiva⁶².

Nel quadro del costituzionalismo successivo alla seconda guerra mondiale, la pena sembra assolvere una *funzione sociale complessa*⁶³, non più concepibile come mera punizione per il moltiplo o il crimine di cui il reo si è macchiato. Da questo punto di vista, l'idea dello scopo, ponendo l'accento sulle conseguenze fattuali della condotta individuale, genera una metamorfosi funzionale della pena finendo per identificarsi con la «capacità di produrre effetti positivi – ed impedirne di negativi»⁶⁴. Si tratta di una lettura che meglio si concilia con le coordinate costituzionali in punto di funzione della pena, orientata essenzialmente al recupero del condannato e al suo reinserimento sociale (art. 27, co. 3 Cost.), che segna il tramonto dell'idea retributiva⁶⁵.

61 M. ROMANO, *Commentario al codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, 17, il quale richiama C. Cost., sentenza n. 39/1969.

62 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2008, 239-270.

63 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, 2014, 26 ss.

64 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 71-75, ove egli individua la coppia vincente 'razionalità ed empiria', così che «La politica criminale empiricamente orientata impone al diritto penale di interferire nella politica finanziaria e valutaria non meno che in quella demografica e di tutela dell'ambiente, di interessarsi di terrorismo e difesa dell'ordine costituzionale», secondo una disponibilità del diritto penale sia nel bene, come capacità di questo di accompagnare i mutamenti nei processi sociale e correggerne le tendenze per favorire le sua «chance di successo»; nel male, in quanto si mostra troppo «accondiscendente» alle istanze provenienti dalla politiche sociali e quindi si espone al rischio di trasformarsi in un «campo sperimentale».

65 Non si vuol certo dire che il paradigma retributivo sia tutto da buttare o sia

La funzionalizzazione della sanzione penale allo scopo rieducativo ha saldato il legame della triade colpevolezza, commisurazione ed esecuzione della pena. Se la pena deve tendere alla risocializzazione del reo, è in primo luogo necessario che sia rispettata la dignità della persona (v. divieto di trattamenti inumani e degradanti, art. 27, co. 3 Cost., v. art. 1 l. 354/1975). Occorre, inoltre che sia avvertita come giusta, ossia proporzionata al disvalore penale del fatto anche sotto il profilo dell'adesione psicologica al reato. La pena smette di essere mera punizione per divenire qualcosa di ben più complesso. Come a più voci sostenuto: se non vuol essere fallace, la rieducazione non può essere imposta al condannato, sia perché di fatto non sortirebbe l'effetto che vorrebbe realizzare, sia perché lo stato costituzionale di diritto non può certo permettersi di 'imporre' un trattamento contro il volere del suo destinatario⁶⁶. Pertanto, appare evidente come il principio di proporzione o misura della pena costituisca il lascito più importante delle teorie retribuzionistiche. Il criterio di commisurazione della pena diviene momento imprescindibile e snodo cruciale che può segnare la riuscita del recupero o un ancor più calzante etichettamento del reo⁶⁷. Non è certo sfuggito al Maestro, quanto le possibilità di recupero del condannato dipendano dalla sua adesione reale al programma di risocializzazione.

Tale evoluzione della concezione della pena non è però priva di insidie. Con l'obiettivo di risocializzare il reo, l'ordinamento si assume il compito di recuperare il deviante, secondo un modello di responsabilità condivisa, che però implicano scelte di politica criminali che non possono essere 'a costo zero'. Al contrario, esse implicano rilevanti investimenti per realizzare l'organizzazione di strutture e persone con cui realizzare un serio programma di risocializzazione, individualizzato sulla base dei

morto. Infatti, alle teorie retribuzionistiche va il merito di aver stretto quel legame tra colpevolezza e misura della pena comminata, noto come principio di proporzione: la giusta reazione all'offesa subita. Occorre tuttavia precisare la tendenza odierna, nell'ambito del dibattito pubblico, a cavalcare l'onda delle teorie assolute della pena, per cogliere nuove consensi elettorali o rafforzare il proprio bacino di sostenitori e non mancano esempi di modifiche o approvazioni di norme il cui significato si colloca esattamente su questo terreno, accanto a logiche da ricondurre al piano della deterrenza. V.: D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., 27-28.

⁶⁶ *Ivi*, 28. Sulla dannosità di trattamenti imposti al condannato, anche la cinematografia presenta tante testimonianze: per tutte, *Arancia meccanica* di Stanley Kubrick.

⁶⁷ Non a caso, dal punto di vista criminologico, si è passati dallo studio sulle cause e condizioni della criminalità, all'approfondimento dei processi e degli effetti della criminalizzazione dell'individuo.

diversi ‘tipi’ di autore. Senza contare poi – ma qui vi si può formulare soltanto un accenno - che, sul piano dell’esecuzione della pena, l’obiettivo della risocializzazione del reo deve fare i conti anche con la necessità di preservare l’ordine giuridico e la sicurezza sociale⁶⁸.

Ad ogni modo, la novità del paradigma della prevenzione speciale risiede proprio in ciò: il reo deve riappropriarsi dei valori condivisi non dopo aver scontato la pena, ma ‘attraverso’ la pena. Si tratta di asseverare un meccanismo inclusivo, ove occorre seriamente ripensare sia alle tipologie di pena, specialmente a quella maggiormente impiegata dal diritto penale, vale a dire il carcere⁶⁹: è ormai tristemente noto come tale istituzione totale, accanto alla funzione di difesa sociale per la neutralizzazione della pericolosità del condannato, reca con sé, quasi sempre, effetti contrari alla risocializzazione, vale a dire criminogeni⁷⁰.

6. Conclusioni

Le importanti indicazioni suggerite dal Maestro non sono cadute nel vuoto, né sono rimaste preziose elaborazioni confinate nello spazio meramente teorico dello studio o approfondimento dottrinario.

Ciò vale anzitutto in relazione al tema dell’integrazione delle scienze e del sapere tecnico sia per quanto attiene al versante legislativo, sia in funzione ausiliaria del giudice nel momento applicativo. L’obiettivo di realizzare il paradigma del diritto penale quale scienza integrale, è scolpito in importanti opere dottrinali che, nel corso degli anni hanno contribuito ad arricchire quel modello teorico proposto dal Maestro, così

68 Raccomandazione 2007/3, adottata il 22 marzo 2017, sulle regole, misure e sanzioni di comunità che definiscono in ambito sovranazionale la c.d. ‘*community sanction*’, vale a dire la misura o *sanzione* di comunità, per indicare quelle misure che consentono di mantenere il condannato che sconta la pena nella comunità, imponendo una certa restrizione della sua libertà attraverso di obblighi e/o condizioni, sotto la direzione e vigilanza degli organi pubblici. Va sottolineato che tale raccomandazione trova applicazione anche per le misure cautelari personali diverse dal carcere e per le misure di sicurezza applicate provvisoriamente, per l’istituto della messa alla prova di cui all’art. 168-bis cp, per le misure alternative alla detenzione e per le misure di sicurezza non custodiali come la libertà vigilata e per le sanzioni sostitutive come la libertà controllata.

69 M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi “moderne” della misura e dell’unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica*, su «disCrimen» (04.06.2020), 11.

70 D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 23-24, mette in evidenza l’utopia che deriva dal concepire il carcere come strutturalmente rieducativo.

ben articolato e denso di collegamenti. La stessa prassi sembra ormai persuasa dell'utilità ed efficacia della scienza penale integrata⁷¹.

Ad ogni modo, il piano dell'interpretazione / applicazione della norma penale resta un osservatorio privilegiato, ove la dottrina si mostra impegnata a controllare la correttezza, anche dal punto di vista dogmatico, del ragionamento giuridico prospettato dalla prassi, al fine di preservare, seppur in chiave evolutiva, il nocciolo duro delle garanzie penali, dal momento che in ballo ci sono la centralità e dignità della persona, l'equo processo e la funzionalizzazione della pena protesa al recupero sociale del condannato.

La sfida allora è quella di non abbassare la guardia e restare vigili, perché il diritto penale empirico – già lo si è visto - presenta «*il rischio di trasformarsi in un campo sperimentale*», dove sulla base di opportunità, consenso o mera prevalenza di interessi organizzati, gli spazi della libertà individuale vengono più o meno ampliati o ristretti nella faticosa ricerca degli equilibri di volta in volta auspicati dalla politica criminale⁷².

71 Cass, SU, sentenza 18 settembre 2014, n. 38343, ThyssenKrupp, 83 della motivazione, ove i giudici sottolineano come «*il sapere scientifico e tecnologico reca il vero nucleo attualizzato della disciplina prevenzionistica*».

72 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo»*, cit., 75.

CONFISCA ALLARGATA E REATI TRIBUTARI NEL PRISMA DELL'IDEA DI SCOPO

Luca Della Ragione

1. La confisca “per sproporzione” quale nuova sanzione espropriativa: cenni generali.

L’“arcipelago delle confische”¹ da tempo si è arricchito di una nuova isola dalle “sembianze inquietanti”², segnatamente la confisca c.d. allargata o per sproporzione³ che consente di acquisire al patrimonio dello Stato, quasi sempre previo sequestro preventivo, denaro, beni o altre utilità di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, il condannato (o

1 È il titolo del volume edito a cura dell'Osservatorio Misure patrimoniali dell'Unione Camere Penali Italiane, 2017, *passim*.

2 L'efficace espressione è di G. FLORA, *Le recenti innovazioni in materia di reati tributari: profili di illegittimità costituzionale*, in «Rass. Trib.» (2020), 328.

3 A. ABBAGNANO TRIONE, *Di sproporzione in sproporzione: l'ipotesi particolare di confisca ex art. 12 sexies, l.356/92. Brevi note su congruità e ragionevolezza dei nuovi modelli di strategia legislativa nella lotta al riciclaggio e ad altri reati connessi al profitto ed al reimpiego di danaro sporco*, in AA.VV., *Pecunia olet, Prevenzione e repressione del riciclaggio e del reimpiego dei capitali illeciti*, a cura di S. FIORE, in *Quaderni degli Annali del Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione dell'Università degli Studi del Molise*, 2007, 243; G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri 'reati-matrice'*, in «GC» (2018), 307 ss.; R. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in V. MAIELLO (Ed.), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2015, 119 ss.; M. LANZI, sub art. 240 bis, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI (Edd.), *Codice penale commentato*, Giappichelli, 2018, 933 ss.; V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in «Foro nap.» (2012), 422; A. M. MAUGERI, *La riforma della confisca (D.Lgs. n. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla Legge 161/2017 al D.Lgs. n. 21/2018)*, in «AP» (2018) suppl. al n. 1, 235 ss.; ID., *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale*, in www.penalecontemporaneo.it (9 marzo 2014); R. PICCIRILLO, *La confisca per sproporzione*, in R. TARTAGLIA (Ed.), *Codice delle confische*, Nel Diritto Editore, 2012, 386; E. SQUILLACI, *La confisca allargata quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in «DPP» (2009), 1525; FVERGINE, *Il “contrasto” all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Cedam, 2012. Sia consentito il rinvio a L. DELLA RAGIONE, *La confisca per sproporzione*, in E. MEZZETTI – L. LUPARIA (Edd.), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, 2020, 269 ss.

il patteggiante) risulta avere la disponibilità a qualsiasi titolo “in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica”. La “legittima provenienza” non può essere giustificata adducendo che si tratta di acquisti effettuati con proventi da evasione fiscale o da reinvestimento di evasione fiscale, come ora espressamente sancisce l’art. 240-*bis* c.p.

Tale forma di confisca - appartenente ad una dimensione dell’esperienza giuridica antitetica a quella in cui si colloca il Maestro che onoriamo, condizionata dalle funzioni orientative caratteristiche dell’*idea dello scopo*⁴ - aveva fatto ingresso nel settore delle misure di prevenzione anti-mafia con la Legge n. 646/1982 trasmigrando poi nel settore dei reati di criminalità organizzata con l’art. 12 *sexies*, Legge n. 356/1992 (ora traslocato nell’art. 240-*bis* c.p.) per man mano estendersi anche a quelli ritenuti particolarmente riprovevoli e indipendentemente dalla loro idoneità criminologicamente comprovata, all’accumulo di patrimoni di origine illecita e fuori dunque dalla originaria *ratio* giustificatrice che era quella di sottrarre definitivamente il bene al “circuito economico” di provenienza per inserirlo in altro esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo⁵.

Le problematiche, anche di ordine costituzionale che un tal tipo di misura ablativa ha suscitato e suscita, sono ben note⁶.

Dalla dubbia natura, che nella prassi la ha sottratta al corredo di garanzie che costituiscono la contropartita dell’attribuzione della natura penale, in particolare quella dell’irretroattività, alla ragionevolezza dell’inserimento nell’elenco dei reati spia di alcune fattispecie⁷; dalla individuazione del ragionevole intervallo temporale tra commissione del “reato-spia” e acquisto del bene o della utilità da prendere in considerazione; all’esatto significato da attribuire al concetto di sproporzione rispetto alla attività economica svolta, evidentemente non coincidenti

4 L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene, 1984. Per una recente valorizzazione di tale paradigma, sia pure nel contesto della clemenza collettiva, cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, ESI, 2007, *passim*.

5 Per dirlo con le parole della sentenza n. 335/1996 della Corte costituzionale.

6 Sia ancora consentito il rinvio a L. DELLA RAGIONE, *La confisca per sproporzione*, cit., 269 ss.

7 G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri ‘reati-matrice’*, in «GC» (2018), 307 ss.

con il parametro del reddito dichiarato, vieppiù incomprensibile in ragione della impossibilità di addurre ora come giustificazione la pregressa “evasione fiscale”.

1.1. I presupposti e gli elementi differenziali dalla confisca di cui all'art. 240 c.p.

Malgrado la collocazione contigua, la misura di ablazione patrimoniale si differenzia notevolmente, per plurimi elementi di autonomia, dalla confisca prevista dall'art. 240 c.p.

Si tratta, infatti, di una confisca obbligatoria («è sempre disposta») che opera nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti (sentenza di patteggiamento) per determinati reati ed ha ad oggetto «beni o altre utilità» di cui il condannato sia formalmente titolare o di cui comunque abbia la disponibilità diretta o indiretta (per interposta persona) in «valore sporporzionato» al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica.

Si distacca, quindi, dalla matrice originaria della confisca quale misura di sicurezza patrimoniale (art. 240 c.p.) perché prescinde radicalmente dall'accertamento di un nesso di pertinenzialità (in termini di derivazione causale o strumentalità) dei beni confiscabili con il reato per cui è stata pronunciata sentenza di condanna. Nesso di pertinenzialità che è invece implicito nei concetti di profitto, prodotto e prezzo del reato, cui si riconnette l'operatività della confisca, intesa come misura di sicurezza patrimoniale⁸.

L'irrilevanza del nesso di pertinenzialità risponde alle finalità originarie perseguite dal legislatore con la sua introduzione nel sistema penale: definire uno strumento di contrasto del fenomeno dell'accumulazione di risorse economiche illecite, legato specialmente alla criminalità organizzata, superando i limiti operativi della confisca penale (art. 240 c.p.), connessi all'esigenza di accertare il nesso oggettivo dei beni col reato⁹.

Per questi rilievi, risulta incerto il suo inquadramento come misura di sicurezza patrimoniale (art. 240 c.p.). A ben vedere, in un sistema penale che conosce una pluralità di confische (non da ultimo, quella di preven-

8 PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2019, 432 ss.

9 Ivi, 432 ss.

zione di cui all'art. 24 D.lgs. 159/2011) non è più prospettabile una chiave di lettura unitaria. La natura giuridica e la funzione delle singole ipotesi di confisca, infatti, dipendono dal contesto normativo in cui si collocano e dagli specifici presupposti che la legge di volta in volta definisce¹⁰.

La confisca c.d. allargata si fonda sulla presunzione legale della provenienza illecita dei beni e delle utilità di cui dispone, direttamente o indirettamente, il soggetto condannato.

Questa presunzione poggia, in particolare, su due elementi indizianti complementari: il primo consiste nella qualità di condannato per uno dei reati espressamente previsti dall'art. 240-bis c.p.; il secondo nella sproporzione dei beni o, più in generale, del patrimonio di cui dispone, direttamente o indirettamente, il soggetto condannato rispetto ai propri redditi dichiarati ovvero alle attività economiche lecite. Da questi elementi si risale alla presunzione «che il patrimonio stesso derivi da attività criminose che non è stato possibile accertare»; si presume, in altri termini, che «il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone»¹¹. Si tratta di una presunzione soltanto relativa: per vincerla, è necessario che il soggetto condannato alleghi gli elementi utili a dimostrare la provenienza lecita dei beni sproporzionati; è del tutto irrilevante, invece, la prova negativa della non provenienza dei beni dal reato per il quale è stato condannato.

Quanto all'elemento della sproporzione, l'art. 240-bis c.p. sancisce espressamente che il soggetto condannato non possa giustificare la provenienza lecita dei beni adducendo redditi non dichiarati o, comunque, utilità che costituiscano il provento di evasione fiscale, «salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge», come nel caso in cui i redditi evasi siano emersi per effetto dell'adesione a procedure di ravvedimento o di condono fiscale. La ratio di questa previsione sembra essere quella di escludere dall'oggetto della confisca allargata quanto l'imputato abbia già restituito all'erario, evitando una duplicazione di apprensione del provento illecito. Tale precauzione – proprio nell'ambito dei reati tributari – era già adottata nel diritto vivente in forza di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, ed

10 C. cost. sent. nn. 29/1961 e 18/1996; si veda anche Cass. pen., SU., n. 26654/2008.

11 Per questa lettura, C. cost. sent. n. 33/2018.

era stata addirittura “rafforzata” dal legislatore del 2015 prevedendo, al secondo comma dell’art. 12-bis, che la confisca sia esclusa non solo per la parte che il contribuente ha effettivamente già versato all’erario, bensì anche per quella che “si impegna” a versare¹².

La giurisprudenza circoscrive sul piano temporale la presunzione di illecita provenienza dei beni in valore sproporzionato alla capacità reddituale del soggetto condannato. Assume rilievo, pertanto, nel circoscrivere l’oggetto della confisca, la distanza cronologica che intercorre tra il momento di acquisizione dell’utilità, della cui provenienza lecita si dubita, e il reato-spia per cui è pronunciata condanna. La confisca non dovrebbe operare quando questa distanza è talmente significativa da rendere irragionevole la presunzione di provenienza illecita del bene. La delimitazione temporale consente di «evitare una abnorme dilatazione della sfera di operatività dell’istituto [...] che legittimerebbe altrimenti – anche a fronte della condanna per un singolo reato compreso nella lista – un monitoraggio patrimoniale esteso all’intera vita del condannato»¹³, non potendo i beni essere “ictu oculi” estranei al reato perché acquistati in un periodo di tempo eccessivamente antecedente alla sua commissione¹⁴.

In breve, è richiesta la prossimità temporale dell’acquisto del bene rispetto alle condotte illecite.

La giurisprudenza, anche costituzionale¹⁵ è costante nell’attribuire alla confisca allargata una natura ibrida perché ambigualmente «sospesa» tra funzione «special-preventiva» e «vero e proprio intento punitivo». La privazione coercitiva di beni di sospetta provenienza illecita persegue, anzitutto, una finalità preventiva: consente, infatti, di neutralizzare l’attività di soggetti che si presumono socialmente pericolosi, in ragione della condanna per uno dei reati indicati dall’art. 240-bis c.p. E risponde anche ad una funzione punitiva, che si esprime nella sottrazione definitiva dal circuito economico di risorse economiche di matrice illecita. La dimensione preventiva, di neutralizzazione della pericolosità sociale del soggetto condannato, sarebbe però prevalente per la giurispruden-

12 Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887; cfr., nello stesso senso, Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140; Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2012, n. 46726.

13 C. cost. sent. n. 33/2018.

14 Cass. Pen., Sez. V, n. 21711/2018.

15 Sent. n. 335/1996; da ultimo, n. 33/2018.

za, che nega recisamente la natura di pena della confisca allargata e la inquadra come misura di sicurezza atipica, sottraendola alle garanzie costituzionali che presidiano la materia penale e, in special modo, al principio di irretroattività (art. 25 comma 2 Cost.). È infatti regolata, sul piano intertemporale, dalla legge in vigore al tempo della sua applicazione (art. 200 comma 1 c.p.).

Sempre in tema di natura giuridica degli strumenti ablatori dei proventi di reato, deve evidenziarsi un diverso orientamento per il quale la confisca avrebbe, in generale, non già un portato afflittivo e sanzionatorio, quanto piuttosto risarcitorio e ripristinatorio, tale da evidenziarne una natura in senso lato civilistica. Gli statuti di riferimento pertanto non sarebbero quelli propri della legalità penale, di cui agli artt. 25 Cost. e 7 CEDU, quanto piuttosto della tutela della proprietà privata, di cui agli artt. 41 e 42 Cost. e, sul piano sovranazionale, art. 1, Prot. 1, CEDU. Tale impostazione, pure criticata da una parte della dottrina, ha trovato recente accoglimento in una importante sentenza della Corte Costituzionale la quale, esprimendosi in tema di tassatività e prevedibilità della categoria della pericolosità generica al fine dell'applicazione delle misure di prevenzione, coglie l'occasione per formulare delle considerazioni più generali su questa tematica, riconoscendo, a tale proposito, come confisca di prevenzione e confisca allargata costituiscano «altrettante species di un unico genus, che questa Corte [...] ha identificato nella “confisca dei beni di sospetta origine illecita”»¹⁶.

2. La problematica introduzione della confisca “allargata” nel settore dei reati tributari e le tensioni con l’idea di scopo.

In base al “nuovo” art. 12-ter del D.Lgs. n.74/2000 (che rinvia all’art. 240-bis c.p.) la condanna o l’intervenuta applicazione di pena ex art. 444 c.p.p. per taluni reati tributari, comporta anche la confisca (e rende possibile il previo sequestro) di tutti i beni comunque riconducibili al soggetto che risultino “sproporzionati” al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o alla propria attività economica, dei quali non sappia *ex post* fornire idonea giustificazione.

Tali possidenze non potranno essere giustificate, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale ora espressamente consacrato normati-

16 C. cost., 20.11.2018 (dep. 2019), n. 24.

vamente, adducendo che si tratta di proventi di “evasione fiscale” o di investimenti di proventi da “evasione fiscale”, “salvo che l’obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge” (art. 240-*bis* c.p.).

Questo tipo di ablazione patrimoniale sarà applicabile, però, solo a seguito di condanna o “patteggiamento” per i delitti contemplati dagli artt. 2, 3, 8 e 11, D.Lgs. n.74/2000, ovvero per le ipotesi connotate da condotta fraudolenta e solamente qualora le fatture o gli altri documenti equiparati rechino un importo non rispondente al vero superiore a duecentomila euro, per le ipotesi di utilizzazione o emissione di fatture per operazioni inesistenti, ovvero una evasione superiore a centomila euro per l’ipotesi di dichiarazione mediante altri artifici. Mentre con riguardo al delitto dell’art. 11, D.Lgs. n. 74/2000, che notoriamente concerne la fase della esecuzione esattoriale, la norma distingue a seconda che ricorra l’ipotesi del comma 1 o del comma 2: se ricorre quella del comma 1 occorre che l’ammontare delle imposte sanzioni e interessi sottratti all’esecuzione sia superiore a centomila euro; a duecentomila euro, se ricorre invece quella del comma 2.

Questo tipo di confisca si aggiunge nella materia penale tributaria¹⁷ a quella “diretta” del profitto da reato e a quella “per equivalente” che scatta quando non è possibile (per incapienza o altra ragione) procedere alla confisca diretta.

La nuova forma di confisca, per espressa previsione normativa conforme alla natura sostanzialmente punitiva dell’istituto, si applicherà “esclusivamente alle condotte poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione”. Sembrano volersi così scongiurare eventuali applicazioni giurisprudenziali in senso retroattivo di quella che – a torto o ragione – viene ancora generalmente qualificata come misura di sicurezza, pertanto non soggetta al divieto di retroattività in *malam partem*. Proprio in ragione di tale qualificazione, peraltro, la presente “clausola di irretroattività” potrebbe essere interpretata nel senso di non ostare alla possibilità che la confisca, pur

17 R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI, *La confisca*, in R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI (Edd.), *I reati tributari. Trattato teorico-pratico di diritto penale*, XIII, Giappichelli, 2017, 463 ss. Di recente, V. MAIELLO, *La confiscabilità del profitto nel delitto di cui all’art. 10 D.Lgs. n. 74/2000*, in «GI» (2020), 1209 ss.

applicata a condotte poste in essere dopo l'entrata in vigore della legge, vada a colpire cespiti acquisiti in epoca anteriore alla medesima data. In questo senso, chi commetta un delitto tributario sopra la soglia indicata dall'art. 12-ter in epoca successiva all'entrata in vigore della presente riforma dovrebbe mettere in conto che gli sarà applicabile una confisca che è in grado di colpire anche acquisti di valore sproporzionato effettuati precedentemente, seppur entro il limite implicito della ragionevolezza temporale.

L'“innovazione” si presta ad una serie di considerazioni su molteplici piani.

Partendo dalla scelta “politica”, è possibile evidenziare che già l'idea di utilizzare uno strumento proprio del contrasto alla criminalità organizzata o comunque alla criminalità “seriale” di elevata pericolosità per la compromissione dei rapporti economici che comporta, risulta del tutto priva di fondamento razionale. Si prosegue quindi sulla censurabile strada di applicare tendenzialmente a tutti i fenomeni criminosi che, contingentemente, si vogliono additare come particolarmente odiosi gli strumenti tipici della “lotta” alla criminalità organizzata, finendo così per parificare fenomeni socio-criminali eterogenei anche quanto a comprovata gravità intrinseca e pericolosità.

Sotto tale aspetto, dunque, il legislatore mostra disinteresse rispetto al dato scientifico socio-criminologico che dovrebbe essere la base della legislazione, tradendo l'insegnamento del Maestro che onoriamo con questi scritti¹⁸.

Quanto al rispetto dei principi del diritto penale liberal-democratico e del giusto processo, premesso che la confisca è quasi preceduta dal sequestro fin dalla fase delle indagini, non si può legittimare una invasione così dirompente nella vita di chi è solo indagato, anche per reati non commessi in forma associata, dove si ritiene che rilevino come fittizi

18 L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb» (1980-81), 399 e ss., secondo cui il diritto penale è tenuto a dialogare sia con le sfere della realtà sociale che gli conferiscono la base di legittimazione cognitiva (non artificiale) indispensabile per alimentare un suo fecondo agire comunicativo, sia con le altre componenti dell'istituzione penale globale (dalla cui integrazione dipende il funzionamento di una giustizia penale ispirata a canoni di effettività secondo i valori, gli scopi ed orientato alle conseguenze.

(almeno per le ipotesi di frode) anche i costi non deducibili o comunque non “inerenti” e la cui commissione non di rado trova origine nella oscurità e complessità della normativa tributaria¹⁹.

Sotto tale aspetto, dunque, la scelta legislativa tradisce, se rapportata alla prassi, una scelta politica sproporzionata rispetto alla necessità di soddisfare i reali bisogni sociali di protezione²⁰.

Si tratta, ancora, di una previsione poco ragionevole, distonica ad esiti di integrazione sociale funzionali allo scopo, alla luce dell'osservazione secondo cui l'inizio del procedimento si fonda quasi sempre su indagini effettuate dalla stessa autorità che beneficerebbe poi del compendio sequestrato/confiscato²¹.

Senza considerare che la misura, come si vedrà di qui a breve, assume i connotati classici di afflittività, tale da farla considerare come penale, del tutto svincolata dalla dimensione di tipicità del fatto e priva di connessione con l'entità dell'eventuale “profitto”.

La dottrina ha anche evidenziato la problematica utilizzabilità temporale dell'indagine patrimoniale a scandagliare la titolarità o il possesso, anche per interposta persona del titolare del bene ablando²².

Basti pensare alle difficoltà che comporterà il richiamo al criterio di “ragionevolezza temporale” tra il momento della acquisizione del bene e quello del commesso reato ed ai problemi connessi alla delimitazione temporale del periodo.

Senza considerare che, in un'ottica di scopo, l'“evasione” non può normativamente addursi come giustificazione della sproporzione, sicché viene da chiedersi a quale “illecito” ed a quali esigenze di tutela risponde la reazione dello Stato consistente nella confisca.

Si tratterebbe così, in un'ottica di tutela coercitiva multipla, di una ulte-

19 G. FLORA, *Dalla “spazza corrotti” alla “spazza evasori”. Brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari*, in «Rass. trib» (2020), 252 ss.

20 In contrasto con la proposta lisztiana di fondare una *gesamte Strafrechtswissenschaft*, all'interno della quale il diritto penale appronti i mezzi strumentali allo scopo che l'ordinamento intende perseguire, come recepita da L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo*, cit., 97 ss.

21 G. FLORA, *Dalla “spazza corrotti” alla “spazza evasori”*, cit., 252 ss.

22 *Ivi*, 252 ss.

riore sanzione dello stesso illecito fiscale per cui si svolge il processo ed eventualmente interviene la condanna, ovvero di una impropria sanzione di un comportamento illecito (anche non penale), non accertato, ma solo presunto se il soggetto non è in grado di documentare la legittima provenienza di tutti i suoi beni, con buona pace del principio di proporzionalità²³.

Non si rinvencono pertanto ragioni giustificative rispetto alla inversione dell'onere della prova che incombe su di un soggetto la cui pericolosità non ha alcuna seria base empirico-criminologica.

La misura era infatti in origine, infatti, prevista proprio per devolvere allo Stato beni che si poteva ragionevolmente ipotizzare di provenienza da gravi delitti, in ragione della pericolosità soggettiva dell'autore.

3. La natura penale della confisca “allargata”.

La validità di tali considerazioni critiche si ricollega alla “natura” della confisca “allargata”, che permane incerta anche in dottrina. Per un verso, l'irrelevanza di un nesso, causale o strumentale, tra reato e beni suscettibili di confisca, la proietta inevitabilmente in una dimensione punitiva: d'altro canto, la stessa giurisprudenza costituzionale considera questo collegamento come presupposto essenziale perché una misura ablativa possa autenticamente svolgere una finalità preventiva. Finalità che, peraltro, non risulta prospettabile con riferimento alla confisca allargata, per l'evidente ragione che l'art. 240-bis c.p. non esige un accertamento giudiziario della pericolosità sociale del soggetto né tanto meno delle cose confiscabili²⁴. Per altro verso, questa confisca si fonda

23 Sulla distinzione tra il generale giudizio di proporzionalità su qualsiasi ingerenza nei diritti fondamentali e il giudizio di proporzionalità sanzionatoria N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, 231 ss.

24 Sia richiamata, a tale proposito, quanto evidenziato da M. LANZI, *La confisca «in casi particolari», o “per sproporzione” post delictum*, nel settore penale tributario, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, Giappichelli, 2019, 490 ss., secondo cui «deve ritenersi che il legislatore abbia di fatto introdotto, con la novella del 2017 confluita poi nel codice penale nel 2018, una nuova forma di confisca, diversa sia da quella c.d. “allargata”, di cui alla restante parte dell'art. 240-bis c.p., sia dalla ipotesi speciale di confisca obbligatoria, anche per equivalente, disposta per i reati tributari ai sensi dell'art. 12-bis d.lgs. n. 74/2000. E infatti, a differenza di quest'ultima, la confisca in esame opera a prescindere dalla rilevanza penale dell'evasione di imposta, sia sotto il profilo qualitativo

sulla presunzione legale che i beni non proporzionati alla capacità reddituale del soggetto condannato derivino da altri reati, giudizialmente non accertati; in tal senso, la confisca recupera il nesso tra beni e reato, sebbene per il tramite di un'inferenza probatoria (sproporzione-provenienza illecita) di matrice legale ed opererebbe come una sanzione con prevalente finalità ripristinatoria, quindi orientata a ristabilire, con l'estinzione della proprietà sui beni sproporzionati, la situazione eco-

(nel senso della riconducibilità dell'evasione ad una delle fattispecie penali-tributarie di riferimento) sia sotto quello quantitativo (nel caso di reati tributari che prevedono soglie di punibilità, in funzione dell'ammontare dell'imposta sottratta al fisco). La regola dell'irrelevanza dell'evasione fiscale al fine della giustificazione della sproporzione dei beni opera anzitutto, sul piano probatorio, quale limitazione al superamento della presunzione relativa dell'origine illecita dei beni "sproporzionati", restringendo cioè il novero delle giustificazioni efficacemente spendibili dal reo per sottrarsi alla misura ablatoria. La previsione del saldo del debito tributario quale causa di esclusione della confisca dei beni "sproporzionati" implica tuttavia, sul piano sostanziale, il riconoscimento della misura in esame, in tali ipotesi, quale strumento non già finalizzato alla sottrazione al reo di proventi di precedenti (anche se non accertati) reati, quanto per la riscossione coattiva di somme sottratte al fisco, senza che ne sia richiesta di per sé alcun collegamento rispetto ad ipotesi di reato, neppure tributarie. Il contribuente che viene condannato per taluno dei reati presupposto di cui all'art. 240-bis c.p. (anche per quelli che nulla o quasi hanno a che fare con profili tributari di sorta) subisce in sostanza una inedita pressione tributaria da parte del giudice penale il quale, superato il tradizionale compito istituzionale dell'accertamento della responsabilità penale, e della irrogazione delle relative sanzioni, provvede, a carico di costui, alla riscossione – mediante espropriazione – di ogni utilità riconducibile all'evasione fiscale. Sembrerebbe realizzarsi in sostanza, in tali circostanze, un'ipotesi di versari in re illecita, per la quale il soggetto condannato per alcuno dei reati indicati dalla norma subisce una riscossione tributaria in forma speciale, senz'altro più incisiva di quelle che lo stesso potrebbe subire nella sede amministrativa-tributaria, non operando infatti con riferimento alla confisca c.d. "allargata" (al netto di interpretazioni basate sulla "ragionevolezza temporale" [...]) alcuna limitazione temporale (prescrizione), cui invece è vincolato l'accertamento amministrativo. Deve poi considerarsi, a tale proposito, che la giurisprudenza di legittimità, nell'affermare l'inopponibilità dell'evasione fiscale all'applicazione della confisca per sproporzione ante delictum (fra tutte nella pronuncia delle SS.UU. Repaci), faceva riferimento in motivazione non già all'imposta evasa quanto all'imponibile sottratto a tassazione. Se dunque dovesse confermarsi, con riferimento alla confisca allargata ex art. 240-bis c.p., la stessa esegesi giurisprudenziale consolidata in tema di confisca di prevenzione, la pressione fiscale subita dal reo sarebbe peggiorativa rispetto a quella di qualunque altro contribuente anche sul piano quantitativo, posto che si vedrebbe coattivamente privato non solo delle imposte non versate, quanto dell'intero ammontare dei proventi non dichiarati al fisco. Si verificherebbero quindi effetti persino più afflittivi rispetto a quanto accade nello stesso settore penale tributario in senso stretto, dal momento che, per giurisprudenza costante, l'oggetto della confisca speciale ivi prevista (disciplinata oggi dall'art. 12 bis d.lgs. n. 74/2000) "non va identificato con l'imponibile sottratto a tassazione bensì nel quantum dell'imposta evasa" .

nomica anteriore ai reati che si presumono commessi, secondo il noto principio *crimen non lucrat*. Secondo visioni più radicali, peraltro, tale connotazione reintegratoria ne fonderebbe la qualificazione come misura di natura civilistica: né più né meno che una forma di estinzione del diritto di proprietà, acquisito mediante il reato.

A prescindere da queste letture, e valorizzando i tratti afflittivo-punitivi dell'istituto, è inevitabile riconoscere l'emersione di punti di frizione con i principi costituzionali: non soltanto con la garanzia di irretroattività, all'evidenza violata e che in una dimensione costituzionalmente conforme potrebbe essere rispettata ritenendo il divieto di applicazione retroattiva, ma anche con la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.): il soggetto è privato di risorse patrimoniali in relazione a reati che si presumono commessi e in alcun modo risultano accertati. La condanna difatti concerne soltanto il reato-spia: è quindi del tutto irrilevante, nell'ottica dell'art. 27 comma 2 Cost., che l'art. 578-bis c.p.p., introdotto dal D.lgs. 21/2018, esiga comunque un accertamento di responsabilità penale del soggetto, nonostante la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione o amnistia.

Va anche considerato che se la considera come “misura di sicurezza” patrimoniale, per espressa previsione normativa non destinata ad operare retroattivamente (art. 39, comma 1-bis, ma allora – si afferma in dottrina²⁵ – anche “*il legislatore ha le idee confuse o comunque si rende conto della afflittività della “misura”*”), essa non potrebbe certo applicarsi se non è ragionevole ipotizzare un nesso di “pericolosità” tra soggetto titolare del bene o dei beni “sovrabbondanti” e i beni stessi dallo stesso posseduti anche per interposta persona, con una prognosi volta al futuro”.

Una attenta rimediazione delle considerazioni svolte potrebbe aiutare a qualificare la confisca per sproporzione come sanzione penale,²⁶

La Corte costituzionale ha per vero tentato la quadratura del cerchio ragionando proprio in questa prospettiva²⁷. Chiamata a decidere del-

25

26 G. FLORA, *Dalla “spazza corrotti” alla “spazza evasori”*, cit., 252 ss.

27 F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, 166 ss. Il tema, come è noto, è stato a lungo oggetto di discussioni dottrinali ed interventi giurisprudenziali, sia nella sua veste di misura di prevenzione “antimafia” (e situazioni “assimilate”), sia nella sua veste di

la costituzionalità della confisca allargata prevista dall'art. 12-*sexies*, comma 1, Legge n. 306/1992, ora trasmigrata nell'art. 240-*bis* c.p., ne ha escluso il contrasto con il principio di uguaglianza ragionevolezza anche quando essa concerne “reati spia” non evocativi, secondo massime di esperienza, di accumulo patrimoniale originato da ulteriore attività illecita pregressa. Ma ne ha cionondimeno prospettato una interpretazione “costituzionalmente orientata” in base alla quale il giudice dovrebbe conservare la possibilità di verificare se la vicenda criminosa per cui è intervenuta condanna (o per cui si procede), esuli dal modello che consente di fondare ragionevolmente la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza.

Si dovrà quindi almeno pretendere che *“la “sproporzione” sia valutata in relazione a singoli cespiti e non al complesso del patrimonio e con riferimento al reddito e/o alla situazione economica (elemento la cui determinazione è per vero rimasta sempre problematica e lo è ancor più in relazione ai reati tributari) dell'epoca di acquisizione”*²⁸.

Non si può infine non considerare che il delitto tributario “presupposto” si presta già come tale a dare origine ad un profitto illecito, comunque oggetto di confisca diretta o per equivalente. La confisca “per sproporzione”, che vi si aggiunge, si rivela francamente arbitraria e paradossalmente, appunto, “sproporzionata”.

3.1. (segue) e le tensioni costituzionali.

Il nodo cruciale irrisolto è in definitiva quello della natura “ibrida” di un tal tipo di confisca. Se infatti essa è nata come misura di sicurezza/prevenzione *sui generis* volta ad impedire la fruizione di patrimoni illecitamente accumulati mediante la “sistematica” commissione di delitti statisticamente lucrativi, la successiva espansione, fino a quella consumata con l'attuale art. 12-*ter*, D.Lgs. n. 74/2000, ne ha accentuato il profilo essenzialmente sanzionatorio-punitivo-spoliativo²⁹ facendo sorgere

“misura di sicurezza” ex art. 12-*sexies*, Legge n. 356/1992, (ora art. 240-*bis* c.p.). Per un approfondimento delle problematiche ed ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, si vedano gli scritti di R. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, e di V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, entrambi contenuti nel volume V. MAIELLO (Ed.), *La legislazione penale*, cit., rispettivamente 119 ss. e 381 ss.

²⁸ C. cost. 8 novembre 2017 - 21 febbraio 2018, n. 33.

²⁹ G. FLORA, *Dalla “spazza corrotti” alla “spazza evasori”*, cit., 252 ss.

serissimi dubbi di legittimità costituzionale, più fondati che mai proprio in relazione alla sua previsione come “conseguenza” della condanna o del “patteggiamento” per i reati tributari “fraudolenti” che abbiano superato predeterminati livelli di gravità di evasione (o di sottrazione fraudolenta alla esecuzione esattoriale).

La natura di vera e propria sanzione³⁰ sembra tuttavia indiscutibile rispetto all’idea di scopo, atteso che se si parte dall’assunto secondo cui “*la pena corretta, cioè giusta, è la pena necessaria*”, ne deriva che la congruità finalistica delle istituzioni penali impone l’applicazione dell’intero corredo di garanzie penalistiche contro una sanzione fortemente afflittiva nei confronti del patrimonio, specie alla luce della stretta correlazione tra persona e patrimonio, ponendosi l’accento sull’attitudine strumentale di quest’ultimo a soddisfare i bisogni umani, materiali e spirituali³¹. Appare evidente, del resto, come l’applicazione di una qualsiasi misura patrimoniale sia destinata ad incidere profondamente sul prevenuto (e sui suoi familiari), “*determinando un drastico e, il più delle volte, definitivo cambiamento dello stile di vita in senso decisamente deteriore*”³². Si aggiunge che, sebbene gli artt. 41 e 42 Cost. risultino, senz’altro, bilanciabili con altri interessi aventi ugualmente rilevanza, quello della pubblica sicurezza, che nella specie viene fatto coincidere con l’utilità sociale, può essere inteso quantomeno in una duplice accezione. Come sicurezza *liberale*, mirante a garantire ai cittadini il libero godimento dei diritti fondamentali, e come sicurezza *sicuritaria*, che tende invece a restringere tali diritti allo scopo di assicurare una tutela anticipata ad alcuni beni finali.

Senza considerare che non è a partire dalla natura dell’istituto, aprioristicamente determinata, che diviene possibile inferire la legittimità

30 F. SGUBBI, *Nuova prescrizione e nuova confisca penale tributaria (un connubio che inquieta)*, in «disCrimen» (10 gennaio 2020), il quale sottolinea come questa forma di confisca costituisca in sostanza uno “strumento di progressiva espropriazione del privato a vantaggio dell’erario”, che non incontra neanche il limite della confisca del profitto da delitto tributario che, per espressa previsione dell’art. 12-bis, D.Lgs. n. 74/2000, “non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all’erario”.

31 Sul tema, V. MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in M. MANTOVANI et al. (Edd.), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia, 2016, 219 ss. Per un medesimo ordine di idee, V. MAIELLO, *La confiscabilità del profitto*, cit., 1209 ss.

32 A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa University Press, 2019, 194 ss.

della relativa disciplina, ma sono i contenuti di quest'ultima a suggerire quale dovrebbe essere lo statuto di riferimento. È per questo motivo che, secondo la stessa giurisprudenza europea, la qualificazione di una determinata misura come sanzione penale oppure amministrativa deve tener conto, oltre che del *nomen iuris* e delle finalità perseguite dal legislatore, del parametro dell'afflittività³³.

È infatti la razionalità finalistica della pena a costituire un limite alla severità punitiva e dunque la percezione di legittimità della sanzione, con il corredo di garanzie applicabili, ad incidere sulle stesse condizioni della sua applicazione³⁴.

Su queste basi, la qualificazione della confisca per sproporzione come non penale, con conseguente applicazione retroattiva, così come il mancato rispetto dell'intero corredo di garanzie ad orientamento costituzionale, radica un indebolimento delle condizioni di legittimazione della stessa.

L'evasione fiscale per quanto grave possa essere e di cui non si richiede la serialità non risulta infatti di per sé "spia" di un accumulo di ricchezze illecite particolarmente significativo, né di concreto pericolo di impiego di quei beni per la perpetrazione di ulteriori episodi criminali, di utilizzazione insomma nell'ambito di un perverso circuito criminale, fondamento della previsione originaria della misura³⁵.

Profilo di illegittimità che si accentua vieppiù se a "*giustificazione non può essere addotta la (attuale o pregressa) evasione fiscale, con disposizione che ne evidenzia una sorta di intima contraddizione: se la "sproporzione" delle ricchezze va parametrata al reddito dichiarato o alla "capacità economica", non si vede davvero come non si possa legittimamente addurre che si tratta di proventi da pregressa evasione fiscale. L'inversione, accompagnata dall'aggravamento, dell'onere probatorio rende la norma palesemente in conflitto sia con l'art. 24, sia con l'art. 27, comma 1, sia con l'art. 111 Cost.*"³⁶.

33 Ivi, 194.

34 V. Corte EDU, 8 giugno 1978, Engel c. Olanda. In letteratura v., per tutti, M. DONINI – L. FOFFANI (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

35 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo*, cit., 67 ss.

36 G. FLORA, *Dalla "spazza corrotti" alla "spazza evasori"*, cit., 252 ss.

Del resto, autorevole dottrina³⁷ ha affermato che “*l’inserimento dei reati tributari tra i presupposti della confisca allargata determina una sorta di “cortocircuito logico”, che rende irrazionale e contraddittoria la disciplina, minando in radice ogni possibilità di difesa del reo e rendendo, nella sostanza, assoluta, anziché relativa, la presunzione di provenienza illecita dei beni dello stesso*”. Va infatti considerato che, secondo il disposto dell’art. 240-bis c.p., il condannato, che per escludere l’operatività della confisca allargata deve “giustificare la provenienza dei beni” sproporzionati al proprio “reddito, dichiarato ai fini delle imposte sui redditi, o alla propria attività economica”, “*non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell’evasione fiscale, salvo che l’obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge*”.

Dunque, la commissione di un reato tributario tra quelli contemplati dall’art. 12-ter d.lgs. 74/2000 viene assunta ad indice di ulteriori evasioni fiscali penalmente rilevanti, all’origine della disponibilità di tutti i beni sproporzionati al reddito del reo, acquisiti nell’ambito della c.d. “ragionevolezza temporale”, senza che sia ammessa la possibilità di provare che tali beni sono il frutto di evasione fiscale penalmente irrilevante. In altre parole, si presume che il reo, condannato per un reato tributario, sia “evasore seriale” e al contempo gli si nega la possibilità di difendersi, chiarendo che le ulteriori evasioni (diverse da quella per cui è stato condannato) non integravano gli estremi di reati.

L’assetto complessivo che ne risulta pare francamente contraddittorio ed irragionevole, oltre a porsi in evidente tensione con il diritto di difesa, sancito dal secondo comma dell’art. 24 Cost.³⁸.

La conclusione, peraltro, si rafforza ove si tenga conto del fatto che alcuni dei reati cui fa riferimento l’art. 12-ter d.lgs. 74/2000 neppure sembrano idonei a svolgere il ruolo di “indice” di un sistematico arricchimento a mezzo di reati tributari³⁹.

Vale la pena di concludere queste brevi note richiamando un recente saggio⁴⁰ dove un illustre Maestro si chiede “dove trovare un solido an-

37 Ivi, 252 ss.

38 A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Cedam, 2020, 292 ss.

39 Ivi, 292 ss.

40 A. M. DELL’OSSO, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti (critici) sul c.d.*

coraggio alla deriva penalistica”, dove trovare una equilibrata tutela dei diritti (“anima vera della democrazia”), per impedirne l’asservimento al “furore punitivo dilagante”, individuando allo stesso tempo il “punto di riferimento e di salvataggio” nella Costituzione e nella Corte costituzionale, nella cui complessiva trama è accolta l’*idea dello scopo* in funzione di fondamento e limite di rilevanza del diritto, quale espressione di scelte politiche, storicamente determinate dalla necessità di soddisfare i reali bisogni sociali di protezione.

Probabilmente la piena valorizzazione di questo paradigma potrebbe risolvere, superando posizioni di netta chiusura, alcuni profili di dubbia costituzionalità delle recenti innovazioni in materia di reati tributari⁴¹, dove - anziché intervenire sugli insopportabili livelli della pressione fiscale e sulla drastica semplificazione della disciplina impositiva delle “prestazioni patrimoniali” (art. 23 Cost.) – primeggia l’idea di mera deterrenza e di utilizzo sproporzionato degli strumenti tipici della “lotta” ai “fenomeni criminali” (e ai loro autori) ritenuti particolarmente “odiosi” e già “collaudati” nel settore dei reati di “criminalità organizzata”, vale a dire dell’ottica in cui si colloca la confisca c.d. per sproporzione o allargata.

decreto fiscale, in «DPP», 2020, 325.

41 F.C. PALAZZO, *Diritto, pena e... Antigone*, in www.discrimen.it (20 marzo 2020).

RICORDO DI UN'ALLIEVA

Monica Garulli

Sono stata un'allieva del Prof. Lucio Monaco all'Università degli Studi di Urbino, dove ho conseguito la laurea in Giurisprudenza nell'anno 1987 e ho avuto la fortuna di seguirne le lezioni nelle discipline penalistiche.

Il Prof. Lucio Monaco fu, inoltre, il correlatore nella discussione della tesi di laurea che sostenni in diritto penale.

Da giovane studente ne ho potuto apprezzare il rigore della preparazione scientifica, l'apertura al sapere della cultura giuridica tedesca e il forte richiamo al rispetto dei principi costituzionali di legalità, di offensività, di personalità della responsabilità e della funzione rieducativa della sanzione penale.

L'invito che Egli rivolgeva a noi studenti era quello di una costante verifica delle nostre tesi, di sviluppare un'attitudine critica al cospetto di ogni tesi preconstituita, e di considerare il bilanciamento degli interessi contrapposti, criterio ispiratore che dovrebbe presiedere ad ogni valutazione giuridica.

Sono stati insegnamenti fondamentali per la mia successiva attività professionale di Magistrato.

Ho cercato di conservare questa piccola "arte del dubbio" nell'esercizio della funzione inquirente che ho, poi, svolto.

Altrettanto importante è stato il costante richiamo del Prof. Lucio Monaco di rivolgere, in via prioritaria, la nostra attenzione di giovani giuristi al fatto, alla sua materialità; ci invitava, dunque, ad essere pazienti ricostruttori di tutti gli elementi della fattispecie concreta, come precondizione del ragionamento giuridico.

La mia breve, ma sentita testimonianza non è, tuttavia, legata al solo insegnamento accademico; ricordo con affetto il senso di umanità che

contraddistingue il Prof. Lucio Monaco, e infatti, come docente, Egli non si disinteressava delle vicende personali degli allievi a Lui più vicini.

Con riconoscenza, ho memoria della Sua, non comune, qualità di intuire l'attitudine di alcuni studenti e talvolta di suggerire loro, con discrezione, un possibile percorso professionale.

Il mio non era quello della speculazione teorica e neppure della dialettica del Foro; per queste ragioni, ritengo, il Prof. Lucio Monaco mi incoraggiò allo studio per sostenere il concorso da uditore giudiziario.

Ricordo che, non appena divenuta Magistrato, Egli si rallegrò del risultato, non senza ammonirmi dei possibili rischi di autoreferenzialità, in particolare di quelli collegati all'esercizio della funzione inquirente che mi accingevo a svolgere.

C'è una piccola metafora che mi piace ricordare, quella che amichevolmente mi suggerì allorquando, paragonando la funzione giudicante a quella requirente, mi invitò a riflettere sul fatto che la decisione del giudice, per quanto presa in solitudine, gode comunque di un "ombrello protettivo" – queste le Sue parole – che consiste, per le decisioni più impegnative, nella collegialità e poi nella giurisdizione esercitata in secondo grado.

L'attività del Pubblico Ministero – invece mi disse – è immediatamente incisiva, prima di essere sottoposta al vaglio di un giudizio.

Anche questo insegnamento ricordo con gratitudine.

THE UN PROTOCOL AGAINST THE ILLICIT MANUFACTURING OF AND TRAFFICKING IN FIREARMS, THEIR PARTS AND COMPONENTS AND AMMUNITION - IMPLEMENTATION CHALLENGES AND RESPONSES

Simonetta Grassi*

I Introduction

On 2 November 2020, during a terrorist attack in Vienna, Austria, four civilians were killed and 23 injured; during the shooting at the Christchurch mosques in New Zealand, on 15 March 2019, 51 persons were killed and 40 wounded; on 13 November 2015 in Paris, terrorists killed 130 people and 413 were wounded. What have these cases in common? All these attacks were perpetrated with firearms that had been either illicitly trafficked and/or illicitly modified or re-activated.

The above examples illustrate not only the increasing role played by firearms as weapon of choice in the commission of terrorist attacks, but also sheds light on the shadow world of illicit firearms trafficking and its multiple links to other forms of crimes.

At the 20th anniversary of its adoption, on 31 May 2001, and over 15 years after its entry into force, on 3 July 2005, the present publication gives an overview of the thrust and core provisions of the *Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition* (Firearms Protocol)¹ and its parent Convention - the *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (the Organized Crime Convention)*²- and explores its applicability and responsiveness to new and emerging crime modalities, as well as of some implementation challenges.

1 * *The contents of this article do not necessarily reflect the views or policies of the UNODC, nor do they imply any endorsement.*

United Nations, Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, A/RES/55/255 of 31 May 2001.

2 *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (the Organized Crime Convention, A/RES/55/25 of 12 November 2000.*

II Framing the Issue: Firearms Trafficking as a complex and evolving threat

Illicit firearms trafficking is a serious and transnational crime, often-times linked to other offences, whose negative impact and harmful effects are aggravated by the presence and use of firearms, such as drugs trafficking, trafficking in human beings, and other forms of crime, from gang criminality up to terrorism. The availability of firearms and ammunition to organized criminal and terrorist groups exponentially increases the destructive power of these groups, and serves also as durable and lucrative trafficking commodity that provides them with the financial and material means to pursue their goals and to perpetuate their power.

According to the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) *Global Homicide Study* of 2019, 54 % of all reported homicides in 2017 were committed with a firearm. In the American region, this figure culminates up to closely three quarters of the homicides – one quarter of all reported homicides worldwide that year.³ The majority of these crimes appear to be closely associated to the illicit drug businesses and other forms of organized crime. Already the Mexican drug war caused an estimated death-toll of 200,000 to 250,000 persons between 2006 and 2018.

In Africa, the fall of the Gaddafi regime and the widespread proliferation of weapons from its arsenals has contributed to the militarization of several terrorist groups, especially in the wider Maghreb and Sahel region, where significant amounts of weapons were trafficked from Libya through Niger to supply firepower to armed groups in northern Mali from 2011 to 2013. However, this route reversed from 2014 onwards, when the power vacuum after the death of Gaddafi led Libya into a civil war, increasing internal demand and producing a counter flow of ammunition and firearms back to Libya.⁴ Today, in the Sahel, firearms are trafficked on the same routes than persons trafficking and migrant smuggling, and frequently sold to terrorist groups. In the Horn of Africa, pirates rely on firearms for attacks on merchant vessels. Illegal poaching, wildlife trafficking and environmental crimes, such as illegal min-

3 UNODC, *Global Study on Homicide 2019*, (Vienna, 2019) Booklet 1 p. 19.

4 F. MANGAN and M. NOWAK (Small Arms Survey), *The West Africa – Sahel Connection, Mapping Cross-border Arms Trafficking*, (Geneva 2019), p. 5 f.

ing and trafficking in precious metals, are also intrinsically linked to illicit firearms trafficking.

Firearms are also exchanged or used as payment methods, in exchange for other illegal commodities: In Italy, national authorities have disclosed cases where mafia type organizations have sold rifles and other weapons firearms to ISIS/Daesh leaders who paid with looted archeological artefacts, which were then sold to foreign collectors.⁵ In Colombia, former FARC combatant and leader of the dissident group, Walter Arizala alias “El Guacho” was found to be trafficking firearms stolen from military stocks in Ecuador, into Southern Colombia, from where he was controlling the illicit drug business together with members of the Mexican Sinaloa cartel⁶.

In Europe, terrorist attacks have been perpetrated with converted weapons, so-called alarm or gas pistols, or Flobert weapons, not originally designed to fire solid projectiles, and often freely traded on the market, but converted into fully functional firearms.

However, despite abundant evidence, firearms trafficking remains a largely invisible, under-reported and unresolved crime: Most illicitly trafficked firearms only emerge to the surface after their trafficking has taken place, when used in other criminal or terrorist activities. Yet, even when their illicit origin is evident, too often criminal investigations tend to focus on the principal crime committed with the firearm, disregarding its illicit origin and supply chain.

To add complexity, the vast majority of firearms in circulation were in its origin legally manufactured and transferred to a legal owner, and were later, at some point, diverted into the grey and black market. The modalities through which firearms enter the black markets are manifold and complex. Diversion can occur at any time in their lifecycle: at time of manufacturing, or when held in national stocks, they can be stolen or lost; from dealers or civilian owners, including private security companies, they can be diverted through straw purchases, thefts or losses, or through illegal sales; diversion can also occur at time of trans-

5 <http://www.lastampa.it/2016/10/16/esteri/arte-antica-in-cambio-di-armi-affari-doro-in-italia-per-lasse-fra-isis-e-ndrangheta-x9uX3cnjg6B3BhbIe4nTKK/pagina.html>

6 <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/alias-guacho-es-el-brazo-armado-del-cartel-de-sinaloa-fiscal-general-articulo-751119>

fers to a non-authorized destination, or final end use or end user or in violation of international arms embargoes. Other modalities include the illegal transformation, assembly or production of firearms, parts and components in violation of national laws and international treaties.

III Overview of the international legal framework⁷

The international legal regime to counter illicit firearms trafficking is composed of several instruments. There are three legally binding instruments at international level that are of particular relevance to us: the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (the Organized Crime Convention), its supplementary Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition (the Firearms Protocol), and the Arms Trade Treaty (the ATT)⁸.

Adopted by unanimity in the United Nations General Assembly in November 2000, the Organized Crime Convention constitutes the main legal instrument at international level to provide specific measures to prevent and combat transnational organised crime. While the Convention also requires States Parties to establish certain criminal offences, this chapter focuses on provisions relating to law enforcement and international police and judicial cooperation in relation specifically to the offences established under the Firearms Protocol. Its universal application is almost reached, with 190 Parties as of 1 December 2020.⁹

The Firearms Protocol is one of the three supplementing Protocols to the Convention and was adopted by unanimity on 31 May 2001 by the General Assembly. It presented the first legally binding instrument on fire-

⁷ For a comprehensive overview of the international legal framework related to small arms see *Comparative Analysis of Global Instruments on firearms and other Conventional Arms: Synergies for Implementation* (Vienna 2016) and UNODC, *The Firearms Protocol and the Arms Trade Treaty: Divergence or Complementarity?* (Vienna 2016), under www.unodc.org/unodc/en/Firearms_Protocol/publications.html; S. PARKER/M. WILSON, *A Guide to the UN Small Arms Process – 2016 Update*, 3rd ed. (Geneva, Small Arms Survey, 2016).

⁸ While the 2001 Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects constitutes another crucial step in advancing the fight against the illicit proliferation of weapons, it is not taken into account in this chapter due to its non-legally binding nature.

⁹ For an updated list of State Parties, see <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html>.

arms at global level¹⁰. The declared statement of purpose of this legally binding instrument is to ‘*promote, facilitate and strengthen cooperation among States Parties in order to prevent, combat and eradicate the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, their parts and components and ammunition*’ (Article 2 Protocol). As the provisions of the parent Organized Crime Convention apply to the Firearms Protocol, *mutatis mutandis*, this purpose must be read in conjunction with the purpose of the Organized Crime Convention (Article 1 of the Convention), “*to promote cooperation to prevent and combat transnational organized crime more effectively.*” The Protocol aims at preventing and controlling illicit activities commonly involving firearms that are associated with transnationally acting organized crime groups. It does so by providing a framework to control and regulate the entire lifecycle of firearms, their parts and components and ammunition, including their manufacture, transfer, control and safety as well as disposal, and prevent their diversion into the illicit market. As a criminal justice instrument, the Firearms Protocol further sets a focus on criminalisation, information exchange and international cooperation, including tracing. As of 1 December 2020, there are 119 Parties to the Firearms Protocol.¹¹

Lastly, the Arms Trade Treaty (ATT)¹², adopted by the United Nations General Assembly in April 2013, is the other global, legally binding instruments. It aims to, among other things, establish the highest possible common international standards for regulating or improving the regulation of the international trade in conventional arms in order to prevent and eradicate the illicit trade in such arms and prevent their diversion (Article 1 of the ATT). Its provisions mainly address the establishment of an international weapons transfer control regime as well as addressing diversion, reporting, international cooperation. these commitments are governing their export, import, transit transshipment and brokering. The centrepiece of the ATT is a set of export licensing criteria, stipulated in Article 6 and 7 of the treaty, that follow a phased approach of prohibitions and export assessment. Under Article 6 the export of conventional arms, including small arms and light weapons, shall be prohibited if

10 In the context of the Firearms Protocol, the term «*firearms, their parts and components, and ammunition*» will be hereinafter referred to as «*firearms*», if not expressly mentioned.

11 See <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html>.

12 United Nations, *Arms Trade Treaty*, A/CONF.217/2013/L.3 of 27 March 2013.

the transfer would violate United Nations Security Council arms embargos, if the exporting State party would violate its relevant international obligations under international agreements, or if the State Party has knowledge that the arms would be used in the commission of, inter alia, crimes against humanity, war crimes or attacks directed against civilian. Where the requirements for such prohibition do not apply, States Parties are obliged to conduct a risk assessment, taking into account a set of determining criteria set forth in Article 7 section 1. States Parties shall assess the potential that the arms would undermine peace and security, or could be used to commit or facilitate a serious violation of international humanitarian or human rights law, or an act constituting an offence under international conventions or protocols relating to terrorism and transnational organized crime. If the exporting State Party determines that there is an overriding risk of any of the aforementioned negative consequences, the exporting State Party shall not authorize the export (Article 7 section 2 of the ATT).

The reference to the Firearms Protocol in Article 7 section 1 lit. (b) (iv) of the Arms Trade Treaty shows the interconnected system of the international framework related to firearms and brings us back to the original topic of the publication.

IV The Broader Development, Peace and Security Context

With the adoption of the 2030 Agenda for Sustainable Development in 2015, Member States identified and committed to the achievement of 17 Sustainable Development Goals (SDGs), along with an urgent call for action by all. SDG 16 strives to “*promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels*”. Among its associated targets, target 16.4 aims at “*significantly reduce illicit financial and arms flows, strengthen the recovery and return of stolen assets and combat all forms of organized crime*” by 2030. The final text of the target acknowledges that illicit financial and arms flows can constitute a form of organized crime itself, but at the same time enable, interconnect and fuel various forms of organized crime; and that the reduction of such flows goes hand in hand with combatting organized crime in general.

Lastly, under its Peace and Security Agenda, the United Nations Security

Council has in recent years devoted increasing attention to the growing arms-crime-terrorism nexus. Through its resolutions 2370 (2017)¹³ on Preventing Terrorists from Acquiring Weapons acknowledged the nexus between illicit firearms trafficking organized crime and terrorism and expressed concern that “*the illicit transfer, destabilizing accumulation and misuse of small arms and light weapons in many regions of the world continue to pose threats to international peace and security, causes significant loss of life, contribute to instability and insecurity*” and is “*condemning the continued flow of weapons, including small arms and light weapons, [...] to and between [terroristic organisations], their affiliates, and associated groups, illegal armed groups and criminals, and encouraging Member States to prevent and disrupt procurement networks for such weapons*”. Its subsequent SC Resolution 2482/2019 on terrorism benefiting from transnational organized crime, the Council acknowledged the urgent need to address these links in a comprehensive and integrated manner¹⁴.

1. Applicability of the Organized Crime Convention and the Firearms Protocol¹⁵ to counter firearms trafficking and related crimes

In order to discuss the effectiveness of the introduced international legal frameworks to address firearms trafficking and related new and emerging threats, attention must be brought to their concrete applicability.

The Organized Crime Convention generally applies to the prevention, investigation and prosecution of offences established in accordance with the Convention and its supplementing Protocols, where the offence is transnational in nature and involves an organised criminal group (Article 3). While this seems to be a limitation, especially in cases where the perpetrator does not seem to be linked to a criminal group, it should be noted that when States invoke the Convention to request mutual legal assistance, which constitutes an important tool of international cooper-

13 United Nations Security Council, *Threats to international peace and security caused by terrorist acts - Preventing terrorists from acquiring weapons*, S/RES/2370 (2017) Resolution 2370 of 2 August 2017.

14 S/RES/2482 (2019) *Threats to International Peace and Security caused by international terrorism and organized crime*.

15 For a detailed analysis see *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, (United Nations publication, 2014), p. 425 ff.

ation in criminal matters to facilitate the generation of admissible evidence in the jurisdiction of the prosecuting State, it is sufficient for the requesting State to have reasonable grounds to suspect that the offence is transnational in nature and that it involves an organised criminal group (Article 18 paragraph 1). This sets a lower evidentiary standard intended to facilitate assistance requests for the purpose of determining whether elements of transnationality and organised crime are present and whether international cooperation may be necessary and may be sought under the Organized Crime Convention for subsequent investigative measures, prosecution or extradition.¹⁶ The provisions of the Convention apply *mutatis mutandis* to the Firearms Protocol (Article 1 paragraph 2 of the Firearms Protocol).¹⁷

The scope of application of the Firearms Protocol, on the other hand, relates to “*preventing and combating the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, their parts and components and ammunition*” and to “*the investigation and prosecution of offences established in accordance with [the] Protocol where those offences are transnational in nature and involve an organized criminal group.*” (Article 4).

An in-depth interpretation shows an interesting division in the scope of application of preventive and criminalization measures. The two qualifiers “transnational in nature” and the involvement of “an organized criminal group” apply to the investigation and prosecution of firearms-related offences only, not to the prevention of such offences.

In fact, the general requirements that the Firearms Protocol sets for export, import and transit control systems, including the establishment of export and import licensing or authorisation systems, relate exclusively to international transfers of firearms, their parts and components and ammunition (Article 10). On the other hand, the implicit requirements for manufacturers, to have a valid licence or authorisation from the competent authority of the State where the manufacture or assembly of the governed items takes place, and to apply the marking requirements established by the Protocol for firearms, are valid also for items pur-

¹⁶ UNODC (2004, 221).

¹⁷ The term ‘*mutatis mutandi*’ should be interpreted to mean ‘with the necessary modifications’ or ‘with such modifications as the circumstances require’; see UNODC (2004, 472).

chased or produced at local level (Article 3 d).

a. Preventive and Security Measures

A central policy of the Firearms Protocol is to control and ensure the traceability of firearms their parts and components and ammunition, to control their cross-border movement and to criminalize any transaction or transfer that does not comply with the requirements of the Protocol.

The Protocol provides for a comprehensive and reciprocal system for the import, export and transit of firearms, their parts and components and ammunition, requiring States to provide authorizations to one another before permitting shipments of firearms to leave, arrive or transit across their territory and enables law enforcement to track the legal movement of shipments to prevent theft and diversion (Article. 10). These standards are intended to help ensure a level of transparency to assist States parties to better target illicit transactions. Measures are also included to control manufacturing.

Linked to manufacturing and to the import/export/transit regime is the recording and marking of firearms. Both domestic and international efforts to reduce illicit trafficking rest on the ability to track and trace individual firearms. That, in turn, requires firearms to be uniquely identified and recorded. One of the law enforcement tools in the Protocol is, therefore, the marking of firearms at the time of manufacture, import, transfer from government stocks, when disposal other than destruction occurs and when a firearm is deactivated (Articles 8, 9 and 6 section 2). Also, records must be kept to support later tracing, based on the information generated by marking the firearms and the issuance of authorizations (Article 7), and by any of their transfer and movements. While most provisions under the Firearms Protocol refer to “firearms, parts and components and ammunition”, the marking requirements in Article 8 and in part 6 expressly only refer to firearms. With this limitation of the scope of application, the drafters recognized the significant extra effort related to the requirement of marking every single cartouche, both for the manufacturers but also for public authorities designated to develop and maintain the registers. Therefore, information on parts and components and ammunition shall only be kept “where appropriate and feasible” (Article 7 section 1 of the Firearms Protocol).

In addition, the Protocol establishes rules for confiscation, seizure and disposal of firearms, their parts and components and ammunition that operate as an exception to the rules established for other property used or destined for use in crime by Articles 12 – 14 of the Organized Crime Convention (Article 6). While Article 6 section 1 regulates the confiscation of firearms, their parts and components and ammunition, and is therefore part of substantive criminal law (see below), Article 6 section 2 establishes preventive provisions, preventing illicitly manufactured and trafficked firearms from falling into the hands of unauthorized persons by seizing and destroying such firearms.

In this regard, the Firearms Protocol differs significantly from the parent Organized Crime Convention. Whereas the basic policy of the Organized Crime Convention is that confiscated property should be sold to the benefit of the confiscating or other States Parties, or for the payment of compensation or restitution to victims of crime (Article 14 of the Organized Crime Convention), the inherent dangerous nature of firearms favours a policy of destruction set forth in Article 6 section 2 of the Firearms Protocol. If States Parties wish to return seized firearms to the legal market and authorize other disposal than destruction, they must ensure that those firearms have been marked and the methods of disposal have been authorized and recorded (Article 6 section 2 of the Firearms Protocol).

The Firearms Protocol also sets technical standards for the deactivation of firearms ensuring that if a firearm is deactivated and therefore does not come under firearms regulation any longer, the deactivation is durable and irreversible (Article 9 of the Firearms Protocol). Finally, as a “must-consider” provision, Article 15 of the Firearms Protocol requires States Parties to consider measures to regulate the activities of brokers. In this regard the Arms Trade Treaty goes beyond the Protocol provisions, as its mandatory Article 10 requires each State Party to take measures to regulate brokering taking place under its jurisdiction that may include requiring brokers to register or obtain written authorization before engaging in brokering.

b. Substantive Criminal Law

At the heart of the Firearms Protocol are its criminal provisions – the only criminal offences related to firearms that are established on inter-

national level in a legally binding way – stipulated in Article 5 section 1.

The Protocol commits States Parties to establish as criminal offences the

- *“Illicit manufacturing¹⁸ of firearms, their parts and components and ammunition;*
- *Illicit trafficking¹⁹ in firearms, their parts and components and ammunition;*
- *Falsifying or illicitly obliterating, removing or altering the marking(s) on firearms required by Article 8 of [the] Protocol.”*

It is important to note that the Firearms Protocol addresses the illicit circulation of firearms, not the conditions for lawful possession. So, if a seized firearm is not recorded, it is presumed to be either illicitly manufactured or illicitly trafficked. The mere illicit possession or carrying of a firearm does not constitute a criminal offence under the Firearms Protocol, as this conduct lacks any international references, required by the scope of application of the Organized Crime Convention and its supplementing Protocols (Article 3 section 1 of the Convention).

The illicit manufacturing offence comprises three alternative modalities and refers to the manufacturing or assembly of firearms, their parts and components or ammunition from illicitly trafficked parts and components; the lack of a valid license or authorization from a competent authority where the manufacturing is taking place; and without the marking required by the Protocol

18 Pursuant to article 3 lit. (d) of the Firearms Protocol *«‘Illicit manufacturing’ shall mean the manufacturing or assembly of firearms, their parts and components or ammunition:*

- (i) *From parts and components illicitly trafficked;*
- (ii) *Without a licence or authorization from a competent authority of the State Party where the manufacture or assembly takes place; or*
- (iii) *Without marking the firearms at the time of manufacture, in accordance with article 8 of this Protocol;*

Licensing or authorization of the manufacture of parts and components shall be in accordance with domestic law».

19 Pursuant to article 3 lit. (e) of the Firearms Protocol *«‘Illicit trafficking’ shall mean the import, export, acquisition, sale, delivery, movement or transfer of firearms, their parts and components and ammunition from or across the territory of one State Party to that of another State Party if any one of the States Parties concerned does not authorize it in accordance with the terms of [the] Protocol or if the firearms are not marked in accordance with article 8 of [the] Protocol».*

Illicit trafficking, too, comprises different variations of transfer of the regulated items (such as import, export, sale and acquisition) *'from or across the territory of one State Party to that of another if any of the State Parties concerned does not authorize it or if the firearms are not marked'* in accordance with the measures set out in the Protocol. The Protocol applies similar applicability criteria as its parent Convention also when it comes to law enforcement and international cooperation measures, stating that those measures should apply to the investigation and prosecution of this offence where it is transnational in nature and involves an organised criminal group (article 1 paragraph 2, 4 of the Firearms Protocol). It should however be noted that at national level, the offence shall be established in the domestic law of each State Party independently of the involvement of an organised criminal group (article 34 paragraph 2 of the Convention).

These offences ensure that States Parties are in the position to identify any intentional violation of the preventive regulatory and control framework, and to facilitate the prosecution and punishment of offenders. The tools contained in the Organized Crime Convention are also critical in that regard. In particular, the articles dealing with mutual legal assistance and extradition for commission of offences covered by the Firearms-Protocol are essential tools for law enforcement.

c. International cooperation, information exchange and prosecutorial approaches

Articles 12 and 13 of the Firearms Protocol establish a framework for cooperation that supplements the more general provisions of the Convention, requiring the exchange of information relating specifically to firearms.

A key requirement of the Protocol is that the information accumulated from the markings required to be placed on each firearm (Article 8 of the Firearms Protocol) and the information that must be provided and kept concerning manufacture and international transactions (Articles 7 and 10 of the Firearms Protocol) must be made available for the purpose of tracing firearms to determine whether they have been illicitly manufactured or trafficked and, if so, to support investigation and prosecution of the offenders involved. In order to initiate and facilitate inter-

national investigations, Article 12 sections 1 and 4 of the Firearms Protocol States Parties are required to exchange such information among themselves and to cooperate in the tracing of firearms. In this regard, already a request based on the suspicion of the requesting State Party that the firearm “*may have been illicitly manufactured or trafficked*” must be promptly responded. Furthermore, pursuant to Article 13 of the Firearms Protocol, States Parties shall identify a national body or single point of contact to directly and effectively channel cooperation and the exchange of information between the authorities.

The provisions on international cooperation and information exchange of the Firearms Protocol are supplemented by the corresponding provisions in the Organized Crime Convention, that apply *mutatis mutandis*. Also, as far as the applicability of special investigative techniques established under Article 20 of the Organized Crime Convention are concerned, such as controlled deliveries, electronic or other forms of surveillance and undercover operations, all apply in theory also to the offences established under the Protocol. In practice, however, not all States Parties allow the use of some of these techniques to firearms, due to the increased risk that those arms get out of control and lost during the operation.

Pursuant to Article 27 of the Organized Crime Conventions, States Parties are required to cooperate closely with one another to enhance the effectiveness of law enforcement action. In concrete, according to Article 19 of the Organized Crime Convention, States Parties are encouraged to enter into agreements to conduct joint investigations, prosecutions and proceedings in more than one State in order to effectively address the transnational nature of the crime types under the Organized Crime Convention and its supplementing Protocols. Also, in the context of crime with a transnational dimension, national authorities increasingly need the assistance of other States for the successful investigation, prosecution and punishment of offenders. In accordance with Article 18 of the Organized Crime Convention, all States Parties must ensure the widest measure of mutual legal assistance in investigations, prosecutions and judicial proceedings in relation to offences established in accordance with the Firearms Protocol.

Finally, the ease of travel from country to country provides offenders a way of escaping prosecution and justice. As extradition proceedings are

then required to bring them to justice in the prosecuting State, Article 16 of the Organized Crime Convention establishes legally binding rules with regards to such proceedings.

IV Responsiveness of the Firearms Protocol to New and Emerging Threats and Crime Modalities – Some Case Examples

It remains to be seen, to which extent the criminal justice approach under the Firearms Protocol is also responsive to new and emerging threats and new crime modalities, such as the conversion and modification of firearms; the reactivation of deactivated firearms; polymer, modular and 3D-printed firearms; as well as contracting over the dark web; use of postal and courier services and the use of drones for shipping²⁰.

a. Conversion of Firearms

Conversion of firearms refers to the alteration of a weapon that was not designed or did not constitute a firearm in order to turned it into one. This is the case for so-called ‘alarm weapons’, defined “portable devices not designed to fire solid projectiles”. Traditionally, these type of arms, including gas and blank firing weapons, are not considered as firearms and by national legislation, and thus not subject to the same strict regulatory regime. However, by modifying or changing individual components of these weapons, most prominently their barrel, they can be transformed into firearms capable of firing live ammunition²¹.

According to the UNODC Global Study on Firearms Trafficking 2020, an average of 15 per cent of firearms reported as seized by Member States in 2016 and 2017 were seized in non-factory condition, which includes seizures of converted, modified, assembled, and reactivated firearms as well as artisanal manufactured firearms²².

Does the Protocol apply to these cases? Yes. The Protocol definition of the term “firearm”, in Article 3 (a), includes “*any portable barrelled weapon*

20 See report of sixth session of the Working Group on Firearms, *Responsiveness of the Firearms Protocol and national legislation to new and emerging threats relating to the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, their parts and components and ammunition. Background paper prepared by the Secretariat*, CTOC/COP/WG.6/2020/2

21 CTOC/COP/WG.6/2020/2.

22 Global Study on Firearms Trafficking 2020, <https://www.unodc.org/unodc/en/firearms-protocol/firearms-study.html>.

that expels, is designed to expel or may be readily converted to expel a shot, bullet or projectile by the action of an explosive, excluding antique firearms or their replicas”. Consequently, alarm weapons that “may be readily converted” into a firearm should be considered to be firearms and fall under the same legal regime, including its provisions on marking, record-keeping, security measures, transfer controls and the criminal justice response. In the absence of a common standard or of international technical guidelines the interpretation of when a weapon may be considered to be “readily convertible” will depend on national legislation. Applying national firearms control regimes to alarm weapons that are considered readily convertible to live-firing firearms would constitute an important measure to prevent the illicit manufacture and trafficking – and subsequent misuse of – such weapons.

Moreover, the Protocol also applies regardless of whether those arms are considered to be readily converted to expel a shot, bullet or projectile, by the action of an explosive, **the mere act of converting alarm or gas weapons into a firearm without the authorization of a competent authority or without respecting the marking requirements under article 8, should still be considered a form of illicit manufacture**, in accordance with article 3(d), and be punishable as a criminal offence under article 5 of the Firearms Protocol.

b. Modification and Illicit Reactivation of Firearms

Another but closely related example is that of the illicit modification of a firearm. Examples of illicit modification includes various types of modifications, such as shortened barrels of shotguns to ease their concealment and make manoeuvring arms easier in cramped spaces or firearms where the functioning mode was transformed from semi-automatic to fully-automatic²³. A notorious case that has become prominent in the past few years in the European region is the one of the so-called ‘Flobert’ firearms, which are characterised by their limited fire power and use of small calibre ammunition, and which can be bought legally in many countries and without an authorisation, as legislators often associate a lower security risk to this kind of firearms.²⁴

²³ CTOC/COP/WG.6/2020/2.

²⁴ See also explanations provided by N. DUQUET/K. GORIS, *Firearms acquisition by terrorists in Europe*, Flemish Peace Institute, 2018, 103.

The Global Firearms Programme distinguishes between modification and conversion depending on whether the altered weapon constituted from the outset a firearm or not. However, the Protocol leaves some unresolved grey zones. While the change of essential parts and components could be considered a form of “ unauthorized assembly” of a firearm, the same cannot automatically be said for other forms of modifications, such as the cutting of a barrel. Deactivated firearms are normally those that have been rendered permanently inoperable, in line with the requirements of the Firearms Protocol (Article 9). States Parties that do not consider deactivated weapons as a firearm, must comply with a set of measures and requirements (eg. ensuring that the deactivation process has rendered the firearms permanently and irreversibly inoperable) in order to prevent the illicit reactivation of deactivated firearms, including the establishment of specific offences if appropriate. Also in this case, even in the absence of a specific offence for the “ illicit reactivation” of a firearm, the Protocol would be applicable

c. Modular weapons and 3D printed firearms

A more diverse and challenging spectrum of cases is included in the case of modular or 3D printed weapons. With the advancement of technology, the possibilities to assembly, convert, including to manufacture in kits such items has grown exponentially in the past years. These new technologies, increased the availability of modification, conversion and manufacturing kits in both the licit and illicit markets. Home-made firearms range from artisanal produced firearms to craft weapons, assembled from parts and components that were not originally designed to be used for that purpose. Also, “ Do It Yourself Kits” .

Several issues apply here: On the one hand, the assembly of modular firearms without licence or authorization may be considered illicit manufacture under article 3 (d) of the Firearms Protocol. On the other hand, craft produced weapons often lack the full and comprehensive marking on the firearm. Same difficulty would also apply to firearms manufactured of polymer.

Similarly, additive manufacturing, or 3D printing of firearms or parts of it, represent an emerging and rapidly growing technology that stems from other environment, such as architecture. The underlying concept

of this form of manufacturing is that a printer reads the design from a 3D printable file and lays down in successive layers the different materials to build the weapon. With this process, any part of a firearm can potentially be produced in this way, including in different materials. This puts a challenge to the control and tracing of such weapons.

From the legal perspective, these 3D weapons fall under the scope of the Firearms protocol and would therefore be subject to the entire firearms control regime and its corresponding requirements for marking, recording, transfer and criminal justice norms. However, it becomes much more difficult to at the enforcement level to control and trace these arms. On the other hand, it appears less clear whether the download of the files from the internet would fall under the purview of the Protocol. This gap requires urgent attention and legislative responses.

d. Trafficking via the darknet

Online purchases of firearms, parts and components and ammunition has significantly increased in the past years, including via the so-called darknet, which is the hidden, non-searchable part of the web. The 2017 Study by RAND Europe²⁵ found that there are, at present, two types of marketplaces found on the dark web where firearms and related products are offered and sold: cryptomarkets and vendor shops. The first bring together multiple sellers, known as ‘vendors’, managed by marketplace administrators in return for a commission on sales. Vendor shops, also known as ‘single-vendor markets’, are set up by a vendor to host sales for that vendor alone.²⁶

Also as far as this form of illicit transfer is concerned, the offence of illicit manufacturing of firearms, their parts and components and ammunition (article 5 paragraph 1 a) would apply. As seen earlier, the definition of illicit manufacturing provides for diverse variations of the offence, namely when the firearm is manufactured or assembled (a) from illicitly trafficked parts and components; (b) without a licence or authorisation from the competent authority where the activity takes place; or (c) where the so-manufactured or -assembled firearms are not marked in accordance with the marking requirements of article 8 of the Protocol.

²⁵ See G.P. PAOLI and others in *Behind the Curtain, The illicit trade of firearms, explosives and ammunition on the dark web*, RAND Corporation, 2017, page XII.

²⁶ *Ibid*, page 29.

Chances are high that buyers, subsequent to the transfer of the purchased items, commit either of these forms of offences. This can for example be the case when buyers manufacture weapons based on a purchased e-book providing instructions for the manufacture of firearms or using digital files for 3D printing firearms without holding a licence to do so or without marking the manufactured firearm as required. It can also be the case when buyers reassemble the firearms that were previously purchased on the dark web and disassembled by the vendor with a view to disguising the consignment from customs and postal service screenings.

Moreover, the transfer control regime established by Article 10 of the Firearms Protocol and reinforced by the requirement to criminalise acts of illicit trafficking, seem to be applicable to international cases of illicit trafficking in firearms, their parts and components and ammunition on the dark web. The provision is based on a broad concept of transfer, which includes “*the import, export, acquisition, sale, delivery, movement or transfer of firearms, their parts and components and ammunition from or across the territory of one State Party to that of another State Party if any one of the States Parties concerned does not authorize it in accordance with the terms of this Protocol, or if the firearms are not marked in accordance with article 8 of this Protocol*” (Article 3 (e) of the Firearms Protocol).²⁷

As was noted, that while most of the transfer modalities imply a physical movement of the items, also nominal transfers of the ownership of firearms, their parts and components and ammunition seem to be covered by the modalities ‘acquisition’ and ‘sale’. In order to constitute an act of illicit trafficking, it would therefore require that the buyer and seller are registered or at least based in different State Parties, a fact which can be established only with difficulty when it comes to contracting over the dark web. The illicit trafficking act is completed at the latest once the acquired or sold items are physically shipped from one State Party to another²⁸. An open question would be whether the requirement of a cross-border element is met purely by the fact that dark web traffic is routed across multiple IP addresses in different countries and through multiple international relays.

27 CTOC/COP/WG.6/2020/2.

28 CTOC/COP/WG.6/2020/2.

From a regulatory perspective, it appears that the ordinary transfer control system and the requirement to obtain export and import authorisations as established under by the international legal framework (Article 10 of the Firearms Protocol, Articles 5 to 8 of the ATT) would be completely circumvented by parties to illicit firearms transactions on the dark web who benefit from the personal and geographical anonymity features that the trade on the dark web bring.

Moreover, from a legal perspective, given the important role that marketplace administrators play in creating business opportunities and enabling their materialisation, it would be worthwhile to consider whether these administrators could be considered as brokers, and whether existing brokering regulations under Article 10 of the ATT and Article 15 of the Firearms Protocol, can and should be applied to them.²⁹ The establishment of a comprehensive arms brokering control system, including the establishment of illicit brokering as a criminal offence, could constitute an important preventive measure and a precondition for an effective criminal justice response to illicit brokering activities conducted on the dark web and elsewhere.

Another fundamental legal question relates to the issue of the jurisdiction of States that intend to operationally fight against illicit arms trafficking on the dark web. The Organized Crime Convention does not stipulate within which geographical scope law enforcement agencies have the authority to investigate offences. While this depends on the national legislation of the concerned countries, it is generally assumed that law enforcement agencies are authorised to conduct investigations within the geographical scope of their own territory.

While the offence of illicit trafficking in firearms, their parts and components and ammunition is generally committed in the respective countries where the offenders ship and receive the items (i.e. the exporting and importing States), investigations might also have to take place in third countries. These may include, among others, the country where the accused offenders reside in cases where items are shipped from or to a third country, or, even though difficult to determine, the country

²⁹ See also the discussion on this in the Annex Chapter prepared by the UNODC Global Firearms Programme in *Behind the Curtain, The illicit trade of firearms, explosives and ammunition on the dark web*, RAND Corporation, 2017, page 100.

where the server on which the cryptomarket operates is located.

Challenges relating to the authority of law enforcement agencies can also be resolved on the basis of the Organized Crime Convention through bilateral and multilateral agreements as well as international police cooperation mechanisms that can help to practically broaden this scope of authorised intervention.

VI Implementation Challenges – A multipronged approach

The above examples illustrate the variety of emerging threats related to the illicit manufacturing of and trafficking in firearms and discusses responsiveness of the Firearms Protocol to these crimes.

Challenges in the implementation of the Firearms Protocol mainly exist and arise at two different stages – the transposition of the international framework into national legislation and the enforcement of this laws.

The exploitation of legal loopholes between countries allows criminals and terrorists to acquire firearms in better conditions with the lowest risk of detection. Only the legal harmonisation of national frameworks related to firearms among countries through the transposition of international instruments at the domestic level will establish common definitions, criteria and rules that enable States to cooperate more effectively and coherently when dealing with firearms trafficking and its nexus with organised crime and terrorism. Legal access to certain types and amounts of firearms and ammunition can be regulated through the enhancement of domestic frameworks by fully implementing the above mentioned international and regional instruments.³⁰

While usually there are no insurmountable obstacles during the implementation of the existing strong framework related to firearms on international and regional level into national legislation, States Parties often face fundamental difficulties in the enforcement of such legal frameworks. The challenges discovered by States Parties range from legal loopholes in their own or in neighbouring countries, porous borders and insufficient border-controls to the lack of firearms-registries and weak institutions.

³⁰ See G. GRASSI/S. METALLINO, *The nexus between SALW, organised crime, and terrorism* (Wilton Park 2019).

From a criminal justice perspective, UNODC has identified the failure to inquire on the illicit origin of seized firearms as one of the core challenges to effective implementation of the Protocol. Unless firearms are seized directly at borders or when being illicitly trafficked, it is very difficult to obtain investigative leads to initiate a firearm trafficking investigation, beyond or in parallel to the immediate charges of illicit possession. According to the UNODC Global Study in Firearms Trafficking 2020 most illicit firearms are recovered in criminal contexts other than illicit firearms trafficking and are seized on the ground of illicit possession offences predominantly.³¹

No matter if an illicit firearm is found at the crime scene of a homicide, detected in the trunk of a car at a border crossing or incidentally found during a control of persons, as a rule, law enforcement authorities seize the firearm and initiate investigations against the holder of the firearm on the basis of the apparent criminal offence – be it the homicide, be it illicit trafficking or simply illicit possession. However, simply seizing an illicit firearm does not interrupt the illicit arms flow. Far too often investigators focus on the primary crime instead of following the illicit firearms flow back to its source. If the investigations get stuck in this early stage, the illicit arms flow continuous unobstructed and the confiscation of the seized firearms might even create demand that can be satisfied by the very same source.

In order to durably drain the flow of illicit firearms, investigators must proactively initiate intelligence-led investigations to identify the source of the firearms flow. As firearms-trafficking often constitutes a transnational crime, related to various jurisdictions, this may include international cooperation of law enforcement authorities and prosecutorial services, the international exchange of information, intelligence and tracing requests, channelled through national single point of contacts, and the establishment of inter-institutional or cross-regional joint investigative teams or the posting of liaison officers. But not only at international level, but also at States-level, the efforts of various actors combatting illicit firearms trafficking must be coordinated.

When it comes to technical investigative approaches, the use of ballistic and forensic analysis as well as tracing requests can in some cases link

31 *Global Study on Firearms Trafficking – 2020.*

the firearm to previous crimes or to their previous owner, something that is particularly important in relation to organized crime or terrorist investigations. Also, special investigations techniques like controlled delivery, electronic or other forms of surveillance and undercover operations, as contained in the UNTOC Convention, can be useful in dealing with sophisticated organized criminal groups because of the dangers and difficulties inherent in gaining access to their operations and gathering information and evidence. In many cases, less intrusive methods will simply not prove effective, or cannot be carried out without unacceptable risks to those involved.

VII Conclusion

As of today, 119 States are Party to the Firearms Protocol. Despite steady progress, the relatively lower ratification rate remains a challenge and an incentive at the same time as the transnational phenomenon of firearms trafficking is facilitated by the exploitation of loopholes between the legal frameworks of different countries.

Implementation challenges persist also at operational level, requiring a paradigm shift and a stronger investigative focus on the illicit origin of firearms used or recovered in the context of other crimes. This challenge can only be addressed by comprehensive and integrated investigatory approaches that are not satisfied with short-term successes in investigations but focus on the broader picture.

The launch of the Review Mechanism adopted by the Conference of Parties to the Organized Crime Convention and its Supplementing Protocols, in early 2021 will provide the unique opportunity for States parties to comprehensively assess their level of implementation of all instruments to which they are a party to. The objectives of this peer-to-peer mechanism, as established by the Convention, will be to *“improve the capacity of States parties to prevent and combat transnational organized crime and to promote and review the implementation of the Convention and the Protocols thereto”*; *“help States parties to identify and substantiate specific needs for technical assistance and to promote and facilitate the provision of technical assistance upon their request”* and to *“gather information on national legislation, successes, good practices and challenges of States parties in implementing and using the Convention and*

the Protocols thereto, and to promote and facilitate the exchange of this information”.

We remain confident that the Mechanism will contribute to a better understanding of the Protocol provisions and contribute to the exchange of good practices and experiences among parties in the implementation of this important instrument.

IL PECULATO NEL PRISMA DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ: APPROPRIAZIONE SU BENI DI IRRILEVANTE VALORE

Alessio Infantino

1. Premessa

Risuonano imperiture prolusioni, il diritto penale di un paese civile è un «*diritto penale della mitezza, è un diritto penale del rispetto degli uomini, soprattutto degli uomini che vengono puniti*», il quale non pone la spada della legge «*al servizio delle ideologie che pretendono di realizzare il paradiso in terra, a discapito della dignità umana*»¹. Nel frattempo il vento della società punitiva infuria². Dinanzi alla poliedricità dello scopo le garanzie subiscono fortissime pressioni: la politica criminale, sotto le insegne dello *Zweckgedanke*, interpreta la *Magna Charta* del reo quale disfunzionalità e inammissibile concessione alle ragioni del crimine. Il dover essere penalistico, dirimpetto a questo fiume impetuoso, diviene fragile e infinitamente derogabile³.

In questo senso, la riflessione abbozza le fatiche del principio di offensività, nelle spire degli infiniti scopi che muovono il Leviatano, alle prese con la mitigazione del furore punitivo. Annotazioni che ruotano intorno al seguente perno: la punibilità a titolo di peculato delle condotte appropriative su beni di irrilevante valore, con il problema dei reati che, punendo in astratto dei fatti di media o di elevata gravità, risultano concretamente inoffensivi.

2. Oggetto giuridico

Al fine di misurare la carica offensiva del peculato occorre, innanzitutto, ricavare il bene giuridico dalla fattispecie incriminatrice: *simul stabunt vel simul cadent*⁴.

1 L. MONACO, *Intervento*, in A. CASTALDO (Ed.), *Crisi e riforma del sistema penale. Giornata di studi in onore di Alfonso M. Stile*, Cedam, 2016, 12-18: 18.

2 G. MARRA, *Il diritto penale arbitrario*, Urbino university press, in corso di pubblicazione.

3 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Jovene, 1984, spec. 104-105.

4 D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in «ED annali», vol. VIII, Giuffrè,

Caveat metodologico⁵, in forza del principio di legalità⁶ – che esprime il monopolio nella formulazione dei reati – non è consentito fuoriuscire dai confini tracciati dalla norma, che manifesta la scelta della collettività di salvaguardare penalmente determinati valori⁷. Oggetto giuridico che deve essere, perciò, estrapolato dal fatto tipico. Una sottolineatura dal sapore garantistico per mitigare ermeneutiche di scopo arbitrarie: qualora il bene giuridico venga ricavato a discapito della legge, una qualche lesione potrà essere imprevedibilmente rintracciata, condannando il principio di offensività agli stenti⁸. Prospettazione che non vuole svuotare il paradigma dalla valenza critica, in guisa da fornire copertura ideologica a qualsivoglia opzione di politica criminale. Tuttavia, è necessario separare essere e dover essere: in particolare, soltanto dopo avere desunto dalla *littera legis* il bene protetto (momento ontologico), potrà essere verificata la legittimità della sua tutela (momento deontologico).

Tanto premesso, al centro della scena il delitto di peculato di cui all'art. 314, comma I c.p. – come modificato dalla l. 86/1990 (e dalle successive novelle che hanno incrementato il carico sanzionatorio) – che punisce, con la reclusione da 4 anni a 10 anni e 6 mesi, «*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, avendo per ragioni del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria*»⁹.

2015, 665-685: 666.

5 L. MONACO, *Intervento*, cit., 16.

6 Con riferimento al preoccupante stato di salute del principio, da ultimo, F. GIUNTA, *Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, in «disCrimen» (2020).

7 Sul bene giuridico, tra costituzionalismo e crisi della funzione critica, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in «NssDI», vol. XIX, UTET, 1973, 7-93; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, 2014; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004³, 299-307; G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione critica del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in E. DOLCINI / C. E. PALIERO (Edd.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, vol. I, Giuffrè, 2006, 792-834.

8 Al di fuori di questo perimetro, in frizione con la legalità penalistica, il diritto vivente (Cass. pen., Sez. II, n. 3262/2019) sostiene, ad esempio, che il delitto di truffa a danni dello Stato (art. 640, comma II n. 1 c.p.) venga integrato «*a prescindere dal danno economico cagionato*», in quanto inficerebbe la funzionalità del soggetto pubblico. In senso contrario, Cass. pen., Sez. un., n. 1/1999.

9 S. CAGLI, *Peculato e malversazione*, in «DDP», vol. IX, Utet, 1995, 334-406; D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, Giuffrè, 2007; G. M. FLICK, *Il delitto di peculato: presupposti e struttura*, Giuffrè, 1971; F. NEGRI / A. PISCITELLO / B. RIVA, *Il peculato*, Cedam, 2006; V. SCORDAMAGLIA, *Peculato*, in «ED», vol. XXXII, Giuffrè, 1982, 556-666; M. ROMANO, *I delitti*

La giurisprudenza sostiene la plurioffensività del reato¹⁰, che dovrebbe tutelare un duplice sistema valoriale: a) interesse generalmente patrimoniale in capo al titolare, pubblica amministrazione o privato cittadino, della cosa mobile; b) buon andamento e imparzialità della PA. Nella medesima direzione la dottrina maggioritaria¹¹: non sussiste, però, uniformità di vedute con riguardo alla gerarchia dei valori che sarebbero infranti dalla violazione; a questo proposito, si anticipa, non sussistono argomenti decisivi per affermare la prevalenza di uno degli interessi in gioco, suggerendo di considerare il peculato un delitto che tutela beni di eguale rilevanza¹².

Dopo avere sorvolato il *mare magnum* di giurisprudenza e dottrina, è possibile svolgere alcune riflessioni su questo problema, nella consapevolezza che il reato «non può non essere adeguatamente valutato, e quindi la norma che lo prevede non può essere esattamente interpretata, se non a condizione che nessun tratto che ne delinea la fisionomia venga trascurato e, anzi, riesca quanto più possibile esaminato ed apprezzato»¹³.

Per un verso, è dirimente il richiamo alla condotta appropriativa, che costituisce il baricentro della fattispecie incriminatrice; il peculato è presa abusiva di una cosa mobile in possesso del soggetto attivo, pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) o incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.), per ragioni di ufficio o di servizio. «Conversione della cosa a profitto proprio o altrui»¹⁴ che attraversa due momenti¹⁵: la c.d. espropriazione (*Enteignung*), che consiste nella rottura del rapporto tra oggetto materiale e legittimo titolare; la c.d. impropriazione (*Aneignung*), che consiste nel possedere *uti dominus*. Orbene, non sussiste appropriazione senza negazione del diritto altrui e af-

contro la pubblica amministrazione. *I delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2019⁴, 21-53.

10 In questo senso, Cass. pen., Sez. un., n. 38691/2009, nonché Cass. pen., Sez. un., n. 19054/2012. Altresì, Cass. pen., Sez. VI, n. 42836/2013; Cass. pen., Sez. VI, n. 46282/2014; Cass. pen., Sez. VI, n. 46797/2015; Cass. pen., Sez. VI, n. 22800/2016; Cass. pen., Sez. VI, n. 50198/2017; Cass. pen., Sez. VI, n. 29262/2018; Cass. pen., Sez. VI, n. 26330/2019.

11 Per una sintesi del dibattito, R. GUERRINI, *L'oggetto giuridico del peculato dopo la riforma del 1990*, in AA. VV., *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Giuffrè, 2009, 355-369; D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, cit., 1-27.

12 F. NEGRI, *Il bene giuridico*, cit., 18.

13 V. SCORDAMAGLIA, *Peculato*, cit., 567.

14 M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 34.

15 Nella dottrina, *ex plurimis* D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, cit., 124 e V. SCORDAMAGLIA, *Peculato*, cit., 566-567. Nella giurisprudenza, Cass. pen., Sez. un., n. 19054/2012; Cass. pen., Sez. VI, n. 10543/2000.

fermazione del proprio¹⁶, in maniera da offendere la sfera patrimoniale del legittimo titolare¹⁷ tramite la recisione del suo legame con la cosa mobile.

Da altro verso, il delitto tutela buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione. Assunto che muove dalla collocazione della fattispecie incriminatrice, in apertura del titolo dedicato ai delitti contro la PA, nonché dalla formulazione letterale del reato (come novellato dalla l. 86/1990, che ha sancito la totale indifferenza rispetto alla proprietà, pubblica o privata, del bene): la norma reprime, infatti, la condotta del funzionario che strumentalizza, mediante la vicenda appropriativa, il *munus publicum*; nello specifico, risalta – a fondamento del maggiore carico sanzionatorio rispetto alla comune appropriazione indebita – l'abuso del possesso qualificato dal servizio pubblico, che intacca il normale funzionamento costituzionale della PA¹⁸.

3. *Nullum crimen sine iniuria*

Rintracciato, in sintonia rispetto a giurisprudenza e dottrina, il duplice interesse protetto dalla fattispecie incriminatrice, occorre maneggiare il principio di offensività¹⁹ per indagare le vicende appropriative su beni di irrilevante valore.

16 M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 34.

17 Sulla 'spiritualizzazione' del patrimonio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, vol. II, Cedam, 2018⁷, 38-41.

18 F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in «Temi» (1968), 563-579. Le nozioni di buon andamento e imparzialità risultano inevitabilmente generiche e vengono accompagnate da plurimi predicati, ad esempio legalità, efficienza e proibità (*ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, n. 50198/2017). Effigie di una pubblica amministrazione braccata dai beni giuridici, non fornendo al principio di offensività una base solida su cui operare. Posto il carattere strumentale della PA, la dottrina tenta di unificare gli interessi protetti: l'attività amministrativa è definita dal fine pubblico e la tutela non può che consistere nella garanzia del suo normale funzionamento costituzionale. M. CATENACCI, *Note in tema di bene giuridico nei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Giuffrè, 2011, 1417-1446; A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI / A. DI MARTINO / G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, 2008², 1-108:36.

19 Nella letteratura, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in «DPC» (2013), 4-43; D. PULITANÒ, *Offensività del reato*, cit., 665-685. Con riguardo allo spessore costituzionale del principio, C. cost. n. 360/1995; C. cost. n. 354/2002; C. cost. n. 265/2005; C. cost. n. 225/2008; C. cost. n. 1909/2016; Cass. pen., Sez. un., n. 40353/2013; Cass. pen., Sez. un., n. 13681/2016.

Non sussiste reato senza offesa al bene giuridico; vincolo di matrice costituzionale per legislatore e giudice: il primo deve limitare la repressione a fatti che ledano, o mettano in pericolo, interessi meritevoli di tutela; il secondo deve evitare la punizione di condotte che, nonostante il simulacro di tipicità, siano prive di concreta attitudine lesiva²⁰.

Per inciso, ritagliare fatti di tangibile offensività rappresenta una dirimente necessità. Le tendenze autoritarie che innervano la quotidianità penalistica non oscillano al di sopra del paesaggio storico, ma avviluppano uomini in carne e ossa²¹. Prosegue incessante, al mutare delle maggioranze politiche, il rafforzamento del dispositivo repressivo a presidio della pubblica amministrazione²². Con riguardo al delitto di peculato, la l. 190/2012 e la l. 69/2015 hanno innalzato la pena detentiva; per risultato, la reclusione da 4 anni a 10 anni e 6 mesi. Da ultimo, la l. 3/2019²³ ha ispessito ulteriormente la rete punitiva; a titolo esemplificativo, è stato imposto un regime esecutivo maggiormente gravoso mediante la collocazione del peculato nel girone di cui all'art. 4 *bis* della l. 354/1975; sono state incrementate le pene accessorie nel segno delle incapacitazio-

20 Diversa la casistica della lesione particolarmente tenue; esiguità che potrà rilevare quale circostanza attenuante (ad esempio, artt. 62 n. 4 e 323 *bis* c.p.), oppure – al ricorrere dei presupposti di legge – quale causa di esclusione della punibilità *ex* art. 131 *bis* c.p., ma che non esclude la tipicità del fatto a differenza della condotta inoffensiva. Per tutti, G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in A. CAVALIERE et al. (Edd.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, ESI, 2017, 393-406. Altresì, Cass. pen., Sez. un., n. 13681/2016 e Cass. pen., Sez. VI, n. 5254/2015.

21 ²¹ La dottrina registra il declino di una ‘costituzione scettica nei confronti del potere’ e la crescente sfiducia verso il garantismo penale: decadimento che non pare riconducibile alla mera contingenza politica. «*La criminalità organizzata e quella terroristica costituiscono attualmente, insieme alla corruzione, i settori di maggiore incidenza di questi tratti neoclassici del diritto penale*»; sottosistemi che dimostrano «*come possano residuare discipline che ci legano inevitabilmente agli orrori del passato: discipline che distruggono persone nell'interesse generale*». M. DONINI, *Mafta e terrorismo come parte generale del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in «disCrimen» (2019).

22 Di segno opposto la recente riforma dell'art. 323 c.p. – art. 23 d.l. 76/2019 (convertito dalla l. 120/2020) – che ha ristretto il perimetro della condotta penalmente rilevante. Nondimeno, autorevole dottrina appalesa il rischio che la novella determini la riespansione del peculato nella forma distrattiva, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in «Giurisprudenza penale» (2020), 42-50: 47.

23 V. MONGILLO, *La legge Spazzacorrotti: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in «DPC» (2019), 231-311; R. ORLANDI / S. SEMINARA (Edd.), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, 2019.

ni perpetue. A fronte di sanzioni draconiane, il fatto bagatellare²⁴ – la condotta su beni di irrilevante valore – interpella il giurista.

3.1 Plurioffensività alternativa

In questo scenario affiora un motivo che – tra caricabatterie e qualche litro di gasolio – ritorna costante nel diritto vivente: assodata la tutela di un interesse giuridico che presenta le sembianze di un giano bifronte, «l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, atteso che rimane pur sempre lesa dalla condotta dell'agente l'altro interesse protetto dalla norma, diverso da quello patrimoniale, cioè quello del buon andamento della pubblica amministrazione»²⁵. Di conseguenza, il peculato trova perfezionamento, nella lettura della Suprema Corte, quando la cosa mobile presenta un valore irrilevante, poiché verrebbe, in ogni caso, infranto il bene pubblicistico protetto dalla norma. *Nullum crimen sine iniuria? Tamquam non esset.*

Il *punctum dolens* è costituito dalla ricostruzione del delitto in termini di plurioffensività alternativa²⁶, paradigma eversivo che lascia l'interprete «in balia dei propri umori»²⁷: «quasi si trattasse sempre di una pluralità di opzioni ermeneutiche offerte all'interprete, di incriminazioni che, all'interno della medesima norma, possono espandersi in uno spazio di più intensa significatività, o contrarsi in un nucleo di minore offensività»²⁸.

Rappresentazione giurisprudenziale che, invero, non trova riscontro nella lettera della fattispecie incriminatrice. Il peculato è un delitto necessariamente plurioffensivo che offende degli interessi correlati²⁹.

24 C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, spec. 627-652.

25 Cass. pen., Sez. VI, n. 8050/2019. Nella medesima direzione, Cass. pen., Sez. VI, n. 50198/2017; Cass. pen., Sez. VI, n. 34940/2018; Cass. pen., Sez. II, n. 23172/2019; Cass. pen., Sez. VI, n. 23824/2019; Cass. pen., Sez. VI, n. 26330/2019. *Contra*, enfatizzando il profilo patrimoniale, Cass. pen., Sez. VI, n. 10543/2000; Cass. pen., Sez. VI, n. 10797/2000; Cass. pen., Sez. VI, n. 47193/2004; Cass. pen., Sez. VI, n. 42836/2013; Cass. pen., Sez. VI, n. 44522/2018.

26 L. DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Cedam, 1972.

27 A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, cit., 8-9.

28 V. MONGILLO, *Il principio di offensività tra costituzionalizzazione e codificazione*, in «GM» (2002), 1175.

29 Per analoghe conclusioni, D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, cit., 25-27; R. GUERRINI, *L'oggetto giuridico del peculato*, cit., 368-369.

La condotta appropriativa (da cui scaturisce il nocumento patrimoniale) è legata al possesso per ragioni di ufficio o servizio (da cui scaturiscono abuso del potere e nocumento al normale funzionamento costituzionale della PA). Nella cornice della norma non sussiste appropriazione senza abuso del potere e, soprattutto, non sussiste abuso del potere senza appropriazione; i due momenti sono inestricabilmente collegati, allorché la strumentalizzazione del *munus publicum* deve trovare manifestazione nella presa abusiva della cosa mobile.

Per contro, prescindere dalla *deminutio patrimonii* significa obliterare un frammento del fatto tipico: *Enteignung* e *Aneignung* con la sottesa lesione patrimoniale. Al fine di perfezionare la condotta appropriativa, alla luce del principio di offensività, è necessario che il legittimo titolare abbia interesse alla conservazione della cosa mobile, laddove non risulta apprezzabile, per il sistema dei delitti e delle pene, la conquista del nulla³⁰. Perciò, qualora il soggetto attivo manometta un bene avente irrilevante valore, la condotta non gode di rilevanza penale e la presunta offesa al normale funzionamento costituzionale della PA non viene realizzata nella forma del peculato, difettando un frammento del fatto tipico: ritornando al punto di partenza, *Enteignung* e *Aneignung* con la sottesa lesione patrimoniale.

Assunto che, come anticipato, non viene condiviso dalla giurisprudenza maggioritaria. Ordunque, al centro della scena le fatiche del *nullum crimen sine iniuria* nella mitigazione della passione punitiva³¹: la plurioffensività alternativa circoscrive fortemente le prestazioni del canone; dinanzi a beni giuridici fuggevoli e intercambiabili appare difficile immaginare un fatto concretamente inoffensivo, con buona pace del dover essere penalistico.

30 Emblematicamente, «17 fogli di carta, l'inchiostro della stampante e l'impronta del sigillo utilizzati [n.d.r. oggetto materiale del peculato in contestazione] non vanno considerati nella loro sostanza materiale, ma piuttosto nel valore economico che inerisce ad essi e, data l'estrema esiguità di tale valore (pressoché nullo), non è apprezzabile, sul piano penale, l'appropriazione del nulla. Non va sottaciuto, invero, che le finalità caratteristiche della sanzione penale sono costituite dalla prevenzione generale e da quella speciale, con l'effetto che l'ordinamento giuridico tende all'applicazione della sanzione penale solo in quei casi in cui l'afflizione legislativamente stabilita sia proporzionata al fatto commesso e il soggetto appaia bisognoso dell'ammenda connessa a quell'afflizione» (Cass. pen., Sez. VI, n. 10543/2000).

31 D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it., Feltrinelli, 2018 (ed. orig. *Punir. Une passion contemporaine*, 2017).

3.2 Aporie

Come viene tramandato, *de minimis non curat praetor*; nondimeno, il principio conosce ulteriori difficoltà.

Di considerevole rilevanza è il discrimine tra condotta inoffensiva e particolarmente tenue. In forza del divieto positivo di applicare l'art. 131 *bis* c.p. ai reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo a 5 anni³², il bagatellare peculato non gode, infatti, della causa di non punibilità e sfugge alla somministrazione del *farmakon* penale nella solinga ipotesi in cui venga reputato del tutto inoffensivo. Per eterogenesi dei fini l'art. 131 *bis* c.p. restringe la prensione del principio di offensività alle sole, e improbabili, appropriazioni con lesione uguale a 0. Viceversa, la macroarea del fatto esiguo rischia di venire espunta dal tracciato del *nullum crimen sine iniuria*, valorizzando l'ancoraggio normativo della causa di non punibilità delle bagatelle ad una serie di ulteriori requisiti che devono accompagnare la tenuità, non soddisfatti, in ragione del suo massimo edittale, dall'art. 314 c.p.

Oltretutto, il confine di cui al precedente capoverso è tracciato nella sabbia. Dal versante patrimoniale, avallando la natura necessariamente plurioffensiva della fattispecie incriminatrice, è incerto il valore che debba possedere la cosa mobile per oltrepassare il setaccio della punibilità. Brutalmente: qualche centesimo, qualche euro, o invece poche decine di euro? Al di fuori del sillogismo 'se A, allora B'³³, il giudizio adopera formule – ad esempio, 'danno apprezzabile', oppure 'danno rilevante'³⁴ – aleatorie e che possono essere difficilmente governate dalla scienza giuridica. Problematica che interessa, altresì, il normale funzionamento costituzionale della PA, con il sovrappiù di una dose di indeterminatezza che conduce il peculato al cospetto del pericolo astratto³⁵.

32 Interdetto, assicurato al massimo edittale, che desta perplessità; *amplius*, D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in «SP» (2020), 21. Significativamente, «*qualunque reato, anche l'omicidio, può essere tenue*» (Cass. pen., Sez. un., n. 13681/2016). Si veda, inoltre, C. cost. n. 156/2020.

33 N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, spec. 19-31.

34 In materia di truffa la S.C. (Cass. pen., Sez. VI, n. 11432/2015) ritiene che «*l'indebita percezione di poche centinaia di euro costituisca un danno economicamente apprezzabile*», atteso che «*apprezzabile non è sinonimo di rilevante*». Per altro verso, ritornando al peculato, «*anche cose prive di valore intrinseco, possono acquistare o riacquistare, a determinate condizioni, rilevanza economica*» (Cass. pen., Sez. VI, n. 38685/2018).

35 La Suprema Corte, oltretché prescindere dal valore patrimoniale della cosa sot-

Orbene, la lesione al bene giuridico non è una sedia, della quale «*il giudice possa dire soltanto, semplicemente, che c'è o non c'è*»³⁶: nelle mani del giudicante resta molta discrezionalità³⁷. In definitiva, il principio di offensività, affidato «*a valutazioni extralegali di vago tenore sociologico, se non di semplice senso comune*»³⁸, appare in affanno nella gestione del surriscaldamento repressivo.

4. Conclusioni

Il Maestro, a cui è dedicato questo contributo, ammonisce contro il «*passaggio, avvenuto ed in corso, dalla concezione del diritto penale quale strumento di limitazione e garanzia della libertà al diritto penale quale strumento di indirizzo e controllo al servizio del contingente interesse della società e dello stato*»³⁹.

In questo scenario la riflessione ha abbozzato le fatiche del *nullum crimen sine iniuria* – tra peculato, plurioffensività alternativa e valutazioni arbitrarie – nel *maelström* della quotidianità penalistica.

Le fratture tra essere e dover essere attendono di essere ricomposte. Con riguardo, quantomeno, al paradigma eversivo della plurioffensività alternativa, alla luce del dato positivo – riecheggiano gli insegnamenti, occorre «*ragionare dentro le norme*» e «*trovare dentro di esse la loro giustificazione e la loro ratio applicativa*»⁴⁰ – possono essere auspicati dei progressi. Radicalmente, alla poliedricità dello scopo occorre opporre «*la razionalità complessiva dell'ordinamento*»⁴¹: non disfunzionalità, ma *Sollen* che consente lo sviluppo e il funzionamento di una società di uomini liberi.

tratta, osserva che «*nel caso in cui il peculato si realizzi attraverso l'appropriazione della cosa, ai fini della valutazione della offensività non assume rilevanza la verifica del pregiudizio arrecato alla funzione o al servizio pubblico, essendo l'atto di appropriazione del bene di pertinenza della amministrazione valutato di per sé come offensivo dell'interesse alla legalità dell'operato del soggetto che agisce per conto di una pubblica amministrazione*» (Cass. pen., Sez. VI, n. 23824/2019).

36 O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la ragionevole tutela del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, in «CP» (2019), 818-819.

37 Sul giudice, politico anziché tecnico, A. M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in «StUrb» (1976-77), 273-305: 291.

38 G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, 91.

39 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo*, cit., 51.

40 L. MONACO, *Intervento*, cit., 16.

41 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo*, cit., 90.

PROBLEMI ATTUALI IN TEMA DI QUALIFICHE PUBBLICISTICHE NEL DIRITTO PENALE

Massimiliano Masucci

1. Il problema della qualifica pubblicistica degli esponenti bancari

L'attenzione dedicata dal prof. Monaco – ai cui onori accademici le presenti note intendono modestamente concorrere – ai delitti contro la pubblica amministrazione, anche nei commenti e negli osservatori della giurisprudenza, induce a una riflessione su “vivo e morto” nell'analisi riguardante la titolarità di qualifiche pubblicistiche agli effetti del diritto penale.

Può oggi ritenersi ridotta la portata pratica della discussione, culminata negli anni '80 del secolo scorso, che ha ruotato attorno alla possibilità di attribuire agli operatori di banca la qualità di pubblici agenti, con ogni conseguenza da ciò derivante ai fini della potenziale applicazione dei titoli di reato dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Il problema – è appena il caso di ricordare, date la diffusione e la profondità di un dibattito nel quale si sono registrate plurime pronunce delle massime magistrature interne ed europee – trae origine da un'avvertita carenza di tutela contro abusi dei funzionari nella concessione di finanziamenti o fidi bancari, avverso i quali si reputavano di dubbia applicabilità ed in ogni caso insufficienti figure quali l'appropriazione indebita o la truffa. Premeva d'altronde a favore del riconoscimento agli esponenti bancari dello statuto dei pubblici agenti l'esigenza di scongiurare disparità nella reazione penalistica, a seconda che l'abuso fosse commesso nell'ambito di istituti bancari in mano pubblica o privata; così come di ascrivere parità di posizioni giuridiche agli operatori del settore in materie indubbiamente delicate come quelle degli obblighi di denuncia o di riservatezza.

Due fattori sono concorsi a ridurre drasticamente le controversie, d'altronde già ampiamente scemate per effetto di una decisa riforma della disciplina dell'attività bancaria, all'insegna di una tendenziale libertà

di accesso al mercato, che la giurisprudenza più sensibile aveva prontamente valorizzato per chiarire il carattere privatistico dell'ordinaria erogazione del credito nelle sue diverse forme.

Da un lato, la nota modifica nella definizione delle qualifiche soggettive pubblicistiche, introdotta dalla l. n. 86 del 1990, ha condotto a riformulare gli artt. 357 e 358 c.p. secondo una visione oggettivistica nella quale si pone in primo piano, in luogo della natura dell'ente per conto o alle dipendenze del quale l'attività sia esercitata, il suo effettivo svolgimento secondo moduli pubblicistici o privatistici, con esclusione, in quest'ultimo caso, sia della qualità di pubblico ufficiale che di incaricato di un pubblico servizio.

Nell'identica direzione ha condotto il riassetto della struttura degli enti bancari, varato con la legge cosiddetta Carli-Amato (l. 218 del 1990) e proseguito nello sviluppo della legislazione. Il conferimento delle aziende bancarie prima in mano pubblica a società operanti secondo gli usuali modelli privatistici ha frenato il ritorno di visioni soggettivistiche nella ricognizione delle qualifiche degli esponenti bancari. Pur se si fosse voluta prestare adesione a tali concezioni¹, la rinnovata struttura societaria degli enti creditizi non avrebbe infatti consentito di qualificare in senso pubblicistico l'ordinaria gestione dell'attività bancaria.

I presupposti tipici della funzione o del servizio pubblici sono dunque residuati, già al principio degli anni '90 del secolo scorso, per la concessione di crediti, sovvenzioni, finanziamenti o contributi di tipo agevolato, nella misura in cui essi, oltre ad essere collegati a fini di pubblica utilità, fossero attratti a un regime di tipo non strettamente privatistico. I medesimi presupposti sono altresì ravvisabili per l'insieme di attività specificamente afferenti alla costituzione, alle modalità di funzionamen-

1 Da questa angolazione, in effetti, non sono mancate, in epoca successiva alla riformulazione degli artt. 357 e 358 c.p. pronunce che hanno assegnato alla qualifica pubblicistica contenuti più ampi di quelli che la legge sembra volerle conferire. Ad esempio, una sentenza del Tribunale di Verona, del 9.11.1990 – imp. P., in «RTDPE» (1992), 263 ss. – applicando una latissima nozione di servizio pubblico, ha ritenuto che «per pubblico servizio deve intendersi qualunque attività destinata al conseguimento di fini pubblici, vale a dire assunti come propri dallo Stato, anche se il loro perseguimento sia lasciato all'iniziativa dei privati», concludendo che è «incaricato di pubblico servizio il presidente di una società per azioni concessionaria della costruzione, manutenzione e gestione di strade pubbliche (nella specie: autostrade) in quanto si tratta di attività disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi».

to o all'estinzione di enti pubblici, fra i quali, secondo alcune posizioni, sarebbero da annoverarsi le fondazioni bancarie, ancorché titolari di quote di partecipazioni in enti creditizi.

2. I criteri diagnostici

Oggi come ieri vanno evitati criteri di giudizio che imprimano qualità pubblicistica a intere tipologie di attività, senza considerare la specifica mansione in essa rientrante. In altri termini ed in generale, il significato della concezione oggettiva, che con la l. 86 del 1990 la legge penale ha senz'altro inteso consolidare, impone di valorizzare la singola mansione concretamente svolta, non l'attività valutata "nel suo complesso"²: come, del resto, conferma un buon numero di decisioni, precisando che la sola finalizzazione di un'attività ad interessi pubblici, ancorché riscontrata, sia per sé sola inidonea a radicarne una qualità pubblicistica³.

Un effettivo distanziamento da criteri centrati sulle modalità di svolgimento di specifiche mansioni può cogliersi per altro verso in alcune pronunce della Cassazione aventi ad oggetto attività o fasi di attività da imputarsi a società per azioni in mano pubblica. Il ricorso a strumenti di marca strettamente privatistica – assumono tali sentenze – non osterebbe alla qualifica pubblicistica dell'attività, da intendersi per ciò quale servizio o vera e propria funzione, allorché essa ricada sotto una disciplina di rango, appunto, pubblicistico e sia votata al perseguimento di fini parimenti pubblici⁴.

Si registra da questa angolazione la spiccata forza di resistenza di categorie che almeno nel diritto penale erano apparse ai più definitivamente ridimensionate, quanto a capacità diagnostica della pubblica attività, o comunque relativizzate, nel senso di evitare di farne discendere effetti

2 Per un riscontro, ad es., Cass., 17.6.1995, S., in «CP» (1996), 3324; Cass., 17.2.1994, B., in «CP» (1995), 1855.

3 Cfr. Cass., Sez. VI, 7.5.1996, n. 793, M., in «RIDPP» (1997), 1095: «L'attività diretta al raggiungimento di pubbliche finalità non è di per sé pubblica funzione o servizio, se non ricorre anche la condizione della regolamentazione dell'attività in forma pubblicistica».

4 In questa direzione, Cass., sez. VI, 12.11.1996, in «CP» (1998), ancorché riferita a una delibera consiliare attinente la programmazione e non la gestione strettamente intesa dell'attività dell'ente; Cass., sez. VI, 9.7.1998, n. 10138, in «GP» (1999), 485; Cass., sez. V, 14.12.1999, dep. 16.3.2000, n. 3282; Cass., sez. II, 11.11.2005, dep. 11.1.2006, n. 769, in «GI» (2006), 1923, con nota di Burzi.

automatici in una od altra direzione, proprio in nome dell'esigenza di indagare con portata decisiva la singola mansione o gruppo di mansioni, indipendentemente dal loro collegamento con finalità generali o di pubblico servizio, per stabilire se esse consentissero l'uso di strumenti inibiti al privato o fossero organizzate pariteticamente, nell'ottica di un reale allineamento delle possibilità di azione giuridica dei soggetti coinvolti⁵.

Più esattamente, a parte decisioni ove un rilievo preponderante o senz'altro risolutivo pare attribuito alla circostanza che una certa attività abbia per destinatario il pubblico o risponda a fini del pubblico⁶, sembra di dover rilevare che in una ricorrente interpretazione di parte della giurisprudenza l'indubbia connotazione pubblicistica spettante a talune, ben determinate attività, esercitate da enti a struttura societaria – esemplare l'aggiudicazione di appalti a conclusione di gare ad evidenza pubblica –, agisca quasi da collante o meglio ancora si propaghi ad altre, distinte attività, benché sottratte ai moduli dell'azione pubblica e senza dubbio divaricate dai poteri corrispondenti, ogni qual volta esse interagiscano o si connettano alle prime in tal maniera da influire sul complessivo risultato che queste ultime concorrano a produrre⁷: con

5 Cfr. Cass., sez. fer., 19.8.1993, in «GP» (1994), 1; Cass., sez. VI, 17.10.1994, in «DPP» (1995), 453; Cass., 14.5.1997, in *C.E.D. Cass.*, n. 208599; Cass., sez. VI, 7.5.1996, in «RIDPP» (1997), 1015; GIP Trib. Roma, 15.10.1996, *ibidem*; Cass., sez. I, 8.2.2000, M., in «AGCAR» (2000), 569; v., inoltre, Cass., sez. VI, 8.3.2001, Di Bartolo, in «CP» (2002), 1414, concernente le attività di gestione del risparmio postale.

Ponendo decisamente l'accento sulla disciplina della singola mansione vengono ridimensionati indici sintomatici come il finanziamento pubblico o il potere di nomina da parte di soggetti pubblici; per un'interessante applicazione, escludendo la qualifica pubblicistica dell'amministratore delegato della Finmeccanica, controllata all'epoca dall'IRI, v. Trib. Roma, 2.12.1999, F., in «CP» (2000), 3140.

6 Cfr. Cass., sez. VI, 27.11.2012, dep. 20.12.2012, n. 49759, che ha confermato la qualifica di incaricato di un pubblico servizio in capo al dirigente di una società per azioni ad integrale partecipazione pubblica, autore di acquisti personali con una carta di credito aziendale, in quanto la società medesima, succedendo ad un consorzio in precedenza istituito al medesimo scopo, gestiva il servizio di fornitura idrica ai comuni vicini. In senso conforme, anche per simiglianza delle vicende affrontate, Cass., sez. VI, 23.1.2018, n. 19484; Cass., sez. VI, 7.7.2015, dep. 14.1.2016, n. 1327; Cass., sez. VI, 16.10.2013, dep. 14.11.2013, n. 45908.

7 Da questa angolazione non di rado natura pubblicistica è stata impressa all'attività valutata nel suo insieme, anziché guardare alla disciplina della singola mansione rientrante nell'attività medesima, con l'effetto ultimo di sovrapporre la nozione del pubblico servizio a quella, nettamente differenziata e penalmente non significativa, di servizio di pubblico interesse.

la sincronica conseguenza, stando all'orientamento in esame, di genera-

Tra gli indici che la giurisprudenza ha valorizzato vi è il segnalato rapporto di strumentalità con finalità pubbliche, su cui si è fatta leva per legittimare l'attribuzione di qualifiche pubblicistiche a soggetti operanti per il concessionario, ancorché la particolare attività considerata non rivelasse alcun tratto distintivo della pubblica mansione. Cfr., ad es., Cass., 13.12.1996, in «CP» (1997), 2454, sul servizio di concessione radiotelevisiva alla RAI; Cass., sez. V., 27.1.1997, B., che ha qualificato come pubblico servizio l'attività cosiddetta di «telepromozione», perché collegata alla programmazione dal punto di vista tecnico, gestionale ed organizzativo; v., inoltre, Cass., 10.7.1995, in «DPP» (1996), 192; Cass., 12.4.1996, in «CP» (1997), 1356.

Ad esempio, la qualifica di pubblico ufficiale del presidente di un Istituto autonomo per le case popolari è stata riconosciuta anche rispetto alla stipulazione di contratti assicurativi per la gestione del patrimonio immobiliare, richiamando il potere di nomina da parte di soggetti pubblici e la destinazione del patrimonio a finalità di edilizia «sociale»; Cass., sez. VI, 3.2.1999, S., in «GP» (2000), 220.

Per quel che concerne la trasformazione di enti pubblici economici in società per azioni, la Cassazione ha affermato che al fine di stabilire la titolarità di una qualifica pubblicistica è irrilevante l'assetto organizzativo dell'ente, dovendosi guardare alla disciplina dell'attività svolta ed alla presenza di poteri pubblicistici, ovvero al contributo offerto nella formazione o manifestazione della volontà della P.A. Sulla base di queste – corrette – premesse, la Cassazione ha riconosciuto la qualifica di pubblico ufficiale in riferimento all'attività contrattuale avente ad oggetto la fornitura di disinfettanti, perché attinente all'organizzazione del servizio di trasporto ferroviario ed in particolare alla conservazione dell'igiene ferroviaria, disciplinata da apposito regolamento, comportando, altresì, l'esercizio di poteri autoritativi (Cass., sez. VI, 13.1.1999, M., in «GP» [2000], 152).

La sentenza conferma le conclusioni alle quali la Cassazione era pervenuta nel qualificare come attività pubblicistica quella posta in essere da dipendenti delle Ferrovie dello Stato (Cass., sez. VI, C., in «DPP» [1996], 192). In quell'occasione la Suprema Corte aveva già sottolineato, come elementi decisivi per connotare in senso pubblicistico l'attività dell'Ente Ferrovie dello Stato, le finalità di preminente interesse pubblico cui essa si collegherebbe, individuando una «strettissima interconnessione» tra impresa e servizio ferroviario. La Cassazione ha anche richiamato i poteri di indirizzo del Ministro dei trasporti; i poteri di nomina e scioglimento degli organi; il finanziamento da parte dello Stato; la concessione di privilegi fiscali; la titolarità di poteri autoritativi e normativi attribuiti all'Ente. Importante è segnalare che tali indici sono stati reputati segnali di una funzione pubblicistica in rapporto ad un'attività tipicamente contrattuale, avente ad oggetto l'appalto di forniture di tessuti e di ristrutturazione delle carrozze ferroviarie. La stipulazione di tali contratti, secondo la Cassazione, non costituirebbe attività d'impresa, ancorché realizzata con strumenti di diritto privato, «perché strettamente attinente all'esercizio del servizio pubblico, tanto da compenetrarsi con lo stesso, per le sue dirette ed immediate interferenze con la sicurezza stessa del trasporto e la salute dei passeggeri e del personale di servizio».

In altra decisione la Cassazione ha affermato la qualifica pubblicistica dei membri della giunta dell'ENI nel concludere contratti per il trattamento assicurativo del personale dipendente (cfr. Cass., sez. VI, 24.3.1997, in «RIDPP» [2000], 349) in quanto la stipulazione di tali contratti avrebbe modificato l'assetto organizzativo dell'ente ampliandone i settori di competenza.

re irrefragabilmente una qualità pubblicistica, purché l'uso di strumenti privatistici sia volto a garantire, in via magari concorrente se non esclusiva, l'interesse o la finalità perseguiti anche mediante attività autenticamente pubblicistiche del medesimo ente⁸.

A questo risultato la Cassazione è nuovamente tornata – all'esito di un'ampia ricostruzione delle norme esterne ed interne all'ente, come pure dei tratti che ne caratterizzano l'attività tipica – con la sentenza emessa in sede cautelare in un caso di risalto mediatico e politico, concernente l'accusa di corruzione a carico di funzionari della Consip s.p.a.⁹ Il versamento di somme da parte di un imprenditore per ottenere da un dirigente dell'ente «informazioni riservate e consigli» utili a propiziargli l'ottenimento di appalti pubblici, nonché a scongiurare l'irrogazione di penali o la risoluzione di rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni interessate, è stata ritenuta riconducibile al titolo della corruzione, ancorché il ricettore delle somme fosse privo di competenze “dirette” nella gestione delle gare e, secondo l'impostazione difensiva, intervenisse solo in fasi - la verifica ed eventuale contestazione di anomalie delle offerte presentate, ovvero la contestazione di ipotetici addebiti all'appaltatore, suscettibili di condurre alla risoluzione dell'accordo in essere – inerenti l'esecuzione e non già la stipulazione del contratto. Vale la pena osservare che la Cassazione, nella pronuncia, non ha negato la piena autonomia del rapporto di schietta natura contrattuale tra fornitore ed amministrazione, distinto da quello, ordinato a procedure di evidenza pubblica, tra la Consip in veste di centrale di committenza ed il fornitore. Nondimeno, senza omettere la consueta disamina degli indici sintomatici dell'attività pubblicistica – come l'utilizzo di risorse pubbliche, la sottoposizione al controllo della Corte dei Conti o il ricorso a procedure di evidenza pubblica – la decisione ha colto nel monitoraggio affidato alla Consip sull'effettivo rispetto in corso d'opera, da parte del fornitore, degli standard di qualità inizialmente convenuti con l'amministrazione controparte, una “sequenza procedimentale” diretta-

⁸ Ispirazione, questa, ben riconoscibile anche nella sentenza che ha attribuito la qualità di pubblico ufficiale all'incaricato della gestione del patrimonio immobiliare della fondazione Enasarco, ancorché svolta con tipici strumenti privatistici: si veda Cass., sez. VI, 17.2.2016, n. 23236. Si veda ancora, inoltre, Cass., sez. II, 4.10.2016, dep. 14.12.2016, n. 53074.

⁹ Cass., sez. VI, 13.6.2017, dep. 25.7.2017, n. 36874, alla quale ha successivamente aderito Cass., sez. VI, 30.4.2019, dep. 30.1.2020, n. 4119.

mente incidente sulla scelta del fornitore e sulla garanzia della bontà del servizio da quest'ultimo offerto, nell'interesse dei fruitori e sinanche «dell'immagine della pubblica amministrazione».

È vero tuttavia – si ribadisce – che le acquisizioni applicative così ottenute rimangono al momento per lo più confinate al settore delle società ad integrale partecipazione pubblica.

3. Sull'attività di 'organizzazione per la prevenzione di reati' dell'ente ai sensi del d. lgs. 231/2001

Nell'ottica della qualificazione pubblicistica agli effetti del diritto penale indubbia importanza può assumere, per le conseguenze sulla struttura dell'ente, l'attività di organizzazione realizzata in attuazione del d. lgs. 8.6.2001, n. 231.

Si pone in particolare l'esigenza di chiarire se l'adozione di modelli organizzativi per la prevenzione di illeciti penali, ovvero l'istituzione dell'organismo di sorveglianza (art. 6, 1° comma, lett. *b* del d. lgs. n. 231/2001) incaricato di verificarne l'idoneità, realizzi un'attività organizzativa con profili di rilevanza pubblicistica. Quesito, questo, che non manca di estendersi al cosiddetto *whistleblowing*, specie nell'ottica dei presidi utilizzati per renderlo conforme ai requisiti previsti dalla legge, garantendone la riservatezza e la verificabilità.

Pur apparendo il problema bisognoso di approfondimento sul piano generale, non si potrà prescindere dalla circostanza che, quale che sia l'opinione coltivata in ordine alla natura dei modelli di organizzazione interna ed all'attività di sorveglianza, essi sono finalizzati a garantire l'efficienza e la correttezza di un'attività che potrà svolgersi tanto in regime di diritto pubblico che di diritto privato. Torna quindi a prospettarsi come risolutivo il criterio fondato sulla natura oggettiva della singola mansione esercitata, secondo la disciplina cui essa è sottoposta; criterio che non potrà non operare anche all'uopo di definire la natura dell'attività di organizzazione riferibile alla particolare mansione o complesso di mansioni considerate.

Occorre d'altro canto la massima attenzione a preservare una visione delle attività organizzative dell'ente che ne valorizzi il carattere stru-

mentale al miglior conseguimento degli interessi dell'ente medesimo, in armonia con gli altri interessi, esterni o interni, che la legge penale scelga di proteggere. Vale a dire che sarebbe certamente eccessiva una concezione assolutizzante dell'organizzazione in sé, che assimili le attività intese ad assicurarne compiutezza ed efficacia per prevenire reati ad una sorta di polizia preventiva. Resta fermo semmai che l'organizzazione delle funzioni di gestione o di controllo, ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. 231/2001, non consente di governare singoli comportamenti, esprimendo sempre una caratteristica dell'esercizio dell'attività collettivamente considerata.

Né sembra poter condurre a diverse conclusioni la modifica dell'art. 2086 c.c. introdotta dal d. lgs. 12.1.2019, n. 14 (codice della crisi d'impresa, "c.c.i."), che impone all'imprenditore il duplice dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche per la rilevazione della crisi, e di attivarsi sollecitamente per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale; doveri cui fanno riscontro gli obblighi di verifica indirizzati dall'art. 14, co. 1, del c.c.i. agli organi di controllo societari, al revisore contabile ed alla società di revisione, «ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni».

È vero che parte della dottrina abbia ravvisato parziale convergenza tra gli obiettivi assegnati dalla legge al modello organizzativo per la prevenzione di illeciti dell'ente da reato, da un lato, e quelli valorizzati dall'art. 2086 c.c.¹⁰ D'altra parte non si è mancato di rilevare come il "rischio-reato" sia espressione di una "patologia" nell'attività dell'impresa, mentre il rischio di "crisi" sia al contrario *l'ubi consistam* dell'impresa medesima, ancorché debba essere efficacemente gestito¹¹.

Non sembra comunque allo stato pienamente chiarito se, ed eventualmente in quale misura, l'art. 2086 c.c. innovi il panorama degli obblighi già gravanti sull'impresa collettiva, posto che specifiche norme del sistema, anche nel campo delle società a partecipazione non pubblica (per

10 Cfr., nell'ambito di un giudizio critico, N. ABRIANI, *Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in M. POLLIO (Ed.), *La riforma del fallimento. Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, suppl. di *Italia oggi*, 23.1.2019.

11 Cfr. nuovamente N. ABRIANI nell'*op. cit.*; come pure G. PARISI, *L'adeguato assetto organizzativo e il rafforzamento degli obblighi e dei doveri dell'organo amministrativo e di controllo dopo il d. lgs. 14/2019*, www.osservatorio-oci.org.

queste ultime vi è l'art. 6, co. 2 del d. lgs. 175/2016), si prestavano e tutt'ora si prestano ad essere interpretate come fonti di obblighi di adeguata organizzazione, anche nella specifica prospettiva della rilevazione della crisi: *in primis* l'art. 2381, co. 5 c.c.

3.1. (Segue). *Il whistleblowing*

Quanto alla segnalazione di potenziali illeciti – il cosiddetto *whistleblowing* – le marcature dell'agire pubblico sembrano risultare più nettamente del passato nell'attuale formulazione dell'art. 54-bis del testo unico sul pubblico impiego, introdotta con la l. 30.11.2017, n. 179. La disposizione enfatizza il rapporto tra la segnalazione e l'interesse alla «integrità della pubblica amministrazione»; definendo poi dipendenti pubblici, ai fini delle garanzie del rapporto di lavoro o di impiego, anche quelli degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c., fino ai lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

Dal punto di vista del diritto penale, tuttavia, prescindendo dai vincoli di segretezza o quanto meno di riservatezza dell'identità del segnalante, dovrebbe sempre essere dirimente il tipo di disciplina impressa alla segnalazione, alle sue modalità di presentazione ed agli effetti che ne derivano.

Il comma 4 dell'art. 54-bis t.u.p.i., sottraendo la segnalazione al diritto di accesso da parte degli interessati, consente di ravvisare nella segnalazione medesima natura di documento amministrativo: senza tuttavia che ciò valga a riconoscerle altresì natura pubblicistica, in assenza di una disciplina corrispondente (arg. *ex art.* 22, lett. d, l. 7.8.1990, n. 241).

Più significative appaiono le linee guida adottate dall'ANAC ai sensi del comma 5 dell'art. 54-bis t.u.p.i. per la disciplina della presentazione e gestione delle segnalazioni (l'ultima versione, approvata il primo luglio scorso e pubblicata sulla G.U. del 18 agosto, è in vigore dal tre settembre di quest'anno). È soprattutto l'art. 8, nel regolare le ipotesi alternative dell'archiviazione della segnalazione o della trasmissione ad altro ufficio ovvero all'autorità giudiziaria o contabile, che lascia cogliere nella disciplina un *imprimatur* pubblicistico: con la conseguenza, tra le altre,

di indurre fondatamente a prospettare l'applicabilità alla segnalazione infedele dei titoli delittuosi riguardanti le falsità documentali degli incaricati di pubblico servizio (non quelle dei pubblici ufficiali, mancando – sembra – al *whistleblower* poteri di attestazione in senso stretto)¹²: ciò, naturalmente, ferma restando l'applicabilità dei comuni titoli di reato della diffamazione o calunnia, ovvero di quelli collegati alla presentazione di una falsa denuncia, in primis l'art. 367 c.p.

Alla luce dei commi 2-bis e seguenti dell'art. 6 d. lgs. 231/2001 non vi sono per contro elementi che suggeriscano la qualificazione pubblicistica del *whistleblowing* nei settori non regolati dall'art. 54-bis t.u.i.p.

12 Con l'interessante sentenza del 21.5.2018, dep. 26.7.2018, n. 35792, la V Sezione della Cassazione ha negato la possibilità di applicare la figura dell'adempimento di un dovere per giustificare l'accesso abusivo ad un sistema informatico ancorché avvenuto, nella visuale del ricorrente, con finalità di segnalazione di illeciti. Nell'occasione la Corte ha anche precisato che gli artt. 54 e 54-bis t.u.i.p. «prevedono obblighi di informazione finalizzati alla prevenzione di fenomeni illeciti, quali la corruzione, a cui è correlata la non punibilità, sotto il profilo disciplinare antidiscriminatorio, del dichiarante», e che l'istituto del *whistleblowing* nel pubblico impiego «si conforma strutturalmente all'art. 361 c.p.».

IL DIRITTO DEI MAGISTRATI DI PARTECIPARE ALLA POLITICA ATTIVA E I SUOI LIMITI

Piergiorgio Morosini

1. Il magistrato *in politica*, dall'Assemblea Costituente ai nostri giorni.

Eletti e cooptati. Famosi e sconosciuti. “Chiamati” come tecnici o, a “furore di popolo”, per la notorietà conquistata nelle aule di giustizia. A partire dagli anni novanta, nella scena politico-partitica del nostro paese non di rado sono apparsi i magistrati. Talvolta, nel volgere di qualche mese, si sono trasformati in candidati *premier*, parlamentari nazionali o europei, sindaci (anche di metropoli) o presidenti di regione, sottosegretari, assessori regionali e comunali, e finanche *leader* di partito. E il loro protagonismo, nel disorientare ampi segmenti della opinione pubblica, è stato fonte inesauribile di polemiche e strumentalizzazioni¹.

La materia è delicata e controversa. Le implicazioni sono di rilievo costituzionale. Come garantire al magistrato-cittadino i diritti politici, rispettando separazione tra poteri, indipendenza e imparzialità della giurisdizione?

Oggi più che mai, la risposta non è agevole. Deve tenere conto non solo della evoluzione delle forme di competizione tra i partiti, dei metodi di selezione del personale politico e di raccolta del consenso, ma anche del ruolo della giurisdizione nel circuito istituzionale e nella società. E non può trascurare le sconcertanti cronache degli ultimi mesi relative ad una indagine perugina sulle improprie commistioni tra alcuni componenti togati del consiglio superiore della magistratura ed esponenti politici in vista delle nomine dei vertici di importanti uffici giudiziari².

¹ Sul tema A. PIZZORUSSO, *Magistrati in parlamento*, in «Democrazia e diritto» (1979); S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, in «Quaderni della giustizia» (1986); A. SAITTA, *Art. 98*, in R. BIFULCO et al. (Edd.), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, 1921 ss.; E. PILLA - R. ARATA, *Politicità della giurisdizione, impegno “politico” e impegno “in politica” dei magistrati*, in «Questione Giustizia» (2012), 48-56; G. E. POLIZZI, *Il magistrato in parlamento*, CEDAM, 2017, XV-244.

² Sulla vicenda si è pronunciato in più occasioni anche il Presidente della Repub-

Sin dai tempi della Assemblea Costituente, sull'impegno dei magistrati nella politica attiva, si sono contrapposte visioni differenti. Vi era chi, soprattutto nell'area socialista e comunista, accoglieva con favore l'idea di una partecipazione attiva dei magistrati alla vita democratica che comprendeva pure l'iscrizione ai partiti. E una circolare del Guardasigilli Palmiro Togliatti (la n.1941 del 1945), nel riconoscere quelle prerogative, precisava come i magistrati dovessero mantenersi nei "*limiti di serenità, elevatezza e senso di responsabilità*". Ma una simile impostazione non era condivisa nell'area di conservatori, democristiani e liberali. Nel corso della seduta del 7 novembre 1947, Aldo Moro ebbe modo di esprimere l'inopportunità della presenza dei magistrati nella politica attiva, dovendo costoro essere "*non soltanto superiori ad ogni parzialità, ma anche ad ogni sospetto di parzialità*".

Alla fine, l'Assemblea Costituente partorì una soluzione di compromesso, rinviando con l'art.98 comma 3 alle scelte del legislatore la possibilità di stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici, assimilando i magistrati ai militari in carriera in servizio attivo, ai funzionari e agli agenti di polizia e ai rappresentanti diplomatici all'estero. In seguito, secondo attenti osservatori³, "la complessità del quadro costituzionale di riferimento e la presenza di numerose concorrenti ipotesi interpretative sul tappeto" hanno favorito una "lunga latitanza del legislatore". E solo con l'art.3 comma 1 lett.h del decreto legislativo n.109 del 2006 (che ha riformato la materia degli illeciti disciplinari dei magistrati), si è finalmente prevista la sanzione per "*l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*"⁴.

blica. In particolare si veda *Intervento in occasione della cerimonia commemorativa di alcuni magistrati uccisi per l'impegno nel contrasto alla violenza terroristica e mafiosa*, Roma 18 giugno 2020, in www.quirinale.it.

3 F. DAL CANTO, *Magistrati e impegno politico: problemi e prospettive a partire dalla recente definizione della vicenda Emiliano*, in «Giustizia insieme» (21 luglio 2020).

4 Ben prima della riforma del 2006, la sezione disciplinare del CSM, utilizzando gli spazi consentiti dall'art.18 della c.d. legge sulle guarentigie (r.d.lgs. n. 511/1946), con la sentenza del 3 giugno 2004 n.16 aveva individuato una violazione disciplinare da parte del magistrato nella pubblica adesione ad un documento di propaganda elettorale presentato da un partito politico. La decisione citata teneva conto degli argomenti utilizzati dalla pronuncia n. 100 del 1981 della Corte Costituzionale secondo cui i magistrati "debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni cittadino", evidenziando, tuttavia, che "deve pur ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale".

Al di là delle opzioni legislative in tema di illecito disciplinare, occorre evidenziare che, dall'immediato dopoguerra ai giorni nostri, l'orizzonte in cui collocare la questione è sensibilmente mutato. Ciò è avvenuto, soprattutto, per l'evolversi del peso della giurisdizione nelle istituzioni e nella società⁵. Esperti di diversa estrazione culturale e professionale ritengono che, oggi, le condizioni per il riconoscimento al magistrato del diritto alla partecipazione alla politica attiva debbano tenere conto della attuale collocazione della magistratura nell'ordinamento costituzionale, delle natura delle nuove domande di giustizia e della capacità delle opzioni individuali di incidere sulla credibilità dell'intera istituzione giudiziaria.

Nelle società occidentali, come ricorda Glauco Giostra⁶, orfane dei fondamentali riferimenti ideologici e religiosi, deprivate della forza aggregante della tradizione, la giurisdizione da tanti viene percepita come una delle poche autorità, in certi casi l'unica, cui affidare la risoluzione di contrasti e di problemi. Ormai da alcuni decenni, la magistratura italiana è chiamata ad intervenire in settori non necessariamente disciplinati dalla legge (ad es. sui temi eticamente sensibili); a risolvere conflitti sociali di particolare complessità; ad incidere su situazioni incancrenite dall'inerzia di altri poteri. Inoltre, il progressivo espandersi dell'azione pubblica ha naturalmente dilatato il controllo di legalità sulle attività politico-amministrative e su chi direttamente le gestisce.

Così procure e tribunali, sempre più di frequente chiamati a decisioni tradizionalmente di competenza di altre istituzioni, sono esposte all'accusa di condizionare non solo le scelte economiche delle autorità pubbliche e di grandi gruppi privati ma anche gli equilibri politici di un paese.

Nel dibattito pubblico, quindi, da più parti si invoca l'esigenza di garantire una effettiva e visibile separazione tra giustizia e politica. Voci autorevoli, provenienti anche di chi in passato ha ricoperto delicati ruoli istituzionali⁷, ritengono ormai indilazionabile l'intervento del parla-

5 Sul tema cfr. C. TATE - T. VALLINDER, *The global expansion of judicial power*, New York University Press, 1995; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo delle virtù*, Laterza, 1998; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, 1999, 180 ss.

6 G. GIOSTRA, *Giudice fai il giudice*, in «Corriere della Sera» (23 novembre 2014).

7 Sulla questione hanno preso posizione alcuni presidenti emeriti della Corte Costituzionale, cfr. S. CASSESE, *Le timide proposte del CSM*, in «Corriere della Sera» (24 ottobre 2015); C. MIRABELLI, *Giustizia e politica, ora va tracciato un nuovo confine*, in «Il

mento, per rendere più rigorose per i magistrati le condizioni di accesso alle cariche politiche e per sancire l'irreversibilità di certe opzioni personali, diversamente da quanto accade adesso col fenomeno delle cosiddette "porte girevoli".

2. I motivi dell'approdo dei magistrati alla politica attiva nella storia delle istituzioni italiane.

Come dimostra il dibattito nell'ambito della Assemblea Costituente, la partecipazione dei magistrati alla politica attiva non è novità dei nostri tempi.

Una studiosa della storia delle nostre istituzioni, Antonella Meniconi⁸, documenta numerosi esempi di magistrati eletti in parlamento o con incarichi di governo nell'età liberale e in epoca fascista.

Dopo l'unità d'Italia, nei primi quarant'anni, dei 34 Guardasigilli incaricati ben 17 provengono dai ranghi della magistratura. E, nello stesso periodo, dei 21 sottosegretari al Ministero della Giustizia, 11 appartengono all'ordine giudiziario. D'altronde anche durante il regime fascista, al parlamento sedeva sempre una consistente pattuglia di toghe. Erano tempi in cui il "passaggio" dalla giurisdizione alla vita politica veniva favorito dal fatto che la magistratura rappresentava una articolazione omogenea del sistema istituzionale chiamato a dirigere l'intero paese.

D'altronde, anche la prima Repubblica vanta personalità che, dopo aver vestito la toga, si dedicano alla politica attiva, sino a ricoprire incarichi di grande responsabilità istituzionale. Basti pensare alla figura del presidente della repubblica Oscar Luigi Scalfaro. Quando venne eletto, nel 1946, all'assemblea costituente (poi sarà parlamentare per diverse legislature, nonché più volte ministro), proveniva dai ranghi della magistratura, avendo svolto il ruolo di pubblico ministero nei processi ai criminali fascisti e ai collaborazionisti, celebrati alla fine della guerra (1945).

Nell'immediato secondo dopoguerra la partecipazione attiva alla vita politica dei magistrati, in parlamento o con incarichi di governo, è ancora una realtà. Ma esattamente come già accaduto in epoca liberale e du-

Messaggero» (10 ottobre 2016); G. M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, in «Rivista AIC» (2016).

8 A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, il Mulino, 2013, 48 ss.

rante il ventennio fascista, rimane sovente una prerogativa dei giudici della cassazione e dei vertici degli uffici distrettuali (presidenti di Corte di appello, procuratori generali).

Anche agli albori delle istituzioni repubblicane, la cosiddetta “alta” magistratura, oltre a vantare una particolare *expertise* giuridica, continua a vivere in una sorta di “osmosi socio-culturale” con il potere politico. I “canali di accesso” seguono collaudati schemi del passato, ossia l’aver ricoperto o ricoprire cariche di prestigio nell’ordine giudiziario. Basti alla parabola istituzionale del presidente della Suprema Corte Antonio Azara. Dagli anni venti giudice di cassazione, poi nel 1948 eletto senatore, Azara, tra il 1951 e il 1953, torna in ruolo, ricoprendo prima le funzioni di Procuratore generale presso la corte di Cassazione e poi quelle di primo presidente della stessa Corte Suprema. Infine, nell’agosto del 1953, viene nominato Ministro della Giustizia, senza peraltro destare la minima critica per l’appannamento dell’immagine di terzietà della giurisdizione .

Negli anni settanta e ottanta l’impegno dei magistrati nella politica attiva sembra manifestarsi con caratteri peculiari, quanto meno nelle motivazioni di taluni protagonisti. Le grandi evoluzioni culturali e sociali dell’epoca invogliano magistrati provenienti questa volta dalla “giurisdizione di merito” (pretori, giudici di tribunale e pubblici ministeri). Alcuni di loro dichiarano apertamente di volersi impegnare nella politica attiva per promuovere un disegno costituzionale spesso ignorato dal Parlamento e dal Governo. Si tratta di un contributo alla vita democratica da altra postazione istituzionale (generalmente il parlamento) rispetto alla giurisdizione, spesso connotato da una forte spinta ideale. Fioriscono così le candidature cosiddette “indipendenti” all’interno delle varie rappresentanze parlamentari, essendovi un divieto di iscrizione ai partiti politici dettato per i magistrati dal comma 3 dell’art.98 della costituzione.

Emblematica, in questo ambito, la figura del magistrato Gianfranco Amendola. Pretore specializzato in materia di reati ambientali, nel 1989 verrà eletto al parlamento europeo, dedicandosi in quella sede principalmente ai temi della ecologia, della sanità pubblica e della tutela dei consumatori. Nella medesima prospettiva si colloca pure la figura di Ferdinando Imposimato, giudice istruttore nei processi per l’omicidio

di Aldo Moro e la strage di via Fani, l'attentato a Papa Giovanni Paolo II e l'omicidio del vicepresidente del CSM Giovanni Bachelet. Eletto per la prima volta alla Camera dei deputati nel 1987, Imposimato in parlamento si occuperà prevalentemente di terrorismo e criminalità organizzata.

Dagli anni novanta assistiamo a un fenomeno nuovo.

Gruppi politici, in crisi di autorevolezza anche per via delle numerose indagini sulla corruzione nelle alte sfere istituzionali e nelle amministrazioni locali, cercano magistrati "noti" al pubblico per le indagini e i processi svolti. È un modo per lanciare segnali rassicuranti a comunità segnate da forme varie di illegalità. In questo senso l' "apripista" è Antonio Di Pietro, componente di punta nei primi anni novanta del *pool* di "Mani Pulite" della procura ambrosiana diretta da Francesco Saverio Borrelli. Di Pietro sarà ministro dei lavori pubblici nel primo governo Prodi (1996) e parlamentare sino al 2013, fondando anche un partito. In ordine cronologico l'ultimo "prodotto" di quella stagione è Piero Grasso. Vanta le esperienze di procuratore della repubblica di Palermo e di procuratore nazionale antimafia. Verrà eletto al Senato nel 2013, diventando poi presidente di quella assemblea.

4. I magistrati e le attuali dinamiche della competizione politica.

La politica è arte nobile. Thomas Mann⁹ la ricordava come un'arte così umana che tenta di mediare fra spirito e realtà, desiderabile e necessario, coscienza e azione. Secondo antiche definizioni, è l'arte di governare la società. Uno strumento indispensabile del vivere civile in ogni realtà democratica, per realizzare scelte consapevoli e in sintonia con le esigenze della comunità. Forse anche per questo necessita di intelligenze e professionalità provenienti dai più disparati settori.

Non è un caso se nelle istituzioni rappresentative della nostra repubblica, così come negli organi di governo, da sempre hanno voce medici, ingegneri, avvocati architetti, giornalisti, economisti, sindacalisti e differenti personalità del mondo della cultura. La storia insegna che un apporto di riflessione e di approfondimento pure i magistrati lo possono offrire. Ormai la loro esperienza professionale si arricchisce di sempre maggiori competenze e il loro patrimonio di conoscenze e sensibilità

9 T. MANN, *La Germania e i tedeschi*, Manifestolibri, 1995.

può costituire una preziosa “riserva della repubblica”. Giusto non rinunziarvi, dunque.

Ma i destini del magistrato sulla scena politica oggi devono fare i conti soprattutto con i cambiamenti profondi nel rapporto tra partiti e cittadini.

Secondo il sociologo Marco Revelli¹⁰, negli ultimi decenni si è assistito alla crisi della politica intesa non solo come sfiducia dell’elettorato nei confronti del ceto politico (i “professionisti”, la “casta”), ma soprattutto come crisi dei corpi intermedi, chiamati ad operare una sintesi tra società e istituzioni e a concorrere a determinare gli indirizzi della politica nazionale.

Il tramonto dei partiti di massa, connotati da una organizzazione fortemente strutturata e dal collante ideologico, ha lasciato spazio alle *leadership* personali, ai partiti carismatici, a coalizioni fondate non su un programma per la società ma sulla figura e sul richiamo mediatico del candidato di turno. Complici pure le riforme elettorali, l’evoluzione del sistema politico ha portato ad un maggiore accentramento della struttura partitica e al prevalere in essa di logiche di cooptazione rispetto a scelte di partecipazione democratica. Così si punta sulla notorietà del singolo. Il candidato funge da manifesto propagandistico. Maggiore sarà la sua notorietà, più ampio si presenterà il suo *appeal* elettorale. E questo vale anche per i magistrati.

Se in passato la loro candidatura era connessa all’autorevolezza delle opinioni e alla storia personale vissuta dentro e fuori dalla giurisdizione, oggi dipende spesso dalla visibilità acquisita per avere condotto indagini o processi che hanno coinvolto personaggi eccellenti, nonché da situazioni meno trasparenti, quali le frequentazioni di cerchie ristrette, circoli e salotti. L’operazione è, peraltro, resa agevole da competizioni dove le “liste bloccate” o le “chiamate dirette” sono nelle mani dei *leaders* politici, locali o nazionali, o di ristrette cerchie di oligarchie dirigenti.

Le attuali “regole” della politica vanno coniugate con una giurisdizione che, come detto nel paragrafo di apertura, sempre più di frequente chiama giudici e pubblici ministeri a occuparsi di uomini politici o a effettuare valutazioni in potenziale conflitto con opzioni che qualificano questa o quella componente partitica.

10 M. REVELLI, *Finale di partito*, Einaudi, 2013, 24 ss.

Con il dilagare della corruzione e del malaffare, il controllo penale è sempre più rivolto a chi detiene il potere. In diversi casi, la magistratura è parsa svolgere, per lo più indirettamente e involontariamente, una specie di supplenza sull'affidabilità etica del personale politico che l'opera delle opposizioni e la sanzione delle elezioni si sono dimostrate incapaci di esercitare. Così può accadere che un avviso di garanzia o una intercettazione pubblicata dalla stampa producano effetti istituzionali irreversibili, inducendo alle dimissioni uomini pubblici o travolgendo una esperienza di governo centrale o locale che sia. E su temi sensibili quali la sicurezza, la bioetica, l'ambiente, i mercati, l'immigrazione, i giudici sono immersi nei conflitti sociali ed economici e, spesso, in rotta di collisione con parlamenti e governi. Basti pensare ai recenti casi "Ilva", "Englaro", "Eternit", o al recente "caso Diciotti".

In un simile contesto l'apporto che può portare un magistrato alla vita politica rischia di confondersi o, comunque, di contaminarsi con le logiche proprie della competizione per il potere.

E allora, come fugare il sospetto che il ruolo giudiziario precedentemente svolto abbia determinato la chiamata del politico? O che si sia coltivata una inchiesta al fine di prendere il posto del destinatario degli accertamenti penali? È opportuno che, al termine del mandato politico, il magistrato possa tornare nei ranghi giudiziari, come avvenuto in molti casi? Non è comunque offuscata la sua immagine di persona indipendente e imparziale, per avere manifestato pubblicamente una appartenenza politica, o per avere goduto della fiducia di un governo, nazionale o locale, nel momento in cui svolgerà delle indagini o formulerà un giudizio?

3. Il divieto di legami stabili con i partiti: "il caso Emiliano".

"I magistrati devono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, ma le funzioni esercitate e la qualifica rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale, al fine di stabilire i limiti che possono essere opposti nell'esercizio di quei diritti".

Sono le parole-chiave con cui la Corte costituzionale, sin dal 1981, traccia un ideale perimetro dell'impegno in politica del magistrato-cittadino¹¹. Quest'ultimo gode certamente dei diritti di elettorato passivo e di

11 V. sentenze della C. cost. n. 100 del 1981, n. 224 del 2009 e n. 170 del 2018.

accesso a cariche di governo, riconosciutigli espressamente dall'articolo 51 della costituzione, così come del diritto a manifestare legittimamente le proprie idee di natura politica¹². Ma quei diritti andranno esercitati a condizione che ciò avvenga con l'equilibrio e la misura che non possono non caratterizzare ogni comportamento di rilevanza pubblica del magistrato.

Ai magistrati è vietata l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici. Per queste condotte l'articolo 3 comma 1 lett.h del decreto legislativo n.109 del 2006 ha introdotto un illecito disciplinare sanzionato con misure che incidono sulla carriera (ammonimento, censura, perdita di anzianità). La previsione si salda con la norma costituzionale (art.98) che attribuisce al legislatore la facoltà di stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti.

La legge vuole evitare anomale interferenze sull'attività giudiziaria che potrebbero derivare da "legami stabili" tra magistrato e soggetti politici. Ma il divieto intende pure prevenire l'offuscamento dell'immagine del magistrato presso l'opinione pubblica e i suoi inevitabili riflessi su tutta l'istituzione giudiziaria. Non a caso analogo divieto disciplinare scatta per "il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario".

Ma, di questi tempi, è sempre possibile scindere mandati parlamentari o incarichi di governo, consentiti ai magistrati, con la partecipazione organica alla vita del partito di riferimento? In base ai principi costituzionali della rappresentanza politica e della forma di governo, l'assunzione di cariche dirigenziali nel partito non può forse ritenersi coesistente al pieno espletamento del mandato elettorale?

Emblematica, in proposito, appare la parabola politico-istituzionale del pubblico ministero Michele Emiliano. Un magistrato eletto sindaco del Comune di Bari nel 2004 e nel 2009, e poi Presidente della Regione Puglia nel 2015. Durante l'aspettativa per l'espletamento dei suddetti mandati elettorali, Emiliano ha pure partecipato stabilmente e con ruoli di vertice alla vita del partito democratico. In diversi momenti dal 2007 al 2016, ha ricoperto rispettivamente il ruolo di segretario e presidente del partito nella regione Puglia, oltre a presentare nel marzo del 2017

12 Cfr. sentenza C. cost. n. 224 del 2009.

la propria candidatura per l'elezione a segretario nazionale di quello stesso partito.

Proprio per queste condotte, la procura generale della corte di cassazione ha aperto un procedimento disciplinare, ritenendo violato il divieto del "legame stabile" del magistrato con un partito politico. Dopo il rinvio a giudizio, la sezione disciplinare del CSM, nel 2019, ha condannato il magistrato alla sanzione dell'ammonizione. Detta pronuncia è stata poi confermata dalla Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione con la sentenza n.8906 del 2020¹³.

Va ricordato che, proprio con riferimento alla posizione di Michele Emiliano, nel 2017 la sezione disciplinare del CSM aveva sospeso il giudizio promuovendo la questione di costituzionalità del citato art.3 comma 1 lett.h del decreto legislativo n.109 del 2006, in riferimento agli artt.2,3,18,49 e 98 cost., in ragione della ritenuta illegittimità di tale previsione nella parte in cui non escludeva dal novero dei magistrati destinatari del divieto coloro che erano stati collocati fuori ruolo proprio per espletare un mandato elettorale. Tuttavia i Giudici della Consulta avevano respinto quella ricostruzione, rigettando la questione di legittimità.

In ogni caso l'iniziativa censoria ha fatto discutere ed è stata l'occasione per fare il punto sulle questioni di fondo dell'impegno politico del magistrato.

Al di là del sistema elettorale di volta in volta in rilievo, nessun cittadino, nemmeno il cittadino-magistrato, si candida "da solo". Autorevolezza e notorietà possono favorire le candidature cosiddette "indipendenti". Ma, anche queste, trovano spazio all'interno di liste di partito e, ugualmente, le nomine di magistrati alle cariche di ministro o assessore sono tutt'altro che estranee alle scelte dei partiti. L'impegno tipicamente richiesto a coloro che decidono di "fare politica" attivamente presuppone quasi sempre contatti di varia natura con i partiti o i movimenti politici e con le loro iniziative. E quei contatti, come è naturale, sono destinati a proseguire durante l'esercizio del mandato o dell'incarico.

Osservate dall'angolo prospettico della vita politica, certe dinamiche rientrano nella logica corrispondente al complessivo disegno costituzionale. Per la nostra legge fondamentale (art.49), infatti, la rappresentan-

¹³ Sui passaggi fondamentali della azione disciplinare e sulle sue implicazioni cfr. F. DAL CANTO, *Magistrati e impegno politico*, cit.

za politica si manifesta proprio attraverso i partiti. Sono quelle forme di associazione che consentono ai cittadini di concorrere, con metodo democratico, a determinare la politica nazionale. Gli statuti dei partiti, a loro volta, prevedono per ciascun eletto la partecipazione di diritto ai suoi organi direttivi. L'adesione dell'eletto al gruppo sembra quindi presupporre, e non escludere (come vorrebbe il divieto previsto per i magistrati), il necessario contributo sistematico e continuativo alla vita del partito di riferimento.

Dunque, tornando al "caso Emiliano, i giudici della Consulta dovevano decidere se l'esercizio del mandato elettorale o dell'incarico di governo "giustificati" (scrimini), nel corso di quelle esperienze, anche l'iscrizione del magistrato al partito di riferimento o la partecipazione sistematica e continuativa ad esso. Se, in altri termini, la norma che vieta il legame stabile (con conseguenze disciplinari) sia compatibile con la Costituzione laddove non riconosca una causa di giustificazione per il magistrato fuori ruolo per motivi elettorali.

Ancora una volta la Corte, con la citata sentenza n.170, ha operato una netta distinzione tra il diritto fondamentale dell'accesso a cariche elettive o a incarichi politici, e lo stringere un legame organico con un determinato partito. Quindi ha sostenuto che non è irragionevole né contraddittorio vietare certe condotte a tutti i magistrati, sia quelli in servizio sia quelli in aspettativa, qualunque sia il motivo di quest'ultima: una carica elettiva; un incarico politico; un compito di natura tecnica (ad esempio una consulenza parlamentare).

La bussola che ha guidato la decisione sta nel fatto che il magistrato non è un cittadino qualsiasi. In caso di mancata elezione oppure al termine del mandato elettivo o dell'incarico politico, secondo la legge vigente, potrà tornare ad esercitare delle funzioni di garanzia come quelle giurisdizionali. Dunque, lo *schierarsi* in modo *stabile e organico* con una delle parti politiche in competizione comunque offuscherebbe la stessa immagine di terzietà agli occhi della opinione pubblica.

Sostanza e apparenza (della indipendenza e della imparzialità), alla base della fiducia di cui deve godere l'ordine giudiziario in una società democratica, secondo la Corte, vanno preservate entrambe nel modo più ampio e rigoroso possibile.

Ma lo “statuto del magistrato in politica” espresso dalla Corte appare poco realistico e, per certi versi, molto formale. Si riconosce al magistrato la possibilità di “*svolgere una campagna elettorale o compiere atti tipici del suo mandato o incarico politico*”, mantenendo fermo il divieto di non assumere vincoli stabili con il partito di riferimento. Così chi si candida in una competizione elettorale, o mentre ricopre un ruolo nelle istituzioni, può “fare politica”. La può fare anche nelle piazze¹⁴, reali o mediatiche che siano, esprimendo giudizi di valore opinabili; discutendo, anche con durezza, su questioni ideologiche o su scelte economico-sociali di rilievo per la comunità di riferimento; praticando alleanze e separazioni. Ma gli è vietato fare politica nei partiti che, secondo la stessa Costituzione, sono il principale ed ineliminabile strumento per esercitare la rappresentanza politica.

D'altronde le affermazioni della Corte sembrano tradire un intento pedagogico verso quei magistrati –non solo “fuori ruolo” ma anche in servizio- che, in questi anni, non hanno mostrato attenzione nel mantenere la “giusta distanza” dai partiti.

In realtà i “passaggi chiave” della sentenza mostrano come sia giunto il momento di affrontare in modo organico e propositivo il tema dell’impegno in politica dei magistrati, dalle modalità e dai tempi dell’accesso, alla loro destinazione al termine di mandati elettorali o di governo.

4. Le sollecitazioni dell’Europa e l’impegno degli organi costituzionali a rendere più nitidi i confini tra funzione giudiziaria e attività politica.

I pericoli di offuscamento dell’immagine del magistrato presso l’opinione pubblica e i suoi inevitabili riflessi su tutta l’istituzione giudiziaria sono diffusamente avvertiti anche in ambito continentale. Indicativa di questa tendenza appare la *Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa* in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici del 17 novembre 2010 che testualmente afferma: “*i giudici che fanno parte della società che servono, non possono rendere giustizia in modo efficace senza godere della fiducia del pubblico*”.

¹⁴ V. SS.UU. civili, n. 27987 del 2013, secondo cui la propaganda elettorale costituisce una condotta scriminata, sul piano disciplinare del magistrato, dall’esercizio del diritto di elettorato passivo di cui all’art 51 primo comma della costituzione.

Il Consiglio d'Europa, attraverso un organismo di sua emanazione, ha manifestato allarme rispetto al tema dell'impegno politico dei magistrati italiani.

Il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) ha messo il nostro sistema sotto osservazione. Ne è scaturito un rapporto, pubblicato nel 2016¹⁵, secondo cui la legislazione italiana non garantirebbe la separazione dei poteri e la necessaria indipendenza e imparzialità dei giudici. E ciò deriverebbe proprio dalle lacune e dalle contraddizioni dell'attuale assetto normativo sui magistrati *in* politica. Una peculiarità indicata addirittura tra le possibili cause dell'aumento del fenomeno della corruzione (segnatamente nel settore giudiziario), unitamente alle annose questioni del conflitto d'interessi e della disciplina sulla prescrizione dei reati. Per questo il GRECO ha chiesto un intervento tempestivo e risolutivo al nostro parlamento, ribadendo quelle sollecitazioni anche dopo il 2016.

Al di là delle pressioni provenienti dalle istituzioni europee, certe preoccupazioni da tempo si agitano anche all'interno della stessa magistratura italiana. C'è la preoccupazione che quand'anche la scelta della "politica attiva" da parte del singolo magistrato sia certamente frutto di spinte ideali non possa sottovalutarsi l'effetto di disorientamento per molti cittadini.

Per questo motivo, da tempo, l'Associazione nazionale magistrati ha cercato di dare una risposta sul piano deontologico. Con il codice etico, che registra una prima stesura nel 1993 e un aggiornamento risalente al 2010, si prevedono indicazioni per evitare cadute di stile e condotte inopportune nei rapporti con la politica e i mezzi di informazione, richiamandosi, all'art.8, il dovere del magistrato di *"evitare qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici..che possono condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine.."*¹⁶

Data la gamma delle modalità attraverso cui i magistrati possono venire a contatto con il mondo della politica, sarebbe ingenuo ritenere che i rischi per l'indipendenza e l'imparzialità si esauriscano nella iscrizione

15 Il testo è pubblicato in «DPC» (2019), allegato a M. CROCE, *Prevenzione e contrasto della corruzione: il quarto compliance report del GRECO sull'Italia*.

16 La previsione è inserita nell'art. 8 del codice (in www.associazionenazionalemagistrati.it). Già introdotta nel 1993, è stata ribadita nella nuova versione del 2010.

ad un partito o nella assunzione di cariche elettive o di governo. Oggi come in passato, le “insidie” possono celarsi anche in quei legami che i magistrati, chiamati in campo come tecnici, stringono nel momento in cui assumono incarichi con forte peso politico¹⁷. Si pensi alla attribuzione, sulla scorta di scelte fiduciarie, di ruoli di alta collaborazione in ambito parlamentare o governativo, quali la partecipazione a gabinetti o uffici legislativi ministeriali, ovvero nel contesto delle cosiddette autorità indipendenti.

Data la delicatezza e la varietà delle questioni, lo stesso Consiglio superiore della magistratura, che governa la vita professionale di giudici e pubblici ministeri, ha fatto più volte sentire la sua voce, a protezione della terzietà e delle indipendenza della giurisdizione. In tale direzione si muovono le delibere relative al collocamento in aspettativa di pubblici ministeri o giudici chiamati a svolgere funzioni di governo in ambito comunale o regionale¹⁸, nonché le circolari sul ricollocamento in ruolo dopo l’esperienza politica¹⁹ laddove prevedono particolari prescrizioni e “paletti”.

Ma l’attività paranormativa dell’organo di governo dei magistrati non appare sufficiente. Occorrono regole “speciali” su “tempi” e “modi” dell’esercizio del diritto di partecipazione attiva alla politica che possono essere stabilite solo dal parlamento. Così, nel 2015, il Consiglio Superiore, esercitando le prerogative di cui all’art.10 della legge n.195 del 1958, ha formulato una proposta organica di riforma rivolta al Ministro della Giustizia su condizioni di accesso ad incarichi politici e conseguenze professionali dello svolgimento di certe funzioni.²⁰

Un primo obiettivo è rendere più stringenti le condizioni di esercizio del diritto all’elettorato passivo, anche per evitare che ruolo e poteri riconosciuti a chi svolge le funzioni giudiziarie influiscano sulla libera formazione del consenso elettorale tra i cittadini, alterando l’equilibrio

17 Sul tema cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, 1999, 191 ss.

18 Cfr. Delibere del 28 aprile 2010 e dell’8 giugno 2011 in www.csm.it sul collocamento in aspettativa del magistrato chiamato a ricoprire la carica di assessore regionale e di assessore comunale nel medesimo ambito territoriale in cui svolge in quel momento le funzioni giudiziarie.

19 Cfr. Circolare P-13378/2014 del 24 luglio 2014 in www.csm.it.

20 Cfr. Delibera del 21 ottobre 2015, “*Rapporti tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro in ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano ricoperto incarichi di Governo ed attività politica e parlamentare*”, in www.csm.it.

della competizione democratica. Si consideri ad esempio, la notorietà che si può acquisire con la titolarità di una indagine o di un processo su personaggi eccellenti che trova la sponda nel sensazionalismo della stampa. Se l'iniziativa è nei tempi calibrata sulle imminenti elezioni, può tradursi in un vantaggio "improprio" per il magistrato che ha deciso di candidarsi.

I presidi attuali, in questa ottica, sono ancora deboli. Sinora solo le leggi elettorali per il parlamento nazionale ed europeo si sono fatte carico del problema. Prevedono sei mesi di "stacco" dalle funzioni giudiziarie prima della candidatura nel territorio (circoscrizione) dove si è prestato servizio, a pena di ineleggibilità²¹. E impongono che, all'atto di accettazione della candidatura nonché durante l'espletamento di tutto il mandato, il magistrato si trovi in aspettativa.

Tuttavia, l'ordinamento nulla dice per le elezioni amministrative e per gli incarichi di governo, nazionale o locale che siano.

Così oggi è possibile che un magistrato si candidi a sindaco o a presidente della regione, a consigliere comunale o regionale, oppure si proponga come assessore di giunta locale, nel medesimo territorio nel quale, senza soluzioni di continuità, ha appena svolto attività giurisdizionali. E può pure accadere che un magistrato possa assumere incarichi politico-amministrativi, anche elettivi, presso enti territoriali, proseguendo contemporaneamente l'esercizio delle funzioni giurisdizionali con il solo limite della diversità degli ambiti territoriali.

Appare evidente, dunque, il rischio di creare una oggettiva confusione di ruoli e di funzioni, di per sé idonea ad appannare l'immagine di imparzialità; e come certi percorsi possano contaminare l'indipendenza e l'autonomia del magistrato.

Su questo punto, il Consiglio Superiore ha proposto di riformare la disciplina in tema di aspettativa obbligatoria e di eleggibilità dei magistrati chiamati a ricoprire cariche pubbliche nelle amministrazioni locali²².

21 Secondo l'art.8 del d.P.R. n. 361 del 30 marzo 1957, "*non sono eleggibili nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici ai quali si sono trovati assegnati o presso i quali hanno esercitato le loro funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura*".

22 Delibera del 21 ottobre 2015, cit.

Per i mandati elettorali si è sollecitata l'estensione della regola vigente per le elezioni al parlamento nazionale, suggerendo pure "una modifica volta ad aumentare il predetto termine di sei mesi, anche differenziando tra cariche elettive e nomine frutto di designazione politica". Con riguardo, poi, agli assessori cosiddetti "esterni", sarebbe opportuno introdurre disposizioni limitative ancor più incisive. Come evidenziato dal Consiglio Superiore: "costoro in quanto nominati senza rivestire una carica nell'organo elettivo corrispondente, verrebbero sostanzialmente cooptati dal *leader* regionale o locale di turno, nel momento dell'assunzione dell'incarico; e quindi solo cautele temporali più robuste potranno fugare il sospetto che le funzioni giudiziarie precedentemente svolte abbiano determinato la "chiamata" del politico".

In realtà le proposte del Consiglio Superiore sull'introduzione di nuovi limiti all'entrata delle toghe in politica da tempo sono oggetto del dibattito parlamentare. Nel corso della XVII legislatura, sono stati presentati disegni di legge in materia di eleggibilità dei magistrati e aspettativa per incarichi di governo nazionale, regionale e locale²³. Uno di questi²⁴, che sostanzialmente accoglieva quelle proposte, è stato approvato solo in un ramo del parlamento (Camera dei Deputati). Poi si è arenato.

Tuttavia, la vera novità si è registrata nel corso della XVIII legislatura, con una proposta proveniente dal ministero della giustizia, nell'ambito di una articolata riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio Superiore della Magistratura. Si pone in discussione una soluzione drastica secondo cui la partecipazione del magistrato alla politica attiva comporta la sostanziale impossibilità di ritornare a svolgere le funzioni giurisdizionali e la sua ricollocazione in altri plessi della pubblica amministrazione²⁵.

23 In materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati cfr. d.d.l. n. 2188 S, d'iniziativa dei senatori Palma, Zanettin e altri presentato il 13 marzo 2014; d.d.l. n. 2770 C d'iniziativa dei deputati Colletti, Agostinelli e altri del 10 dicembre 2014.

24 È la proposta di legge n. 2188.

25 Si tratta del d.d.l. n. 2681 C in materia di "*Delega al governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa, disciplinar, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura*".

5. Verso una scelta irreversibile?

“Prima di fare politica io lascerei la toga o addio credibilità”.

A sostenerlo è l'ex pubblico ministero del pool milanese di “Mani Pulite”, Gherardo Colombo.²⁶ Esprime una idea che da anni pare maggioritaria nel confronto pubblico, pur non riuscendo a tradursi in specifiche opzioni normative.

In altri termini, il nodo vero resta quello della cosiddette “porte girevoli”.

Giurisdizione, politica e ritorno alla giurisdizione. L'ammissibilità del ricollocamento nei ruoli dell'ordine giudiziario dopo lo svolgimento del mandato elettorale o di incarichi di governo viene messa fortemente in discussione.

Per il magistrato, il rientro nelle funzioni giudiziarie al termine di una esperienza di politica attiva, da un lato può determinare una scarsa serenità quando ci si trovi a decidere su ambiti di interesse o anche su questioni politiche che a quella esperienza possano in qualche modo collegarsi o riferirsi. Dall'altro lato, può oggettivamente causare un appannamento dell'immagine di imparzialità concretizzando una inaccettabile crepa alla legittimazione istituzionale e culturale di quel magistrato agli occhi dei cittadini, in nome dei quali la giustizia è amministrata.

Sino ad oggi, il Consiglio Superiore della magistratura facendosi carico delle scarse indicazioni legislative ha stabilito, in sede di normazione secondaria, una serie di limitazioni di natura territoriale e funzionale all'atto del rientro in ruolo²⁷.

Sostanzialmente dopo il mandato elettorale o di governo locale, il magistrato che torna nei ranghi dovrà spostarsi in una regione diversa da quella in cui si è candidato o nella quale ha ricoperto la carica politi-

²⁶ Intervista di L. MILELLA, in «La Repubblica» (17 marzo 2017).

²⁷ Si tratta della circolare P-13378/2014 del 24 luglio 2014. Stabilisce all'art. 124 comma 7 che in ogni caso, il magistrato che abbia svolto il mandato elettorale non può essere assegnato, né vi può essere trasferito per almeno un quinquennio, al distretto o ai distretti ove si trova la circoscrizione territoriale nella quale egli è stato eletto nonché al distretto o ai distretti competenti ex art. 11 c.p.p. All'art 125 comma 2 si prevede che, al termine dell'incarico di governo locale, il magistrato non possa essere assegnato né trasferito per almeno un quinquennio al distretto o ai distretti ove si trova la circoscrizione territoriale nella quale egli abbia ricoperto la carica pubblica, nonché nel distretto o nei distretti competenti ex art 11 c.p.p.

ca-amministrativa, senza potervi rientrare per almeno un quinquennio. Inoltre, sempre per un quinquennio, non potrà esercitare funzioni giudiziarie ad “alta esposizione”, quali ad esempio quelle di pubblico ministero o di giudice delle indagini preliminari, o ricoprire ruoli di vertice dell’ufficio giudiziario come presidente del tribunale o procuratore della repubblica.

In questi termini, ossia sostanzialmente senza soluzioni drastiche, si esprime anche il suddetto disegno di legge votato solo alla Camera dei Deputati nel corso della XVII legislatura.

Ma simili accorgimenti appaiono ancora insufficienti. Soprattutto con riferimento a prolungate esperienze parlamentari o di governo che possono condizionare fortemente la professionalità e la stessa *forma mentis* del magistrato.

D'altronde certi percorsi politico-istituzionali, rendono ancor più grave il profilo dell'apparenza di imparzialità del magistrato in assetti di democrazia (anche solo tendenzialmente) maggioritaria. In quei casi il quadro politico è connotato dalla presenza di due o tre grandi schieramenti contrapposti²⁸. E chi è stato eletto o ha ricoperto un incarico di governo con lo schieramento di maggioranza, rientrando nelle funzioni giudiziarie, verrà percepito agli occhi della opinione pubblica come giudice vicino a chi detiene il potere. Ma analoghe considerazioni potranno valere per chi ha svolto il suo incarico con forze di opposizione perché, grazie al pendolo dell'alternanza, un giorno potrebbero divenire di maggioranza.

Da più parti, quindi, si avanza la soluzione drastica della irreversibilità di certe opzioni. Al magistrato che decide di darsi alla politica dovrebbe impedirsi di rientrare nella giurisdizione, come prevedono alcune disposizioni contenute nel disegno di legge n.2681 proposto nell'estate del 2020 dal ministero della giustizia.

Va ricordato che la nostra Costituzione (art.51) riconosce il diritto di conservare il posto di lavoro a chi ha ricoperto funzioni pubbliche elettive.

Ecco allora che il Consiglio Superiore nel 2015 e il citato disegno di legge n.2681 suggeriscono un lungo transito in altri plessi della ammini-

²⁸ Sul punto N. Rossi, *Democrazia maggioritaria e giurisdizione*, in «Questione Giustizia» (1992), 524 ss.

strazione, seppure prestigiosi quanto l'ordine giudiziario: ad esempio l'Avvocatura dello Stato o la dirigenza pubblica. Sono soluzioni che si fondano su una lettura più ampia del concetto di "posto di lavoro".

In effetti la tutela costituzionale della permanenza del posto di lavoro può essere intesa quale garanzia del mantenimento delle specifiche funzioni pubbliche esercitate prima dell'impegno politico nella misura in cui per qualità, quantità e durata di esso non sembri essere stato reciso il legame culturale e professionale con l'attività giurisdizionale.

Ove, invece, l'allontanamento sia stato radicale e persistente (ultradecennale?) tanto da fare perdere al singolo la traccia intellettuale dell'impegno nella giurisdizione, vanificando irreversibilmente il relativo bagaglio professionale –tanto da far sorgere il dubbio sulla stessa utilità pratica di un apporto professionale tecnicamente ormai destrutturato– la garanzia del mantenimento del posto può probabilmente essere attuata anche con l'attribuzione di una funzione pubblica diversa, purché equivalente sotto il profilo della responsabilità, del livello retributivo e del prestigio professionale.

SPUNTI PER UNA RISCOPERTA DELLA COLPA PER ASSUNZIONE

Daniele Piva

1. La strada in salita di un'imputazione straordinaria

Parlare di colpa per assunzione sembra quasi un'assunzione di colpa, ove in essa si ravvisi il fondamento di imputazioni anticipate capaci di far tremare i polsi, chiamando in gioco principi fondamentali del calibro del *nullum crimen sine lege* e del *nulla poena sine culpa*. E, in effetti, presa alla lettera, l'estrema deriva è proprio quella di una responsabilità per la condotta di vita (*Lebensführungsschuld*) o persino o per l'atteggiamento interiore (*Charakterschuld*), le cui radici affondano nella natura ipotetica di un giudizio basato non più sull'effettivo processo motivazionale del soggetto al momento della commissione del fatto, bensì su quello che avrebbe potuto svolgersi *ex ante* secondo quanto richiesto dall'ordinamento.

Sarà forse questo il motivo per cui ogni sua ricostruzione appare decisamente in salita e per lo più contrassegnata dalla logica, neppure troppo celata, dell'*excusatio non petita, accusatio manifesta*.

Basti pensare, al riguardo, allo sforzo profuso dalla dottrina tedesca per attribuire fondamento legale alle diverse ipotesi di *Übernahmeverschulden* o *Übernahmefahrlässigkeit*¹, in deroga al principio secondo cui l'elemento soggettivo rilevante è solo quello corrispondente al momento della commissione del fatto (*Koinzidenzprinzip*)², e alla analoga elaborazione, in tema di *actio libera in causa*, di modelli di disciplina incentrati ora sulla condotta *praecedens* (*Methode der Umgehung*) ora su quella *subsequens* (*Methode der Reduktion*)³.

1 Su cui v., per tutti, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Beck, 2006, spec. 949 s. 1076, 1105.

2 Per un simile inquadramento v. H.J. BEHRENDT, *Affekt und Vorverschulden. Eine Untersuchung zur strafrechtlichen Differenzierung von Struktur und Funktion menschlicher Selbststeuerung*, Nomos-Verlagsgesellschaft, 1983, 77; G. JEROUSCHECK, *Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht*, in *Jus*, 2001, 417 ss.

3 Per un'ampia ricognizione, volendo, J. HRUSCHKA, *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldenfähigkeit des Täters*, in *SchwZStr* 90, 1974, 311 ss.

Ma che si punti sull'anticipazione della condotta descritta nella fattispecie incriminatrice (*Vorverlegungs- o Ausdehnungs-modell*)⁴ come del suo nucleo materiale di illiceità (*Unrechtsmodell*)⁵ ovvero sulla previsione di una fattispecie *ad hoc* di colposa produzione di tale stato (*Tatbestandsmodell*) rispetto alla quale il comportamento tenuto *ex post* si ponga come condizione obiettiva di punibilità⁶, tutt'al più causalmente derivata⁷, si tratta di un'imputazione comunque straordinaria" con oggetto (*Gegenstand*) diverso dal fondamento (*Grund*), essendo sì punito l'autore per il fatto obiettivamente commesso, ma solo in relazione alla possibilità di evitare *ex ante* la situazione di discolpa (*Shuld o Ausnahme-modell*)⁸.

2. Una forma di precolpevolezza tra *facere e non facere*

Il concetto di riferimento, come noto, è quello della precolpevolezza (*Vorverschulden*)⁹ atto a indicare un giudizio *ante factum* incentrato su

4 Così, nel tempo, C. ROXIN, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, in *Festschrift für K. Lackner*, de Gruyter, 1997, 311 ss.; H. J. HIRSCH, *Zur actio libera in causa*, in *Festschrift für H. Nishihara*, Nomos-Verlag-Ges, 1998, 97 ss.; B. HARDTUNG, *Zur Actio libera in causa*, in *Festschrift für H. Nishihara*, ivi, 105 ss.; R. ZENKER, *Actio libera in causa. Ein Paradoxon als öffentlicher Strafanspruch in einem vom Schuldprinzip geprägten Rechtsstaat*, Lit, 2003, 104-107.

5 E. SCHMIDHÄUSER, *Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Vandenhoeck und Ruprecht, 1992, 29 ss.

6 Cfr., solo tra i più recenti, M. HETTINGER, *Die Vorverschulden*, in *Schuld*, a cura di FISCHER-HOVEN, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2017, 189 ss., 198 s; S. MORGE, *Die actio libera in causa im Rahmen des 21 StGB. Eine rechtsdogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Fälle selbstverschuldeter Trunkenheit im Übrigen*, Kovač, 2015, 214-248; J. RENZIKOWSKI, *Die Verschärfung des § 323a StGB – Preisgabe des Schuldprinzips?*, in *ZStW*, 2000, 476 ss.

7 Sul punto insiste, particolarmente, I. PUPPE, *Grundzüge der actio libera in causa*, in *Jus*, 1980, 346 ss.

8 Insuperabile rimane sul punto J. HRUSCHKA, *Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit – BGHSt 21, 318*, in *Jus*, 1968, 544 ss.; ID., *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*, in *ZStW*, 1984, 661 ss.; ID., *Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten*, in *JZ*, 1997, 24 ss.

9 Tra i massimi studiosi, U. NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden". Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker und Humblot, 1985, 1; U. ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker und Humblot, 1987, 273. In Italia, specialmente, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2018, 454 s; *amplius* R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, 2005, 177-180 e 203-205; E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. VINCIGUERRA-F. DASSANO, Editoriale scientifica, 2010, 513 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Giappichelli, 2011, 39; N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel*

situazioni che, se rimosse o evitate dal soggetto, gli avrebbero consentito di orientarsi come richiesto dall'ordinamento¹⁰.

Ma più che dall'inquadramento teorico è, a nostro avviso, dalla precisa individuazione del precomportamento rilevante (*Vorverhalten*) che occorre muovere per saggiare, senza eccessivo pregiudizio, la reale portata dalla colpa per assunzione, dovendosi anzitutto stabilire se essa si fonda sulla violazione di un obbligo negativo o positivo.

Al riguardo, a noi sembra che, per ragioni connesse tanto al giudizio di tipicità quanto a quello di colpevolezza, debba protendersi per la seconda soluzione.

In primo luogo, perché la violazione dell'obbligo di astensione segna già il superamento della soglia del rischio consentito e, con essa, il perfezionamento del tipo colposo, non essendovi pertanto, neppure a livello concettuale, alcuno spazio per un arretramento del giudizio ad un comportamento precedente¹¹.

In secondo luogo, perché una colpa per mancata astensione non sembra rispondere a pieno alla pretesa comportamentale dell'ordinamento che non vieta *tout court* di intraprendere determinate attività - il cui esercizio può, al contrario, rientrare nello svolgimento della personalità (art. 2 Cost.) o di singole libertà costituzionalmente stabilite (artt. 13, 16 o 41 Cost.) - ma si impone solo di fare *ex ante* quanto necessario per mettersi in condizione, *ex post*, di rispettarne le regole cautelari di svolgimento in modo da assicurarsi, così, la stessa legittimazione ad agire¹².

diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche, Jovene, 2012, 103 ss.; cenni anche in D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, 601 (spec. nota 328). In passato, tra gli studi monografici, solo G. MARINUCCI, *Colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, 203; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, 291 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997, 341.

10 In questi termini R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., 194; N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, cit., 103 ss., spec. 109 ss.

11 Colloca invece il precomportamento in una fase pretipica contrassegnata, già di per sé, da un superamento riconoscibile del rischio consentito antecedente all'inizio della realizzazione della fattispecie colposa, V. MILITELLO, *Modelli di responsabilità penale per incapacità procurata e principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A. STILE, Jovene, 1989, 496 ss.

12 In questi termini E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, cit., 514 ss.

In quest'ottica, l'obbligo di astensione costituisce, semmai, un *quid postorius* diretto non a tutti ma solo a chi, a monte, abbia violato tale obbligo preventivo che pertanto si conferma come oggetto della misura oggettiva della colpa¹³: il giudizio di negligenza si basa, infatti, non tanto sull'astensione del comportamento pericoloso, quanto sulla difformità di un dato comportamento dalla pretesa comportamentale dell'ordinamento¹⁴.

Da questo punto di vista, la colpa per assunzione si caratterizza, dunque, per la violazione di obblighi di *facere*, per lo più di adeguata informazione (*Erkundigungspflicht*)¹⁵, che si atualizzano, però, solo in corrispondenza dell'eventuale effettivo svolgimento delle attività cui la predetta informazione si riferisce. Se, allora, si sposta l'attenzione sull'*actio praecedens*, senza obiettivizzarla in quella *subsequens*, sembra possibile circoscrivere l'oggetto del rimprovero colposo isolando i momenti significativi dell'omissione rilevante in modo da garantire un collegamento tra giudizio di colpevolezza e fatto tipico, attraverso la selezione di quei fattori di individualizzazione in grado di fondare il giudizio di riconoscibilità della regola cautelare su base strettamente personale.

3. Casistica: in pratica e in teoria

A dispetto della sua problematicità concettuale, la casistica interessata dalla colpa per assunzione è la più ampia e varia.

Si va da chi consapevolmente intraprenda un'attività senza i tioli necessari o comunque senza esserne all'altezza fisico-intellettuale ovvero in conseguenza di un errore su norma penale (*Verbotsirrtum*) a chi, più in generale, si ponga in una condizione di impossibilità di adeguarsi ad una pretesa comportamentale giuridicamente predefinita¹⁶.

13 In questo senso v. R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., 147 ss. e 204; N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, cit., 107-109.

14 F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 235 s.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in «RIDPP», 1999, 86 ss., spec. 113; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2018, 149; E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, cit., 514 ss.

15 Così C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., 1076.

16 Esempi dapprima in G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 293 e poi in E. MEZZETTI, *La colpa per assunzione*, cit., 518-522.

Particolare riferimento si opera, in giurisprudenza, alla figura del medico specializzando il quale risulti aver cagionato eventi dannosi nell'esercizio di attività non di mera esecuzione ma caratterizzate da, sia pur limitati, margini di autonomia, pur non essendo in grado di compierle secondo il livello di diligenza richiesto¹⁷.

Ma è soprattutto a livello teorico, nel più ampio richiamo alla categoria della precolpevolezza, che la colpa per assunzione sembra poter sviluppare il suo massimo potenziale. Il pensiero corre, per tutti, alla colpa di organizzazione dell'ente collettivo (*Organisationsverschulden*) nella quale – secondo la tesi notoriamente emersa nell'ambito del dibattito in corso nella dottrina d'Oltralpe sul significato del § 30 della legge tedesca sulle violazioni amministrative (*Ordnungswidrigkeitengesetz*)¹⁸ ma poi ripresa anche in quello insorto in Italia all'indomani dell'emanazione del d.lgs. 231/2001¹⁹ - trova causa l'illecito individuale, secondo uno schema assimilabile a quello dell'*actio libera in causa*. Ma anche in questo caso non può tacersi dell'esigenza di non esaurire il giudizio nella *preventive fault* in sé, prescindendo da quel preciso collegamento col reato commesso *ex post* che definisce lo stesso livello del rischio consentito nell'attività; né, tantomeno, oggettivizzare il rimprovero per violazione di un'aspettativa generalizzata (*generalisierte Erwartung*) dell'ordinamento.

Di recente, si è anche avuto modo di evocare lo schema della colpa per assunzione con riguardo alla valutazione della possibile incidenza delle cd. componenti impulsive della condotta²⁰, sulla base della mancata attivazione *ex ante* di quel potere-dovere di *resistenza* idoneo a evitare la realizzazione del reato *ex post*, mutuando dalla distinzione tra *obbligazione* e *dovere* giuridico (entrambi di comando o divieto) come applicata dalla dottrina tedesca in tema di *actio libera in causa*²¹: se, infatti,

17 Cfr., ad esempio, Cass., sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 6981, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass., sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215, in *Cass. pen.*, 1/2011, 191 ss.; Cass., sez. IV, 10 luglio 2008, n. 32424, *ivi*, 11/2009, 4298 ss.

18 Cfr. K. TIEDEMANN, *Die Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, 1169 ss.

19 Cfr. C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, 167 ss.

20 D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta: tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, *Jovene*, 2020, 423 ss.

21 U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, *Klostermann*, 1989, 24 ss.,

la prima costituisce norma secondaria non immediatamente sanzionata ma derivante dal secondo alla cui inosservanza l'ordinamento risponde, la mancata resistenza ad un impulso criminoso potrebbe inquadrarsi come violazione di quel particolare obbligo di mantenersi in condizioni tali da poter assolvere al precetto penale che impedisce al soggetto di invocare scuse (*Verschulden gegen sich selbst*) nell'ambito di un'imputazione fondata sulla surrogazione del deficit di colpevolezza con la responsabilità per la sua assenza. Per dirla con Roxin²², una sorta di "imprudenza per il diritto" (*Rechtsfahrlässigkeit*) e non "per il fatto" (*Tatfahrlässigkeit*) che, tuttavia, risulta in questo caso epurata dal rischio di un regresso all'infinito *in malam partem* giacché funzionale non tanto a rendere punibile chi viceversa non lo sarebbe quanto piuttosto per valorizzare componenti impulsive i cui effetti tenderebbero altrimenti a rimanere confinati al piano della commisurazione di quella stessa pena incentrata sull'idea dello "scopo" cui il prof. Monaco, cui tali scritti sono dedicati, ha dedicato ampi spazi nelle sue ricerche²³.

4. Cenni conclusivi a rischi, rimedi e prospettive

Per quanto faccia fatica a conciliarsi coi dogmi tradizionali della colpevolezza, la colpa per assunzione si presta, invero, ad esprimere un coefficiente soggettivo riferito a un momento prossimo ma comunque antecedente a quello in cui si realizza la condotta, idealmente riconducibile al processo motivazionale che conduce ad agire, rimanendo impregiudicati i delicatissimi problemi di prova. L'importante è che l'imputazione del precomportamento non risulti astratta non potendosi, per definizione, fondare su una qualsiasi mancanza *ex ante* una responsabilità *in re ipsa* per il *post*. Rischio, questo, sin qui particolarmente avvertito nelle tradizionali ipotesi di colpa per assunzione che riguardano settori dell'ordinamento ampiamente regolati e nelle quali il momento oggettivo della colpa, consistente nell'inizio da parte del soggetto dell'attività senza i requisiti richiesti, può pertanto facilmente sovrapporsi a quello soggettivo che rinvia alla concreta possibilità di rendersi conto della sua inadeguatezza. E al riguardo, si è qui accennato al fatto che, in

spec. 65 ss. e 130.

22 C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., spec. 949 s.

23 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

particolare, un'adeguata ricostruzione della materialità del precomportamento fondata sulla violazione di un *facere*, sia pur prodromica rispetto a quella del *non facere*, può contribuire a personalizzare il giudizio di responsabilità.

Si è visto, poi, come neppure possa escludersi un ricorso *in bonam partem* a questo schema d'imputazione ove, in corrispondenza di un momento immediatamente antecedente a quello della realizzazione della condotta criminosa, si venga ad imporre un giudizio di esigibilità relativamente al controllo di determinati fattori, come quelli impulsivi, la cui rilevanza sembra tuttora limitata al piano del *quantum* e mai dell'*an* della pena. Così concepito, il modello della colpa per assunzione potrebbe peraltro contribuire a una modernizzazione del giudizio e, nel contempo, a una sua apertura alle migliori acquisizioni delle (neuro)scienze di riferimento che ci consegnano ormai un essere umano fatto anche, se non in prevalenza, di impulsi *irresistibili* e azioni *incoscienti* rispetto alle quali anche una colpa *ex ante*, da valutare in concreto senza continuare implicitamente ad ammetterla *ex se*, parrebbe costituire uno di quei tanti e possibili ponti tra l'*essere* e il *dover essere* che, per il suo stesso fondamento di razionalità, il diritto è chiamato a costruire e non a sbarrare.

Insomma, volendo concludere come si è iniziato, può ritenersi che, al netto di comprensibili scetticisimi, ove proiettata nell'ambito di un accertamento in grado di garantire la conformità dei suoi contenuti al principio di personalità mediante adeguata combinazione dell'omissione (*ex ante*) e dell'azione (*ex post*), la colpa per assunzione possa e non debba comportare, dal punto di vista giuridico, alcuna assunzione di colpa.

Volendo mutuare, infine, da quanto affermato dal Prof. Monaco a proposito del recesso dal delitto tentato, potrà pure essere, cioè, "una figlia che dà un sacco di preoccupazioni"²⁴ ma non per questo da ripudiare *in toto*: si tratta solo di chiarirne l'oggetto e i criteri di giudizio, possibilmente senza rassegnazione o indifferenza.

24 L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, Anno XLVII, 1978-79, Nuova Serie A, N. 31, 219.

LIBERA AUTODETERMINAZIONE SU FINE VITA E PUNIBILITÀ DEL SUICIDIO ASSISTITO. ALLA RICERCA DI UN DELICATO EQUILIBRIO

Fabio Antonio Siena

1. Premessa.

Rinviando per una più approfondita analisi del dibattito che ha condotto alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale (e all'ordinanza n. 207/2018 che l'ha preannunciata¹) ai numerosi scritti pubblicati sull'argomento², in questo breve saggio tenterò di fornire una lettura critica delle perduranti limitazioni che, pure a seguito di tale pronuncia, si frappongono alla libera autodeterminazione personale sul fine-vita, in una misura che sembra non del tutto ragionevole, in quanto finisce, come dirò oltre, per produrre disparità di trattamento non giustificate da effettive esigenze di tutela.

Messa da parte ogni considerazione sulla tecnica decisoria, che specie nella *pars costruens* sembra sconfinare in valutazioni di opportunità politica³, mi pare nel merito che vi sia un qualche scollamento tra talune

1 Si ricorda che la questione di legittimità è stata sollevata dalla Corte di Assise di Milano il 14.02.2018, nel processo penale contro Marco Cappato, instauratosi in seguito all'imputazione coatta decisa dal GIP.

2 Si segnalano G. D'ALESSANDO, O. DI GIOVINE (edd.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, 2020; G. FORNASARI, L. PICOTTI, S. VINCIGUERRA (edd.), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019; F. S. MARINI, C. CUPELLI (edd.), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, 2019, nonché i vari articoli nelle successive note.

3 Basti pensare alla dovizia di particolari con cui la Corte individua le procedure di garanzia che dovrebbero accompagnare il suicidio assistito, non rinviando meramente alla L. 219/2017, bensì aggiungendone ulteriori, quale il parere dei Comitati etici. Per A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in «Giustizia insieme» (2019), 3 è una «vera e propria legislazione rivestita delle candide forme della sentenza»; L. RISICATO, *La Consulta e il suicidio assistito. L'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in «LP» (2020), forum *Il suicidio assistito: prospettive di fondo e giurisprudenza costituzionale*, 4; M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in «Osservatorio AIC»

forti prese di posizione di principio della Consulta e le precondizioni sostanziali da essa stessa imposte alla legittimità del suicidio assistito. La necessità che si tratti di persona «tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale»⁴ è cucita su misura intorno alla vicenda di Fabiano Antoniani, ma non trova una compiuta giustificazione teorica di ordine generale⁵. La decisione dello scorso 27 luglio della Corte di Assise di Massa, pur nella formale adesione al *dictum* della Consulta⁶, ne testimonia bene le criticità e ne sperimenta già un superamento.

La Corte costituzionale sicuramente apre una breccia nel datato impianto codicistico e fornisce, in modo più o meno esplicito, l'abbrivio per una rilettura della funzione che il diritto penale può ancora legittimamente svolgere in questo campo, quella cioè di protezione della persona vulnerabile da ogni forma di pressione esterna in scelte di natura personalissima. La Corte stessa, tuttavia, ha omesso di pronunciarsi a monte sul più controverso (e direi essenziale) nodo da sciogliere: l'esistenza di un diritto di decidere se e quando lasciare la vita, come espressione di un più generale diritto della personalità, con la conseguente necessità di trovare un punto di equilibrio, tra interessi collettivi e individuali, che non si traduca mai, peraltro, nel totale sacrificio dei secondi.

L'equiparazione del suicidio assistito alla rinuncia dei trattamenti sanitari "salva-vita" calza in termini di rinvio alle garanzie procedurali previste nella l. n. 219/2017, tuttavia appare insufficiente a giustificare anche la parziale apertura concessa dalla Consulta e, per altri versi, ap-

(2020), 1, 14.

4 C. cost. ord. 207/2018, cons. in dir. 8 e C. cost. sent. 242/2019, cons. in dir. 5, che parla di «aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari».

5 Variamente critici su tale condizione C. CASONATO, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: luci e ombre*, in G. FORNASARI ET AL., op. cit., 95-106:100-101; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle "procedure legittimanti" l'aiuto a morire imposte da Corte cost. n. 242/2019*, in «SP» (2020), 4 e 15-18; G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in «DisCrimen» (2020), 9; A. MANNA, *Convinzioni etico-religiose e principio di laicità. Riflessioni conclusive, con particolare riferimento alla pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in «Diritto penale della globalizzazione» (2019), 3; A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in «DPP» (2019), 6, 805-821:816-818.

6 Funditus F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre DjFabio: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*, in «SP» (2020), *passim*.

pare riduzionistica come metro di selezione dei casi che possono beneficiarne.

Il risultato della mia riflessione, come spiegherò oltre, va, invece, verso il riconoscimento di un generale e rinnovato principio di *habeas corpus* e di una più “democratica” concezione soggettiva della dignità. Non ne consegue l’automatica liceità (o inoffensività, da altro angolo visuale) di ogni intervento per mano altrui in tale spazio riservato alla libertà morale dell’uomo, bensì la necessità di ritagliare una più estesa scriminante per quel “soccorso solidale”, di cui chi non è capace di attuare autonomamente la propria legittima decisione deve poter usufruire.

2. La libertà di autodeterminarsi nel fine vita.

Non v’è unanimità di vedute sul riconoscimento o meno di un diritto all’autodeterminazione della persona nella scelta del se e quando porre fine alla propria vita⁷. Anche a seguito della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento, permane una forte eterogeneità tra chi valorizza in questa direzione la novità normativa⁸ e chi la esclude, riconducendola al ben più ristretto ambito della relazione di cura tra medico e paziente e, quindi, criticando pure l’equiparazione tra il suicidio assistito e l’interruzione delle cure posta dalla Corte costituzionale alla base della sua decisione⁹.

7 Per una valutazione in termini di diritto positivo riconducibile all’art. 8 Cedu, limitabile entro i confini della proporzione, V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in «LP» (2020), forum *Il suicidio assistito*, cit., 3 e 10. In senso favorevole altresì A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in «DisCrimen» (2020), 19. Per una valutazione di illiceità “circoscritta” G. DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con l’altro*, in «LP» (2020), forum *Il suicidio assistito*, cit., 6. Molti autori, invece, escludono l’atto del suicidio dal novero dei fatti giuridicamente rilevanti, ritenendolo meramente tollerato o qualificandolo come libertà di fatto, né approvata né disapprovata dall’ordinamento. In tal senso, mi sembra, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima. La richiesta di assistenza a morire e l’aiuto al suicidio*, in «DPC» (2019), 8.

8 Cfr. M. DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in «Rivista di diritti comparati» (2018), 3, 114-115.

9 Cfr. R. BARTOLI, *L’ordinanza della consulta sull’aiuto al suicidio, Quali scenari futuri?*, in «DPC» (2019), 4-5; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima*, cit., 6 e 16; ID., *Un sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte*

Riconoscono l'esistenza di un vero e proprio diritto a morire, invece, sia il *Bundesverfassungsgericht*, nella recente sentenza con cui ha dichiarato l'illegittimità del §217 StGB sui "servizi" di suicidio assistito¹⁰, sia la Corte di Strasburgo, con progressive aperture *ex art. 8 CEDU*¹¹, la quale, tuttavia, fermo il riconoscimento esplicito del suddetto diritto, ne rimette la possibile limitazione ad un ampio *marge d'appréciation* di ciascuno Stato contraente¹².

Plurimi ordini di ragioni, invero, vengono a sostegno di una soluzione affermativa del diritto in esame.

Anzitutto, non si vede come possa dedursi un dovere giuridico di vivere o di curarsi a partire dal generale dovere di solidarietà sociale, obliterando ogni indicatore di ordine contrario rinvenibile nella trama complessiva della Costituzione. Una lettura di questo tipo, che parrebbe evocare la bio-politica di Foucault¹³, si fonda su un'idea di stampo essenzialmente paternalistico

della Corte costituzionale, in «RIDPP» (2019), 4, 2159-2181:2165; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato, Sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in «DPC» (2019), 6. *Contra* vedi A. VALLINI, *Morire è non essere visto*, cit., 815-816.

10 BVerfG, 2 BvR 2347/15, §208, secondo cui «il diritto generale della personalità come espressione di autonomia personale include anche un diritto alla morte autodeterminata, che include il diritto al suicidio (aa). La tutela dei diritti fondamentali si estende anche alla libertà di chiedere aiuto a terzi e, se offerto, di avvalersene (bb)».

11 V., in particolare, CoEDU, Gross c. Svizzera, n. 67810/2010 del 30.09.2014. Nella motivazione si rilevava: «Any interference under first paragraph of Article 8 must be justified in terms of the second paragraph, namely as being 'in accordance with the law'». Si ritenne, cioè, inadeguato il riferimento a linee-guida non emanate da un'autorità pubblica e caratterizzate da un elevato grado di ambiguità ai sensi dell'art. 8, comma 2 CEDU, per cui le limitazioni all'autodeterminazione devono essere previste dalla legge (*ib.*, §61 e §67 ove si affermava che «Swiss law, while providing the possibility of obtaining a lethal dose [...] on medical prescription, does not provide sufficient guidelines ensuring clarity»).

12 In particolare a partire da CoEDU, Pretty c. Regno Unito, n. 2346/2002, del 29.04.2002. V. pure, CoEDU, Afiri e Biddarri c. Francia, n. 1828/2018, del 23.01.2018 e CoEDU, Gard c. Regno Unito, n. 39793/2017, del 27.06.2017. Per V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., 3 «la c.d. dottrina del margine di apprezzamento nazionale mostra una certa incoerenza interna. Da un lato la Corte riconosce un ampio margine quando il caso richiama temi etici, e dall'altro ammette un margine solo ristretto quando è in gioco la identità personale. Spesso però, come nella materia di cui ora trattiamo, aspetti etici e identità personale sono contemporaneamente presenti». Sulla dottrina del margine di apprezzamento v. S. GREER, *La marge d'appréciation. Interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, ECE, 2000.

13 Cfr. M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Histoire de la sexualité*, vol. 1, Paris, 1976, trad. it. P. PASQUINO, G. PROCACCI, *La volontà di sapere*, Feltrinelli, 1988, spec. 119 ss. L'A. sottolinea in tal senso la trasformazione della politica in bio-politica, che colloca tra il XVII e il XX secolo, «la vecchia potenza della morte in cui simbolizzava il potere sovrano è ora ricoperta accuratamente dall'amministrazione dei corpi e dalla gestione calcolatri-

del rapporto tra Stato e individuo¹⁴. Ma se si esce fuori da tale costruzione, non si comprende in che termini la condotta di chi scelga liberamente di abbandonare la vita possa qualificarsi come antigiuridica (o antidoverosa), non ponendosi di per sé in contrasto con alcun diritto o libertà altrui, né si comprende perché la regola della libertà personale debba, qui soltanto, trovare una generalizzata e invincibile eccezione, nella forma dell'indifferenza dell'ordinamento e, cioè, della mera "libertà di fatto".

Mi pare, piuttosto, che, sullo sfondo di un generale pluralismo etico¹⁵, in cui il legislatore non deve e non può prendere posizione a favore di que-

ce della vita», ib., 123. La vita e i corpi diventano anzi il fulcro della sovranità e la politica diviene bio-politica: «il fatto di vivere non è più il fondo inaccessibile che emerge solo di tanto in tanto nelle vicende della morte e della sua fatalità; esso passa, almeno in parte, nel campo del controllo del sapere e d'intervento del potere [...] è l'assunzione della vita da parte del potere, più che la minaccia dell'uccisione, che gli dà accesso fino al corpo»; ib., 126. Sulla scia di Foucault, il discorso è ripreso ed essenzialmente rivisitato da G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, 1995.

14 In generale cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III, *Harm to self*, OUP, 1986, spec. 3, 52 tanto per la definizione del *legal paternalism* e delle sue varie forme, quanto per la nozione di *personal sovereignty*, nonché, nella dottrina italiana, G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (edd.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli, 2008. Con particolare riguardo al fine vita v. G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in «FI» (2009), 6, 227-237; F. VIGANÒ, *sub art. 50*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (edd.), *Codice penale commentato*, Ipsoa, 1999, 404. Cfr. *contra* A. BOMPIANI, *Considerazioni sul rifiuto e rinuncia al trattamento sanitario*, in M. G. FURNARI, A. RUGGERI (edd.), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Giappichelli, 2010, 17 ove si sostiene che «la cura è un valore che l'individuo deve ricercare e che – di conseguenza – il rifiuto di qualsiasi trattamento sanitario non è un bene né per la persona malata né per la società [...] il paziente, anche se in senso strettamente giuridico non è obbligato a curarsi, riceve però una sollecitazione morale (o se vogliamo un dovere civico) a farlo».

15 Fondamentale qui il richiamo a R. DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Knopf, 9. Nel variegato dibattito bioetico, argomenti favorevoli ad ampi margini di autodeterminazione si trovano, nel pensiero moderno, in D. HUME, *On Suicide*, 1783, ora in T. BEAUCHAMP, R. VEATCH, (edd.), *Ethical Issues in Death and Dying*, II ed., Prentice Hall, 1996, 121-126, e nel pensiero contemporaneo, nel senso di una "quality of life ethic", in P. SINGER, *Rethinking Life and Death. The Collapse of Our Traditional Ethics*, St. Martin's Press, 1994 e J. MCMAHAN, *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, OUP, 2002, 455-492. Per una posizione del tutto più conservatrice, tradizionale è il richiamo a I. KANT, *Metaphysik der sitten*, 1797, trad. it. G. LANDOLFI PETRONE, *Metafisica dei costumi*, Bompiani, 2006, secondo cui «il primo, benché non il più importante, dovere dell'uomo verso sé stesso in relazione alla propria animalità è l'autoconservazione della sua natura animale.». Cfr. per posizioni restrittive J. P. SAFRANEK, *Autonomy and Assisted Suicide. The Execution of Freedom*, in «The Hastings Centre Report» (1998), 4, 32-36.

sta o quella opzione etica¹⁶, ci si debba muovere verso il superamento di una concezione della persona ridotta alla sola dimensione biologica¹⁷ e, per questa via, verso l'affermazione di una generale libertà nelle scelte di contenuto morale, che implica, a sua volta, una relativizzazione della nozione di dignità, intesa come dignità biografica¹⁸. L'art. 32 Cost., pertanto, si pone quale espressione particolare, in campo medico, di un rinnovato *habeas corpus* di ampia latitudine collegato al pieno rispetto della persona umana da parte del legislatore ordinario (comma 2).

3. La punibilità del suicidio assistito, tra esigenze di protezione e sproporzionate ingerenze.

L'ordinamento giuridico limita l'intromissione di terzi nella scelta e nell'attuazione di un proposito suicida attraverso le norme incriminatrici dell'istigazione o aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente, senza che esse implicino, però, un giudizio di disvalore sulla condotta

16 V. *funditus* S. RODOTÀ, *Antropologia dell'“homo dignus”*, in «Rivista critica del diritto privato» (2010), 4, 547-564; ID., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 254. Per l'A. il ruolo del (bio)diritto non è più di pura primazia nella definizione della vita esso, al contrario si compone di «strumenti volti a garantire la persona proprio contro tutti i poteri variamente invasivi del suo corpo». In ciò si staglia un paradosso: il diritto, alla ricerca dell'oggetto della sua tutela e che inevitabilmente contribuisce alla sua definizione (seppure in una dimensione influenzata dal mutamento della coscienza sociale e dall'evoluzione della scienza e della tecnologia), è del tutto privato, dall'altra parte, del potere di “impadronirsene”. Il ruolo dell'ordinamento è quello di «impedire che corpo e vita possano divenire anche oggetto di poteri esterni» e ridistribuire l'assetto dei poteri «come costruzione di uno spazio giuridico tale da assicurare alla persona il potere di governo di sé, il suo ‘pieno sviluppo’ in un contesto socialmente definito».

17 Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, II ed., Feltrinelli, 168 e, nella dottrina penalistica, L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, 11-12.

18 La dignità non deve essere intesa, infatti, come un ostacolo all'agire umano ovvero una predeterminazione del rapporto tra l'uomo e sé stesso che rimanda al consenso o all'utilità collettiva o, ancora, ad una qualche forma di autorità morale istituzionalizzata. Una critica condivisibile è mossa da M. R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in «Rivista critica del diritto privato» (2007), 1, 67-103:75; P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, 2009, 45. Tuttavia, nel senso di una lettura oggettiva della nozione di dignità, si vedano, da ultimo, C. cost. n. 141 del 06.06.2019 e C. cost. n. 278 del 06.11.2019, su cui, in senso fortemente critico, cfr. A. CADOPPI, *La consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione. Verso una legittimazione del moralismo penale?*, in «DPP» (2019), 12, 1653-1665. e ID., *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in «AP» (2019), 1-43:19.

di quella che, nell'economia delle fattispecie, è individuata come persona offesa e, sotto un profilo meramente naturalistico, concorrente necessario nel reato.

Quest'ultima puntualizzazione non è priva di significato, in quanto ne discende che il diritto di cui si è più sopra affermata l'esistenza non si estende di per sé stesso ad altri soggetti, con funzione scriminante, secondo le cadenze dell'art. 119 c.p.¹⁹, in quanto non si può parlare in questo caso di reati plurisoggettivi in senso stretto²⁰.

È proprio nell'intangibilità della vita per mano altrui che si sostanzia la funzione della norma penale. Detto in altri termini, la criminalizzazione di tali fatti pone una sorta di cintura di protezione a favore della persona offesa dal reato, in virtù della sua peculiare vulnerabilità, limitandone solo indirettamente e verso l'esterno la libertà di scelta.

La stessa Consulta ritiene che la norma incriminatrice di cui all'art. 580 c.p. si fondi sulla necessità di «scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»²¹. In quest'ottica si potrebbe par-

19 La tesi tradizionale, invero, nega l'applicabilità alla fattispecie plurisoggettiva impropria anche delle disposizioni sul concorso di persone in funzione di disciplina. Così F. GRISPIGNI, *Il reato plurisoggettivo*, in «ADPP» (1942), 377, ora in ID., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, vol. II, Giuffrè, 1950, 220. Parzialmente contrario R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, 1956, 177. Nella dottrina più recente, invece, ne ammettono l'applicabilità *ex multis* F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 1982, 507-511; M. GALLO *Apunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, 2003, 238-239; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, ed. V, CEDAM, 2007, 539; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, ed. VIII, Giuffrè, 2003, 572.

20 Alla base della conclusione sta la distinzione tra fattispecie plurisoggettiva impropria in senso naturalistico e in senso normativo. In senso conforme cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 537 e 540; I. MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Dike, 2016; I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Giuffrè, 2006, 237. Così già F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 508, con riferimento ai reati di usura, corruzione di minorenni e sfruttamento della prostituzione, ove precisa che «anzi, a rigore, unicamente a tale sottogruppo si addice la nuova denominazione proposta, giacché nell'altro uno soltanto è il soggetto attivo del reato».

21

C. cost. ord. 207/2018, cons. in dir. 6, conclude che «Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di

lare di un pericolo di offesa all'autodeterminazione della persona, posto, però, in via generale come presunto dal legislatore. Su di esso poggerebbe, in ultima analisi, la perdurante legittimità della norma.

In questa premessa può rinvenirsi la rilevanza in materia delle scriminanti procedurali²², tanto quella prevista dal legislatore per l'interruzione dei trattamenti salva-vita, quanto quella introdotta in via analogica dalla Consulta per alcune circoscritte ipotesi di suicidio assistito. Le garanzie formali, infatti, consentono di neutralizzare o quantomeno di rovesciare la presunzione legale che sta sullo sfondo dell'incriminazione.

una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto.». Evidente qui è l'influenza della Corte di Strasburgo, dove afferma: «Doubtless the condition of terminally ill individuals will vary. But many will be vulnerable and it is the vulnerability of the class which provides the rationale for the law in question. [...] Clear risks of abuse do exist, notwithstanding arguments as to the possibility of safeguards and protective procedures» (CoEDU, *Pretty c.* Regno Unito, cit., §§37 ss. e, in part., §39 e §74). Conforme A. MANNA P. GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale*, in ID. (ed.), *Dal diritto vigente al diritto vivente. Casi, problemi e soluzioni*, Dike, 2018, 58-81:69-70 che parla di «un mutamento prospettico nella ricostruzione del bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p., che possa incentrare il fuoco protettivo sulla libertà di autodeterminazione del singolo»; G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., secondo cui «si tratterebbe di fattispecie di pericolo astratto in rapporto al rischio che la scelta di non continuare a vivere sia assunta quale effetto di una volontà viziata o immatura, ovvero manifestata in circostanze che non consentano adeguate opportunità di ripensamento». Tale lettura è avallata, ancorché in senso critico, anche da R. BARTOLI, *L'ordinanza della consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 4-5 per cui «se si ritiene che soggetti vulnerabili, là dove protetti, possano comunque assumere decisioni contro la propria vita, a maggior ragione tali decisioni potrebbero essere assunte da soggetti che vulnerabili non sono. Con la conseguenza che lungo questo percorso si potrebbe arrivare ad affermare che è legittimo anche il suicidio di chi non si trova in condizioni di malattia irreversibile».

22 La categoria è stata elaborata nella dottrina penalistica tedesca da W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtsfertigungen*, in *Festschrift fuer Ernst Gottfried Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994, 731-752, per il quale accanto alle cause di giustificazione "sostanziali", che si fondano su un diritto migliore che prevale su quello violato dalla norma penale e la cui esistenza non può dipendere da una semplice scelta dell'agente, esistono cause di giustificazioni procedurali. Nei casi eticamente sensibili, quali l'interruzione della gravidanza e l'eutanasia, l'ordinamento eccezionalmente non è in grado di decidere *ex ante* quale sia la scelta giusta, in quanto mancherebbe un "sapere specifico", e, pertanto, pone solo le condizioni affinché il soggetto stesso possa operarla. Cfr. M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali. Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in «RIDPP» (2007), 4, 1269-1286; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 27 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, ESI, 2018.

All'interprete però sarebbe preclusa un'ulteriore estensione per analogia della causa di giustificazione²³ prevista dalla L. 219/2017, rientrando senz'alcun dubbio la stessa nel novero delle norme eccezionali²⁴, in quanto concepita all'interno della relazione di cura tra medico e paziente, al cui oggetto è estraneo il suicidio assistito: si tratta, cioè, di una lacuna normativa "intenzionale".

D'altra parte, il ricorso alla tecnica della scriminante procedurale non esime l'interprete dal dovere di scandagliarne l'interesse sostanziale presupposto²⁵. La Consulta ha evitato di riconoscere espressamente che esso vada individuato nella libertà di autodeterminarsi a morire, riferendosi in modo criptico alla limitazione della «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle cure, comprese quelle finalizzate a

23 Sull'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem* l'orientamento tradizionale, secondo l'insegnamento di F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, §890, è favorevole. Così, altresì, PESSINA e ROCCO, che concepisce la norma penale come eccezionale e le scriminanti come eccezioni alla eccezione (espressive della regola). Tale lettura è stata sottoposta ad una serrata revisione critica. Cfr. F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo Codice*, vol. I, CEDAM, 1932, 409; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, CEDAM, 1933, 144; B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Jovene, 1955, 134; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, 1975, 117; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, vol. I, Giuffrè, 1965, 304-306. In senso contrario i sostenitori della teoria dell'antigiuridicità generica o obbiettiva, tra cui G. DELITALA, *Analogia in "bonam partem"*, in «RIDP» (1936), 605-612:608 e 612; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in «RIDP» (1983), 1190-1240:1239 e, nello stesso senso, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, ed. VII, Zanichelli, 2014, 121-122; A. MANNA, *L'antigiuridicità e le scriminanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (edd.), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, UTET, 2013, 212-238:221-225, *contra*, invece, T. PADOVANI, *Diritto penale*, ed. X, Giuffrè, 2012, 37-39. Ma si veda altresì, nello stesso senso, tra i fautori della concezione bipartita, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 79-83.

24 Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, ed. V, Giappichelli, 2013, 151-152 e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 73-76.

25 M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1277 e 1285 osserva che la procedura «resta servente rispetto al rilievo del bene che la legge ritiene nel conflitto prioritario». Cfr. pure, da ultimo, in parziale disaccordo, M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 14, secondo cui la procedura «si basa su presupposti di diritto sostanziale inerenti a diritti della persona (cure, salute, dignità, autodeterminazione, trattamento di fine-vita etc.), e sfocia in un provvedimento che costituisce doveri-poteri in capo a terzi, così assicurando al diritto una piena attuazione giuridica. Essa non crea dunque un diritto, ma lo verifica sussistente *ex ante*, prima della realizzazione del fatto tipico, il quale rimane in essere dopo il compimento della condotta, e non è per questo né approvato, né tantomeno censurato (neppure moralmente) dall'ordinamento, ma semplicemente autorizzato e reso operativo».

liberarlo dalle sofferenze»²⁶. Ma è proprio quello, a ben vedere, il campo di autonomia che appare compromesso in modo sproporzionato dalla norma penale, posto che nelle ipotesi di suicidio assistito non si tratta di somministrare terapie, né di scegliere una cura. Ecco allora che la condizione sostanziale della necessità dei “trattamenti di sostegno vitale” spezza totalmente la coerenza della motivazione, vincolandola troppo al caso concreto.

4. Il soccorso solidale.

Questo stato di cose comporta un sacrificio totale dell'autonomia della persona sul fine vita, almeno in tutte quelle situazioni in cui le sia materialmente impossibile esercitare tale libertà senza l'aiuto altrui. I presupposti sostanziali indicati dalla Consulta producono una disparità di trattamento rimessa non già ad un razionale principio ordinatore, bensì ai caratteri e al tipo della malattia, per quanto ugualmente idonea a produrre sofferenze non sopportabili.

A mio avviso, proprio in questi casi-limite non si porrebbero ostacoli al riconoscimento dello stato di necessità, nella forma del soccorso “solidale”, a seguito di una genuina e spontanea richiesta del malato. Ovvio che questa soluzione si regge su quanto argomentato sopra, e, cioè, sull'affermazione dell'esistenza di un vero e proprio diritto a por fine alla propria vita e sulla concezione della norma penale come una limitazione solo indiretta di esso. A tal fine potrebbe valorizzarsi la progressiva espansione della nozione di danno alla persona richiesta dall'art. 54 c.p.²⁷, ritenuta capace di comprendere la lesione di ogni diritto della personalità, mentre l'assenza di qualsiasi rimedio azionabile consentirebbe di incontrare il requisito dell'inevitabilità del danno.

²⁶ C. cost. ord. 207/2018, cons. in dir. 9

²⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 413 per cui deve essere inteso «in senso ampio, comprensivo cioè tanto della personalità fisica (vita, incolumità, libertà di movimento) quanto della personalità morale (riservatezza, onore, libertà morale, pudore e libertà sessuale»; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 176 che ritiene «può essere dato anche dall'offesa di qualsiasi “diritto inviolabile dell'uomo”»; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 260, secondo cui comprende «i beni della personalità morale, siano o meno tutelati penalmente (libertà fisica, morale, sessuale, onore, riservatezza)»; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 320-321; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, ed. V, CEDAM, 2012, 262; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 447-448; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 263. Per l'orientamento contrario v. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 221.

Del resto la stessa Consulta ha scomposto temporalmente l'efficacia della sua pronuncia, valorizzando, per il passato, il ricorso a garanzie procedurali equiparabili a quelle della L. 219/2017 che, proprio secondo queste cadenze, assume un valore scriminante indiretto: nella presa d'atto che l'aiuto di un terzo costituiva l'unica via d'uscita da una condizione esistenziale non più ritenuta conforme alla propria visione di vita dignitosa.

Quest'ultimo, in conclusione, mi sembra l'unico parametro di riferimento possibile, onde evitare che la norma penale da strumento di protezione della persona vulnerabile, divenga, invece, o rischi di divenire, strumento di ingerenza morale dello Stato in un fondamentale esercizio di libertà del singolo.

**IL 'DASPO': UNA MISURA COSTITUZIONALMENTE PROBLEMATICAMENTE.
OSSERVAZIONI SUL «DIVIETO DI ACCESSO AGLI ESERCIZI PUBBLICI
E AI LOCALI DI PUBBLICO TRATTENIMENTO» [(ART. 11 CO. 1 LETT. B)
D.L. N. 130/2020].**

Mariangela Telesca

1. Premessa

Il decreto-legge n. 130/2020¹, conosciuto come “decreto immigrazione”, recentemente entrato in vigore, interviene nei settori dell’immigrazione e della sicurezza delle persone. Si tratta di un provvedimento che era stato preannunciato nell’immediatezza dell’insediamento del nuovo Governo con il preciso compito di modificare i precedenti decreti-sicurezza (c.d. decreti Salvini, n. 113/2018 e n. 53/2019) con particolare riferimento al trattamento degli immigrati extracomunitari. Oltre alle modifiche concernenti il fenomeno dell’immigrazione, il recente provvedimento, sotto il profilo della sicurezza pubblica, non si discosta dai precedenti interventi orientandosi, *more solito*, lungo una triplice direttiva:

a) rigorismo sanzionatorio (si veda ad esempio l’ampliamento delle cornici edittali di cui all’art. 391-*bis* c.p. per effetto dell’art. 8 del d.l. n. 130/2020, oppure l’inasprimento del regime sanzionatorio per i soggetti coinvolti in risse);

b) emanazione di nuove fattispecie di reato per fatti, tutto sommato, già coperti da altre figure criminose (si pensi alla previsione di una nuova fattispecie di reato, art. 391-*ter* c.p. introdotto dall’art. 9 d.l. n. 130/2020, per chi introduce o detiene all’interno di istituti penitenziari telefoni cellulari o dispositivi mobili di comunicazione) o all’implementazione delle misure di prevenzione e contrasto al traffico di stupefacenti via internet mediante l’ampliamento delle possibilità di oscurare i siti *web* utilizzati per la commissione di reati in materia di sostanze stupefacenti;

¹ Recante «*Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*», 5.10.2020, in *Gazz. Uff.* 21.10.2020, in vigore dal 22.10.2020.

c) anticipazione della tutela attraverso ampliamenti della discussa categoria, per i ben noti problemi di costituzionalità, delle misure di prevenzione specialpreventive (*ante o praeter delictum*).

Il d.l. n. 130/2020, art. 7, interviene ancora una volta sulle disposizioni di cui all'art. 131-bis c.p., già oggetto di precedenti modifiche (art. 1, co. 1 l. n. 77/2019), con un'azione di contenimento delle ipotesi di esclusione della causa di non punibilità. Tale restrizione non cambia l'impostazione di fondo del provvedimento in ordine alla sicurezza delle persone. Del resto, lo stesso art. 131-bis c.p. presenta una nuova possibilità di esclusione della particolare tenuità in caso di oltraggio a magistrato in udienza (art. 343 c.p.); in queste ipotesi l'offesa è ritenuta non di lieve tenuità².

In quest'ottica di rafforzamento del 'sistema' della sicurezza pubblica risaltano le innovazioni concernenti il divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento (c.d. 'Daspo urbano').

2. Il 'Daspo': una storia trentennale.

Il c.d. Daspo – ricostruito nei termini di misura di prevenzione atipica³, vanta origini risalenti (art. 6 l. n. 401/1989 in tema atti di violenza commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive⁴) – ha visto continuamente accrescere le possibilità applicative⁵, non solo all'interno del

2 Norma com'è noto sottoposta al vaglio di costituzionalità dal Tribunale di Torino ordinanza del 5 febbraio 2020, n. 93 per contrasto con gli artt. 3, 27 co. 3 e 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 49 co. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella parte in cui esclude che l'offesa possa ritenersi di particolare tenuità, tra l'altro, nei casi di cui all'art. 337 c.p., quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni. Tra le diverse ragioni addotte il giudice remittente evidenziava, in particolare, un profilo di irragionevolezza nella scelta di escludere a priori la possibilità di particolare tenuità per l'oltraggio a un pubblico ufficiale (ex art. 341 bis c.p.); in tal senso cfr. G. MENTASTI, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità (23 ottobre 2020)*, in «SP», 2020.

3 Cass. 7 novembre 2003, n. 42744, Malfa, Rv. 226362; L. FILIPPI-M.F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2011, 39; A. BONOMI-G. PAVICH, *Daspo e problemi di costituzionalità*, in, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1432283220BONOMI_PAVICH_2015.pdf (Consultato: 31 ottobre 2020).

4 L'art. 6 è stato sostituito dall'art. 1 del d.l. n. 717/1994; la rubrica («Divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive») è stata modificata dall'art. 1 del d.l. n. 336/2001.

5 L'art. 6 è stato oggetto di molteplici interventi: il co. 1 è stato sostituito, da ulti-

settore della violenza sportiva, ma anche in ambiti diversi e, soprattutto, attraverso la previsione di presupposti sempre più slegati dalla commissione di 'fatti' di reato.

Con riferimento alle trasformazioni del Daspo⁶, l'originaria figura subiva, com'è noto – per effetto dell'art. 2 co. 1 lett. a), b) e c) del d. l. n. 119/2014 (poi l. n. 146/2014) di modifica delle disposizioni concernenti il provvedimento del Questore in tema divieto di accesso alle manifestazioni sportive (art. dell'art. 6 co. 1 l. n. 401/1989) – un primo ampliamento risultando applicabile anche ai gruppi di persone e, dunque, non più solo al singolo (c.d. Daspo di gruppo).

Una seconda trasformazione si verificava con il d.l. n. 14/2017 che com-

mo, dall'art. 13 del d.l. n. 53/2019 poi l. n. 77/2019; il co. 1-*bis* è stato inserito dall'art. 2 del d.l. n. 8/2007 conv. in l. n. 41/2007; il co. 1-*ter* è stato inserito dall'art. 13 del d.l. n. 53/2019; il co. 2 risulta sostituito dall'art. 1 del d.l. n. 336/2001; lo stesso provvedimento ha inserito il co. 2-*bis* e sostituito il co. 3 poi modificato dall'art. 2 del d.l. n. 119/2014 conv. dalla l. n. 146/2014; il co. 5 è stato sostituito dall'art. 1 del d.l. n. 336/2001, modificato dall'art. 1 d.l. n. 162/2005 conv. dalla l. n. 210/2005, dall'art. 2 del d.l. n. 8/2007, dall'art. 2 d.l. n. 119/2019 e ancora modificato dall'art. 1 d.l. n. 53/2019; il co. 6 è stato sostituito dall'art. 1 del d.l. n. 336/2001, modificato dall'art. 1 d.l. n. 28/2003 conv. dalla l. n. 88/2003, dall'art. 1 del d.l. n. 162/2005 e ulteriormente innovato dall'art. 2 del d.l. n. 8/2007; il co. 7 veniva modificato dall'art. 1 del d.l. n. 336/2001, dall'art. 1 del d.l. n. 162/2005, dall'art. 2 del d.l. n. 8/2007, dall'art. 13 d.l. n. 53/2019; il co. 8-*bis* veniva aggiunto dall'art. 2 del d.l. n. 119/2014 e mod. dall'art. 13 d.l. n. 53/2019; il co. 8-*ter* è stato aggiunto dall'art. 13 d.l. n. 53/2019. Sull'evoluzione normativa emanata, in conseguenza di gravi episodi di violenza negli stadi, attraverso il classico strumento della decretazione d'urgenza, cfr. di A. BONOMI - G. PAVICH, *Daspo e problemi di costituzionalità*, cit.

6 In proposito nell'ambito di un'ampia letteratura cfr. A. CACCIARI, *Le misure di prevenzione della violenza nel tifo sportivo: problemi di compatibilità costituzionale*, in «Riv. dir. sport.» (1999), 2-3, 335-348; M. F. CORTESI, *Le norme contro la violenza negli stadi: tra misure di prevenzione e processo penale*, AV Cagliari, 2005; ID., *Il procedimento di prevenzione della violenza sportiva*, Cedam, 2008, 52; E. LO MONTE, *Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza negli stadi: un 'calcio' ai teppisti e due ai principi dello stato di diritto*, in «CP» (2005), 4, 1463-1483: 1467; F. CURI, *La fretta che l'onestade ad ogni atto dismaga*, in «CP» (2007), 5, 2259-2588: 2261; O. FORLENZA, *Previsto per un minimo di tre mesi il divieto di accesso alle manifestazioni*, in «GD» (2007), 9, 32-36; D. PERUGIA, *Violenza negli stadi ed arresto in flagranza "differita": vecchie e nuove perplessità*, in «GI» (2008), 8-9, 2044-2048; G. CAPPELLO, *Divieto di accesso alle manifestazioni sportive ed eccesso di potere: un'ipotesi critica*, in «Foro amm.» (2009), 9, 2387-2410; A. MONTAGNA, *"DASPO" ed effetti della violazione del termine a difesa in sede di convalida del provvedimento del questore*, in «CP» (2010), 3, 1104-1111: 1105; P. GARAFFA, *La nuova normativa contro la violenza negli stadi: qualche piccolo passo in avanti, ed un grosso passo indietro*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/autori/675-paolo-garaffa> (Consultato: 3 novembre 2020); ID., *Normativa antiviolenza negli stadi: novità giurisprudenziali, in federalismi.it* (2018), 6, 1-68.

portava un ampliamento dei poteri del Sindaco e del Questore in tema di sicurezza urbana. Invero il Capo II del d.l. n. 14/2017 è rubricato: «Disposizioni a tutela della sicurezza delle città e del decoro urbano». Più in dettaglio gli artt. 9 e 10 del richiamato decreto introducono il c.d. Daspo urbano⁷; la prima norma riconosce al Sindaco il potere di allontanamento (oltre alla sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da cento a trecento euro) per chiunque ponga in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle «aree interne (e) delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze». L'art. 10 dispone al co. 1 che copia del provvedimento di allontanamento predisposto dal sindaco debba essere comunicato al Questore competente per territorio. Ciò in quanto il provvedimento di allontanamento costituisce il presupposto affinché il Questore possa adottare un provvedimento motivato di divieto d'accesso; questo viene adottato qualora vengano reiterate le condotte sanzionate nell'art. 9 comma 1 e 2 e allorché il Questore ritenga che dalla condotta in oggetto possa derivare pericolo per la pubblica sicurezza. Il provvedimento consiste nel divieto, non superiore a sei mesi, di accesso ad una o più delle aree indicate nell'art. 9; nel caso in cui il soggetto destinatario abbia ricevuto una sentenza definitiva o confermata in appello per reati contro il patrimonio, il divieto non potrà essere inferiore ai sei mesi e superiore a due anni. In caso di mancato adeguamento al divieto, il d.l. n. 113/2018 ha previsto un aumento della pena dell'arresto da sei mesi a un anno.

Per effetto del decreto-legge n. 113/2018, l'utilizzo degli istituti dell'allontanamento e del divieto di accesso venivano estesi ai presidi sanitari e alle aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati e pubblici spettacoli. Inoltre, è stata aumentata la durata del provvedimento a carico dell'interessato quando ricorrono circostanze ritenute di particolare disvalore e sono state introdotte sanzioni penali in caso di inottemperanza al divieto.

⁷ È stato evidenziato sul punto che più correttamente dovrebbe parlarsi non di Daspo urbano ma di "D.A.L.PU." (Divieto di accesso a luogo pubblico), da G. NAPOLITANO - M. ORLANDO - E. BEZZON - F. PICCIONI, *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città - Note di commento al d.l. 20 febbraio 2017 n. 14*, Maggioli, 2016, 44; L. M. DI CARLO, *Prime riflessioni sul c.d. "Daspo urbano"*, in *federalismi.it* (2017), 17, 1-19: 8; F. VERGINE, *Misure urgenti del governo per la sicurezza urbana - Il c.d. daspo urbano e la tutela del decoro - D.l. 20 febbraio 2017, n. 14 convertito in l. 48/2017 - disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*, in «*Comuni d'Italia*» (2017), 4/5, 15-24.

Il recente d.l. n. 130/2020 interviene sul d.l. n. 14/2017 conv. con mod. nella l.n. 48/2017 e segnatamente sull'art. 13-*bis* (inserito dall'art. 21 co. 1-*ter* d.l. n. 113/2018 conv. con mod. dalla l. n. 132/2018) modificando il comma 1 nei termini riportati in nota⁸.

3. Il 'Daspo urbano' e l'ampliamento dei poteri del Questore.

Il d.l. n. 130/2020 apporta delle modifiche al c.d. 'Daspo urbano' in ordine ai presupposti applicativi. Infatti, la precedente versione di cui al d.l. n. 14/2017 riconosceva al Questore il potere di emissione del divieto di accesso a determinati luoghi (le aree indicate dall'art. 9), «nei casi di reiterazione delle condotte di cui all'art. 9, commi 1 e 2». Occorre che il destinatario della misura avesse posto in essere condotte impeditive dell'accessibilità e della fruizione delle infrastrutture, fisse e mobili, fer-

8 Il comma 1 dell'art. 13-*bis* viene sostituito dai seguenti commi:

«1. Fuori dei casi di cui all'articolo 13, nei confronti delle persone denunciate, negli ultimi tre anni, per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze degli stessi, o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio ovvero aggravati ai sensi dell'articolo 604-*ter* del codice penale, qualora dalla condotta possa derivare un pericolo per la sicurezza, il Questore può disporre il divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico trattenimento specificamente individuati in ragione dei luoghi in cui sono stati commessi i predetti reati ovvero delle persone con le quali l'interessato si associa, specificamente indicati. Il Questore può altresì disporre, per motivi di sicurezza, la misura di cui al presente comma anche nei confronti dei soggetti condannati, anche con sentenza non definitiva, per taluno dei predetti reati.

1-*bis*. Il Questore può disporre il divieto di accesso ai pubblici esercizi o ai locali di pubblico trattenimento presenti nel territorio dell'intera provincia nei confronti delle persone che, per i reati di cui al comma 1, sono state poste in stato di arresto o di fermo convalidato dall'autorità giudiziaria, ovvero condannate, anche con sentenza non definitiva.

1-*ter*. In ogni caso, la misura disposta dal Questore, ai sensi dei commi 1 e 1-*bis*, ricomprende anche il divieto di stazionamento nelle immediate vicinanze dei pubblici esercizi e dei locali di pubblico trattenimento ai quali è vietato l'accesso».

2) al comma 2, le parole «al comma 1» sono sostituite dalle seguenti: «ai commi 1 e 1-*bis*»;

3) al comma 3, le parole «al comma 1» sono sostituite dalle seguenti: «ai commi 1 e 1-*bis*»;

4) al comma 4, le parole «dal comma 1» sono sostituite dalle seguenti: «dai commi 1 e 1-*bis*»;

5) al comma 6, le parole «del divieto» sono sostituite dalle seguenti: «dei divieti e delle prescrizioni» e le parole «da sei mesi ad un anno e con la multa da 5.000 a 20.000 euro» sono sostituite dalle seguenti: «da sei mesi a due anni e con la multa da 8.000 a 20.000 euro».

roviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano e delle relative pertinenze (art. 9 co. 1) e che da tali condotte potesse derivare pericolo per la sicurezza delle persone.

Con il d.l. n. 113/2018 in sede di conversione veniva aggiunto l'art. 13-*bis* nelle disposizioni di cui al d.l. n. 14/2017 a tenore del quale il Questore poteva disporre per ragioni di sicurezza, nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi ovvero in locali di pubblico trattenimento, per delitti non colposi contro la persona e il patrimonio « il divieto di accesso agli stessi locali o ad esercizi pubblici analoghi, specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi».

Il recente provvedimento n. 130/2020 amplia il novero dei destinatari del 'Daspo urbano' e il numero dei reati ipotizzati; invero, nella nuova disposizione rientrano non solo i soggetti condannati con sentenza definitiva o confermata in grado di appello ma anche le persone denunciate, negli ultimi tre anni, per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze degli stessi. Per quanto concerne i reati presupposti, utili all'applicazione del divieto di accesso, accanto ai delitti non colposi contro la persona o il patrimonio vengono richiamati i delitti aggravati ai sensi dell'art. 604-*ter* c.p., vale a dire i reati commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso.

L'attuale versione del c.d. 'Daspo urbano', dopo le modifiche apportate dal d.l. n. 130/2020, consente, dunque, la possibilità di disporre il divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico trattenimento per un numero alquanto ampio di persone, qualora dalla condotta delle stesse possa derivare un pericolo per la sicurezza. L'aspetto maggiormente innovativo – e allo stesso tempo maggiormente problematico – della misura preventiva è dato dall'ampliamento del numero dei destinatari, dal pericolo per la sicurezza e dalla semplice denuncia.

Le novità apportate dalla novella del 2020 accentuano le difficoltà applicative del 'Daspo urbano' e sollevano qualche riflessione sotto molteplici

profili: a) in primo luogo per quanto attiene all'ampliamento delle categorie dei soggetti destinatari; b) poi, per l'indeterminatezza della disposizione con riferimento alla locuzione «immediate vicinanze»; c) e, infine, in ordine al giudizio prognostico relativamente al pericolo per la sicurezza.

Sotto il primo profilo viene in rilievo il fatto che le modifiche apportate all'art. 13-*bis* rendono applicabile il 'Daspo urbano' in seguito alla *semplice denuncia* seppur in qualche modo agganciata alla commissione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze degli stessi, o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio ovvero aggravati dalle finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (comma 1). Non si comprende sul punto la previsione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 13-*bis* che riconosce al Questore il potere di disporre il divieto di accesso nei confronti delle persone che, per i reati di cui al comma 1, «sono state poste in stato di arresto o di fermo convalidato dall'autorità giudiziaria, ovvero condannate, anche con sentenza non definitiva». Il primo nodo da sciogliere è dato dall'individuazione dei destinatari e cioè se le due norme (di cui ai commi 1 e 1-*bis*) si riferiscano a soggetti diversi oppure alle stesse persone. Propendiamo per la seconda ipotesi che risulta comprovata dall'uso dei termini «altresì» e «anche» utilizzati dal legislatore (art. 13-*bis* co. 1 secondo alinea). Ne discende, a nostro avviso, che la disposizione consente di applicare il 'Daspo urbano' nei confronti di coloro che sono stati semplicemente denunciati e nei confronti delle persone condannate anche con sentenza definitiva o che si trovino in stato di fermo o di arresto.

Sul piano della scarsa precisione del comando va segnalato che la disposizione consente di applicare la misura del divieto di accesso non solo ai pubblici esercizi o ai locali di pubblico trattenimento ma anche nelle ipotesi di «stazionamento nelle immediate vicinanze» degli stessi luoghi (art. 13-*bis* co. 1-*ter* dopo le modifiche apportate dal d.l. n. 130/2020). L'inciso «immediate vicinanze» compare due volte nella stessa norma: la prima con riferimento alla commissione di gravi disordini nelle «immediate vicinanze» dei pubblici esercizi; la seconda con riferimento allo «stazionamento». La locuzione senza alcuna ulteriore specificazione finisce per conferire all'organo di polizia un potere discrezionale pressoché illimitato nello stabilire la portata del divieto per quanto concerne l'indicazione dei luoghi.

Ancora più problematico è il riferimento al «pericolo per la sicurezza». Il Questore dovrebbe ricavare dalla semplice denuncia nei confronti di determinati soggetti l'eventuale pericolosità per la sicurezza. Ora, mentre con riferimento ad alcuni soggetti (art. 13-bis co. 1 secondo alinea) il Questore può utilizzare le conoscenze derivanti dalla sentenza di condanna ancorché «non definitiva» e, dunque, può attingere notizie utili all'accertamento del pericolo per la sicurezza, gli stessi supporti non si rinvencono nelle ipotesi di mera denuncia e, pertanto, la configurabilità del divieto di accesso resta, sostanzialmente, affidata al mero *intuitus* dell'organo di polizia che dovrà prevedere la possibile insorgenza del pericolo per la sicurezza delle persone. In sostanza il legislatore prevede «giudizi prognostici senza preoccuparsi del se e del come verranno effettivamente eseguiti»⁹.

4. Il problema del giudizio prognostico sul pericolo per la sicurezza.

Le varie applicazioni del Daspo urbano dovevano spingere, viceversa, il legislatore a prevedere specifici presupposti utili a fondare il divieto; infatti le passate esperienze hanno portato alla luce risultati disparati: dalla duplicazione di divieti già esistenti (come per le ordinanze che imponevano di non sfruttare la prostituzione o cedere stupefacenti) alla introduzione di divieti non imposti dalla legge, ma pertinenti a comportamenti considerati «rischiosi»¹⁰.

Invece, la disposizione così come formulata «trasferisce» sul Questore la complessa valutazione sulla possibile insorgenza del pericolo per la sicurezza delle persone e chiama, ancora una volta, la prassi a celebrare «il trionfo della prognosi «intuitiva»»¹¹.

In assenza di qualunque indicazione legislativa il compito del Questore «non è affatto facile» essendo chiamato a «mettere d'accordo tre realtà distinte ed almeno apparentemente inconciliabili, quali: l'interesse alla libertà (...) da parte del reo; l'obbligo statale di difesa sociale in situazioni

9 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 150.

10 G. LEO, *La Consulta dichiara illegittima la norma che consentiva ordinanze dei sindaci, anche non contingibili e urgenti, in materia di sicurezza urbana*, <https://archivio-dpc.dirittopenaleuomo.org/d/516-corte-cost-7-aprile-2011-n-115-pres-de-siervo-rel-silvestri-ordinanze-sindacali-in-materia-di-sicur> (Consultato: 31 ottobre 2020).

11 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo'*, cit., p. 144.

non liquet, e l'attuale incapacità del sistema penale di produrre prognosi soddisfacenti»¹². Il Questore deve formulare un giudizio prognostico affidandosi esclusivamente al proprio intuito¹³ di modo che riprendendo le considerazioni di estrema attualità, nonostante i circa quarant'anni trascorsi, svolte dall'illustre Onorando – a cui sono dedicate queste brevi considerazioni – il «giudizio a struttura probabilistica, quale necessariamente (...) è quello di tipo prognostico, non può che svolgersi per approssimazione»¹⁴. L'unica certezza, è stato altresì sostenuto si ha nel rischio di utilizzare determinate misure di prevenzione quale surrogato della repressione penale¹⁵ che rappresenta una componente insopprimibile delle decisioni prognostiche.

Non è questa la sede per affrontare questioni di più ampio respiro o ripercorrere le posizioni dottrinali inerenti alla stessa costituzionalità delle misure di prevenzione¹⁶, né, tanto meno, ripercorrere l'andamento a volte ondivago della giurisprudenza della Corte costituzionale in ordine ai profili di legittimità del 'Daspo'¹⁷ ma solo ribadire che quando è in gioco la libertà delle persone, in qualunque forma limitata, il legislatore dovrebbe muoversi con particolare cura valutando il fenomeno nella sua interezza, rinunciando ad atteggiamenti simbolico-populistici.

La semplice denuncia appare oggettivamente inadeguata a poter fondare un giudizio di pericolosità ma sufficiente a giustificare provvedimenti che comunque incidono sulle libertà costituzionalmente protette della persona.

12 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo'*, cit., p.147.

13 Sulle prognosi penali, quali «enunciazioni di probabilità sul futuro comportamento legale dei soggetti» G. KAISER, *Criminologia* (Müller, Juristischer Verlag, 1979), trad. it. a cura di E. MORSELLI-C. BLONC STEINER, Giuffrè, 1985,138; più in generale sull'incertezza dei giudizi ancorati a previsioni cfr. W. HASSEMER, *Einführung die Grundlagen des Strafrechts*, Verlag CH Beck, 1981, 244; H. SCHÖCH, *Kriminalprognose*, in G. KAISER-F. SCHÖCH, *Kriminologie/Jugendstrafrecht/Strafvollzug*², LMU München,1982, 85.

14 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo'*, cit., 122.

15 F. MANTOVANI, *Diritto penale*¹⁰, Cedam, 2017, 856, secondo cui le misure di prevenzione se accertate sulla base di elementi di fatto criminologicamente significativi possono fondare un verosimile giudizio prognostico di pericolosità sociale.

16 Per una «incostituzionalità in radice» delle misure di prevenzione, già F. BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Giuffrè, 1975, 43, ora in F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, (1997), 873:947.

17 Per una completa ricostruzione degli orientamenti della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità cfr. A. BONOMI-G. PAVICH, *Daspo e problemi di costituzionalità*, cit., 20.

Pur nutrendo un 'naturale' rifiuto (di derivazione costituzionale) verso le misure di prevenzione, l'eventuale mantenimento nel nostro sistema penale passa attraverso una serie di previsioni, lucidamente anticipate dalla dottrina, decenni orsono, ma di disarmante attualità. Nel contesto di un ampio studio a cui si rinvia – per esigenze di spazio – estrapoliamo, ad esempio, la «costruzione di modelli prognostici razionali e consistenti in grado di avviare la riconversione dell'attività della prassi entro livelli un po' più accettabili di controllabilità e trasparenza»¹⁸.

18 L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo'*, cit.,162.

DIE ERÖFFNUNG FORMELLER ERMITTLUNGEN IN DER „SITUATION“ IN AFGHANISTAN - DER INTERNATIONALE STRAFGERICHTSHOF IM RINGEN UM RECHT UND POLITISIERUNG

Nicolai von Maltitz

Es ist mir eine außerordentliche Freude, einen eigenen Festschriftbeitrag für den geehrten Jubilar verfassen zu dürfen. Mein Beitrag befasst sich mit einer der jüngsten Entwicklungen am Internationalen Strafgerichtshof (IStGH), welche Wissenschaft und Praxis in den letzten Jahren in Unruhe, zwischenzeitlich gar Aufruhr, versetzte. Wenige Entwicklungen offenbaren den Widerstreit zwischen Recht und Politisierung am IStGH unverhohlener als die Frage nach der Eröffnung formeller Ermittlungen der Anklagebehörde in der „Situation“ in Afghanistan. Als Schlaglicht auf den gegenwärtigen Zustand des Völkerstrafrechts und insbesondere des IStGH hoffe ich, auch dem Jubilar hiermit eine anregende Lektüre bieten und so meinen Glückwünschen Ausdruck verleihen zu können.

1. A - Vorermittlungen und Beantragung formeller Ermittlungen durch die Chefanklägerin

Die Entscheidung um die Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan beschäftigt den IStGH nicht erst seit Kurzem. Bereits 2006 entschied sich die Anklagebehörde (*Office of the Prosecutor*, ‚OTP‘), damals noch unter der Leitung von Chefankläger *Luis Moreno Ocampo*, informelle Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan einzuleiten.¹ Nachdem Gerüchte zur geplanten Beantragung formeller Ermittlungen durch die OTP von der Zeitschrift *Foreign Policy* unter Be-

1 Ein jährlicher Bericht zu den Vorermittlungen der Anklagebehörde erscheint erst seit 2011, das genaue Datum der Eröffnung der Vorermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan ist nicht bekannt, wird von der OTP allerdings auf 2006 datiert, siehe ICC (OTP), *Situation in Afghanistan, Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15*, ICC-02/17-7-Red, 20. November 2017, Rn. 22.

rufung auf interne Kreise schon im Oktober 2016 verbreitet wurden,² entschloss sich Chefanklägerin *Fatou Bensouda* erst am 20. November 2017, solche Ermittlungen tatsächlich zu beantragen.³ Afghanistan war bereits am 10. Februar 2003 dem Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (Rom-Statut/IStGH-Statut) beigetreten, sodass der Gerichtshof ab diesem Zeitpunkt gem. Art. 11, 12(2) IStGH-Statut grundsätzlich die Gerichtsbarkeit für Taten, die entweder auf dem Hoheitsgebiet Afghanistans oder durch dessen Staatsangehörige begangen wurden, innehat. Mangels einer Überweisung der „Situation“ durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (UNSR) oder eines Mitgliedsstaats erforderte der Antrag der Chefanklägerin zur Eröffnung formeller Ermittlungen *proprio motu* (Art. 13(c), 15 IStGH-Statut) die Genehmigung der zuständigen Vorverfahrenskammer gem. Art. 15(4) IStGH-Statut. Ein näherer Blick in den Antrag der Chefanklägerin offenbart, dass sich die beantragten Ermittlungen nicht nur auf mutmaßliche Verbrechen afghanischer Staatsbürger (insb. Angehöriger der Taliban und der afghanischen Streitkräfte) und nicht einmal nur auf afghanisches Territorium erstreckten sollten. Im Gegenteil, die Chefanklägerin beantragte zudem die Ermittlung von Verbrechen durch Angehörige der Streitkräfte und des Auslandsgeheimdienstes *Central Intelligence Agency* („CIA“) der Vereinigten Staaten von Amerika („USA“), welche mutmaßlich auch auf dem Staatsgebiet anderer Mitgliedstaaten (namentlich Polen, Rumänien und Litauen) begangen wurden.⁴ Damit nahm die Chefanklägerin insbesondere mutmaßliche Verbrechen in den Jahren 2003-2004 in den Blick, welche in US-Geheimgefängnissen im Kontext des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes in Afghanistan verübt wurden, der sich im Anschluss an die Attentate des 11. September 2001 entfachte.⁵ Entsprechend des einschlägigen Kriteriums nach Art. 15(3) des IStGH-Statuts fand die Chefanklägerin, dass eine hinreichende Grundlage bestand, formelle Ermittlungen anzustellen. Hierfür stellte sie gem. Regel 48 der Verfahrens- und Beweisregeln („RPÈ“) i.V.m. Art. 53(1) IStGH-Statut fest, dass hinreichende Verdachtsgründe vorlagen, dass Verbrechen in der Gerichtsbarkeit des IStGH in der „Situation“ in Afghanistan begangen,

² <https://foreignpolicy.com/2016/10/31/exclusive-international-criminal-court-poised-to-open-investigation-into-war-crimes-in-afghanistan/> (zuletzt aufgerufen am: 1.12.2020).

³ ICC (OTP), ICC-02/17-7-Red, 20. November 2017, siehe Fußnote 1.

⁴ ICC (OTP), ICC-02/17-7-Red, 20. November 2017, Rn. 4, siehe Fußnote 1.

⁵ ICC (OTP), ICC-02/17-7-Red, 20. November 2017, Rn. 187 ff., siehe Fußnote 1

Ermittlungen zulässig im Sinne des Art. 17 IStGH-Statuts (insb. Komplementarität und Schwere-Erfordernis) waren und solche nicht ausnahmsweise nicht im Interesse der Gerechtigkeit („interests of justice“) lagen.⁶

Für die rechtliche Bewertung der im Folgenden thematisierten Entscheidungen der Vorverfahrenskammer und der Appeals Chamber gilt es zudem zu vermerken, dass die Chefanklägerin in ihrem Antrag zwar einzelne Vorfälle zum Beleg ihres Verdachtes darstellte und analysierte, grundsätzlich aber darüberhinausgehend ebenfalls beantragte, im Rahmen der formellen Ermittlungen auch andere Vorfälle in den Blick zu nehmen, die in ausreichender Weise mit der „Situation“ in Afghanistan verbunden waren („sufficiently linked to the authorised situation“).⁷

B - Die Entscheidung der Vorverfahrenskammer

Nach länglichen Verhandlungen erließ die Vorverfahrenskammer II ihre Entscheidung zum Antrag der Chefanklägerin erst am 12. April 2019, in welcher sie formelle Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan zurückwies.⁸ Trotz der erwartbaren politischen Verwerfungen, die eine positive Entscheidung der Vorverfahrenskammer, insbesondere bezüglich der Genehmigung von Ermittlungen auch gegen (vormalige) US-amerikanische Staatsdiener, unweigerlich mit sich gebracht hätte,⁹ erschien die Ablehnung solcher Ermittlungen unerwartet¹⁰ und erntete unmittelbare scharfe Kritik der völkerstrafrechtlichen Wissenschaft.¹¹ Ihre einstimmig erlassene Entscheidung gem. Art. 15(4) IStGH-Statut stützte die Vorverfahrenskammer auf die von der Chefanklägerin zur Feststellung der hinreichenden Grundlage formeller Ermittlungen

6 ICC (OTP), ICC-02/17-7-Red, 20. November 2017, *passim*, siehe Fußnote 1.

7 ICC (OTP), ICC-02/17-7-Red, 20. November 2017, Rn. 38, siehe Fußnote 1.

8 ICC (PTC II), *Situation in Afghanistan, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, 12. April 2019.

9 Siehe hierzu unter D.

10 M. CORMIER, JICJ 16 (2018), 1043, 1045.

11 So insbesondere in den einschlägigen völkerstrafrechtlichen Blogs, siehe zum Beispiel K.J. HELLER, *OpinioJuris*, 13. April 2019, abrufbar unter <http://opiniojuris.org/2019/04/13/one-word-for-the-ptc-on-the-interests-of-justice-taliban/>; S. VASILIEV, *EJIL: Talk!*, 19. April 2019, verfügbar unter <https://www.ejiltalk.org/not-just-another-crisis-could-the-blocking-of-the-afghanistan-investigation-spell-the-end-of-the-icc-part-i/#more-17118> (zuletzt aufgerufen am 1.12.2020).

herangezogenen Kriterien des Art. 53(1) IStGH-Statut.¹² Grundsätzlich bestätigte die Kammer hierbei die Schlussfolgerung der Chefanklägerin, dass ein hinreichender Verdacht vorlag, dass der Gerichtsbarkeit unterliegende Verbrechen in der „Situation“ in Afghanistan begangen wurden, welche auch das Komplementaritäts- und Schwere-Erfordernis erfüllten.¹³ Allerdings sah sich die Kammer zudem dazu berufen, positiv feststellen zu müssen, dass formelle Ermittlungen auch im Interesse der Gerechtigkeit gem. Art. 53(1)(c) IStGH-Statut lägen.¹⁴ In nur zehn Randnummern auf knapp über drei Seiten kam die Kammer dann zu dem Ergebnis, dass ein solches Gerechtigkeitsinteresse nicht vorlag. In ihrer erstaunlich kurzen Begründung beschrieb die Kammer zunächst die fehlende Definition und nähere Konturierung des Begriffs durch den Wortlaut des IStGH-Statuts und stützte ihre Auslegung daher auf Erwägungen zu den übergeordneten Zwecken des Rom-Statuts, insbesondere den Kampf gegen die Straflosigkeit.¹⁵ Aus diesen leitete die Vorverfahrenskammer das Grunderfordernis ab, dass formelle Ermittlungen nur dann im Einklang mit dem Interesse der Gerechtigkeit lägen, wenn sie durchführbar und sinnhaft wären. Hierfür müssten diese insbesondere innerhalb eines vernünftigen zeitlichen Rahmens zu effektiven Ermittlungen und Anklagen führen können.¹⁶ In Anbetracht der beträchtlichen Zeit, die zwischen der Begehung der mutmaßlichen Verbrechen und dem Antrag der Chefanklägerin verstrichen war, der Kooperationsunwilligkeit der betroffenen Staaten und der insgesamt als gering eingeschätzten Wahrscheinlichkeit, relevanter Beweismittel und möglicher Angeklagte habhaft werden zu können, schloss die Kammer, dass die Erfolgsaussichten formeller Ermittlungen dementsprechend äußerst beschränkt waren.¹⁷ Im Hinblick auf die Interessen der Opfer, welche gem. Art. 53(1)(c) IStGH-Statut explizit in die Erwägungen zum Gerechtigkeitsinteresse einbezogen werden sollen, nahm die Kammer in ihrem Schlusssatz an, dass unter gegebenen Umständen formelle Ermittlungen nur zu Enttäuschung und gar Feindseligkeit derselben gegenüber dem Gericht führen würden.¹⁸

12 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 29 und *passim*, siehe Fußnote 8.

13 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 87, siehe Fußnote 8.

14 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 87 ff., siehe Fußnote 8.

15 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 89, siehe Fußnote 8.

16 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 89 f., siehe Fußnote 8.

17 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 91-96, siehe Fußnote 8.

18 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 96, siehe Fußnote 8.

Zudem beachtenswert erscheint, dass sich die Mehrheit der Kammer¹⁹ in einem *obiter dictum* dazu äußerte, in welchem umgrenzten Rahmen sie formelle Ermittlungen in Afghanistan überhaupt nur gestattet hätte, wenn das Interesse der Gerechtigkeit vorgelegen hätte. Entgegen des Antrags der Chefanklägerin, ihre Ermittlungen auch über die benannten Vorfälle hinausgehend, auf solche Geschehnisse zu erstrecken, die grundsätzlich in die Gerichtsbarkeit des IStGH fielen und in ausreichender Weise mit der „Situation“ in Afghanistan verbunden waren, hätte die Vorverfahrenskammer formelle Ermittlungen auf solche Ereignisse beschränkt, die im Antrag der Chefanklägerin explizit aufgeführt waren oder eng mit diesen verbunden sind („closely linked“).²⁰ Die Kammer wehrte sich demnach explizit gegen einen vermeintlichen „Blankoscheck“ zur Ausweitung der Ermittlungen durch die Anklagebehörde²¹ und schloss insbesondere Ermittlungen bezüglich solcher Taten und Tätergruppen aus, welche nicht im Antrag der Chefanklägerin benannt waren und demnach auch solche Verbrechen, die sich erst nach dessen Einreichung ereigneten.²²

C - Die Entscheidung der Appeals Chamber

In Folge des durch die Vorverfahrenskammer II (teilweise) zugelassenen Rechtsmittelantrags der Chefanklägerin²³ erging am 5. März 2020 das einstimmige Urteil der Appeals Chamber.²⁴ Dieses änderte die ursprüngliche Entscheidung der Vorverfahrenskammer selbst ab, indem sie die Einleitung formeller Ermittlungen durch die Chefanklägerin gestattete.²⁵ Die Appeals Chamber stützte ihr Urteil allerdings nicht auf

19 Zur in diesem Punkt ausdrücklich divergierenden Ansicht von Richter ANTOINE KESIA-MBE MINDUA, siehe ICC (PTC II), *Situation in Afghanistan, Concurring Opinion of Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua*, ICC-02/17-33-Anx, 31. Mai 2019, Rn. 4-15.

20 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 40 f., siehe Fußnote 8.

21 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 42, siehe Fußnote 8.

22 ICC (PTC II), ICC-02/17-33, 12. April 2019, Rn. 69, siehe Fußnote 8.

23 ICC (PTC II), *Situation in Afghanistan, Decision on the Prosecutor and Victim's Request for Leave to Appeals the 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan'*, ICC-02/17-62, 17. September 2019.

24 ICC (AC), *Situation in Afghanistan, Judgment on the Appeal Against the Decision on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, 5. März 2020.

25 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 79, siehe Fußnote 24.

eine andere Bewertung des Interesses der Gerechtigkeit, welche nach Ansicht der Appeals Chamber grundsätzlich gar nicht von Nöten war. Nichtsdestotrotz ließ es sich die Appeals Chamber nicht nehmen, in lediglich einer Randnummer ihre Ablehnung der zum Gerechtigkeitsinteresse ergangenen Entscheidung der Vorverfahrenskammer nahezu beiläufig in einem *obiter dictum* klar zum Ausdruck zu bringen.²⁶ Deren Bewertung beurteilte die Appeals Chamber mit harten Worten als oberflächlich, spekulativ und letztendlich unbegründet. Zudem übersähe die Vorverfahrenskammer die negative Formulierung des Art. 53(1) (c) IStGH-Statut, welche eben kein positives Erfordernis der Feststellung eines Gerechtigkeitsinteresses erfordere. Bezüglich des von der Vorverfahrenskammer fehlenden Interesses der Opfer an formellen Ermittlungen entgegnete die Appeals Chamber, dass die Vorverfahrenskammer es versäumt habe, gegenteilige Äußerungen der Opfer in ihre Beurteilung einbezogen zu haben. Die Ausführungen zum Interesse der Gerechtigkeit erwiesen sich letztendlich allerdings nicht als entscheidend für den Ausgang des Rechtsmittelverfahrens, da die Appeals Chamber befand, dass dieses Kriterium durch die Vorverfahrenskammer in der Entscheidung zur Bestätigung der Aufnahme formeller Ermittlungen von vornherein nicht anzuwenden gewesen wäre.

So nahm die Appeals Chamber das Verhältnis von Art. 15 IStGH-Statut und Art. 53(1) IStGH-Statut näher in den Blick. Bezüglich *proprio motu* Ermittlungen betonte die Appeals Chamber, dass Art. 15 IStGH-Statut der Vorverfahrenskammer erst dann eine Rolle zuspreche, wenn die Chefanklägerin bereits zum Ergebnis gekommen war, dass eine hinreichende Grundlage für formelle Ermittlungen gegeben sei. Wenn die Vorverfahrenskammer solche Ermittlungen dann gem. Art. 15(4) IStGH-Statut genehmigt, müsse die Anklagebehörde nicht gem. Art. 53(1) IStGH-Statut noch ein zweites Mal darüber befinden, ob eine hinreichende Grundlage für diese bestehe.²⁷ Nach Ansicht zumindest der Mehrheit der Appeals Chamber²⁸ normierten Art. 15 IStGH und Art. 53(1) IStGH daher

26 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 49, siehe Fußnote 24.

27 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 32, siehe Fußnote 24.

28 Einschränkung bezüglich der hierdurch ebenfalls ausgeschlossenen Kontrollkompetenz der Vorverfahrenskammer bezüglich eines Entschlusses der Chefanklägerin im Gerechtigkeitsinteresse keine formellen Ermittlungen *proprio motu* zu beantragen, ICC (AC), *Situation in Afghanistan, Separate Opinion of Judge Luz des Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the Appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*,

unterschiedliche Rechtsregime für die Aufnahme formeller Ermittlungen einerseits *proprio motu* durch die Chefanklägerin und andererseits in Folge einer Staaten- oder Sicherheitsratsüberweisung.²⁹

Die Appeals Chamber betonte, dass Art. 15(4) IStGH-Statut das Interesse der Gerechtigkeit nicht explizit als notwendiges Kriterium für die Genehmigung von *proprio motu* Ermittlungen nenne und lediglich danach frage, ob eine hinreichende Grundlage zur Eröffnung formeller Ermittlungen und die notwendige Gerichtsbarkeit des IStGH diesbezüglich bestehe.³⁰ Während Regel 48 RPE für die Beurteilung einer solchen Grundlage durch die Chefanklägerin gem. 15(3) IStGH-Statut zur Beantragung formeller Ermittlungen die Einbeziehung aller in Art. 53(1) IStGH-Statut erforderliche, gäbe es für die Überprüfung ebendieses Antrags durch die Vorverfahrenskammer keinen entsprechenden Verweis für die Anwendbarkeit der in Art. 53(1) IStGH-Statut genannten Kriterien.³¹ Die Appeals Chamber schloss daraus, dass bei der Beurteilung und Überprüfung der hinreichenden Grundlage für formelle Ermittlungen durch Chefanklägerin und Vorverfahrenskammer unterschiedliche Kriterien herangezogen werden müssten. Während die Chefanklägerin hierbei auf Grund des Verweises der Regel 48 RPE auch das fehlende Gerechtigkeitsinteresse und die weiteren Kriterien des Art. 53(1)(b), (c) IStGH-Statut einzubeziehen habe, beschränke sich die Überprüfung durch die Vorverfahrenskammer auf die Voraussetzungen, welche explizit in Art. 15(4) aufgezählt seien.³² Wichtig erschien es der Appeals Chamber klarzustellen, dass nicht die Voraussetzung der hinreichenden Grundlage für formelle Ermittlungen an sich, sondern lediglich die notwendigen Kriterien zu deren Feststellung divergierten.³³ Die Überprüfung des Antrags zur Aufnahme formeller Ermittlungen durch die Vorverfahrenskammer beschränkte die Appeals Chamber daher auf die Beurteilung der tatsächlichen Grundlage solcher Ermittlungen, das heißt, ob ein hinreichender Verdacht für die Begehung von Verbrechen bestand, die unter die Gerichtsbarkeit des IStGH fielen, wobei das Vorliegen der normativen Kriterien des fehlenden Gerechtigkeitsinteresse aber auch des

ICC-02/17-138-Anx-Corr, 6. März 2020, *passim*.

29 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 33, siehe Fußnote 24.

30 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 34, siehe Fußnote 24.

31 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 35, siehe Fußnote 24.

32 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 35, 37, siehe Fußnote 24.

33 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 36, siehe Fußnote 24.

Komplementaritäts- und Schwere-Erfordernisses nicht von der Vorverfahrenskammer zu beanstanden seien. Die Appeals Chamber fand das Rechtsmittelverfahren bezüglich der Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan somit bereits darin begründet, dass die Vorverfahrenskammer ihre Ablehnung formeller Ermittlungen auf das fehlende Gerechtigkeitsinteresse gestützt hatte.³⁴

Mit der Begründung, dass die Vorverfahrenskammer bereits zu dem Ergebnis gekommen war, dass eine solche hinreichende tatsächliche Grundlage i.S.d. Kriterien des Art. 15(4) IStGH-Statut vorlag, genehmigte die Appeals Chamber formelle Ermittlungen gleich selbst, ohne die Frage noch einmal an die Vorverfahrenskammer zurückzuverweisen.³⁵ Daraus ergab sich das – mutmaßlich nicht ungelegene – Erfordernis für die Appeals Chamber, zur Frage des Umfangs formeller Ermittlungen Stellung zu beziehen, zu der sich die Vorverfahrenskammer nur in *obiter dictum* geäußert hatte. Auch diesbezüglich nahm die Appeals Chamber die gegenteilige Position zur Vorverfahrenskammer ein. So kam sie zu dem Ergebnis, dass die Chefanklägerin nur dann ihren Auftrag zur Ermittlung der Wahrheit gem. Art. 54(1) IStGH-Statut in adäquater Weise erfüllen könne, wenn ihre formellen Ermittlungen nicht von vornherein auf solche Geschehnisse beschränkt würden, die bereits in ihrem Antrag benannt waren.³⁶ Die Appeals Chamber genehmigte demnach schlussendlich formelle Ermittlungen in dem Rahmen, wie sie von der Chefanklägerin ursprünglich beantragt worden waren.³⁷

D - Politische Reaktionen der US-Administration

Der lange und steinige Weg zu formellen Ermittlungen des IStGH in der „Situation“ in Afghanistan lässt sich auch rechtlich nur durch Einbeziehung des politischen Hintergrunds der Entscheidungen und insbesondere der Politik der USA einordnen. Die Beziehung der USA zum IStGH war bereits unter der Präsidentschaft von *George W. Bush* als offen feindselig zu kennzeichnen.³⁸ Zwar verbesserte sich dieses unter

34 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 46, siehe Fußnote 24.

35 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 53 f, siehe Fußnote 24.

36 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 60, siehe Fußnote 24.

37 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 79, siehe Fußnote 24.

38 OCHS, *Notre Dame Law Review* 95 (2019), 89, 91 f.; M. CORMIER, *JICJ* 16 (2018), 1043, 1045 m.w.N.; R. O'KEEFE, *CRIA* 24 (2011), 335, 336.

der Administration von *Barack Obama*, allerdings sollte das nicht über auch deren klare Opposition gegen die Entscheidung der Chefanklägerin, Mitglieder der US-amerikanischen Streitkräfte und der CIA in ihre Vorermittlungen der „Situation“ in Afghanistan in den Blick zu nehmen, hinwegtäuschen.³⁹ Nach anfänglicher „Ruhe vor dem Sturm“ suchte die Politik der US-amerikanischen Regierung unter *Donald Trump* angesichts der immer wahrscheinlicher werdenden Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan die offene Konfrontation mit dem IStGH. Am 10. September 2018 hielt der damalige Sicherheitsberater der USA *John Bolton* eine scharfzüngige Rede, in der er dem IStGH die Legitimität grundsätzlich absprach.⁴⁰ Kurz vor der Entscheidung der Vorverfahrenskammer entzog die USA der Chefanklägerin dann am 4. April 2019 das Visum als Reaktion auf ihre Ermittlungstätigkeiten.⁴¹ Kommentatoren mutmaßten daher, dass sich die Vorverfahrenskammer in ihrer Entscheidung, formelle Ermittlungen nicht zu genehmigen, letztendlich dem politischen Druck der USA beugten.⁴² Der damalige Präsident *Donald Trump* bezeichnete die Entscheidung der Vorverfahrenskammer dementsprechend unverhohlen als „Sieg“.⁴³ Deren Umkehr durch die Appeals Chamber führte dann zum bisherigen Tiefpunkt der auch bis dahin keineswegs als entspannt zu bezeichnenden Beziehungen zwischen IStGH und USA. Am 5. März 2020 gab *Mike Pompeo*, damaliger Außenminister der USA, in Folge des am gleichen Tag ergangenen Urteils der Appeals Chamber, eine harsche Drohung in Richtung des IStGH als Pressemitteilung an die Weltöffentlichkeit.

„Today, the International Criminal Court (ICC) Appeals Chamber authorized an investigation into the alleged activities of the Taliban and U.S. and Afghan personnel related to Afghanistan. This is a truly breathtaking

39 Siehe hierzu das *State Department Briefing* vom 15. November 2016 durch *Elizabeth Trudeau*, verfügbar unter <https://www.c-span.org/video/?418576-1/state-department-briefing> in Minute 15:48-32:17 (zuletzt aufgerufen am 1. November 2020).

40 Der volle Text der Rede vor der *Federalist Society* ist verfügbar unter <https://www.americanrhetoric.com/speeches/johnboltonfederalistsociety2018.htm> (zuletzt aufgerufen am 1. November 2020); siehe hierzu auch J. GALBRAITH, AJIL 113 (2019), 169, *passim*.

41 Siehe hierzu J. GALBRAITH, AJIL 113 (2019), 625, *passim*.

42 So zum Beispiel S. VASILIEV, EJIL: Talk!, 20. April 2019, verfügbar unter <https://www.ejiltalk.org/not-just-another-crisis-could-the-blocking-of-the-afghanistan-investigation-spell-the-end-of-the-icc-part-ii/>

43 <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-from-the-president-8/> (zuletzt aufgerufen am 1.12.2020).

*action by an unaccountable political institution, masquerading as a legal body. [...] The United States is not a party to the ICC, and we will take all necessary measures to protect our citizens from this renegade, so-called court.*⁴⁴

Im Früh-Sommer 2020 ließ die *Trump* Administration ihren düsteren Drohungen dann ernste Taten folgen. Am 11. Juni 2020 erließ Präsident *Donald Trump* eine *Executive Order*⁴⁵, die in der Möglichkeit formeller Ermittlungen gegen (ehemalige) Staatsdiener der USA durch den IStGH eine Gefahr für die nationale Sicherheit und Außenpolitik feststellte und einen „nationalen Notstand“ diesbezüglich ausrief, um weitreichende Sanktionsmöglichkeiten zu gewährleisten. So ermöglicht das Präsidentielle Dekret insbesondere das Einfrieren des Vermögens von Nichtstaatsangehörigen, die unmittelbar oder mittelbar daran beteiligt sind, ohne Zustimmung der USA, gegen (ehemalige) US-amerikanische Staatsdiener zu ermitteln, solche festzunehmen, zu inhaftieren oder strafrechtlich zu verfolgen. Nichtstaatsangehörige, die solche Tätigkeiten lediglich materiell unterstützen, können ebenfalls entsprechend sanktioniert werden. Auch die Einreisemöglichkeit der betroffenen Personen, ihrer nächsten Familienangehörigen und derer, die durch das Außenministerium als Angestellte oder Abgesandte des IStGH ausgemacht wurden, wird grundsätzlich ausgesetzt. Am 2. September erließ *Mike Pompeo* entsprechende Sanktionen gegen Chefanklägerin *Fatou Bensouda* und ein weiteres Mitglied der Anklagebehörde.⁴⁶ Der IStGH betrachtet die US-amerikanischen Sanktionen als „schwerwiegenden Angriff gegen das Gericht“,⁴⁷ 74 Mitgliedsstaaten des Gerichts, darunter 10 Mitglieder des UNSR,⁴⁸ die EU und Menschenrechtsorganisationen verurteilten die

44 *Executive Order* 13928, 11. Juni 2020, verfügbar unter <https://www.state.gov/icc-decision-on-afghanistan/> (zuletzt aufgerufen am 1.12.2020).

45

<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-blocking-property-certain-persons-associated-international-criminal-court/> (zuletzt aufgerufen am 1.12.2020).

46 <https://www.state.gov/actions-to-protect-u-s-personnel-from-illegitimate-investigation-by-the-international-criminal-court/> (zuletzt aufgerufen am 1.11.2020), siehe auch B. VAN SCHAACK, ILM FirstView (29. Oktober 2020), 1, passim.

47 <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1535> (zuletzt aufgerufen am 1.12.2020).

48 <https://new-york-un.diplo.de/un-en/news-corner/-/2411644>; <https://new-york-un.diplo.de/un-en/news-corner/-/2415072> (zuletzt aufgerufen am 1.12.2020).

US-amerikanische Vorgehensweise scharf.⁴⁹ Auch UN Generalsekretär *António Guterres* betrachtete diese „mit Sorge“.⁵⁰

E - Ein Ringen um Recht und Politisierung

Viele Aspekte der Afghanistan Saga am IStGH geben Anlass dazu, sich im Detail mit den aufgeworfenen Rechtsfragen insbesondere im Hinblick auf die politische Dimension des Völkerstrafrechts im Allgemeinen und des IStGH im Besonderen auseinanderzusetzen. Eine umfassende Analyse oder gar abschließende Bewertung lässt sich im Rahmen dieses kurzen Beitrags natürlich nicht bewältigen. Daher möchte ich meine Ausführungen auf ein paar Gedanken zu den wesentlichen rechtlichen Aspekten der dargestellten Entscheidungen beschränken, die sich auf den Widerstreit zwischen Recht und Politisierung am IStGH beziehen.

Gegen den Hintergrund des Vorwurfes der politischen Einflussnahme durch die USA kehrte die Appeals Chamber letztendlich nicht nur das Ergebnis der Entscheidung der Vorverfahrenskammer um, sondern unternahm hierbei eine strukturelle Neuausrichtung bzw. Klarstellung des Verhältnisses der Vorverfahrenskammer zur Chefanklägerin. Dies bezieht sich sowohl auf die Beschränkung der Kontrolle der Vorverfahrenskammer im Rahmen des Genehmigungsverfahrens auf die tatsächliche Grundlage zur Einleitung formeller Ermittlungen als auch auf den durch diese zu genehmigenden Rahmen solcher Ermittlungen. Bemerkenswert ist doch, dass bezüglich der Kriterien des Art. 53(1) IStGH-Statut bis dahin alle Vorverfahrenskammern davon ausgegangen waren, dass diese auch im Rahmen der Genehmigung von *proprio motu* Ermittlungen gem. Art. 15(4) IStGH-Statut anzuwenden sind.⁵¹ Bezüglich der Frage, inwieweit die Chefanklägerin ihre formellen Ermittlungen auf solche Personen und Geschehnisse erweitern darf, die nicht im vorangegangenen Antrag benannt waren oder zumindest in enger Verbindung zu diesen standen, hatten sich die Vorverfahrenskammern bislang lediglich sehr uneinheitlich geäußert. In beiden Fragen entschied sich die Appeals Chamber im Ergebnis für eine maßgebliche Beschränkung der

49 <https://www.reuters.com/article/us-usa-icc-sanctions-eu-idUSKBN25U2Q0>; <https://www.hrw.org/news/2020/09/02/us-sanctions-international-criminal-court-prosecutor> (zuletzt aufgerufen am 1.12.2020).

50 <https://news.un.org/en/story/2020/09/1071572> (zuletzt aufgerufen am 1.12.2020).

51 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 24 m.w.N, siehe Fußnote 24.

Rolle der Vorverfahrenskammer zu Gunsten der Chefanklägerin, was den hier verwendeten Ausdruck der strukturellen Neuausrichtung bzw. Klarstellung begründet.

Möchte man diese Richtungsentscheidung der Appeals Chamber aus rechtlicher Perspektive kommentieren, so ist die Funktion des Genehmigungsverfahrens an sich näher in den Blick zu nehmen. Im Ergebnis intendierten die Vertragsparteien dieses unbestrittenermaßen als Schutzvorkehrung gegen die Politisierung des Gerichts. So sollte die Kontrolle der Entscheidung der OTP, formelle Ermittlungen in einer „Situation“ aufnehmen zu wollen, eine übermächtige Stellung der Chefanklägerin vermeiden, um damit insbesondere politisch motivierten Ermittlungen und Anklagen vorzubeugen.⁵²

Bezüglich der durch die Appeals Chamber unternommenen Trennung von Art. 15 IStGH-Statut und Art. 53(1) IStGH-Statut stellt sich demnach die Frage, ob der Kontrollfunktion der Vorverfahrenskammer bereits dann Genüge getan ist, wenn sich diese bezüglich der Genehmigung formeller Ermittlungen *proprio motu* auf die tatsächlichen Kriterien des Art. 15(4) IStGH-Statut beschränkt. Hierbei gilt insbesondere zu beachten, dass die OTP – im Gegensatz zu Mitgliedstaaten und UNSR – keine inhärent politische Einheit, sondern ein Organ des Gerichts darstellt, welches gem. Art. 42 zu Neutralität und Unabhängigkeit verpflichtet ist. Während Mitgliedstaaten und UNSR ihre Entscheidung zur Überweisung einer „Situation“ unweigerlich nach politischen Erwägungen treffen, beruht die Entscheidung zur Beantragung formeller Ermittlungen durch die Chefanklägerin allein auf der rechtlichen Würdigung der tatsächlichen Geschehnisse. Sieht man in den Kriterien des Art. 53(1)(b), (c) IStGH-Statut eine – diesmal vornehmlich durch die Chefanklägerin – auszuübende Kontrollfunktion zur Vermeidung der Politisierung des Gerichts durch überweisende Mitgliedstaaten und UNSR, so erscheint es durchaus einleuchtend, dass diese normativen Kriterien bei der Genehmigung von *proprio motu* Ermittlungen durch die Vorverfahrenskammer nicht anzuwenden sind. Zwar hat die Chefanklägerin selbst diese gem. Regel 48 RPE ihrer Beantragungsentscheidung zugrunde zu legen; eine Überprüfung hiervon durch die Vorverfahrenskammer würde dann jedoch das inhärente Politisierungspotential der Einleitung

⁵² Siehe nur BERGSMO/PEJIC/ZHU, in: O.TRIFFTERER/K. AMBOS, *The Rome Statute of the ICC*, 2016, Art. 15 Rn. 4 ff.

der Ermittlungen durch die Chefanklägerin einerseits und der überweisenden Mitgliedstaaten bzw. des Sicherheitsrats andererseits unbegründeterweise gleichsetzen. Es erscheint daher durchaus plausibel, die Überprüfungscompetenz der Vorverfahrenskammer auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Einleitung formeller Ermittlungen i.S.d. Art. 15(4) IStGH-Statut zu beschränken.

Auch die Würdigung der Entscheidung der Appeals Chamber, den Rahmen der formellen Ermittlungen nicht auf die im Antrag der Chefanklägerin benannten Personen und Ereignisse zu beschränken, ist im Hinblick auf den Zweck des Genehmigungsverfahrens zu tätigen. Zwar könnte man, entsprechend der Erwägungen der Vorverfahrenskammer, vorschnell davon ausgehen, dass der hierin normierten Kontrollfunktion am besten Genüge getan wäre, wenn diese alle über den Antrag hinausgehenden Ermittlungen der Chefanklägerin erneut genehmigen müsste. Allerdings würde ein solcher Ansatz – jenseits der auch durch die Appeals Chamber beanstandeten Impraktikabilität⁵³ – bedingen, dass die erst durch die Genehmigungsentscheidung formell zu ermittelnde „Situation“ in ihrer tatsächlichen Umgrenzung bereits zum Antragszeitpunkt feststehen müsste. Nicht ohne Grund sieht das Recht des IStGH vor, dass die Vorverfahrenskammer – in Abgrenzung zu nationalen Strafverfahren – zunächst Ermittlungen in einer „Situation“ genehmigt, bevor sich dann im Laufe der Ermittlungen bestimmte „Fälle“ herauskristallisieren lassen.⁵⁴ Die Unterscheidung zwischen „Situation“ und „Fall“ wurde von den Vertragsstaaten abermals in der Absicht unternommen, (dem Anschein) der Politisierung des Gerichts durch einseitige Ermittlungen und Anklagen vorzubeugen.⁵⁵ Insbesondere im Hinblick auf die inhärente Selektivität des IStGH würde die vorschnelle und daher im Kontext des zugrundeliegenden Konflikts möglicherweise einseitige Auswahl einzelner Personen und Geschehnisse dazu führen, dass sich das Gericht dem Vorwurf der Politisierung und Voreingenommenheit ausgesetzt sehen könnte. Das Erfordernis der Ermittlung in

53 ICC (AC), ICC-02/17-138, 5. März 2020, Rn. 63, siehe Fußnote 24.

54 Zum Begriff der „Situation“ siehe R. RASTAN, CLF 23 (2012), 1, *passim*.

55 M.H. ZAKERHOSSEIN, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court*, 2017, S. 32; dies ist natürlich insbesondere auch auf den Versuch der politischen Einflussnahme durch „zugeschnittene“ Überweisungen durch Mitgliedstaaten und UNSR zu beziehen, R. RASTAN, in: C. STAHN/M.M. EL ZEIDY, *The International Criminal Court and Complementarity*, 2011, S. 422.

einer „Situation“ schützt daher die (auch als solche wahrgenommene) Neutralität des Gerichts. Es wäre jedenfalls widersprüchlich, wenn diese „Neutralitätsfunktion“ gerade unter Berufung auf die Kontrollfunktion der Vorverfahrenskammer zur Vermeidung der Politisierung des Gerichts unterlaufen würde. Ein weitreichender Ermessensspielraum der Ermittlung einer „Situation“ durch die Chefanklägerin erscheint unter diesen Gesichtspunkten indiziert, zumal deren lautere Motive durch die ursprüngliche Genehmigung der Vorverfahrenskammer bereits grundsätzlich festgestellt wurden.

Im Hinblick auf den Zweck des Genehmigungsbedürfnisses formeller Ermittlungen durch die Vorverfahrenskammer lässt sich demnach die zweifache Stärkung der Position der Chefanklägerin im Verhältnis zur Vorverfahrenskammer gut begründen. Dass diese in einer Situation erfolgte, in der sich das Gericht einem beispiellosen Versuch der politischen Einflussnahme gegenüber sah, vermag jedenfalls nicht zu verwundern, zumal sich die Vorverfahrenskammer in ihrer Afghanistan Entscheidung beim besten Willen nicht gerade als Garant gegen die Politisierung des Gerichts erwiesen hatte.



Illustrazione di Luciano Bacchiocchi

GLI AUTORI

PARTE PRIMA

Aleo, Salvatore, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Catania.

Amarelli, Giuseppe, Ordinario di Diritto penale, Università di Napoli 'Federico II'

Bacigalupo, Silvina , Catedrática de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid

Balbi, Giuliano, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi della Campania 'Luigi Vanvitelli'

Bartoli, Roberto, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Firenze

Bondi, Alessandro, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Urbino 'Carlo Bo'

Canestrari, Stefano, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Bologna

Caterini, Mario, Associato di Diritto penale, Università della Calabria

Cavaliere, Antonio, Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

Cocco, Giovanni, Ordinario di diritto penale, Università degli studi di Cagliari

Consulich, Federico, Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Genova.

De Francesco, Giovannangelo, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Pisa.

De Vero, Giancarlo, Già Ordinario Università degli Studi di Messina

De Vita, Alberto, Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di

Napoli 'Parthenope'

di Martino, Alberto, Ordinario di diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento

Dolcini, Emilio, Emerito di Diritto penale, Università degli Studi di Milano.

Donini, Massimo, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Fiandaca, Giovanni, Emerito di diritto penale, Università degli Studi di Palermo

Fiore, Stefano, Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi del Molise

Fletcher, George P. , Cardozo Professor Jurisprudence, Columbia University School of Law di New York

Flora, Giovanni, Già Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Firenze

Foffani, Luigi, Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Fornasari, Gabriele, Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Trento

Forzati, Francesco, Associato di diritto penale, Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

Gentile, Gianluca, Associato di diritto penale, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.

Giunta, Fausto, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Firenze

Jäger, Christian, Prof. Dr. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg

Langford, Peter, Senior Lecturer in Criminal Law, Edge Hill University, Ormskirk

Lo Monte, Elio, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Salerno

Longobardo, Carlo, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

Magro, Maria Beatrice, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi G. Marconi

Maiello, Vincenzo, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

Manes, Vittorio, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Bologna

Manna, Adelmo, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Foggia

Masucci, Massimiliano, Associato di diritto penale internazionale, Università degli Studi Roma Tre

Maugeri, Anna Maria, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Catania

Mazzacuva, Nicola, Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Bologna

Mezzetti, Enrico, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Roma Tre

Moccia, Sergio, Emerito di diritto penale, Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

Mongillo, Vincenzo, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza

Palazzo, Francesco, Emerito di diritto penale, Università degli Studi di Firenze

Ronco, Mauro, Emerito di diritto penale, Università degli Studi di Padova

Roxin, Claus, Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Ludwig-Maximilians Uni-

versität München

Satzger, Helmut, Professor Dr. jur. Ludwig-Maximilians Universität München

Schiaffo, Francesco, Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Salerno

Selvaggi, Nicola, Associato di Diritto penale, Università Mediterranea di Reggio Calabria

Semeraro, Pietro, Avvocato del foro di Bologna

Sereni, Andrea, Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Perugia

Sessa, Antonino, Associato di diritto penale, Università degli studi di Salerno

Viganò, Francesco, Ordinario di diritto penale, Università Commerciale Bocconi

Volk, Klaus, Professor em. Dr. jur. Dr. jur. h.c. Ludwig-Maximilians Universität München

PARTE SECONDA

Ascani, Cecilia , PhD in Economia, società e diritto, Assegnista di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”

Basile, Giuseppe, PhD in Diritto penale interno e comparato, Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”

Bigotti, Chiara, PhD in Diritto penale interno e comparato, Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”

Della Ragione, Luca, Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli

Garulli, Monica, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Ancona

Grassi, Simonetta, Chief Head of the Global Firearms Program, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)

Infantino, Alessio, PhD in Economia, società e diritto, Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”

Maltitz, Nicolai von, LL.M. (Columbia/UvA), Ludwig-Maximilians Universität München/Universiteit van Amsterdam

Morosini, Piergiorgio, Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Palermo

Piva, Daniele, Ricercatore di diritto penale, Università di Roma Tre

Siena, Fabio Antonio, PhD in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Perugia

Telesca, Mariangela, PhD in Scienze giuridiche, Assegnista di ricerca in Diritto penale - Università Salerno

Finito di comporre il
23 dicembre 2020