

Rivista trimestrale | Aprile/Giugno 2020

DIREZIONE SCIENTIFICA

Ennio AMODIO - Angelo GIARDA - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Giorgio SPANGHER - Alfonso M. STILE - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

IN EVIDENZA

EDITORIALI

Oreste Dominioni - **Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria**

Ennio Amodio - **Quando si inciampa nelle brutture dell'«italiese»**

ARTICOLI

Giovanni Flora - **“Covid regit actum”. Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali**

Giovanni Cocco - **Introduzione alla punibilità come quarto elemento del reato**

OPINIONI

Marco Gambardella - **Il “decreto rilancio” e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peccato a illecito amministrativo**

Nicola Madia - **Nodi da sciogliere in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19**

Direzione scientifica

Ennio Amodio - Angelo Giarda - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats - Tullio Padovani - Giorgio Spangher - Alfonso M. Stile - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

Comitato scientifico

Enrico Mario Ambrosetti - Giuliano Balbi - Roberto Bartoli - Stefano Canestrari - Donato Castro-nuovo - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conto - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Pierpaolo Dell'Anno - Massimo Donini - Leonardo Filippi - Giovanni Flora - Gabriele Fornasari - Marco Gambardella - Alberto Gargani - Dario Grosso - Luigi Kalb - Carlo Longobardo - Maria Riccarda Marchetti - Anna Maria Maugeri - Carlo Enrico Paliero - Marco Pelissero - Lucia Risicato - Bartolomeo Romano - Francesco Schiaffo - Sergio Seminara - Silvia Tordini Cagli - Francesco Vergine - Costantino Visconti

Comitato dei revisori

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi. Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ali Abukar Hayo - Giuseppe Amarelli - Alessandro Bondi - Sergio Bonini - Pasquale Bronzo - Mario Caterini - Andrea Chelo - Luigi Cornacchia - Francesca Curi - Agostino De Caro - Giuseppe Della Monica - Giulio De Simone - Alessandro Diddi - Andrea Di Landro - Alberto Di Martino - Paolo Ferrua - Stefano Fiore - Roberto Flor - Luigi Foffani - Rossella Fonti - Francesco Forzati - Emanuela Fronza - Gianluca Gentile - Clelia Iasevoli - Luigi Ludovici - Beatrice Magro - Gabriele Marra - Valentina Masarone - Luca Mario Masera - Antonella Massaro - Alessandro Melchionda - Vincenzo Mongillo - Davide Petrini - Ivan Salvadori - Silvio Sau - Nicola Selvaggi - Antonino Sessa - Carlo Sotis - Kolis Summerer - Vico Valentini - Antonio Vallini - Francesco Viganò

Comitato di redazione

Il *coordinamento redazionale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku - Giulio Colaiacovo - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro

Il *comitato di redazione* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Silvia Astarita - Fabio Ballarini - Iacopo Benevieri - Andrea Borgheresi - Gian Marco Caletti - Diamante Ceci - Donatello Cimadomo - Guido Colaiacovo - Angela Compagnone - Irma Conti - Sylva D'Amato - Francesco Marco De Martino - Laura Dipaola - Gaetano Galluccio Mezio - Novella Masullo - Matteo Mattheudakis - Antonio Nappi - Giuseppe Palmieri - Francesco Porcu - Francesca Rocchi - Leonardo Suraci - Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Editoriali

- ORESTE DOMINIONI, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria* p. 259
- ENNIO AMODIO, *Quando si inciampa nelle brutture dell'«italiese»* » 271

Articoli

- GIOVANNI FLORA, *“Covid regit actum”. Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali* » 273
- GIOVANNI COCCO, *Introduzione alla punibilità come quarto elemento del reato* » 283
- FRANCESCO ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice* » 295
- PIERO BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici* » 315

Opinioni

- MARCO GAMBARDELLA, *Il “decreto rilancio” e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peculato a illecito amministrativo* » 339
- NICOLA MADIA, *Nodi da sciogliere in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid 19* » 345
- MARIA VITTORIA AMBROSONE, *Emergenza sanitaria e sistema carcerario italiano* » 359
- LUANA GRANOZIO, *Dubbi sulla costituzionalità del decreto legge in materia di “scarcerazioni”* » 369

Dalle corti

- FRANCESCA CURI, *Un caso di sfruttamento lavorativo deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: qual è la strada da percorrere?* » 373
- FRANCESCA ROCCHI, *Cade la preclusione al bilanciamento ex art. 69 c.p. per i recidivi reiterati riconosciuti seminfermi di mente* » 383

- ENRICO CONTIERI, *Le Sezioni Unite e la coltivazione per uso personale. Adelante, con juicio* » 395
- VINCENZO GIORDANO, *L'ingente quantità tra disposizione e norme: le Sezioni Unite confermano i criteri giurisprudenziali* » 411
- LAURA BACCHINI, *Giudizio abbreviato e integrazione probatoria: nuovi limiti alla fluidità della imputazione* » 419
- SALVATORE DE BONIS, *La configurabilità del delitto di «atti persecutori» nel caso di condotte eteroaggressive poste in essere dalla persona offesa nei confronti dello stalker* » 429

Pagine senza tempo

- Roberta Aprati* » 439
- Ervin Rupnik* » 441

UN CONFLITTO ENDEMICO TRA GLI INTERESSI DI PERSECUZIONE PENALE E DI EFFICIENZA GIUDIZIARIA

Oreste Dominioni

1. Il processo penale genera al suo interno situazioni di conflitto fra l'interesse di persecuzione penale, tutelato dall'art. 112 Cost. con la prescrizione dell'obbligatorietà dell'azione penale, e altri interessi che pure godono di uguale in costituzione o costituzionale.

La legge ordinaria, nel dare attuazione all'art. 112 Cost., ha di fronte due compiti a cui deve doverosamente adempiere: prevedere norme di esercizio dell'azione penale secondo il canone della legalità, senza sconfinamenti in scelte di opportunità; farsi carico della necessità di bilanciamento tra l'interesse di persecuzione penale con altri anch'essi costituzionalmente tutelati quando in date situazioni concrete siano tra loro confliggenti perché la tutela dell'uno comporta il sacrificio di un altro e siano quindi da predisporre criteri di legalità per stabilire l'opzione di tutela a favore di quello che risulti preminente.

Quest'ultima operazione normativa non è consegnata alla discrezionalità politica del legislatore ordinario, ma è costituzionalmente doverosa: la normazione di fonte ordinaria non deve ignorare situazioni di conflitto assumendo come assoluto l'interesse di persecuzione penale e neglignendo altri valori costituzionali; vanno previsti meccanismi di risoluzione dei conflitti con il bilanciamento fra quegli interessi che non sono suscettibili di contemporanea tutela; sono da fissare criteri di bilanciamento che presiedano a valutazioni informate non all'opportunità, ma alla legalità.

2. Di tale bilanciamento la legge ordinaria si fa carico in più materie e con diverse tecniche normative.

In una prima classe di disposizioni il bilanciamento è compiutamente esaurito nella legge stessa con la previsione di cause di non punibilità o di condizioni di procedibilità aventi la loro ragion politica nella salvaguardia di interessi ritenuti prevalenti a quello di persecuzione penale¹.

¹ Rinvio alle più articolate riflessioni esposte nel mio scritto *Interesse alla prescrizione penale e*

In una seconda classe di disposizioni il bilanciamento tra interessi diversi è operato con la previsione di fattispecie costitutive del dovere di promuovere l'azione penale tra i cui estremi sono contemplati anche gli esiti di valutazioni demandate al pubblico ministero secondo criteri previsti dalla legge stessa e quindi con un atto la cui qualificazione giuridica soggettiva è propria della "discrezionalità" quale figura di specie del genere "dovere"². È sin d'ora da fissare la ragione necessaria di questa scelta tecnico-normativa: sono in gioco conflitti la cui risoluzione non può essere affidata a meccanismi previsti esaustivamente da normative astratte, ma richiedono anche valutazioni che devono riguardare contingenti specificità. È proprio in ciò che si esplica la funzione giudiziaria, improntata al canone della legalità. Salvo immaginare irrealisticamente che tutti i fenomeni giuridici trovino la loro regolamentazione compiuta nelle previsioni astratte, senza l'apporto giudiziario. Una deriva dogmatica, quanto mai obsoleta, indifferente alle dinamiche di attuazione delle norme giuridiche ad opera della funzione giudiziaria, da esercitarsi, è bene ribadirlo, secondo i registri della legalità.

3. Alla seconda classe di disposizioni appartengono l'art. 27 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, concernente il procedimento minorile, e l'art. 34 d.l. 28 agosto 2000, n. 274 per il procedimento avanti il giudice di pace³.

Nel primo è in gioco il conflitto tra l'interesse di persecuzione penale e quello concernente le esigenze educative del minore (artt. 27 commi 3 e 30 Cost.). Un giudizio di irrilevanza sociale del fatto compiuto dal pubblico ministero in base ai criteri della sua tenuità e dell'occasionalità del comportamento rende il secondo prevalente sul primo e determina il dovere di non procedere.

Nel secondo si contempla il potenziale conflitto tra interessi, da un lato, di persecuzione penale e, dall'altro, di lavoro, studio, famiglia e salute (artt. 35, 34, 29 e 32 Cost.): quando il fatto risulti di particolare tenuità in base ai criteri indicati nella norma, la tutela di quegli interessi prevale sull'interesse di persecuzione penale e pertanto il pubblico ministero non deve promuovere l'azione penale, ma richiedere il decreto di archiviazione.

4. Una questione di grande rilievo, tale da coinvolgere la tenuta dell'operatività pratica del sistema processuale penale, occupa oggi il *theatrum dramatis* della giustizia penale rappresentando il conflitto tra interesse di persecuzione penale e interesse di efficienza giudiziaria.

Nelle analisi del *gap* fra domanda e offerta di giustizia è ricorrente che questo fenomeno sia avvertito come la conseguenza di fattori che alligna-

irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, Piacenza, 2010, 324 s.

² Cfr. *infra*, par. 8.

³ QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004; CESARI, *Le clausole di irrilevanza sociale del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005.

no sul terreno di una cattiva politica della giustizia: destinazione di risorse ingiustificatamente inadeguate all'attività giudiziaria, strutture operative abbandonate all'obsolescenza, loro gestione irrazionale e inefficiente, ricorso iperbolico alla legge penale per intervenire su situazioni per le quali sarebbe da ricorrere a misure di altra natura. Senza dubbio in queste prospettazioni vi è molto di vero, ma si colgono solo aspetti patologici, la cui rimozione, quand'anche perseguita con un'accorta politica della giustizia penale, non sarebbe in grado di risolvere in modo soddisfacente il problema. Ne ridurrebbe le dimensioni, ma non lo esaurirebbe. Ad esempio, un'inversione della linea dell'iperpenalizzazione o una severa e sistematica depenalizzazione e decriminalizzazione darebbero buoni contributi, ma non risolutivi. Lo stesso è da dire di quegli altri fattori che producono il *gap* tra domanda e offerta di giustizia.

Quelle analisi, incentrate solo sulle cause patologiche del sottodimensionamento delle risorse destinate all'amministrazione giudiziaria, non rilevano un dato fisiologico, da riconoscersi come tale perché sempre lo si è registrato e lo si registra negli ordinamenti giudiziari moderni di ogni tempo e luogo. Il ricorrente contesto economico-finanziario, sociale e politico è che il governo della società agisce in ogni campo con risorse limitate rispetto al fabbisogno necessario per fronteggiare tutte le esigenze e ciò rende ineludibili scelte di contenimento fra le stesse.

Si è acutamente osservato: «A partire dalla *Magna Charta Libertatum* (1215) di Re Giovanni Senza Terra (*To no one will we deny or delay right or justice*) fino all'art. 24 della nostra Costituzione e all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il diritto di ottenere una decisione giudiziaria è stato proclamato senza accennare a limiti derivanti dalla possibilità concreta dello Stato di provvedervi. E tuttavia l'entità delle risorse pubbliche destinate alla amministrazione della giustizia delimita in ogni sistema la quantità e la qualità del servizio reso. Sul piano costituzionale - a prescindere dalla sua corretta attuazione - è significativo in proposito l'art. 81/4 Cost., che richiama il nesso tra limiti delle risorse e limiti delle garanzie assicurate dalle leggi. Si tratta di una delimitazione quantitativa e qualitativa che proviene dall'esterno del sistema normativo, imponendo ad esso di adeguarsi alla realtà di ciò che è possibile»⁴.

Insomma lo scarto fra esigenze di giustizia e risorse disponibili, al di fuori della sfera dei fattori patologici, non si identifica solo con la conseguenza di una cattiva politica della giustizia. un dato di realtà di cui la legge non può non tenere conto nel predisporre un sistema che si voglia equilibrato e effi-

⁴ V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, Relazione al Convegno di studio «E. de Nicola», Saint Vincent, 3-5 giugno 1993, su *Il pubblico ministero oggi*, Atti, Milano, 1994, 101, che prosegue: «In particolare, essa impone di effettuare scelte, tra ciò che è possibile realizzare e ciò che occorre dilazionare. L'accenno alle scelte da operare richiama una esigenza di trasparenza da parte dei pubblici poteri - organi giudiziari inclusi -, che è condizione essenziale di ogni sistema democratico».

ciente, senza manomettere gli istituti della giustizia penale fondanti i valori della sua identità nell'ordinamento costituzionale.

In questi termini, precisamente, si manifesta l'esigenza di mettere sotto controllo il carico di lavoro mediante la «selezione del crimine»⁵, affinché una sua indiscriminata immissione nei circuiti giudiziari non ne comprometta l'efficienza.

5. L'efficienza giudiziaria è anch'essa un interesse a copertura costituzionale. Vi provvedono gli artt. 97 comma 2 e 111 comma 2 Cost.

Quanto alla prima disposizione, la sua interpretazione restrittiva, e cioè che atterrebbe anche agli uffici giudiziari, ma limitatamente al loro ordinamento e funzionamento per gli aspetti amministrativi e non all'esercizio della funzione giurisdizionale⁶, va corretta correlandola con la seconda: la quale, stabilendo che sia assicurata la durata ragionevole del processo, presuppone come adempimento costituzionalmente dovuto che la legge disciplini l'organizzazione degli uffici giudiziari, e quindi l'esercizio dei relativi poteri, secondo criteri informati all'efficienza giudiziaria. In ciò si garantisce il «buon andamento» dell'amministrazione della giustizia. In altri termini, l'attuazione di una regola fondamentale del «giusto processo», qual è la sua durata ragionevole, necessita anzitutto di uffici che funzionino in modo adeguato a tale fine; e quindi, in una visione ermeneutica sistematica che determini i contenuti normativi delle due disposizioni, l'una è servente all'altra in modo necessario.

6. Per altro verso, la messa a punto di una regolazione dei conflitti pratici fra i due interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria che li riconduca a soluzioni proficue e nel contempo coerenti con i valori capisaldi e le strutture procedurali dell'amministrazione della giustizia penale, richiede una rinnovata riflessione sulla portata del precetto di obbligatorietà dell'azione penale nel vigente assetto normativo.

Al riguardo è anzitutto da registrare – e qui invero sta lo snodo centrale dell'intera questione – il sensibile mutamento di questa regola nel passaggio dal codice Rocco alla Costituzione.

Nella codificazione del 1930⁷ l'interesse di persecuzione penale era tutelato come assoluto. Ciò era conseguente all'idea che la legge penale, massi-

⁵ L'espressione è tratta dal felice titolo del lavoro di SARZOTTI, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, con saggi di Bledino e Torrente e prefazione di Maddalena, Milano, 2007.

⁶ C. cost., ord. n. 201/2001.

⁷ Sull'obbligatorietà dell'azione penale nel codice Rocco è da richiamarsi per tutti a MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, Torino, 1931, p. 202 ss. In particolare si vedano questi passi: «Regola dell'autorità del processo penale. – L'organo dello Stato, l'ufficio pubblico, l'*Autorità*, che per il nostro diritto deve far valere la pretesa punitiva derivante da reato, cioè promuovere la decisione giurisdizionale intorno alla pretesa stessa e curarne la realizzabilità

ma esplicazione della potestà sovrana dello Stato sull'individuo, presidiasse valori irrinunciabili perché sovrastanti su ogni altro di natura sociale o individuale, in funzione della difesa dell'assetto statale. Il potere-dovere di azione penale costituiva l'inesorabile "cinghia di trasmissione" nella società di tutto il potenziale punitivo enucleato nella legge penale. Salvo, naturalmente, le eccezioni previste nel sistema legislativo, specie le cause di non punibilità e le condizioni di procedibilità.

Nella Costituzione l'interesse alla persecuzione penale è concepito non come valore di per sé preminente in termini assoluti su ogni altro, ma è tutelato dall'art. 112 Cost. in un quadro sistematico plurale di valori e relativizzato in tale contesto di salvaguardie.

Il dato normativo essenziale è che l'«obbligatorietà» è stabilita non più come automaticità necessaria tra notizia di reato e azione penale, ma come regola della legalità, la quale richiede che l'esercizio del potere di azione penale sia disciplinato dalla legge ordinaria in termini di dovere prevedendone i presupposti e le modalità, così che non sia rimesso a criteri d'opportunità concepiti dal pubblico ministero in modo dichiarato o surrettizio. Ciò è dato ricavare dai lavori preparatori della Costituzione. Le discussioni del Costituente sul tema presero avvio da un articolo del progetto Calamandrei di questo tenore: «Pubblicità e legalità dell'azione penale. - L'azione penale è pubblica, e il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere e ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza» (art. 8). Il pubblico ministero, osservò Piero Calamandrei, «nella sua funzione preminente di accusa nel processo penale è tenuto ad osservare il principio di legalità»⁸. Si trattava infatti di farsi carico di prassi di uso della funzione di persecuzione penale su due versanti, l'arbitrio nei confronti della singola persona e la diseguaglianza fra le persone sia quanto a iniziativa che a inerzia.

7. La traduzione dell'art. 112 Cost. nella legge ordinaria si è vista esposta a numerose complicazioni concettuali e interpretative.

ed eventualmente la effettiva realizzazione, è il *pubblico ministero*, rappresentante del potere esecutivo presso l'Autorità giudiziaria, sotto la direzione del ministro della giustizia» (*ivi*, p. 204); «La pretesa punitiva dello Stato, derivante da reato, deve farsi valere dall'apposito organo pubblico ogniqualvolta ne ricorrano in concreto le condizioni di legge, in adempimento d'un dovere funzionale assoluto e inderogabile, escludente ogni considerazione d'opportunità» (*ivi*, p. 210).

⁸ Così l'on. Calamandrei, Commissione per la Costituzione, 2^a Sottocommissione, sed. ant. 10-1-1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, a cura della Camera dei Deputati - Segretariato generale, VIII, 1993 e, già in precedenza, 1991. Cfr. anche on. Uberti, *loc. cit.*, 1992; on. Leone, *ivi*; on. Ambrosini, *ivi*; on. Cappi, *ivi*, 1993; on. Laconi, 1995; on. Bettiol, Ass. cost., sed. ant. 27.11.1947, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., V, 4145; on. P. Rossi, *ivi*, 4148. Contro l'enunciazione del principio dell'obbligatorietà nella Carta costituzionale si pronunciò, perché preclusiva della ricezione nella futura legge ordinaria del principio dell'opportunità, l'on. Targetti, Commissione per la Costituzione, ad. plenaria, sed. pom. 31-1-1947, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., VI, 264 s.

Sull'assunto inespresso, ma facilmente individuabile, che la formula pre-cettiva dell'art. 112 Cost. sia equivalente a quella del codice Rocco («Il pubblico ministero o il pretore per i reati di sua competenza inizia e esercita con le forme stabilite dalla legge l'azione penale, a norma dell'art. 1»: art. 74 comma 1), in cui con il modo indicativo («inizia e esercita») statuisce una situazione di dovere, in dottrina, per uscire da una prescrizione ritenuta troppo rigida⁹, ci si è rivolti a prospettazioni innovative secondo la formula dell' «obbligatorietà temperata».

Su un medesimo assunto si sono avanzate proposte di riforma legislativa dell'art. 112 Cost. intese a aggiungere all'attuale testo la formula «nei casi e nei modi previsti dalla legge»¹⁰.

Prese di posizioni in effetti ultronee per almeno due ordini di ragioni.

Esse sono concepite come se non fosse insito nella teoria delle fonti del diritto e nella tecnica di produzione legislativa che la formulazione della fattispecie costitutiva del dovere prescritto dalla disposizione costituzionale compete alla legge ordinaria nel rispetto dei contenuti normativi della legge superiore, così cadendo in un circolo vizioso: l'attuazione, doverosa per la legge ordinaria, del precetto costituzionale non sarebbe in grado di uscire dalla sua supposta rigidità.

Ciò in quanto si manca di rilevare la relatività, sopra segnalata, della tutela apprestata dall'art. 112 Cost. all'interesse di persecuzione penale, che deve essere considerato in rapporto con altri interessi di pari copertura costituzionale, con la conseguenza che in date situazioni concrete può ingenerarsi un conflitto tra la tutela di quel primo interesse e la tutela di alcuno di questi altri.

Posto un insieme complesso di tutele costituzionali, come si è già osservato, è dunque compito doveroso della legge ordinaria che, nell'attuare la legge superiore, si prevedano criteri e meccanismi procedurali di risoluzione di situazioni di conflitto mediante il bilanciamento tra interessi di pari copertura costituzionale per i quali la tutela di uno di essi comporta il sacrificio di un altro, così da poter individuare, secondo legalità e non per scelte di opportunità, quale sia il preminente, che quindi va tutelato lasciando senza presidio, a tali condizioni in modo costituzionalmente legittimo, l'altro.

8. Per definire il quadro normativo entro cui tale fenomeno va collocato e praticamente gestito è utile una puntuale individuazione della categoria

⁹ Cfr. per un'approfondita analisi della questione CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la regola*, Relazione, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., p. 71: «Nella sua letterale drasticità l'art. 112 è certo una *rara avis* nel panorama delle Costituzioni contemporanee. Per come suona testualmente, esso sembra infatti portare all'estremo quanto ad absolutezza espressiva - nel momento stesso in cui lo cristallizza al livello più alto dell'ordinamento - un principio che altrove è normativamente tradotto in termini assai più morbidi e con una valenza assai più "relativa"».

¹⁰ Così già nel testo della Commissione Boato e poi nel Disegno di legge di revisione costituzionale d'iniziativa del Governo AC/4275-Camera dei deputati, 7 aprile 2011.

teorica cui appartiene la cosiddetta “obbligatorietà” dell’azione penale. Tale è la categoria della situazione giuridica soggettiva della “discrezionalità”, *species* della figura *genus* del “dovere”. Da questo essa si contraddistingue, cioè per l’appunto si specifica, per la peculiarità della struttura della propria fattispecie costitutiva. Mentre la fattispecie costitutiva del dovere *tout-court* si compone di estremi previsti in modo compiuto dalla legge, quella della discrezionalità annovera un duplice ordine di estremi: alcuni sono previsti esaustivamente dalla legge, altri consistono in un determinato esito di valutazioni che la legge assegna al soggetto cui è attribuito il dovere e che vanno da questi compiute in base ai criteri stabiliti dalla legge stessa. Insomma la “discrezionalità” è anch’essa una situazione di “dovere”, pur originando da una fattispecie che reca in sé quelle specifiche connotazioni. Le quali la distinguono anche da situazioni di mera “opportunità” (o “facoltà”), normativamente amorphe: per le quali un soggetto può tenere un comportamento piuttosto che un altro in termini indifferenti per le regole giuridiche¹¹.

Nei discorsi di dottrina e giurisprudenza ricorre che i vocaboli “discrezionalità” e “opportunità” siano usati come sinonimi, sovrapponendo figure di qualificazione giuridica nettamente distinte e con ciò privandosi di categorie indispensabili per una puntuale analisi delle vicende che sostanziano l’azione penale.

È anche da annotare come la discrezionalità, intesa nei termini teoricamente corretti di *species* del *genus* “dovere” e perciò distinta dall’“opportunità” (o “facoltà”) sia in effetti la categoria normativa che in modo corretto attiene al fenomeno usualmente enunciato come “obbligatorietà” dell’azione penale; e come essa qualifichi le vicende di esercizio del potere di azione penale.

Si consideri, per tutte, la vicenda primigenia di questo potere.

Una notizia di reato acquisita dal pubblico ministero non è elemento sufficiente a produrre il dovere di promuovere l’azione penale¹². Occorre anche che essa sia assistita da un certo grado di fondatezza. Questo ulteriore estremo della fattispecie costitutiva del dovere di azione penale è definito della legge ordinaria, che vi attende in termini differenti a seconda di come sia articolata la struttura processuale penale e in ciò, una volta fatto salvo l’essenziale nucleo di *ratio legis* del precetto costituzionale, spende la propria insindacabile discrezionalità politica.

Orbene, nella struttura del codice 1930 il promovimento dell’azione penale era situato in un momento procedurale embrionale. Avuta una notizia di reato, il pubblico ministero doveva verificare che non fosse manifestamente infondata; al che erano dedicate, quando non bastasse una semplice delibazione, le indagini preistruttorie. Se a seguito di queste risultava la palese infondatezza della notizia, si perveniva a un decreto di archiviazione; altrimenti si doveva dare inizio all’azione penale formulando l’imputazione, la quale si

¹¹ Cfr. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 158 ss.

¹² Per un richiamo risalente cfr. Corte cost., n. 88/1991.

traduceva in una proposizione di basso titolo logico: «è possibile che Tizio abbia commesso il tal fatto di reato».

Nella struttura del codice vigente muta sensibilmente la collocazione del momento di promovimento dell'azione penale. Abolite la preistruzione e l'istruzione e sostituite con la fase delle indagini preliminari di cui è *dominus* il pubblico ministero quale unico organo dell'investigazione, le determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale sono collocate nel momento conclusivo di tale fase, quando si è dato fondo alle ricerche necessarie e utili per ricostruire il fatto, individuarne l'autore, reperire e assicurare i mezzi di prova indispensabili ad accreditare la tesi di accusa davanti al giudice della decisione. Conseguentemente l'imputazione, quale contenuto necessario dell'atto di inizio dell'azione penale, racchiude un giudizio di esistenza del fatto e della responsabilità della persona che ha un grado logico ben più pregnante della mera possibilità¹³. Il criterio per la sua calibratura è così fissato: occorre che i risultati delle indagini preliminari siano tali da far pronosticare che essi, con l'integrazione e l'affinamento che potranno ricevere dall'attività probatoria dibattimentale, siano idonei a dimostrare la fondatezza dell'accusa davanti al giudice del dibattimento (art. 125 disp. att. c.p.p.). In ciò si realizza il presupposto che rende doveroso l'inizio dell'azione penale; in caso contrario, il pubblico ministero deve richiedere l'archiviazione.

Riguardo alla vicenda del promovimento dell'azione penale la fattispecie costitutiva del dovere di esercizio di tale potere annovera dunque tra i suoi estremi l'esito di una valutazione attribuita al pubblico ministero: nel codice Rocco il giudizio di non manifesta infondatezza della notizia di reato; nel codice 1988 il giudizio prognostico di condanna. Si tratta dunque di un dovere della specie della discrezionalità.

9. Dentro queste coordinate concettuali normative vanno collocati i rapporti tra le tutele, nella legge ordinaria, degli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria e, in particolare, i conflitti pratici che vi insorgono.

Il discorso deve prendere le mosse dall'art. 131-*bis* c.p., che, sotto la rubrica «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto», prevede la generalizzazione della clausola del fatto esiguo da qualificarsi, secondo la più attendibile fra le diverse classificazioni proposte, come causa di non punibilità in senso stretto.

Dottrina e giurisprudenza hanno segnalato le numerose criticità della disposizione¹⁴, delle quali non è questa la sede di occuparsi.

Si deve invece qui considerare il fondamento dell'istituto. Conseguente al *minima non curat praetor* e al limite di impiego del diritto penale quale

¹³ Per tutti CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 340; MARZADURI, voce *Azione*. IV) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1996, p. 8 ss.

¹⁴ Per un compendio delle questioni cfr. da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Riv. pen.*, 2019, 2.

extrema ratio nel sistema giuridico delle tutele di beni sociali e individuali, in esso si realizza un succedaneo della depenalizzazione *ex lege* rimettendo tale compito al giudice a cui sono attribuiti i necessari poteri discrezionali.

Si è detto che l'art. 131-*bis* c.p. ha «una connotazione ancipite, sostanziale e processuale»¹⁵. Senonché una simile duplice qualificazione non è postulabile, ponendosi tra le due una alternativa insuperabile. Se è in gioco un elemento di fattispecie penale sostanziale, esso rientra nella materia che è oggetto del processo e quindi della decisione di merito. Se è in gioco un elemento di natura processuale, nel caso in esame configurerebbe una causa di improcedibilità, ricorrendo la quale sarebbe precluso, quanto all'azione penale, il suo promovimento e, quanto alla decisione, un giudizio di merito, dovendo il pubblico ministero presentare richiesta di archiviazione e il giudice pronunciare sentenza di non doversi procedere.

Questa considerazione, peraltro, induce a introdurre il tema di una diversa riflessione sulla generalizzazione della clausola del fatto particolarmente tenue, sulla sua finalità nella politica penale e sulla sua qualificazione giuridica.

10. Il problema di fondo che si pone è se all'istituto debba attribuirsi, anziché la finalità su cui è stato costruito l'art. 131-*bis* c.p., quella di ridurre il carico di lavoro delle strutture giudiziarie in funzione della loro efficienza, interesse, si è visto, a copertura costituzionale. Questa sembra essere la strada da battere, con una diversa formulazione della norma, che la metta al riparo da questioni di incostituzionalità e le imprima una importante funzione pratica nella selezione del carico giudiziario.

L'operazione legislativa che ha messo capo all'art. 131-*bis* c.p. ha avuto un suo antecedente nella Proposta di legge presentata il 22 gennaio 2009 d'iniziativa dell'on. Tenaglia e altri, portante «Modifiche al codice di procedura penale per la definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto».

Tale proposta prevedeva l'introduzione nell'art. 125 disp. att. c.p.p. di un comma 1-*bis* così formulato: «Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione anche quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose della stessa, il fatto è di particolare tenuità».

Nella relazione che accompagnava la proposta, si diceva: essa è concepita «nella prospettiva di un'incentivazione dell'effetto deflattivo del carico di lavoro penale, ispirato alla superfluità del processo in un più ampio scenario che valorizzi il principio di mitezza della risposta penale»¹⁶).

Nella proposta Tenaglia non si parlava di «irrilevanza sociale del fatto». Questa, come si è visto, nelle disposizioni sul procedimento minorile e sul giudice di pace è la risultante del bilanciamento tra interessi diversi. Nella

¹⁵ AMARELLI, *op. cit.*, 12.

¹⁶ *Atti Parlamentari, Camera dei deputati*, n. 2094, XVI Legislatura.

proposta Tenaglia, invece, bastava che il pubblico ministero rilevasse nel fatto la connotazione di particolare tenuità perché venisse a mancare il dovere di promuovere l'azione penale.

Sono invero da nutrire serie perplessità circa la legittimità costituzionale di una norma che prevede che per un fatto tenue non si coltivi l'interesse alla persecuzione penale anche quando la sua attivazione non sacrifichi altri interessi costituzionalmente protetti su di esso preminenti.

Dall'analisi dell'art. 112 Cost. si è appurato che esso tutela l'interesse di persecuzione penale in un contesto che annovera anche altri valori costituzionali. La sua tutela, cioè, non è assoluta, ma relativa in un rapporto di equilibrio con tali valori. Ciò che dunque può e deve prevedere la legge ordinaria è di escludere il dovere di promuovere l'azione penale in determinate situazioni in cui, in esito a una valutazione demandata al pubblico ministero sul registro della discrezionalità, risulti prevalente, rispetto all'interesse di persecuzione penale, la tutela di un altro interesse di rango costituzionale.

Non è invece consentito alla legge ordinaria di obliterare il dovere di azione penale in ragione del solo ricorrere, in concreto, di un interesse di persecuzione penale di misura tenue.

Non è cioè sufficiente, per legittimare il limite al precetto costituzionale, una ragione di politica della giustizia sottesa alla legge ordinaria. È necessario che questa formuli una norma che specifichi il valore costituzionale a cui, in determinate situazioni, sia da dare preminenza di tutela rispetto a altri secondo un doveroso bilanciamento affidato ai meccanismi della discrezionalità.

Occorre pertanto formulare una disposizione in cui: 1) la «particolare tenuità del fatto» figuri come misura dell'interesse di persecuzione penale ricorrente nella situazione particolare; 2) questa sia da mettere a confronto con l'interesse di «efficienza giudiziaria»; 3) dal loro bilanciamento vada diagnosticato in concreto se il secondo sia preminente sul primo: così che risulti costituzionalmente legittimo prevedere che l'esito positivo di tale valutazione del pubblico ministero determini che non ricorre il dovere di azione penale.

Si compone in questo modo la parabola di una complessa vicenda valutativa che ha come risultato il giudizio di «irrilevanza sociale del fatto».

11. La questione ultima da chiarire concerne la qualifica giuridica che sia da dare alla «irrilevanza sociale del fatto» per rispondere adeguatamente agli obiettivi di politica penale perseguiti e superando anche le divergenze registratesi nell'interpretazione delle norme vigenti.

La proposta Tenaglia muoveva da questa prospettazione: «È necessario allora strutturare l'istituto incentrandolo sull'accertamento di una responsabilità soltanto in 'ipotesi', che può fare a meno di valutazioni sulla personalità dell'autore di fatto. Alla definizione con archiviazione per particolare tenuità del fatto dovrebbe giungersi sulla base di un'argomentazione così articolata: 'per questo fatto, che si ipotizza sia stato commesso dal soggetto individuato, il processo è una risposta eccessiva e quindi inadeguata'» (cfr. *Relazione*,

p. 2). Sembra dunque che vi si configurasse una causa di una pronuncia di merito che, alla stessa stregua di quella sulle cause di estinzione del reato, avrebbe una struttura logica che si dice «in ipotesi» in quanto non compie alcun accertamento, né positivo né negativo, sull'esistenza del fatto e sulla responsabilità dell'indagato o dell'imputato, assumendo questi temi per l'appunto come mera ipotesi.

Consequente a ciò, peraltro, sarebbe che, quando si appalesi l'irrilevanza sociale del fatto ma già risulti una prioritaria causa «di merito» di archiviazione, di non luogo a procedere o di assoluzione, è in base a questa che il provvedimento andrebbe adottato. Sarebbe quindi da modificare anche l'art. 129, comma 2, c.p.p., includendovi, dopo «una causa di estinzione del reato», la previsione della «irrilevanza sociale del fatto».

Senonché questa costruzione depotenzierebbe drasticamente l'efficacia deflattiva della nuova previsione in quanto aprirebbe a sviluppi del procedimento anche complessi.

La soluzione preferibile è dunque quella di configurare l'«irrilevanza sociale del fatto» come causa di improcedibilità dell'azione. In tal caso la pronuncia che ne seguirebbe sarebbe «di rito», cioè meramente processuale, essendovi preclusa ogni disamina del merito e ogni pronuncia al riguardo, anche a norma dell'art. 129, comma 2, c.p.p.

QUANDO SI INCIAMPA NELLE BRUTTURE DELL'«ITALIESE»

Ennio Amodio

Per favore, basta. Smettiamola con le brutture dell'«italiese». La nostra lingua subisce massicce invasioni di vocaboli e locuzioni provenienti dall'inglese.

E ingloba anche, con ossessiva bulimia, parole nate nei nostri lidi e sbarcate poi sulle coste degli USA per tornare alla fine in patria con nuovi significati, incompatibili con quelli degli stessi termini rimasti a dimora nel nostro paese.

C'è insomma un «italiese» a due livelli. Quello maiuscolo, che si nutre di prestiti linguistici e impreziosisce l'italiano parlato delle *élites* interessate ad esibire la scelta in favore di «magnifiche sorti e progressive». È una antica aspirazione. Già Aristotele approvava le citazioni in una lingua straniera, considerandole apportatrici di freschezza e libertà espressiva. Ma l'omaggio all'internazionalismo diventa imitazione servile quando si reitera e assume un accento narcisistico.

L'«italiese» minuscolo è invece quello dei ceti più popolari che magari non hanno dimestichezza con l'inglese, ma vogliono esibire la capacità a maneggiare vocaboli all'apparenza moderni, che sono però agganciati ad un lessico ormai familiare, forse per il gusto di dire cose nuove con parole vecchie.

Prendiamo una espressione entrata ormai trionfalmente nel vocabolario dell'attuale emergenza sanitaria. I professori fanno lezione raggiungendo dalle loro case le abitazioni degli studenti. I magistrati sentono i testimoni a distanza. Persino chi chiama il 112 allarmato per il suo stato di salute si sente dare istruzioni per telefono. Così si evita l'accesso al pronto soccorso.

Tutto ciò significa, per dirla in perfetto «italiese», che si partecipa, si interviene, si risolve un problema «da remoto». Ecco il funerale di una parola italiana, celebrato con un coro da chiesa anglofona. Nella lingua di Dante, «remoto» è un aggettivo che indica una situazione avvolta nella nebbia dei ricordi e soffre quindi per la distanza temporale. A New York invece «remote» può anche voler dire che chi adopera certi mezzi tecnici può superare la distanza in senso spaziale. Da qui il bisticcio in cui finisce per aggrovigliarsi l'italiano che vanta la sua capacità di intervenire «da remoto» attingendo

all'orologio del tempo per descrivere il suo potere di dominare le barriere dello spazio.

L'inganno dei falsi amici si manifesta anche nell'uso, largamente praticato anche da noi, di esordire con un «Cari tutti» nella corrispondenza rivolta ad una pluralità di persone diverse tra loro. Così si replica l'inglese «*Dear all*» che però non ha la carica affettiva insita nella nostra parola «caro». Da qui il ridicolo del «Cari tutti» che spreca una intonazione amicale per rivolgersi ad una entità astratta come quella di un gruppo identificabile solo sotto il profilo quantitativo.

Ai patiti della anglofonia gioca un brutto scherzo anche l'attrazione esercitata dall'avverbio «assolutamente», declinato con un «sì» o un «no» nelle risposte ad una domanda. In questo modo si fa proprio il verso dell'«*absolutely*» inglese. Che bisogno c'è di archiviare tradizionali espressioni come «certamente», «certo che sì» e «certo che no»? Tanto più che esse sono allineate alla cultura linguistica neolatina come dimostrano il «*seguro que sí*» e il «*claro que sí*» dello spagnolo.

Nell'«italiese» minuscolo c'è dunque una deformazione ancora più grave e ingiustificata di quella rinvenibile nel gergo angloitaliano qui definito maiuscolo, che almeno rispetta l'autonomia delle due lingue. L'uno e l'altro modo di parlar mischiando le acque dell'Hudson e del Tevere autorizzano comunque a riecheggiare un ben noto monito carducciano. Per dire che la favella italiana è tanto sciocca nell'anglicismo degli imitatori servili del prodotto *yankee*.

“COVID REGIT ACTUM”. EMERGENZA SANITARIA, NORME ECCEZIONALI E DEROGHE (“RAGIONEVOLI”?) AI PRINCIPI COSTITUZIONALI*

Giovanni Flora

Sommario: **1.** Lo sconvolgimento nel sistema delle fonti. – **2.** La retroattività in *malam partem* delle norme sulla sospensione dei termini di decorrenza delle misure cautelari. – **3.** Segue: delle norme sulla sospensione dei termini di prescrizione. – **4.** Un Covid al servizio del repressivismo giustizialista nazionale-popolare?

ABSTRACT

In questo scritto l'A. prende in esame le norme dei decreti legge emanati durante l'emergenza dovuta alla diffusione del virus Covid 19 che hanno stabilito la retroattività della sospensione dei termini di prescrizione e di quelli di durata di fase delle misure cautelari personali. L'autore ritiene che dette norme siano incostituzionali.

In this paper the A. analyses the provisions of law held by the Government during the Covid 19 emergency related to the suspension of the prescription and pretrial precautionary measures delay. Given that this provisions of law has been constructed as retroactive, the A. deems that they are not in compliance with the constitutional law.

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

1. Lo sconquasso nel sistema delle fonti.

È tempo (si spera quasi esaurito) di pandemia da Covid 19 anche per il diritto ed il processo penale. È tempo, dunque, temibile, non solo per la vita e la salute della persona, ma anche per la vita e salute dei principi costituzionali del diritto e del processo penale.

Se ne leggono, se ne sentono e se ne vedono di tutti i colori. Quando mai si è visto limitare la libertà personale delle persone per D.P.C.M. o per decreti legge reiterati anche prima della conversione dell'antecedente? E quando mai si è vista una stratificazione di fonti sul medesimo oggetto, non coordinate fra loro, articolantesi in ordinanze dei Governatori delle singole Regioni, ordinanze sindacali, prefettizie, dei Presidenti di Tribunali e di Corti d'Appello?

C'è un conseguente disorientamento sulle condotte da tenere e sulle conseguenze dell'inosservanza dei precetti, spesso già, di per sé, tutt'altro che chiari. Disorientamento vieppiù alimentato dalle interpretazioni televisive o mediatiche "ufficiali" (conferenze stampa del Premier, dei responsabili della Protezione Civile) o un po' meno "ufficiali" (opinionisti più o meno improvvisati, bloghetti, whatsappisti, e chi più ne ha più ne metta).

Con buona pace del principio fondamentale che deve reggere uno "stato di diritto" qualsiasi della previa conoscibilità dei precetti cosicché i cittadini possano con sicurezza orientare le proprie scelte¹.

Cosicché l'unica "vera" norma di comportamento ciascuno l'ha rinvenuta nella propria coscienza e nelle proprie paure del contagio e delle sue tremende e ben comunicate conseguenze. È così che con ("cristiana" o laica) rassegnazione i consociati (quasi tutti) hanno sopportato le limitazioni e le privazioni finanche di diritti naturali dell'uomo (quale quello di dare l'ultimo saluto ai parenti e amici defunti), "sopraffatti" dalla "necessità". Ma non v'è dubbio che, ad una pacata e più razionale riflessione, è proprio ed innanzitutto il sistema costituzionale delle fonti che risulta stressato; che la libertà personale intesa come *habeas corpus*, ovvero come ingerenza coercitiva sul proprio essere fisico, sia stata (e sia tutt'ora) limitata dai vari provvedimenti emergenziali credo infatti non possa essere messo in discussione.

Il problema sarà verificare se le fonti di quelle limitazioni, una volta ricostruita compiutamente la "catena normativa", trovino legittimazione nella legge cui, con previsione inequivoca, la Costituzione tassativamente ne affida i poteri limitativi². Tema che i limiti di questo scritto non consentono di approfondire. Come pure non può essere approfondito quello delle stesse

¹ M. LUCIANI, *Il sistema del diritto delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista A.I.C. (Associazione Italiana Costituzionalisti)*, n. 2/2020, 109 ss.

² Per compiuti approfondimenti e per una conclusione affermativa, si può rinviare ancora a M. LUCIANI, *Il sistema del diritto delle fonti*, cit., 111 ss.

basi scientifiche del presupposto sul quale si regge il contenuto dei provvedimenti limitativi.

Il tema che qui intendo affrontare è invece quello dell'infezione che il Covid-19 *tempus* ha velenosamente iniettato nelle vene del diritto e del processo penale. Il “giusto processo” è stato (per ora?) salvato in extremis, almeno nei suoi passaggi più significativi, dal virus che ha elettrizzato i “daremotisti” della prima e dell'ultima ora³. Meno fortuna ha avuto il principio del divieto di retroattività delle norme che comunque incidono sulla “punizione” e sulla limitazione (ancorché “provvisoria”) della libertà personale.

Il riferimento – facile comprenderlo – va alle norme che reiteratamente hanno disposto, unitamente alla stasi dei procedimenti e dei processi penali (eccettuate le situazioni tipicizzate – per vero un po' maldestramente – di “urgenza”) la sospensione e quindi la protrazione dei termini di fase delle misure cautelari, anche custodiali, ed i termini di prescrizione dei reati.

Il legislatore ha palesemente “pensato” le norme come retroattive⁴, applicabili cioè anche a procedimenti per reati commessi prima della loro entrata in vigore. Nella logica dell'emergenza sanitaria esse sarebbero null'altro che la coerente e logica conseguenza della impossibilità di far progredire l'iter processuale verso il suo sbocco naturale rappresentato dalla sentenza⁵.

Il tema, allora, sembra presentare due aspetti. Il primo concerne la ragionevolezza intrinseca di quelle previsioni ovvero la loro necessaria coerenza con la situazione di “stallo” processuale, determinato da cogenti ragioni di tutela della salute pubblica. Il secondo concerne l'ampiezza della “copertura” del principio costituzionale di irretroattività: se cioè esso possa estendersi anche alle norme sulle misure cautelari, con particolare riguardo a quelle custodiali, e a quelle che disciplinano i termini di prescrizione dei reati.

2. La retroattività in *malam partem* delle norme sulla sospensione dei termini di decorrenza delle misure cautelari.

Le norme che reiteratamente hanno disposto la protrazione dei termini di fase delle misure cautelari⁶ (non di quelli “complessivi”) sono intrinsecamen-

³ V. sul punto, da ultimo, V. MAIELLO, La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 22 Aprile 2020; V. MANES, L. PETRILLO, G. SACCONI, *Processo penale da remoto, prime riflessioni sulla violazione dei principi di legalità costituzionale e convenzionale*, in *Diritto di difesa*, 6 Maggio 2020; O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 4 Aprile 2020.

⁴ G.L. GATTA, “Lockdown” della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in *Sistema penale*, 4 maggio 2020, 6.

⁵ Il sospetto (maligno?) è che il legislatore abbia avuto in mente lo sbocco in una sentenza ... di condanna. Non abbia insomma considerato che quelle disposizioni ricadono sul capo di soggetti che la Costituzione presume innocenti.

⁶ A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 2, 1 ss. L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del Covid-19*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 16 Aprile 2020, 4. Qualche dubbio per vero suscita la ulteriore proroga disposta con d.l.

te irrazionali. Esse non rispondono certo alla necessità di tutela della salute pubblica. Il cautelato eventualmente “liberato” (o ammesso agli arresti domiciliari) sarebbe comunque rimasto sottoposto alle restrizioni di movimento e di “contatto sociale” comuni a tutti gli altri cittadini. Anzi, l’aver discriminato i soggetti “presunti innocenti” rispetto ai condannati definitivi in espiazione pena che, sia pure nei limiti di un anno e sei mesi di pena residua da espiazione sub condizione della disponibilità di strumenti di controllo a distanza (i c.d. “braccialetti elettronici”), di quasi impossibile verifica, sono in teoria ammessi al beneficio della “detenzione domiciliare”, rende quella norma ulteriormente viziata sotto il profilo dell’art. 3 Cost.⁷. E senza contare che, per espressa previsione dell’art. 83, comma 3 lett. b) d.l. 18/2020 i procedimenti in essere dalla cui mancata celebrazione potrebbe conseguire lo “spirare” del termine di fase sono tra quelli dei quali è “obbligatoria” la celebrazione.

Quindi ne sono reali destinatari i soggetti per i quali ancora non è stato disposto il rinvio a giudizio e che non hanno alcuno strumento per chiedere sensatamente “che si proceda” per far sì che il “blocco” sia eliminato⁸.

Certo si potrebbe osservare che, trattandosi di disposizioni che l’opinione corrente qualifica “processuali”, per esse vale la regola del *tempus regit actum* e di divieto di retroattività non può dunque parlarsi.

Vero è che, se – come anche chi la pensa diversamente ritiene – bisogna guardare alla sostanza delle cose e, soprattutto, alla sostanza delle garanzie⁹ la classica distinzione tra norme sostanziali e norme processuali andrebbe forse colta non in base ad un criterio concettuale asettico, ma in base ad un criterio funzionale ed in considerazione della loro diretta incidenza o meno sui beni fondamentali della persona. La “natura” delle norme, insomma, non può essere certo desunta dalla collocazione topografica (forse il falso in bilancio è un illecito civile perché è allocato nel codice civile?) e in fondo non è la “natura” in sé che conta; forse perché un “in sé” della norma non c’è se non come categoria generalissima¹⁰.

Del resto, è stato ben ricordato che le norme sulla custodia cautelare (o, meno ipocritamente, sulla “carcerazione preventiva”) anche storicamente sono spesso state accomunate quanto a regime di validità nel tempo, alle norme penali sostanziali¹¹. A maggior ragione oggi, nella concreta realtà del momento storico in cui ci troviamo a vivere e dove la “custodia cautelare” assomiglia sempre più ad una pena *ante processum* e spesso a lungo *sine*

8 aprile 2020 che all’art. 36 proroga all’11 maggio 2020 ai termini di cui al primo e al secondo comma dall’art. 83 d.l. 17 marzo 2020 n. 8 e non anche al quarto comma dello stesso articolo che espressamente si riferisce alla sospensione dei termini di decorrenza delle misure cautelari.

⁷ A. SCALFATI, *La custodia cautelare*, cit., 3; L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del Covid-19*, cit., p. 3.

⁸ L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del Covid-19*, cit., 2.

⁹ G.L. GATTA, “Lockdown” *della giustizia penale*, cit., 12.

¹⁰ O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo delle pandemie*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 16 Aprile 2020, 9.

¹¹ L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del Covid-19*, cit., 5 ss.

processo, considerare le norme sulla custodia carceraria o domiciliare (ma bisognerebbe cominciare a riflettere che anche le misure meno afflittive sono pur sempre limitative della libertà da “ingerenze dominatrici sul modo di condurre la propria vita”) norme “semplicemente processuali” è un beffardo travisamento della realtà. Né credo che si possa in modo convincente controbattere alle “lamentele” dei “troppo garantisti” osservando che, in caso di condanna, la custodia presofferta si detrae dalla pena finale¹². Una simile obiezione sembra infatti trascurare lo sconcertante dato statistico del numero davvero preoccupante di imputati assolti dopo avere, dunque ingiustamente, subito una custodia cautelare detentiva (una media di ottocento all’anno, cui può aggiungersi una media di 4/5 errori giudiziari in senso stretto all’anno). Cosa dunque potrà mai fare allora l’innocente che si è visto irragionevolmente e ingiustamente prolungare la misura cautelare? Se ne lamenterà iniziando un faticoso processo per riparazione della ingiusta detenzione previa declaratoria di incostituzionalità delle norme? Cammino lungo, tortuoso e dall’esito incerto¹³.

Vero è che solo una esasperata concezione del processo come forma coercitiva di controllo sociale e di placebo dei bisogni di sicurezza della comunità sociale può stare alla radice di simili disposizioni. La tutela della salute e la stasi del procedimento non c’entrano nulla. Nessuno, insomma (nel retropensiero del “governo legislatore”) deve poter dire che “un delinquente” è uscito “approfittando” della stasi processuale resasi necessaria per contrastare la diffusione di una pericolosissima epidemia. Questa è la vera nobile *ratio* di quelle disposizioni.

3. Segue: delle norme sulla sospensione dei termini di prescrizione.

Le norme sulla sospensione retroattiva della prescrizione hanno offerto un insperato assist a coloro che ancora non sono persuasi che la sentenza della Corte Costituzionale sul “caso Taricco” abbia definitivamente chiuso la questione. Quella decisione – come è a tutti noto – ha riaffermato con tutta la autorevolezza istituzionale di quel Supremo Consesso, oltre che con la forza del prestigio personale e scientifico del Presidente, dell’estensore e di tutti i suoi componenti, la natura “sostanziale” delle disposizioni sulla prescrizione che ricadono pertanto sotto la protezione del principio di legalità nelle sue tre articolazioni: riserva di legge, determinatezza/tassatività, irretroattività.

Il tema, con intenti “contrappuntistici” rispetto al “diritto vivente” (che a volte piace quando è “bello” e a volte no) è stato così di recente ripreso con

¹² Per questa controdeduzione, v. G.L. GATTA, “Lockdown” della giustizia penale, cit., 19.

¹³ L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del Covid-19*, cit., 3.

dovizia di argomentazioni, supportate anche dal pensiero di autorevole, selettivamente citata, dottrina¹⁴.

Riassumendo brutalmente, anche a costo di semplificazioni delle quali sin d'ora mi scuso: la sentenza n. 115 del 2018 della Corte Costituzionale non può costituire un precedente di sbarramento ad un ripensamento sulla natura processuale della prescrizione perché in realtà ha costituito poco più di un espediente per “uscire” dal “caso Taricco”. (Magari sotto l'influenza di spinte “sovraniste”).

La natura processuale della prescrizione è stata sostenuta in passato da autorevole dottrina.

Non ci può essere un “diritto alla prescrizione”.

La dottrina “garantista” oscilla a seconda della opzione che fa più comodo tra una collocazione sostanziale ed una processuale (attenendo al profilo della “ragionevole durata”) dell'istituto della prescrizione.

Orbene, premesso che da un giurista dall'indiscusso valore scientifico dell'autore dello scritto cui mi riferisco mi sarei atteso una maggiore attenzione dialettica alle tesi contrapposte che mi paiono sostanzialmente ignorate, la replica, nei limiti consentiti da questo breve scritto, può essere espressa nei seguenti, forse altrettanto brutalmente semplificatori (ma mi auguro non semplicistici) termini che seguono.

a) non sono certo nella condizione di avere scrutato o di potere retrospettivamente scrutare negli *interna corporis* della Corte e quindi non so se la sentenza n. 115 del 2018 sia stata solo un escamotage per liquidare la “fastidiosa” “vicenda Taricco”. A me sembra una sentenza che costituisce invece un pilastro del diritto penale liberal-democratico a marchio costituzionale, una monumentale sentenza storica, che ha riscosso il plauso pressoché unanime dell'Accademia; che costituisce anche un esempio di maturo europeismo, alieno da smodate passioni euro-unitarie e lontano mille miglia da venature sovraniste¹⁵.

Comunque c'è e costituisce una inamovibile pietra granitica sul sepolcro della “natura processuale” della prescrizione.

b) In secondo luogo mi permetto di rilevare che la natura sostanziale della prescrizione ha una solida tradizione nel pensiero penalistico di studiosi per lo meno altrettanto autorevoli di quelli cui fa selettivo riferimento lo scritto prima citato¹⁶.

¹⁴ G.L. GATTA, “Lockdown” della giustizia penale, cit., 10 ss.

¹⁵ Volendo, si può consultare in proposito anche G. FLORA, *Il “diritto penale europeo” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Studi Senesi*, 2017, 50 ss.; *La dimensione europea del diritto penale. Quale ruolo per la scienza penale?*, in *www.Discrimen.it*, 1.04.2020, 5.

¹⁶ Per una molto argomentata riflessione sulla natura sostanziale della prescrizione, v. F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere, Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, 63 ss.; D. PULITANO, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 1, 20 ss.; nonché, da ultimo, G. INSOLERA, *Il processo senza prescrizione*, in *Nei limiti della Costituzione. Il Codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, a cura di D. Negri e L.

c) Infine, se proprio la vogliamo dire tutta, il quesito della natura sostanziale o processuale della prescrizione è forse mal posto. Come anche un indimenticabile (ma da qualcuno troppo presto dimenticato) Maestro ci ha ricordato, la “riserva di legge” è una riserva (anche) di modo di disciplina¹⁷ nel senso che essa “copre” anche con i suoi corollari, ivi compreso il divieto di retroattività, tutte le disposizioni che riconnettono la concreta punibilità alla realizzazione del fatto previsto come reato (che riconnettono la punibilità al reato); come si evince anche dalla stessa formulazione testuale dell’art. 25, comma Cost. E poiché la prescrizione incide sulla concreta punibilità del fatto, anche le disposizioni che incidono sulla sua durata sottostanno al divieto di retroattività. Principio fatto proprio perfino dalla “riforma Bonafede”. Né la soluzione può cambiare anche impostando la questione in termini di prevedibilità *ex ante* delle conseguenze derivanti dalla realizzazione del fatto di reato. Se il blocco del procedimento “non è colpa di nessuno”, non si comprende davvero perché dovrebbe allora ridondare a pregiudizio della libertà di un soggetto per di più presunto innocente, per precetto costituzionale, fino alla condanna definitiva.

Quanto alle pretese oscillazioni della dottrina “garantista” che collocherebbe l’istituto della prescrizione ora nell’alveo del diritto penale sostanziale, ora in quello del diritto processuale penale, a seconda della “convenienza”, la verità è tutt’altra. Quel che si vuol sottolineare è il duplice fondamento costituzionale della prescrizione: uno che rileva sul piano del diritto penale sostanziale, un altro che rileva sul piano del processo. Sono assunti che dovrebbero essere ben conosciuti¹⁸.

Zilletti, Padova, 2020, 296 ss.

¹⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *NNDI*, XIX, Torino, 1973, 42 (estratto) ragionando sulla tesi di M. SPASARI, *Diritto Penale e Costituzione*, Milano, 1966, 15 ss.

¹⁸ Per una recente riflessione sul fondamento costituzionale della prescrizione (con ampia citazione e confutazione anche delle tesi contrarie), E. DINACCI, *Descrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2019, p. 150 e ss. che ben mette in rilievo i due profili, sostanziale e processuale, del fondamento dell’istituto.

Sullo stesso tema, volendo, si può consultare G. FLORA, *Verso un diritto penale senza prescrizione?*, in *Studi in onore di Armando Veneto*, Soveria Mannelli (CZ), 2015, p. 56 ss.

Sottolinea il venir meno della funzione general preventiva della pena a seguito di una condanna tardiva, B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, n. 1, 84.

Per l’affermazione che la pena tardiva perde “di attualità confermativa verso la società” secondo i canoni della prevenzione generale c.d. “positiva”, v. F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., 36 e 42.

Ritiene che, anche qualora si dovesse propendere per una natura processuale della prescrizione, non ne discenderebbe la legittimità di una applicazione retroattiva sfavorevole delle relative disposizioni, M. DONINI, *La sentenza Taricco come giurisprudenza di lotta*, in *Dir. pen. cont.*, 3 Aprile 2018, 4 e ss.

Con riguardo al tempo intercorrente tra la commissione del reato e la sua punizione, una punizione che arriva troppo tardi rispetto al *tempus commissi delicti* contrasta con il principio della prevenzione generale mediante intimidazione né può fungere da riaffermazione della “validità” del precetto presso i consociati; ma confligge anche con il principio rieducativo, potendo intervenire su un soggetto ormai “diverso” da quello che commise il reato. Con riguardo ai tempi di durata del procedimento penale, un eccessivo protrarsi della pendenza finisce per condizionare le scelte di vita dell’indagato/imputato e si pone perciò in contrasto con l’art. 2 Cost. e, naturalmente, con il principio di ragionevole durata costituzionalizzato nell’art. 111 Cost.

Quindi non è questione di oscillare tra due diverse concezioni. È questione di affermare un duplice fondamento costituzionale della prescrizione, del quale si dovrebbe tenere debito conto. Dovrebbe così prevedersi un termine di prescrizione del reato (commisurato alla sua gravità e che potrebbe forse contemplare anche reati di così devastante gravità da determinarne l’imprescrittibilità, salvo trovare adeguati accorgimenti sul piano delle conseguenze sanzionatorie in ragione della eventuale eccessiva distanza tra momento del fatto e momento di esecuzione della pena). Dovrebbe però anche prevedersi un termine di “prescrizione del processo” (o, nella fase iniziale, di decadenza dall’esercizio dell’azione penale), per fasi processuali, in modo da assicurarne la ragionevole durata.

Si deve infine ulteriormente rilevare la intrinseca irragionevolezza, se non l’assurdità, di un prolungamento (di pochi mesi) di termini di prescrizione che, per i reati di gravità media ed elevata, sono già di per sé “biblici”, ulteriormente prolungati dalla riforma Orlando e “bloccati” per sempre (almeno per ora non retroattivamente) dalla “riforma Bonafede”. Anche nella prospettiva di un alleggerimento del carico processuale già adesso gravoso e che diverrà insopportabile alla ripresa dopo l’emergenza, non sarebbe stato più intelligente “rassegnarsi” alla prescrizione dei reati bagatellari per poi poter concentrare le energie sulla celebrazione dei processi per i reati più gravi¹⁹?

4. Un Covid al servizio del repressivismo giustizialista nazionale-popolare?

Ma anche qui, come nel campo delle misure cautelari, si è insinuato il virus del populismo giustizialista che alimenta la demonizzazione dell’istituto della prescrizione. Se la *ratio* della prescrizione, propria della concezione autoritaria di cui si nutre il panpenalismo, non sta nei principi costituzionali

¹⁹ S. FENYES, *Non è silenzio, Videopillole per penalisti*, a cura della Camera Penale di Firenze, 25.04.2020 reperibile su YouTube che propone un provvedimento di amnistia e indulto per chiudere la fase dell’emergenza e ricominciare senza un eccessivo carico processuale che sarebbe certo di ostacolo alla efficienza della “macchina della giustizia”.

prima ricordati, ma nel preteso “disinteresse dello Stato alla punizione del colpevole”, quando la macchina processuale subisce un forzato arresto per la necessità di arginare un grave pericolo per la salute e la vita stessa delle persone, anche il corso della prescrizione deve allora arrestarsi. L’importante è che nessuno possa dire che un presunto colpevole “l’ha fatta franca” perché un virus (per lui eccezionalmente “benigno”) gli ha fermato il processo (che si sarebbe certo concluso con una condanna), inceppando la macchina della giustizia.

Ma ciò che più preoccupa è che, una volta debellato il contagio e tornati alla normalità sanitaria, certe idee, certe suggestioni (dalle meraviglie del processo da remoto, alla natura processuale della prescrizione, tanto per esemplificare) continuino a diffondersi nella cultura giuridica e nelle stanze dove si progettano le norme penali e processuali: fino a cambiare magari la regola che governa la validità nel tempo di tutte le norme da applicare nel processo penale che, in ricordo di quel tempo terribile per un verso, ma provvidenziale per un altro, potrebbe essere sintetizzato nel brocardo “*Covid regit actum*”.

INTRODUZIONE ALLA PUNIBILITÀ COME QUARTO ELEMENTO DEL REATO*

Giovanni Cocco**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La questione della c.d. *Wiedergutmachung*. – 3. La restaurazione del bene leso non terzo binario sanzionatorio ma causa di non punibilità. – 4. Il legame della non punibilità sopravvenuta con peculiari fattispecie incriminatrici. – 5. La punibilità quale elemento della teoria reato è espressione dogmatica del fondamento generalpreventivo dell'ordinamento penale. – 6. I caratteri tipici del principio di sussidiarietà c.d. esterna. – 7. La autonomia della punibilità si fonda sul principio di sussidiarietà c.d. esterna. – 8. I 'benefici' della impostazione proposta. – 9. Conclusioni.

ABSTRACT

Il saggio propone i passaggi essenziali della concezione della punibilità come quarto elemento della teoria reato, con riferimento a quegli istituti ad essa ascrivibili che si limitino a determinare o escludere il verificarsi della conseguenza del fatto tipico, anti-giuridico e colpevole, per l'appunto detta punibilità.

The essay proposes the essential passages of conception of "punibility" as a fourth element of the crime theory, with reference to those institutions ascribable to it that merely determine or exclude the occurrence of the consequence of the typical, anti-juridical and guilty fact, precisely said "punibility".

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Prof. Giovanni Cocco, Ordinario di Diritto penale presso l'Università degli studi di Cagliari. Il saggio è destinato al *Liber Amicorum* Adelmo Manna.

1. Introduzione.

Nel nostro codice è presente l'istituto della **condizione oggettiva di punibilità** (art. 44 c.p.), in assenza della quale – ovvero dell'evento che la integra – un fatto di reato antiggiuridico e colpevole non è punibile. Si evidenzia pertanto uno **stacco** tra la sussistenza degli elementi tradizionali della teoria del reato: fatto, antiggiuridicità e colpevolezza, **e il dispiegarsi della relativa punibilità**, che può essere determinata da ulteriori elementi positivi, come in tal caso, o negativi che la escludono pur sussistendo tutti gli altri elementi del reato, come accade in ulteriori previsioni che analizzeremo. Dunque, nel codice hanno un preciso riconoscimento e autonomia istituti che incidono esclusivamente sulla punibilità¹, seppure della espressione si faccia un uso alquanto disomogeneo. Riconoscimento di cui occorre verificare ampiezza e rilevanza.

2. La questione della c.d. *Wiedergutmachung*.

A tal proposito va evidenziato che negli ultimi decenni si è molto discusso sulla figura della cd. *Wiedergutmachung*, ovvero della **restaurazione (o restituzione o risarcimento) della lesione arrecata al bene giuridico** dal fatto di reato e del ruolo da attribuirle nell'ordinamento penale. In una prospettiva, estranea all'attuale assetto normativo italiano e tedesco, proposta dal **progetto alternativo sulla riparazione o risarcimento** del danno², la complessa fattispecie incentrata sulla riparazione del danno costituisce un terzo binario³, a fianco delle pene e delle misure di sicurezza, che **sostituisce** l'applicazione delle sanzioni penali tradizionali quando non necessaria ai fini di prevenzione generale o speciale.

In particolare, all'istituto viene assegnata la realizzazione di finalità di **prevenzione speciale positiva**, da un lato perché la riparazione volontaria ha effetti di risocializzazione – da intendersi non come trasformazione interna dell'autore ma come capacità di vivere in libertà rispettando (esteriormente) l'ordinamento giuridico – in quanto obbliga l'agente a confrontarsi con le conseguenze del suo comportamento ed a considerare i legittimi interessi della vittima⁴. Dall'altro, perché rappresenta una manifestazione importante

¹ La materia è approfondita in Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017, lavoro dei cui risultati proporrò una sintesi.

² AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, 1992.

³ AE-WGM, cit., 25 ss. Si vuole riempire il vuoto esistente nelle strategie di controllo tra la mera reazione punitiva e la assenza di reazione, inserendo nella sistematica delle conseguenze giuridiche del reato un livello intermedio costituito dalla riparazione come assunzione da parte dell'autore della responsabilità (AE-WGM, cit., 23 ss. e 31). Peraltro, già la relazione alla I. tedesca di *lotta alla criminalità* del 28.10.1994 esclude che la riparazione sia una nuova conseguenza giuridica autonoma del reato.

⁴ ROXIN, *Acerca del desarrollo reciente de la política criminal*, in CPC, 1992, 808; at I, § 3 III, n. 64; WEIGEND, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, p. 535; FARALDO CABANA, *Las causas de*

della personalità dell'autore di cui evidenzia una minore probabilità di ricaduta nel delitto: l'agente con la riparazione manifesta infatti una minore energia criminale, una attenuata capacità a delinquere, una minore pericolosità, maggiori possibilità di correzione, etc., e di conseguenza anche una minore necessità di prevenzione speciale. Secondo detta concezione, l'autore che volontariamente riconosce l'interesse della vittima e lo soddisfa nei modi e alle condizioni possibili accetta in modo esemplare la vigenza delle norme violate, con ciò in molti casi anche appagando la comunità giuridica e dunque le necessità di prevenzione generale⁵, nella quale può per l'effetto reinserirsi⁶.

3. La restaurazione del bene lesa non terzo binario sanzionatorio ma causa di non punibilità.

Tale impostazione non è però condivisibile, perché la figura delineata è essenzialmente rivolta al(la restaurazione del) bene lesa, mentre la sanzione è rivolta all'autore dell'illecito. D'altra parte, se intesa quale espressione dell'attenzione dell'ordinamento penale nei confronti della vittima può avere solo un ruolo limitato⁷, vanno infatti sottolineati la *natura pubblica* del delitto e gli *scopi generalpreventivi* della pena⁸. In vero, il diritto penale moderno nasce come **necessario allontanamento della vittima dal centro del conflitto** rappresentato dal reato: la comunità politica, ovvero lo Stato, si fa carico del conflitto, e ciò è certamente un progresso, il monopolio della forza in capo allo Stato consente infatti di dominare e far cessare i conflitti sorti con i reati⁹, in presenza oltretutto di una attenzione sempre maggiore del diritto penale contemporaneo a beni giuridici universali e funzionali.

levantamiento de la pena, Valencia, 2000, 122 ss.

⁵ AE-WGM, cit., 26; WEIGEND, *Deliktsoffer*, cit., 535; JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, in *ZStW*, 1981, 1154 s.

⁶ Inoltre, si reputa che la riparazione possa condurre ad una riconciliazione tra delinquente e vittima, facilitando così il reinserimento del primo, così ROXIN, *Acerca*, cit., 808; *Id.*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4ª ed., 2006, § 3 III, n. 64; e SCHNEIDER, *Restitution instead of Punishment*, in Kaiser, Kury, Albrecht, *Victims and Criminal Justice*, Freiburg i. Br., 1991, 363 s., secondo cui la causa più importante del fallimento del trattamento del delinquente recluso è il mancato coinvolgimento della vittima e della società. Sempre dal punto di vista della prevenzione speciale sono evidenti gli effetti positivi che comporta la riparazione per il reo poiché gli permette di evitare la detenzione (AE-WGM, cit., 32, evidenzia che per l'autore la riparazione è una opportunità di reinserimento attivo; HASSEMER, in *Kindhäuser*, Neumann, Paeffgen (a cura di), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, Baden Baden, 4ª ed., 2013, introd. § 1, n. 489).

⁷ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 (*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009), 228 s.

⁸ In tema ampiamente Cocco, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *DPC-RT*, 2020.

⁹ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 233 s.

Ben maggiori risultati può conseguire la prospettiva della non punibilità quale strumento dogmatico di apertura alle controcondotte restauratrici del bene o di eliminazione del pericolo, in cui la vittima rimanga comunque lontana dal centro del conflitto, e a tali condotte venga invece riconosciuto dall'ordinamento giuridico l'effetto escludente la punibilità del fatto di reato in considerazione del soddisfacimento del fine di tutela dei beni giuridici attribuito al diritto penale e del principio liberale di sussidiarietà che ne regola la previsione. Il che non esclude che al recente successo della riparazione contribuisca proprio la ragione *politica* dell'ingiustizia sociale di un diritto penale indifferente alle esigenze della vittima, in particolare quando è più interessata alla riparazione del danno subito che alla punizione del reo come accade nei reati contro il patrimonio o socio-economici¹⁰. Uno specifico riconoscimento di tale prospettiva si è avuto in Italia con la recente introduzione nel codice penale dell'**art. 162-ter** intitolato *estinzione del reato per condotte riparatorie*.

Ma ancor prima di quest'ultima riforma, quale espressione di tale indirizzo vi è stato negli ultimi decenni un notevole incremento in particolare nelle leggi complementari di istituti, già peraltro presenti nella parte speciale, che comportano la **non punibilità del reato successiva (sopravvenuta) alla sua consumazione formale** quale effetto di **condotte antagoniste** poste in essere dagli stessi rei rispetto alle loro precedenti condotte lesive o pericolose integranti le fattispecie di reato.

Va precisato, peraltro, che la denominazione di *cause non punibilità* è di creazione dottrinale e descrive istituti **cui si riconosce l'effetto di escludere la (sola) punibilità del fatto di reato, antigiuridico e colpevole**, i quali però sono definiti in vario modo dal legislatore, che predilige il riferimento alla espressione *estinzione del reato* perché riconosciuta dal codice penale, sebbene la natura delle cause non punibilità sia ben differente dalla natura di quelle estintive e la loro stessa individuazione sia finalizzata a rimarcare siffatta distinzione.

4. Il legame della non punibilità sopravvenuta con peculiari fattispecie incriminatrici.

L'esame delle cause non punibilità sopravvenuta, le più controverse tra le previsioni di non punibilità, consente di evidenziare che **concernono peculiari fattispecie incriminatrici**. Un **primo gruppo** è costituito da *reati di pericolo astratto e concreto* o a cd. *consumazione anticipata* – di cui un modello codicistico è il tradizionale istituto della **desistenza volontaria** dal delitto tentato,

¹⁰ Cfr. ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in Schöch (a cura di), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, 42; *ib.*, *Acerca*, cit., 808 s.; *ib.*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, cit., § 3 III, n. 63; MAIER, *La víctima y el sistema penal*, in *Jueces para la Democracia*, 1991, n. 1, 38.

in cui la non punibilità interviene dopo il perfezionamento del tentativo (art. **56 comma 3** c.p.) – nonché da *reati lesivi di beni funzionali*¹¹ posti a tutela anticipata di beni sostanziali finali¹². Si evidenzia, pertanto, che il rinnovato interesse per la (non) punibilità è ricollegabile, in primo luogo, alla crisi dei reati di evento ed alla conseguente **diffusione degli illeciti di pericolo o posti a tutela di beni funzionali**, in parte giustificata per le emergenze che la postmodernità pone in ordine a beni quali la incolumità della collettività, l'economia e l'ambiente, la cui tutela assume eccezionale rilevanza per le attuali e le future generazioni¹³.

Un **secondo gruppo** di fattispecie interessate è costituito da **reati lesivi di beni restaurabili**, come evidenzia l'esperienza internazionale e la citata nuova figura di cui all'art. 162-ter c.p., concernente reati perseguibili a querela di parte revocabile, che si caratterizzano per presumere sostanzialmente la utile restaurabilità del bene leso o messo in pericolo, o, comunque, una complessiva valutazione della irrilevanza della lesione. Se ne evince che, all'ingresso prepotente sulla scena penalistica di nuove tecniche di tutela e di nuovi beni, si accompagna anche un ripensamento sulle tecniche di tutela penale dei beni tradizionali e principalmente del patrimonio, sulla strada dell'esperienza comparatistica che attribuisce ampio spazio alle restituzioni ed al risarcimento del danno¹⁴.

In un siffatto contesto appare particolarmente appropriato lo sviluppo di figure che riconoscano la *non punibilità sopravvenuta* per bilanciare la presenza sempre maggiore di fattispecie di reato a tutela anticipata o i cui effetti lesivi non siano irreversibili.

La individuazione delle fattispecie incriminatrici cui si riferiscono di norma le cause non punibilità sopravvenuta è un passo significativo per comprendere fondamento e collocazione dogmatica della (non) punibilità, superando quelle concezioni che richiamano genericamente la *opportunità politica*, perché chiarisce che essa risponde, essenzialmente, all'esigenza di **adeguare** la comminatoria penale **alla peculiare natura degli illeciti individuati**. Mette in

¹¹ Cocco, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi Marinucci*, I, Milano, 2006, 167 ss.

¹² Come nell'ipotesi del reato di costruzione senza permesso dell'autorità preposta, che tutela il bene funzionale dell'assoggettamento dell'attività urbanistico-edilizia al controllo del competente organo amministrativo, riguardo a cui la non punibilità consegue al rilascio del permesso in sanatoria che comporta la salvaguardia di detto bene, su cui Cocco, *La rilevanza dei vizi degli atti amministrativi elementi della fattispecie estintiva penale: in particolare le ipotesi della concessione edilizia in sanatoria e del condono edilizio*, in *Studi Cagliari*, XVI (1995-1996), Torino, 1998, 122 ss.

¹³ STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 3^a ed., 2003, 47 ss., 387 ss.; STRATENWERTH, *Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW* 1993, 680; Cocco, *Beni giuridici funzionali*, cit., 181 ss.

¹⁴ Ad esempio, il §167 öStGB [c.p. austriaco] prevede la *tätige Reue*: ravvedimento fattivo o operoso, che esclude la punibilità del fatto il cui autore abbia risarcito o si sia obbligato a risarcire il danno prima dell'iscrizione della notizia di reato.

luce, in particolare, che la legislazione in tema di non punibilità sopravvenuta **riconosce il conseguito risultato della tutela del bene giuridico protetto** dalla previsione incriminatrice, seppure successivamente alla consumazione formale del reato e, dunque, la soddisfazione dei fini generalpreventivi propri del diritto penale, cosicché assume un ruolo decisivo a spiegarne il fondamento il principio di **sussidiarietà esterna**, che entra in campo a giustificare l'incriminazione di un fatto una volta superato il vaglio del principio di *extrema ratio*-frammentarietà.

5. La punibilità quale elemento della teoria reato è espressione dogmatica del fondamento generalpreventivo dell'ordinamento penale.

Approfondiamo, dunque, uno degli snodi centrali del superamento della **dogmatica penalistica tradizionale**, ovvero la considerazione della **punibilità** - precisamente degli **istituti che si frappongono tra fatto, antiggiuridicità e colpevolezza e la punibilità**, la assenza o presenza dei quali, rispettivamente, impedisce si realizzi o comporta che venga meno la punibilità del fatto illecito - **come elemento autonomo** nell'ambito della teoria del reato. In contrapposizione alla sua considerazione, sulla base del principio *nullum crimen sine poena*, esclusivamente come conseguenza del reato - limitatamente inteso come fatto illecito - coinvolgente persino differenti concezioni del mondo e certamente della pena.

La peculiarità della nostra posizione è che il predicato della punibilità quale effetto dell'integrazione di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole può derivare dalla ulteriore presenza o assenza - a seconda che si tratti di condizioni oggettiva di punibilità o di cause di non punibilità - di ulteriori elementi, i quali si possono definire gli **istituti della punibilità** o la **punibilità tout court** quale **quarto autonomo elemento** della teoria generale del reato, da aggiungersi a tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza. Insomma, la punibilità del reato può non dipendere dalla sola presenza di tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza, ma - laddove previsti - può dipendere da ulteriori istituti che le vengono specificamente ascritti.

L'opera per fare emergere la presenza di un quarto elemento del reato è resa difficile per la introduzione nel codice penale del 1930 delle cause di estinzione del reato e della pena, le quali, per la novità e il rilievo della indicazione legislativa, pur **nettamente distinte dal tema della punibilità qui affrontato**¹⁵, lo hanno oscurato e hanno condizionato pratica legislativa e giurisprudenziale e con esse gli stessi approfondimenti scientifici, conglobando sotto l'etichetta di *estinzione del reato* istituti radicalmente differenti.

¹⁵ *Contra*, invece, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, PG, Milano, che le raggruppano sotto l'unica etichetta di istituti della opportunità politica.

Tuttavia, è possibile individuare con chiarezza la specificità delle cause di non punibilità in questione, in particolare di quelle sopravvenute, in cui minaccia della pena e istituti di non punibilità sono chiaramente sinergici alla unica finalità di tutela del bene giuridico, ancorché si trovino temporalmente distanziati in un rapporto di susseguenza¹⁶, andando a comporre una unitaria comminatoria penale. In tali casi, diversamente dalle cause di estinzione del reato di parte generale, non prevale un interesse alla non applicazione della pena fondato sulle più varie ragioni di opportunità¹⁷, ma si tratta del **riconoscimento della conseguita tutela del bene giuridico**¹⁸ pur dopo il perfezionamento del reato e dunque quando l'effetto generalpreventivo della mera incriminazione non abbia funzionato¹⁹.

Compreso ciò, i riferimenti alla **prevenzione generale quale fondamento del diritto penale e al principio di sussidiarietà** nel suo ambito di azione *esterno* quale principio-limite allo stesso – comunemente alla base della scelta legislativa di escludere *tout court* dalla incriminazione il fatto quand'anche abbia superato il vaglio del principio di *extrema ratio* in presenza di altri strumenti meno costosi di tutela dei beni giuridici – consentono di collocare nell'ambito della **teoria del reato**, invece che nella teoria della applicazione e esecuzione della pena, gli istituti che condizionano o escludono la punibilità, pur sussistendo un fatto di reato antiggiuridico e colpevole. Il principio di cd. **sussidiarietà esterna**, infatti, rileva non solo quando comporta la esclusione *tout court* dell'incriminazione di una fattispecie offensiva perché adeguatamente contrastata con altri mezzi, ma anche quando, in presenza della ritenuta necessità di incriminare un fatto per la tutela di un bene giuridico, ne determini la non punibilità in presenza del soddisfacimento della detta finalità di tutela, con la previsione di istituti rispondenti essenzialmente alla constatazione che il fine perseguito con la minaccia della pena è stato raggiunto, in tutto o in parte, per mezzo di meccanismi meno costosi oppure che esprimono la necessità di evitare che la tutela di specifici beni produca danni ad altri beni di pari o maggiore rilievo.

6. I caratteri tipici del principio di sussidiarietà c.d. esterna.

Il principio c.d. di **sussidiarietà esterna** esprime, in definitiva, la necessità che l'intervento penale sia l'effetto di un bilanciamento tra benefici che lo richiedano e costi che lo consentano. In questa prospettiva, da un lato, a fronte

¹⁶ C. S.U., 23.11.1985 n. 2816, in *RGS*, 1986, 531.

¹⁷ C. cost. 25.10.1989, n. 487, in *RGE*, 1990, I, 18: la *ratio* delle cause di estinzione del reato è, di regola, di mera opportunità e non attiene all'interesse specifico leso dal reato.

¹⁸ Cfr. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, 302 ss.; PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP*, 1986, 406 ss.

¹⁹ Concetto a cui è estraneo il ravvedimento inteso come trasformazione in senso socialmente o moralmente apprezzabile della personalità del reo, richiamato invece dai teorici della *Wiedergutmachung*.

dei benefici per la protezione dei beni giuridici conseguibili con la pena, si valuta se detti risultati possano essere eventualmente raggiunti con mezzi disponibili di minore severità. Dall'altro, si pesano i costi della pena: quelli diretti, pesantissimi, derivanti dalla privazione o dalla limitazione di beni fondamentali della persona; ma anche quelli indiretti, costituiti dalla lesione o dall'ostacolo alla protezione di differenti ed importanti beni rispetto a quelli tutelati con l'incriminazione. Ultimo profilo che vale sia in termini generali, quando la penalizzazione sia così ampia da produrre conseguenze di depotenziamento dell'ordinamento penale, sia con riguardo ai casi specifici in cui la sanzione di determinate condotte a tutela di specifici beni metta in pericolo o leda altri beni giuridici fondamentali. In definitiva la pena può essere impiegata solo quando risulti significativamente più efficace di mezzi meno lesivi per la tutela di rilevanti beni giuridici e sempre che non produca effetti negativi per beni giudicati di maggiore rilievo rispetto a quelli che intenda proteggere. Né questo bilanciamento può dirsi precluso dalla avvenuta consumazione del fatto di reato, la cui astratta determinazione è frutto anch'essa di scelte legislative evidenti proprio nella tipologia di reati – quali quelli di pericolo e a tutela di beni funzionali – cui è connessa principalmente la non punibilità sopravvenuta, e non certo di istanze superiori.

Si può, dunque, ben dire che sono **espressione del principio di sussidiarietà esterna** le **condizioni di punibilità** e le **cause di non punibilità** volte a salvaguardare beni giuridici di essenziale rilievo differenti da quelli tutelati con l'incriminazione: la tutela della famiglia, ad esempio, è perseguita con la condizione di punibilità del pubblico scandalo prevista per l'incesto (art. 564 c.p.) e la causa di non punibilità determinata da stretti rapporti di parentela prevista per alcuni reati contro il patrimonio (art. 649 c.p.)²⁰.

Eguale sono espressione del principio di sussidiarietà esterna le controverse **previsioni di non punibilità sopravvenuta** che prendono atto della soddisfazione o della significativa attenuazione delle esigenze di prevenzione generale quando intervengano condotte dell'autore, posteriori alla consumazione del fatto illecito, di eliminazione del pericolo cui è stato esposto il bene giuridico o di riparazione della lesione. Pare legata al principio di *sussidiarietà esterna* anche la non punibilità (prevista nella legislazione straniera) legata alla presenza di gravi conseguenze negative per lo stesso autore dalla condotta illecita, ovvero nel caso di cd. **pena naturale**, in cui il ricorso alla pena non è necessario perché il suo scopo è stato altrimenti raggiunto. Infine, anche le **soglie quantitative** di rilevanza penale del fatto sono determinate dalla ritenuta presenza nei settori di riferimento di strumenti extrapenalistici sufficienti per la protezione dei beni giuridici contro le lesioni minori, per quanto la loro previsione incida direttamente sugli elementi costitutivi del reato.

²⁰ *Amplius Cocco, Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte*, in RCP, 2015, 1048 ss.

7. La autonomia della punibilità si fonda sul principio di sussidiarietà c.d. esterna.

Il principio di sussidiarietà esterna ha i requisiti per fondare una categoria autonoma della teoria del reato perché le teorie generalpreventive e con esse le *teorie relative o miste*, diversamente dalle concezioni retributive, esigono o comunque consentono una costruzione della teoria del reato che tenga conto del rivolgersi della pena al futuro, dunque non al solo fatto illecito, mirando alla tutela dei beni giuridici.

In questa prospettiva la teoria del reato non può limitarsi a ricomprendere gli elementi inerenti alla realizzazione del fatto antiggiuridico e colpevole ma **deve contemplare tutti gli altri istituti connessi alla soddisfazione delle finalità di prevenzione generale alla base della incriminazione** che ad essa comunque si possano correlare. In definitiva, il principio di *sussidiarietà esterna* impone di considerare nell'ambito della teoria del reato gli istituti che si facciano carico della soddisfazione degli scopi generalpreventivi perseguiti con la incriminazione avvenuta per mezzo di vie alternative e meno costose nonché dell'eventuale presenza di costi addizionali della pena in particolare costituiti dagli effetti negativi provocati ad altri beni giuridici di primaria importanza che la rendano uno strumento più dannoso che utile.

A tale impostazione non sono opponibili le critiche alla utilizzazione della punibilità come merce di scambio o premio perché **non si tratta di un premio** (laddove il termine suscita scandalo) ma del riconoscimento o presa d'atto che le esigenze di prevenzione generale sono state, in definitiva, realizzate in stretta relazione con la comminatoria²¹. È netta la differenza tra una politica criminale (e conseguente dogmatica) orientata verso la tutela fin dove è possibile dei beni giuridici ed una di tipo premiale orientata a scopi ad essa estranei, ad esempio *la collaborazione processuale*²².

²¹ Il riferimento alla filosofia pragmatica del *bastone e della carota* (*carrot-stick*) (COFFEE, 'Carrot and Stick' Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants, in *FSR*, 1990, 126), vale a dire della minaccia della sanzione e della contestuale offerta del premio con riguardo agli istituti che attribuiscono l'effetto della non punibilità sopravvenuta al ravvedimento operoso *post delictum* (PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *RIDPP*, 1981, pp. 532 ss.; *Id.*, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 406 ss.; PROSDOCIMI, *Profili*, cit., 298 ss.; CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, 109 ss.) si limita a fotografare il dato normativo senza spiegarlo e individua il contenuto sostanziale degli istituti nell'incentivo psicologico a determinate condotte, che oltre a fondarsi su considerazioni di senso comune molto discutibili, non va all'essenza vale a dire al significato delle controcondotte e ai risultati conseguiti con le stesse.

²² MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 129; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3ª ed., Padova, 1985, 190 ss.

8. I 'benefici' della impostazione proposta.

La lettura offerta consente di **rivalutare e superare**, in particolare, **la distinzione connessa al dato cronologico** tra cause di esclusione della punibilità e cause di non punibilità sopravvenuta ovvero successive alla integrazione del fatto di reato, che può essere costruito dal legislatore come di pericolo o di tentativo o lesivo di beni restaurabili, in quanto le finalità generalpreventive della pena consentono e sollecitano che si dia spazio nella teoria del reato ai diversi fattori che ne rilevano il soddisfacimento, ancorché differenti e successivi a quelli racchiusi nel fatto illecito, ma comunque correlati all'avvertimento penale

Consente, inoltre, di fornire un **contributo critico alla costruzione dell'ordinamento penale** e uno strumento efficace contro il proliferare dei reati a tutela anticipata o che tutelano beni restaurabili o lesi in modo non significativo. A fronte dell'evidente fallimento delle proposte di *diritto penale minimo* che riaffermano il *nullum crimen sine poena*, giacché la attuale legislazione procede nel senso opposto: anche le recenti riforme se, da un lato, depenalizzano, dall'altro, fanno occupare nuovi terreni al diritto penale.

I profili più strettamente dogmatici della autonomia della punibilità nella teoria del reato possono affrontarsi con l'uso della tradizionale e insuperata metodologia tecnico-giuridica, senza cui il discorso politico-criminale perde ogni carattere scientifico e si riduce alla mera enunciazione di posizioni ideologiche. In particolare, **va distinto** il principio del *nullum crimen sine poena*, che va inquadrato nell'ambito delle concezioni retributive della pena, **dal principio illuministico della certezza della pena**, che non è affatto in contraddizione con la teoria del reato accolta. Vanno, in particolare, superate le posizioni critiche sulla autonomia della punibilità che le oppongono che il reato è perfetto e realizza la propria illiceità anche se l'ordinamento non fa luogo all'applicazione della pena, che sarebbe dunque un fenomeno estraneo alla teoria del reato. Affermazione di per sé sostanzialmente corretta ma viziata sotto il profilo formalistico-nominalistico, poiché occorre intendersi sulle espressioni: un concetto, definibile *reato in senso stretto*, concerne il reato inteso quale fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, che può sussistere in assenza della punibilità; altro concetto è il **reato in senso ampio** o proprio, comprendente anche gli elementi che condizionano positivamente o negativamente la sola punibilità. A quest'ultima nozione deve riferirsi la teoria del reato che intenda rappresentarne compiutamente tutti gli elementi in un contesto di adesione alle teorie generalpreventive quale fondamento del diritto penale.

Con una **precisazione**, nella maggior parte dei reati tra la integrazione di fatto tipico antiggiuridico e colpevole e punibilità non si frappone alcunché, mentre solo in alcuni di essi la punibilità è condizionata positivamente o negativamente dalla presenza di fattori ulteriori: condizioni oggettive di punibilità, soglie di punibilità, cause di non punibilità anche sopravvenuta, a cui propriamente compete la definizione di quarto elemento. Tuttavia, ciò

non esclude che l'autonomia concettuale della punibilità (o, meglio, di tali elementi condizionanti) rispetto a fatto tipico antiggiuridico e colpevole sia un attributo generale del reato.

In definitiva, rappresenta compiutamente la nozione di reato quella più ampia delineata, intesa quale **insieme degli elementi necessari al prodursi della conseguenza giuridica della pena** ovvero la punibilità, avendo presente che l'assenza della punibilità non esclude di per sé la sussistenza dell'illecito penale ovvero di fatto antiggiuridicità e colpevolezza. Mentre diverse questioni sono quelle della (mancata) applicazione ed esecuzione della pena.

9. Conclusioni.

La teoria della punibilità proposta soddisfa, da un lato, la esigenza della massima tutela dei beni giuridici al contempo limitando per quanto possibile l'uso della sanzione penale²³. Dall'altro, conferma l'efficacia generalpreventiva del diritto penale, perché **distingue nettamente la non punibilità dai casi di mancata applicazione** della pena, tra cui in primo luogo le cause di estinzione del reato in senso proprio, e di **mancata esecuzione** della pena nonché dagli istituti processuali, che invece la depotenziano²⁴. Si tratta del fenomeno dilagante della **disapplicazione in concreto della pena detentiva** persino di lunga durata, conseguente, in particolare, all'applicazione di istituti di diritto processuale, quali il cd. *Patteggiamento* ed il *giudizio abbreviato*, o relativi alla esecuzione della pena, quale l'*affidamento in prova al servizio sociale*, in genere **indifferenti ai beni lesi o messi in pericolo dal reato**, alla loro restaurazione e a che le vittime di reati anche di notevole gravità vengano in qualche modo risarcite, invece essenzialmente motivati, sia nella elaborazione normativa che nella applicazione giurisprudenziale, da generici scopi deflativi e di contenimento del sovraccarico dei procedimenti penali e del sovraffollamento carcerario. Pare, infatti, evidente che il fenomeno disfunzionale della ipercriminalizzazione non possa essere affrontato con rimedi processuali o svuota-carceri, i quali bagatellizzano anche la criminalità medio-alta ed hanno addirittura effetti criminogeni.

In conclusione, la teoria della punibilità quarto elemento del reato riconduce alla comminatoria edittale e, dunque, al diritto penale sostanziale ed agli scopi dallo stesso perseguiti la questione del se e come punire, contenendo gli istituti di disapplicazione delle sanzioni correlate alla affermazione

²³ BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in De Acutis, Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 3 ss.; PALIERO, 'Minima non curat praetor'. *Iperprofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 159 ss.

²⁴ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in RIDPP, 2000, 171; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in RIDPP, 1992, 419 ss.; DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena*, in RIDPP, 1999, 874.

della responsabilità che gravemente incrinano l'effettività dell'intero sistema penale. D'altra parte, la costruzione dogmatica si contrappone alla rimessione alla valutazione discrezionale del giudice della soddisfazione delle esigenze general e specialpreventive o della esiguità dell'illecito – come ad esempio avviene con l'art. 131-*bis* c.p. sulla *particolare tenuità del fatto* – segno dell'incapacità teorica e pratica di osservare i canoni del diritto penale liberale.

Si propone, insomma, una declinazione delle concezioni illuministico-liberali, che basano il diritto penale sul pragmatico obiettivo della tutela dei beni giuridici e che individuano nella legge, ovvero nella comminatoria edittale, la garanzia delle libertà dei cittadini.

LINEE GUIDA ANAC ED ABUSO D'UFFICIO: PRINCIPIO DI LEGALITÀ E MODIFICHE MEDIATE DELLA FATTISPECIE INCRIMINATRICE*

Francesco Rotondo

Sommario: **1.** Il nuovo codice degli appalti e la natura delle linee guida emanate dall'ANAC. – **2.** Modifiche mediate della fattispecie e dottrina. – **3.** Modifiche mediate della fattispecie e giurisprudenza.

ABSTRACT

Il codice dei contratti ha previsto che l'ANAC emanasse linee guida destinate a garantire l'attuazione di numerose sue disposizioni. Si è quindi sviluppato nella dottrina amministrativistica e in giurisprudenza un serrato dibattito sulla natura di tali linee guida. Secondo talune opinioni, quelle che tra esse assumono carattere c.d. vincolante hanno il valore e le caratteristiche di veri e propri regolamenti, che possono integrare l'elemento normativo previsto dall'art. 323 c.p. Lo scritto sottopone a critica questa considerazione, riaffermando la differenza esistente tra il concetto di regolamento proprio del diritto amministrativo ed il suo significato nella descrizione dell'abuso d'ufficio. Dalla trattazione di questo argomento il contributo prende spunto per analizzare il complesso istituto delle modifiche mediate della fattispecie penale e l'influenza che questo tema assume con riguardo alle caratteristiche strutturali dell'abuso d'ufficio.

The contract code stated that ANAC issued guidelines intended to ensure the implementation of numerous of its provisions. Hence in the administrative doctrine and in jurisprudence a close debate on the nature of these guidelines was born. According to some opinions, those provisions that take the so-called "binding" character have the same value and characteristics of real regulations, that can integrate the regulatory element provided under article 323 of the Italian Criminal Code. The paper criticizes this consideration, remarking the difference between the concept of proper regulation in terms of administrative law and its meaning in the description of abuse of office. From this topic discussion, the contribution takes its cue to analyze the complex institution of the mediated changes of the criminal case and the influence that this theme assumes with regard to the structural characteristics of the abuse of office. From this topic discussion the contribution takes its cue, with the aim of analyzing the complex institution of the mediated changes of the criminal matter and the influence that this theme assumes with respect to the structural characteristics of the abuse of office.

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

1. Il nuovo codice degli appalti e la natura delle linee guida emanate dall'ANAC.

Il codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18.04.2016 n.50) assegna all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) un ruolo fondamentale in questo delicato settore, da sempre terreno privilegiato sia per assicurare la celerità di celebrazione delle gare e dell'esecuzione dei contratti di opere pubbliche, che per garantire trasparenza e legalità nel loro svolgimento.

Così rilevanti sono i nuovi compiti assegnati a detta Autorità che, immediatamente, nella dottrina amministrativistica si è sviluppato un ampio dibattito volto a verificare le caratteristiche e le modalità attraverso cui le funzioni assegnate all'ANAC vengono esercitate¹.

Nel suo sistema originario il codice degli appalti dava ampio spazio ad un sistema di c.d. *soft law*², di origine anglosassone, fondato su una regolazione flessibile demandata all'ANAC attraverso l'emissione di provvedimenti attuativi delle disposizioni codicistiche³. L'idea era quella di creare una disciplina di attuazione della normativa primaria con un elevato grado di snellezza e flessibilità applicativa, in modo da potersi adeguare con rapidità ed efficacia alle esigenze della realtà operativa⁴.

In questo quadro è intervenuto l'art. 1 d.l. 18.4.2019, n. 32, conv. con modif. dalla l. 14.6.2019 n. 55 (c.d. decreto "sblocca cantieri"), introducendo il comma 27-*octies* all'art. 216 del codice ed optando, invece, per un ritorno all'impostazione previgente al nuovo codice dei contratti (contenuta nel d.lgs. n.163/2006), in cui l'adozione delle norme di dettaglio ed attuative veniva affidata ad un regolamento (d.p.r. n. 207/2010). Con il c.d. decreto "sblocca cantieri" si è quindi passati ad un sistema misto⁵ nel quale alcune materie dovranno essere disciplinate da un "Regolamento Unico", mentre altre rimarranno normate dalle linee guida ANAC.

Numerosi erano i casi in cui il codice prevedeva specifiche ipotesi in cui l'ANAC era chiamata ad esercitare il suo intervento attuativo attraverso linee guida.

¹ E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 4, 436 ss.; R. ROLLI-D. SAMMARRO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'uomo di Vitruvio*, in *Giust. Amm. It.*, 2014, 4, 7 ss.; M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra Prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I. NICOTRA, Torino, 2016, 47-67; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giust. Amm. It.*, 2016, 6, 11 ss.; I. CAVALLINI-M. ORSETTI, *Le linee guida ANAC n. 4: una rilettura alla luce del nuovo contesto normativo e giurisprudenziale*, in *Aziendaitalia*, 11, 2019, 1519 ss.

² Sul punto, di interesse, in diritto penale, A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 536 ss.

³ I. CAVALLINI-M. ORSETTI, *I reali effetti del c.d. "sblocca cantieri" sulle linee guida ANAC: un'occasione mancata per il tramonto del sistema di soft-law*, in *Aziendaitalia*, 2020, 3, 496 ss.

⁴ R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 226.

⁵ I. CAVALLINI-M. ORSETTI, *op. cit.*, 496.

Allo stato, in esecuzione delle norme del codice che ne prevedevano l'emanazione, risultano emanate ben 15 linee guida che vanno, solo per citare alcuni esempi, dalla disciplina relativa a nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (linee guida n. 3); alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (n. 4); all'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, relative cioè ai casi di frode ai sensi dell'art. 1 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea (n. 6); all'individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici (n. 15).

Si tratta, come appare di tutta evidenza, di un apparato normativo quantitativamente rilevante e caratterizzato da livelli di complessità particolarmente elevati.

Al fine di operare una corretta qualificazione delle linee guida il dibattito si è immediatamente incentrato sulla loro natura.

Un primo, autorevole indirizzo è stato reso dal Consiglio di Stato nel parere riguardante lo schema di decreto legislativo relativo al codice degli appalti⁶.

In primo luogo il Consiglio di Stato ha posto in evidenza come il "codice snello" che il legislatore intendeva realizzare passasse, in realtà, attraverso un completamento affidato a provvedimenti attuativi (menzionati in circa 50 disposizioni del codice) quali decreti ministeriali e linee guida dell'ANAC.

Da questo punto di vista vengono individuate tre tipologie di provvedimenti alla cui redazione l'ANAC partecipa attivamente, e cioè: a) quelle adottate con decreti ministeriali (ad esempio, in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici, art. 24 comma 2, e direzione dei lavori, art. 111) o interministeriali (come quelli previsti dall'art. 144 comma 5, relativo ai servizi di ristorazione) su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; b) le linee guida approvate con delibera ANAC a carattere vincolante e c) le linee guida a carattere non vincolante.

⁶ Cons. St., Ad. Comm. Spec. del 1.4.2016 n. 855. Da ultimo in giurisprudenza TAR Puglia Lecce, sez. II, 28.3.2019, n. 519: "Le Linee Guida ANAC non possiedono la forza normativa dei regolamenti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 17, c. 3, L. n. 400/88, con tutto ciò che ne deriva in termini di forza e valore dell'atto (tra l'altro: resistenza all'abrogazione da parte di fonti sottordinate e disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale). Pertanto, nel caso di specie, non essendo le Linee Guida in esame assimilabili alle fonti del diritto, non si vede come esse possano soddisfare il requisito del *clare loqui* predicato a livello eurounitario. In sostanza, pretendere di ricavare la sanzione espulsiva non già dalla violazione di una precisa norma giuridica, ma da una prassi dettata da una autorità amministrativa (tale dovendosi intendere l'ANAC), cui, non è attribuito alcun potere di normazione primaria o secondaria non soddisfa il requisito della certezza dei rapporti giuridici, ben potendo mutare nel corso del tempo".

Mentre non vi è sostanzialmente alcun dubbio che i provvedimenti indicati *sub a)*, indipendentemente da qualunque eventuale diverso *nomen juris*, debbano essere considerati quali 'regolamenti ministeriali' ai sensi dell'art. 17 comma 3 l. 23.8.1988 n. 400⁷, un vivace dibattito ha riguardato l'individuazione della natura giuridica delle rimanenti linee guida, specie di quelle c.d. vincolanti.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, le linee guida vincolanti non potrebbero essere considerate regolamenti in senso proprio, ma piuttosto – in corrispondenza con le caratteristiche dell'ANAC di Autorità amministrativa indipendente – come atti amministrativi generali 'di regolazione'⁸; la prevalente dottrina, al contrario, ritiene che in questi casi ci si troverebbe di fronte a veri e propri regolamenti⁹.

Del resto, si è detto¹⁰, è proprio nel diritto amministrativo che, a fronte di quella che è stata definita la c.d. fuga dal regolamento¹¹, si è giunti alla conclusione dell'assenza di un *numerus clausus* e di tipizzazione del potere regolamentare, dovendosi preferire per individuare la natura di un provvedimento, piuttosto che il criterio del *nomen juris*, quello delle sue caratteristiche sostanziali di atto normativo.

⁷ R. ROLLI-D. SAMMARRO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'uomo di Vitruvio*, cit., 8; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 743 ss.

⁸ Cons. St., Ad. Comm. Spec. del 1.4.2016 n. 855.

⁹ G. MORBIDELLI, *Linee guida ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, n. 3, 2016, 273 ss. ed ivi indicazioni bibliografiche; MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit., 5; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.s. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2017, 381 ss.; *contra* C. DEODATO, *Le Linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giust. Amm. It.*, 4, 2016. Sul punto A. AMORE, *Gli operatori economici nel 'labirinto dei gravi illeciti professionali' e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. app.*, 6, 2019, 795.

¹⁰ G. MORBIDELLI, *Linee guida ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, n. 3, 2016, 273 ss.

¹¹ U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/1988)*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, Stato e Amministrazione, Milano, 1991, 279 ss.; L. CARLASSARE-P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano 2001, 951 ss.; V. COCOZZA, *La delegificazione*, Napoli, 2005, 105-106; N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, n. 12, 1209 ss.; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, AIPDA Annuario 2015, Napoli, 2016, pp. 53 ss.; C. DEODATO, *Le linee guida ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit., 3 s. A questa tendenza ha peraltro espressamente reagito la giurisprudenza con riguardo a quegli atti governativi di normazione secondaria espressamente autoqualificati in termini non regolamentari, riaffermando che deve, almeno in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante 'atti atipici', di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 l. n. 400/1988 (Cons. St., Ad. Plen. 4.5.2012, n. 9, su cui si vedano le note di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, cit., 1209 ss. e B. MAMELI, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contrarius actus*, in *Giur. It.*, 212, 11 ss.).

La questione relativa alla qualificazione di un atto come regolamento ovvero come atto amministrativo generale non è meramente nominale poiché: a) solo il regolamento è ricorribile in Cassazione per violazione di legge e solo per il regolamento vale la regola *iura novit curia*; b) il regolamento, a differenza dell'atto amministrativo generale, può essere disapplicato in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità; d) a sua volta il provvedimento in contrasto con il regolamento, a differenza di quello in contrasto con l'atto amministrativo generale, è disapplicabile (dal giudice ordinario o anche tributario); e) il regolamento è inderogabile e, ciò che qui conta, solo la violazione di regolamento, insieme alla violazione di legge, può integrare uno degli elementi alternativamente previsti dalla condotta di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p.¹².

Anche la violazione delle linee guida vincolanti integrerebbe la violazione di regolamento costitutiva dell'abuso di ufficio, e si tratta di una produzione normativa, come si è detto, quantitativamente davvero rilevante¹³.

Abbiamo dato ampio spazio alla complessità delle questioni poste dal tema dell'individuazione delle linee guida vincolanti ed al contrasto di opinioni esistente in materia, oltre che alle incertezze applicative che ne derivano, proprio perché riteniamo che si tratti di dati che univocamente depongono contro la possibilità di trasporre in diritto penale un *corpus* normativo così

¹² V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. App.*, 2, 2018, 145 ss. Su questo argomento, da ultimo, G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio tra regolamenti e formazione flessibile*, Napoli, 2019, *passim*. I pericoli derivanti dall'aver introdotto nell'abuso d'ufficio la "complessa e problematica" figura del "regolamento" furono immediatamente presenti alla più accorta dottrina: T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 L. 16.07.1997, n. 234*, in *Legisl. pen.*, 1997, 745; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 5, 1999, 1633 ss.

¹³ Si pensi che essa, secondo la dottrina, riguarda ad oggi - fatta salva la loro successiva abrogazione al momento dell'emanazione del Regolamento Unico previsto dal d.l. n. 32/2019 - i seguenti argomenti: nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (linee guida n. 3); procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e formazione e gestione di operatori economici (n. 4); criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (n. 5); indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze di esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del codice (n. 6); iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del codice (n. 7); monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato (n. 9); indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177 comma 1 del codice da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea (n. 11). Un utile schema riassuntivo si può consultare in I. CAVALLINI-M. ORSETTI, *I reali effetti del c.d. "sblocca cantieri" sulle linee guida ANAC*, cit.

rilevante, individuato sulla base del complesso ragionamento che ha portato al riconoscimento del valore di regolamento alle linee guida vincolanti¹⁴.

Vi si oppongono, infatti, sul piano formale, la particolare rilevanza di rango costituzionale che in diritto penale assume il rispetto del principio di legalità e di uno dei suoi corollari, rappresentato dal principio di tassatività e necessaria determinatezza dalla fattispecie¹⁵; dal punto di vista materiale, il principio di frammentarietà¹⁶ ed il principio di colpevolezza in uno ai suoi legami con la funzione rieducativa della pena¹⁷.

La necessaria determinatezza e tassatività della fattispecie penale, infatti, pur in ordinamenti come il nostro ove essa non è espressamente prevista in norme di rango costituzionale¹⁸, è però da sempre ritenuta conseguenza necessaria del principio di legalità, in modo da assicurare una valenza so-

¹⁴ Sui pericoli derivanti in materia penale dalla possibilità di considerare le linee guida come regolamenti ai sensi dell'art. 323 c.p., S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, 21, in AA.VV., *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, a cura di A.R. Castaldo, Torino, 2018. M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale all'espansione penalistica*, in AA.VV., *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 99. "Si consideri che ancora di recente spinte ermeneutiche anomale, veicolate dalla cultura panpenalistica proveniente da magistrature amministrative, vorrebbe far assurgere a "regolamento" rilevante per il vigente abuso d'ufficio persino la violazione delle linee guida ANAC". Completamente diversa è, invece, la prospettiva di utilizzare "de lege ferenda" le linee guida come causa di non punibilità del reato di abuso d'ufficio: sul punto si veda M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in AA.VV., *op. ult. cit.*, 31; v. anche V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. Pen.*, 3, 2018.

¹⁵ V. per tutti S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*. Sulle varie accezioni dei concetti di determinatezza e tassatività e con ampi riferimenti anche alle decisioni delle Corti internazionali in materia di tassatività da ultimo G. COCCO-E.M. AMBROSETTI, *La legge penale*, Milano, 2019, pp. 55 ss.

¹⁶ Sulla frammentarietà del diritto penale e sui rapporti con il principio di legalità T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, trad. it. di M. Donini, 1, 2015, 51 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1989, 43 ss.

¹⁷ Sui rapporti tra principio di colpevolezza e funzioni della pena, fondamentali i contributi di C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1966, ora in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1979, pp. 20 ss.; ID., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Politica criminale e sistema del diritto penale), 1^a ed. 1971, trad. it. a cura di S. Moccia, 1986 e, nella nostra letteratura, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIX, Torino 1974, 15 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 738 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 83 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici ci sia consentito rinviare al nostro scritto *Riflessioni su responsabilità personale e imputabilità nello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 485 ss.

¹⁸ Come invece accade in Germania dove l'art. 103 comma II della Costituzione espressamente prevede che la punibilità di un fatto debba essere "legislativamente determinata" (*gesetzlich bestimmt*) prima della sua commissione. Sul punto, per tutti, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006, 70.

stanziale alla garanzia da esso rappresentata. Ne deriva che la certezza della legge è, in diritto penale, anche un canone fondamentale di interpretazione delle norme incriminatrici, che impone il ricorso a valutazioni quanto più possibile formali dei loro elementi costitutivi. L'idea che le leggi penali debbano essere "chiare" in modo da potere "dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo" era già chiaramente espressa nel pensiero di Cesare Beccaria¹⁹.

Dal punto di vista materiale, poi, la natura sussidiaria e frammentaria del diritto penale impone di limitare quanto più possibile la tutela penale, selezionando tra le possibili modalità di aggressione ai beni giuridici solo quelle che appaiono di tale gravità da essere effettivamente meritevoli di pena. La certezza del diritto è, infine, funzionale al rispetto degli scopi di prevenzione generale e di prevenzione speciale affidati alla pena, poiché solo la possibilità di conoscere con chiarezza il precetto penale consente ai consociati una consapevole motivabilità e l'adesione alle scelte di criminalizzazione poste dal legislatore²⁰; mentre – del resto – la comprensione e la certezza della norma penale è presupposto indispensabile di qualunque forma di trattamento destinata a consentire al reo di comprendere le ragioni della punizione e dell'adesione ad un percorso risocializzante²¹.

La Corte Costituzionale ha posto in evidenza il legame che esiste tra legalità, tassatività ed il principio di colpevolezza contenuto nell'art. 27 comma 1 Cost. affermando: "Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto. A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso,

¹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di F. Venturi, Torino, 1965, 17.; M. D'AMICO-G. ARCONZO, *Commentario alla Costituzione*, art. 25, Torino 2013, 3 ss.

²⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 15 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1988, 98 s.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 123 s.

²¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 127 s.

più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto”²².

Se si condividono le affermazioni sopra riportate può essere quindi raggiunta una conclusione di rilevanza più generale, che supera la mera questione delle linee guida ed investe l'interpretazione dell'intero concetto di “regolamento” contenuto nell'art. 323 c.p. Il complesso di principi sopra indicati e le relazioni tra loro esistenti, cioè, portano ad escludere che possano essere ritenuti “regolamento” ai sensi dell'art. 323 c.p. tutti i provvedimenti normativi che non siano espressamente qualificati tali dalla fonte primaria che attribuisce il potere della sua emanazione e dalla fonte secondaria che li emette.

Il riconoscimento dei limiti appena descritti, specie con riguardo a quelli derivanti dalle esigenze di certezza del diritto, è stato alla base della sostanziale condivisione in dottrina²³ di un concetto formale di “regolamento” che riserva, quindi, la tutela penale apprestata dall'art. 323 c.p. sulla base di criteri essenzialmente formali.

Con il termine “regolamento”, quindi, per fare alcuni esempi, si intendevano certamente tutti quelli emanati secondo il modello delineato nella l. 23.8.1988, n. 400 ovvero i regolamenti comunali e provinciali di cui all'art. 5 l. 8.6.1990, n. 142, ora art. 7 d.lgs. 18.8.2000, n. 267, T.U.E.L.²⁴.

Pur senza effettuare una diffusa elencazione dei provvedimenti regolamentari²⁵, occorre però evidenziare che l'art. 17 co.4 l. n.400/1988 espressamente prevede che i provvedimenti normativi emanati ai sensi della legge stessa debbano contenere la denominazione di “regolamento”, richiedendo quindi una definizione formale del provvedimento.

Anche la giurisprudenza, per l'individuazione del concetto di “regolamento” rilevante ai fini del reato di abuso d'ufficio, ha affermato che non è sufficiente fare riferimento all'astrattezza e generalità delle norme contenute nel provvedimento, essendo detta caratteristica comune anche ad altri

²² Corte Cost., sent. 24.3.1988, n. 364. Anche la CEDU ha affermato che l'art. 7 co.1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo impone che la legge penale definisca chiaramente i reati e le pene e che tale requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio è posta in grado di sapere, attraverso il testo della disposizione (se necessario attraverso l'interpretazione giudiziale e con l'ausilio di esperti), per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti (CEDU Del Rio Prada c. Spagna n. 42750/09; Contrada c. Italia n. 66655/13).

²³ E. INFANTE, *Abuso di ufficio*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Torino 2008, 320 ss.; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 504 ss.; M. DE BELLIS, *Il delitto di abuso d'ufficio e la violazione di norme contenute in decreti del presidente del consiglio dei ministri*, in *Cass. Pen.*, 2007, 2017 ss. Sul tema anche C. PINELLI, *Profili costituzionalistici del reato di abuso d'ufficio*, in *Giust. It.*, 2000, 2 ss. dell'estratto; S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. Pen.*, 1, 2019, 5 ss. dell'estratto.

²⁴ C. BENUSSI, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013, 958 ss.; *Id.*, *Diritto penale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 2016, 432 ss.

²⁵ Si veda sul punto C. BENUSSI, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 958 ss.

provvedimenti amministrativi che regolamenti non sono (atti generali, atti di programmazione e pianificazione), ma è necessario che detto potere di emanazione sia riconosciuto da una legge (carattere di tipicità) e che il soggetto emanante lo qualifichi espressamente come regolamento (criterio formale)²⁶.

Non possono quindi essere condivise tutte quelle tendenze che ampliano la categoria del concetto di “regolamento” a casi che non rispettano i criteri sopra indicati, come ad esempio, con riferimento agli Statuti dei Comuni e delle Province²⁷.

Per le stesse ragioni, quindi, le linee guida vincolanti emanate dall'ANAC non possono costituire l'elemento della violazione di regolamento necessaria per integrare l'art. 323 c.p.

2. Modifiche mediate della fattispecie e dottrina.

Abbiamo già adeguatamente evidenziato che il d.l. n. 32/2019 ha previsto, introducendo allo scopo il comma 28-*octies* dell'art. 216 del codice degli appalti, la sostituzione di numerosi decreti attuativi e linee guida ANAC previste dal previgente testo del codice con un regolamento unico, da emanare ai sensi dell'art. 17 comma 1 lett. a) e b) l. 23.8.1988 n. 400 entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della norma stessa, in una serie di materie espressamente indicate. Quando entrerà in vigore, risulteranno quindi superate le linee guida n. 3 e n. 4, oltre che quelle ex art. 84 co. 8 del codice sul “sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro” (che l'ANAC non ha mai effettivamente emanato)²⁸. Alla stessa data cesseranno di avere efficacia anche tutte le linee guida di cui all'art. 213 co.2 del codice (relativo alla c.d. linee guida libere, ovvero non espressamente previste dal codice e ritenute non appartenenti al novero di quelle aventi natura regolamentare)²⁹, nonché tutte quelle che risulteranno comunque in contrasto con il regolamento stesso.

Riteniamo, però, che nonostante l'abrogazione di talune delle linee guida vincolanti, secondo più punti di vista permanga l'interesse a verificarne i rapporti con il delitto di abuso di ufficio³⁰.

In primo luogo va infatti evidenziato che, allo stato, il regolamento unico non è stato emanato, né appare certa la data della sua emanazione, tanto che anche il Consiglio di Stato, pronunciando il proprio parere sulle linee gui-

²⁶ Cass. pen., Sez. VI, 3.10.2000, n. 11933, Rv. 217402; Cass. pen., sez. VI, 2.10.1998, n. 11984, Rv. 213035; C. BENUSSI, *Art. 323 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini-G.L. Gatta, Milano, 2015, 491 ss. *Contra* Cass. pen., sez. VI, 16.10.2012, n. 43467, Rv. 253793.

²⁷ Nello stesso senso, diffusamente, E. INFANTE, *Abuso di ufficio*, cit., 327 s.

²⁸ I. CAVALLINI-M. ORSETTI, *I reali effetti del c.d. “sblocca cantieri” sulle linee guida ANAC*, cit.

²⁹ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 5.

³⁰ Per una disamina completa dell'evoluzione storica dell'abuso d'ufficio v. A. MANNA, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1201 ss. e A. GARGANI, *L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1224 ss.

da n. 4, ha affermato che “Non è dato sapere se il regolamento unico entrerà in vigore e quando” e quindi le linee guida rimarranno efficaci sino alla sua entrata in vigore³¹.

In secondo luogo è stato posto in rilievo che, nonostante lo spirito originario del c.d. sblocca cantieri, il sistema previsto dalle linee guida ANAC non può dirsi affatto tramontato, tanto che – tra quelle c.d. vincolanti – permangono pienamente efficaci le linee guida numero 5, 6, 7, 9 e 11³².

In terzo luogo, secondo un'opinione largamente diffusa in dottrina e giurisprudenza, la violazione di legge (ma lo stesso vale ovviamente anche per la violazione di regolamento) è un mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto di abuso d'ufficio³³ e la sussistenza di tale requisito va quindi ricercata e valutata con riferimento al tempo in cui il reato è stato commesso, con la conseguenza che ai fini della sua sussistenza è irrilevante l'abrogazione sopravvenuta della disposizione di legge³⁴. Le violazioni delle linee guida vincolanti, quindi, potrebbero continuare ad integrare l'elemento della violazione di regolamento anche dopo la loro abrogazione se al momento in cui il fatto venne compiuto erano in vigore e ciò, in modo particolare, anche nei casi in cui il loro contenuto non sarà stato recepito dal regolamento unico.

Da questo punto di vista, ovviamente, il discorso non muta con riguardo alle disposizioni contenute nei decreti attuativi che pure cesseranno di avere efficacia con l'emanazione del regolamento unico, come, solo per fare un esempio di particolare importanza, il d.m. 22.8.2017 n. 154 emanato ai sensi dell'art. 146 comma 4 del codice e recante il regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti il delicato settore dei beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42/2004.

Le considerazioni appena svolte ci consentono di prendere posizione rispetto al più generale problema dell'abrogazione ovvero della successione della norma di legge o di regolamento con riguardo alla punizione dell'abuso di ufficio, poiché si tratta di un argomento che assume ancora oggi, a nostro parere, una sistemazione non soddisfacente.

Si è detto che, secondo la giurisprudenza, nell'abuso di ufficio connesso a violazione di legge, questa si pone come mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto e lo specifico contenuto della regola violata non si incorpora nella norma penale e non integra la relativa fattispecie. Ne consegue

³¹ Cons. St., Sez. Con., 30.4.2019, n. 1312.

³² I. CAVALLINI-M. ORSETTI, *I reali effetti del c.d. “sblocca cantieri” sulle linee guida ANAC*, cit., 3 dell'estratto.

³³ C. BENUSSI, *Codice penale*, cit., 489 ss.; Id., *Trattato di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 955 ss.; E. INFANTE, *Abuso di ufficio*, cit., 323; G. COCCO-R.M. AMBROSETTI, *La legge penale*, Milano, 2019, 85. *Contra* S. VINCIGUERRA, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 265; A. TESAURO, *Brevi note in tema di abuso d'ufficio, modifiche mediate e leggi-provvedimento*, in *Foro It.*, 2004, II, 249 ss.; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, 606 ss.

³⁴ Cass. pen., sez. VI, 7.4.2005, n. 18149, Rv. 231342.

che la sussistenza di tale requisito di fatto deve essere ricercata nel momento stesso del reato e la valutazione del giudice non può che essere rapportata al contenuto che quella regola possedeva al tempo in cui il reato fu commesso.

In caso di modificazione successiva di tale regola non trova quindi applicazione l'art. 2 c.p. poiché, si dice, la nuova legge di riferimento non introduce alcuna differente valutazione in relazione alla fattispecie legale astratta disegnata dalla norma incriminatrice e al suo significato di disvalore (rimanendo immutato il presupposto della "violazione di legge"), ma modifica una disposizione extrapenale che si limita ad influire, nel caso singolo, sulla concreta applicazione futura della stessa norma incriminatrice, nel senso che la sussistenza del requisito della "violazione di legge" va verificata alla luce della nuova regola³⁵.

Ma se nel delitto di abuso di ufficio la violazione di legge (o di regolamento) costituisca davvero un mero presupposto di fatto della condotta³⁶ ovvero un presupposto dell'azione³⁷ o un presupposto del reato³⁸, allora non dovrebbe essere causalmente collegata all'evento, poiché – comunque li si intenda – questi elementi non entrano a far parte del rapporto di causalità³⁹, mentre nel caso di specie è assolutamente indiscusso che essa debba porsi in regime di "stretta causalità"⁴⁰ con la realizzazione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero del danno parimenti ingiusto.

L'affermazione, inoltre, non può essere condivisa nemmeno dal punto di vista della realtà materiale descritta dalla norma, poiché è ormai un dato acquisito che l'abuso per violazione di legge è un reato a forma vincolata⁴¹ in cui la violazione del precetto, lungi dal costituire un elemento esterno o un mero presupposto di fatto, incentra su di sé il disvalore della condotta che assume rilievo proprio (ed esclusivamente) perché posta in essere disattendendo una norma alla quale l'autore avrebbe dovuto invece attenersi. Se quindi si tiene presente la struttura della fattispecie si giunge a conclusioni diametralmente opposte a quelle indicate dall'indirizzo appena descritto, poiché non si comprende come possa rimanere intatto "il significato di disvalore" di una condotta quando è stata abrogata la norma che dovrebbe descrivere la modalità causale che rende penalmente rilevante l'aggressione al bene giuridico.

Anche dal punto di vista delle funzioni teleologiche di rango costituzionale assegnate alla pena nel nostro assetto ordinamentale⁴² non si comprende,

³⁵ Cass. pen., sez. VI, 15.1.2003, n. 10656, Rv. 224017-01.

³⁶ F. ANTOLISEI-L. CONTI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1985, 183 ss.

³⁷ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1989, 169 s.

³⁸ S. RICCIO, *Presupposti del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XVIII, Torino 1966, 795 ss.

³⁹ S. RICCIO, *op. cit.*, 798 ss.

⁴⁰ Cass. pen., sez. VI, 9.7.1998, n. 12320, Rv. 212319-01.

⁴¹ Per tutti in dottrina C. BENUSSI, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 990; in giurisprudenza Cass. pen., sez. VI, 4.3.1999, n. 6274, Rv. 214156.

⁴² S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 89 ss.

inoltre, quale efficacia rieducativa e risocializzante potrebbe avere sul condannato l'inflizione di una pena per avere violato una norma di legge che, al momento in cui egli dovrà essere sottoposto al trattamento sanzionatorio, non sarà più vigente o che, per assurdo, potrebbe fare riferimento ad un comportamento addirittura dovuto in base alla nuova legislazione. Dal punto di vista della prevenzione generale, d'altro canto, l'inflizione di una condanna emessa per avere violato una norma dell'azione amministrativa non più esistente difficilmente potrà essere condivisa e compresa come giusta dai consociati. Vi è il pericolo, pertanto, che ad essere sanzionata possa essere esclusivamente la mera disubbidienza ad una norma di condotta non più esistente, secondo una prospettiva estranea alla logica ed alla sistematica costituzionale⁴³.

La soluzione della questione che stiamo affrontando si interseca con un tema particolarmente complesso del diritto penale; quello, cioè, più generale, relativo alle c.d. modifiche mediate della fattispecie incriminatrice, sul quale sono intervenute molteplici soluzioni dottrinali senza che sia stata raggiunta concordia⁴⁴.

Con riguardo specifico all'abuso di ufficio, secondo la dottrina che condivide l'impostazione giurisprudenziale appena esposta, essendo l'elemento normativo costituito dalla «violazione di legge» – come si è detto – un «mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto», sono prive di rilevanza le sopravvenute modifiche o le successive abrogazioni della norma violata. Ciò in quanto, trattandosi di una disposizione extrapenale, non può trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 2 c.p. La modifica della norma di legge o di regolamento violata dall'agente non introduce perciò alcuna diversa valutazione della fattispecie legale astratta e del suo significato di disvalore, ma si limita a modificare una disposizione extrapenale che va ad influire solo sulla concreta applicazione futura della stessa norma incriminatrice. Essa,

⁴³ In tal senso con riguardo al tema specifico di cui ci stiamo occupando: A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 6, 2008, 2694 ss.; S. DEL CORSO, *Successioni di leggi penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1999, p.19 dell'estratto.

⁴⁴ T. PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali. La modifica legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e ° comma c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1356 ss.; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2007, *passim*; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15.10.2010, *Id.*, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, *cit.*, *passim*; A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, *cit.*, *passim*; M. GAMBARELLA, *L'art. 2 del codice penale tra nuova incriminazione, abolito criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1194 ss.; C. PECORELLA, *sub art. 2*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, vol. I, Milano 2006, 50 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 273 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, 686.

quindi, può dar luogo ad una successione di legge solo apparentemente integratrice, incapace di comportare alcuna *abolitio criminis*, anche parziale⁴⁵.

Per altri, invece, l'abuso di ufficio sarebbe un caso tipico di norma penale "parzialmente in bianco" in cui gli elementi della fattispecie come l'evento ed il dolo sono descritti dalla norma incriminatrice, mentre per la condotta le caratteristiche di illiceità si ricaverebbero dalle norme extrapenali integratrici del precetto⁴⁶. In quanto contenuto stesso della condotta, la violazione di legge o di regolamento non costituirebbe un elemento normativo del fatto, utile a qualificare un singolo elemento della fattispecie, come avviene ad esempio per il concetto di altruità della cosa mobile nel delitto di furto, bensì ad integrare *ab externo* lo stesso precetto, concorrendo nella qualifica dell'illiceità dell'intero fatto⁴⁷.

Come conseguenza del ragionamento l'errore ricadente sulla norma di legge o di regolamento violata costituirebbe un errore di diritto scusabile secondo i limiti di cui all'art. 5 c.p. e non un errore sugli elementi normativi del fatto ex art. 47 comma 3 c.p., scusabile anche se dovuto a colpa; con il vantaggio di evitare la punibilità di chi abbia violato una norma di legge o di regolamento se, ad esempio, non conosceva detta disciplina, ma non fino a ricomprendere anche l'ipotesi in cui lo stesso non si sia attivato per conoscerla⁴⁸. Non si manca, peraltro, di rilevare tutta la problematicità che le norme penali in bianco assumono rispetto sia al principio di riserva di legge che al c.d. principio di precisione ed a quello di colpevolezza⁴⁹.

A noi sembra che la tesi appena descritta colga nel segno nella parte in cui evidenzia un dato difficilmente contestabile: che nella condotta abusiva

⁴⁵ C. BENUSSI, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 995 s.

⁴⁶ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 39. Nello stesso senso M. RONCO-B. ROMANO, *Codice penale commentato*, Torino, 2012, 1700 ss. In giurisprudenza l'affermazione si può leggere in Cass. pen., sez. VI, 3.10.2000, n. 11933, Rv. 217402: "Il d.P.R. n. 616 del 1977, delegando ai Comuni funzioni in determinate materie, prevede il potere di autorizzazione all'esercizio dei parcheggi privati ma non dispone che le modalità in cui esso si esplica siano delimitate da un previo regolamento: ne segue che la delibera municipale che fissa il prezzo della sosta in un'area privata non ha natura di regolamento, agli effetti di cui all'art. 323 cod. pen., atteso che tale qualifica spetta alle sole fonti sub-primarie adottate attraverso un iter regolamentare configurato da un provvedimento di legge ed in tal senso formalizzato con la qualifica espressa dell'atto come regolamento, alla cui violazione soltanto il Legislatore circoscrive la previsione di norma penale in bianco in cui parzialmente si risolve il precetto dell'art. 323 cod. pen.". *Contra* C. BENUSSI, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 990 s. secondo cui l'art. 323 c.p. non avrebbe le caratteristiche della norma penale in bianco poiché, specie dopo la riforma del 1997, il fatto di reato nasce in sé «chiuso», ossia è già integralmente descritto dalla norma legislativa senza alcun coinvolgimento della pubblica amministrazione, nel ruolo di «fonte» di norme. Nello stesso senso G. COCCO-E.M. AMBROSETTI, *La legge penale*, cit., 44 ss.

⁴⁷ In generale sul particolare rapporto intercorrente tra norme integratrici e norme penali in bianco C. PODO, *Successioni di leggi penali*, in *Nov. Dig. It.*, XVIII, Torino 1971, 658.

⁴⁸ A. MANNA, cit., 40.

⁴⁹ A. MANNA, cit., 41 ss.

per violazione di legge o di regolamento, cioè, proprio tale violazione costituisca il primo termine del rapporto causale, descrivendo, in particolare, le modalità attraverso le quali l'evento viene cagionato e, quindi, le modalità di aggressione al bene giuridico che giustificano, insieme all'intenzionalità della condotta diretta a cagionare il danno o il vantaggio ingiusti, le ragioni stesse della rilevanza penale del comportamento.

Meno condivisibili appaiono invece le conseguenze che si traggono con riguardo all'errore su norme extrapenalistiche, poiché la non punibilità dell'autore della condotta che, pur se per colpa, omette di attivarsi per conoscere la norma di legge o di regolamento rimane comunque affidata al difetto dell'elemento soggettivo del dolo intenzionale richiesto dall'art. 323 c.p.

In ogni caso deve essere evidenziato che, pure a non volere intendere l'art. 323 c.p. quale norma parzialmente in bianco, così qualificandosi la locuzione "violazione di legge o di regolamento" come elemento normativo del fatto, ciononostante l'abrogazione della norma violata dall'autore della condotta criminosa dovrebbe comportare l'applicazione del principio di irretroattività.

Autorevole dottrina⁵⁰, infatti, ha da tempo posto in evidenza come per "fatto" ai sensi dell'art. 2 comma 2 c.p. debba intendersi l'accadimento storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice e quindi ogni norma richiamata dall'elemento normativo sarebbe integratrice del precetto. Vi sarebbe *abolitio criminis*, pertanto, in occasione di ogni variazione normativa in grado di incidere sul disvalore del fatto concreto. Il concetto di fatto, si aggiunge, non può non assumere il medesimo significato nei primi due commi dell'art. 2. "Se nell'ipotesi di nuova incriminazione, la nozione di fatto è comprensiva di tutti i presupposti rilevanti ai fini dell'applicazione della norma penale (a nessuno verrebbe in mente di applicare retroattivamente l'art. 368 c.p. nel caso in cui la falsa incolpazione riguardasse un illecito divenuto di rilevanza penale in un tempo successivo alla presentazione della denuncia) non si comprende perché lo stesso concetto non dovrebbe valere rispetto alle ipotesi di *abolitio criminis*"⁵¹.

Secondo coloro i quali non condividono questa impostazione, invece, si deve negare l'applicazione dell'art. 2 c.p. ogni qual volta l'abrogazione della norma integratrice non fa venir meno il disvalore penale (e, principalmente, l'offensività) del fatto commesso, nel senso che quanto realizzato continua ad esser pregiudizievole per il bene protetto dalla norma incriminatrice richiamante la norma abrogata⁵². Come nel caso del favoreggiamento l'abro-

⁵⁰ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, 83 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 94 s.; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2007, 168; S. DEL CORSO, *Successioni di leggi penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1999, 19 dell'estratto.

⁵¹ A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 6, 2008, 2649 ss., 3 dell'estratto.

⁵² Per questa impostazione C.F. GROSSO, *Successioni di leggi integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 1205; E. INFANTE, *Abuso di ufficio*, cit., 238.

gazione del reato commesso dal favoreggiato non comporta il venir meno dell'art. 378 c.p. (vi è stata pur sempre l'offesa all'amministrazione della giustizia, bene che continua ad esser tutelato dalla fattispecie incriminatrice), altrettanto deve dirsi per il delitto di abuso di ufficio: la sopravvenuta abrogazione della norma richiamata non cancella l'offesa ai beni protetti, che continuano ad esser tutelati dall'art. 323 c.p., il che importa l'impossibilità di rinvenire in tale ipotesi un'*abolitio criminis*⁵³.

Senonché le affermazioni appena riportate, a nostro giudizio, non solo non tengono conto della differenza strutturale e delle peculiarità dell'abuso d'ufficio rispetto ad altre fattispecie incriminatrici, ma non possono essere condivise nemmeno rispetto al delitto previsto dall'art. 378 c.p., che viene indicato come esempio paradigmatico della impermeabilità degli elementi normativi all'abrogazione delle norme che li descrivono. Sia dal punto di vista della meritevolezza di pena che della coerenza complessiva del precetto penale appare, ad esempio, assurdo che dovesse rispondere di favoreggiamento chi aiutò i partigiani che si opponevano al regime autoritario della R.S.I. a sottrarsi alle ricerche delle SS⁵⁴ dopo la sconfitta del nazi-fascismo e la creazione della Repubblica. Lo stesso si può dire con riguardo alla punibilità di coloro che non avessero riferito agli inquirenti i nomi di lavoratori che avevano scioperato, nonostante che la Corte Costituzionale avesse poi sancito l'incompatibilità dell'art. 502 c.p. con la fondamentale libertà democratica prevista dall'art. 40 della Costituzione⁵⁵.

Proprio l'ipotesi del favoreggiamento, quindi, da questo punto di vista conferma piuttosto che escluderla l'applicabilità della disciplina dell'art. 2 c.p. agli elementi normativi della fattispecie.

3. Modifiche mediate della fattispecie e giurisprudenza.

Anche in giurisprudenza la verifica in ordine alla rilevanza degli elementi normativi della fattispecie ha seguito un percorso complesso con fasi altalenanti⁵⁶.

In un primo arresto a Sezioni Unite, che sembra sostanzialmente vicino all'impostazione dottrinale favorevole all'utilizzo del meccanismo del riconoscimento della *lex mitior* anche con riguardo agli elementi normativi del fatto, si è affermato che "Qualora un fatto perda il carattere di illecito penale a seguito di una modifica legislativa intervenuta successivamente che

⁵³ E. INFANTE, *Abuso di ufficio*, cit., p. 238.

⁵⁴ Un altro esempio è quello dell'elemento normativo rappresentato dal concetto di "reato", che deve essere oggetto della falsa incolpazione nel delitto di calunnia, e che viene utilizzato, per la verità, a volte in senso diametralmente opposto, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1988, p.118; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 94 s.

⁵⁵ Corte Costituzionale, sent. 4.5.1960, n. 29.

⁵⁶ G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, cit.

concerna la disciplina normativa extrapenale di riferimento per attribuire la qualità di soggetto attivo di un reato proprio, si applica il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 cod. pen., perché per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto tra cui, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo (nella fattispecie è stata ritenuta non più ravvisabile l'ipotesi del reato di peculato nella condotta di un dipendente di una cassa di risparmio perché è stata esclusa, a seguito di *novatio legis*, l'attribuibilità allo stesso della qualifica di pubblico ufficiale)⁵⁷.

Successivamente le stesse Sezioni Unite hanno invece optato per un'opzione intermedia tra la precedente decisione e quelle che escludevano senz'altro la rilevanza del mutamento sopravvenuto dell'elemento normativo favorevole al reo, affermando che "in tema di successione di leggi penali, la modificazione della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice esclude la punibilità del fatto precedentemente commesso se tale norma è integratrice di quella penale oppure ha essa stessa efficacia retroattiva (nella specie, la Corte ha ritenuto che l'adesione della Romania all'Unione europea, con il conseguente acquisto da parte dei rumeni della condizione di cittadini europei, non ha determinato la non punibilità del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore di allontanamento dal territorio dello Stato commesso dagli stessi prima del 1° gennaio 2007, data di entrata in vigore del Trattato di adesione, in quanto quest'ultimo e la relativa legge di ratifica si sono limitati a modificare la situazione di fatto, facendo solo perdere ai rumeni la condizione di stranieri, senza che tuttavia tale circostanza sia stata in grado di operare retroattivamente sul reato già commesso)⁵⁸.

Non è questo il luogo ove affrontare una specifica disamina delle Sezioni Unite Magera, con riguardo alle quale basti qui ricordare che esse confutano

⁵⁷ Cass. pen., S.U., 23.5.1987, n. 8342, Tuzet. Sulla stessa scia sembra porsi Cass. pen., sez. V, 4.2.2005, n. 8045. "Nel novero delle norme integratrici della legge penale, cui è applicabile il principio di retroattività della legge più favorevole, ai sensi dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., debbono ricomprendersi tutte quelle che intervengano nell'area di rilevanza penale di un fatto umano, escludendola, riducendola o comunque modificandola in senso migliorativo per l'agente; e ciò quand'anche la nuova norma non rechi testuale statuizione in tal senso ma, comunque, regoli significativamente il fatto in termini incompatibili con la precedente disciplina penalistica ovvero incidenti, per il nuovo caso regolato, nella struttura della norma incriminatrice o, quanto meno, sul giudizio di disvalore in essa espresso (nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che potesse valere ad escludere la configurabilità del reato di violazione di domicilio - addebitato ad un esponente di un'associazione per la tutela degli animali per essersi egli introdotto e trattenuto, per dichiarate finalità ispettive, contro la volontà del proprietario, in un locale privato adibito a canile - la sopravvenuta emanazione di una norma regionale che imponeva ai gestori di strutture di ricovero per animali di consentire l'accesso, senza bisogno di speciali procedure o autorizzazioni, ai responsabili locali delle associazioni protezionistiche o animalistiche)".

⁵⁸ Cass. Pen., S.U., 27.9.2007, n. 2451, Magera. In dottrina: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 118; M. GAMBARELLA, *L'art. 2 del codice penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 1194 ss., 15 dell'estratto.

espressamente la tesi dottrinale cui prima abbiamo accennato, che ritiene applicabile anche agli elementi normativi l'art. 2 comma 2 c.p., richiamando l'unità concettuale che dovrebbe legare il fatto richiamato nel primo e quello indicato nel secondo comma della medesima norma, e richiedono invece all'interprete un confronto tra la fattispecie astratta e la norma abolitrice, al fine di verificare se quest'ultima abbia eliminato una norma integratrice o meno del precetto penale. L'art. 2 comma 2 c.p., potrebbe essere applicato, affermano le Sezioni Unite, solo nel caso in cui il confronto consenta di affermare che la norma abrogata fosse effettivamente integratrice del precetto.

Nonostante in tal modo si corra il rischio, evidenziato dalla dottrina, di aprire il campo a difficoltà ed incertezze applicative che mal si conciliano con la necessità di chiarezza e predeterminatezza del precetto in materia penale⁵⁹, è pur vero, come sottolineato dalle Sezioni Unite, che l'operazione ermeneutica richiesta si basa su di una distinzione che non è sconosciuta nel settore degli elementi normativi del fatto ed è anzi richiesta dalla disciplina dell'art. 47 comma 3 c.p.

Se prendiamo atto del diritto vivente e verifichiamo la rilevanza che queste affermazioni possono avere per il delitto di abuso di ufficio, dobbiamo dire, in primo luogo, che – pur se in maniera solo incidentale – le stesse S.U. Magera pongono in evidenza la differenza esistente tra gli elementi normativi e le norme penali in bianco affermando che “nell'ambito della fattispecie penale le norme extrapenali non svolgono tutte la stessa funzione e, nel caso delle norme penali in bianco, possono addirittura costituire il precetto, anche se in questo caso, visto la funzione che svolgono, si parla forse impropriamente di norme extrapenali”⁶⁰.

Se quindi, come abbiamo ritenuto condivisibile, si ritiene l'ipotesi dell'abuso di ufficio come una norma parzialmente in bianco, e cioè in bianco nella parte in cui consente di elevare a condotta la violazione di tutte (o quasi) le leggi ed i regolamenti dell'ordinamento, distinguendosi in questo modo da quelli che sono comunemente indicati come elementi normativi della fattispecie, non vi sarebbero ostacoli allora all'applicazione del disposto dell'art. 2 comma 2 c.p. in caso di abolizione della norma di legge o di regolamento violata anche secondo la giurisprudenza⁶¹.

La questione si proporrebbe, invece, nell'eventualità in cui la condotta di violazione di legge venisse considerata come costituente un elemento normativo della fattispecie, poiché in quel caso dovrebbero invece verificarsi, volta a volta, le caratteristiche della norma violata rispetto al significato complessivo del precetto penale.

⁵⁹ A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 3 dell'estratto.

⁶⁰ Cass. pen., S.U., 27.9.2007, n. 2451, Magera.

⁶¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 886.

Non dobbiamo nasconderci, peraltro, che – pur se incidentalmente – le Sezioni Unite prospettano una risposta negativa all'applicazione dell'art. 2 c.p. proprio con riguardo al delitto di abuso di ufficio. In particolare, dalla lettura della motivazione emerge innanzitutto come, secondo la Corte, l'art. 2 c.p. detti delle regole da valere oltre che per le leggi penali anche per quelle extrapenali richiamate in qualche modo dalla disposizione incriminatrice: queste ultime avrebbero la natura più varia e potrebbero venire in considerazione anche indirettamente. Proprio con riguardo a tale tema, la sentenza in esame cita esemplificativamente proprio la fattispecie di abuso di ufficio, che richiede genericamente 'la violazione di norme di legge o di regolamento' e quindi un rinvio "di un'ampiezza così smisurata" da rendere arduo sostenere che qualunque modificazione di tali norme, intervenuta dopo la loro violazione, possa costituire una parziale *abolitio criminis*.

Si tratta, per la verità, come si vede, di un'affermazione che rappresenta una conferma più che una smentita della particolarità del richiamo e della struttura del reato di abuso di ufficio e che sembra confermarne la natura di norma (parzialmente) in bianco.

D'altro canto, però, proprio nell'abuso di ufficio non dovrebbe rinunciarsi aprioristicamente a verificare se la norma abrogata abbia avuto o meno carattere integrativo del precetto, se la stessa Corte implicitamente afferma che vi possono essere dei casi in cui essa abbia avuto una rilevanza tale da assumere i caratteri di "norma integratrice" (e non sarebbe pertanto una violazione "qualunque").

Certo si tratta di una strada complessa e foriera di non pochi problemi, destinata però quantomeno ad esaltare il ruolo e le capacità dell'interprete, mentre l'alternativa sarebbe la scelta – certamente più facile – di ritenere in concreto mai ricorrente l'esistenza di un'integrazione tra la norma abrogata e la condotta di abuso di ufficio.

Numerosi anni or sono autorevole dottrina, trattando le questioni sollevate dal disposto dell'art. 47 comma 3 c.p., in cui il rapporto tra norma integratrice e norma non integratrice era esattamente opposto rispetto a quello che ci stiamo ponendo, nel senso che se la norma era ritenuta integratrice del precetto penale non poteva ricadere nel disposto dell'art. 47 comma 3 e la condotta rimaneva quindi punibile, giungeva all'amara conclusione secondo cui "anche la giurisprudenza accoglie la distinzione tra norme extrapenali integratrici e norme extrapenali non integratrici del precetto; tuttavia la Suprema Corte ergendosi a tutrice di un rigore in proposito non giustificato, ritiene poi in pratica tutte le norme extrapenali norme integratrici della norma di incriminazione, cosicché l'art. 47 comma III resta concretamente privo di qualsiasi rilievo"⁶². Sarebbe francamente non condivisibile se ora che l'operazione

⁶² M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1987, 422.

interpretativa, come abbiamo visto, sarebbe destinata a limitare la punibilità di una condotta penalmente rilevante, dovesse invece accadere il contrario.

DIRITTO PENALE DEL NEMICO: UNA LETTURA CRITICA DEI PRESUPPOSTI FILOSOFICI*

Piero Brunetti

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La ‘norma giuridica vigente’ nel pensiero di Jakobs. – 3. La persona ‘giuridica’ (*im Recht*) nel pensiero di Jakobs. – 4. Limiti del concetto di norma vigente nella costruzione di Jakobs. – 5. Limiti del concetto di persona ‘giuridica’. Riflessi di autoritarismo. – 6. Le anomalie strutturali ravvisabili nei presupposti del diritto penale del nemico. – 7. Conclusioni.

ABSTRACT

Il contributo intende approfondire i presupposti giusfilosofici della teoria del diritto penale del nemico nell'impostazione datale dal suo formulatore Günther Jakobs. Ricostruite le nozioni di norma e di persona 'giuridica' proposte dall'Autore, si contesta la condizione di effettività cui quei concetti sono subordinati. In tal modo, anche al cd. nemico (per Jakobs, non-persona 'giuridica') potranno essere assicurate tutte le garanzie dello Stato di diritto.

This article aims to deepen the legal-philosophical assumptions of the enemy's criminal law theory in the formulation given by its creator Günther Jakobs. Once the notions of "rule" and of "legal person" proposed by the Author have been analyzed, the condition of effectiveness those concepts are subordinated to is contested. In this way, all the guarantees of the rule of law can be assured also for the enemy (according to Jakobs, "non-legal" person).

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

1. Introduzione.

Il “*diritto penale del nemico*” (*Feindstrafrecht*) è una teoria elaborata dallo studioso tedesco Günther Jakobs diversi anni fa¹. Essa ha alimentato, sin dal suo concepimento, un ricco scambio di idee in dottrina².

Tanto interesse è stato suscitato, in particolare, dalle conseguenze ultime di tale teoria. In estrema sintesi, gli individui sarebbero distinti in persone “giuridiche” (*im recht*) e non³; i primi, i *cittadini* (*Bürger*), godrebbero di tutte le garanzie dello Stato di diritto; i secondi, i *nemici* (*Feinde*), non godrebbero di tali garanzie (o almeno, non godrebbero di *tutte* le garanzie proprie dello Stato di diritto). Da ciò discenderebbero alcune rilevanti conseguenze: il diritto penale *contro* il nemico si atterrebbe a strumento di prevenzione contro i pericoli o meglio, contro individui pericolosi; contro costoro si dovrebbe⁴ procedere anche prima del fatto delittuoso (in specie, anticipando di

¹ La prima versione della teoria del diritto penale del nemico fu presentata da Jakobs nel corso delle giornate dei Professori di diritto penale, che hanno avuto luogo a Francoforte nel 1985. È stata illustrata nella sua versione definitiva nel 1999, durante le giornate berlinesi dal titolo “La scienza del diritto penale a fine millennio”. Cfr. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, 753 ss.; G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER-W. HASSEMER-B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000, 51 ss.

² Le voci che in dottrina si sono interessate specificamente al tema sono innumerevoli. Per dei riferimenti bibliografici minimi, possono ricordarsi l'opera collettanea a cura di M. DONINI e M. PAPA (con contributi di K. AMBOS, M. CANCIO MELIÀ, T. HÖRNLE, F. MUÑOZ CONDE, C. PRITTWITZ, A. APONTE, D. PASTOR, D. COLE, M. DUBBER, V. DINH E G. FLETCHER) e quella a cura di A. GAMBERINI E R. ORLANDI (CON CONTRIBUTI, OLTRE CHE DEI CURATORI, DI C. GALLI, V. RUGGIERO, T. PADOVANI, F. MUÑOZ CONDE, G. QUINTERO-OLIVARES, G. JAKOBS, M. DONINI, G. FIANDACA, G. CUSSAC, D. PULITANO, G. INSOLERA, G. LOSAPPIO, A. CAVALIERE, R. KOSTORIS, L. SALAS, B. PAVISIC, E. FRONZA, D. GIOIA). Cfr. DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007; GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007.

³ Cfr. *infra*, par. 3. Come si avrà modo di evidenziare, l'idea che alcuni individui possano essere considerati come “non-persone” in diritto (o non-persone “giuridiche”) riecheggia anche nei titoli di alcuni articoli del giurista tedesco sul tema; emblematicamente, Cfr. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, 839 ss. Nel prosieguo, dunque, si farà riferimento all'espressione persona “*giuridica*” nella particolare accezione *jakobsiana* e non in quella tradizionale e civilistica di *ente*.

⁴ Non è ben chiaro se *si debba* procedere prima del fatto delittuoso, *si possa* procedere prima del fatto delittuoso ovvero *si proceda* prima del fatto delittuoso. Salvi successivi approfondimenti, va segnalato come una delle principali ambiguità delle tesi di Jakobs, spesso denunciata dai suoi critici, sia il passaggio dalla asserita descrizione di un dato normativo ad un presumibile programma di politica criminale. Cfr. per la dottrina italiana: A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 273; D. PULITANO, *Il problema del diritto penale del nemico, tra descrizione e ideologia*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 234; in termini dubitativi, R. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e “diritto penale del nemico”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 298; per la

molto la soglia dell'intervento penale)⁵; in casi di necessità, contro il nemico sarebbe accettabile l'uso della coercizione e finanche della tortura⁶.

Si può sin d'ora affermare che il merito di tale teoria, indipendentemente dall'adesione o meno ad essa, è stato rimettere in discussione assunti fondamentali a volte liquidati in maniera sbrigativa dalle riflessioni degli studiosi dei nostri giorni⁷. Il *diritto penale del nemico* ha avuto il merito, insomma, di aver rappresentato un forte momento di "antitesi", in una dialettica fruttuosamente orientata alla *Bildung* della teoria del diritto e del diritto penale.

Jakobs, infatti, provocatoriamente sostiene di basare le proprie riflessioni sul cd. *nemico* non su assunti di politica del diritto, bensì su elementi di filosofia del diritto⁸; in particolare, viene posta una netta linea di demarcazione tra *essere* e *dover essere*. Il *dover essere* viene assorbito dalla *politica del diritto*; il *diritto*, che Jakobs intende analizzare, deve invece riguardare solo ciò che è, se vuole offrire un reale orientamento ai consociati e non restare idea morta.

Espressamente, Jakobs afferma che il principale e preliminare scopo della sua indagine filosofica sia individuare le condizioni della "giuridicità" e, dunque, i suoi limiti⁹. In particolare, è oggetto della sua riflessione la "giuridicità" dei concetti di *norma* e di *persona*. In linea con quanto riconosciuto dallo studioso tedesco, si può affermare che l'intera teoria del diritto penale del nemico si fonda sulla (ri)costruzione di queste due nozioni. D'altro canto, come dallo stesso Jakobs denunciato¹⁰, la dottrina spesso non si è preoccupata

dottrina straniera, *ex multis*, K. AMBOS, *Diritto penale del nemico*, in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit., 49 ss.

⁵ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 121 ss.

⁶ Scrive Jakobs: « [...] [i] terroristi, dei quali sia provata la responsabilità almeno della progettazione (§129 a StGB), anche con pregiudizio della loro libertà di decisione e di azionamento della volontà, vengono costretti a fare rivelazioni con riguardo a gravi pericoli; più ancora, devono essere costretti, perché lo Stato, essendo gravato del suo obbligo di protezione nei confronti dei cittadini, non può rinunciare ad alcun mezzo il cui utilizzo sia tanto consentito quanto ragionevole, laddove persecuzione penale e prevenzione dei pericoli si confondono [...] Certamente poi può essere necessario che la forza con cui si esige l'adempimento dell'obbligo diventi di portata tale che la si può chiamare ormai solo tortura, un modo di agire che dunque depersonalizza il soggetto passivo della tortura. Questo sarebbe l'ambito della relazione con un nemico»; così G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 128; idee ribadite in JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti* (traduzione di *Terroristen als Personen im Recht?*, 2005), in KOSTORIS-ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, pp. 14-15.

⁷ Cfr. *ex multis*, F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2007, 472.

⁸ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 111, 120.

⁹ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 109, 111, 120.

¹⁰ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 119-120.

di confutare i presupposti di base della sua teoria, limitandosi solo a criticare le conseguenze di essa¹¹.

Nel presente lavoro, dunque, si cercherà di sondare eventuali limiti teorici dei presupposti del diritto penale del nemico; non si approfondiranno, invece, le (numerose) critiche, generalmente condivisibili, che vengono mosse alle più estreme conseguenze della teoria in esame.

Si procederà, pertanto, alla ricostruzione delle teorie di Jakobs sui concetti di norma giuridica e di persona. Quindi, si proporranno alcune riflessioni critiche.

2. La ‘norma giuridica vigente’ nel pensiero di Jakobs.

Jakobs parte dall’analisi del concetto di vigenza giuridica di una norma, articolandolo secondo tre possibili proposizioni¹²: 1) diritto vigente è la relazione reciproca tra persone *fondata come giusta* – pura normatività; 2) diritto vigente è una relazione reciproca tra persone *fondabile come giusta* o pur sempre *come plausibile*, che *nel complesso e in misura rilevante* viene praticata – normatività effettivamente realizzata (*verwirklichte Normativität*); 3) diritto vigente sono le regole della relazione reciproca praticata nel complesso e in misura rilevante tra persone – pura fattualità. Elemento comune alle tre proposizioni è la *reciprocità* della relazione¹³ tra persone.

La terza proposizione viene immediatamente esclusa dallo stesso Autore per il semplice fatto che ciò che viene praticato in misura preponderante può essere anche pura violenza¹⁴; ciò potrebbe, tra l’altro, far venir meno il requisito della reciprocità della relazione giuridica. Va dunque valutata la bontà delle prime due ipotesi.

La prima proposizione, per la quale diritto vigente è il “diritto fondato come giusto”, è puramente normativa. Qui, per Jakobs, “il mondo delle norme giuridiche fa vita a sé”¹⁵: interessa solamente se le norme giuridiche (e le loro concretizzazioni) possano essere tratte in maniera *formalmente* corretta da una norma autorizzativa vigente, ovvero in maniera *materialmente* corretta da proposizioni sostanziali superiori vigenti; in concreto, i riferimenti normativi possono essere, a seconda delle circostanze, la ragione umana, quella divina o una Costituzione. Il sistema puramente normativo ha il seguente funzionamento: se l’aspettativa, in cui consiste una norma, non viene soddi-

¹¹ Riguardevole eccezione è costituita dalla critica, a tutto tondo, di A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 265 ss.

¹² Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 111.

¹³ Da intendersi, a quanto sembra, come reciprocità di diritti e obblighi – come suggerisce il riferimento alle posizioni dei “legittimati” (i.e. i titolari di diritti) e degli “obbligati”. Cfr. *op. loc. ult. cit.*

¹⁴ Idea che riecheggia (per non tornare troppo indietro nel tempo) già in Rousseau: cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione di Maria Garin, Roma-Bari, 2010, 10-11.

¹⁵ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 111.

sfatta, deve seguire una sanzione; se ciò non accade, deve essere sanzionata la negligenza dell'organo statale, etc.

Poste queste premesse, l'attenzione di Jakobs si focalizza su un profilo centrale delle sue tesi: ci si domanda se una norma vigente di tal tipo abbia una reale forza di *orientamento* delle scelte del consociato (tanto che questi sia potenziale vittima, quanto che sia potenziale autore di illeciti). La risposta data al quesito è negativa; un sistema di questo tipo manca di collegamento col mondo reale. L'argomentazione parte dal profilo soggettivo: si risponde alla domanda "chi si deve orientare?". Jakobs distingue nettamente la persona in senso puramente normativo (cd. soggetto di diritto) e la persona reale, carica di bisogni ed esigenze umane, "strutturalmente unita con l'individuo"¹⁶.

La sicurezza che una certa norma, fondata come giusta, sia vigente (e che alla violazione di una norma debba seguire una sanzione) può orientare le scelte dell'astratto *soggetto di diritto* (si parla di orientamento "normativo"); è sufficiente, però, che si verifichi una prima violazione di quella norma perché la *persona reale* veda infranta l'aspettativa normativa e cominci ad orientarsi diversamente da come suggerirebbe la norma¹⁷.

Da queste considerazioni, Jakobs deduce che la migliore definizione di diritto vigente sia la *seconda* proposizione sopra riportata, il cui elemento portante non è tanto la fondatezza della norma, quanto la sua effettività. Infatti, la norma astratta rappresenta solo un "inizio nella realizzazione del diritto"¹⁸.

Per Jakobs, un ordinamento giuridico deve offrire alla persona (e in particolare alla vittima potenziale) un orientamento *realmente fruibile*; perciò, deve essere *stabilizzato effettivamente*, concretamente, nel complesso e in misura rilevante. Riprendendo l'insegnamento di Luhmann, si afferma che sono due le condizioni di vigenza, a livello sociale (e giuridico), di una nor-

¹⁶ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 112. Per un'interessante ricostruzione della personalità giuridica in Jakobs e dello "Stato di prevenzione", cfr. A. AMENDOLA, *Persona e soggetto giuridico nello Stato di prevenzione*, in *Filosofia politica*, 3, 2007, 411 ss.; per una più generale panoramica del passaggio dal soggetto di diritto alla persona, cfr. S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 3, 2017, 365 ss.

¹⁷ L'esempio proposto da Jakobs è il seguente: Tizio acquista una bicicletta nuova, con cui si reca all'università; esiste una norma per cui una bicicletta non legata a un palo non deve essere rubata e, se il furto avviene, il ladro deve essere punito; Tizio, dunque, si orienta secondo la norma e lascia la bici fuori posto; la bici, nei fatti viene rubata. L'orientamento normativo è corretto (perché la bici non doveva essere rubata e il ladro, sparito senza essere riconosciuto, doveva essere punito), ma è presumibile che Tizio non si orienterà più *ingenuamente* secondo la pura norma, perché il suo bisogno reale (avere una bici per recarsi all'università) non viene adeguatamente garantito dalla prescrizione normativa. Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 111-112.

¹⁸ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 112; a supporto di questa idea, Jakobs cita l'autorevole posizione di Kelsen; quest'ultimo ritiene di assumere una norma fondamentale solo con riguardo a una "Costituzione nel complesso e in misura rilevante efficace" e ad un "ordinamento di coercizione, prodotto in conformità alla Costituzione, che sia nel complesso e in misura rilevante efficace"; al di fuori di questa efficacia, non sussisterebbe alcuna connessione normativa vigente e, in ultimo, non esisterebbe lo Stato. Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, 146 ss.

ma¹⁹: in primo luogo, essa deve essere effettivamente osservata; in secondo luogo, qualora la norma venga violata, essa deve essere riaffermata controfattualmente; ciò avviene, in concreto, mediante l'applicazione della sanzione, che riafferma il tenore della norma violata. Mediante questi due momenti, si realizza il "consolidamento cognitivo" della norma giuridica effettivamente vigente, fondamentale per orientare realmente le scelte della persona: non solo della vittima potenziale, ma anche del potenziale autore di un illecito; un potenziale reo potrebbe astenersi dal commettere un reato solo avendo cognizione della praticata disponibilità dello Stato alla persecuzione penale e all'applicazione della pena.

Il dato della vigenza viene così espressamente collegato all'effettività sociale. Limite della vigenza della norma diventa la sua riaffermazione "infinitamente controfattuale"; quest'ultima costituirebbe un ritorno al puro normativismo, in precedenza rifiutato. Infatti, in caso di violazione di una norma, deve essere sanzionato l'autore della violazione; se questa sanzione non arriva, deve essere sanzionata la negligenza del funzionario adibito ad applicare la sanzione. Tuttavia, si osserva, se non succede nulla nel secondo o nel terzo passaggio, la norma cesserà di essere vigente o – come sostiene Jakobs – finirà per "non svolgere più alcun ruolo per lo sviluppo della società"²⁰.

3. La persona 'giuridica' (*im Recht*) nel pensiero di Jakobs.

La prima distinzione necessaria è tra personalità "innata" e personalità "giuridica"²¹ (o *in diritto*). La prima, attinente all'individuo in quanto uomo, non sembra essere posta in discussione da Jakobs²². Diverso ordine di considerazioni concerne la persona *giuridica*. Con quest'ultima espressione s'intende la persona in senso normativo, cioè la *persona portatrice di diritti e doveri*.

Secondo l'Autore tedesco, anche il concetto di persona *giuridica* deve essere sottoposto alla prova dell'effettività, per non restare astratto concetto normativo – come tale, inutile ad orientare le condotte dei consociati.

Così, sulla falsariga del concetto accolto di norma vigente, Jakobs delinea il concetto di persona *giuridica* "effettiva". Benché non scritto a chiare lettere, sembra essere persona *giuridica* solo chi *in misura rilevante* (e secondo un modello diffuso rispetto anche ad altri individui, cioè *complessivo*) esercita

¹⁹ JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 114.

²⁰ JAKOBS, *op. loc. ult. cit.*

²¹ Cfr. *supra*, par. 1 nota 3.

²² Il riferimento è rappresentato dall'*homo phenomenon* della teoria kantiana. Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 116. Conferma tale impressione G. CUSSAC, *El renacimiento del pensamiento autoritario en el estado de derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 116; nonché ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Relazione introduttiva*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 38-39.

diritti e adempie doveri di cui è portatore. La definizione si ricava implicitamente dai molteplici riferimenti alla “misura” della condotta tenuta: i delinquenti cd. normali, che rimangono persone *giuridiche*, non adempirebbero “una volta o poche volte” ad un obbligo (dell’enorme complesso dei loro obblighi)²³, e in “molte altre situazioni” si comporterebbero in modo “massimamente adeguato”²⁴; i nemici, invece, dedicano la propria vita “in certa misura duratura” a strutture criminali²⁵.

Rispetto a cittadino e nemico, dunque, sembra cambiare il profilo della violazione di un dovere. A ben vedere, in un’ottica di effettività, la violazione di un dovere rappresenta sempre una negazione della persona giuridica, perché, all’atto della violazione, la persona si mostra non più effettivamente portatrice di doveri. Tuttavia, ciò che distingue la violazione da parte di un cittadino da quella di un nemico è il profilo controfattuale: l’inflizione della pena al cittadino (o *delinquente normale*) può consolidare nuovamente il suo essere persona *giuridica*; invece, di fronte a un nemico, che dedica stabilmente la sua vita a strutture criminali, la ri-affermazione della persona *giuridica* attraverso la pena rimane un’aspettativa *infinitamente controfattuale*.

A supporto di questa posizione, Jakobs riporta la tesi di Hobbes²⁶. Per il pensatore inglese, elemento portante dello Stato era la sussistenza del potere centrale; così, distingueva tra *cittadino che delinque* e *reo di altro tradimento*. Il cittadino viene condannato secondo la legge emanata; il delinquente politico, invece, viene combattuto come nemico²⁷. La ragione di questa differenza, per Jakobs, sta in ciò: il primo cerca un singolo vantaggio illecitamente (il che non deve essere tollerato), ma non mette in discussione il potere centrale; il secondo, invece, combatte contro il principio e il principio, in Hobbes, è incarnato nel potere concreto. Di questa tesi, Jakobs condivide la *ratio*: un avversario per principio va trattato diversamente, in quanto nemico, da un cittadino con manchevolezze probabilmente passeggere.

Attualizzando la riflessione hobbesiana, il nemico viene individuato oggi in chi si oppone per principio alla “società costituzionalmente fondata sulle libertà”²⁸, ovvero chi si costituisce parte di strutture criminali consolidate: rientrerebbero in questa categoria delinquenti come terroristi, narcotraffickanti, criminali economici etc. In realtà, Jakobs sembra lasciare aperta la possibilità di includere nella categoria dei nemici anche chi, individualmente e senza adesione a strutture criminali, non lasci intravedere una futura possibilità di comportamento conforme a diritto²⁹; viene espressamente citato, sebbene

²³ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 115.

²⁴ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 116.

²⁵ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 117.

²⁶ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 116.

²⁷ Cfr. HOBBS, *Il Leviatano*, (trad. a cura di R. Giammanco), Torino, 1955, vol. I, 357-358.

²⁸ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 117.

²⁹ Per il riferimento ai *crimini in generale*, cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico* (traduzione di *Derecho penal del ciudadano y derecho pernal del enemigo*, 2003), in DONINI-PAPA (a cura di),

en passant, il caso del delinquente sessuale che non sembri più avere capacità di autocontrollo³⁰.

Affinché un individuo possa essere (o meglio, restare)³¹ persona *giuridica*, dunque, deve sussistere una presunzione di (futuro) comportamento fedele al diritto. Scrive Jakobs: «Il fondamento (presupposto) della presunzione di esercitare futuro comportamento legale è un elementare debito *portable* di tutti i cittadini: poiché solo laddove sia fondata e costante questa presunzione, e la fondazione della stessa possono prestarla solamente gli stessi cittadini, è possibile reciprocamente un rapporto basato tanto sulla libertà quanto sull'assenza di paura. Una personalità effettiva, che presieda all'orientamento, non può proprio essere conseguita attraverso astratti postulati [ossia, l'affermazione per cui ciascuno ha sempre il diritto di essere trattato come persona]; piuttosto, è necessario che chi deve essere persona "collabori", e cioè, è necessario che egli offra la *sua* parte di prestazione, ossia che garantisca sufficiente fedeltà al diritto. [...] Chiunque sia in grado di promettere almeno in qualche misura fedeltà all'ordinamento, è titolare di una legittima pretesa a essere trattato come persona in diritto. Chi non offre simile garanzia in modo credibile, tendenzialmente viene trattato da non cittadino»³². Non è necessario che la presunzione di fedeltà al diritto venga meno in senso assoluto: è nemico anche chi, magari buon padre di famiglia o amante degli animali, fa cadere rispetto a certi ambiti la presunzione di comportamento fedele al diritto³³.

Le conseguenze della qualifica di nemico sono diverse.

In primo luogo, al nemico vengono tolti (alcuni) diritti, ma i suoi doveri restano impregiudicati, pur se, sul piano cognitivo, non si può più contare sull'adempimento degli obblighi da parte sua³⁴. Il nemico, dunque, si atteggia a «nemico parziale»³⁵.

In secondo luogo, la relazione con il nemico perde il suo carattere giuridico: siccome al nemico vengono tolti diritti, manca la condizione di reciprocità propria della relazione giuridica. Il nemico viene escluso come consociato. Questa esclusione è inevitabile se si vuole offrire ai consociati un reale orientamento nei loro comportamenti quotidiani³⁶. È comunque opportuno

Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale, Milano, 2007, 17.

³⁰ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 117.

³¹ Si tratta di un punto assai ambiguo della tesi di Jakobs. Cfr. *infra*, par. 5.

³² Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 118 - [in parentesi quadra, si tratta di un nostro chiarimento sulla scorta del testo precedente]; conferma questa posizione JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti* (traduzione di *Terroristen als Personen im Recht?*, 2005), in KOSTORIS-ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, 8.

³³ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 117; per una ricostruzione più ampia del concetto di "nemico", cfr. K. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 31 ss.

³⁴ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 118.

³⁵ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 118, 120.

³⁶ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 119.

un chiarimento: è l'ordinamento, e non l'individuo, a decidere *se, quando e come* lo stesso individuo debba essere escluso (e dunque qualificato come nemico); inoltre, Jakobs riconosce l'eventualità che un ordinamento scelga di non escludere nessuno, nonostante l'alto costo di questa scelta (in termini di orientamento dei consociati e di sopravvivenza dell'ordinamento)³⁷.

L'esclusione del nemico e la degiuridicizzazione [*Entrechtlichung*] della relazione con il nemico non possono portare a reazioni illimitate contro di lui: vanno comunque preservate "alcune garanzie dello Stato di diritto del diritto penale sostanziale e processuale"³⁸. Tuttavia, queste non sono precisate in modo puntuale: il pensatore tedesco si limita a sostenere che i diritti e libertà del nemico vadano circoscritti in base a criteri di ragionevolezza e di necessità (da valutarsi, presumibilmente, a seconda delle circostanze concrete)³⁹.

Da ultimo, va posta in risalto una posizione ambigua di Jakobs con riguardo alla causa dell'intervento statale e al profilo della colpevolezza del nemico. Da un lato, afferma che il nemico è prima di tutto un delinquente, e "come delinquente egli porta lo stigma di essere colpevole"⁴⁰; dall'altro, immediatamente dopo, afferma che con un nemico non è sufficiente l'inflizione di una pena proporzionata alla colpevolezza, ma piuttosto – in ipotesi di anticipazione della tutela – si deve procedere *prima* del fatto delittuoso o *in aggiunta* rispetto alla pena, approntando un apparato di sicurezza. Il diritto

³⁷ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 126.

³⁸ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 123.

³⁹ La questione dei *limiti* in cui dovrebbe incorrere un diritto penale del nemico (e, di converso, delle garanzie che dovrebbero residuare per il "nemico") è spesso evasa da Jakobs. Questi scrive: «[...] il diritto penale del nemico deve essere limitato allo stretto necessario, ciò a prescindere del tutto dal principio di saggezza, comunque sussistente, ai sensi del quale la coazione fisica, dati i suoi effetti accessori correlati di corruzione [del sistema], va mantenuta nei termini più ridotti possibile. Ma che cos'è necessario? In primo luogo dev'essere tolto al terrorista proprio quel diritto che egli adopera illecitamente per i suoi piani, vale a dire specialmente il diritto alla libertà di comportamento. Con riguardo a ciò si opera in maniera non diversa da ciò che accade con il ricorso alla carcerazione preventiva [...] Quando si tratta di custodia preventiva è dunque di regola facile operare una circoscrizione della privazione della libertà; poiché questa non ha bisogno di travalicare i limiti del necessario per il raggiungimento dello scopo. Ma quando ci si trova di fronte a terroristi (o a soggetti afferenti a organizzazioni criminali altrimenti caratterizzate) questa delimitazione non è di così immediata evidenza [...]». Così G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 127 (ma cfr. anche 119). Altrove, Jakobs si esprime diversamente: «[...] Questa forma di coazione è suscettibile di incontrare una duplice limitazione. In primo luogo, lo Stato non necessariamente deve privare il nemico della totalità dei diritti. In tal senso, il soggetto sottoposto alla custodia di sicurezza conserva inalterati i suoi diritti patrimoniali. In secondo luogo, lo Stato non deve fare tutto ciò che gli è possibile, potendo invece in tal senso contenere la sua reazione, al fine di non precludersi la possibilità di un futuro accordo di pacificazione [...]». In questi termini, JAKOBS, *Diritto penale del nemico* (traduzione di *Derecho penal del ciudadano y derecho pernal del enemigo*, 2003), in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 13. Per una critica della sostanziale assenza di limiti nel diritto penale del nemico, cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 278-279.

⁴⁰ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 120.

penale, in particolare, assumerebbe la funzione di tutela dai pericoli rappresentati dai nemici⁴¹.

Da qui, comincia la trattazione delle conseguenze del diritto penale del nemico, ampiamente criticate dalla dottrina. Esse esulano dall'oggetto della presente indagine.

4. Limiti del concetto di norma vigente. La norma vigente in un ordinamento democratico.

Diversi appaiono i punti censurabili nella ricostruzione del concetto di "norma giuridica vigente". L'analisi deve partire dalle tre proposizioni di diritto vigente formulate dallo studioso di Bonn.

Sicuramente condivisibile è l'esclusione della terza proposizione, operata dallo stesso Jakobs, per i motivi da lui stesso riconosciuti: il diritto non può essere pura fattualità. L'attenzione, allora, deve focalizzarsi sulle prime due proposizioni: per la prima, diritto vigente è la relazione reciproca tra persone *fondata come giusta*; per la seconda, diritto vigente è una relazione reciproca tra persone *fondabile come giusta o pur sempre come plausibile, che nel complesso e in misura rilevante viene praticata*.

La prima proposizione differisce dalla seconda per due elementi: un primo elemento, esplicito e positivo, è la *fondatezza* (e non la mera *fondabilità come giusta*) della regola di diritto vigente; un secondo elemento, implicito e negativo, è che tale regola non viene praticata complessivamente e in misura rilevante, e dunque non è effettiva. Così completata la prima proposizione, è chiaro come essa si dimostri (parzialmente) fallace. Come afferma lo stesso Jakobs, riportando Kelsen, una norma pur fondata ma senza efficacia non vale più di un desiderio – il che pare *prima facie* condivisibile.

Dal secondo elemento, implicito e negativo, della prima proposizione, Jakobs fa discendere delle riflessioni in tema di orientamento del consociato rispetto alla norma (giuridica) *vigente*, ma non effettiva. Sembra in parte condivisibile come un sistema normativo di tal tipo possa non ispirare (più) le scelte del consociato. Tuttavia, non condivisibile risulta l'assunto⁴² per cui, in caso di ineffettività della norma, venga erosa la sua "vigenza": viene erosa non la "vigenza", ma *quell'aspetto del concetto di vigenza che è l'effettività*. Si tornerà a breve sul punto.

La seconda proposizione, invece, sembra adattarsi assai male al concetto di vigenza giuridica. Jakobs sembra parlare di "diritto vigente" precisamente in termini di "diritto consuetudinario"; elementi centrali sono: 1) la *fondabilità come giusta o plausibile* di una norma (giuridica); 2) la pratica (di quella norma) *complessiva e in misura rilevante* da parte dei consociati. Il primo elemento ricorda l'"*opinio iuris sive necessitatis*", nel riferimento, quale mini-

⁴¹ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 120 e 123.

⁴² Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 114.

mo parametro di vigenza, alla plausibilità di una norma. Il secondo elemento evoca nettamente la “*diuturnitas*”. Tuttavia, com’è noto, la consuetudine non è una *norma* giuridica, bensì una *fonte* di norme giuridiche; la seconda proposizione andrebbe, allora, riformulata in questo modo: “*fonte di diritto vigente* è la relazione reciproca tra persone *fondabile* come *giusta* o pur sempre *come plausibile*, che *nel complesso e in misura rilevante* viene praticata”. Una tale affermazione sarebbe senza dubbio corretta, ma andrebbe storicizzata e riportata nel nostro ordinamento, ove la consuetudine occupa il gradino più basso nella gerarchia delle fonti del diritto, se non altro, per il suo scarso grado di legittimazione democratica; potrebbe così già essere relativizzata la portata innovativa delle riflessioni di Jakobs in materia di “condizioni di giuridicità”.

Forse, lo stesso riferimento alla *fondabilità* (e non alla *fondatezza*) *come giusta* di una regola di un rapporto si attaglierebbe assai meglio ad un ordinamento sociale e pre-giuridico che ad un ordinamento giuridico⁴³; solo così si spiegherebbe il carattere meramente potenziale (e non attuale) della fondatezza di una regola in un rapporto reciproco tra persone. D'altronde, lo stesso Jakobs tradisce la necessità di un *fondamento normativo attuale* allorché il nemico è individuato in chi si oppone alla “società costituzionalmente *fondata* sulla libertà”⁴⁴; coerenza avrebbe invece voluto che si qualificasse come nemico colui il quale si oppone alla società che *complessivamente e in misura rilevante* pratica [diritti e] libertà, con tutti i limiti che sarebbero derivati nell'individuazione, prima ancora del nemico, della società in questione.

Quasi un paio di millenni or sono, scrisse Ovidio: “*Medio tutissimus ibis*”, cioè “*nel mezzo camminerai sicurissimo*”. L'insegnamento torna attuale nella presente analisi.

La definizione apparentemente più corretta di diritto vigente prende in considerazione gli elementi positivi della prima e della seconda proposizione suggerite da Jakobs: può dirsi diritto vigente la relazione reciproca tra persone (1) che è *fondata come giusta* (da una norma giuridica) e (2) che *complessivamente e in misura rilevante viene praticata*. Il primo elemento risulta indispensabile per i motivi sopra riportati, e cioè: 1) una *fondabilità come plausibile* della regola del rapporto potrebbe, a tutto concedere, limitare la portata della definizione a quella fonte di diritto che è la consuetudine⁴⁵; 2) l'assenza di fondatezza, cioè la pura fondabilità, renderebbe la norma, più probabilmente, vigente in un ordinamento sociale e pregiuridico. Il secondo elemento, l'effettività, risulta complementare al primo affinché una norma non viva nell'empireo. I due elementi proposti non sono, per altro, logica-

⁴³ Ciò che lo stesso Jakobs afferma consapevolmente laddove collega la vigenza all'effettività *sociale*; cfr. *supra*, par. 2.

⁴⁴ In questi termini, G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 117.

⁴⁵ È opportuno chiarire, peraltro, come la definizione proposta non escluda che una “regola consuetudinaria” possa essere considerata regola giuridica vigente; essa dovrà, però, essere considerata nella sua manifestazione *attuale*, ove si esprime come *fondata come giusta*.

mente equiparabili. Il primo, formale, è vero e proprio presupposto di vigenza (cioè: o la regola è *fondata* come giusta o non è giuridica); il secondo, materiale, ne è invece complemento, per così dire “relativo”: da un lato, deve accompagnarsi al primo per entrare nel concetto di vigenza, siccome da solo non è sufficiente a fondare una regola giuridica; dall’altro, la sua assenza porta a sfumare la forza del precetto (ormai solo formalmente vigente)⁴⁶. A dimostrazione di quanto proposto, si formulano le seguenti considerazioni.

Occorre riflettere sul caso in cui la norma venga a mancare di effettività, ossia su quel fenomeno che Jakobs chiama “erosione”⁴⁷ della vigenza della norma. È questo il caso in cui mancano tanto il profilo *fattuale* che quello *controfattuale*: non solo la norma non viene rispettata, ma non vengono sanzionati neanche gli autori delle violazioni.

Non ci sembra corretto affermare, come fa Jakobs, che l’assenza di effettività erode la vigenza della norma. Sembra più corretto dire che l’assenza di effettività erode *quell’aspetto del concetto di vigenza* che è, appunto, la pratica complessiva e in misura rilevante di una certa norma. Tuttavia, resta pur sempre esistente (il requisito del)la *fondatezza come giusta* della regola giuridica (complessivamente e in misura rilevante) non osservata.

In un sistema democratico, d’altronde, non potrebbe essere diversamente. È compito dell’organo statale, legittimato in qualche misura dal popolo sovrano, se del caso e con le procedure idonee, eliminare una norma ormai completamente ineffettiva; la ragione sta, come minimo, nel (dovuto) rispetto di una coerenza del sistema. Fino a quando, tuttavia, ciò non accade, un sistema che voglia dirsi democratico deve sopportare il rischio della esistenza di norme vigenti (perché fondate come giuste) ma ineffettive; diversamente, facendo conseguire alla ineffettività di una norma il venir meno della sua stessa vigenza, crollerebbe l’impalcatura democratica dell’ordinamento giuridico, con rischi per la libertà e le garanzie dei consociati. Se ci è consentita l’espressione, si rischierebbe di giungere a un “autoritarismo dal basso”, per certi versi inedito⁴⁸.

Si analizzi, ora, il versante dell’orientamento dei consociati. Si ponga il caso di una condotta che una regola fonda come giusta ma che *quasi nessuno*

⁴⁶ Un tale precetto potrebbe essere definito al più come “quasi-vigente”; questa formula ha un senso se calata nella prospettiva funzionalistica, laddove essenziale è comprendere se, in concreto, il precetto conservi una qualche capacità di orientamento del consociato. Peraltro, l’idea che l’obbligatorietà di una norma possa non costituire un *aut/aut*, ma un concetto misurabile, è oggetto da tempo delle riflessioni di sociologi e giuristi. Per un’interessante analisi in tema, benché relativa a tutt’altro Autore (il gius-sociologo Geiger), cfr. C.E. PALIERO, *L’indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2019, 731 ss.

⁴⁷ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 114.

⁴⁸ In senso analogo, cfr. F. MUNOZ CONDE, *Il nuovo diritto penale: considerazioni sul così detto diritto penale del nemico*, in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 133-134.

osserva, ovvero il caso di una condotta che una regola fonda come ingiusta ma che *quasi tutti* tengono: come dovrà orientarsi il cittadino?

In premessa, va ricordato che, secondo quanto detto, la norma sarebbe in ogni caso vigente. Eppure, a Jakobs andrebbe riconosciuta qualche ragione. Nel caso estremo (e irrealistico) in cui *proprio nessuno* rispetti una regola vigente e a queste violazioni non seguano sanzioni, è *come se* la norma smettesse di essere vigente, benché non sia così⁴⁹. In questo caso, il problema effettivamente rimane⁵⁰.

Tuttavia, si è detto che in termini di *effettività* si prende a riferimento una misura *rilevante*, ma non *totale*, di condotte sociali conformi o meno alla norma (ovvero, sotto il profilo controfattuale, di irrogazione di sanzioni). Allora, l'orientamento dei consociati non necessariamente sarà nel senso di non seguire un comando vigente ma ineffettivo; ciò in quanto l'assenza di effettività di una norma non può far venire meno, *in modo totale*, l'aspettativa del rispetto della norma (nell'ottica del *civis* comune) ovvero l'aspettativa di una sanzione (nell'ottica del potenziale reo).

Dunque, di fronte a una norma fondata come giusta ma non effettiva – nel senso indicato da Jakobs e poc'anzi chiarito, cioè violata in misura rilevante ma non totale – l'orientamento del cittadino dovrebbe essere pressappoco questo: in caso di violazione, è lecito aspettarsi una sanzione, la quale può arrivare o non arrivare, a seconda della reale capacità di controllo e sanzione di quella società; invece, non è lecito – come sembra ipotizzare Jakobs – aspettarsi che, a seguito di una violazione, una sanzione *non arrivi* o, meglio, *non debba* arrivare.

È così chiarito come anche una norma vigente ma non effettiva conservi una capacità di orientamento anche per quel consociato, che sia, per utilizzare la massima biblica citata da Jakobs⁵¹, *pronto nello spirito ma debole*

⁴⁹ È pur vero che un sistema giuridico che si affidi esclusivamente all'effettività per stabilire la vigenza sarebbe irrealistico. Ipotizzare che ad ogni violazione segua *sempre* concretamente una sanzione, controfattuale, è utopia, perché la società non dispone di mezzi sufficienti per un controllo totale degli avvenimenti. L'ineffettività di alcune norme è, per certi versi, connaturata alla società moderna, ove la limitatezza delle risorse porta spesso a focalizzare il controllo su forme più gravi di illeciti. Di ciò è consapevole anche lo stesso Jakobs, che tuttavia trae da tale considerazione un argomento a favore della giuridicità come *vigenza effettiva*: cfr. G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, in KOSTORIS-ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, 6.

⁵⁰ Jakobs rifiuta nettamente l'idea di vigenza in un tal caso; scrive: «Le norme richiedono un consolidamento cognitivo, nella misura in cui devono garantire l'orientamento; non basta che possa essere data la dimostrazione della loro correttezza o plausibilità, ma ben di più, esse devono essere stabilizzate. Se mancasse questo consolidamento nel singolo caso o addirittura in generale, nessuno si orienterebbe secondo la norma»; così G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 114.

⁵¹ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 113. Va pure notato che Jakobs riconosce che un reo si possa orientare a sufficienza sapendo che una norma è “correttamente fondata”, ma ritiene che questa possibilità si annichilisca laddove non vi sia un consolidamento cognitivo, che dipende (per l'appunto) dall'effettiva vigenza della norma; cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemi-*

nella carne. Sarà senza dubbio una capacità di orientamento minore rispetto a quella di una norma vigente ed effettiva, ma non per questo inesistente.

D'altra parte, se così non fosse, sarebbero prossimi i tempi in cui ciascun consociato, ormai disorientato rispetto a una norma ineffettiva, difenda la propria pretesa – giuridicamente fondata – personalmente, con tutte le precauzioni e gli accorgimenti del caso: il preambolo di una sorta di *società degli* offencicula.

Impostato il discorso sulla vigenza in questo modo, parrebbe opportuno porre una linea di demarcazione tra i concetti di *legittimità* e di *vigenza*, che nella costruzione di Jakobs sembrano sovrapporsi⁵². Solo in un sistema democratico tale distinzione assume pregnanza, laddove il consenso del popolo sovrano “legittima” una determinata norma giuridica. La legittimità *incide* sulla vigenza, ma *non coincide* con essa. In un sistema democratico, è infatti teoricamente possibile che una norma venga *illegittimamente* fondata come “giusta”. In questo caso, la norma *dovrà* – non *potrà*, come nel caso di mera ineffettività – essere eliminata, perché non conforme al parametro di legittimità, il quale consiste nella norma che promana dalla fonte gerarchicamente superiore, espressione di maggiore consenso democratico⁵³.

La legittimità, in effetti, consente di evitare un irrigidimento del concetto di vigenza. Infatti, il cittadino deve orientare la sua condotta solo verso la norma *legittimamente fondata*. Può invece disobbedire alla norma vigente che ritenga illegittimamente fondata (cd. disobbedienza civile), assumendosi le responsabilità del caso⁵⁴. Ecco, quindi, come ritorna quel fisiologico

co?, cit., 112-113.

⁵² La distanza tra i concetti di effettività e legittimità, palese e unanimemente riconosciuta, è stata incisivamente segnalata. Scrive Ferrajoli: «È la fallacia realistica che affligge buona parte della filosofia politica e giuridica, che scambiano ciò che accade con ciò che è giusto o legittimo, politicamente e giuridicamente, che accada, così occultandone il carattere illecito e criminale: l'autolegittimazione in breve come diritto, in nome dell'efficienza, delle pratiche pur in contrasto con il modello normativo del diritto penale». Cfr. L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 4, 2006, 799.

⁵³ Nel 2006, è stata così dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale tedesca la norma di cui all'art. 14, co. 3, Legge tedesca sulla sicurezza dei voli (*Luftsicherheitsgesetz*), introdotta nel 2005 ed impiegata da Jakobs come argomento per sostenere la plausibilità di una logica di diritto penale del nemico. Questa norma consentiva di abbattere un aeromobile, in mano a terroristi e utilizzato contro la vita di persone, imponendo così il sacrificio dei cittadini innocenti che erano all'interno dell'aereo. Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 127.

⁵⁴ In un sistema quale il nostro, di fronte a un giudice, il *disobbediente* potrà argomentare le proprie ragioni; se il giudice le riterrà congrue, solleverà questione di legittimità costituzionale (se si tratta di norma di legge), ovvero disapplicherà direttamente la norma sublegislativa; in caso di norma di legge, se la Corte Costituzionale riterrà parimenti congrue le ragioni del *disobbediente*, eliminerà la disposizione dal sistema.

Una logica *sostanzialmente* analoga, seppur applicata a un contesto completamente diverso, si ha nella disciplina delle scriminanti, rispetto all'ordine illegittimo vincolante: cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, 238 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale - parte generale*, Torino, 2016, 463 ss.

collegamento tra *essere* e *dover essere* che la teoria del diritto penale del nemico, nella sua pretesa *descrittività*⁵⁵, mirava ad eliminare.

Sarebbe forse corretto riformulare un'ultima volta la condizione di vigenza giuridica di una norma, in un ordinamento democratico: qui, dovrebbe definirsi diritto vigente la relazione reciproca tra persone che è *legittimamente* fondata come giusta e che viene praticata complessivamente e in misura rilevante.

5. Limiti del concetto di persona 'giuridica'. Riflessi di autoritarismo.

In chiave critica rispetto a quelli che Jakobs ritiene essere i limiti del concetto di persona giuridica, vanno fatte osservazioni non dissimili da quelle svolte in tema di vigenza della norma. L'effettività non può scalzare il dato della fondatezza di un dato giuridico: se un individuo in misura rilevante non adempie ai suoi doveri – o meglio, ad alcuni dei suoi doveri – sanzionati penalmente, la sanzione non può cadere sulla capacità giuridica dell'individuo di essere titolare di situazioni giuridiche. Peraltro, tale capacità non solo è *fondata* normativamente e, dunque, non è superabile, in un ordinamento democratico, dal mero dato dell'effettività, per le ragioni già esposte⁵⁶, ma è altresì *fondativa* dello stesso ordinamento giuridico democratico. Infatti, nello Stato democratico l'*esilio giuridico* non è in alcun modo concepibile.

Le ragioni di questo rifiuto possono spiegarsi se si riflette sul fondamento e, dunque, sui limiti del potere dello Stato democratico di incidere sulle sfere di libertà e diritti dei consociati/cittadini⁵⁷. In un ordinamento giuridico democratico, idealmente, il potere dello Stato è quello e proprio quello che gli *individui*, all'atto costitutivo della convenzione sociale, gli affidano, rinunciando ad una propria quota di libertà e di potere; si tratta di un'idea che riecheggia sin dal concetto di contratto sociale elaborato nel '700⁵⁸. *Con-*

⁵⁵ Puntualmente è stato commentato: «[...]vera o falsa che sia la descrittività, vi è un elementare vizio di metodo: all'interno di un sistema di diritto positivo, diritto penale vigente è (se si tratta di descrivere) e può essere (se è in gioco un prescrivere) quello conforme alla relativa Costituzione, e non, invece, quello tratto dalla concezione analitica di uno studioso, confortata da – controvertibili – richiami ad una tradizione giusrazionalistica, di per sé non dotata di infallibilità, ed a singole discipline legislative di problematica legittimità costituzionale [...]»; così A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 273.

⁵⁶ Cfr. *supra*, par. 4.

⁵⁷ La distinzione assume qui carattere sostanziale e non formale. Non è necessario essere cittadino in senso stretto per essere soggetto al potere punitivo statale, come conferma la previsione, nei codici penali di vari Paesi, del principio di territorialità nell'applicazione della legge penale. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 882. In particolare, "consociato" va ivi inteso nel significato sostanziale minimo di "persona in diritto". Sul rapporto tra personalità giuridica e cittadinanza, con particolare attenzione alle tesi di Jakobs, cfr. M.D. DUBBER, *Citizenship and penal law*, in *New criminal law review*, 13, 2, 2010, 190 ss.

⁵⁸ Rousseau, a proposito del contratto sociale, scriveva: «[...] Istantaneamente, questo atto di

testualmente alla costituzione dello Stato, in un ordinamento democratico, nasce la personalità giuridica dei *consociati*, cioè la capacità di essere titolari di situazioni giuridiche. Consentire allo Stato di ritenere “degiuridicizzata” una persona a seguito della violazione, in misura rilevante, di un suo dovere, per quanto posto a tutela di un valore massimo, significa attribuire allo Stato una quota di potere superiore a quella sua legittima; infatti, lo Stato, da potere costituito democraticamente, si trasformerebbe in potere (sé)costituente, volta per volta capace di scegliere chi ne legittima l’esistenza⁵⁹.

Perciò, il riferimento fatto da Jakobs a Hobbes⁶⁰ è giusto nella misura in cui la logica di fondo della tesi di Hobbes venga applicata ad un ordinamento – postulato da Jakobs come già esistente – non democratico, autoritario e centralizzato. Diversamente, quel riferimento non è giusto con riguardo ad ordinamenti democratici, quali sono attualmente, ad esempio, quello italiano o quello tedesco.

L’essenziale elemento della *reciprocità*⁶¹, in una relazione giuridica “fondata”, sta non tanto nelle situazioni giuridiche imputabili ai soggetti di quella relazione, quanto anzitutto nella qualità di persone in diritto degli individui della relazione; questa qualità è fondata normativamente ed è intoccabile, perché alla base di una qualsiasi relazione (giuridica) in un ordinamento democratico.

associazione produce, al posto delle persone private dei singoli contraenti, un corpo morale e collettivo, composto di tanti membri quanti sono i voti dell’assemblea., che trae dal medesimo atto la sua unità, il suo *io* comune, la sua vita e volontà. Questa persona pubblica, così formata dall’unione di tutte le altre, prendeva un tempo il nome di *città*, e prende oggi quello di *repubblica* o di *corpo politico*, detto dai suoi membri Stato, quand’è passivo, Sovrano, quand’è attivo, Potenza, quando lo si considera in rapporto con altre simili unità politiche. Quanto agli associati, prendono collettivamente il nome di *popolo*, mentre, in particolare, si chiamano *cittadini*, in quanto partecipano dell’autorità sovrana, e sudditi, in quanto soggetti alle leggi dello Stato. Ma questi termini spesso si confondono e vengono scambiati; basta saperli distinguere quando sono usati in tutta la loro esattezza». Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., 23.

⁵⁹ Jakobs cita anche Rousseau per giustificare la sua idea di esclusione del nemico. Il pensatore francese scrive infatti che ogni malfattore che viola il diritto sociale smette per ciò stesso di essere membro dello Stato, ponendosi con esso in guerra. Tuttavia, risulta qui non corretta la posizione di Rousseau, tra l’altro da egli stesso contraddetta in diversi punti della sua opera. Emblematico, tra gli altri, il seguente passo: «[...] Ma il corpo politico o il sovrano, traendo il proprio essere solo dalla santità del contratto, non può mai obbligarsi, neppure verso altri, a niente che deroghi a quest’atto primitivo, come *l’alienare qualche parte di se stesso* o il sottomettersi a un altro sovrano. Violare l’atto per cui esiste vorrebbe dire annientarsi, e ciò che è nulla non produce nulla»; così J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., 25 (*corsivo nostro*). Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 9.

⁶⁰ Cfr. *supra*, par. 3.

⁶¹ Jakobs ritiene essere assente l’elemento della reciprocità nella relazione con il nemico e da ciò deduce il carattere non giuridico della relazione; cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 110, 120.

Si noti che queste affermazioni non aprono un discorso di “politica del diritto”⁶²: andrebbe altrimenti dimostrata l'essenza non democratica dell'ordinamento tedesco (o italiano) per giungere a conclusioni simili a quelle di Jakobs – cosa che non pare sia stata svolta dall'Autore di Bonn. Ancora una volta, come in tema di vigenza delle norme, si nota il carattere velatamente autoritario dei presupposti del diritto penale del nemico.

Dunque, la sanzione, a fronte di una violazione, può tuttalpiù incidere su alcune situazioni giuridiche di cui il soggetto è titolare⁶³.

Di conseguenza, anche il rapporto con colui che è qualificato come “nemico” da Jakobs ha natura giuridica. Riportare al diritto il rapporto con il cd. “nemico” significa, quindi, riportare tale rapporto sotto una norma giuridica; come chiarito in precedenza⁶⁴, in un ordinamento democratico, la norma giuridica del rapporto dovrà essere legittimamente fondata per essere vigente; perciò, non ogni intervento sulla persona del “nemico” risulta legittimo, al di là di qualsiasi logica di *extrema ratio* sostenuta da Jakobs⁶⁵.

⁶² Da un lato, è opportuno specificare tale dato, considerata la propensione critica dell'Autore tedesco verso tale branca del sistema penale (cfr. *supra*, par. 1, nota 8); dall'altro, è contestabile la bontà di una simile distinzione. Infatti, non si può non condividere l'affermazione per cui il “diritto positivo [...] non fa che formalizzare scelte di politica del diritto, le opzioni fondamentali essendo quelle costituzionali. Quella distinzione serve, in realtà, ad occultare il dato per cui [...] dietro la descrizione ‘analitica’ del diritto vigente [...] si celano una precomprensione ermeneutica ed un orientamento politico-criminale, magari non esplicitamente sostenibili sul piano prescrittivo, in quanto contrari ai principi costituzionali di Stati di diritto come, ad esempio, Germania e Italia”: in questi termini A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 274. Cfr., più in generale, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistemica teleologica*, Napoli, 1992, 21 ss.

⁶³ E sarebbe poi da verificare *quali* situazioni giuridiche e *in che misura*; il che, però, non può che essere un profilo di *dover essere*, del tutto scollegato da una pretesa logica di effettività: stabilire un tipo di pena o un tipo di reazione dello Stato non può dirsi una descrizione di ciò che è. Effettivamente, può anche dirsi che concretamente una pena è un’“inflizione di dolore”; ma sarebbe scorretto ritenere che il momento controfattuale della reazione statale (qui intesa come *pena*) non sia determinato già *a priori* nella misura o nella specie: diversamente, dovrebbe ipotizzarsi la sanzione come una sorta di (concreta e) mera inflizione, una reazione effettiva naturale non (pre-)programmata.

Quasi paradossalmente, proprio in relazione al momento sanzionatorio, si delinea tale quadro: un'analisi effettiva, che cioè pretende di analizzare *ciò che è*, qui si fonda sulla necessità di una “verifica controfattuale”, al fine di affermare la giuridicità di un rapporto; eppure, la verifica controfattuale, chiave di volta dell'analisi, assorbe in sé momenti di “dover essere” puro, normativo e astratto, quanto alle fasi logiche del *concepimento* e dell'*individuazione* del momento controfattuale, cioè della sanzione. Dunque, *essere* e *dover essere* non possono mai essere scissi nel discorso sulla giuridicità, a dispetto delle pretese della teoria dell'effettività.

⁶⁴ V. *supra* nel presente paragrafo.

⁶⁵ Anche in questo caso, d'altronde, potrebbe evidenziarsi un limite della tesi di Jakobs. Se la relazione con il nemico non ha carattere giuridico e, dunque, non esiste un comando che regoli la reazione statale, ci si domanda perché la reazione al nemico dovrebbe sottostare a un limite di *extrema ratio* della misura. Le possibilità sono due: o si ipotizza un *comando naturale* di non eccedere (cosa assai discutibile), ovvero si ipotizza la presenza di un rapporto *para-giuridico* tra

Nel trattamento del “nemico” entrano così in gioco tutti quei diritti e garanzie da Stato sociale di diritto, costituzionalmente fondati, che garantiscono la persona. Nel nostro ordinamento costituzionale, possono ricordarsi i principi di legalità, determinatezza e tassatività (artt. 25 comma 2 e 13 Cost.), di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1 Cost.), di sussidiarietà (artt. 2, 3, 13, 25, comma 2 e 3 Cost.), di offensività (artt. 13, 25, comma 2 e 3, 27, comma 3 Cost.), di materialità (artt. 19 e 25, comma 2 Cost.) e ancora i generali principi di proporzione e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di tutela della dignità umana (artt. 2, 3, co. 1, 27, comma 1 e 3, 32, comma 2, 41, comma 2 Cost.). In ambito processuale, possono ricordarsi i principi di “naturalità” del giudice (art. 25, comma 1 Cost.), di presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2 Cost.), di inviolabilità dei diritti della difesa (art. 24 Cost.), di soggezione alla legge (art. 101, comma 2 Cost.), di obbligo della motivazione (art. 111 Cost.), di obligatorietà dell’azione penale (art. 112 Cost.)⁶⁶. Tuttavia, considerazioni ulteriori sul punto esulerebbero dallo spettro della presente indagine, limitata ai presupposti del diritto penale del nemico.

Quanto detto dovrebbe già costituire un’antitesi sufficiente alla visione di persona “giuridica” presa a riferimento da Jakobs⁶⁷. Ad ogni modo, il carattere autoritario e antidemocratico di tale concezione potrebbe essere rivelato anche da riflessioni eterogenee.

Innanzitutto ed *en passant*, sembra esistere un’asimmetria tra la definizione di persona “giuridica” proposta da Jakobs all’inizio delle sue tesi ed il concetto di persona “giuridica” poi concretamente assunto a riferimento. In principio, si dice che persona *giuridica* è portatrice di *diritti* e di *doveri*⁶⁸; nel seguito, persona *giuridica* sembra diventare portatrice soltanto di *doveri*. Infatti, solo in relazione all’inadempimento dei doveri verso lo Stato (in particolare, di quelli sanzionati mediante pena⁶⁹) scatta il momento della

cittadino e nemico, la cui regola (para-giuridica anch’essa) è la sussidiarietà della misura come *extrema ratio*; in quest’ultimo caso, a parità di condizioni, tra diritto (legittimato democraticamente) e para-diritto, sembra preferibile scegliere il primo. Si svela anche qui, inoltre, il carattere precettivo e non descrittivo delle tesi di Jakobs; ciò è stato efficacemente denunciato da Cavaliere, il quale scrive: «Quest’apparenza di descrittività è, innanzitutto, falsa: lo dimostrano, in primo luogo, le numerose asserzioni di Jakobs intorno a ciò che si “può”, si “deve”, è “legittimo”, e, in secondo luogo, la pretesa di distinguere, secondo un criterio razionale necessariamente esterno all’oggetto, un diritto penale del nemico “superfluo” da quello “necessario”, nonché quella di individuare errori o contaminazioni legislative rispetto a una dicotomia razionale cittadino/nemico»; cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 273.

⁶⁶ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 2000, 15.

⁶⁷ Sul carattere contrastante con la Costituzione delle teorie di Jakobs circa le persone *non-in diritto*, cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 275.

⁶⁸ Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 111 e 115.

⁶⁹ Jakobs parla generalmente di “pena” come momento controfattuale, con cui si afferma la vigenza di una norma (penale); cfr. ad es. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 113, 114, 116.

“verifica controfattuale”, necessario per accertare l’effettività (e dunque la giuridicità) della persona *giuridica*; d’altro canto, sarebbe difficile impostare logicamente una verifica controfattuale, che sia utile ad accertare l’esistenza in concreto, effettiva di un diritto in capo a un soggetto, qualora il soggetto titolare decida di non esercitare quel diritto. Ad esempio, si pensi al caso in cui un cittadino decida costantemente di non esercitare il proprio diritto di voto; tale mancato esercizio, in misura rilevante, non porta mai di per sé alla perdita effettiva della titolarità di tale diritto, nonostante non vi sia una verifica controfattuale che ne comprovi l’esistenza volta per volta⁷⁰.

Se persona giuridica è effettivamente solo chi è portatore di doveri, si comprende la rilevanza della *presunzione di fedeltà al diritto* quale condizione (e limite) del riconoscimento della personalità giuridica. Va pure osservato che la presunzione di fedeltà, per come impostata da Jakobs, ha una logica di fondo particolarmente censurabile. L’assunto centrale è quello secondo cui il fondamento della presunzione di fedeltà al diritto può essere prestato dagli stessi “cittadini”⁷¹ attraverso una “*collaborazione*”⁷². L’idea di fondo, allora, non sembra rispondere al principio “ciascuno è cittadino/persona-in-diritto fino a prova contraria (cioè fino a violazioni rilevanti)”, come si vorrebbe far credere configurando la presunzione di fedeltà quale *elementare debito portabile*, ma piuttosto “nessuno è cittadino/persona-in-diritto fino a prova contraria (cioè fino al momento di un’attiva collaborazione, che possa creare un’aspettativa futura)”⁷³.

In quest’ottica, non si tratterebbe neppure di un ideale, occasionale regresso da uno Stato costituito a uno Stato costituente, come sopra segnalato; di più: in questa prospettiva, lo Stato nascerebbe e sarebbe continuamente “sé-costituente”, selezionando chi potrebbe farvi parte e chi non potrebbe (più?) farvi parte⁷⁴. Si configura così un’autopoiesi non più limitata al dato della giuridicità della norma, ma addirittura legata alla selezione del corpo

Sul punto, cfr. le considerazioni svolte *infra*, par. 6, nota 77.

⁷⁰ Ciò risulta per un intrinseco limite logico della teoria dell’effettività, i cui riferimenti sono solo l’affermazione o la negazione di un dato concreto in base a un comando; esclusa la sussistenza di un comando, queste categorie mal si conciliano con un mero diritto, il quale implica l’essenziale *possibilità* (e non doverosità) di esercizio, altrimenti da diritto si trasformerebbe in dovere.

⁷¹ Come si è precisato *supra*, nota 57, sarebbe forse meglio intendere “individui” più che “cittadini”.

⁷² V. *supra*, par. 3.

⁷³ Svela nitidamente questa logica il seguente passo di Jakobs: «Dunque le cose non stanno nel senso come se la società non lasciasse *entrare* il nemico; è egli stesso che impedisce il suo *entrare*, dal momento che egli non presta il suo debito *portabile*, ossia non si cura di far sì che si possa presumere in lui un comportamento fedele all’ordinamento», cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 118.

⁷⁴ In termini analoghi, benché riferiti più specificamente all’area del diritto penale, si esprime Roxin: «[...] A ciò si aggiungerebbe l’enorme pericolo di abusi, perché chi sia nemico lo stabilirebbero i detentori del potere, così che le libertà civili sarebbero nella loro disponibilità, e dunque il diritto penale perderebbe la sua funzione di *magna charta* del reo». Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, IV ed., München, 2006, 56.

sociale. La fedeltà, dunque, si trasforma in adesione forzosa dell'individuo al principio (posto dal potere in quanto potere) a pena di non-inclusione. La sostanza ricorda il modello politico del Leviatano, benché forse il modello *jakobsiano* si dimostri addirittura più severo nelle modalità attuative.

Ancora una volta, dunque, tale modello appare autoritario nei suoi presupposti; sotto una maschera di descrizione del reale, sembra annidarsi un ideale ben definito di Stato e ordinamento, non coincidenti e non armonizzabili con ordinamenti *democratici* – così definibili, fino a che non sia data effettiva prova contraria – quali, per esempio, quello tedesco o italiano⁷⁵.

6. Le anomalie strutturali ravvisabili nei presupposti del diritto penale del nemico.

Fin qui si è tentato di entrare nella “fortezza teorica” costruita da Jakobs e di rivalutarne *dall'interno* gli elementi caratteristici; nulla impedirebbe, tuttavia, di fare un passo indietro per osservarne già *dall'esterno* alcune “anomalie strutturali”. Fuor di metafora, andrebbe posta attenzione sugli stessi concetti di effettività, orientamento e vigenza, dal cui intreccio nasce la suesposta e criticata teoria *jakobsiana*.

È in primo luogo da segnalare il problematico rapporto tra il concetto di *effettività* della norma e quello di *orientamento* dei consociati.

L'effettività risulta essere una misura tendenziale e relativa (e non precisa e assoluta), come dimostrano i molteplici riferimenti, nella tesi di Jakobs, ad un certo numero “rilevante” o “irrilevante” di affermazioni o violazioni di una norma.

D'altro canto, anche l'orientamento del consociato sembra essere una misura tendenziale e relativa; infatti, l'orientamento attiene a una fase psicologica precedente all'atto, in cui il soggetto (generalmente) pondera le conseguenze del suo agire. In questa fase, rientrano valutazioni eterogenee, tra cui

⁷⁵ La questione della compatibilità del diritto penale del nemico con il sistema democratico è stata posta in termini dubitativi da vari Autori. Possono ricordarsi, per la dottrina italiana: G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 197; A. GAMBERINI, *La categoria del diritto penale del nemico di fronte all'emergere di fenomeni di razzismo internazionale. Relazione introduttiva*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 33; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit., 477. Più decisi nell'escludere la possibilità di un diritto penale del nemico in democrazia sono A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 279; C. GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 60; G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 254; R. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e “diritto penale del nemico”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 299; L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, cit., 812.

può essere inclusa quella relativa al grado di effettività di una norma, la quale permette, impone o vieta una data condotta. Sarebbe tuttavia pretenzioso assumere che questa valutazione sia il principale motore delle azioni (lecite o meno) dell'individuo⁷⁶.

Stabilire, dunque, un collegamento metodologico tra effettività di una norma e orientamento di un consociato risulta già in astratto difficile: sarebbe necessario avere come riferimento o un concetto preciso di norma effettiva (il che non è dato), o un individuo che assuma decisioni come un automa (il che è irrealistico).

L'indeterminatezza della relazione tra effettività e orientamento si evidenzia maggiormente allorché si tenti di concretizzarla.

A proposito dell'effettività, sorgono molteplici interrogativi: cosa vuol dire "in misura rilevante"? Quante volte sono "poche volte"? Soprattutto, chi lo stabilisce? Ipotizzando pure che vi sia un soggetto *capace di* (ma soprattutto *legittimato a*) decidere la "misura rilevante", sulla base di quale parametro stabilirà questa misura? Concretamente, se il parametro utile a stabilire la misura dell'effettività è il grado di "orientamento" dei "consociati"⁷⁷, si naviga nella vaghezza. Per esempio, si dovrebbe conoscere quante violazioni altrui ciascun consociato può tollerare prima di "spazientirsi" e orientarsi diversamente rispetto a quella norma ripetutamente violata; si dovrebbe conoscere quanta forza di orientamento abbia ogni momento controfattuale, successivo al primo, al secondo o al terzo grado di violazione⁷⁸, per ciascun consociato; quindi, si dovrebbe ottenere una media della soglia di pazienza tra tutti i consociati per arrivare a stabilire quale sia la misura rilevante, oltre la quale una norma non sia più vigente. Sarebbe, insomma, un'operazione ai limiti del possibile⁷⁹. Considerazioni analoghe varrebbero per il concetto effettivo di persona giuridica secondo Jakobs.

⁷⁶ È questo un dato di cui dubita lo stesso Kelsen, per altro citato da Jakobs come riferimento per argomentare sul profilo della necessaria "effettività" dell'ordinamento giuridico (v. *supra* par. 2, nota 18). Scrive Kelsen: «è difficile giudicare se il comportamento umano conforme all'ordinamento giuridico sia realmente l'effetto della rappresentazione che suscita la minaccia dell'atto coattivo. In molti casi certamente sono motivi completamente diversi quelli che producono quella situazione a cui mira il diritto». Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 71, nonché 190.

⁷⁷ Non viene mai precisata, tra l'altro, la dimensione spaziale di riferimento: si tratta di tutti i consociati in uno Stato, in una Regione o in un Comune? Solo se si limita il discorso sulla giuridicità a precetti penalistici, la dimensione spaziale risulta implicitamente quella statale. Tuttavia, se è vero che Jakobs fa spesso riferimento alla pena come momento controfattuale (cfr. ad es. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 112 ss.), è pur vero che egli sembra ambire ad individuare le condizioni generali di giuridicità di una *norma* (cfr. *supra* nota 9), non meramente le condizioni di giuridicità di una *norma penale*, ammesso che sia possibile operare una simile distinzione.

⁷⁸ Cfr. *supra* par. 2.

⁷⁹ Sembra denunciare questo dato anche Cavaliere, allorché si domanda se le linee di politica criminale possano davvero essere rimesse a "indagini demoscopiche sulle ansie dei cittadini" (e non piuttosto ai principi costituzionali). Cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 289.

Quanto osservato si riverbera, poi, sul concetto di vigenza. A differenza dei due precedenti concetti – cioè l'orientamento dei consociati e l'effettività della norma – la vigenza sembra essere una misura *tranchante*: essa c'è o non c'è. Considerato il carattere *sfumato* delle prime due nozioni, risulta difficile ipotizzare una relazione univoca tra effettività, orientamento e vigenza; una soluzione potrebbe essere quella di aprire la strada ad un concetto intermedio di “quasi-vigenza”⁸⁰, ma è dubbio che una tale apertura possa offrire risposte chiare alla ricerca della giuridicità *effettiva*.

Insomma, Jakobs sembra basare tutta la sua tesi su di un concetto, l'effettività, a sua volta *non effettivo*: chiaro in astratto, estremamente difficile da cogliere in concreto⁸¹. Dunque, è forse vero quanto denuncia Jakobs a proposito del rischio di astrattezza legato alla politica del diritto⁸²; non è meno vero, però, che anche la filosofia del diritto, tanto autorevolmente posta alla base delle successive tesi di Jakobs, dimostra, in questo caso, una disarmante mancanza di concretezza.

7. Conclusioni.

In conclusione, occorre rilevare l'incongruenza dei presupposti filosofici del diritto penale del nemico. L'autorevolezza, con cui si rivendicava un fondamento reale a tale teoria, sembra essersi rivelata mal posta. Emerge, anzi, un disegno poco rassicurante di scardinamento del diritto per come oggi è conosciuto, perseguito ancorando la vigenza di una regola alla sua “fondabilità” e alla sua concreta effettività, nonché trasformando la personalità giuridica (almeno in ambito penale) in un premio di buona condotta. Il salto dal descrittivo al prescrittivo risulta evidente. Un ordinamento democratico non può rischiare di rinnegare se stesso davanti ad un presunto nemico: il rischio sarebbe la delegittimazione dello Stato e la sua stessa trasformazione in “nemico”.

È desiderabile un ordinamento *giuridico perché effettivo*, rispetto al fine dell'orientamento delle condotte dei consociati? È desiderabile stigmatiz-

⁸⁰ Come si è giunti a ipotizzare nel par. 4; cfr. *supra* par. 4, nota 46.

⁸¹ Di questo, del resto, sembra consapevole lo stesso Autore nel momento in cui afferma che *diritto penale del cittadino* e *diritto penale del nemico* sono due *idealtipi* – il che significa, *mutatis mutandis*, che il sistema descritto non offre una netta distinzione tra i precetti vigenti per il cittadino e quelli vigenti per il nemico; in ultimo, ciò implica un'effettività “sfumata”, che difficilmente può assurgere a reale parametro di orientamento dei consociati. Per il riferimento agli “idealtipi”, che concretamente si fondono nelle disposizioni penali, cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico* (traduzione di *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, 2003), in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 6 e 13-14; su un apparente ripensamento dell'Autore nel senso di una necessaria, netta distinzione anche in concreto tra diritto penale del nemico e del cittadino, cfr. G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti* (traduzione di *Terroristen als Personen im Recht?*, 2005), in KOSTORIS-ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, 16.

⁸² Cfr. *supra* par. 1 nota 8;

zare qualcuno come “nemico”? Infine, è desiderabile non avere dei riferimenti certi cui aggrappare il pesante attributo di nemico? Queste domande andrebbero poste a quella madre che oggi, nell’ordinamento dittatoriale nordcoreano, rischia concretamente l’internamento per aver salvato dall’incendio della propria casa il figlioletto piuttosto che il dipinto di Kim Jong-un (facendo venire meno la presunzione di fedeltà all’ordinamento?)⁸³. Laddove si esuli da un ordinamento democratico e da un sistema penale rivolto alla legittima tutela di beni giuridici, risultati simili rischiano di diventare frequenti.

Benché non esplicitamente rivolte verso i presupposti fondativi del diritto penale del nemico, risulta peraltro condivisibile il dissenso diffusamente manifestato dalla dottrina di fronte a tale teoria⁸⁴.

L’auspicio è che la consapevolezza di essere parte di uno Stato democratico non venga mai meno nel popolo sovrano, a cui spetta, nelle forme costituzionalmente regolate, il potere ultimo di decidere come affrontare problemi gravissimi dei nostri giorni, tra i quali il terrorismo e la delinquenza politica.

⁸³ Cfr. https://www.ilmattino.it/primopiano/esteri/salva_figli_incendio_rischia_prigione_dipinto_kim_jong_un-4976809.html?fbclid=IwAR3tpKFk0wNOGHtyM-kz8kdTCPm9LJ_HGc50PI7Nu2UTsTcFUU6P6D4mf_w.

⁸⁴ Cfr. *supra* par. 1, nota 2.

IL “DECRETO RILANCIO” E LA DEGRADAZIONE DELLA CONDOTTA DI OMESSO VERSAMENTO DELL’IMPOSTA DI SOGGIORNO DA PECULATO A ILLECITO AMMINISTRATIVO

Decreto legge 19 maggio 2020, n. 34

Marco Gambardella

1. Uno dei temi di dibattito, immediatamente seguiti all’entrata in vigore del *decreto rilancio* (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, in connessione all’emergenza epidemiologica da Covid-19) ha riguardato la modifica della disciplina relativa all’imposta di soggiorno per gli albergatori.

Sulla stampa si è parlato esplicitamente di “colpo di spugna per gli albergatori”. Ma soprattutto l’attenzione dell’opinione pubblica si è concentrata sulla eventuale natura di legge *ad personam* di questa parte del provvedimento normativo incentrata sulle misure per il turismo e la cultura (si veda, ad es., l’intervento di F. Compagna, *Davvero non se ne era accorto nessuno?*, *l’Occidentale*, del 23 maggio 2020).

Ci si è chiesti se l’art. 180 del decreto favorisca Cesare Palladino, suocero di fatto del premier Conte che ha patteggiato a luglio una pena di un anno due mesi e 17 giorni per peculato perché, in quanto *patron* dell’Hotel Plaza di Roma, tra il 2014 e il 2018 non aveva versato oltre 2 milioni di euro di tassa di soggiorno al Campidoglio (cfr. l’intervista rilasciata dal sottoscritto alla giornalista Maria Elena Vincenzi, su *La Repubblica on line* del 23 maggio 2020).

L’art. 180, ai commi 3 e 4 del *decreto rilancio*, stabilisce che all’omesso, parziale o ritardato versamento dell’imposta di soggiorno da parte degli albergatori si applichi la sanzione amministrativa. La disposizione introduce così un illecito amministrativo per il fatto del gestore della struttura ricettiva che si appropri indebitamente dell’imposta di soggiorno (o almeno di una parte).

Nel recente passato si rinvennero alcune pronunce della Corte di Cassazione, le quali hanno asserito che tale fatto integri invece il reato di cui all’art. 314 c.p. Ebbene, l’albergatore quale incaricato di pubblico servizio, che ha ricevuto denaro per conto della pubblica amministrazione (la somma a titolo di tassa di soggiorno), pone in essere l’appropriazione sanzionata dal delitto di peculato nel momento stesso in cui egli

ne ometta o ritardi il versamento, cominciando in tal modo a comportarsi *uti dominus* nei confronti del bene del quale ha il possesso per ragioni d'ufficio.

Si è statuito, infatti, che realizza il delitto di peculato la condotta posta in essere dal gestore di una struttura ricettiva che si appropri delle somme riscosse a titolo di imposta di soggiorno omettendo di riversarle al Comune, in quanto lo svolgimento dell'attività ausiliaria di responsabile del versamento, strumentale all'esecuzione dell'obbligazione tributaria intercorrente tra l'ente impositore e il cliente della struttura, determina l'attribuzione della qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al privato cui è demandata la materiale riscossione dell'imposta (Cass., sez. VI, 26 marzo 2019, n. 27707, in *C.E.D. Cass.*, n. 276220-01).

Ad avviso, poi, della Suprema Corte riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio il gestore di struttura ricettiva residenziale che, anche in assenza di un preventivo specifico incarico da parte della pubblica amministrazione, procede alla riscossione dell'imposta di soggiorno per conto dell'ente comunale, trattandosi di agente contabile, e non di un sostituto di imposta, che svolge un'attività ausiliaria nei confronti dell'ente impositore ed oggettivamente strumentale all'esecuzione dell'obbligazione tributaria (Cass., sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058, *ivi*, n. 273446-01).

Dal momento dell'incasso dell'imposta di soggiorno il gestore alberghiero è qualificabile come agente contabile nei confronti del Comune. La connotazione pubblicistica di tale attività emerge, invero, per il suo diretto collegamento al preminente interesse generale alla corretta riscossione delle entrate tributarie dell'ente locale, che ne è titolare in virtù del potere impositivo a lui riconosciuto dalla legge. In caso di impresa alberghiera esercitata in forma collettiva, la qualità di agente contabile è attribuita al legale rappresentante dell'ente societario (Cass., sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058, *cit.*).

In pratica, il gestore della struttura alberghiera deve provvedere all'incasso della tassa di soggiorno, accantonandola; e poi successivamente deve trasmetterla al Comune. Il gestore non assume così la veste di sostituto di imposta, bensì è unicamente il responsabile del versamento, un agente contabile che maneggia denaro pubblico ed è tenuto a riversarlo nelle casse dell'ente pubblico (cfr. Cass., sez. VI, 26 marzo 2019, n. 27707, *cit.*).

In particolare, quanto alla differenza tra sostituto d'imposta e incaricato o responsabile della riscossione del tributo, quest'ultimo svolge un'attività ausiliaria nei confronti dell'ente impositore ed oggettivamente strumentale rispetto all'esecuzione dell'obbligazione tributaria, la quale, per l'appunto, comporta l'incasso delle somme spontaneamente versate dal soggetto passivo e il conseguente obbligo di riversarle all'ente impositore di competenza. Mentre, il sostituto d'imposta risponde in proprio del versamento del tributo, anche nell'eventualità in cui il soggetto passivo (l'ospite) si rifiuti di pagare o comunque non versi l'imposta. La qualifica assunta dai gestori delle strutture ricettive esula pertanto dall'ambito della responsabilità d'imposta, sicché il gestore è un terzo rispetto all'obbligazione tributaria ed il suo coinvolgimento avviene ad altro titolo, ossia quale destinatario di obblighi formali e strumentali all'esazione del tributo comunale (Cass., sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058, *cit.*).

2. L'art. 180 del *decreto rilancio* sulla tassa di soggiorno - a prescindere dalla qualifica dell'albergatore come agente riscossore oppure sostituto d'imposta - sembra decisamente comportare una depenalizzazione, in quanto viene in considerazione il fenomeno della degradazione di un illecito penale in un illecito amministrativo.

L'illecito amministrativo previsto ai commi 3 e 4 dell'art. 180 cit. presenta, invero, una classe di fattispecie "speciale" rispetto alla figura "generale" dell'illecito penale di peculato.

E dunque ai sensi dell'art. 9 della legge 689/1981, se il decreto verrà convertito in legge, si applicherà solo l'illecito amministrativo perché speciale.

In realtà, finora il mancato versamento della tassa di soggiorno da parte degli albergatori veniva punita sia amministrativamente (attraverso l'uso di violazioni poste nei regolamenti comunali) sia penalmente, giacché non si riteneva sussistere una relazione di specialità fra i due illeciti.

Orbene, già in precedenza si era posta in giurisprudenza la questione del possibile concorso apparente fra il reato di peculato (o appropriazione indebita) e l'illecito amministrativo previsto nel regolamento comunale per l'omesso versamento all'amministrazione comunale delle somme ricevute dagli operatori commerciali che esercitano attività alberghiera e ricettiva.

La Cassazione ha in tal caso escluso l'operatività del principio di specialità sulla scorta della considerazione che le figure di reato del peculato e appropriazione indebita si impernano su una fattispecie eterogenea rispetto all'illecito amministrativo. Ritenendo la violazione amministrativa prevista nel regolamento comunale non norma speciale - ai sensi dell'art. 9 l. n. 689/1981 - bensì norma residuale da considerarsi recessiva in presenza di una "diversa disposizione di legge" (art. 7-*bis* d.lgs. n. 267/2000, sui poteri sanzionatori riconosciuti agli enti locali) (cfr. Cass., sez. II, 28 maggio 2019, n. 29632).

Per come è stata configurato nel *decreto rilancio*, l'illecito amministrativo costituisce una figura speciale rispetto al peculato (ovvero all'appropriazione indebita), ne ritaglia infatti una sottofattispecie. In assenza della norma speciale (l'illecito amministrativo), tutti i relativi casi verrebbero disciplinati dalla norma generale (il peculato), perché già li ricomprende (espressamente o tacitamente) (nella manualistica per tutti G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 559 ss.).

Inoltre, dal confronto strutturale tra le fattispecie astratte, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse, emerge una piena omogeneità dei requisiti che le caratterizzano (cfr. Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235/2011, in *C.E.D. Cass.*, n. 248864).

La specialità è un concetto di relazione tra due norme: la norma generale e quella speciale; isolatamente considerata nessuna norma può dirsi speciale (cfr. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1999, p. 53 ss.) Una antinomia che viene risolta nel nostro ordinamento all'art. 15 c.p. e all'art. 9 l. n. 689/1981, con l'applicazione della sola *lex specialis*.

Le due figure di illecito (art. 314 c.p./art. 180 d.l. n. 34 del 2020) coesistono ora nell'ordinamento in rapporto di specialità sincronico, una sincronia che è "sopravvenuta" per effetto della novità del *decreto rilancio* del maggio 2020. In questo contesto, la norma speciale non toglie vigore alla norma generale, ma ne circoscrive solo l'ambito di efficacia e di applicabilità.

3. Ma quali sono le conseguenze della depenalizzazione?

Si tratta in realtà di una ipotesi peculiare di *abolitio criminis* (ossia di abrogazione di una norma incriminatrice), disciplinata pur sempre dall'art. 2, comma 2, c.p. La particolarità consiste nell'abrogazione del reato e nella contestuale introduzione al suo posto di un'ipotesi di violazione amministrativa (cfr. M. Gambardella voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Giuffrè, 2014, p. 658 ss.).

La trasformazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da reato in violazione amministrativa fa cessare tutti i procedimenti penali in corso. Con l'archiviazione, ai sensi dell'art. 411 c.p.p., se sono ancora in fase di indagine, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato; o con una sentenza di proscioglimento, ex art. 129 c.p.p., perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, in ogni stato o grado del processo (anche nel giudizio di cassazione).

L'aspetto più importante è che le condanne definitive verranno revocate dal giudice dell'esecuzione, su richiesta dell'imputato o anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 673 c.p.p. Il giudice deve inoltre rimuovere gli effetti giuridici comunque pregiudizievoli che scaturiscono dalla pronuncia di condanna passata in giudicato: come ad es. eliminare le iscrizioni nel casellario giudiziale (la sentenza di condanna non potrà essere più considerata “un precedente” nemmeno per una successiva sospensione condizionale della pena) o far cessare le pene accessorie.

Oltre alla sentenza, in alcune ipotesi potrà essere revocata anche la confisca, e questo vale pure in caso di patteggiamento. Quando, per esempio, si tratterà di una ipotesi in cui bisogna riconoscere alla confisca natura di “pena” e non già di misura di sicurezza patrimoniale, come per i casi di cosiddetta confisca per equivalente.

Come è noto, attualmente è molto difficile prevedere deroghe all'operatività della disciplina dell'*abolitio criminis*, rispetto alle condotte poste in essere prima della degradazione dell'illecito penale in violazione amministrativa, che superino il vaglio di costituzionalità. Dal 2009 con la sentenza Scoppola c. Italia della Corte Edu (Grande Camera), il principio di retroattività della legge penale più favorevole (*lex mitior*) è diventato infatti un diritto fondamentale dell'uomo (art. 7 Cedu) (cfr. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 47 ss.). Il che vuole dire che l'*abolitio criminis* – e la depenalizzazione che ne è una ipotesi peculiare, connotata dalla contestuale introduzione di un illecito amministrativo – opera, senza (quasi) possibilità di deroga, per tutti i fatti del passato. Le sentenze di condanna definitive, pronunciate sulla base del reato abolito (o depenalizzato), devono essere revocate dal giudice dell'esecuzione. In pratica il passato viene coperto dall'oblio, e il legislatore non può evitare tale esito prevedendo una apposita disciplina che imponga una eccezione al principio della retroazione della *lex mitior*.

Il decreto legge n. 34/2020 non ha inserito nessuna disposizione transitoria, cioè l'illecito amministrativo varrà solo per i fatti futuri: in relazione alle condotte realizzate dopo l'entrata in vigore del decreto legge. E per il passato non potrà essere più contestato il peccato. Questo per la presenza del principio di legalità dell'illecito amministrativo (art. 1 l. n. 689/1981), nonché per lo statuto ormai assunto a livello convenzionale dalle misure pur non formalmente “penali” ma nella sostanza afflittive/punitive: per le quali valgono tutte le garanzie della “materia penale” (compresa ovviamente il divieto di retroattività).

In pratica - in assenza di specifiche norme transitorie che impongano la rimessione degli atti all'autorità competente per infliggere la sanzione amministrativa - i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legge (e non giudicati in via definitiva) non riceveranno nessuna sanzione: né quella penale, né quella amministrativa.

Per evitare tale esito, si può mutuare, ad esempio, quanto previsto dall'ultimo importante provvedimento di depenalizzazione: il d.lgs. n. 8 del 2016. Esplicitamente l'art. 8 del d.lgs. cit. dispone l'applicabilità delle sanzioni amministrative alle violazioni anteriormente commesse, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza irrevocabile.

A meno che non si sostenga che nell'avvicendamento tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo nella disciplina del fatto dell'albergatore che non versa l'imposta di soggiorno operi il disposto dell'art. 2, comma 4, c.p. Nel senso che siamo al cospetto di una ipotesi di c.d. successione modificativa di disciplina. Ma la regola del comma 4 dell'art. 2 c.p. sembrerebbe invero prendere in considerazione esclusivamente avvicendamenti tra leggi penali in senso stretto (Cass., sez. un., 16 marzo 1994, Mazza; Cass., sez. un., 29 marzo 2012, n. 25457, Campagna Rudie).

A prescindere della ragione per cui non è stata inserita una disposizione transitoria: errore, svista, manina, sembrerebbe opportuno modificare il decreto legge in sede di conversione. Dovrebbe essere inserita una disposizione transitoria, per eliminare qualsiasi dubbio in relazione all'operatività della sanzione amministrativa nei riguardi dei fatti commessi prima della vigenza dell'art. 180 *decreto rilancio*.

Il legislatore in sede di conversione potrebbe chiaramente anche optare per una scelta più radicale, sopprimendo l'art. 180, commi 3 e 4, del *decreto rilancio*. In tal caso, gli effetti favorevoli opereranno unicamente per i cosiddetti "fatti concomitanti", ossia per le condotte tenute durante la vigenza del decreto legge (favorevole) che poi è stato convertito con emendamenti i quali hanno implicato la mancata conversione *in parte qua*. Per i c.d. "fatti pregressi" troverà applicazione la legge in vigore al momento del fatto, ossia il delitto di peculato (cfr. Corte cost., n. 51 del 1985).

4. L'interrogativo finale a cui non ci si può sottrarre, nonostante la sua insidiosità, è quello se sia "giusto" depenalizzare la fattispecie del peculato dell'albergatore. Riformulando il quesito con il lessico e le categorie del penalista: se sotto il profilo politico criminale il ricorso allo strumento penale appaia qui ingiustificato, perché la protezione del bene sia ottenibile tramite altre misure sanzionatorie di natura extrapenale; inoltre se sia carente, nel caso di specie, la necessaria proporzione fra la gravità della violazione e l'afflittività della sanzione penale.

E la risposta a questa domanda non può dipendere dalla circostanza che la depenalizzazione avvantaggi o meno il sig. Cesare Palladino, suocero di fatto del premier Conte. Certamente, dalla degradazione in illecito amministrativo della condotta rilevante come peculato scaturiscono effetti di favore per il sig. Palladino: gli sarà revocata la sentenza di patteggiamento con tutti i suoi effetti penali. La condanna verrà soprattutto eliminata dal casellario giudiziale. D'altronde, questo vale per tutti.

Eppure, dal punto di vista politico criminale, era molto forte la qualificazione di peculato rispetto a tali fatti. Credo che prevedere un illecito amministrativo per questi comportamenti sia ragionevole e proporzionato al disvalore della condotta. Il peculato è un'appropriazione indebita di soldi altrui da parte di un agente pubblico che li

detiene. Ed è sicuramente ardito sostenere che l'albergatore sia un agente pubblico, perfino nell'immaginario collettivo.

Qualcuno ha proposto una lettura secondo cui – a seguito del *decreto rilancio* – i proprietari di strutture ricettive diventerebbero dei sostituti di imposta, quindi passibili di una violazione tributaria. In realtà non pare qui decisiva la scelta nell'alternativa sostituto d'imposta/agente contabile (incaricato di un pubblico servizio). Pur dovendosi rilevare come l'art. 180 cit. definisca il gestore della struttura ricettiva quale “responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno”.

A mio avviso è chiaro che il decreto legge ha voluto prevedere un illecito amministrativo (“norma-speciale”) per evitare l'applicazione del reato di peculato o dell'appropriazione indebita (“norma-generale”), determinando un'*abolitio criminis*. Poi, certo, la giurisprudenza può provare a disinnescare questo esito abrogativo; addirittura si potrebbe decidere di applicare entrambi con un'interpretazione rigorosissima. Evenienza che, per esempio, si è verificata nel campo dei reati di abuso di mercato, con il sistema del c.d. “doppio binario” (cfr. di recente N. Madia, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Wolters Kluwer Cedam, 2020). Ma non sembra questa la volontà del legislatore.

La *ratio* della nuova disposizione è sicuramente quella di aiutare gli albergatori in difficoltà per il Covid19. Va tenuta tuttavia separata la prima parte dell'art. 180 del *decreto rilancio* dalla restante porzione della disposizione. Negli iniziali due commi dell'art. 180 s'istituisce presso il Ministero dell'interno un Fondo (100 milioni di euro) per il ristoro parziale dei Comuni a fronte delle minori entrate derivanti della mancata riscossione dell'imposta di soggiorno.

I commi 3 e 4 dell'art. 180 ritagliano invece una sottofattispecie dal delitto di peculato (o dell'appropriazione indebita), configurando un nuovo illecito amministrativo. Quest'ultimo, sul piano “sincronico”, in quanto norma speciale, prevale sulla norma speciale incriminatrice derogandola. Sul piano “diacronico”, l'illecito amministrativo determina poi una *abolitio criminis*, trasformando la sottofattispecie da illecito penale in violazione amministrativa.

Se un comportamento viene sanzionato in modo più blando, l'effetto dal punto di vista della prevenzione generale sarà quello di invogliare l'albergatore a trattenere l'imposta di soggiorno. Costoro sapranno di non rischiare più il carcere, il processo, il sequestro, la confisca. È chiaramente un trattamento di favore che rassicura l'albergatore che non ha lavorato per mesi. Ma questa è una ragione “politica”. Dal punto di vista “politico criminale” la sanzione penale appare sproporzionata rispetto al disvalore e alla gravità della condotta: il peculato ha una pena che arriva fino a 10 anni e 6 mesi di reclusione. E forse in questo caso sono un po' troppi per un albergatore che non versa l'imposta di soggiorno.

NODI DA SCIogliere IN MATERIA DI SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE PREVISTA DALLA LEGISLAZIONE ANTI COVID-19

Trib. Siena, ordinanze 21 maggio 2020 e Trib. Spoleto, ordinanza 21 maggio 2020

Nicola Madia

1. La disciplina progressivamente introdotta al fine di regolare il funzionamento dei procedimenti penali durante l'emergenza Covid 19 contempla, altresì, ipotesi di sospensione del corso della prescrizione, assimilabili, quanto ad effetti, a quelle enucleate nell'art. 159 c.p. In ragione dell'intervento di tali "nuove" cause sospensive, dunque, i termini necessari all'estinzione dei reati, oggetto dei procedimenti interessati dalle disposizioni che si sono avvicendate nella contingenza, sono tutti andati incontro a un incremento corrispondente alla durata del congelamento del decorso del tempo ivi sancita.

In questo quadro, emergono alcuni nodi problematici da sciogliere.

In primo luogo, bisogna accertare la compatibilità costituzionale, in particolare col principio di irretroattività di una norma di sfavore, enucleato nell'art. 25, co. 2, Cost., dell'applicazione dei novelli termini di prescrizione in ordine a fatti commessi prima dell'introduzione delle modifiche legislative.

Al riguardo, occorre subito segnalare come, con due distinte ordinanze del 21 maggio 2020 di contenuto analogo (già pubblicate su questa *Rivista*, 26 maggio 2020), il Tribunale di Siena (seguito, peraltro, a breve distanza, dal Tribunale di Spoleto¹), in composizione monocratica, in persona del medesimo Giudice (Dr. Simone

¹ Anche il Tribunale Umbro ha sollevato q.l.c. dello stesso disposto con due diverse ordinanze

Spina), abbia sollevato, con argomenti sui quali torneremo *infra* (cfr. § 2), **q.i.c. della disposizione sospettata di confliggere con la guarentigia costituzionale, ovvero l'art. 83, quarto comma, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.**

Nei casi sottoposti al sindacato del Giudicante si è infatti integrato anche l'altro requisito di ammissibilità delle questioni.

La rilevanza delle questioni si apprezza osservando invero che, quando il Giudice *a quo* si è pronunciato, nell'ambito di un giudizio (quello contrassegno dal n. 704/ 2019 R.G. Dibattimento), uno solo degli illeciti edilizi oggetto delle imputazioni risultava già estinto per intervenuta prescrizione, se il termine massimo non fosse slittato in avanti per effetto della causa sospensiva oggi prevista dall'art. 83, co. 4, d.l. 18/2020, conv. dalla l. n. 27 del 2020; nell'ambito dell'altro giudizio (contrassegnato dal n. 1034/ 2018 R.G. Dibattimento), il decorso del tempo sufficiente per il maturare della prescrizione aveva riguardato addirittura entrambe le imputazioni.

La seconda questione oggetto delle presenti note afferisce, in particolare, la dilatazione delle tempistiche di perenzione dei reati connesse al rinvio di procedimenti in fase dibattimentale, al cui interno erano state fissate udienze poi ricadute nel periodo di stallo dell'attività giudiziaria. In siffatto contesto, occorre operare dei distinguo da cui discende l'esistenza di un doppio regime di sospensione della prescrizione in materia.

Poiché, infine, la durata delle misure introdotte per fare fronte all'emergenza, con i connessi "effetti collaterali" *in malam partem*, è stata progressivamente spostata in là nel tempo, occorre accertare i riverberi di tale tecnica legislativa sul versante della successione di leggi penali.

L'*excursus* della decretazione d'urgenza è iniziato il 9 marzo 2020 (data in cui sono entrate in funzione le prescrizioni formulate nel d.l. 8 marzo 2020, n. 11), per proseguire il 17 marzo 2020 (data in cui ha acquistata efficacia il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. " Cura Italia", convertito, senza modifiche nelle parti oggetto di queste note, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), per andare ancora avanti il 9 aprile 2020 (data di entrata in vigore dell'ultimo decreto in materia, il d.l. 8 aprile 2020, n. 23), concludendosi il primo maggio 2020 (con l'entrata in vigore del d.l. 30 aprile 2020, n. 28).

2. Come ha rilevato anche il Tribunale di Siena in veste di Giudice *a quo*, la Corte costituzionale è ormai consolidata nel sostenere la natura sostanziale della prescrizione. In particolare, con la sentenza n. 393 del 2006², e poi, più di recente, non mutando linea esegetica, mediante le due pronunce che hanno scandito la c.d. "saga Taricco" - ord. n. 24 del 2017 e sent. n. 115 del 2018³ -, la Consulta ha escluso la matrice processuale dell'istituto, ascrivendolo, senza distinzioni di sorta, alla nozione di *matière pénale*.

del medesimo Giudice monocratico, di contenuto identico, pronunciate lo stesso giorno, Trib. Spoleto, 27 maggio 2020, Giud. Luca Cercola, la prima avente ad oggetto la contravvenzione di cui all'art. 658 c.p. (Procurato allarme all'Autorità), la seconda il delitto di cui all'art. 341-bis c.p. (Oltraggio a pubblico ufficiale). Le ordinanze sono consultabili in *Giurisprudenzapenale web*, 7 maggio 2020.

² Corte cost., sent. 29 novembre 2006, n. 393.

³ Corte cost., ord. 6 febbraio 2017, n. 17; Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115.

Non è stata riscontrata alcuna differenza tra il corredo genetico delle regole deputate a calibrare i termini ordinari di prescrizioni – racchiuse nell'art. 157 c.p. – e quelle preposte all'individuazione delle cause interruttive e sospensive – di cui agli artt. 159 c.p. e 160 c.p. –, ancorché l'attenuazione o la neutralizzazione degli effetti del trascorrere del tempo sulla vita del reato dipendano inesorabilmente da accadimenti processuali.

La matrice processuale delle situazioni a cui si lega il dilatarsi dei termini di prescrizione non ha condotto ad assegnare una natura composita all'istituto, foriera di distinzioni tra le sfere di appartenenza – sostanziale o processuale – dei disposti che ne compongono la disciplina. Come ha opportunamente segnalato il Giudice senese, gli arresti in cui si è articolato l'"*affaire Taricco*" rappresentano un indice sintomatico decisivo di questa tendenza, poiché, nonostante si siano occupati proprio dei meccanismi interruttivi della prescrizione, non hanno posto in discussione la natura unitaria dell'istituto, non discernendo al suo interno aspetti sostanziali da profili processuali, suscettibili, in quanto tali, di seguire la regola del *tempus regit actum* in vece del dogma dell'irretroattività della legge penale di sfavore.

Rebus sic stantibus, la Consulta ha due alternative per dirimere la questione: i) mediante una sentenza interpretativa di rigetto, può reputare la *sfavorevole* disciplina dell'emergenza epidemiologica in tema di sospensione della prescrizione idonea a produrre i suoi effetti *soltanto* in relazione a fatti realizzati *dopo* il suo avvento; ii) con una sentenza di accoglimento della q.l.c., può espungere la stessa dal sistema in quanto affetta da incostituzionalità manifesta, perlomeno nella parte in cui investe *anche* condotte ad essa antecedenti.

La prima soluzione appare scarsamente praticabile in quanto, da un lato, sovvertirebbe la *ratio* istitutiva della legge, ispirata all'esigenza di evitare che la forzata paralisi della giustizia non si rifletta troppo sull'incedere della prescrizione; dall'altro, urterebbe contro la lettera della legge, poiché, come ha osservato anche il Giudice *a quo*, nel momento in cui si dispone la stasi dei termini di singoli segmenti in cui il procedimento si scinde, evidentemente si presuppone la ricorrenza di un'ipotesi di reato rispetto alla quale *si è già mossa la macchina giudiziaria*⁴. Peraltro, se la logica dell'"eccezione" dovesse reputarsi applicabile unicamente *pro futuro*, non si comprenderebbe a quali casi se ne estenderebbe l'efficacia, in modo particolare per quanto concerne la disciplina del rinvio delle udienze che, all'evidenza, sottintende un fatto astrattamente riconducibile ad una fattispecie incriminatrice *già* commesso, in relazione al quale è stata *già* esercitata l'azione penale.

Non si può neppure pensare che la novella sia stata allestita per la persecuzione di quei *nuovi* reati suscettibili di innescare procedimenti "contratti e a tappe forzate", come il rito per direttissima, destinati a sfociare in un immediato esito processuale da procrastinare in avanti. Infatti, i procedimenti di convalida dell'arresto – fase preliminare dei giudizi per direttissima – sono tra quelli che rappresentano un'eccezione

⁴ Al riguardo, G. CASTIGLIA, *Udienze e termini penali in regime di pandemia di Covid-19*, in *Sistemapenale*, 5, 2020, 338, ha notato come sia ovvio che, prevedendo l'art. 83 d.l. 17/2020 la sospensione della prescrizione a partire dal 9 marzo 2020, questo articolo detti una regola destinata a operare anche per reati commessi prima della sua entrata in vigore.

dell'eccezione, non essendo per essi operativo il regime di sospensione dei termini processuali, in ossequio all'art. 83, comma 3, lett. b), d.l. n. 18/2020.

Essendo, dunque, preclusi itinerari ermeneutici capaci di circoscrivere l'efficacia della legge solo ai fatti posteriori alla sua emanazione, sembra difficile sottrarre la normativa ad un giudizio di incostituzionalità per contrasto coll'art. 25, comma 2, Cost.

Non è il pacifico carattere eccezionale e temporaneo della disciplina dell'emergenza a poterne salvaguardare la permanenza nel sistema⁵: i) in quanto il comma 5 dell'art. 2 c.p. consente alle leggi temporanee ed eccezionali di derogare ai canoni della successione di norme penali del tempo, ad eccezione del principio di irretroattività *in malam partem*; ii) e questo è coerente con il rango primario del principio di legalità e dei suoi corollari, tra cui quello dell'irretroattività, i quali fanno parte – come ribadito dalla Consulta anche per sbarrare l'ingresso nel sistema alla “regola Taricco” – del catalogo dei precetti fondamentali, come tali invalicabili e insuscettibili di rientrare in operazioni di bilanciamento finalizzate a mitigarne o ad annullarne la portata in nome di interessi contrapposti⁶.

Non appare neanche sostenibile – come messo in luce dal Tribunale di Siena – affermare che l'art. 159, comma 1, c.p. – laddove dispone: “*Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge*” –, contemplerebbe una sorta di rinvio mobile, mediante il quale il legislatore avrebbe deciso di attribuire preventivo rilievo a qualunque causa sospensiva della prescrizione introdotta in futuro⁷. Tale risultato interpretativo provocherebbe un surretto aggiramento del principio di irretroattività *in peius*, non garantendo, dunque, alle disposizioni sopravvenute, una patente di immunità da censure di incostituzionalità, se concepite per colpire anche fatti commessi in epoca precedente⁸.

Neppure da quella giurisprudenza che si è confrontata con atti legislativi che hanno sospeso eccezionalmente i termini di prescrizione in aree colpite da eventi sismici, è consentito cogliere spunti per affrontare la questione. In quei casi, infatti, la Suprema corte non si è proprio soffermata sul problema inerente la legittimità dell'applicazione retroattiva di quelle discipline, assumendo questo dato come un presupposto scontato e implicito delle sue decisioni⁹.

Per schivare la scure dell'incostituzionalità, autorevole dottrina ha proposto di: “*rivalutare la correttezza della soluzione che inquadra la prescrizione del reato quale*

⁵ Sul carattere eccezionale e temporaneo della normativa, F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid-19*, in *Giurisprudenzapenale Web*, 18 aprile 2020, 27.

⁶ In questi stessi termini si è già espresso, O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *Arch. pen. web*, 1, 2020, 6 ss.

⁷ Questa soluzione, con estremo scetticismo, è stata prospettata e poi scartata da F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini*, cit., 29. Questa stessa possibilità è stata anche segnalata, senza prendere posizione, in modo neutrale, da G.L. GATTA, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4, d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 maggio 2020.

⁸ È giunto a questa conclusione anche, F. Malagnino, *Sospensione dei termini*, cit., 29.

⁹ Tra le altre, Cass., VI, 13 ottobre 2014, n. 42557; Cass., Sez. VI, 24 aprile 2018, n. 18066.

istituto soggetto al principio di irretroattività”, valorizzando le componenti processuali insite al suo interno e distinguendo i casi in cui l’estinzione dell’illecito sia già maturata, da quelli in cui non si sia ancora prodotta, al momento dell’introduzione della nuova causa sospensiva¹⁰.

In particolare, secondo questo indirizzo, se – come nella fattispecie concreto poste a base delle ordinanze del Giudice *a quo* – il termine estintivo del reato non è ancora scaduto quando la prescrizione viene allungata, la nuova legge non renderebbe punibile un fatto non punibile, di talché la *ratio* istitutiva della garanzia prevista dall’art. 25, comma 2, Cost. non sarebbe vulnerata, non configurandosi un abuso del potere punitivo dello Stato e un attacco alle esigenze di prevedibilità delle conseguenze della violazione della legge penale¹¹.

In simile ottica, nulla impedirebbe allo Stato di “concedersi” più tempo, se fondate ragioni di emergenza (da valutarsi secondo il parametro della ragionevolezza ai sensi dell’art. 3 Cost.) lo suggeriscono.

Pur essendo innegabile, come rammenta il fautore di questa soluzione, nell’intento di eludere il rischio che la forzata inattività giudiziaria si ripercuota sull’interesse dello Stato e delle vittime all’accertamento dei fatti, che l’applicazione *tout court* alla prescrizione del canone della irretroattività risulti non unanime nella letteratura penalistica, trattandosi di istituto in cui si confondono una dimensione sostanziale (collegata allo scemare delle finalità general- special preventive connesse alla pretesa punitiva, che il senso di oblio del reato, dovuto al trascorrere del tempo, comporta) e una processuale (collegata ai riverberi degli accadimenti processuali sulle tempistiche occorrenti all’estinzione dell’illecito)¹², tale approccio non sembra allo stato adottabile, attese le – sopra indicate – plurime e ormai consolidate prese di posizione della Consulta circa l’operatività, senza alcun distinguo, dell’intero coacervo dei corollari del principio di legalità in simile ambito.

In quest’ottica, anche al fine di scongiurare che “(...) *il costo temporale dell’incapacità dello Stato di svolgere regolarmente i processi nel periodo dell’emergenza*”¹³ si scarichi sull’imputato, risolvendosi in un pericoloso precedente idoneo a fornire la giustificazione per la rimozione di un istituto (in realtà sostanzialmente già avvenuta con l’“abolizione” della prescrizione dopo il primo grado di giudizio ad opera della l. n. 3/2019) che serve, invece, proprio ad evitare che le croniche inefficienze dell’apparato giudiziario si riversino perniciosamente sui soggetti coinvolti nel processo, appare difficile e per niente auspicabile un *revirement* da parte della Corte costituzionale, basato su un ripensamento della natura *esclusivamente* sostanziale della prescrizione¹⁴.

Invero, diversamente da quanto adombrato dall’orientamento di pensiero favorevole al “salvataggio” dell’odierna causa sospensiva, l’approdo esegetico che ha de-

¹⁰ G.L. GATTA, “Lockdown” della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in www.sistemapenale.it, 4 maggio 2020, 11.

¹¹ G.L. GATTA, “Lockdown” della giustizia, cit., 14.

¹² Sul punto, anche per i necessari riferimenti bibliografici, G.L. GATTA, “Lockdown” della giustizia, cit., 11.

¹³ Sono parole di O. MAZZA, *Sospensioni di primavera*, cit., 8.

¹⁴ Analoghe perplessità le hanno espresse, A. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Che la pandemia non diventi l’occasione per accelerare le soluzioni sulla prescrizione e sulle sue ragioni costituzionali*, in www.sistemapenale.it, 24 maggio 2020.

finito il “caso Taricco”, lungi dall’atteggiarsi ad una sorta di espediente per uscire da quell’*impasse*, come tale accantonabile alla bisogna, è frutto di una argomentata e convinta presa di posizione, allineata ad una stratificata tradizione giuridica, alimentata, come sottolineato dalla migliore dottrina, da contributi di studiosi altrettanto autorevoli di quelli citati per supportare l’orientamento contrapposto, che nel nostro paese tende ad attribuire essenza sostanziale alla prescrizione¹⁵.

Infatti, se, come ha ribadito anche di recente lo stesso Giudice delle leggi (come diremo *infra* § 4), il principio di irretroattività *in malam partem* persegue la finalità di assicurare al consociato la previa conoscenza di tutte le conseguenze delle sue condotte, allora sembra non contestabile che l’incremento “in corsa” dei termini di prescrizione, provocando una dilatazione delle tempistiche al cui interno è possibile esercitare la pretesa punitiva, esponga l’agente a un peggioramento non pronosticabile della disciplina esistente quando si è risolto a commettere il fatto, compromettendosi il senso di affidamento sull’assetto ordinamentale in base al quale ha effettuato le sue scelte.

Un conto, invero, è sapere che lo Stato è tenuto a punire in via definitiva una condotta in un determinato lasso di tempo, altro conto è sapere che tale accertamento deve avvenire in un diverso e più lungo arco temporale, con l’effetto che la creazione, *post patratum crimen*, di un ulteriore fattore “procedimentale” idoneo all’espansione dei tempi di prescrizione, è arduo sostenere che non infranga il presidio predisposto nell’art. 25, comma 2, Cost.

D’altronde, lo stallo della macchina giudiziaria provocato da un evento pandemico (come da qualsiasi altra calamità), allontanando l’accertamento del fatto dalla sua consumazione, accentua quel senso dell’oblio che costituisce la ragione di fondo, al cui interno si condensano tutte le altre, della prescrizione, non traducendosi, dunque, in una valida giustificazione per la sua sospensione.

Se è così, non sembra neppure percorribile da parte della Consulta, onde cimentarsi in un’operazione di “salvataggio” della norma, senza però smentire se stessa circa la natura sostanziale dell’istituto, l’impervio sentiero mirante a dimostrare la posizione paritetica, sul piano delle gerarchie costituzionali, tra il canone dell’irretroattività della legge penale e il bene salute, che l’art. 32 Cost. definisce alla stregua di “*fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività*” e che, in sintonia con tale assunto contenuto nella Carta, la Consulta reputa “*inviolabile*”, ancorché suscettibile di ragionevoli bilanciamenti con altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in un contesto di interazione e integrazione reciproca tra prerogative di base, che eviti la prevalenza assoluta di una sulle altre di rango analogo¹⁶.

E tale sentiero non è percorribile neanche osservando: i) che la disposizione in materia di sospensione della prescrizione, essendo anch’essa funzionale a fronteggiare l’emergenza sanitaria in atto, concorre a concretizzare il diritto alla salute, re-

¹⁵ Così, nell’ambito di una pacata ma argomentata critica alla tesi favorevole a rivedere la natura giuridica dell’istituto così come enucleata dalla Consulta nel “caso Taricco”, G. FLORA, “Covid regit actum”. *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali*, in *questa Rivista*, 12 maggio 2020. Critiche altrettanto eleganti le ha sviluppate, F.R. DINACCI, *Psoriasi interpretative: la legge nel tempo in tema di prescrizione e termini di custodia nell’emergenza Covid. Alla ricerca di una “legalità” perduta*, in *Arch. pen. web*, 2, 2020, 5 ss.

¹⁶ Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., sent. 23 marzo 2018, n. 58.

alizzando, quindi, un bilanciamento ragionevole in quanto, da un lato, confacente a conciliare interessi di pari grado, dall'altro, proporzionato allo scopo e all'esigenza di evitare un'eccessiva compressione della *ratio* istitutiva del principio di irretroattività; ii) che, infatti, la disposizione censurata è volta a impedire l'acuirsi delle conseguenze di una già gravissima emergenza sanitaria *in fieri*, emergendo, dunque, la sua necessità e adeguatezza rispetto allo scopo di assicurare la salute individuale e collettiva. Non si tratta, insomma, di norme dirette a disinnescare gli effetti di una crisi *passata*, rispetto alla quale – nell'immaginato e non condiviso (come diremo subito) percorso ermeneutico finalizzato a mantenere la norma nel sistema – si potrebbe discutere della necessità e adeguatezza di una deroga ad altri valori primari; iii) che tale disposizione, nella misura in cui sospende il corso della prescrizione per un periodo molto limitato di tempo, strettamente correlato alla durata pronosticata dello stato di allarme, risulta viepiù proporzionata e non eccessiva rispetto al suo scopo; iv) che, muovendosi nel solco delle tesi riduzionistiche formulate negli anni '90 nella scuola di Francoforte, dove si erano individuate aree del diritto penale non appartenenti al *Kernstrafrecht*, la prescrizione sarebbe un istituto periferico dello *ius criminale*, rispetto al quale le garanzie possono essere modulate e attenuate onde fare spazio ad altri interessi primari.

Tale assetto argomentativo, come accennato, non sarebbe persuasivo in quanto: i) il principio di irretroattività, come emerge in modo netto dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale – (cfr. anche § 4) –, assume la veste di diritto “tiranno” nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, nel senso che non tollera alcuna deroga idonea a minare la libertà di scelta dei consociati e ad aprire la strada ad arbitri legislativi; ii) nulla conforterebbe l'assunto secondo cui la prescrizione sarebbe un istituto periferico del diritto penale. Anzi, la Consulta, per esempio con la sentenza n. 393 del 2006, non ha operato alcun distinguo “gerarchico” tra disposizioni concernenti in senso stretto la misura della pena e disposizioni che riguardano ulteriori e diversi profili, inerendo anch'esse al complessivo trattamento riservato al reo. Si cita espressamente, a tale proposito, proprio la prescrizione (§ 4 del *Considerato in diritto*); iii) al di là di questa presa di posizione della Corte costituzionale, sarebbe comunque arduo definire la prescrizione un istituto periferico del diritto penale, giacché essa è il crocevia di una serie di diritti e valori fondamentali, da quello di difesa a quello a una ragionevole durata del processo, passando per la funzione general/special preventiva della pena; iv) la logica dell'emergenza non può legittimare la lesione di garanzie fondamentali, pena – come già accennato – l'apertura di varchi a strumentali provvedimenti “liberticidi” protetti dall'alibi di “contingenze specifiche”¹⁷.

Si deve, infine, segnalare – come già notato in dottrina¹⁸ – che analoghi sospetti di incostituzionalità riguardano la previsione inserita nella seconda parte del comma 3-*bis* dell'art. 83 del d.l. 18/2020, introdotta dalla legge di conversione n. 27/2020. Secondo tale disposto, “*nei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020* il

¹⁷ Nello stesso senso, A. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Che la pandemia*, cit.

¹⁸ C. CASTIGLIA, *Udienze e termini processuali penali in regime di pandemia da Covid 19*, in *Sistemapenale*, 5, 2020, 338.

decorso del termine di prescrizione è sospeso sino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020".

Siamo al cospetto di una disposizione che deroga a quanto previsto dal co. 4 dello stesso art. 83 del d.l. 18/2020, stabilendo che la sospensione della prescrizione operi, per i procedimenti ivi indicati, sino alla data fissata per la trattazione del ricorso in Cassazione, con il limite massimo, comunque, del 31 dicembre 2020.

Di nuovo, come rilevato in dottrina, la norma, riguardando i procedimenti già pendenti dinanzi alla Corte di cassazione nonché quelli che perverranno alla cancelleria della stessa Corte sino al 31 luglio 2020, è chiaramente destinata ad applicarsi anche ai reati commessi prima della sua entrata in vigore (30 aprile 2020), con ciò provocando i noti dubbi di legittimità costituzionale¹⁹.

3. Fingendo adesso che la disciplina possa avere legittimo e regolare ingresso nel sistema, merita di essere affrontata una problematica interpretativa di rilevante impatto pratico – visto il modo in cui ci si sta orientando nella pratica quotidiana, come si dirà – riguardante la sospensione della prescrizione correlata al rinvio delle udienze.

Il legislatore, con il Decreto c.d. "Cura Italia", ha suddiviso il periodo di riferimento in due fasi.

Una prima fase (art. 83, commi 1 e 2, d.l. n. 18/2020, conv., senza modifiche *in parte qua*, dalla l.n. 27/2020), dal 9 marzo al 15 aprile 2020 – termine poi spostato all'11 maggio ex art. 36, comma 1, d.l. n. 23/2020, provocando un ulteriore nodo problematico di cui si occuperà *infra* (§ 4) –, in cui l'attività giudiziaria, tranne tassative eccezioni, risulta sospesa *tout court*: in questo ambito ricadono quelli che chiameremo processi di c.d. "prima fascia", dove le udienze subiscono un rinvio *ex officio*. Una seconda fase (art. 83, comma 6, d.l. n. 18/2020, conv., senza modifiche *in parte qua*, dalla l.n. 27/2020), dal 16 aprile – termine poi protratto al 12 maggio dall'art. 36, comma 1, d.l. n. 23/2020 – al 30 giugno 2020, in cui l'attività giudiziaria – come sta faticosamente avvenendo – può lentamente ripartire, a condizione che i capi degli uffici giudiziari predispongano una serie di presidi di sicurezza confacenti al contrasto dell'emergenza epidemiologica: in questo ambito ricadono quelli che chiameremo processi di c.d. "seconda fascia", in cui il rinvio delle udienze diviene una scelta, da adottare ove giudicata funzionale al controllo della diffusione del *virus*.

Per quanto concerne i procedimenti di c.d. "prima fascia", l'art. 83, commi 1 e 2, d.l. n. 18/2020, stabilisce che, dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, le udienze sono rinviate – per l'appunto – d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020 e che, per lo stesso arco temporale, è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto del procedimento. In altri termini, come è stato annotato anche dal Giudice *a quo* nelle due ordinanze commentate, il comma 2 ricomprende il comma 1, disponendo la sospensione dei termini, non solo per i giudizi oggetto di rinvio ai sensi del comma 1, ma per tutti i procedimenti²⁰. Il comma 4 dell'art. 83 stabilisce che, nei procedimenti

¹⁹ C. CASTIGLIA, *Udienze e termini*, cit., 338.

²⁰ In questi termini, G. PICARO, *Il virus nel processo penale. Tutela della salute, garanzie processuali ed efficienza dell'attività giudiziaria nei d.l. n. 18 e n. 23 del 2020*, in www.sistemapenale.it, 17 aprile 2020.

in cui opera la sospensione generalizzata dei termini ai sensi del comma 2, è altresì sospesa, per lo stesso periodo, la prescrizione.

Occupandosi, in particolare, del rinvio delle udienze – poiché, come accennato e come si metterà subito in luce, è questo il profilo oggetto di libere interpretazioni *in malam partem* nell'agone giudiziario –, il dato testuale appare inconfutabile nel prevedere che la sospensione della prescrizione, per quei processi fissati nel lasso cronologico 9 marzo-15 aprile, non possa oltrepassare questa barriera temporale. Infatti, dal combinato disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 83, discende che le udienze collocate tra il 9 marzo e il 15 aprile sono tutte rinviate a data successiva al 15 aprile e che l'incedere della prescrizione resta bloccato *soltanto* sino a quel giorno, insieme a tutti i termini procedurali²¹.

La perdurante verità di questo assunto risulta suffragata, ex adverso, dalla differente disciplina approntata per i processi di c.d. “seconda fascia”, da trattare alla ripresa “controllata” dell'attività, in ossequio alle prescrizioni impartite dai capi degli uffici giudiziari (periodo 16 aprile, poi 12 maggio, 30 giugno). Il comma 9 dell'art. 83, allorché prevede, invero, che il cammino della prescrizione rimane “sospes[o] per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del comma 7, lettera g) e, in ogni caso, non oltre il 30 giugno” stabilisce in via espressa che tale misura **afferisce unicamente i processi ritardati “facoltativamente”, in adempimento delle direttive imposte dai capi degli uffici. Infatti, il comma 7 dell'art. 83, alla lett. g), tra le precauzioni che i dirigenti *possono* adottare per assicurare la ripresa “in sicurezza”, individua la possibilità di rinviare le: “*udienze a data successiva al 30 giugno nei procedimenti civili e penali (...)*”. In breve, la legge prescrive incontestabilmente che **solo per i rinvii effettuati dopo il 15 aprile, in base alle indicazioni degli apicali**, il flusso della prescrizione si arresti per l'intero periodo, con l'unico limite del 30 giugno.**

Nella prassi applicativa, in cui chi scrive si è imbattute nello svolgimento dell'attività professionale, si osserva invece la consolidata tendenza degli organi giudicanti a sospendere *sempre* la prescrizione oltre la data del 15 aprile, sino al 30 giugno (se la prosecuzione dell'istruttoria dibattimentale è differita ad una data successiva), senza distinguere tra processi di “prima” e “seconda” fascia.

Non si sa se questa fosse la *mens legislatoris*, ma è fuori discussione che, se lo era, la stessa non si è tradotta nella *mens legis*, non essendosi trasfusa nel dettato normativo.

E allora, poiché *in claris non fit interpretatio*, **la disciplina sulla sospensione della prescrizione non può essere manipolata *contra reo*,** se è vero come è vero che l'attività ermeneutica, in omaggio al principio di legalità e al suo corollario della tassatività, non può condurre a colmare lacune o rimediare a carenze della tecnica di redazione normativa, sorvolando sul contenuto delle espressioni usate dal legislatore.

Concludendo sul punto, **per i dibattimenti di “prima fascia” – 9 marzo/ 15 aprile –, la prescrizione può subire un blocco non oltre la fine di tale fase, al di là se la data di rinvio del processo cada in un frangente successivo;** per i dibattimenti di “seconda fascia” – 16 aprile, poi 12 maggio/30 giugno –, la prescrizione resta ferma sino alla data della nuova udienza, con il limite invalicabile del 30 giugno.

²¹ Analogamente, G. PICARO, *Il virus*, cit.

A tale ultimo proposito, si deve sottolineare **un altro possibile profilo di incostituzionalità della legge**.

Infatti, per i giudizi di “seconda fascia”, la legge affida una “delega in bianco” ai capi degli uffici per l’individuazione dei criteri in base ai quali decidere se trattare o meno i processi; **valutazione a cui si lega, come visto, anche la selezione dei processi rispetto ai quali opera la sospensione della prescrizione sino al 30 giugno**.

Per tale via, al di là delle forme, **di fatto non è più la legge a enucleare le fattispecie idonee a determinare la sospensione della prescrizione nella fase di ripresa dell’attività giudiziaria (dal 12 maggio)**, essendo rimessa tale decisione alla totale discrezionalità dei capi degli uffici e dei giudici chiamati a implementare le direttive dei superiori.

Siffatto *modus procedendi* appare distonico con il principio di legalità e, in particolare, con i suoi **corollari della riserva di legge e della precisione**, giacché, come ha affermato la Corte costituzionale già nella primo arresto della “saga Taricco”: **“Nell’ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall’art. 25, secondo comma, Cost., come questa Corte ha ripetutamente riconosciuto (da ultimo sentenza n. 143 del 2014). È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto”** (ord. 24/2017, § 4 del *Considerato in fatto e in diritto*).

Hanno poi aggiunto i Giudici, **sempre riferendosi anche al regime della prescrizione**, che 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”** (§ 5 del *Considerato in fatto e in diritto*).

Con più specifico riferimento alla possibile violazione della riserva di legge, ancora nel § 5 del *Considerato in fatto e in diritto*, la Corte costituzionale ha osservato: **“(…) è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della riserva di legge, sia sul grado di determinatezza (...), con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell’applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l’art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale”**.

Parole chiare e nette, che dimostrano come, nel caso di specie, l’art. 83, comma 9, d.l. 18/2020 confligga coll’art. 25 Cost., anche nella misura in cui affida al potere dei capi degli uffici e, di conserva, dei giudici, le scelte relative ai processi da rinviare; meccanismo a cui si lega la sospensione della prescrizione e che **finisce, dunque, per rimettere alla discrezionalità giudiziaria la determinazione dei tempi necessari per l’estinzione dei reati**.

4. Altri dilemmi da sciogliere – sempre immaginando inesistenti i profili di incostituzionalità della normativa evidenziati – si legano **alle ricadute sulla disciplina della**

successione di leggi penali del tempo dipendenti dalla vorticosa introduzione di nuove disposizioni che hanno gradualmente modificato l'assetto della sospensione della prescrizione.

Il corpo normativo che, per primo, ha regolato la materia è stato il d.l. n. 11/ 2020. Per tutti i procedimenti di c.d. “prima fascia”, all’art. 1, comma 1, si prevedeva il rinvio d’ufficio delle udienze a data successiva al 22 marzo 2020. Per quanto riguarda la prescrizione, il co. 3 dell’art. 1 rimandava al comma 4 dell’art. 2 del medesimo articolo che ne stabiliva la sospensione per tutto il tempo del rinvio, ma, in ogni caso, non oltre il 31 maggio. L’art. 2 enucleava la disciplina per i processi di c.d. “seconda fascia” (quelli da celebrare secondo le prescrizioni presidenziali nel periodo 23 marzo-31 maggio). Anche per questi procedimenti, il comma 4 dell’art. 2 sanciva la sospensione della prescrizione per l’intera durata del rinvio, sempre non oltre il 31 maggio.

Dopo, **il Governo ha promulgato il d.l. n. 18/2020, c.d. “Cura Italia”, che, come accennato, ha (non si sa quanto consapevolmente) innestato significative modifiche in *mitius* per i dibattimenti di c.d. “prima fascia”.**

Le novità di favore atengono, come notato, alla diversificazione del regime sospensivo della prescrizione tra processi di “prima” e “seconda” fascia. Sino alla sua promulgazione, per tutti i giudizi, senza distinzioni di sorta, la prescrizione rimaneva paralizzata per il tempo del rinvio, ancorché non oltre il 31 maggio; dopo la sua emanazione, per i processi di “prima fascia” (9 marzo-15 aprile) la prescrizione, come sopra osservato, è diventata non più bloccabile oltre il limite che ha segnato l’avvio della ripresa graduale dell’attività in ottemperanza alle direttive dei capi degli uffici (15 aprile).

Il d.l. n. 11/2020 non è stato convertito in legge, perdendo efficacia *ex tunc*, di talché il primo quesito che adesso ci poniamo ha perso di significato pratico, tuttavia, per amore di completezza, conviene comunque affrontarlo. Nella vigenza del d.l. 11/ 2020, ci si chiedeva, invece, **se i giudizi – tutti di “prima fascia” – rinviati nell’arco temporale compreso tra il 9 marzo (data in cui hanno acquisito forza le misure innestate dal d.l. n. 11/2020) e il 16 marzo (il 17 marzo è entrato in vigore, secondo il suo art. 127, il d.l. n. 18/2020 che, inoltre, all’art. 83, comma 22, ha espressamente abrogato la disciplina previgente), dovessero sottostare alla normativa in voga in quel momento oppure potessero beneficiare della più favorevole previsione subentrata²².**

La disciplina successiva (d.l. n. 18/2020) risultava, come detto, maggiormente conveniente in relazione ai processi di “prima fascia”, frapponendo un argine al corso della prescrizione, anziché per tutto il tempo del rinvio (con il limite del 30 giugno), non oltre il 15 aprile, mentre, in base al d.l. n. 11/ 2020, come più volte sottolineato, la data limite era stata fissata al 31 maggio.

Ebbene, **l’operatività della novella anche al passato è suffragata dalla lettera dell’art. 83, commi 1 e 2, d.l. n. 18/2020**, che stabilisce l’esplicita retrocessione dei suoi effetti al 9 marzo²³. D’altronde, a prescindere da tale espressa dichiarazione d’intenti, che elimina in radice qualsiasi incertezza, comunque, nel caso di specie, i risvolti

²² Così, F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini*, cit., 26.

²³ La forza precettiva di questa sospensione postuma rispetto alle udienze celebrate dal 9 al 16 marzo è stata messa in dubbio da O. MAZZA, *Sospensioni di primavera*, cit., 2.

favorevoli della normativa di nuovo conio avrebbero potuto acquisire efficacia retroattiva. Si sarebbe trattato, infatti, **ove il d.l. 11/2020 fosse stato convertito in legge**, di successione di disposizioni eccezionali e temporanee convergenti sulla medesima situazione necessitante, con la conseguenza che, essendo accomunate da analoga logica emergenziale e finalità uniformi, si sarebbe dissolta la ragione fondante la deroga, enucleata nel c. 5 dell'art. 2 c.p., alle dinamiche generali della successione di leggi penali nel tempo²⁴.

Invero, di recente, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 63 del 2019²⁵, ha ribadito che, sebbene la garanzia della retroattività della *lex mitior*, al contrario del principio di irretroattività, sia soggetta a **limitazioni sorrette da valide giustificazione sul piano del contemperante tra interessi di pari rango**, laddove tali ragioni di deroga non ricorrano, come nel caso di specie, allora recupera slancio il diritto dell'agente ad essere giudicato e in caso punito: *“in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione”* (§ 6. 1 del *Considerato in diritto*).

Sulla scorta di tale ragionamento, **ai processi celebrati e differiti dal 9 marzo al 16 marzo, anche in caso di conversione del d.l. 11/2020, si sarebbe comunque dovuto estendere il d.l. n. 18/2020, con conseguente sospensione della prescrizione solo fino al 15 aprile.**

Vi è, infine, un'ulteriore questione “spigolosa” legata al continuo avanzamento (da ultimo ad opera del d.l. n. 23/2020) dei termini di ripresa dell'attività giudiziaria e allo speculare ampliamento del periodo di sospensione della prescrizione, correlato alla pressoché totale paralisi della giustizia.

Il d.l. n. 18/ 2020 ha previsto il blocco completo dell'attività giudiziaria sino al 15 aprile. Il comma 4 dell'art. 83, come già detto, ha parallelamente introdotto la sospensione dei termini di prescrizione, sino al 15 aprile, per i processi ricadenti in questo arco temporale.

Il d.l. n. 23/2020, con l'art. 36, comma 1, ha provocato lo slittamento di tale termine all'11 maggio.

Nonostante la l. n. 27/2020, di conversione del d.l. n. 18/2020, sia entrata in vigore il 30 aprile 2020, ovvero dopo l'emanazione del d.l. 23/2020, bisogna comunque riportare la sospensione della prescrizione al nuovo termine dell'11 maggio.

Infatti, il d.l. 18/2020, *in parte qua*, è stato convertito senza modificazioni, con la conseguenza, imposta, se non sbagliamo, dalle regole generali in tema di rapporti intertemporali tra atti normativi in questi casi (art. 15, comma 5, l. n. 400 del 1988 che prevede: *“Le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente”*), che le disposizioni in materia di sospensione dei termini di prescrizione, introdotte dall'Esecutivo e ratificate dal Parlamento, dispiegano i loro effetti sin dal giorno di entrata in vigore del provvedimento d'urgenza e la legge di conversione non dà vita ad una relazione

²⁴ F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini*, cit., 27. In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 1° luglio 2008, n. 26316.

²⁵ Corte cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63.

di successione di leggi nel tempo, non presentando un contenuto normativo autonomo²⁶.

Se è così, solo tra i due dd.ll. nn. 18 e 23 del 2020 si potrà configurare un avvicendamento normativo.

Ci si domanda, dunque, **se la sospensione della prescrizione, nel contesto di processi di c.d. “prima fascia”, trattati e differiti prima del 9 aprile (data di entrata in vigore del d.l. n. 23/2020), debba essere regolata in ottemperanza alle disposizioni contenute nel d.l. n. 18/2020 (che limitava gli effetti dello stallo sulla prescrizione alla data del 15 aprile) o in ossequio alle più svantaggiose previsioni innestate dal d.l. n. 23/2020 (che ha procrastinato quella scadenza all’11 maggio).**

Non pare che in questo caso sia invocabile il principio d’irretroattività in *malam partem*, non *bypassabile* neppure in periodi emergenziali. Infatti, questa guarentigia si fonda su una *ratio* diversa da quella su cui risiede la regola della retroattività della *lex mitior*. Mentre quest’ultima, in un’ottica riconducibile in senso lato alla tutela della ragionevolezza – uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., mira ad assicurare un trattamento penale omogeneo ai cittadini, corrispondente a quello più vantaggioso connesso all’applicazione di una nuova legge²⁷, **il divieto di retroattività in *peius***, come ribadito di recente dalla Consulta ancora nella sentenza n. 63 del 2019 (nello specifico nel § 6. 1 del *Considerato in diritto*), **costituisce un valore assoluto, refrattario ad eccezioni**, volto a preservare la libertà di autodeterminazione del soggetto, il quale, a tal fine, deve necessariamente essere preventivamente edotto e reso certo delle conseguenze del suo agire.

Il rinvio di un’udienza, ovvero un mero adempimento processuale, non è, evidentemente, un *quid* assimilabile ad una condotta umana che deve potersi realizzare con piena cognizione di causa. Di talché, nulla impedisce, questa volta, di applicare a tutti i giudizi di c.d. “prima fascia” rinviati prima del 9 aprile, il più lungo periodo di sospensione della prescrizione previsto dal d.l. 23/2020. Infatti, se il legislatore, nel medesimo contesto di emergenza, ha inteso, con una norma sopravvenuta, regolare in via retroattiva la contingenza straordinaria, dilatando il termine di totale paralisi dell’attività giudiziaria e, con esso, quello di sospensione della prescrizione, deve prevalere, in assenza di diritti primari idonei a fungere da “contro-limiti”, la legge successiva, evidentemente reputata più consona alle mutate circostanze della situazione di eccezionalità²⁸. Se è così, non paiono residuare dubbi circa il fatto che, **in ordine ai dibattimenti rimandati in data anteriore al 9 aprile, la prescrizione, lungi dal rima-**

²⁶ Si è pronunciato nei medesimi termini, O. MAZZA, *Postilla di diritto intertemporale*, in *Arch. pen. web*, 2, 2020, 1 ss. Ha invece ipotizzato, attraverso un sottile ragionamento, che la legge di conversione del d.l. 18/2020, ovvero la l. n. 27/2020, entrasse lei in successione con il d.l. 23/2020, A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza: leggi confuse e illiberali*, ivi, 2, 2020, 1 ss. La conseguenza di tale premessa è che, a partire dal 30 aprile 2020, la scadenza del termine di sospensione della prescrizione per le attività processuali risulterebbe retroattivamente fissata al 15 aprile 2020.

²⁷ In materia, M. GAMBARELLA, *Voce Legge penale*, cit., 652.

²⁸ F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini*, cit., 27. Ma già, autorevolmente, in questi termini, R. PANNA, *Manuale di diritto penale*, Pt. gen., Roma, 1942, 108.

nere ibernata sino al 15 aprile, in linea con la disciplina vigente al momento del rinvio, **si debba fermare sino all'11 maggio**, come disposto coll'avvento del d.l. n. 23/2020²⁹.

Ovviamente, la questione appena analizzata, perderà di interesse ove il d.l. 23/2020 non venisse convertito in legge, perdendo di efficacia *ex tunc*.

D'altra parte, ove il d.l. 23/2020 non venisse tradotto in legge, il limite del 15 aprile di sospensione della prescrizione per i processi di "prima fascia", rimarrebbe intatto anche a seguito dell'emanazione del d.l. 28/2020.

Invero, l'art. 3 di tale articolato ha totalmente trascurato la disciplina (art. 83, commi 1, 2 e 4, d.l. 18/2020) relativa al periodo di pressoché assoluta paralisi giudiziaria (9 marzo/15 aprile), per concentrarsi unicamente, al comma 1 lett. c), sul periodo di ripresa graduale dell'attività (art. 83, comma 6, d.l. 18/2020), che viene spostato – come già stabiliva l'art. 36, comma 1, seconda parte, d.l. 23/2020 – al 12 maggio.

Insomma, in caso di mancata conversione del d.l. 23/2020 e ove il legislatore non corresse ai ripari, emendando la chiara svista normativa inficiante il provvedimento d'urgenza di "ultimo conio", il sistema non sarebbe coordinato e si creerebbe al suo interno una sorta di "zona franca", sguarnita di disciplina dell'emergenza, che potrebbe offrire il pretesto per libere interpretazioni in sede applicativa.

Infatti, le due normative in successione sarebbero soltanto il d.l. 18/2020, convertito nella l. n. 27/2020, e il d.l. 28/2020: in virtù del primo addentellato, il periodo di totale fermo dell'attività giudiziaria e di automatica sospensione della prescrizione andrebbe dal 9 marzo al 15 aprile; tra il 15 aprile e l'11 maggio si verrebbe a insinuare un vuoto regolamentare; solo dal 12 maggio, sulla scorta delle modifiche apportate dall'art. 3, comma 1, lett. b), al comma 6 dell'art. 83 d.l. 18/2020, si ritroverebbe una disciplina afferente la "fase due" dell'emergenza.

²⁹ Analogamente, O. MAZZA, *Sospensioni di primavera*, cit., 3.

Emergenza sanitaria e sistema carcerario italiano

Maria Vittoria Ambrosone

SOMMARIO: **1.** Il sovraffollamento carcerario: problemi vecchi e nuovi. - **2.** Il d.l. 30 aprile 2020 n. 28. - **3.** Il decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29. - **4.** Conclusioni.

1. Il sovraffollamento carcerario: problemi vecchi e nuovi.

L'emergenza sanitaria legata alla pandemia da COVID-19 ha generato conseguenze anche in relazione agli istituti penitenziari, innestandosi in un contesto geneticamente non privo di complessità. In Italia infatti, negli ultimi decenni, l'annosa questione del sovraffollamento carcerario ha riproposto brutalmente le sue criticità, ed è divenuta ancora più pressante: la tendenza all'aumento della popolazione carceraria, già presente nel secolo precedente, continua a destare preoccupazione fra politici, magistrati e tecnici. Stando agli ultimi dati del Ministero della Giustizia, aggiornati al 31 marzo 2020, la popolazione detenuta ammonta a 57.846 individui, a fronte dei 50.754 posti di capienza regolamentare.

Tale alto tasso di densità carceraria causa innumerevoli problemi: all'afflittività connaturata alla condizione di reclusione si sommano i disagi provocati dalla ristrettezza degli spazi, dalla inadeguatezza dei servizi e dalle carenze igienico-sanitarie. Inoltre, si assiste a un aumento della conflittualità tra i detenuti, una maggiore difficoltà di svolgere qualsivoglia attività giornaliera e una diffusa inadeguatezza numerica del personale di polizia penitenziaria.

La difficoltà dello Stato italiano nel fronteggiare il problema del sovraffollamento delle carceri è stata posta al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo in più occasioni, ma, nel 2013, con la sentenza pilota cd. Torreggiani, la Corte EDU ha accertato

la violazione da parte dell'Italia dell'articolo 3 della Convenzione europea, ritenendo che possa definirsi come "trattamento inumano e degradante" quello riservato ai detenuti nelle carceri italiane. La Corte EDU ha dapprima constatato che il sovraffollamento carcerario in Italia ha carattere strutturale e sistemico; ha poi sottolineato la necessità di ridurre il numero di persone ristrette, in particolare attraverso una più diffusa applicazione di misure alternative alla detenzione e una applicazione residuale della misura della custodia cautelare in carcere, affinché lo Stato si confermi garante dei diritti fondamentali del condannato¹.

Al momento dell'insorgenza della pandemia da Covid-19, dunque, nelle carceri si è dovuto fronteggiare il rischio di una sua diffusione, alimentato dall'endemico sovraffollamento. Fin dai primi giorni di marzo, negli istituti penitenziari sono scoppiate sommosse e proteste, in alcuni casi particolarmente violente. La paura del contagio, favorito da scarsa igiene e spazi ristretti, nonché il malcontento per le misure adottate dal Dipartimento per l'amministrazione penitenziaria ai fini del contenimento del virus - la sospensione dei colloqui fisici con i familiari, dei permessi premio e del regime di semilibertà - hanno creato tensioni poi sfociate nelle proteste. A fronte di tale emergenza sanitaria la Magistratura di sorveglianza ha proceduto all'attuazione di una serie di misure di contenimento e prevenzione contro il rischio di diffusione del virus, valutando anche l'opportunità di concedere il differimento della pena e la detenzione domiciliare per motivi di salute a detenuti con patologie importanti, le cui condizioni avrebbero potuto aggravarsi a causa dell'elevatissima probabilità di contagio.

Tali interventi, in particolar modo quelli riguardanti alcuni detenuti per reati di mafia, in regime di 41-bis, hanno suscitato un'accesa polemica. Il dibattito attorno al tema delle "scarcerazioni eccellenti" è divenuto oggetto di strumentalizzazione politica e mediatica.

2. Il d.l. 30 aprile 2020 n. 28.

In un siffatto contesto si è inserito l'intervento legislativo urgente di cui al d.l. 30 aprile 2020 n. 28, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 111 del 30 aprile 2020, ed entrato in vigore il 1° maggio 2020, che ha introdotto nuove disposizioni in materia di intercettazioni, ordinamento penitenziario e gestione delle attività giurisdizionali nella fase dell'emergenza, nonché in materia di c.d. *contact tracing*.

Per quel che qui interessa, il decreto-legge ha integrato la disciplina relativa al procedimento per la concessione dei permessi a condannati, internati e imputati di cui all'art. 30-bis o.p. e per l'applicazione e proroga della detenzione domiciliare c.d. umanitaria o surrogatoria di cui all'art. 47-ter comma 1-ter o.p. la cui applicazione è ancorata alla sussistenza dei medesimi presupposti che giustificano il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.

L'art. 2 del suddetto decreto stabilisce invero che, nel caso di detenuti per uno dei delitti di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p. (mafia, terrorismo, traffico di sostanze stupefacenti e altri gravi reati di criminalità organizzata) o sottoposti al re-

¹ In *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*.

gime di sorveglianza speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p., il Magistrato di Sorveglianza o il Tribunale di Sorveglianza, prima di pronunciarsi sulla concessione di tali benefici, ha il dovere di richiedere il parere – non vincolante, per interpretazione unanime – del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit., anche quello del Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo. Questi ultimi dovranno esprimersi, in particolare, in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e, dunque, alla permanenza della pericolosità sociale in capo al detenuto richiedente.

Quanto ai termini entro i quali la Procura debba pronunciarsi, nel caso dei permessi di necessità la legge stabilisce unicamente che la misura non possa essere concessa dal Magistrato di Sorveglianza prima di ventiquattro ore dalla richiesta, “salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza”. Così disponendo, il legislatore lascia intendere che, una volta trascorse le ventiquattro ore, il Magistrato possa **comunque** provvedere anche senza il parere della Procura [, *dunque senza il requisito dell'urgenza*].

Neppure nell'ipotesi di detenzione domiciliare cd. umanitaria o surrogatoria è previsto un termine entro il quale la procura debba pronunciarsi, tuttavia si stabilisce che la decisione non possa essere assunta prima di due giorni se il destinatario è autore di uno dei reati di cui all'art. 51 c.p.p. e prima di quindici giorni, nel caso di detenuti sottoposti al regime di sorveglianza speciale del 41-*bis*. Anche in quest'ultimo caso, la formulazione della norma sembrerebbe ipotizzare la possibilità di provvedere anche prima dei tempi indicati in caso di “motivata eccezionale urgenza”.

Due sono le principali censure² mosse nei confronti del d.l. n. 28 del 2020 in riferimento alle disposizioni inerenti all'esecuzione della pena: in primo luogo, si è osservato che l'art. 2 del suddetto decreto sembrerebbe, data la sua formulazione, autorizzare la concessione della detenzione domiciliare umanitaria anche nel caso in cui non giunga il tempestivo parere degli organi interpellati – e, dunque, non si abbia effettiva e sicura conoscenza dell'attualità del mantenimento di legami con la criminalità organizzata –; in secondo luogo, si è criticata l'assenza di specificazione circa il contenuto del parere, che avrebbe potuto essere motivato e dettagliato, al fine di scongiurare il rischio che il Procuratore distrettuale e quello nazionale si limitino – anche in considerazione delle tempistiche contingentate – a esprimere pareri negativi immotivati, che aggravano l'onere motivazionale in capo al Magistrato di sorveglianza chiamato a esprimersi. Sarebbe stato opportuno, invece, che tali pareri fossero fondati su elementi trasparenti e aggiornati, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 4-*bis*, comma 2, o.p. per la concessione di benefici.

Invero, la prima censura è supportata dalla considerazione che, al contrario, l'art. 4 *bis-c. 3-bis* o.p. vieta espressamente di concedere benefici a soggetti condannati per delitti di particolare gravità, in assenza di apposita nota informativa del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o del Procuratore distrettuale, che escluda l'attualità del collegamento con l'originario contesto criminale: è disposto che l'asse-

² In questo senso M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020 tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e “terzo tempo” parlamentare*, in *sistemapenale.it*, 1° maggio 2020.

gnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dalla legge penitenziaria non possano essere concessi in caso contrario.

Ebbene, la disposizione contenuta nell'art. 2 del provvedimento normativo in esame ha carattere prevalentemente politico, e nasce in reazione all'acceso dibattito politico e mediatico legato alle discusse scarcerazioni di due detenuti ben noti, condannati per reati di partecipazione ad associazione di stampo mafioso. Il Tribunale di sorveglianza di Sassari³ e il Magistrato di sorveglianza di Milano⁴, accertata la sopravvenuta incompatibilità tra lo stato di salute dei detenuti e il regime carcerario speciale cui erano sottoposti, hanno disposto nei loro confronti l'esecuzione della pena nelle forme della detenzione domiciliare umanitaria, sottraendoli alla custodia intramuraria.

In entrambe le ordinanze si legge che è ritenuto sussistente il requisito delle "gravi condizioni di infermità fisica", di cui all'art. 147, c. 1, n. 2 c.p.: i detenuti, per l'età avanzata e la presenza di significative patologie pregresse si trovavano particolarmente esposti al rischio di contagio da Covid-19, "indubitabilmente più elevato in un ambiente ad alta densità di popolazione come il carcere". I giudici dunque, nel bilanciamento tra la tutela della salute dei condannati, problematica a causa della difficoltà di tutelare in maniera effettiva tale diritto inderogabile in una situazione di emergenza sanitaria globale, e l'interesse della collettività all'ordine e alla sicurezza sociale, hanno ritenuto di potere applicare la detenzione domiciliare in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena, misura concedibile "in tutti i casi in cui, malgrado la presenza di gravi condizioni di salute [...], residui un margine di pericolosità sociale che faccia ritenere ancora necessario un controllo da parte dello Stato"⁵.

3. Il decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29.

Al primo decreto è seguito il d.l. 10 maggio 2020, n. 29, recante ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario e misure cautelari⁶.

L'Esecutivo è intervenuto nuovamente sulla delicata materia già parzialmente regolata dal precedente intervento di decretazione urgente, introducendo nuove disposizioni che coinvolgono sia la Magistratura di sorveglianza, che gli organi requiranti e giudicanti, obbligandoli a una continua rivalutazione delle decisioni già prese.

³ Ordinanza del Tribunale di Sassari 23 aprile 2020, n. 137, di differimento dell'esecuzione della pena, *Giurisprudenza penale web*, 2020, 4, 25 aprile 2020.

⁴ Ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Milano 1° aprile 2020, n. 9353, di differimento provvisorio della pena nelle forme della detenzione domiciliare, *Giurisprudenza penale web*, 2020, 4, 5 aprile 2020.

⁵ Cass. pen, sez. I, 14 gennaio 2011 (dep. 9 febbraio 2011), n. 4570, Rv. 249794.

⁶ Il titolo completo del provvedimento è "Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristicò e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati".

Si sono definite più nel dettaglio e rese obbligatorie alcune procedure, che in larga parte avrebbero potuto essere attuate anche in precedenza, con l'obiettivo di quietare il malcontento politico e sociale legato più alla malagestione dei disagi derivanti dall'insorgere della pandemia che alla carenza di un'adeguata disciplina.

Gli artt. 1, 2, e 3 del decreto-legge in commento costituiscono il fulcro del testo, che si compone di 7 articoli. Seguono disposizioni in materia di colloqui in carcere e di disciplina transitoria, e infine la clausola di invarianza finanziaria e la *vacatio legis* del provvedimento normativo.

L'**art. 1**, modificando l'*art. 47-ter*, comma 7, o. p. dispone che la detenzione domiciliare debba essere revocata quando vengano meno le condizioni previste non solo, come finora, per alcune ipotesi di detenzione domiciliare, ossia quelle di cui al comma 1 e *1-bis* (rispettivamente, c.d. assistenziale e ordinaria), ma anche per la c.d. detenzione domiciliare umanitaria o surrogatoria di cui al comma *1-ter*, ovvero quella applicabile quando potrebbe procedersi al rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ex artt. 146 o 147 c.p. Sarebbe dunque possibile operare in ogni momento una rivalutazione in merito all'insussistenza delle condizioni di salute o delle situazioni di inattualità delle cure negli istituti penitenziari previste dall'*art. 47-ter* comma *1-ter* o. p. e poste alla base del provvedimento.

Tale eventualità, tuttavia, sembrerebbe porsi in contrasto con l'espressa disposizione normativa, che appone un termine di durata prima di una rivalutazione. Invero, il comma *1-ter* del suddetto articolo, prevede, per opinione unanime, una misura alternativa alla detenzione "a tempo": nel caso in cui si applichi la misura della detenzione domiciliare in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena deve esservi stabilito un termine di durata, eventualmente suscettibile di proroga.

L'*art. 1* del d.l. n. 29 del 2020 va dunque letto in connessione con la disposizione di cui all'*art. 2*, che stabilisce la necessità di una continua rivalutazione delle condizioni legate alla emergenza sanitaria generata dalla diffusione del nuovo Coronavirus.

Il decreto-legge in esame, nelle disposizioni transitorie, esclude implicitamente l'applicazione retroattiva dell'*art. 1*, che dunque inciderà solo sui differimenti della pena nelle forme della detenzione domiciliare di cui all'*art. 47-ter*, comma *1-ter*, o.p., concessi d'ora in avanti.

Tuttavia, la re-immissione in un contesto esterno in cui il condannato possa ricevere cure più adeguate ha tanto più valore quanto più egli possa contare su un lasso di tempo, più o meno limitato, dedicato alle terapie e a un'auspicabile convalescenza, in linea con l'obiettivo di tutela della salute, riflesso nell'apposizione del termine, e posto alla base dell'emissione stessa del provvedimento.

Tale ultimo articolo dispone che quando i condannati e gli internati per determinati gravi delitti (delitti di cui agli artt. 270, 270-*bis*, 416-*bis* c.p. e 74, c. I, del DPR n. 309/1990; delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa; delitti commessi con finalità di terrorismo ai sensi dell'*art. 270-sexies* c.p.) o gli individui sottoposti al regime previsto dall'*art. 41-bis* della l. n. 354/1975 sono ammessi alla detenzione domiciliare o usufruiscono del differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria, il Magistrato di sorveglianza o il Tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento - acquisito il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato, e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati ed internati già sottoposti al regime di cui all'*art. 41-bis* - valuta la permanenza dei motivi legati all'emergenza

sanitaria entro 15 giorni dall'adozione del provvedimento e, in seguito, con cadenza mensile. La valutazione viene effettuata anche prima della decorrenza di detti termini, se "il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena".

Prima di provvedere, l'autorità giudiziaria sente l'autorità sanitaria regionale sulla situazione sanitaria locale e acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture ove il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o a usufruire del differimento della pena può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute.

Infine, l'autorità giudiziaria provvede vagliando se permangono i motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o al differimento di pena, nonché valutando la disponibilità di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei a evitare il pregiudizio per la salute del detenuto o dell'internato.

La norma si pone dunque come obiettivo precipuo quello di imporre alla Magistratura di sorveglianza di rivalutare in tempi ravvicinati, attualizzandole, le decisioni già assunte in materia di detenzione domiciliare c.d. umanitaria, o di differimento dell'esecuzione della pena concesse, per ragioni legate all'emergenza sanitaria in corso, a condannati per reati di criminalità organizzata. Il giudice dovrà valutare se permangono le ragioni che hanno giustificato la loro ammissione alla detenzione domiciliare o al differimento di pena ovvero se, al contrario, sussistano i presupposti per il ripristino della detenzione carceraria, alla luce di un giudizio comparato sullo stato di salute, sulla situazione sanitaria locale e sull'eventuale sopravvenuta disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato.

Occorre evidenziare che, mentre il d.l. n. 28 del 2020 faceva riferimento a tutti i reati di cui agli artt. 51 commi 1-*bis* e 3-*quater* c.p.p., l'**art. 2** del successivo decreto-legge riguarda i soli delitti di cui agli artt. 270 (associazioni sovversive), 270-*bis* (associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico), 416-*bis* c.p. (associazioni di tipo mafioso anche straniere), 74 comma 1 d.P.R. n. 309/90 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti), nonché i delitti commessi avvalendosi del c.d. metodo mafioso o al fine di agevolare l'associazione mafiosa e i delitti commessi con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-*sexies* c.p. Dall'area di competenza dell'ultimo decreto sono dunque esclusi altri gravi reati, sia associativi che non, quali il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, la riduzione e il mantenimento in schiavitù e servitù, la tratta, lo scambio elettorale politico-mafioso, il traffico illecito di rifiuti, il sequestro di persona a scopo di estorsione e il contrabbando di tabacchi lavorati esteri.

Tale dato ha indotto taluni⁷ a ritenere la norma lesiva del principio di eguaglianza: da un lato, coloro che sono stati ammessi alla detenzione domiciliare cd. umanitaria

⁷ In questo senso G. PESTELLI, *D.L. 29/2020: obbligatorio rivalutare periodicamente le scarcerazioni connesse all'emergenza Covid-19*, in *quotidianogiuridico.it*, 13 maggio 2020.

o al differimento dell'esecuzione della pena, ricompresi nel catalogo di reati previsti dall'art. 2 d.l. n. 29/2020, potranno vedere ripristinata la detenzione inframuraria in virtù di quest'ultimo decreto; dall'altro, chi ha commesso reati altrettanto gravi, ma non ricompresi nel catalogo di cui all'art. 2, potrà continuare a fare affidamento sul fatto che la concessione del beneficio non verrà periodicamente messa in discussione.

Inoltre, lo stesso trattamento dei condannati per reati di criminalità organizzata è riservato ai collaboratori di giustizia, che, tuttavia, pur rientrando nella suddetta categoria, per definizione, hanno reciso i legami con il contesto criminale di appartenenza.

Il comma 3 dell'art. 2, infine, dispone che il provvedimento con cui l'autorità giudiziaria revoca la detenzione domiciliare o il differimento della pena è immediatamente esecutivo.

Ci si è domandati se questo complesso sistema di rivalutazione delle precedenti determinazioni non incida sull'autonomia di valutazione e giudizio della Magistratura di sorveglianza, che deve tenere conto, da un lato, della "situazione sanitaria locale" – riferita al luogo di attuale detenzione domiciliare o ove si collochi il condannato in stato di differimento della pena –, dall'altro, delle indicazioni fornite dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, che vaglia la disponibilità delle strutture penitenziarie o dei reparti di medicina protetta idonei.

A tale interrogativo sembrerebbe doversi dare risposta negativa, in quanto non viene soppressa la discrezionalità del giudice, che continua a dovere operare un bilanciamento tra i diritti fondamentali del condannato e le esigenze di sicurezza riferite alla collettività. Tale autonomia valutativa permane anche in riferimento ai pareri della D.d.a. e D.n.a. sull'attualità del collegamento del condannato con il contesto criminale di appartenenza e sulla sua pericolosità, che arricchiscono il quadro conoscitivo e il compendio istruttorio del giudice.

Quel che risalta, invece, è il nuovo ruolo affidato al D.a.p., che assume una posizione centrale nel procedimento di rivalutazione delle decisioni.

Tuttavia, data la complessità degli accertamenti richiesti, sia al D.a.p. che alla D.n.a. e D.d.a., dal recentissimo d.l., appare lecito chiedersi se dall'imposizione di una periodica revisione delle precedenti determinazioni in materia di libertà personale non emergano criticità, soprattutto in punto di effettiva realizzabilità di tali soluzioni: nell'attuale situazione sanitaria, gravata dalla diffusione del virus, gli uffici di sorveglianza – già in sovraccarico condizioni normali – dovranno svolgere ulteriori adempimenti istruttori, particolarmente gravosi in termini di risorse, umane e materiali.

L'art. 3 d.l. n. 29/2020 stabilisce, poi, che la revisione riguardi non soltanto le posizioni dei condannati, ma anche le posizioni cautelari: nelle ipotesi in cui – sempre per ragioni legate all'emergenza sanitaria da Covid-19 – si sia concessa la misura degli arresti domiciliari in luogo della custodia cautelare in carcere all'organo di accusa e, correlativamente, al giudice della cognizione, è esteso l'obbligo di attualizzazione delle decisioni già assunte.

Tale ultimo articolo, riguardante la fase cautelare, per quanto descriva un procedimento non dissimile da quello illustrato sinora per la fase di esecuzione della pena, al comma 2 introduce un tratto distintivo: quando l'autorità giudiziaria non è in grado di decidere allo stato degli atti, il giudice può disporre – anche d'ufficio e senza formalità – accertamenti in relazione alle condizioni di salute dell'imputato o può

procedere a perizia, nelle forme di cui agli artt. 220 e ss. c.p.p., acquisendone gli esiti nei successivi 15 giorni.

Tale previsione, pur non essendo esplicitata nella disposizione riservata al procedimento di sorveglianza, sembra tuttavia potersi fare discendere dalle disposizioni generali di cui agli artt. 666, comma 5, c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p. Ci si domanda, inoltre, se il ricorso a tali strumenti consenta un analogo differimento della decisione di 15 giorni.

Se si desse una risposta negativa a tale quesito, verrebbe sacrificata l'effettività della verifica circa l'adeguatezza della soluzione inframuraria proposta, tanto più che l'obiettivo è quello di superare proprio la convinzione – espressa a distanza ravvicinata – relativa all'incompatibilità della protrazione dello stato detentivo del condannato in capo al giudice.

Sempre al fine di consentire il rispetto delle condizioni igienico-sanitarie idonee a evitare la propagazione della pandemia negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni, l'**art. 4** del decreto in esame prevede che, dal 19 maggio al 30 giugno 2020, i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati, possano essere svolti, ove possibile, a distanza, mediante strumenti tecnologici di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o per corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti di legge.

Il direttore dell'istituto penitenziario e dell'istituto penale per minorenni, sentiti rispettivamente, il provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria, il dirigente del centro per la giustizia minorile e l'autorità sanitaria regionale, stabilisce, nei limiti di legge, "il numero massimo di colloqui da svolgere con modalità in presenza, fermo il diritto dei condannati, internati e imputati ad almeno un colloquio al mese in presenza di almeno un congiunto o altra persona".

L'**art. 5** del d.l. in esame dispone, poi, che gli artt. 2 e 3 (ma non l'art. 1) si applichino ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare, differimento della pena e sostituzione della misura cautelare della custodia in carcere con gli arresti domiciliari, adottati dopo il 23 febbraio 2020. Per i provvedimenti già emessi alla data di entrata in vigore del decreto-legge il termine di 15 giorni previsto dagli artt. 2, comma 1, e 3, comma 1, decorre dall'11 maggio, data di entrata in vigore del decreto.

Per le decisioni già prese, dunque, la disposizione transitoria con cui si stabilisce l'efficacia retroattiva delle norme sopra esaminate vanifica il vaglio prognostico effettuato dall'autorità giudiziaria relativo alle tempistiche opportune per una nuova valutazione delle condizioni di salute dell'interessato, oltre che dell'idoneità degli istituti penitenziari a fornirgli le cure necessarie. Inoltre, l'operazione di recupero dei provvedimenti emanati a far data dal 23 febbraio 2020 comporta adempimenti particolarmente gravosi sia per la magistratura di sorveglianza che per il pubblico ministero e, correlativamente, per il giudice della cognizione.

Infine, il d.l. prevede una **clausola di invarianza finanziaria** per tutte le disposizioni sopra passate in rassegna, per cui esse dovranno attuarsi "a costo zero", ossia senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e mediante l'utilizzazione delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

4. Conclusioni.

Alla luce di quanto sinora detto, c'è da attendersi una riduzione del numero di nuove misure domiciliari: le procedure di cui si è parlato, accompagnate dalle evidenziate criticità, verranno applicate in larga parte a casi sui quali si è già provveduto al momento di entrata in vigore del decreto-legge. Verosimilmente, tale riduzione sarà da ricondurre non solo alle nuove disposizioni normative, ma anche al fatto che le posizioni dei detenuti in condizioni di salute precarie sono venute all'attenzione del Tribunale di sorveglianza sin dall'insorgere dell'emergenza epidemiologica e, ove ritenuto necessario, si è già proceduto.

La Magistratura di sorveglianza, dunque, da sempre impegnata nella gestione di detenuti di particolare pericolosità, sarà chiamata a vagliare con il consueto scrupolo l'opportunità di una re-immissione in contesto esterno di condannati per gravi reati di criminalità organizzata, ricordando che "l'esecuzione delle pene non può calpestare i diritti fondamentali delle persone detenute, altrimenti non sarà mai in grado di restituirle alla società migliori, o almeno non peggiori, di quando commisero i reati", come commenta il Magistrato di sorveglianza di Spoleto Fabio Gianfilippi⁸.

Invero, il contesto nel quale la libertà personale subisce il maggiore grado di compressione consentito dalla nostra Costituzione è il carcere. Ebbene, anche nel caso in cui l'individuo si trovi in un ambiente per sua natura destinato a separarlo dalla società civile, la dignità della persona deve essere sempre tutelata, così come ci ricorda non solo la Corte Costituzionale, ma anche, a più riprese, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁸ Sul tema, più diffusamente, intervista di V. Stella a F. Gianfilippi, *Le nostre decisioni prese sempre nel rispetto dei diritti fondamentali*, in *Il Dubbio*, 12 maggio 2020.

DUBBI SULLA COSTITUZIONALITÀ DEL DECRETO LEGGE IN MATERIA DI “SCARCERAZIONI”

Trib. Sorv. Spoleto, ordinanza 26 maggio 2020

Luana Granozio

1. Nel profluvio di disposizioni emergenziali, una è stata definita dal Ministro preposto “provvedimento straordinario per momenti straordinari”, si tratta del d.l. 10 maggio 2020, n. 29.

I fatti sono recenti e noti, i Magistrati di Sorveglianza, con gli strumenti esistenti, hanno fronteggiato l'epidemia nel mondo del carcere concedendo alcuni differimenti della pena nelle forme della detenzione domiciliare, anche a soggetti appartenenti all'area della criminalità organizzata mafiosa e camorristica.

L'art. 2 del d.l. n. 29/20 ha precipitosamente introdotto a maggio la previsione di urgente rivalutazione delle scarcerazioni disposte per ragioni legate alla emergenza sanitaria. Una disposizione transitoria ha stabilito che, entro quindici giorni, venissero riesaminate anche le decisioni provvisorie assunte.

Il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, svolta l'istruttoria prevista, ha sollevato il dubbio di contrasto delle nuove disposizioni con gli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione.

2. Il Giudice umbro, dopo aver sentito l'autorità sanitaria regionale, sulla situazione sanitaria locale e acquisite dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria le informazioni sulle proposte attuabili nel caso concreto, ha sottoposto, come prescritto, la documentazione al parere della pubblica accusa “rappresentata in modo inedito” dalla Procura distrettuale antimafia.

Giunto a questo punto del procedimento, rilevando il mancato coinvolgimento della difesa e l'assenza del contraddittorio, in modo anche questo inedito rispetto al sistema della esecuzione penale, ha ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli articoli 24 e 111 Cost.

L'ordinanza rileva che non è previsto dalla novella, alcun avviso all'interessato di “riavvio” del procedimento.

La prima fase, già espletata, con la quale era stata assunta in via provvisoria la decisione di concessione della detenzione domiciliare, era stata avviata su istanza della difesa ed assunta *de plano*, attesa la natura interinale ed urgente.

Il ripristino del contraddittorio pieno, tuttavia, restava garantito dalle disposizioni tipiche del procedimento di Sorveglianza ed era destinato all'approdo in sede collegiale, previsto entro il termine acceleratorio, benché ordinatorio, di sessanta giorni. Nelle more il provvedimento era destinato a conservare i suoi effetti.

La novella ha introdotto un nuovo avvio, d'ufficio, senza che alla parte, che era in attesa della valutazione collegiale, spetti alcun avviso, né conoscenza o interlocuzione sulla istruttoria svolta. Il provvedimento (eventuale) di revoca avrebbe effetti immediatamente esecutivi.

Benché la denominazione utilizzata non sia "sospensione", tuttavia si può ritenere, per analogia alla ipotesi di rigetto di un provvedimento provvisorio favorevole, che successivamente a questa nuova fase, si incardini comunque la competenza del Collegio. Sembra però escluso il presidio della perdita di efficacia della revoca, nel caso in cui la decisione non intervenisse nei termini.

La fase collegiale verrebbe ad avere così contestualmente ad oggetto, la concessione provvisoria e la successiva revoca.

Le nuove disposizioni, dunque, delineano una procedura che il remittente definisce marcatamente "atipica", con una limitazione del contraddittorio con la parte privata, a fronte della piena cognizione, interlocuzione e facoltà di replica, assicurata alla parte pubblica.

3. Segue una dettagliata ed attenta disamina dei variegati modelli procedurali analoghi, che, ad avviso del Giudice, rimarca l'atipicità della nuova procedura:

1. La liberazione anticipata (*ex art. 69-bis o.p.*), decisa in camera di consiglio, ma su istanza della difesa e volta ad una finalità sostanzialmente premiale.
2. La tutela dei diritti introdotta dagli artt. 35-*bis* e -*ter* o.p., anche questa avviata su impulso dell'interessato e ricorribile in Cassazione (salvo casi che non implicino valutazioni discrezionali).
3. Procedimenti *de plano* *ex art. 678* comma 1 e comma 1-*bis* c.p.p., il cui merito è strettamente legato a valutazioni a bassissimo margine di discrezionalità o con esiti largamente in senso favorevole e, se sfavorevoli, non immediatamente esecutivi ed opponibili.
4. Concessione misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti liberi con pena sino a diciotto mesi *ex art. 678* comma 1-*ter* c.p.p., anche in questo caso, analogamente ai precedenti, l'impulso dell'interessato, l'esecuzione sospesa e la previsione della facoltà di presentare opposizione, garantiscono il contraddittorio.
5. Nella ipotesi di cumulo pene *ex art. 51-bis* o.p., la decisione attiene una mera valutazione aritmetica priva di discrezionalità.
6. Infine, la procedura prevista per la sospensione cautelativa delle misure alternative *ex art. 51-ter* o.p., dove il contraddittorio è differito innanzi al Tribunale di Sorveglianza, con perdita di efficacia della (eventuale) sospensione della misura alternativa, in caso di vano decorso del termine di trenta giorni.

L'analisi offre argomenti puntuali contro la tentazione di interpretazioni "analogiche", dei procedimenti a contraddittorio limitato e consente, dunque, di ritenere che la procedura introdotta dalla novella, sia aliena rispetto al sistema.

4. Una ulteriore criticità è data, ad avviso del Giudice remittente, dalla violazione dell'art. 3 Cost.

Lo stravolgimento della ordinaria scansione procedimentale e la previsione di retroattività determinerebbero un contraddittorio pieno solo per i soggetti per i quali sia già avvenuta la decisione definitiva innanzi al Tribunale di Sorveglianza ponendo un (casuale) discrimine oggettivo, in ragione del carico dei ruoli ovvero della solerzia degli Uffici, in violazione anche del principio di uguaglianza.

Il contrasto con tale principio è tuttavia ancor più allarmante ed illogico, laddove pone un perimetro soggettivo, esclusivamente per alcune tipologie di reati.

L'elenco, peraltro, neppure coincide con il consueto catalogo di cui al 4-*bis* o.p., ma riunisce in modo originale: i condannati e gli internati per associazioni varie (soversive, terroristiche, mafiose o finalizzate allo spaccio) ovvero per delitti aggravati, ma solo dalla finalità di agevolare una associazione mafiosa o con finalità di terrorismo; oltre a tutti coloro che siano sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-*bis*.

L'opzione scelta dal legislatore induce il remittente a rilevare come si determini un procedimento meno garantito per "alcuni autori di reato soltanto".

La presunzione di speciale pericolosità, derivante dalla commissione di una specifica tipologia di reati, appare irragionevole se commisurata alla tutela del diritto alla salute, di cui si tratta; ma anche ingiustificata in ragione di una valutazione individualizzata, già compiuta nel caso concreto con il provvedimento provvisorio.

L'ordinanza afferma espressamente e con chiarezza che l'art. 2 del d.l. 10 maggio 2020 n. 29 appare "fortemente orientato verso il ripristino della detenzione" e di questo il suo promotore si è fatto espresso vanto.

Ancora una volta spetta alla Corte Costituzionale verificare se la norma trovi cittadinanza nel sistema, ovvero si ponga in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Va, tuttavia rilevato che le argomentazioni svolte dal Magistrato di Spoleto sono ancor più persuasive se rapportate al successivo art. 3 del Decreto Legge, che replica analoghe previsioni riferite a soggetti imputati in custodia cautelare.

In tali casi l'iniziativa è rimessa direttamente al pubblico ministero, mentre l'istruttoria, riservata al Giudice che sente l'autorità sanitaria regionale ed acquisisce informazioni dal DAP, può essere sufficiente a ripristinare la custodia cautelare in carcere, anche in questo caso senza contraddittorio.

UN CASO DI SFRUTTAMENTO LAVORATIVO DECISO DALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: QUAL È LA STRADA DA PERCORRERE?*

Corte e.d.u., Sez. IV, J. e altri c. Austria, 17 gennaio 2017

Francesca Curi

Sommario: **1.** L'abisso umano: i contorni della vicenda. - **1.1.** La risposta giudiziaria austriaca - **2.** La decisione della Corte eur. dir. uomo sull'imputazione ex art.4, Convenzione EDU. - **3.** Le osservazioni del Giudice Paulo Pinto de Albuquerque.

ABSTRACT

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata su un caso di lavoro forzato, per il quale è stata invocata la violazione dell'art. 4 della Convenzione dei diritti dell'uomo. L'esito della decisione ha escluso la responsabilità delle autorità austriache, ritenendo che fosse stato fatto tutto quanto necessario per proteggere le vittime. Il contributo si sofferma sull'opinione concorrente, espressa dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque, dal quale si evincono alcuni limiti della legislazione austriaca, per poi concludersi con un breve riferimento comparatistico alla situazione in Italia.

The European Court of Human Rights has ruled on a case of forced labor, for which the violation of Article 4 of the Convention on Human Rights has been invoked. The outcome of the decision excluded the responsibility of the Austrian authorities, believing that everything necessary to protect the victims had been done. The contribution focuses on the concurring opinion expressed by judge Pinto de Albuquerque, from which some limits of Austrian legislation are inferred, and then concludes with a brief comparative reference to the situation in Italy.

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

1. L'abisso umano: i contorni della vicenda.

In occasione dell'uscita del volume, che raccoglie le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, nelle quali ha avuto un rilievo importante l'opinione del giudice Paulo Pinto de Albuquerque¹, si legge un interessante caso nel quale si invoca la violazione dell'art.4 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ovvero la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato.

Il fatto storico ha origine nelle Filippine, prende forma negli Emirati Arabi e si conclude in Austria. In estrema sintesi, i contenuti salienti: tra il 2006 e il 2009 un'agenzia di collocamento di Manila offre, in tempi diversi, a due donne filippine un impiego come colf presso un paio di famiglie facoltose di Dubai, negli Emirati Arabi Uniti.

Alla prima ricorrente viene proposto un lavoro per due anni come domestica, presso una famiglia a Dubai. Il contratto prevede un corrispettivo di 700 dirham al mese, che equivalgono a circa 150 euro, per otto ore di lavoro al giorno, per sei giorni alla settimana. La Sig.ra J. sottoscrive il contratto e si trasferisce in Medio Oriente. Al suo arrivo i datori di lavoro si fanno consegnare il passaporto, senza più restituirglielo. Da questo momento inizia il brutale sfruttamento lavorativo, che intrappolerà la donna in una sorta di girone infernale. Sebbene non subisca forme di violenze o minacce esplicite e dirette, ella viene costretta a lavorare più del doppio delle ore di lavoro originariamente pattuite, prendendo servizio alle cinque del mattino e non finendo mai prima di mezzanotte. Inoltre, le sue mansioni si rivelano subito estremamente disparate, poiché durante le quasi venti ore di lavoro deve accudire i figli dei suoi datori di lavoro, preparare i pasti, pulire la casa, occuparsi della lavanderia e curare il giardino. Durante i primi nove mesi, non ha neppure la possibilità di godere del giorno di riposo settimanale, né le viene consentito di uscire di casa. Le viene impedito di avere un suo telefono e le viene imposto di chiamare una sola volta al mese la sua famiglia nelle Filippine, detraendo i costi della telefonata dal suo stipendio. Infine, ma non certo per importanza, alla donna è consentito mangiare solo quanto avanza dai pasti consumati dalla famiglia, presso la quale è ospite. Una volta al mese, quando accompagna i suoi datori di lavoro a fare la spesa al supermercato, ha il permesso di acquistare un po' di cibo per sé stessa.

Trascorsi i primi nove mesi di lavoro, la Signora J. subisce la prima punizione dai suoi datori di lavoro, perché la scoprono parlare con un connazionale, nella sua lingua madre. La costringono perciò a dormire per terra, sul marmo freddo, procurandole una forma di raffreddamento, che non può curare, perché le sono vietate le medicine, con l'aggravio di dover continuare a lavorare nonostante la malattia.

Quando i due anni del contratto stanno per volgere al termine, i datori di lavoro propongono alla donna un incremento di stipendio, la possibilità di godere di più giorni liberi, la concessione di un suo telefono e soprattutto la possibilità di tornare per un breve periodo nelle Filippine, per fare visita alla sua famiglia, purché lei indichi una sua sostituta.

¹ PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzianti (2016-2019)*, vol. II, a cura di SACCUCCI, prefazione di SABATO, in corso di stampa per i tipi di Giappichelli. La sentenza è anche reperibile in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

Questi incentivi inducono la Signora J. ad accettare il prolungamento del contratto e così ella si attiva affinché la seconda ricorrente (la Signora G.) prenda il suo posto, per i tre mesi nei quali lei fa rientro a casa. Scaduti i tre mesi, i datori di lavoro intimano alla Signora J. di tornare subito a Dubai, diversamente non verrà riassunta al lavoro e la sua sostituta sarà maltrattata. La Signora J. riparte immediatamente alla volta degli Emirati Arabi, arrivando nell'aprile del 2009. I datori di lavoro la inducono a frequentare una scuola guida, avendo bisogno che lei sia in grado di svolgere alcune mansioni, conducendo l'automobile. Fallisce il primo test per conseguire la patente, dovendolo ripetere per quattro volte e pagando di tasca propria le ulteriori lezioni, per un costo totale di circa 700 dirham, equivalente ad una mensilità di stipendio. La ricorrente riferisce di aver subito diverse volte, durante la guida, delle percosse sulle spalle, da parte del datore di lavoro che avrebbe voluto che lei tenesse un'andatura più veloce. Da quel momento i datori di lavoro iniziano a schiaffeggiarla o picchiarla, anche in assenza di pretesti.

La seconda donna, che formula il ricorso alla Corte eur. dir. uomo, connazionale della prima, sposata con tre figli, sostituisce la Signora J. nel periodo di sua assenza, presso gli stessi datori di lavoro. La famiglia mediorientale incomincia ad assumere in modo più esplicito atteggiamenti violenti, fino al punto da colpire con pugni anche al volto la donna, costringendola a lavorare per quasi ventiquattrore di seguito.

La terza richiedente (la Signora C.) si rivolge all'agenzia di collocamento di Manila, perché si trova in pesanti difficoltà economiche, avendo bisogno di pagare costose cure mediche al fratello gravemente malato. Le viene offerto di lavorare per una famiglia negli Emirati Arabi Uniti, con uno stipendio di circa 800/1000 dirham, corrispondente a circa il doppio dello stipendio che potrebbe percepire rimanendo nelle Filippine. Le condizioni di lavoro, presso la famiglia mediorientale nella quale presta servizio, sono molto simili a quelle descritte dalla prima richiedente, con la differenza che per i primi tre mesi non le viene corrisposto alcun pagamento e successivamente riceverà solo 750 dirham. Quando fa richiesta di tornare al suo Paese, le viene detto che potrà farlo solo a condizione che si paghi da sola il costo del viaggio, spesa che naturalmente non è in grado di affrontare. Per rendere ancora più impraticabile ogni suo spostamento le viene trattenuto il passaporto.

L'Austria entra in gioco nel 2010, quando tutte e tre le donne sono al seguito delle rispettive famiglie in un viaggio turistico a Vienna. Anche in questo contesto il tempo di lavoro è sostanzialmente illimitato: costrette a cucinare alle due di notte e aspramente rimproverate se la mattina presto non fanno trovare pronti di tutto punto i bambini. Normalmente costrette a rimanere in albergo, un giorno vengono portate insieme alle famiglie ad una visita nello zoo della città. Lì si perde uno dei bambini, che successivamente verrà ritrovato, ma la prima e terza signora filippina saranno aggredite verbalmente in modo così violento e minaccioso da far vivere alle povere donne momenti di autentico terrore.

La notte successiva a questo umiliante incidente, quindi due o tre giorni dopo l'arrivo in Austria, le tre donne decidono di lasciare l'hotel con l'aiuto della concierge, che sapeva parlare la loro lingua e che organizza la fuga portandole in un "luogo sicuro". Le ricorrenti riusciranno a trovare sostegno nella comunità filippina della capitale austriaca.

Trascorsi circa nove mesi, le richiedenti contattano una Ong locale chiamata "Lefö", attivamente coinvolta nel contrasto alla tratta di esseri umani, che si occupa

di tutelare e assistere le persone che subiscono maltrattamenti, abusi e forme di sfruttamento. Tale organizzazione non governativa riceve finanziamenti pubblici proprio per l'attività anti-tratta che svolge. Qualche mese più tardi le tre donne decidono di rivolgersi alla polizia austriaca, presentando una formale denuncia contro i rispettivi datori di lavoro.

1.1. La risposta giudiziaria austriaca.

I datori di lavoro arabi, chiamati in causa, replicano con una controdenuncia, nella quale sostengono di essere stati derubati di un certo quantitativo di soldi e di un cellulare. Gli organi investigativi austriaci, pur appurando la falsità di tali accuse, e per quanto abbiano la piena disponibilità a collaborare da parte delle tre vittime, sospendono il procedimento per tratta, poiché ritengono che il reato sia stato commesso all'estero, da cittadini stranieri, ai danni di vittime che non sono cittadine austriache.

Avverso la decisione della Procura di Vienna, le tre donne fanno ricorso al Tribunale, sostenendo come al contrario siano coinvolti interessi austriaci e come i loro datori di lavoro abbiano continuato a sfruttarle, abusando di loro, anche quando erano sovrappiunte in Austria. Il Tribunale penale il 23 marzo 2012 emette una sentenza con la quale rigetta il ricorso, confermando la fondatezza delle argomentazioni presentate dalla Procura, riguardo alla sospensione del procedimento.

La Ong Lefö assume un ruolo determinante nell'indurre le tre donne a presentare la denuncia per il reato di tratta contro i loro datori di lavoro, aiutandole anche nella procedura riguardante la concessione del permesso di soggiorno speciale, previsto in Austria per le vittime di questo reato. Dopo aver ottenuto il permesso di soggiorno per un anno, si prodigata affinché la durata sia prolungata, attraverso altre tipologie di permesso, in ragione della capacità di tutte e tre le donne di integrarsi progressivamente nel tessuto sociale austriaco.

Nel 2012 le donne presentano ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo (una delle tre perderà interesse nella causa e per questo verrà estromessa), per violazione dell'art.4 della Convenzione Edu, poiché dichiarano di essere state sottoposte a lavoro forzato e di essere state vittime di traffico di esseri umani, senza che l'Austria abbia adempiuto agli obblighi procedurali imposti dalla normativa convenzionale.

2. La decisione della Corte sull'imputazione ex art.4 Convenzione EDU.

La Corte, rinviando alla sua giurisprudenza sui principi generali richiamati dall'articolo 4 della Convenzione Edu, ribadisce che la tratta di esseri umani rappresenta una forma di schiavitù moderna, incompatibile con i valori democratici². Indica alcuni

² Il richiamo esplicito è al precedente del caso di *Rantsev c. Cipro e Russia* (7.1.2010), nel quale il ricorrente, un cittadino russo, aveva presentato un ricorso contro la Repubblica di Cipro e la Russia presso la Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla morte della figlia di 20 anni. La Corte riscontrò in particolare una violazione dell'articolo 4 della Convenzione europea (Divieto di schiavitù e lavoro forzato). In quell'occasione la Corte chiarì la necessità di adempiere obblighi positivi da parte degli Stati di indagare sulle accuse di tratta e di attuare misure per prevenire e

punti essenziali nei quali si compendia il fenomeno della tratta, tra i quali: la considerazione dell'essere umano come merce, una sua stretta sorveglianza, forti limitazioni dei suoi movimenti, l'uso della violenza e delle minacce, condizioni di vita e lavoro poveri, una remunerazione scarsa o nulla, l'esercizio di poteri corrispondenti al diritto di proprietà. Precisa inoltre che lo sfruttamento dell'essere umano può avvenire sia sul piano sessuale, che lavorativo, ma che non necessariamente si esaurisce in queste due forme.

Nella causa in discussione la Corte ritiene che debbano essere chiarite essenzialmente due questioni: la prima, se le autorità austriache abbiano rispettato i loro obblighi di aiuto e sostegno alle potenziali vittime di tratta; la seconda, se abbiano adempiuto al loro obbligo di indagare sui presunti crimini commessi ai danni delle vittime di tratta. Non avendo la possibilità di soffermarci su questo secondo aspetto, ci limitiamo a valorizzare l'enfasi che il Collegio giudicante ha espresso nella promozione di una cooperazione tra Stati, escludendo nel caso specifico che l'Austria possa essere considerata responsabile per non aver intrapreso un'azione giudiziaria, contro gli autori del reato di tratta, visto che tale fattispecie è stata commessa all'estero, da persone straniere³.

Quanto al primo aspetto la Corte ha affermato che le ricorrenti, quando si sono rivolte alla polizia, sono state considerate da subito come (potenziali) vittime di tratta. Sono state intervistate da ufficiali di polizia appositamente addestrati, è stato loro concesso il permesso di soggiorno e di lavoro per regolarizzare la loro permanenza in Austria ed è stato rispettato il divieto di divulgazione di dati personali, in modo che non potessero essere riconosciute pubblicamente. Durante il processo le ricorrenti sono state seguite ed aiutate dalla Ong Lefö, che è finanziata dal Governo austriaco, proprio per fornire assistenza alle vittime di traffico di esseri umani. Alle ricorrenti è stata data la tutela legale prima, durante e dopo il processo, necessaria per facilitare la loro integrazione nel Paese ospitante⁴.

La Corte ha quindi concluso dichiarando che i reclami presentati non sono accoglibili.

proteggere le persone dalla tratta di esseri umani. La Corte riscontrò all'unanimità che la tratta rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 4, pur non essendo specificamente menzionata nella Convenzione europea (unico precedente: Domanda 73316/01 di *Siliadin c. Francia*).

³ V. STOYANOVA, *J. and Others v. Austria and the Strengthening of States' Obligation to Identify Victims of Human Trafficking*, in <https://strasbourgobservers.com>.

⁴ In un precedente caso, la Corte ha accolto un ricorso – che per molti aspetti è analogo alla vicenda in esame, poiché riguarda una forma di sfruttamento lavorativo domestico – ma si è giunti all'esito opposto per la riscontrata inadeguatezza delle tutele previste dalla legislazione nazionale: *C.N. c. Regno Unito* (13.11.2012). Qui la C. eur. dir. uomo ha dichiarato che vi era stata una violazione dell'articolo 4 (divieto di schiavitù e lavoro forzato) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso riguardava accuse di servitù domestica ai danni di una donna ugandese, che lamentava di essere stata costretta a lavorare come badante. La Corte ha riscontrato che le disposizioni legislative in vigore nel Regno Unito in quel momento erano inadeguate a offrire una protezione efficace contro il reato previsto all'articolo 4 (<https://hudoc.echr.coe.int>).

3. L'opinione concorrente del Giudice Paulo Pinto de Albuquerque.

Pur concordando con la decisione finale della Corte, il Giudice Paulo Pinto de Albuquerque ritiene che le motivazioni non siano soddisfacenti, sotto due profili: innanzitutto perché non è stata sufficientemente rimarcata la distinzione tra la fattispecie di tratta di esseri umani e le forme di schiavitù, servitù e lavoro forzato. In secondo luogo, perché non sono stati adeguatamente analizzati gli obblighi internazionali dello Stato convenuto, nel caso in discussione. L'adesione alla decisione del collegio giudicante si deve al fatto che le ricorrenti, tardando più di un anno nel denunciare alle Autorità nazionali la loro condizione, hanno concorso nel fallimento delle operazioni, che avrebbero assicurato alla giustizia i responsabili dei crimini contestati.

Il giudice, attraversando analiticamente tutta la legislazione internazionale ed europea sul tema della tratta e sfruttamento delle persone (dal § 2 al § 40), sottolinea la necessità di una differenziazione tra le condotte che richiamano fattispecie caratterizzate in modo peculiare tra loro: lo *smuggling*, il *trafficking* e le ipotesi di lavoro forzato. Lucidamente afferma che: «non tutto il lavoro forzato è traffico, così come non tutto il traffico è schiavitù». Le condotte sussumibili nella fattispecie di tratta possono costituire il prodromo del conseguente sfruttamento, «ma può esserci traffico di esseri umani senza sfruttamento successivo e può esserci sfruttamento senza precedente traffico».

Parallelamente alla meticolosa ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale, svolta dal giudice Pinto de Albuquerque, si staglia una realtà fattuale che non è sempre univocamente né chiaramente decifrabile⁵, nella quale i nuovi schiavi, sovente immigrati e irregolari, finiscono per essere il prodotto di una logica capitalistica, nella quale si compie un'esplosiva competizione internazionale, che induce attori economici privi di scrupoli a scaricare la pressione sull'anello più debole della filiera, ossia i lavoratori⁶, approfittando della loro condizione di ricattabilità⁷. L'astratta nettezza di confini tra le diverse tipologie criminose sfuma, fino a diventare sostanzialmente indistinguibile⁸. In questo quadro, un dato che desta un fondato allarme è il sempre

⁵ Per un analitico inquadramento del fenomeno: V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *RTDPE*, 3-4/2019, 632 ss.

⁶ C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro nero in agricoltura*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi: in ricordo di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2016, 340; D. PERROTTA, *Il caporalato come sistema: un contributo sociologico*, E. RIGO (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pisa, 2015, 24-25; V. PINTO, *Filiere agro-alimentari e agroindustriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in V. FERRANTE (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza*, Milano, 2018, 83 ss.

⁷ F. MARTELLONI, *Sfruttamento lavorativo degli stranieri e caporalato*, in AA.VV., *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, in corso di stampa per i tipi di Giappichelli.

⁸ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *RIDPP*, 1/2018, 104. Fornisco un importante ausilio interpretativo le linee guida recentemente aggiornate dalla C. eur. dir. uomo (30 aprile 2019) sulla portata applicativa dell'art. 4 Convenzione Edu, (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_ENG.pdf).

maggior coinvolgimento di minorenni nel mercato dello sfruttamento degli esseri umani, facendoli rientrare nella categoria di persone maggiormente vulnerabili⁹.

Il giudice Pinto de Albuquerque passa ad una valutazione più specifica della risposta normativa fornita dall'Austria, per rilevarne l'inadeguatezza rispetto allo standard internazionale¹⁰. In particolare, per quanto concerne il reato di sfruttamento lavorativo, sollecita l'introduzione di una fattispecie a tutela dei cittadini austriaci e un ampliamento del già esistente reato di lavoro forzato a danno di stranieri. Anzi si spinge a proporre, in un'ottica *de iure condendo* - e aggiungiamo - similmente a quanto già previsto in Italia, la riformulazione in un unico *tatbestand* delle condotte di sfruttamento lavorativo sia nei confronti dei cittadini, che degli stranieri. La necessità di intervenire, modificando la norma, è dovuta alla carente definizione della condizione di "sfruttamento" e al fatto che esso non è previsto e quindi non è punito quando le vittime siano cittadini austriaci¹¹.

Questa carenza del diritto penale austriaco, nonostante sia intervenuta una riforma nel 2013, dovrebbe costituire un nuovo impulso "per rimuovere l'individuo da quella situazione o rischio" di essere trafficato o sfruttato e "per evitare il pericolo di maltrattamenti". Sebbene si riconosca all'Austria di aver compiuto notevoli progressi nella lotta a queste forme di sfruttamento, in particolare in termini di sostegno sociale fornito alle vittime, l'opinione del giudice Pinto de Albuquerque mette in chiara luce la necessità di un adeguamento normativo agli standard internazionali nella repressione del crimine, in cui tali condotte si estrinsecano¹². In questa stessa direzione si

⁹ Per una ricostruzione complessiva del dato normativo italiano sia consentito il rinvio a: F. CURI, *Profili penali*, in AA.VV., *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, in corso di stampa per i tipi di Giappichelli.

¹⁰ Le fattispecie che rilevano sono principalmente: il §104 StGB (codice penale austriaco) che punisce chi tratta una persona come uno schiavo e il traffico di schiavi (*Sklaverei*); il §104 a StGB che criminalizza la tratta di esseri umani (*Menschenhandel*) con il fine dello sfruttamento, che comprende lo sfruttamento sessuale, l'espianto di organi, il lavoro, l'accattonaggio e sfruttamento per commettere atti punibili; il §106 a StGB (*Zwangsheirat*), che punisce chiunque costringa taluno ad un matrimonio forzato; il §217 StGB (*Grenzüberschreitender Prostitutionshandel*) nel quale viene punito il commercio transnazionale della prostituzione; infine, in base al § 116 FPG (*Fremdenpolizeigesetz* - legge di polizia sugli stranieri) è punito anche il lavoro forzato di stranieri (*Ausbeutung eines Fremden*), in <https://www.jusline.at/>.

¹¹ Sul versante italiano, ravvisa una tipicità poco definita, posta a tutela di beni giuridici non sempre univocamente afferrabili: V. TORRE, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art.603 c.p. tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *QG*, 4/2019, 90 ss. Per un'analisi del quadro legislativo riguardante il fenomeno dello sfruttamento lavorativo in Italia, si rinvia a: S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *IP*, 2017, 727.

¹² Interessante una recente decisione della Corte, che va proprio nella direzione auspicata: *Chowdury and Others v. Greece*, 9 giugno 2017: La Corte ha dichiarato che vi era stata una violazione dell'articolo 4, §2 (divieto di lavoro forzato) della Convenzione, constatando che i richiedenti non avevano ricevuto un'efficace protezione dallo Stato greco. La Corte ha osservato, in particolare, che la situazione dei ricorrenti configurava un'ipotesi di tratta di esseri umani e di lavoro forzato e ha precisato che lo sfruttamento attraverso il lavoro era un aspetto della tratta. Il Collegio ha anche riscontrato che lo Stato non aveva rispettato i suoi obblighi di prevenire la situazione di tratta, di proteggere le vittime, di condurre un'indagine efficace sui reati commessi e di punire i responsabili del reato contestato (<https://hudoc.echr.coe.int/>).

era espresso il Rapporto sull'Austria, redatto nel 2016, dal Dipartimento degli Stati Uniti d'America, che si occupa del traffico di esseri umani, nel quale si sollecitano condanne ai trafficanti proporzionate alla gravità del crimine; l'ampliamento e potenziamento degli sforzi per identificare le vittime tra migranti irregolari, richiedenti asilo e persone sottoposte alla prostituzione; infine, un'insistente sensibilizzazione dei giudici riguardo alla delicata acquisizione delle testimonianze da parte delle vittime di tratta, contro i loro sfruttatori.

Sia consentito in chiusura un accenno al contesto italiano, che una volta tanto non si colloca come fanalino di coda, ma forse per alcuni aspetti si distingue nella repressione della tratta per scelte legislative addirittura all'avanguardia. Già il codice Rocco, all'articolo 601 aveva previsto il reato di tratta, modificato una prima volta nel 1998, una seconda nel 2003 ed una terza - in modo più incisivo - nel 2014, a seguito del recepimento della direttiva europea 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e alla prostituzione delle vittime. Infine, l'ultima tappa in ordine cronologico riguarda l'adozione della l. 47/2017, in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, nota come "Legge Zampa", che ha introdotto all'art. 17, segnatamente per le vittime di tratta, uno specifico programma di assistenza psicosociale, sanitaria e legale da sviluppare anche dopo il compimento della maggiore età. È la prima legge in Europa ad affrontare con autonomia, esaustività ed efficacia il problema legato ai MSNA, vittime di tratta¹³.

Per quanto il piano normativo sia ricco ed articolato, difficilmente si può negare che proprio in rapporto a questa fenomenologia criminale sia necessario un approccio integrato tra una molteplicità di strategie, che grazie alla loro interazione convergano efficacemente verso il risultato della riduzione, se non addirittura eliminazione del mercato criminale, ormai diffuso capillarmente¹⁴. Il primo passo va compiuto verso il disvelamento di quella sorta di ipocrisia istituzionale a difesa della c.d. "fortezza Europa", nella quale si professa come prioritaria la lotta alla tratta di persone, attraverso scelte normative improntate alla "tolleranza zero" nei confronti dei trafficanti o di coloro che sfruttano le vittime; senza però che vi sia altrettanto rigore nel rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, tra i quali vi possono essere senz'altro vittime di tratta, in particolare proprio durante le operazioni di controllo alle frontiere¹⁵. Inoltre, la presenza di discipline eccessivamente restrittive riguardo ai flussi d'immigrazione in entrata, o che vincolino la legittimità del soggiorno nel paese ad una "dipendenza" di fatto dell'immigrato dal datore di lavoro, possono rendere particolarmente vulnerabile la condizione dell'immigrato e costituire un *push factor* del *trafficking*¹⁶.

¹³ M. GIANGRECO, *Il traffico di minori stranieri non accompagnati (MSNA) e il sistema di accoglienza dopo la l. 4 aprile 2017, n. 47*, in CP, 8/2019, 3100.

¹⁴ Aprire canali regolari di immigrazione, anziché erigere muri, favorire forme di cooperazione internazionale allo sviluppo, anziché pratiche predatorie da parte dei paesi europei e occidentali, sono alcune linee di politica del diritto che dovrebbero integrarsi con le irrinunciabili scelte repressive verso chi alimenta il mercato di uomini (T. CASADEI, *Corpi in transito. Sulla tratta contemporanea*, in *La società degli individui*, n. 63, anno XXI, 2018/3, 153).

¹⁵ F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in RIDPP, 4/2016, 1796 ss.

¹⁶ F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani*, cit. 1798.

Un'azione di contrasto alla tratta di esseri umani, fenomenologia criminosa che si è diffusa in parallelo con la globalizzazione e l'incremento della mobilità umana, è resa difficoltosa dal carattere clandestino che ne caratterizza le manifestazioni. Solo una visione complessiva del fenomeno e delle rispettive cause può aspirare a produrre risultati di maggiore e più tangibile successo¹⁷. In questa direzione si presenta come particolarmente interessante il progetto "Lavoro stagionale. Dignità e legalità", elaborato dall'Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare, promosso da Coldiretti e Anci, ma aperto anche ad altre adesioni¹⁸. Il Procuratore Generale della Corte di Cassazione, Giovanni Salvi, autore e promotore del progetto, ha sottolineato, tra le altre una fondamentale caratteristica di questa proposta - peraltro già concordata con il Ministro degli Esteri - secondo la quale il lavoratore straniero, che svolge alcuni periodi stagionali di lavoro in agricoltura in Italia, possa già ottenere il permesso di soggiorno. L'innovazione consiste nel fatto che il lavoratore, cessato il periodo massimo di permanenza autorizzata, accetta di ritornare per un periodo di tre mesi nel paese di provenienza, ma avendo già ottenuto il visto di reingresso, a seguito della pattuizione di successivi periodi di lavoro stagionale, garantiti dalle organizzazioni, quali per esempio Coldiretti. Ecco un esempio di come possa virtuosamente innescarsi un meccanismo di uscita dai circuiti perversi di sfruttamento della illegalità e, ripristinando i canali legali di ingresso del migrante economico, si possano sottrarre ingenti profitti alla criminalità organizzata.

¹⁷ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., 86 ss.

¹⁸ È stata organizzata - alla presenza dei Ministri degli Esteri, dell'Interno, della Giustizia, delle Politiche agricole alimentari e forestali, del Lavoro e delle Politiche sociali - una presentazione il 18 febbraio 2020: <https://www.osservatorioagromafie.it/lavoro-stagionale-dignita-e-legalita/>.

CADE LA PRECLUSIONE AL BILANCIAMENTO EX ART. 69 C.P. PER I RECIDIVI REITERATI RICONOSCIUTI SEMINFERMI DI MENTE*

Corte Costituzionale, Sentenza del 7 aprile 2020 – dep. 24 aprile 2020, n. 73,
CARTABIA Presidente – VIGANÒ Redattore

Francesca Rocchi

Reati e pene - Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti - Divieto di prevalenza del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 cod. pen. rispetto alla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. - Codice penale, art. 69, comma quarto, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla L. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)

Sommario: **1.** Premessa sul contesto normativo e giurisprudenziale in cui si colloca il *decisum*. - **2.** Il caso di specie e le censure sollevate. - **3.** La decisione della Corte e qualche breve riflessione conclusiva.

MASSIMA

È costituzionalmente illegittimo l'art. 69, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 89 cod. pen. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. Nel concorso tra circostanze eterogenee disciplinate dall'art. 69 c.p., il giudice potrà ritenere anche prevalente la diminuzione della seminfermità mentale (art. 89 c.p.), ove il caso concreto lo richieda, sulla dichiarata recidiva reiterata

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

1. Premessa sul contesto normativo e giurisprudenziale in cui si colloca il *decisum*.

La pronuncia della Corte costituzionale in commento, accogliendo le questioni sollevate dal Tribunale ordinario di Reggio Calabria con ordinanza n. 121 del 29 gennaio 2019¹, dichiara parzialmente illegittimo l'art. 69, comma 4 c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del vizio parziale di mente, di cui all'art. 89 c.p., sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata, di cui all'art. 99, comma 4 c.p.

La sentenza si inserisce nel solco di un lento processo di erosione, ad opera della Consulta, della c.d. blindatura al giudizio di prevalenza tra circostanze eterogenee introdotta dalla l.n. 251/2005 (c.d. ex Cirielli)² nei confronti del recidivo reiterato (artt. 69 co. 4 e 99, comma 4 c.p.), mettendo ancora una volta in risalto la problematicità dell'istituto di cui all'art. 69 c.p., non solo per il sistema delle circostanze del reato, ma per l'intero sistema commisurativo e sanzionatorio vigente³.

Si tratta di uno dei meccanismi di commisurazione, c.d. in senso lato, che ha subito nel tempo le più incisive riforme, sia a livello normativo sia ad opera della giurisprudenza costituzionale. Si pensi alla discussa novella del 1974⁴ che ha esteso il potere discrezionale del giudice includendo nel giudizio di comparazione le circostanze inerenti alla persona del colpevole – come quelle di cui si discute – e quelle ad effetto speciale c.d. autonome (o indipendenti), non a caso originariamente escluse da tale comparazione. Riforma parzialmente sovvertita poi dalla citata novella del 2005, di segno diametralmente opposto, che, invece, ha inteso limitare il potere discrezionale del giudice, precludendo il giudizio di prevalenza di qualsiasi attenuante solo nei confronti del recidivo reiterato. A queste riforme si sono aggiunte, nel corso degli anni, le diverse eccezioni alla regola, costituita dalla previsione di cui all'art. 69, commi 1-3 c.p., che ha subito vari ripensamenti da parte del legislatore – soprattutto per specifiche fattispecie incriminatrici di particolare allarme sociale, ad esempio in materia di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico – che limitano il giudizio di prevalenza, e perfino quello di equivalenza, delle attenuanti nei confronti delle aggravanti speciali per tali delitti contemplate⁵, fino ad arrivare alla recente introduzione ad ope-

¹ Cfr. Trib. Reggio Calabria, 12.01.2019, R.O. n.121/2019, in *G.U.*, 36/2019.

² Legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione).

³ Il giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee è stato definito, infatti, come «una delle chiavi di volta del sistema penale italiano, data l'esuberante e massiccia presenza in esso di previsioni circostanziali suscettibili di modificare profondamente il trattamento sanzionatorio», cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2006, 254.

⁴ D.l. 11 aprile 1974, n. 99 (Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale) convertito, con modificazioni, nella l. 7 giugno 1974, n. 220. Cfr. per tutti, PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Cedam, 1985, *passim*.

⁵ Per quelle previste all'interno del codice, si vedano gli artt. 280 e 280-bis c.p., il delitto di attentato per finalità terroristiche o di eversione (che era stato abrogato dal d.lg.lt. n. 288/1944), nei quali, oltre a prevedere diverse aggravanti speciali, all'ultimo comma, analogamente all'art. 1 l. n. 15/1980, si è disposto testualmente che «le circostanze attenuanti concorrenti con le circo-

ra del d.lgs. n. 21/2018 dell'art. 69-*bis* c.p.⁶, che modifica il giudizio di comparazione per alcune classi di reati ed in relazione a specifiche fattispecie circostanziali.

Tali preclusioni ad una omnicomprensiva valutazione del disvalore del fatto e della rimproverabilità dell'autore, ai fini dell'individualizzazione della pena nel caso di reato circostanziato da elementi accidentali di segno opposto, sono state spesso oggetto di recisa censura da parte della giurisprudenza costituzionale, che in molti casi ha condotto a dichiarazioni di illegittimità come quella in commento.

La decisione *de qua*, infatti, risulta essere solo l'ultima di una ormai cospicua sequela di pronunce di accoglimento della Corte Costituzionale che, attraverso una metodologia definita casistica, ha dichiarato parzialmente illegittimo il divieto di subvalenza imposto dall'art. 69, comma 4 c.p. per il recidivo reiterato, in relazione finora a

stanze aggravanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste». Altre ipotesi di deroga al regime di comparazione sono quelle riguardanti il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-*bis*, co. 5, c.p., introdotto dall'art. unico della l. 18 maggio 1978, n. 191), così come l'ipotesi del sequestro di persona per finalità di estorsione (art. 630 c.p.), nelle quali l'incidenza di eventuali attenuanti riceve un trattamento autonomo, con l'indicazione specifica delle varie diminuzioni di pena da effettuarsi sulla pena precedentemente aggravata dalle circostanze speciali ivi previste. Anche con riferimento a tale deroga al consueto meccanismo di dosimetria sanzionatoria ex art. 69 c.p. è intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n. 68 del 23.3.2012, in *Giur. cost.*, 2012, 267 ss., con nota di SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente "preso - troppo? - sul serio*. Con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p., nella parte in cui non prevede l'applicabilità dell'attenuante prevista dall'art. 311 c.p., per i delitti contro la personalità dello Stato, tra i quali rientra il sequestro terroristico o eversivo, che consente al giudice di diminuire la pena «quando, per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità». Cfr., fra gli altri, SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 2393 ss. In merito alle eccezioni al giudizio di equivalenza e prevalenza, contenute nel nostro codice penale, si veda, inoltre, la recente introduzione del comma 5 dell'art. 624 *bis* c.p. ad opera della l. n. 103/2017. Per un esempio tratto, invece, dalla legislazione complementare, si veda la deroga presente nell'art. 1 d.l. n. 625/1979, secondo il quale, quando ricorre l'aggravante della finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, le attenuanti non possono essere considerate equivalenti o prevalenti rispetto ad essa; e quella di cui all'art. 12, comma 3-*quater* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che stabilisce: «Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti». In generale, sulle c.d. "blindature" al giudizio di bilanciamento per i reati particolarmente gravi cfr. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino 2010, 3 ss. e *passim*.

⁶ "Casi di esclusione del giudizio di comparazione fra circostanze. Per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numeri da 1) a 6), del codice di procedura penale le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui agli articoli 111 e 112, primo comma, numeri 3) e 4), e secondo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste se chi ha determinato altri a commettere il reato, o si è avvalso di altri nella commissione del delitto, ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale ovvero il fratello o la sorella e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti".

circostanze attenuanti speciali ad effetto speciale o c.d. indipendenti, esclusivamente di carattere oggettivo⁷.

Come più volte motivato dalla Corte e ricordato dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rinvio, non si tratta di censurare il meccanismo di bilanciamento delle circostanze eterogenee di per sé, o ancora meglio le deroghe *tout court* a tale giudizio, che restano una scelta discrezionale del legislatore, perciò insindacabile costituzionalmente. Bensì di verificare se il meccanismo presuntivo *iuris et de iure*, sotteso all'automatismo sanzionatorio generato da queste, sia manifestamente irragionevole e perciò se impedisca una determinazione della pena proporzionata sia all'oggettiva offensività del fatto, sia al grado di rimproverabilità del suo autore, così come impongono il principio di personalità della responsabilità penale, la finalità rieducativa della pena e, non ultimo, il principio di proporzionalità della pena, cui agli artt. 3, 27 commi 1 e 3 Cost., secondo i parametri ormai tipici delle questioni di costituzionalità che concernono la proporzionalità della misura della pena, sia che si tratti di limiti edittali, sia che si tratti, come nel caso di specie, di circostanze.

Come ricordato anche nell'ordinanza di rinvio, le sempre più numerose blindature al giudizio di prevalenza ed equivalenza tra circostanze eterogenee, introdotte *ope legis*, non solo in tema di recidiva reiterata, secondo un ormai costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, sono da considerarsi censurabili soltanto ove «trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio»⁸, non potendo giungere

⁷ Si riportano le sentenze della Consulta, precedenti a quella in commento, che hanno dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 69, co. 4 c.p. laddove non consentiva un giudizio di prevalenza rispetto alla recidiva reiterata con riguardo a singole attenuanti speciali ad effetto speciale o autonomo: cfr. C. Cost. sent. 15 novembre 2012, n. 251, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del 4° comma dell'art. 69 c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, del d.P.R. n. 309/1990, sull'aggravante della recidiva reiterata, riscontrando nella normativa censurata «una violazione di ben tre principi: proporzione, offensività e rieducazione». L'attenuante di cui al co. 5 art. 73 d.P.R. 309 del 1990 è successivamente venuta meno in favore di un'autonoma fattispecie di reato segnata, appunto, dalla lieve entità del fatto di narcotraffico. Per ulteriori approfondimenti, tra i molti, v. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., 20; TESAURO, *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente pilota?*, in *Foro it.*, 2013, 2405 ss.; NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta 'lima' il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755 ss.; BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze cd. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, 4057 ss. Cfr. C. Cost., 14 aprile 2014, nn. 105 e 106, in *Giur. cost.*, 2014, 1849 ss., con nota di BERNASCONI, *L'ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze*, con riguardo, rispettivamente, all'attenuante di cui al secondo comma dell'art. 648 c.p., relativamente alla ricettazione di particolare tenuità; e all'attenuante di cui al terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p., concernente la violenza sessuale di minore gravità; *Id.*, sent. 7 aprile 2016, n. 74, in *Giur. cost.*, 2016, 673 ss., con nota di MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora 'privilegiato'?*, con riguardo all'attenuante di cui al comma 7 dell'art. 73 del citato d.P.R. n. 309 del 1990, a proposito dei comportamenti volti a prevenire conseguenze ulteriori del reato, anche mediante collaborazione con l'autorità giudiziaria, *Id.*, sent. n. 205 del 2017 con riguardo all'attenuante di cui al terzo comma dell'art. 219 del r.d. n. 267 del 1942, con riferimento al danno patrimoniale di speciale tenuità nei fatti di bancarotta e ricorso abusivo al credito.

⁸ Così C. Cost., sent. n. 68/2012, cit. *supra*, nota precedente; in senso conforme, sent. n. 88/2019, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, co. 2, quarto periodo, cod.

in alcun caso «a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale»⁹.

A differenza di questi precedenti, però – come bene mette in luce il giudice rimettente –, nel caso in esame, il divieto di subvalenza per i recidivi reiterati riguarda il vizio di parziale infermità mentale (art. 89 c.p.): circostanza attenuante comune ad effetto comune, per di più «inerente la persona del colpevole», categoria alla quale appartiene la stessa recidiva, ai sensi del chiaro disposto dell'art. 70, comma 2 c.p.

Sembra, infatti, opportuno ricordare come, nell'originario disegno del codice penale del 1930, le circostanze «inerenti alla persona del colpevole» (c.d. soggettive), insieme a quelle c.d. indipendenti o ad effetto speciale, fossero escluse dal giudizio di prevalenza od equivalenza ex art. 69 c.p., stante la difficoltà per il giudice di porle in comparazione con altre circostanze di segno opposto e di natura tanto diversa perché inerenti all'oggettività del reato¹⁰, nonché soprattutto per evitare che in caso di subvalenza vi fosse addirittura l'effetto di elisione¹¹.

Stante la loro peculiare natura di circostanze di carattere «soggettivo», e dunque di circostanze «tradizionalmente, logicamente e dogmaticamente meritevoli della medesima considerazione»¹² il giudice rimettente teme che l'esclusione dall'unitaria e omnicomprensiva valutazione in sede commisurativa di una delle due circostanze (in questo caso il vizio parziale di mente), seppur limitata al giudizio di prevalenza, possa condurre a esiti irragionevoli, impedendo di graduare il trattamento sanzionatorio in relazione all'effettiva personalità del soggetto agente, col rischio di irrogare pene identiche a quelle usualmente inflitte per fatti ben più gravi, omettendo al contempo un vaglio individualizzante in relazione alla concreta responsabilità colpevole del reo, con violazione dei principi espressi dagli artt. 3 e 27, comma 1 Cost., penalizzando di conseguenza una proficua futura risocializzazione del reo ex art. 27, comma 3 Cost.

Prima di sollevare tali dubbi di legittimità costituzionale, in punto di proporzionalità e individualizzazione della pena, il giudice rimettente si trova, però, a dover affrontare pregiudizialmente, in punto di rilevanza della questione, un altro, ancor più complesso, problema di carattere dommatico, relativo alla compatibilità del rico-

strada, nella parte in cui prevedeva automaticamente la revoca della patente, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per i reati di omicidio stradale (art. 589-*bis* c.p.) e lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590-*bis* c.p.), allorché non ricorrano le circostanze aggravanti della guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti.

⁹ Cfr. C. Cost., sent. n. 251, cit.

¹⁰ Così motivava il Guardasigilli Rocco nella sua *Relazione al Re*, n. 47: «Le disposizioni sulla prevalenza e sulla equivalenza non possono trovare applicazione riguardo alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, ossia a quelle che riguardano la imputabilità e la recidiva. Tali circostanze escono, per così dire, dal quadro dell'equivalenza e della prevalenza essendo del tutto eterogenee rispetto alle altre circostanze comuni o speciali. Sarebbe evidentemente un assurdo, per es. compensare il vizio parziale di mente con l'abuso dei poteri inerenti ad una pubblica funzione, o la recidiva con la provocazione».

¹¹ Per approfondire l'istituto nella sua versione originaria, prima dell'intervento novellistico del 1974, cfr. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Jovene, 1971, *passim*; per gli effetti della riforma sul complessivo sistema delle circostanze del reato, tra i molti, v. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, 1983, *passim*.

¹² Così nell'ordinanza di rimessione, nelle considerazioni in diritto.

noscimento del vizio parziale di mente con la recidiva reiterata che, come vedremo meglio avanti, risolve in senso positivo.

Proprio sotto questo profilo l'ordinanza di remissione risulta viepiù interessante, perché affronta il delicato rapporto tra due istituti molto controversi, solo apparentemente tra loro confliggenti, che si pongono a metà strada tra la colpevolezza e la pericolosità, dando luogo altresì in modo diretto (la seminfermità mentale, artt. 89 c.p. e 219 c.p.) o indiretto (la recidiva, art. 99 c.p., attraverso le figure dei delinquenti qualificati ex artt. 102, 103 e 105 c.p.) all'applicazione eventuale di misure di sicurezza, anche di tipo detentivo, in base al nostro discusso sistema sanzionatorio a doppio binario, con tutto ciò che questo comporta sotto il profilo dommatico e politico-criminale, che in questo breve commento possiamo solo limitarci ad accennare.

2. Il caso di specie e le censure sollevate.

Come accennato, il giudice del Tribunale ordinario di Reggio Calabria ritiene che il divieto di prevalenza della diminuzione del vizio parziale di mente rispetto alla recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4 c.p. violi esigenze essenziali di uguaglianza, *sub specie* ragionevolezza e proporzionalità (art. 3 Cost.), di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1 Cost.), di finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3 Cost.) nonché di protezione dei diritti della persona, con particolare riguardo al diritto alla salute (art. 32 Cost.).

Il giudice *a quo* era chiamato a giudicare della responsabilità penale di due concorrenti in un reato di furto pluriaggravato, di cui agli artt. 624, 625, nn. 2) e 7), e 61, n. 5), c.p., in sede di giudizio abbreviato, condizionato all'espletamento di una perizia psichiatrica sullo stato di salute mentale degli imputati, ai quali era stata altresì contestata la recidiva reiterata, specifica e infraquinquennale (art. 99, comma 4 c.p.), in relazione a plurimi precedenti per reati contro il patrimonio, alcuni dei quali commessi in epoca piuttosto recente.

Entrambi i correi presentavano progressi ricoveri per disturbi psichici e dalla perizia emergeva che erano affetti da diverse «alterazioni psicopatologiche che soddisfano i criteri diagnostici per il disturbo della personalità», insieme al disturbo da assunzione di sostanze (oppiacei) per entrambi e, per uno dei due, anche ad un quadro di depressione persistente, tali per cui il perito aveva concluso che «la capacità di intendere e di volere al momento del fatto reato era grandemente scemata ma non totalmente abolita», inducendo dunque a ritenere integrata la diminuzione del vizio parziale di mente ex art. 89 c.p.

Molto significativa in relazione alla questione rimessa alla Corte è la storia criminale dei due imputati, dalla quale emergeva un passato, anche recente, costellato di condanne definitive per reati della stessa indole di quello *sub iudice* (rapina, furto tentato e consumato, ricettazione, danneggiamento), sia sotto il profilo del medesimo bene giuridico offeso, sia delle analoghe modalità di offesa, nel quinquennio precedente alla commissione del fatto per il quale si procedeva ed in relazione ai quali già in passato altri giudici avevano riconosciuto la recidiva reiterata e, all'esito del bilanciamento con altre circostanze, avevano deciso per l'equivalenza e una volta perfino per la prevalenza del vizio parziale di mente sulle aggravanti, nonostante la contestazione della recidiva reiterata di cui al comma 4 dell'art. 99 c.p. e sebbene l'art. 69, comma 4 c.p. già prevedesse la deroga citata.

All'esito di una scrupolosa analisi dei precedenti degli imputati, il giudice *a quo* ha pertanto ritenuto di non potere escludere nei loro confronti la recidiva reiterata, specifica ed infraquinquennale ex art. 99, comma 4, seconda ipotesi, così come contestata, in quanto sussistevano tutti gli indici rilevatori di una relazione qualificata tra i descritti precedenti ed il nuovo illecito (il furto in concorso di due pluviali in rame). La medesimezza dell'indole degli episodi delittuosi reiterati a distanza di poco tempo, nonché l'omogeneità del contesto nel quale le condotte sono state poste in essere e delle loro stesse modalità, hanno indotto il giudice, seguendo un orientamento giurisprudenziale ormai granitico¹³, a ritenere che, «al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali» nel casellario giudiziale, la reiterazione nel reato fosse un effettivo sintomo di maggiore colpevolezza e di una più elevata capacità a delinquere dei due imputati. Accanto ad una più accentuata pericolosità sociale, ritenuta evidentemente immanente all'affermazione dell'esistenza di disturbi di tipo psichiatrico e dunque di un vizio parziale di mente – questo non è specificato nell'ordinanza –, il giudice di merito ha ritenuto che da tale relazione qualificata tra i precedenti e il nuovo fatto emergesse altresì «una peculiare insensibilità degli imputati nei confronti delle condanne precedentemente riportate e dell'implicito monito a non violare più la legge, in esse contenuto, comportando un maggiore addebito anche in termini di rimproverabilità soggettiva».

Non è sfuggito, tuttavia, al giudice *a quo*, come potesse sembrare contraddittorio affermare che un soggetto possa essere riconosciuto affetto da disturbi psichici di tale gravità da far scemare la capacità di intendere e volere e da risultare determinanti nell'eziologia del reato, e che al contempo possa essergli imputato di aver dimostrato, nel continuare a delinquere, una maggiore rimproverabilità, intesa come insensibilità nei confronti del monito derivante dalle precedenti condanne, restando dubbio se questo fosse realmente consapevole dell'ammonimento in quelle contenuto.

In altre parole, il giudice si avvede bene che, per affermare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, è necessario prima risolvere il delicato problema inerente la compatibilità tra recidiva e seminfermità.

Il giudice *a quo* risolve questo delicato problema sul piano dommatico, con estrema chiarezza, affermando che il vizio parziale di mente si colloca sul piano contiguo, ma diverso, del giudizio di imputabilità, che precede quello di colpevolezza, nel quale rientra anche la valutazione dell'incidenza dei precedenti penali sulla rimproverabilità del soggetto, senza che i due piani si confondano l'uno nell'altro.

Da ciò discende che nei confronti di un soggetto riconosciuto solo parzialmente (in)capace di intendere e volere non possa essere esclusa *tout court* la recidiva reiterata, pur in presenza di univoci indici rivelatori, solo sulla base di una asserita

¹³ Per tutte, cfr. C. Cost., sent. 23 luglio 2015, n. 185, in www.giurcost.it. e in www.cortecostituzionale.it, con note di BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in *Giur. it.*, 2015, 2484 ss.; PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 2015, 1412D; e, volendo, di ROCCHI, *Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata" e il relativo automatismo sanzionatorio, e il relativo automatismo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1493 ss.; e Cass., sez. un. pen., sentenze n. 35738 del 27 maggio-5 ottobre 2010; n. 20798 del 24 febbraio 2011 sentenza 2010, n. 35738, nonché, *inter alia*, Cass. Pen, Sez. VI, sent. 28 giugno-5 agosto 2016, n. 34670.

impossibilità di muovere nei suoi confronti un addebito di maggior rimproverabilità soggettiva, in quanto ciò significherebbe conferire al vizio di mente un valore tanto determinante nella genesi del reato da escludere che il reo plurirecidivo possa essere sufficientemente sensibilizzato e motivato dai moniti provenienti dalle condanne riportate in precedenza, come peraltro sembrerebbe affermare la giurisprudenza di legittimità prevalente¹⁴.

Cionondimeno il giudice sottolinea come – ed è stato questo l'argomento determinante per la Consulta – anche volendo riconoscere un ruolo decisivo nell'eziologia del reato alla condizione di seminfermità mentale, escludere del tutto la recidiva nel procedimento commisurativo condurrebbe ad esiti sanzionatori discriminatori ed irragionevoli, equiparando *quoad penam* situazioni concrete ben diverse, come quelle di coloro che, a parità di condizioni di infermità, abbiano una storia criminale anteatta opposta, perché ad esempio un soggetto abbia commesso plurimi reati della stessa specie di quello per cui si procede, mentre l'altro soggetto, parimenti seminfermo, non abbia precedenti penali o non ne abbia di altrettanto significativi.

Risolto dunque sul piano teorico il delicato rapporto tra recidiva e vizio parziale di mente, il rimettente precisa, in punto di rilevanza della questione, come nel caso di specie il bilanciamento, se non fosse precluso dalla disposizione censurata dell'art. 69, comma 4 c.p., lo avrebbe sicuramente condotto a ritenere prevalente il vizio parziale di mente.

Infine, sotto il profilo della non manifesta infondatezza, il giudice *a quo*, dopo aver richiamato tutti i precedenti della Consulta in merito al giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee, pur essendo consapevole che questi abbiano finora riguardato circostanze attenuanti di tipo oggettivo e ad effetto speciale (v. *supra* § 1), sottolinea come il principio di proporzione della pena debba tenere conto, non solo della effettiva gravità del fatto, ma anche della personalità e della colpevolezza del suo autore, che non può dunque appiattirsi solo sulla considerazione del rilevante passato criminale di un reo plurirecidivo, bensì deve tener conto anche delle cause che ne determinano una ridotta capacità a delinquere, specie per infermità di mente. In caso contrario, verrebbe violato altresì il diritto di salute (art. 32 Cost.), poiché il soggetto semi-imputabile per vizio di mente dovrebbe ricevere dall'ordinamento una «risposta

¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. n. 35006/2010, citata nell'ordinanza di rinvio, che in realtà sembra confondere il criterio dell'imputazione soggettiva del dolo con la categoria della colpevolezza, laddove afferma che «nello stato di imputabilità diminuita per vizio parziale di mente residua pur sempre una capacità, sia pure scemata, di intendere e di volere», cosicché «può ben essere configurato il dolo, non impedendo la ridotta imputabilità che l'evento sia preveduto e voluto dall'agente come conseguenza della propria azione od omissione. Non è, pertanto, irrazionale che possa essere prevista anche per il seminfermo di mente l'applicazione obbligatoria della recidiva, soprattutto ove si consideri che, proprio la possibilità di effettuare il giudizio di comparazione da un lato consente un trattamento sanzionatorio più severo nel caso in cui il giudice ritenga la prevalenza della recidiva, ma dall'altro consente un trattamento sanzionatorio più mite nel caso in cui il giudice stesso ritenga la prevalenza della circostanza inerente nella persona del colpevole, rimanendo in tal modo salvaguardata la discrezionalità del giudicante». In senso analogo anche Cass. pen., sez. VI, 19.04.2017, n. 27086, in CED Cass. pen. 2017, che afferma che non sussiste incompatibilità tra la recidiva ed il vizio parziale di mente, in quanto quest'ultimo non impedisce di rinvenire nella condotta dell'agente l'elemento soggettivo del dolo.

alla commissione di un fatto reato che sia non solo funzionale alla rieducazione ma, anche e soprattutto, improntata alla tutela della [sua] salute».

3. La decisione della Corte e qualche breve riflessione conclusiva.

In punto di rilevanza delle questioni sollevate, nel respingere un'eccezione avanzata dall'Avvocatura dello Stato, la Consulta chiarisce come il giudice *a quo*, nel caso in esame, a differenza di quelli che avevano sollevato questioni analoghe, respinte dalla Corte¹⁵, abbia motivato in modo piuttosto ampio e convincente la sussistenza dell'aggravante della recidiva, sotto il profilo della consapevolezza, da parte degli imputati, dell'ammonimento contenuto nelle precedenti condanne, nonostante le gravi patologie da cui erano affetti.

La vicinanza temporale tra i precedenti delitti ed il nuovo e le omogenee caratteristiche di questi hanno persuaso il giudice a riconoscere non solo la maggiore pericolosità sociale degli imputati, bensì il loro maggiore grado di colpevolezza, intesa come maggiore rimproverabilità nella persistente decisione di violare la legge penale, nonostante l'ammonimento individuale scaturente dalle pregresse condanne. Né l'applicazione della recidiva in questo caso, ad avviso del rimettente, sarebbe in contraddizione con il riconoscimento di un vizio parziale di mente, che pur essendo nel loro caso tale da ridurre la capacità di orientare la condotta secondo criteri di «appropriatezza e di opportunità», oltre che di «pesatura del rischio», non lo era a tal punto da annullare del tutto la consapevolezza dell'ammonimento, rappresentato dalle numerose condanne pronunciate nei loro confronti.

Chiarito dunque che la rilevanza della questione è stata enunciata dal giudice *a quo* in misura adeguata, con argomentazioni plausibili, come richiesto dal costante insegnamento della stessa Corte Costituzionale (sent. n. 250/2018), avendo egli motivato ampiamente le ragioni per le quali non sono da ritenere vicendevolmente incompatibili le due circostanze soggettive della seminfermità mentale e della recidiva, i giudici delle leggi non ritengono necessario prendere posizione sulla «(notoriamente controversa) ricostruzione dell'imputabilità come mero presupposto del giudizio di colpevolezza, ovvero come elemento costitutivo di tale categoria dogmatica»¹⁶, as-

¹⁵ C. Cost., sent. n.120/2017 e ord. n. 145/2018, nelle quali la Corte aveva ritenuto irrilevanti questioni analoghe a quella in esame, non avendo i giudici rimettenti chiarito le ragioni per le quali avevano applicato la recidiva, nonostante il contestuale riconoscimento della presenza nel reo di gravi patologie o disturbi della personalità, che necessariamente incidevano sul grado di colpevolezza, seppur in direzione opposta.

¹⁶ Per usare le stesse parole della Corte, v. § 3 delle considerazioni in diritto. Sul concetto di imputabilità cfr., in una bibliografia assai vasta, BALBI, *Infermità di mente e imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 844 ss.; BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè 1990; *passim*; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2012, vol. II, sub. art. 88, 33 ss.; COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Giappichelli, 2007, *passim*. In dottrina, una posizione originale rispetto all'imputabilità e al suo rapporto con la colpevolezza è rappresentata da MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, 1992, 92, ove si propone una categoria deeticizzata di responsabilità penale personale, da sostituirsi alla colpevolezza, nella quale rientrerebbe sia il fatto dell'imputabile sia quello del non imputabile, che «già attualmente dovrebbero essere valutati, in sede di inflizione della sanzione, secondo i criteri di proporzione ed in un'ottica di prevenzione».

sunto dal quale è invece partito il ragionamento del giudice del rinvio. D'altronde l'unica cosa che interessava la Corte era giudicare l'ammissibilità o meno delle questioni e il loro rilievo nella risoluzione del caso *a quo*.

Nel merito, le questioni sollevate dal tribunale con riferimento agli artt. 3 e 27, commi 1 e 3 Cost. sono state ritenute fondate, in quanto il principio di proporzionalità della pena, secondo il costante insegnamento della Consulta (da ultimo, sent. n. 222/2018), impone che questa sia graduata non solo rispetto alla gravità oggettiva del reato, bensì anche in rapporto al disvalore soggettivo espresso dal fatto. La Corte puntualizza, inoltre, che nel *quantum* di pena che rispecchia il disvalore soggettivo debbano rientrare, oltre alla volontà criminosa (dolosa e colposa) e all'intensità e al grado di essa, anche quei fattori che hanno eventualmente influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile. Tra questi non possono non includersi anche le patologie o disturbi significativi della personalità, come quelli che secondo la scienza medico-forense sono idonei a diminuire, pur senza escluderla totalmente, la capacità di intendere e di volere dell'autore del fatto¹⁷.

In tali ipotesi sarebbe irragionevole e soprattutto sproporzionato punire gli autori con un *quantum* di pena pari a quello applicabile nei confronti di «chi si sia determinato a compiere una condotta identica, in condizioni di normalità psichica».

È questo l'argomento del rimettente che la Corte ritiene insuperabile, ovvero quello relativo al principio di uguaglianza, *sub specie* ragionevolezza e parità di trattamento, in cui si compendia il principio di proporzionalità della pena¹⁸, laddove il giudice *a quo* sottolinea come il divieto di prevalenza previsto dall'art. 69, comma 4 c.p. comporti una indebita parificazione di fatti dall'identico disvalore oggettivo, ma dal diverso grado di rimproverabilità soggettiva. Risultato che la Corte ha sempre considerato confliggente, non solo con l'art. 3 Cost., ma prima ancora con l'esigenza di personalizzazione della pena, insita nel principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1 Cost.) e nella finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3 Cost.).

La Corte sembra dire, infatti, che il riconosciuto carattere discrezionale dell'aggravante della recidiva (anche reiterata) non può giustificare un procedimento commisurativo in cui il giudice sia costretto a non riconoscere l'aggravante soggettiva, nonostante la presenza di chiari indici rivelatori, pur di non irrogare una pena sproporzionata alle effettive condizioni soggettive, anche di salute psichica, del reo.

¹⁷ Così come definiti da Corte di cassazione, Sez. un. pen., sent. 25 gennaio-8 marzo 2005, n. 9163, imp. Raso, in Cass. C.E.D., n. 230317; e in *Dir. pen. proc.*, 2005, 837 ss. con nota di BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, ivi, 853 ss. e in *Riv. med. leg.*, 2005, p. 373 ss., con nota di MERZAGORA BETSOS, *I nomi e le cose*, ivi, 403 ss., che si muove nel solco interpretativo già prefigurato da Cass., Sez. VI, 12 marzo 2003, Moranzio, in *C.e.d. Cass. pen.*, n. 226006, e da Cass., Sez. V, 23 marzo 2004, Pellicane, in *C.e.d. Cass. pen.*, n. 228866, che, recependo le posizioni più evolute della psichiatria forense, hanno incluso i «disturbi della personalità» tra le patologie rilevanti ex artt. 88 e 89 c.p..

¹⁸ Cfr., per tutti, CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, in www.cortecostituzionale.it, nonché MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1426 ss.; CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, II, 2012, 98

La conseguenza inevitabile di ciò è pertanto consentire al giudice di ritenere, laddove ricorrano i presupposti, l'attenuante della seminfermità prevalente rispetto a quella della recidiva reiterata, in modo da rendere la pena effettivamente proporzionata non solo al disvalore oggettivo del fatto, ma anche al diverso e, in tal caso, ridotto grado di rimproverabilità soggettiva dell'autore.

Ripristinati gli assetti costituzionali, anche con riferimento al meccanismo di bilanciamento delle circostanze per il recidivo seminfermo di mente, la Corte ritiene dunque che non vi sia un sacrificio né delle esigenze individuali di salute del reo, ritenendo assorbita la questione formulata in riferimento all'art. 32 Cost., né di tutela della sicurezza collettiva contro l'accentuata pericolosità sociale del recidivo reiterato, come paventato dalla difesa dello Stato. L'esigenza di garantire la sicurezza della collettività, secondo la Corte, sarebbe, infatti, già sufficientemente garantita nel sistema vigente dall'eventuale applicabilità di una misura di sicurezza, da individuarsi secondo i criteri oggi indicati nell'art. dall'art. 3-ter, comma 4, d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, nella l. 17 febbraio 2012, n. 9, sempre con l'obiettivo di sostenere il «riadattamento alla vita sociale», ricordato dalla Corte nel richiamare la recente sentenza n. 24/2020.

Interessante, sotto un profilo politico-criminale, la chiosa finale della Corte, nella quale si auspica una «razionale sinergia tra pena e misure di sicurezza», tipica del nostro controverso sistema sanzionatorio a doppio binario, che ritiene essere l'unica strada effettivamente utile da perseguire per consentire una prevenzione del rischio di commissione di nuovi reati, specie da parte di soggetti affetti da vizio parziale di mente, rispetto ad indebite forzature del sistema commisurativo, tali da portare a pene eccessivamente sproporzionate rispetto alla reale rimproverabilità dell'autore, con inevitabili squilibri del sistema costituzionale¹⁹.

¹⁹ Occorre ricordare, infatti, che durante la scorsa legislatura la Commissione, presieduta dal prof. Marco Pelissero, incaricata con d.m. 19 luglio 2017 dal Ministro della Giustizia Orlando di redigere lo schema di decreto legislativo a seguito della delega parlamentare del 23 giugno 2017, n. 103, ha prodotto un Progetto di riforma del sistema del doppio binario e dell'imputabilità in generale, così come era indicato nella legge delega (art. 1, co. 16, lett. c l. n.103/2017), che, in linea di continuità con quanto avevano già proposto i più recenti progetti di riforma del codice penale (in particolare si pensi a quelli delle Commissioni Grosso, Nordio, Pisapia), elimina per i soggetti condannati con vizio parziale di mente l'applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza, uno dei punti più deprecabili della disciplina del codice Rocco. In particolare, per tali soggetti il progetto ministeriale prevedeva un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno diminuito la capacità dell'agente, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative. Tali proposte non hanno trovato però accoglimento nello schema di decreto legislativo sulla riforma dell'ordinamento penitenziario, in quanto non è stata data attuazione alla delega in materia di riforma delle misure di sicurezza personali. Su tale proposta, v. da ultimo, RONCO, *Proposta di riforma sulle misure di sicurezza personali e sull'imputabilità*, in *Arch. pen.*, 2018, 7 s., spec. 12 s.; BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il codice penale. Dal Codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, Commissioni a confronto*, in *Sistema pen. web*, 25 febbraio 2020.

LE SEZIONI UNITE E LA COLTIVAZIONE PER USO PERSONALE. ADELANTE, CON JUICIO*

Nota a Cass. pen., Sez. Un., 19 dicembre 2019 (dep. 16 aprile 2020), n. 12348

Enrico Contieri**

Sommario: **1.** Contenuto e limiti di accertamento dell'offesa nel delitto di coltivazione di piante da cui sono ricavabili sostanze stupefacenti. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite. – **2.** La soluzione delle Sezioni Unite: oltre il contrasto e alle radici del problema. – **2.1.** Offensività e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia di stupefacenti. – **2.2.** La giurisprudenza di legittimità e il problema della rilevanza penale della coltivazione per uso domestico. – **2.3.** Tipicità e offesa della condotta di coltivazione nella pronuncia delle Sezioni Unite. – **3.** Una svolta soltanto a metà: meriti, limiti e criticità della soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

ABSTRACT

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione, nella sua più autorevole composizione, si è pronunciata in merito ad un contrasto interpretativo circa il contenuto e le modalità dell'accertamento di offensività in concreto nella condotta di coltivazione di piante da cui sono ricavabili sostanze stupefacenti. In modo inaspettato, la Corte ha ripensato in radice la soluzione formalistica e di rigore adottata con la precedente pronuncia Di Salvia, sancendo la piena liceità – anche amministrativa – della coltivazione di tipo 'domestico' finalizzata al consumo personale. Al di là dello straordinario merito di aver adottato un metodo di tipo teleologico nell'interpretazione delle fattispecie penali, espressivo di un'opzione culturale incline a valorizzare l'aspetto sostanziale del reato e il suo significato oggettivo di disvalore, la pronuncia, nel delineare concretamente i rapporti tra tipicità e offesa del delitto di coltivazione, solleva tuttavia alcune perplessità di ordine sia teorico che applicativo, che la giurisprudenza futura, soprattutto di merito, sarà inevitabilmente chiamata a risolvere.

The judgement here analyzed solves the interpretative conflict regarding the ways to determine whether the cultivation of plants from which it is possible to obtain controlled substances represents a breach of the constitutional principle of "offensività" (e.g. the harm principle). The Italian Supreme Court unexpectedly over-rules previous solution adopted with the "Di Salvia" judgement, stating the full lawfulness of the domestic cultivation of such plants when aimed for personal use. Such a judgment has to be welcomed, since it appears to be respectful of the harm principle as acknowledged by the Italian Constitution. At the same time, it raises critical issues with regard to the relationship between the principle of "offensività" and Rule of Law principle. Under this point of view, the present judgment opens the way to several theoretical and practical questions that will have to be solved in future judgments.

** Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

* Giudice presso il Tribunale di Torre Annunziata, Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

1. Contenuto e limiti di accertamento dell'offesa nel delitto di coltivazione di piante da cui sono ricavabile sostanze stupefacenti. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite.

A distanza di dodici anni, le Sezioni Unite della Cassazione sono tornate a pronunciarsi sui confini di liceità delle condotte di coltivazione di piante da cui sono ricavabili sostanze stupefacenti, affermando che “Il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore”.

L'affermazione della piena liceità - come si vedrà anche amministrativa - delle forme di coltivazione di tipo domestico destinate al consumo personale rappresenta una conclusione, in parte inaspettata, antitetica rispetto ai precedenti arresti *Di Salvia* e *Valletta* del 2008¹, e la riscoperta di un'opzione interpretativa neppure adombrata dall'ordinanza di rimessione, che ad avviso di chi scrive va salutata, come meglio si dirà, con estremo e incondizionato favore.

Illustreremo di seguito la questione rimessa alle Sezioni Unite e le principali argomentazioni sottese a tale radicale *revirement*, per limitarci poi a qualche osservazione conclusiva, soprattutto in merito ad alcune considerazioni svolte dalla Suprema Corte in punto di offensività 'in concreto', che invero suscitano qualche perplessità di ordine sia teorico che applicativo.

Com'è noto, il tema su cui le Sezioni Unite erano state chiamate a pronunciarsi dalla terza Sezione della Cassazione con l'ordinanza n. 35436/2019 riguardava non già la rilevanza penale della coltivazione di tipo domestico, bensì il contenuto e le modalità della verifica di offensività in concreto di tale condotta, su cui, a seguito delle sentenze del 2008, la Sezione aveva rilevato un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

L'ordinanza di rimessione muoveva invero dal principio di diritto ormai (almeno, come meglio si dirà, in tesi) consolidato, espresso dalle Sezioni Unite *Di Salvia*, secondo cui è punibile ai sensi dell'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 qualsiasi condotta di coltivazione di piante conformi al tipo botanico vietato, a nulla rilevando la natura domestica della stessa e la destinazione al consumo esclusivamente personale della sostanza, ferma restando la necessaria verifica di offensività in concreto della condotta, vale a dire l'accertamento circa “l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile”.

Ebbene, proprio sull'ampiezza di tale ultimo sindacato a partire da quella pronuncia si erano contrapposti due distinti orientamenti.

¹ Si tratta, rispettivamente, di Cass. pen., Sez. Un., sentenze n. 28605 e n. 28606 del 24 aprile 2008.

Per un primo indirizzo, la condotta di coltivazione sarebbe connotata da una concreta offensività ogni qualvolta la pianta, per grado di maturazione, abbia raggiunto la soglia minima di capacità drogante e l'attività in questione, per le sue caratteristiche, sia idonea ad offendere concretamente la salute pubblica e a favorire la circolazione della droga, alimentandone il mercato (*ex multis*, Cass. pen., sez. 3, n. 36037 del 22/02/2017, Compagnini; Cass. pen., sez. 6, n. 8058 del 17/02/2016, Pasta; Cass. pen., sez. 6, n. 33835 del 08/04/2014, Piredda).

Per un secondo orientamento, invece, la verifica di offensività della condotta consisterebbe nell'accertamento dell'idoneità soltanto potenziale della pianta a produrre sostanza per il consumo, e dunque della sua attitudine, anche tenuto conto delle modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente, a nulla rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza (*ex multis*, Cass. pen., sez. 6, n. 35654 del 28/04/2017, Nerini; Cass. pen., sez. 6, n. 52547 del 22/11/2016, Losi; Cass. pen., sez. 3, n. 23881 del 23/02/2016, Damioli).

Ciò premesso, la terza Sezione chiedeva dunque alle Sezioni Unite di pronunciarsi sul seguente quesito: "Se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, è sufficiente che la pianta sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato".

Prima di esaminare più da vicino la risposta fornita dalle Sezioni Unite, ci pare opportuno chiarire sin da ora un aspetto essenziale del contrasto.

Innanzitutto, all'ambito del primo degli orientamenti esposti (nonché secondo nella concreta formulazione del quesito) è da ricondurre una serie non del tutto omogenea di pronunce. Infatti, se pure i requisiti di offesa dell'idoneità a produrre effetto drogante nell'immediatezza e dell'idoneità ad alimentare il mercato vengono prospettati nell'ordinanza di rimessione quali elementi sempre richiesti in via cumulativa, in verità non sempre le pronunce della Corte riconducibili al primo degli orientamenti illustrati, pur caratterizzate dalla comune esigenza di valorizzare maggiormente il significato di offesa della condotta di coltivazione, attribuiscono eguale peso a tali requisiti: essi vengono infatti variamente combinati nelle diverse decisioni, giacché in alcune sembra essere valorizzato maggiormente il grado di maturazione delle piante o comunque la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, in altre l'estensione della coltivazione o addirittura l'eventuale destinazione al consumo personale, ed in altre ancora entrambi tali requisiti, peraltro non di rado inscindibilmente connessi².

² In effetti, tale commistione di piani costituisce una chiara e naturale conseguenza della ricostruzione del delitto in questione quale plurioffensivo, in quanto posto a tutela non soltanto della 'salute', 'individuale e collettiva', ma anche della 'sicurezza' e dell'"ordine pubblico", nonché della 'salvaguardia delle giovani generazioni' (*sic!*), secondo l'impostazione risalente alla pronuncia della Corte costituzionale n. 333/1991, perpetuata prima dalle Sezioni Unite *Kremi* del 1998, poi dalla pronuncia *Di Salvia*, infine ribadita dalla stessa giurisprudenza costituzionale anche nella più recente pronuncia n. 109/2016; impostazione che, come si vedrà, è stata meritoriamente abbandonata soltanto dalla pronuncia in commento.

Al di là di tale aspetto, peraltro, un dato deve essere subito chiaro: il primo degli orientamenti esposti, più incline a valorizzare a fondo l'effettivo significato del principio di offensività (nel suo aspetto concreto, o dommatico), consentiva di giungere per altra via – pur nell'astratta adesione al *dictum* della pronuncia *Di Salvia* – all'esclusione della rilevanza penale delle condotte di coltivazione domestica di minima entità e/o destinate al consumo personale, attribuendo così rilevanza sul piano dell'offesa a quella distinzione che tale pronuncia aveva considerato irrilevante sul piano della tipicità. Ed invero, richiedere, ai fini della realizzazione dell'offesa, la necessità che la pianta abbia raggiunto un grado di sviluppo tale da consentire nell'immediatezza l'estrazione di principio attivo sufficiente a determinare un apprezzabile effetto drogante significava escludere la rilevanza penale delle fasi iniziali della coltivazione e scongiurare un'eccessiva anticipazione della tutela a momenti quanto mai lontani dal reale e attuale pericolo per il bene oggetto di tutela; richiedere, invece, che la condotta sia idonea ad alimentare il mercato significava escludere la rilevanza penale delle coltivazioni di modeste dimensioni, e/o comunque finalizzate al consumo personale.

2. La soluzione delle Sezioni Unite: oltre il contrasto e alle radici del problema.

2.1. Offensività e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia di stupefacenti.

Nel rispondere al quesito, le Sezioni Unite muovono da una preliminare ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività, nella sua accezione astratta (o politico-criminale), quale vincolo costituzionale rivolto al legislatore nella selezione dei beni penalmente tutelabili e nella modulazione delle tecniche di tutela; e nella sua accezione concreta (o dommatica), quale criterio interpretativo rivolto al giudice, ancorato al reato impossibile per inidoneità dell'azione di cui all'art. 49, comma 2, c.p., secondo la c.d. concezione realistica del reato.

Sul punto, la Corte correttamente ricorda come, ad un rigoroso *self-restraint* in ordine al primo aspetto dell'offensività, ritenuto per lo più giustiziabile nei limiti della manifesta irragionevolezza dell'opzione legislativa di incriminazione, nella giurisprudenza della Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 62/1986 ha fatto storicamente da *pendant*, spesso grazie allo strumento delle sentenze interpretative di rigetto, un largo ricorso al secondo, talvolta ancorato alla figura del reato impossibile, talaltra considerato quale "canone interpretativo universalmente riconosciuto" ed implicito nel sistema.

In ogni caso, peraltro, tale principio è sempre stato elevato dalla Corte a criterio, di natura sostanziale, che deve guidare il giudice nel momento applicativo della fattispecie penale, considerando punibili solo quei fatti che, anche in concreto, presentino un carattere offensivo del bene giuridico tutelato in astratto dalla norma incriminatrice ed espungendo dall'area di rilevanza penale tutti quelli che, invece, pur essendo in astratto conformi alle note descrittive di una fattispecie legale di reato, si rivelino inidonei, in concreto, a ledere o porre in pericolo il bene da essa tutelato.

Tanto chiarito, la decisione in commento ricorda che nelle pronunce della Corte costituzionale il principio di offensività ha sempre trovato grande spazio proprio in materia di stupefacenti, ed in particolare in materia di coltivazione.

Infatti, la problematica della rilevanza penale delle condotte di coltivazione finalizzate all'autoconsumo è stata oggetto di attenzione della Corte sin dall'indomani del *referendum* abrogativo del 1993, che aveva espunto il riferimento alla "dose media giornaliera".

Con la sentenza n. 443/1994 la Corte costituzionale si pronunciò, infatti, una prima volta in merito alla ragionevolezza del diverso trattamento tra la condotta di coltivazione destinata al consumo personale e quella di detenzione. La Corte, in quell'occasione, ritenne inadeguata la motivazione del giudice *a quo* circa l'impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione, osservando che, proprio alla luce dell'esito del *referendum*, le condotte di coltivazione destinate all'autoconsumo ben avrebbero potuto essere ascritte non già alla nozione di "coltivazione", bensì a quella di "detenzione", sul presupposto dell'ampiezza della clausola "o comunque detiene" impiegata dal legislatore.

Com'è noto, tuttavia, tale interpretazione adombrata dalla Corte costituzionale fu immediatamente esclusa dalla giurisprudenza ordinaria, soprattutto di legittimità, sicché la questione fu ben presto riproposta.

Con la nota sentenza n. 360/1995, preso atto del "diritto vivente" *medio tempore* formatosi sul punto, la Corte costituzionale, in linea con il suddetto orientamento di prudenza circa il sindacato di offensività e ragionevolezza delle scelte legislative in materia penale, rigettò la medesima questione, ritenendo *ex se* non irragionevole la disparità di trattamento tra la condotta di coltivazione e quella di detenzione finalizzate al consumo personale. La Corte osservò infatti che mentre quest'ultima condotta (analogamente a quelle di acquisto e importazione) è caratterizzata da un nesso di immediatezza con l'uso personale, sicché il legislatore, nel creare una "cintura protettiva" del consumo ed evitarne la criminalizzazione, ha ragionevolmente optato per l'illiceità soltanto amministrativa delle stesse, la condotta di coltivazione non è egualmente caratterizzata da tale nesso di immediatezza, giustificandosi così il ricorso alla tutela penale.

La Corte osservò, inoltre, che anche sotto il profilo dell'offensività la condotta di coltivazione sarebbe caratterizzata, almeno nella maggior parte dei casi, da una maggiore attitudine offensiva rispetto a quella di detenzione, attesa la sua normale idoneità ad aumentare la provvista di droga in circolazione; per tali ragioni, risulterebbe non arbitrario il ricorso da parte del legislatore allo schema del pericolo presunto³.

Infine, la Corte ribadì ancora una volta - e anche su questo aspetto, in totale conformità con la propria precedente giurisprudenza - la centralità, anche in tale categoria di reati, dell'aspetto concreto dell'offensività, limpidamente espresso dall'art. 49, comma 2, c.p., il cui apprezzamento è dunque rimesso al giudice ordinario, tenuto in definitiva a stabilire la fisionomia della condotta di "coltivazione" punibile e, con essa,

³ Com'è noto, la Corte costituzionale ha da sempre ritenuto la categoria dei reati di pericolo presunto di per sé non incompatibile con il principio di offensività, purché la presunzione di pericolo ad essa sottesa non sia irragionevole o arbitraria, ma si ricollegli all'"*id quod plerumque accidit*" (per tutte, proprio in materia di stupefacenti, sent. n. 333/1991).

la riconducibilità al paradigma legale delle forme di coltivazione di modesta entità, destinate all'autoconsumo.

Ancora, le Sezioni Unite ricordano come sulla medesima questione la Corte costituzionale sia nuovamente intervenuta con la sentenza n. 109/2016, ribadendo ancora una volta la non irragionevolezza del diversificato trattamento tra le condotte di coltivazione e di detenzione, pur ove egualmente finalizzate all'uso personale, e dunque la piena legittimità della scelta legislativa sottesa alla parificazione di quest'ultima alle condotte logicamente incompatibili con l'uso personale (quali la vendita, la cessione, distribuzione *et similia*) e a quelle apparentemente neutre, che tuttavia presentano attitudine ad innescare un meccanismo di produzione di nuove disponibilità di droga.

Anche in quell'occasione, peraltro, la Corte ha chiarito che, tale essendo la *ratio*, di per sé non arbitraria, sottesa alla scelta legislativa del diverso trattamento tra le condotte di coltivazione e di detenzione, spetta ancora e pur sempre al giudice ordinario stabilire se la singola condotta di coltivazione sottoposta al suo vaglio, per le sue intrinseche caratteristiche, sia o meno idonea ad offendere i beni giuridici della salute pubblica, dell'ordine e della sicurezza pubbliche, della salvaguardia delle nuove generazioni, anche stavolta espressamente individuati – sulla scorta dei precedenti arresti, anche di legittimità – quali oggetti di tutela delle norme penali in materia di stupefacenti.

2.2. La giurisprudenza di legittimità e il problema della rilevanza penale della coltivazione per uso domestico.

La Corte passa, a questo punto, a ripercorrere la giurisprudenza di legittimità formata in ordine alla nozione di coltivazione penalmente rilevante, soffermandosi ad illustrare gli argomenti addotti dalle Sezioni Unite *Di Salvia* a sostegno della propria soluzione rigoristica.

Com'è noto, il problema della parificazione di tutte le condotte di coltivazione si era riproposto in seguito alla novella del 2006, allorché la sesta Sezione della Cassazione, con un'articolata pronuncia (n. 17983 del 18/1/2007, Notaro) aveva nuovamente messo in discussione la rilevanza penale delle condotte di coltivazione destinate al consumo personale, sul presupposto della loro riconducibilità non già alla nozione di coltivazione, bensì (valorizzando la clausola di salvezza “...o comunque detiene”, contenuta nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990) a quella di detenzione, giungendo così a distinguere la coltivazione in senso “tecnico-agrario”, sempre punibile se posta in essere in assenza di autorizzazione, da quella di tipo “domestico”.

Com'è noto, le Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi nel 2008 sul contrasto sorto a seguito di alcune decisioni che si erano poste sulla scia della sentenza Notaro, con le pronunce *Di Salvia* e *Valletta*, negarono cittadinanza a tale distinzione, adducendo una serie di argomenti.

Un primo, di natura letterale, faceva leva sulla circostanza che il legislatore aveva impiegato il termine “coltivazione” senza menzionare in alcun modo tale distinzione, e che neppure in seguito alla novella del 2006 era intervenuto sull'art. 75 del Testo Unico, inserendovi la condotta di coltivazione.

Con un secondo argomento, di natura sistematica, le Sezioni Unite ribaltarono – per dir così – un rilievo proposto dalla sentenza Notaro. Ritennero infatti che la

circostanza che gli artt. da 27 a 30 del d.P.R. n. 309/1990, nello stabilire i presupposti di rilascio dell'autorizzazione amministrativa alla coltivazione, facciano riferimento all'indicazione delle "particelle catastali", alla "superficie del terreno sulla quale sarà effettuata la coltivazione", alle modalità di vigilanza, raccolta e produzione delle "coltivazioni autorizzate", alle "quantità consentite", nonché alla disponibilità dei locali per la raccolta dei prodotti, non significherebbe affatto che, ove tali requisiti difettino, e dunque le attività di coltivazione non siano suscettibili neppure in astratto di essere autorizzate, queste ultime possano per ciò solo considerarsi lecite.

Ancora, valorizzando alcuni rilievi della Corte costituzionale, le Sezioni Unite addussero un terzo argomento di tipo sostanzialistico, fondato sul presupposto della diversità ontologica ed assiologica tra la coltivazione e la detenzione, e della mancanza, nella prima, del nesso di immediatezza con il consumo, nonché della sua (invero soltanto astratta) idoneità a creare nuove quantità non predeterminate (o comunque difficilmente predeterminabili) di stupefacente.

Tuttavia, facendo proprio il costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale, le Sezioni Unite ribadirono che, ferma restando la natura di reato di pericolo presunto della coltivazione di sostanze stupefacenti e l'equiparazione legale tra la coltivazione domestica e quella tecnico-agraria, restava fermo il compito del giudice di merito di verificare in concreto l'offensività della singola condotta sottoposta al suo vaglio, ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante.

A questo punto, le Sezioni Unite ricordano come proprio su tale ultimo aspetto sia sorto il dibattito giurisprudenziale: dopo aver esposto il quesito rimessole e le principali pronunce riconducibili all'uno e all'altro orientamento, le Sezioni Unite osservano che, a ben vedere, il contrasto giurisprudenziale risulta ben meno marcato di quanto prospettato dall'ordinanza di remissione, giacché in molteplici occasioni le sentenze richiamate, pur con diverse sfumature argomentative, giungono ad esiti pratici sostanzialmente sovrapponibili: e ciò sarebbe dovuto "all'oggettiva ambiguità dello stesso concetto di incremento del mercato, legata sia alla sua intrinseca vaghezza, sia alle difficoltà di accertamento dovute al suo carattere clandestino, in relazione al quale vi è una sostanziale impossibilità di avere a disposizione dati certi e verificabili". Piuttosto, prosegue la Corte, l'analisi della giurisprudenza farebbe emergere una certa confusione in ordine ai presupposti e ai limiti applicativi della fattispecie di coltivazione, su cui ritiene necessario fare chiarezza. In definitiva, ad avviso delle Sezioni Unite "la Sezione remittente auspica... una definizione di paradigmi ricostruttivi che possano valere in relazione alla coltivazione 'domestica', di entità oggettivamente modesta".

Così facendo, dunque, la Corte prende di fatto le distanze dal quesito di diritto espressamente rimessole e, in modo del tutto inaspettato, ripensa *in radice* la soluzione adottata dalla sentenza *Di Salvia*, considerato punto fermo dall'ordinanza di remissione.

2.3. Tipicità e offesa della condotta di coltivazione nella pronuncia delle Sezioni Unite.

La Corte muove dal presupposto teorico - a suo dire, propugnato dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, soprattutto dalla sentenza Corte cost. n. 360/1995

e dalla pronuncia *Di Salvia* – di una netta distinzione tra le categorie della tipicità e dell'offensività, passando ad analizzarne partitamente gli elementi costitutivi nel delitto di coltivazione di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990.

Alla luce di tale premessa, osserva, dunque, che appartengono al piano della tipicità del reato di coltivazione di piante da cui siano estraibili sostanze stupefacenti: 1) la conformità della pianta al tipo botanico vietato, 2) la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente, nonché, ovviamente, 3) la condotta di coltivazione.

La Corte chiarisce subito di voler prendere nettamente le distanze dalle conclusioni raggiunte dalla sentenza *Di Salvia* in punto di parificazione, sul piano dell'astratta rilevanza penale, di tutte le condotte di coltivazione non autorizzate, a prescindere dalle loro caratteristiche dimensionali e dalla eventuale destinazione ad uso personale della sostanza. Nel far ciò, tuttavia, le Sezioni Unite respingono al contempo anche l'idea, propugnata dalla sentenza *Notaro*, della riconducibilità della coltivazione per uso personale alla nozione di detenzione. Ribadiscono, invece, la netta demarcazione logica, assiologica e giuridica tra l'una e l'altra, e la conseguente chiara scelta di rigore operata dal legislatore nel momento in cui ha diversificato i limiti di rilevanza penale di ciascuna di esse, espungendo dalla 'cintura protettiva' del consumo la coltivazione e anticipando significativamente la tutela a stadi ben più lontani da un concreto pericolo per la salute; ciò che, a giudizio della Corte, implicherebbe inevitabilmente – come a breve si dirà – proprio la diversa rilevanza accordata alla verifica di offensività in concreto a seconda dello stadio di avanzamento della coltivazione: diversamente opinando, si finirebbe infatti per "scontrarsi" e porsi "in rotta di collisione" con la "chiara scelta del legislatore di punire ogni forma di produzione di stupefacenti, se necessario, anticipando la tutela al momento in cui si manifesta un pericolo presunto per la salute".

Nondimeno – ed anzi proprio in ragione di tale scelta di rigore – è la stessa nozione giuridica di coltivazione a dover essere circoscritta per dare spazio alla distinzione tra coltivazione 'tecnico-agraria' e 'coltivazione domestica': soltanto la prima, infatti, sarebbe riconducibile al paradigma legale dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990: "L'irrelevanza penale della coltivazione di minime dimensioni, finalizzata esclusivamente al consumo personale, deve, in altri termini, essere ancorata, non alla sua assimilazione alla detenzione e al regime giuridico di quest'ultima, ma, più linearmente, alla sua non riconducibilità alla definizione di coltivazione come attività penalmente rilevante", alla luce di un'interpretazione restrittiva della fattispecie, ritenuta appunto dalla Corte viepiù necessaria alla luce della sua natura di reato di pericolo presunto.

A sostegno di tale soluzione la Corte adduce innanzitutto l'argomento sistematico, addotto già dalla sentenza *Notaro* – e poi ribaltato dalla sentenza *Di Salvia* – secondo cui i parametri stabiliti dagli artt. da 27 a 30 del d.P.R. n. 309/1990 per il rilascio dell'autorizzazione alla coltivazione (che, come si è detto, fanno riferimento a requisiti quali l'indicazione delle particelle catastali, l'estensione della coltivazione, le quantità autorizzate, i locali per il deposito del raccolto) lascerebbero intendere che la nozione di coltivazione sottesa alla disciplina del Testo Unico, e dunque anche quella di cui all'art. 73, sia solo quella di tipo professionale, di dimensioni apprezzabili e per finalità commerciali, e non anche quella di tipo domestico, invece liberamente attuabile senza alcun tipo di autorizzazione.

Ciò sarebbe confermato da un argomento di tipo assiologico e teleologico, giacché soltanto la coltivazione in senso tecnico-agrario è “suscettibile di creare nuove e non predeterminabili disponibilità di stupefacenti”, mentre quella di tipo domestico è caratterizzata “per definizione” da una produttività ridottissima e, dunque “insuscettibile di aumentare in modo significativo la provvista di stupefacenti”.

Tali essendo le *rationes* sottese all'esclusione dalla nozione di coltivazione punibile di quella di tipo domestico, la Corte osserva, a questo punto, che è essenzialmente il parametro della “prevedibilità della potenziale produttività” a dover orientare l'interprete nella riconduzione della singola condotta oggetto di accertamento all'una o all'altra categoria, e dunque nella distinzione tra “coltivazione penalmente rilevante, dotata di una produttività non stimabile a priori con sufficiente grado di precisione, e la coltivazione non penalmente rilevante, caratterizzata da una produttività prevedibile come modestissima”.

Tale parametro, a sua volta, andrebbe ancorato ad ulteriori “presupposti oggettivi... che devono essere tutti compresenti”, e cioè: la minima dimensione della coltivazione, il suo svolgimento in forma domestica e non in forma industriale, la natura rudimentale delle tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, la mancanza di indici di un inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli stupefacenti, l'oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso personale esclusivo del coltivatore.

La Corte, infine, chiarisce la natura prettamente oggettiva della nozione di coltivazione domestica, osservando che la mera finalità soggettiva dell'agente di consumare personalmente la sostanza che verrà ricavata dalla pianta non è di per sé sufficiente ad escludere la rilevanza penale della condotta, ove questa non presenti oggettivamente le caratteristiche della coltivazione domestica, essendo necessario dunque che questa manifesti “un nesso di immediatezza oggettiva con l'uso personale”.

Soltanto a questo punto le Sezioni Unite passano ad affrontare il contenuto della categoria dell'offensività – come si è detto ritenuta nettamente distinta da quella della tipicità – e cioè il tema centrale su cui era stata chiamata a pronunciarsi.

La Corte, ben cogliendo lo spirito – sopra evidenziato – dell'orientamento giurisprudenziale più incline a valorizzare l'accertamento dell'offensività in concreto, in via preliminare osserva che, una volta esclusa dal novero delle condotte punibili la coltivazione di tipo domestico, l'aspetto dell'offensività risulta fortemente sdrammatizzato: infatti, l'esclusione delle coltivazioni di modeste dimensioni viene operata già – per dir così – a monte, sul piano della tipicità, sicché le uniche condotte di coltivazione penalmente rilevanti sono già di per sé normalmente caratterizzate da una forte carica offensiva, oltretutto maggiore rispetto a quelle della fabbricazione e della produzione, “perché l'attività di coltivazione è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi di stupefacente disponibili” e non richiede normalmente la disponibilità di speciali materie prime (già sottoposte esse stesse a rigido controllo alla fonte), ma soltanto di semi.

Ciò giustificerebbe, d'altro canto, l'opzione legislativa per la forma del pericolo presunto, atteso che la presunzione di pericolo sottesa a tale tipologia di incriminazione risponderebbe all'*id quod plerumque accidit*, “in quanto corrisponde alla normalità della pratica agricola la conseguenza dell'incremento della provvista esistente di stupefacente, idoneo ad attentare al bene della salute collettiva e dei singoli, creando in potenza maggiori occasioni di spaccio”.

Ancora, dalla qualificazione del reato in questione in termini di pericolo presunto la Corte fa discendere, poi, l'individuazione del bene giuridico tutelato nella sola "salute individuale o collettiva", e non anche nella "sicurezza", nell'"ordine pubblico", nella "salvaguardia delle giovani generazioni" e/o nell'"impedimento dell'incremento del mercato degli stupefacenti", come invece prospettato anche dall'ordinanza di rimessione. Proprio lo schema del reato di pericolo presunto, infatti, renderebbe superfluo il ricorso ai concetti di 'sicurezza', 'ordine pubblico' e di 'mercato clandestino', invero generici e soprattutto "privi di un collegamento sufficientemente diretto con quello della salute", che è l'unico invece a trovare un diretto ancoraggio costituzionale nell'art. 32 Cost.; quanto alla 'salvaguardia delle giovani generazioni', a meno di non sconfinare sul piano dell'etica, esso non può che essere inteso quale 'salvaguardia della salute delle giovani generazioni'.

Ciò premesso, la pronuncia passa finalmente ad illustrare più da vicino il contenuto e le modalità di accertamento dell'offensività in concreto, e dunque a dirimere il contrasto giurisprudenziale prospettato.

Sul punto, la Corte ritiene che la ricostruzione in termini di pericolo presunto del delitto in questione e la netta distinzione tra la nozione di coltivazione e quella di detenzione non consentano di ricostruire in termini unitari tale accertamento, ma portino necessariamente a declinare in modo differente il requisito dell'offensività della condotta a seconda del grado di sviluppo della condotta tipica.

Più specificamente, qualora il ciclo di maturazione delle piante sia già completato, la verifica dell'offensività consiste nell'accertamento dell'esistenza di una quantità di principio attivo sufficiente a produrre, nell'immediatezza, un apprezzabile effetto drogante, dovendosi escludere, in caso contrario, la rilevanza penale della condotta, in quanto in concreto inoffensiva del bene giuridico della salute.

Al contrario, nelle fasi iniziali della condotta di coltivazione, tale accertamento non può trovare adeguato spazio proprio in ragione della natura di reato pericolo presunto della fattispecie incriminatrice in questione, che impedisce di considerare la condotta di coltivazione libera e lecita fino a quando non si abbia la certezza dell'effettivo sviluppo del principio attivo.

È chiaro, dunque, che la Corte opta per una ricostruzione eclettica dell'accertamento dell'offensività, propendendo per il primo degli orientamenti giurisprudenziali sopra esposti allorché la condotta di coltivazione oggetto di giudizio si sia integralmente sviluppata giungendo alle fasi finali del ciclo di maturazione delle piante, e per il secondo di essi allorché invece la condotta si sia arrestata nella fase iniziale.

In definitiva, a giudizio della Corte, potranno portare all'esclusione dell'offensività della condotta (e dunque della sua rilevanza penale): nelle fasi iniziali della stessa, soltanto "un'attuale inadeguata modalità di coltivazione, da cui possa evincersi che la pianta non sarà in grado di realizzare il prodotto finale"; nel caso di prodotto ormai maturo, invece, un "eventuale risultato finale della coltivazione che non consente di ritenere il raccolto conforme al normale tipo botanico, ovvero abbia un contenuto in principio attivo troppo povero per la utile destinazione all'uso quale droga".

Il diverso contenuto dell'offesa a seconda dello stadio di sviluppo della condotta tipica è d'altronde confermato, a giudizio della Corte, dalla più volte ribadita netta autonomia concettuale tra coltivazione e detenzione: solo una così diversificata ricostruzione dell'accertamento dell'offensività consente, infatti, di rispettare la distinzione ontologica tra coltivazione e detenzione - "nel senso che può ontologicamente

aversi coltivazione senza detenzione, cioè senza produzione in atto di sostanza stupefacente” – e di evitare (ciò che la Corte ritiene un’evenienza da scongiurare assolutamente, in quanto logicamente assurda) che la sussistenza del reato dipenda dallo stadio di avanzamento della coltivazione, e dunque dal dato, puramente casuale e contingente, rappresentato dal momento dell’accertamento.

Infine, proprio l’ampiezza della disposizione normativa, che fa esclusivo riferimento alla coltivazione senza ulteriori distinzioni, impone di considerare penalmente rilevanti tutte le fasi della stessa, dalla semina fino al raccolto, purché essa si svolga in condizioni tali da potersene prefigurare il positivo sviluppo. Il reato in questione è dunque “configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell’immediatezza, essendo sufficienti la conformità al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente”.

In definitiva, e riassuntivamente, la Corte ritiene che debba concludersi per la mancanza di tipicità della condotta di coltivazione domestica dotata delle caratteristiche oggettive sopra indicate e finalizzata al consumo personale; e, per quanto concerne la coltivazione di tipo tecnico-agrario, per la mancanza di offensività soltanto allorché, *ex ante*, essa sia posta in essere con tecniche inadeguate, tali da far ritenere che le piante non svilupperanno, in futuro, sostanza drogante; ovvero allorché, in caso di piante ormai mature, il raccolto non sia, *ex post*, conforme al tipo botanico, ovvero contenga un principio attivo inidoneo a determinare un apprezzabile effetto drogante.

Infine, la Corte chiarisce che la condotta di coltivazione di tipo domestico è pienamente lecita anche sul piano amministrativo, dal momento che non è espressamente menzionata dall’art. 75 del d.P.R. n. 309/1990; resta peraltro fermo che, una volta che essa sia terminata, e il prodotto della coltivazione, una volta maturo, costituisca effettivamente sostanza dotata di efficacia drogante, la detenzione da parte del coltivatore assumerà pieno rilievo sul piano amministrativo.

Al contrario, in presenza di una coltivazione penalmente rilevante, dovrà ritenersi in essa assorbita la successiva condotta di detenzione, quale logico e coerente sviluppo di essa, e dunque quale *post factum* non punibile.

3. Una svolta soltanto a metà: meriti, limiti e criticità della soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Alla pronuncia in commento va riconosciuto l’indiscutibile merito di aver ripensato *in radice* l’approdo interpretativo precedente, conferendo piena cittadinanza nel sistema penale degli stupefacenti a quella distinzione tra diverse tipologie e forme di coltivazione già adombrata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 443/1994 e poi sostenuta da un minoritario orientamento. Il profilo di maggiore originalità della pronuncia consiste dunque nel superamento del formalismo legalistico sotteso alla scelta rigoristica del 2008, in favore di un’interpretazione teleologica della fattispecie penale, espressiva di un’opzione culturale volta a valorizzare l’aspetto sostanziale del reato e il suo significato oggettivo di disvalore, quale fatto offensivo di un bene giuridico meritevole di tutela.

Ad onta delle rassicurazioni della stessa Corte costituzionale, continuava invero a risultare evidente l'irragionevolezza di un trattamento diversificato tra la condotta di coltivazione finalizzata al consumo personale del prodotto, ritenuta sempre e comunque astrattamente punibile, e quella di detenzione della sostanza, punibile invece, per espressa disposizione normativa, solo se desinata ad uso non esclusivamente personale.

La Corte ha in definitiva sanato tale insostenibile aporia, facendo proprie, da un lato, le osservazioni critiche mosse dalla dottrina alla pronuncia *Di Salvia* per il suo formalismo legalitario e la pretermissione, nel momento interpretativo e applicativo delle fattispecie penali, di criteri di tipo assiologico orientati all'offensività; e andando incontro, dall'altro, a quella parte della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che, insofferente alla parificazione, sul piano della rilevanza penale, di ogni forma di coltivazione, aveva tentato di valorizzare proprio sul piano dell'offensività in concreto (espressamente fatto salvo, quasi a mo' di concessione, dalla pronuncia *Di Salvia*) quei medesimi criteri distintivi adottati dall'orientamento minoritario a sostegno della distinzione, già sul piano della tipicità formale, tra coltivazione in senso 'tecnico-agrario' e coltivazione di tipo 'domestico'.

La sentenza in commento va, inoltre, viepiù apprezzata per aver superato quegli orientamenti, come si è visto anche autorevolmente sostenuti in giurisprudenza, volti ad accreditare, quali beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di stupefacenti, pseudo-oggettività giuridiche (o, per dirla con autorevole dottrina, 'concetti generali che non significano nulla e che fluttuano nell'aria'⁴) quali la 'sicurezza', l'ordine pubblico' o addirittura una non meglio identificata e moraleggiante 'salvaguardia delle giovani generazioni' e per aver chiarito che l'unico bene giuridico tutelato e tutelabile dalla disciplina penale in materia di stupefacenti, nell'ordinamento costituzionale italiano, è quello della salute, espressamente riconosciuto dall'art. 32 Cost.

Tale opzione interpretativa in punto di bene giuridico, a giudizio di chi scrive, risulta particolarmente apprezzabile non soltanto dal punto di vista della soluzione, ma anche sotto il profilo metodologico, dal momento che la ricerca di un'oggettività giuridica plausibile a fondamento (e giustificazione) della disciplina penale viene finalmente operata su di un piano squisitamente giuridico-costituzionale e con una chiara opzione di fondo a favore di una ricostruzione in termini personalistici dell'oggetto della tutela.

Entrambi tali profili costituiscono dunque un'indiscutibile conquista sul piano sia teorico che applicativo, di cui la giurisprudenza dovrà fare tesoro, e che si spera possa dischiudere nuovi orizzonti anche in diversi ambiti del sistema penale.

Nondimeno, alcuni aspetti della pronuncia in esame destano alcuni interrogativi e non secondarie perplessità che, lungi dal poter trovare in questa sede un'approfondita esposizione o un'adeguata soluzione, verranno di seguito soltanto accennati.

Non appare, innanzitutto, pienamente convincente la netta presa di distanze della Corte dall'idea, sostenuta dalla sentenza *Notaro*, secondo cui la coltivazione finaliz-

⁴ Così H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, 17 a proposito dell'impiego, nella designazione dei 'beni giuridici', di concetti vaghi e indeterminati, dotati di una scarsa capacità descrittiva e selettiva.

zata al consumo personale possa costituire una forma di detenzione ed essere così assoggettata al relativo regime giuridico.

Dal punto di vista teorico, invero, ciò è sostenuto dalla Corte alla luce di una distinzione, di tipo quasi 'ontologico' o naturalistico, invero difficilmente afferrabile da un punto di vista squisitamente semantico, logico-concettuale e giuridico, poiché è evidente che, per poter coltivare, è necessario innanzitutto detenere. Tale soluzione mostra oltretutto immediatamente i propri limiti teorici allorché la stessa Corte, nell'argomentare l'estraneità della coltivazione in senso domestico alla nozione di coltivazione punibile in base all'art. 73 del Testo Unico, si limita a definirla – per dir così – soltanto in negativo, sfociando in una sorta di tautologia e ricostruendola quasi come una condotta a sé stante, dotata di caratteristiche intrinseche del tutto peculiari che non troverebbero spazio in alcuna delle categorie giuridiche previste dalla disciplina in materia di stupefacenti. D'altro canto, l'argomento assiologico (secondo cui la coltivazione sarebbe intrinsecamente diversa dalla detenzione poiché, a differenza di questa, implica di per sé sempre l'aumento della provvista di stupefacente esistente *in rerum natura*), se risulta perfettamente plausibile ove addotto a sostegno dell'opzione interpretativa livellatrice di tutte le forme di coltivazione, appare del tutto inadeguato e incoerente allorché venga mantenuto nell'ambito della opposta ricostruzione che limita il concetto giuridicamente rilevante di coltivazione a quella tecnico-agraria, al fine di sostenere l'ontologica distinzione tra detenzione e coltivazione ad uso strettamente personale: ed invero, sotto il profilo dell'idoneità ad aumentare la provvista di stupefacenti del mercato, non vi è a ben vedere alcuna differenza tra detenzione e coltivazione ad uso personale, poiché anche tale ultima condotta, analogamente alla prima, essendo finalizzata all'autoconsumo, non comporta alcuna immissione sul mercato di nuove quantità di stupefacenti, che rimangono nella sfera giuridica e nella disponibilità del solo 'coltivatore' domestico.

Dal punto di vista più strettamente applicativo, inoltre, una simile ricostruzione – che porta necessariamente la Corte a ritenere la condotta di coltivazione per uso personale pienamente lecita anche dal punto di vista amministrativo – rischia di condurre, a ben vedere, ad esiti irragionevoli. Infatti, ferma restando la piena condivisibilità, sul piano politico-criminale, della necessaria liceità anche amministrativa di tale condotta, sul punto ci limitiamo ad osservare che tuttavia risulterà davvero difficile sostenere la ragionevolezza di un sistema normativo che comporti l'applicazione di una sanzione amministrativa a chi detenga sostanza stupefacente per uso esclusivamente personale, e non anche a chi coltivi, per uso esclusivamente personale, piante da cui sia estraibile quella medesima sostanza; e ciò *a fortiori* alla luce dell'argomento teorico da cui si muove, vale a dire quello secondo cui la condotta di coltivazione, aumentando la provvista esistente di stupefacente, sarebbe connotata, almeno in astratto, da un disvalore maggiore rispetto a quella di detenzione.

Non convince, inoltre, la ricostruzione separata delle categorie della tipicità e dell'offensività, nell'ambito della quale non risulta peraltro del tutto chiara la collocazione della seconda nella sistematica del reato.

Non si ignora, ovviamente, che alcune delle elaborazioni teoriche della c.d. concezione realistica del reato, fondata su una non riduttiva lettura dell'art. 49, comma 2, c.p. quale mero doppiante negativo del tentativo inidoneo, hanno ricostruito la categoria dell'offesa quale una sorta di requisito aggiuntivo rispetto alla tipicità, fino a

ricostruire talvolta il reato impossibile quale un'ipotesi normativa di 'scarto tra tipicità e offesa'⁵.

Risulta, tuttavia, ben più convincente non soltanto dal punto di vista teorico, ma anche sul piano applicativo, la ricostruzione dell'offesa in termini di elemento costitutivo del fatto tipico, in mancanza del quale viene meno la stessa conformità al tipo di un fatto (storico), pur astrattamente e formalmente conforme alle note descrittive della fattispecie legale di un reato.

Non si tratta, peraltro, soltanto di una questione teorica, ed infatti i limiti applicativi della ricostruzione separata di tali categorie emergono subito con chiarezza proprio nella pronuncia in esame. È, infatti, la stessa Corte a sovrapporre ad un certo punto tali piani e a considerare l'(astratta) idoneità della condotta ad offendere il bene tutelato dapprima quale elemento di tipicità e, poi, quale elemento di offensività, cadendo, così, in contraddizione. Più specificamente, in un primo momento, nel ricostruire la tipicità del delitto di coltivazione, la pronuncia individua quale requisito essenziale della stessa (peraltro richiesto da entrambi gli orientamenti giurisprudenziali in conflitto) 'l'attitudine della pianta, una volta giunta a maturazione, a produrre sostanza dotata di un apprezzabile effetto drogante'; in un secondo momento, nel ricostruire l'offensività della condotta di coltivazione, si osserva che questa deve essere esclusa, in caso di fasi iniziali della coltivazione, ove emerga un'attuale inadeguata modalità di coltivazione, da cui possa evincersi che la pianta non sarà in grado di realizzare il prodotto finale.

La verità, piuttosto, è che – come la stessa dottrina che per prima ha chiarito il reale significato dell'art. 49, comma 2, c.p. nella struttura del reato ha limpidamente osservato – l'offesa costituisce un elemento costitutivo imprescindibile della categoria della tipicità, non diverso dagli altri, poiché l'azione tipica è esclusivamente l'azione idonea, e dunque "il fatto tipico costitutivo di un reato si ha soltanto quando, insieme con le esteriori caratteristiche di una fattispecie legale, si riscontri altresì una effettiva capacità lesiva dell'azione posta in essere... L'elemento della lesione è così intimamente connaturato all'illecito, da non potersi riconoscere questo, ove manchi quello"⁶.

Infine, ma soprattutto, a non convincere è la diversa declinazione, operata dalla Corte, della verifica di offensività in concreto a seconda del diverso stato di avanzamento della coltivazione, e dunque l'adesione – per dir così – intermittente all'uno e all'altro orientamento giurisprudenziale in conflitto.

Dal punto di vista teorico, sembra innanzitutto difficilmente sostenibile l'idea secondo cui la ricostruzione astratta, dal punto di vista del grado di pericolo, di una

⁵ Nell'ambito di una vastissima letteratura, sarà sufficiente in questa sede ricordare che in tali termini si esprime, ad esempio, proprio NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 81 ss., spec. 86, 127 ss., il quale oltretutto, divenuto giudice costituzionale, contribuì in modo decisivo ad orientare la giurisprudenza della Corte nel senso della concezione realistica del reato; autorevolmente, impiegano tale concetto anche M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, 121 ss., 143 ss.; ID., voce *Dolo* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 750 ss., spec. 781 ss., 785-786, e VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, 617 ss., 663 ss. e

⁶ Il riferimento è all'insuperato e originalissimo lavoro di C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, *passim*, spec. 41 ss. (cit. a p. 43), che per la prima volta – che in autonomia rispetto ai lavori degli Autori torinesi – operò una simile rivoluzionaria ricostruzione dell'istituto in questione.

medesima condotta punibile, qual è quella di coltivazione (sia pure soltanto in senso tecnico-agrario) di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti, possa in ultima analisi dipendere dalla sua specifica e variabile manifestazione concreta.

Difficilmente comprensibile risulta, d'altro canto, la motivazione addotta dalla Corte a sostegno di una tale opzione ricostruttiva, vale a dire la preoccupazione – più volte ribadita nella pronuncia – di evitare che la rilevanza penale di una condotta possa dipendere dal momento del suo accertamento e dal suo stadio di avanzamento (e, dunque, in ultima analisi, dal maggiore o minore grado di offesa da essa prodotto al bene giuridico): ebbene, lungi dall'apparire una curiosa stranezza, ciò costituisce a ben vedere l'essenza stessa del principio di offensività, nonché l'opzione culturale di fondo di un diritto penale del fatto (e non dell'autore) in un ordinamento, come il nostro, di stampo saldamente oggettivistico.

Ma è proprio dal punto di vista applicativo che tale ricostruzione finisce per provare troppo e per incorrere, in realtà, esattamente nell'inconveniente che pretende di evitare. Infatti, nel diversificare la verifica di offensività in concreto a seconda del dato, casuale e contingente, del momento dell'accertamento della condotta da parte della polizia giudiziaria, e dunque dello stato di avanzamento della coltivazione e di maturazione delle piante, si finisce per ricostruire la medesima fattispecie una volta (quando la condotta è pressoché terminata e la pianta è giunta a maturazione) in termini di pericolo astratto, o se si vuole astratto-concreto, e un'altra volta (nelle fasi iniziali della coltivazione e di sviluppo della pianta) in termini di pericolo meramente presunto. Ma è così opinando che, in ultima analisi, si fa dipendere la punibilità della condotta – sotto il profilo dell'esclusione o meno dell'offesa – proprio dal momento dell'accertamento.

Infine, ci sembra che una siffatta ricostruzione risulti non soltanto poco in linea con le premesse da cui muove, ma soprattutto non del tutto ragionevole sul piano stesso dei risultati che in concreto raggiunge. Ed invero, essa finisce per dare maggiore spazio al requisito dell'offensività in uno stadio più avanzato della condotta (ad esempio, nel caso di una coltivazione ultimata), e dunque più prossimo alla lesione al bene – in tale ipotesi, infatti, andrebbe accertata l'idoneità delle piante a produrre nell'immediatezza un effetto drogante – rispetto a condotte che si collocano in uno stadio soltanto iniziale (ad esempio, nel caso della semplice messa a dimora dei semi), e dunque ben più lontano dalla lesione al bene, in relazione alle quali sarebbe invece sufficiente un giudizio meramente predittivo circa l'idoneità delle stesse, una volta giunte a maturazione, a produrre sostanza drogante, anche tenuto conto dell'idoneità delle tecniche di coltivazione (che, è appena il caso di rilevarlo, difficilmente potranno risultare inadeguate, trattandosi per definizione di coltivazione in senso tecnico-agrario).

In conclusione, va rilevato che, accanto a profili di indubbia e incondizionata meritevolezza, la pronuncia in commento sollevi alcune problematiche sulle quali sarà opportuno (ed anzi, la prassi applicativa renderà inevitabile) meditare a fondo.

Per il momento, ci si limita ad osservare che, dal punto di vista metodologico, sarebbe stato probabilmente più coerente fornire una risposta univoca al quesito di diritto sollevato, anziché aderire all'uno o all'altro degli orientamenti in conflitto a seconda dello stato di avanzamento della condotta: l'unicità della fattispecie impone una sua ricostruzione unitaria, a prescindere dalle forme del suo manifestarsi in concreto.

Nel merito, a giudizio di chi scrive, benché l'esclusione della rilevanza penale delle condotte di coltivazione di modesta entità e finalizzate all'autoconsumo possa contribuire sensibilmente a sdrammatizzare il problema, non può nascondersi qualche residua perplessità in ordine al ruolo tutto sommato marginale riservato all'offesa (in concreto) – e, in ultima analisi, al principio stesso di offensività – nella ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite.

Invero, a maggior ragione alla luce dell'opzione in senso monistico e personalistico circa il bene giuridico tutelato e tutelabile dal sistema penale delle incriminazioni in materia di stupefacenti, l'effettiva valorizzazione del principio in questione e del suo ruolo centrale nel panorama dei principi costituzionali in materia penale avrebbe forse potuto condurre ad una ricostruzione unitaria dell'offesa nella struttura del delitto in questione, nel senso della necessaria sussistenza sempre, nel prodotto della coltivazione, di un quantitativo di principio attivo ricavabile nell'immediatezza idoneo a produrre un apprezzabile effetto drogante, con la conseguente esclusione della rilevanza penale di tutte quelle condotte di coltivazione (sia pure in senso tecnico-agrario) nella loro fase iniziale, in quanto (se pur potenzialmente offensive) ben lontane dal rappresentare un reale pericolo per la salute dei futuri assuntori della sostanza.

L'ingente quantità tra disposizione e norme: le Sezioni Unite confermano i criteri giurisprudenziali*

Cass. Sez. Un., 30 gennaio 2020 (dep. 12 maggio 2020), n. 14722

Vincenzo Giordano**

MASSIMA

In tema di stupefacenti, per l'individuazione della soglia oltre la quale è configurabile la circostanza aggravante dell'ingente quantità, continuano ad essere validi, anche successivamente alla riforma operata dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile fissati dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi.

ABSTRACT

Nella nota l'Autore ripercorre le tappe giurisprudenziali nella determinazione dei criteri per l'individuazione della circostanza aggravante dell'ingente quantità in materia di stupefacenti. Le Sezioni Unite n. 14722 del 2020 confermano i criteri stabiliti in via giurisprudenziale in una fondamentale pronuncia del 2012, in un complesso gioco di interazione tra disposizione legislativa e norma giudiziaria, che pone un delicato profilo di tensione con il principio di legalità.

In the note the Author retraces the stages of the case law in determining the criteria for the identification of the aggravating circumstance of the large quantity of drugs. United Sections No. 14722 of 2020 confirm the criteria established in case law in a fundamental ruling of 2012, in a complex interplay between legislative provision and judicial rule, which sets a delicate tension profile with the principle of legality.

1. A distanza di circa otto anni, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono tornate a pronunciarsi sui parametri per ritenere configurata l'aggravante dell'ingente quantità, prevista dall'art. 80 co. 2 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

La questione assume una evidente rilevanza effettuale, vista l'incidenza ponderale della circostanza aggravante in questione sul *surplus* sanzionatorio.

Il quesito rimesso all'organo di nomofilachia, tuttavia, assume un interesse specifico perché la sezione rimettente non chiede alle Sezioni Unite di dirimere un contrasto interpretativo avente ad oggetto una disposizione normativa, bensì di valutare l'attuale validità dei criteri determinati dalle Sezioni Unite n. 36258 del 24 maggio 2012,

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Giudice presso il Tribunale di Pavia; Dottore di ricerca presso l'Università degli studi di Napoli Federico II.

Biondi, per l'individuazione della soglia oltre la quale è configurabile la circostanza aggravante dell'ingente quantità e, con specifico riferimento alle c.d. droghe leggere, di dichiarare se tale soglia resti fissata in 2 kg di principio attivo.

Illustreremo di seguito la questione rimessa alle Sezioni Unite ed il percorso argomentativo adoperato dalla Corte per sancire l'attuale validità dei criteri individuati nella sent. Biondi, per limitarci poi a qualche osservazione a primissima lettura, in particolare attinente al rapporto con il principio di legalità di un simile meccanismo, riservando ad un secondo momento una più approfondita riflessione.

2. Con ordinanza del 10 settembre 2019 (dep. 19 settembre 2019), n. 38635, la quarta Sezione penale della Corte di Cassazione ha investito le Sezioni Unite della seguente questione di diritto: «Se, con riferimento alle c.d. 'droghe leggere', la modifica del sistema tabellare realizzata per effetto del d.l. 20 marzo 2014 n. 36 convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, n. 79, imponga una nuova verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della circostanza aggravante di ingente quantità, in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa, oppure mantengano validità, per effetto della espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 75 d.P.R. 309 del 1990 e ss.mm.ii., i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile di cui alla sentenza delle SS.UU. n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi, Rv. 253150».

Come noto, la sent. SS.UU. n. 36258/2012¹, all'esito di un articolato *iter* motivazionale (apparentemente) improntato al canone di interpretazione conforme al principio costituzionale di determinatezza e al rispetto di ineludibili esigenze di ragionevolezza, aveva stabilito che l'aggravante dell'ingente quantità «non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2000 volte il valore massimo in milligrammi (valore-soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice del merito, quando tale quantità sia superata».

Nell'ordinanza di rimessione si legge come il principio di diritto appena riportato fosse riferibile ad un quadro normativo «affatto diverso dall'attuale, ossia in epoca antecedente alla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge Fini-Giovanardi».

Atteso il mutamento dell'assetto legislativo in materia di traffico illecito di stupefacenti, è necessario interrogarsi, secondo i giudici remittenti, sulla persistente validità dei criteri individuati dalle SS.UU..

Ebbene, sul punto si sono confrontati due orientamenti.

Per un primo indirizzo², l'attuale rimodulazione dello schema sanzionatorio, con la reviviscenza della distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti, nonché con la configurazione di un reato autonomo per l'ipotesi del fatto di lieve entità, ha determi-

¹ Per un commento v. A. CHIBELLI, *La "ingente quantità" di stupefacenti: la "storia senza fine" di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, n. 2/2017, 149 ss.; M. PELAZZA, *"Ingente quantità" di stupefacenti: le sezioni unite accolgono il "criterio ponderale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 23 settembre 2012.

² Il *leading case* è individuato in Cass. Pen., Sez. III, n. 25176 del 21 maggio 2014.

nato un quadro normativo del tutto differente rispetto a quello con il quale si erano in passato confrontate le Sezioni Unite, cosicché appare difficilmente conciliabile un criterio aritmetico fisso con “l'accresciuto tasso di modulazione normativa”.

Per un secondo orientamento, invece, per effetto dell'espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile ai sensi del co. 1-*bis* dell'arti. 75 D.P. R. n. 309/1990, come modificato dalla l. 16 maggio 2014 n. 79, di conversione, con modif., del d.l. 20 marzo 2014 n. 36, mantengono validità i criteri enunciati dalla sent. SS.UU. n. 36258/2012, basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile, al fine di verificare la sussistenza della circostanza aggravante dell'ingente quantità³.

Ciò premesso, la quarta Sezione chiedeva dunque alle Sezioni Unite di pronunciarsi sulla persistente vigenza del criterio aritmetico individuato nel 2012 dalle Sezioni Unite, con un quesito che assume quasi il valore di una richiesta di interpretazione autentica.

3. Nel rispondere al quesito, le Sezioni Unite muovono da una ricostruzione storica della giurisprudenza di legittimità relativa all'aggravante dell'ingente quantità ed al relativo quadro normativo in materia di stupefacenti.

Ed invero, la sent. SS.UU. n. 36258/2012 aveva posto fine ad un contrasto interpretativo sorto nella giurisprudenza di legittimità dopo le statuizioni rese sempre dalle Sezioni Unite con la sent. n. 17 del 21 giugno 2000, Primavera, in cui era stato affermato il principio secondo cui la circostanza aggravante speciale dell'ingente quantità ricorre ogni qual volta «il quantitativo di sostanza oggetto di imputazione, pur non raggiungendo valori massimi, sia tale da creare condizioni di agevolazione del consumo nei riguardi di un rilevante numero di tossicofili, secondo l'apprezzamento del giudice di merito che, vivendo la realtà sociale del comprensorio territoriale nel quale opera, è da ritenersi in grado di apprezzare specificamente la ricorrenza di tale circostanza».

Attraverso un simile parametro, si cercava di superare l'incerta nozione di “saturazione di un mercato illecito”, in precedenza invalsa nella giurisprudenza di merito, facendo leva sulla conoscenza del giudice del proprio territorio, affidandosi, in questo modo, impropriamente alle cognizioni empiriche dell'organo giudicante.

La giurisprudenza successiva per lungo tempo si è conformata al *dictum* delle Sezioni Unite, senza che l'entrata in vigore nel 2006 della l. cd. Fini - Giovanardi, con la parificazione tra droghe leggere e pesanti, modificasse in alcun modo il già indicato orientamento.

Com'è noto, la legge in questione aveva attribuito ad un decreto del Ministro della salute (d.m. 11 aprile 2006) e all'elenco ad esso allegato il compito di fissare i limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope riferibili ad un uso personale esclusivo, con conseguente irrilevanza penale della condotta.

È soltanto nel 2010⁴ che vengono mosse le prime critiche alla sent. SS.UU. n. 17/2000, giudicata foriera di intollerabili distinzioni territoriali, di opinabilità di valutazioni e di violazione del canone di determinatezza della fattispecie penale.

³ Da ultimo, Cass. Pen., Sez. IV, n. 35671 del 18 giugno 2019.

⁴ Con la sent. Cass. Pen., Sez. VI, n. 20119 del 2 marzo 2010.

Le ineludibili esigenze di oggettività e uniformità condussero la sesta Sezione penale a privilegiare i dati derivanti dall'esperienza giudiziaria della Corte di Cassazione, la quale poteva usufruire di una rappresentazione casistica nazionale, grazie alla quale si stabilì come, ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante dell'ingente quantità, non potessero definirsi tali i quantitativi di droghe pesanti o leggere che, sulla base di una percentuale media di principio attivo per tipo di sostanza, siano rispettivamente al di sotto dei limiti di 2 kg o 50 kg.

Si giunse ad una simile soluzione valorizzando il criterio dei possibili fruitori finali, avulso dal mercato territoriale, ed il dato ponderale relativo allo stupefacente, considerato in relazione alla qualità della sostanza e specificato in relazione al grado di purezza.

Stante, tuttavia, la presenza di una copiosa giurisprudenza di legittimità che ancora si conformava ai dettami della sent. SS.UU. n. 17/2000, si rese necessario un nuovo intervento delle Sezioni Unite, culminato appunto nella SS.UU. n. 36258/2012.

Nella suddetta sentenza l'organo di nomofilachia ritenne di dover rinvenire una soluzione coerente con il sottosistema normativo in materia di stupefacenti, valorizzando così il citato dato normativo di cui all'art. 73 co. 1-*bis* del d.P.R. n. 309/1990, il quale rinviava ad un decreto del Ministro della Salute l'individuazione, per ogni sostanza stupefacente, di una soglia massima di principio attivo detenibile, generata dalla moltiplicazione del valore della dose media singola, espresso in milligrammi, per un fattore moltiplicatore, variabile in base alle caratteristiche di ogni sostanza.

Per esigenze di simmetria normativa e di coerenza teleologica, le Sezioni Unite deducevano la necessità di individuare anche un limite quantitativo per la determinazione del concetto di ingente quantità.

Di conseguenza, assumendo come riferimento il valore soglia previsto dalla tabella allegata al decreto ministeriale dell'11 aprile 2006, le Sezioni Unite ritennero di individuare, attraverso l'analisi dei dati empirici relativi al traffico di sostanze stupefacenti a disposizione del Massimario della Corte, il limite di 2000 volte il valore soglia espresso in milligrammi di principio attivo detenibile per ogni sostanza stupefacente (750 mg per la cocaina, 250 mg per l'eroina, 1000 mg per l'hashish e la marijuana).

A detta della Corte una simile operazione, a carattere empirico e suscettibile di modifiche e adeguamenti nel corso del tempo, soddisfa esigenze di proporzionalità, ragionevolezza ed equità, non usurpando alcuna funzione legislativa, in quanto non si tratta di un automatismo sanzionatorio, potendo il giudice del merito valorizzare taluni tratti distintivi del caso concreto per escludere, nonostante il superamento della soglia, l'applicazione della circostanza aggravante.

I principi espressi dalle Sezioni Unite nella sent. n. 36258/2012 sono stati repentinamente messi in discussione all'indomani della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014, con la quale è stata dichiarata illegittima la legge "Fini - Giovanardi" per eccesso di delega, con conseguente reviviscenza della precedente disciplina.

Ciononostante, il legislatore è nuovamente intervenuto con il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con l. 16 marzo 2014, n. 79, il quale ha modificato gli artt. 13 e 14 d.P.R. n. 309/1990, ripristinando la distinzione normativa tra droghe leggere e pesanti.

La disciplina in precedenza contenuta nel già citato art. 73 co. 1-*bis* è stata trasposta nell'art. 75, senza che, tuttavia, sia stata prevista alcuna modifica sostanziale; ed invero, ai fini dell'accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale

deve tenersi conto del dato oggettivo del superamento dei limiti massimi di principio attivo indicati con decreto emanato dal Ministro della salute.

Con apposita disciplina transitoria, infine, il d.l. n. 36/2014 ha previsto la perdurante efficacia del decreto del Ministro della salute del 2006.

Il mutamento del quadro normativo ha generato il contrasto giurisprudenziale segnalato in apertura del presente commento, cosicché, per l'ennesima volta, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite.

4. Le Sezioni Unite ribadiscono la validità dei criteri individuati nella sent. SS.UU. n. 36258/2012, aderendo così al secondo degli orientamenti esposti.

Il punto nodale del percorso motivazionale della sentenza riguarda la confutazione del presupposto su cui si fonda il primo orientamento, rimasto minoritario, ossia una asserita correlazione tra il mutamento del quadro legislativo scaturito con la sent. della Corte Cost. n.32/2014 ed il sistema tabellare introdotto dalla c.d. legge Fini - Giovanardi.

Fin dal 1954, infatti, secondo la Corte, la materia degli stupefacenti è stata caratterizzata da un sistema tabellare, sul quale non ha minimamente inciso la cd. legge Fini - Giovanardi, la quale si è limitata ad unificare la risposta sanzionatoria verso le condotte aventi ad oggetto droghe leggere o pesanti.

Ed infatti, in alcun modo la promulgazione della suddetta legge aveva influenzato giurisprudenza successiva alla sent. SS.UU. n. 17/2000.

Sul punto, tuttavia, le Sezioni Unite decidono di dirimere un equivoco ritenuto spesso presente nelle decisioni della giurisprudenza di legittimità, ovvero la confusione del sistema tabellare disciplinato dagli artt. 13 e 14 d.P.R. n. 309/1990, con il sottosistema concernente l'individuazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope riferibili ad un uso esclusivamente personale.

Nel dettaglio, le tabelle individuate dagli artt. 13 e 14 concernono esclusivamente l'individuazione delle sostanze vietate; l'elenco, invece, allegato al decreto ministeriale previsto dall'art. 73 co. 1 bis nel testo introdotto dalla legge cd. Fini - Giovanardi, ed oggi traslato nell'art. 75, assume la diversa funzione relativa all'indicazione normativa della quantità massima di principio attivo detenibile per uso personale.

Come già anticipato, anche a seguito del d.l. n. 36/2014 tale sistema tabellare è rimasto invariato, avendo il legislatore addirittura previsto la reviviscenza degli atti amministrativi adottati ai sensi del d.P.R. n. 309/1990 fino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale.

Esclusa, pertanto, la presunta rimodulazione normativa, almeno ai fini della circostanza aggravante dell'ingente quantità, le Sezioni Unite escludono la conseguenza che l'orientamento minoritario deduceva, ossia l'inammissibilità di un sistema aritmetico di integrazione dell'aggravante.

La base sostanziale e formale della sent. SS.UU. n. 36258/2012, quindi, è rimasta invariata, motivo per il quale non sorgono motivi validi per porre in discussione i criteri ivi individuati.

Ciò statuito, la Corte affronta l'ulteriore questione concernente l'individuazione dei fattori della moltiplicazione il cui prodotto determina il confine inferiore dell'ingente quantità nelle ipotesi concernenti le droghe leggere.

La problematica è sorta perché le SS.UU. n. 36258/2012 indicavano un valore soglia per le droghe leggere pari a 1.000 mg, traendolo erroneamente dal citato elenco

allegato al d.m. 11 aprile 2006, che moltiplicato per 2000 fornisce il parametro dei 2 kg necessari per realizzare un ingente quantità rispetto alle droghe leggere.

Ed invero, il d.m. 4 agosto 2006 aveva individuato proprio in 1.000 mg il valore soglia di THC; tuttavia, tale decreto è stato annullato per motivi formali dal TAR Lazio con sent. n. 2487 del 21 marzo 2007. Di conseguenza, la disciplina anteriore, che fissava tale valore in 500 mg, era tornata in vigore, senza che le Sezioni Unite potessero prevederlo.

Le Sezioni Unite ritengono, tuttavia, irrilevante l'errore nel testo della sent. SS.UU. n. 36258/2012.

Secondo la Corte, infatti, la sentenza individua *in primis* la quantità definita ingente e soltanto dopo declina i fattori della moltiplicazione. Pertanto, l'errore di lettura dei dati del d.m. 11 aprile 2006 non inficia la conclusione cui erano giunte le Sezioni Unite nel 2012, e ciò che oggi deve essere corretto sono soltanto i fattori del calcolo.

In altri termini, «il risultato aderente all'esito dell'indagine induttiva delle Sezioni Unite cristallizzato nella sentenza Biondi è che la soglia minima perché si possa intendere ingente una quantità di droga leggera e di 2 kg di principio attivo».

Un simile ragionamento, tuttavia, appare fortemente problematico non solo perché sembra dequalificare del tutto il procedimento ermeneutico in favore del risultato, ma anche perché soltanto la stabilità dei fattori, ed in particolare del moltiplicatore, consente di raggiungere l'agognata stabilità delle decisioni giudiziarie, soprattutto qualora variasse taluno degli indicatori delle tabelle ministeriali⁵.

All'esito delle motivazioni, le Sezioni Unite ritengono necessario fornire una precisazione relativa alla definizione della dose soglia come quantitativo di principio attivo che può essere detenuto in un solo giorno; tale precisazione si rende necessaria per fornire un criterio di ausilio al giudice di merito nella sua residua discrezionalità valutativa.

In particolare, secondo la Corte, la figura giuridica della "dose media giornaliera", a seguito del referendum popolare del 1993, è del tutto estranea al nostro sistema normativo. Ad oggi la figura fondamentale è quella della dose media singola, intesa come quantità di principio attivo per singola soluzione idonea a produrre in un soggetto assunto un effetto stupefacente e psicotropo.

A questa si affianca la figura della dose soglia, vale a dire la quantità massima detenibile, la quale è data dall'incremento della dose media singola in base a un moltiplicatore variabile in relazione alle caratteristiche di ciascuna sostanza.

Ed è proprio la dose soglia che individua la quantità massima detenibile e prescinde dalla frequenza delle assunzioni, motivo per il quale è tollerabile, diversamente da quanto sostenuto in alcune sentenze di legittimità, un accumulo per più giorni destinato all'uso personale.

5. Alla pronuncia in commento va riconosciuto l'indiscutibile merito di aver garantito un'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali, attraverso la declinazione di

⁵ In tal senso C. BRAY, *Le Sezioni unite stabiliscono in 2 kg di principio attivo il valore oltre cui è integrata l'aggravante dell'ingente quantità di droghe "Leggere". Law in action o vulnus alla riserva di legge penale?*, in www.sistemapenale.it, 18 maggio 2020.

un parametro chiaro e preciso, stabilizzando un precedente giurisprudenziale anche al cospetto di un mutato quadro legislativo.

Eppure, proprio il merito si trasforma nel maggiore dei limiti di questa sentenza.

Ed invero, la Corte ha sacrificato sull'altare del principio della prevedibilità del diritto penale⁶, oggi molto di moda, il principio di legalità, nei suoi due versanti della riserva di legge e della determinatezza.

In dottrina⁷, in sede di commento dell'ordinanza di remissione, era stata invocata la possibilità che la Corte sollevasse una questione di legittimità costituzionale dell'art. 80 d.P.R. n. 309/1990, così come interpretato dal diritto vivente, per contrasto con l'art. 25 co. 2 Cost.

Non si ignora come ad un simile incidente di costituzionalità, in caso di esito positivo, consegua una declaratoria secca di incostituzionalità dell'art. 80, che avrebbe effetti notevoli su tutti i processi in corso e sulle decisioni passate⁸.

Si addivene a tale conclusione anche perché l'orientamento minoritario non era stato in grado di elaborare alcun criterio alternativo per accertare la sussistenza dell'ingente quantità.

Ciononostante, ad apparire fortemente problematica è proprio l'impostazione per la quale, in presenza di un dato normativo monco, possa sopperire una giurisprudenza sostanzialmente creatrice, in nome della stabilità delle decisioni giudiziarie.

La necessità di una precostituzione della regola giuridica, che possa dimostrarsi accettabile *ex ante* e non al termine dell'argomentazione del giudice, impone la ricerca di limiti diversi, capaci di garantire una declinazione congiunta delle *rationes* del principio di legalità, in particolare della separazione dei poteri e della libertà di autodeterminazione del singolo.

Nella dinamica penalistica, fuori dal testo vi sono soltanto arbitrio e violenza. Il testo delimita l'ambito della punibilità, individua i presupposti di operatività della pena, autorizza la lesione di un bene di rango costituzionale, quale la libertà personale.

Sono tre i paradigmi costituzionali che impongono una diversa considerazione del testo: il principio di legalità, il suo corollario della determinatezza⁹, e il principio di frammentarietà.

⁶ Per una importante ed imprescindibile distinzione tra prevedibilità delle decisioni giudiziarie e prevedibilità del diritto penale F. CONSULICH, *Così è (se vi pare) Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in www.sistemapenale.it, 10 aprile 2020; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino 2019.

⁷ Il riferimento è a C. BRAY, *La sopravvivenza dell'aggravante di "ingente quantità" di sostanza stupefacente ex art. 80 co. 2 D.P.R. N. 309/1990 rimessa al vaglio delle Sezioni Unite*, in www.sistemapenale.it, 28 gennaio 2020.

⁸ Per la dinamica del giudizio costituzionale della norma penale, v. V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019.

⁹ Per una magistrale analisi del principio, v. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, - 1 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova 1979; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino 1979. Dal punto di vista della manualistica, cfr. C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2016, 72 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2015, 60 ss.

Il testo deve essere previsto dall'organo parlamentare, detentore della sovranità popolare e luogo in cui si manifesta la dialettica tra maggioranza e minoranza; deve essere preciso, chiaro, espresso attraverso il medesimo linguaggio del cittadino; ed il legislatore deve ritagliare determinate modalità di aggressione al bene giuridico.

Nell'impostazione giuridica sottesa, invece, all'operazione elaborata dalla Sezioni Unite, debitrice, sotto tale profilo, di orientamenti europei¹⁰, il principio di legalità non esige più che sia il legislatore a definire i confini della fattispecie penale: la legalità *sub specie* determinatezza perde di consistenza e confluisce nella generica istanza di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Il baricentro penale si sposta dalla disposizione alla norma, dal testo al contesto, dalla precisione alla ricezione, dalla legge al giudice.

A parere di chi scrive, tuttavia, seppur meritevoli di considerazione, i principi di accessibilità della fattispecie penale e di prevedibilità della decisione giudiziaria, intanto assumono un valore, in quanto siano *in primis* rispettati i principi costituzionali relativi alla disposizione normativa, quali determinazione, tassatività e riconoscibilità.

In particolare, quest'ultimo principio, individuato dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n.364/1988¹¹ quale *trait d'union* tra il principio di legalità ed il principio di personalità della responsabilità penale, trova il proprio referente nella disposizione legislativa e non nella norma quale prodotto dell'atto ermeneutico.

Ed allora le legittime istanze di prevedibilità devono trovare tutela soltanto a condizione che sia primariamente rispettata l'esigenza democratica sottostante al principio di legalità formale. Perché senza disposizione, non vi può essere alcuna norma valida.

Di conseguenza, l'unica soluzione che consente di coniugare legalità e prevedibilità è quella di una modifica normativa dell'art. 80 d.P.R. n. 309/1990, che indichi almeno un parametro di riferimento per la valutazione del giudice.

¹⁰ Sulle quali v. per tutti F. VIGANO', *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in (a cura di) C. E. PALIERO - S. MOCCIA - G.A. DE FRANCESCO - G. INSOLERA - M. PELLISERO - R. RAMPIONI - L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli 2016.

¹¹ D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 686 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: prima lettura della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.* 1988, I, p.1385 ss.; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legisl. Pen.* 1988, 449 ss.; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 1313 ss.; oltre alle lucide osservazioni di S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 141 ss.

Giudizio abbreviato e integrazione probatoria: nuovi limiti alla fluidità della imputazione*

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 13 febbraio 2020, n. 5788,
CARCANO Presidente – DE CRESCIENZO Relatore – IACOVIELLO P.G. (conf.)

Laura Bacchini

Sommario: **1.** Il caso ed il principio di diritto. – **2.** L'imputazione a "rigidità temperata" e le norme di riferimento. – **3.** Le nuove contestazioni nel rito abbreviato e le motivazioni del Supremo Consesso. – **4.** La "palinodia" della Consulta in tema di riti alternativi. – **5.** Considerazioni finali.

MASSIMA

In caso di giudizio abbreviato sottoposto ad integrazione probatoria, il pubblico ministero può modificare o integrare la contestazione soltanto laddove tale esigenza si manifesti come necessario adeguamento agli esiti istruttori.

ABSTRACT

La sentenza nega, nel caso di giudizio abbreviato sottoposto ad integrazione probatoria, la facoltà dell'accusa di modificare o integrare l'imputazione sulla base di materiale già noto. La previsione del potere di modifica (art. 423 c.p.p.) è un'eccezione rispetto alla regola enunciata dall'art. 441, comma 1, c.p.p. Un'accusa «stabile» è «presidio di garanzia per l'imputato» e su di essa la difesa effettua le proprie pregnanti scelte. Appare sempre più eroso il concetto di «fluidità della imputazione», in linea con le pronunce della Corte costituzionale relative agli artt. 516 e 517 c.p.p. in tema di facoltà di accesso ai riti alternativi.

According to the Judgment handed down by the Supreme Court, the Public Prosecutor is not entitled to amend the Indictment Sheet if the defendant has opted for an abbreviated trial on the condition that new evidence is gathered, when the amendments stem from evidentiary materials already in the case-file. The possibility of modifications rule (art. 423 c.p.p.) is an exception to the standard stipulated for in art. 441, first clause, c.p.p. «Steady» Indictments «safeguard defendants» insofar as fundamental defensive choices are based upon them. To the contrary, the idea of a «shifting Indictment» loses ground in accordance to Constitutional Court judgments on art. 516 and 517 c.p.p. in relation to special proceedings.

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

1. Il caso ed il principio di diritto

Nel corso di un giudizio abbreviato sottoposto ad integrazione probatoria, il pubblico ministero modificava l'originaria imputazione (per omicidio volontario e incendio), contestando l'ulteriore reato di occultamento di cadavere e, in relazione al delitto di omicidio, le aggravanti di cui agli artt. 61 comma 1, n. 1 (motivi abietti o futili), 61 comma 1, n. 4 (sevizie) e 577 (premeditazione) del codice penale. La difesa eccepiva immediatamente innanzi al Gip l'inammissibilità delle nuove contestazioni, rilevando come non fosse rinvenibile alcun nesso tra il materiale istruttorio acquisito e le contestazioni stesse. Tali doglianze venivano respinte. Esclusa l'aggravante dell'aver adoperato sevizie e derubricato il delitto di incendio in danneggiamento aggravato seguito da incendio, l'imputato veniva così condannato ad anni 30 di reclusione.

La Corte di Assise di Appello, ritenute legittime le contestazioni suppletive, in quanto inerenti a fatti già desumibili dagli atti del processo, escludendo l'aggravante della premeditazione, confermava nel merito la decisione.

Con ricorso per cassazione la difesa denunciava, per quanto di interesse, l'inservanza degli artt. 441, 441-bis e 423 c.p.p. e la Prima Sezione della Corte, rilevato un potenziale contrasto con gli arresti precedenti, sottoponeva alle Sezioni Unite la seguente questione: *“se nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria o nel quale l'integrazione sia stata disposta dal giudice, sia consentito procedere alla modificazione dell'imputazione o a contestazioni suppletive con riguardo a fatti già desumibili dagli atti delle indagini preliminari e non collegati agli esiti dei predetti atti istruttori”*.

Le Sezioni Unite hanno così affermato il seguente principio di diritto: *“nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell'art. 438 c.p.p., comma 5, o nel quale l'integrazione sia stata disposta a norma dell'art. 441 c.p.p., comma 5, è possibile la modifica dell'imputazione solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall'art. 423 c.p.p.”*.

2. L'imputazione a “rigidità temperata” e le norme di riferimento

La sentenza in commento, nel riaffermare l'importanza della stabilità della imputazione per la tutela delle prerogative difensive ed il carattere eccezionale delle norme che consentono al pubblico ministero di modificarne o integrarne il contenuto, impone, anche alla luce dei diversi interventi della Corte costituzionale, una riflessione sul concetto di “fluidità della imputazione”.

Se, infatti, è plausibile ritenere concettualmente “fluida” la incolpazione nella fase delle indagini preliminari¹ e ai fini dell'applicazione delle misure cautelari², maggior cautela è doverosa nel riferire l'attributo alla imputazione. Non può trascurarsi come

¹ In tal senso, INZERILLO, *Imputato e imputazione*, in *DDP*, 2005, 736. Sullo stesso tema Angeletti, *Nuove contestazioni nel processo penale*, Giappichelli, 2014, 7 e ss.

² Cass. pen. Sez., VI, 7.10.2004, n. 45442, Cass. pen. Sez. VI, 7.10.2004, n. 45441, Cass. pen. Sez. III, 23.1.1996, n. 231, Cass. pen. Sez. II, 17.10.1995, n. 4306.

il legislatore abbia previsto una «cristallizzazione tendenzialmente definitiva³» della pretesa punitiva già nella richiesta di rinvio a giudizio; qui la contestazione assume una prima connotazione di “solidità” o “rigidità”, sotto il profilo della descrizione fattuale, nei termini delineati dall’art. 417 c.p.p., così come novellato dalla legge Carotti. La locuzione «enunciazione in forma chiara e precisa del fatto-reato, delle circostanze aggravanti e di quelle possono comportare l’applicazione di misure di sicurezza» depone in tal senso⁴.

Si tratta, senza alcun dubbio, di “rigidità temperata”. Infatti, già la legge delega per l’emanazione del nuovo codice di rito⁵ aveva espressamente previsto, tra i principi ed i criteri fissati per l’attuazione del sistema accusatorio, la facoltà del pubblico ministero di modificare l’imputazione sia nel corso dell’udienza preliminare⁶, sia in dibattimento⁷.

Con l’evidente fine di rendere il fatto e le circostanze di cui l’imputato è chiamato a rispondere aderenti e coerenti con le emergenze istruttorie (trascurando nel presente commento il tema delle contestazioni suppletive ancorate al fatto nuovo ex artt. 423, comma 2 e 519 c.p.p., che richiedono il consenso dell’imputato), va rilevato come siano state espressamente autorizzate le seguenti modifiche:

- nei casi in cui, «nel corso dell’udienza» preliminare, il fatto risulti diverso da come è descritto nell’imputazione ovvero emerga un reato connesso a norma dell’articolo 12 comma 1 lettera b) c.p.p., o una circostanza aggravante (art 423, comma 1, c.p.p.)⁸;
- nel caso di giudizio abbreviato connotato da integrazione probatoria ai sensi degli artt. 438, comma 5, c.p.p. e 441, comma 5, c.p.p. (art. 441-bis, che richiama l’art. 423, comma 1, c.p.p.);
- nel caso in cui, «nel corso dell’istruzione dibattimentale», il fatto risulti diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio (art. 516

³ La definizione è di ZIROLDI, *Udienza Preliminare*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. GARUTI, diretto da G. Spangher, vol. III, Utet, 2009, 858.

⁴ La violazione della norma non è di per sé sanzionata, mentre è prevista una declaratoria di nullità dell’eventuale decreto che dispone il giudizio (art. 429, comma 2, c.p.p.) o del decreto di citazione diretta a giudizio (art. 552, comma 2, c.p.p.) nonché degli eventuali atti consecutivi, compresa la sentenza, ai sensi dell’art. 185 c.p.p.

⁵ L. 16 febbraio 1987, n. 81 «Delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale».

⁶ Art. 2: «il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono», tra i quali figura, al punto 52) «il potere del pubblico ministero nell’udienza preliminare di modificare l’imputazione e di procedere a nuove contestazioni».

⁷ Art. 2, punto 78) il «potere del pubblico ministero nel dibattimento di procedere alla modifica dell’imputazione e di formulare nuove contestazioni inerenti ai fatti oggetto del giudizio; previsione di adeguate garanzie per la difesa».

⁸ In termini critici in merito all’ampiezza riconosciuta al potere di procedere alla contestazione suppletiva in udienza preliminare, AMODIO, *Ragionevole durata del processo e nuove esigenze di tutela dell’imputato*, in *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Centro difesa soc. Conv. studio De Nicola, Giuffrè, 2006, 64. Il tema è approfondito da FIORELLI, *L’imputazione latente*, Giappichelli, 2006, 210 e ss.

c.p.p.) o emerga un reato connesso a norma dell'articolo 12 comma 1 lettera b) c.p.p., o una circostanza aggravante (art. 517 c.p.p.).

Metamorfosi del contesto fattuale emerse nel corso della istruttoria e derivanti da necessità di adeguamento "fisiologico" trovano disciplina nelle norme mentovate. Il legislatore non menziona mai, in alcun modo, la facoltà di provvedere a contestazioni suppletive derivanti, invece, da "patologie" della imputazione⁹. Si tratta, per utilizzare le parole della Consulta di «anomalie», dirette «non già ad adeguare l'imputazione a nuove risultanze dibattimentali, ma a rimediare ad un'incompletezza già apprezzabile sulla base degli stessi atti di indagine¹⁰».

La sentenza in esame concerne proprio quest'ultima ipotesi.

3. Le nuove contestazioni nel rito abbreviato e le motivazioni del Supremo Consesso

Il Supremo Consesso, nel restringere il potere di intervento del pubblico ministero, muove le proprie argomentazioni da un'attenta analisi del panorama normativo di riferimento e dei principi dettati dalla Corte costituzionale.

Si osserva in primo luogo che, con riferimento all'abbreviato cd. secco, l'art. 441 c.p.p.¹¹ rinvia, in quanto compatibili, alle disposizioni previste per l'udienza preliminare, con l'eccezione degli artt. 422¹² e 423, comma 1, c.p.p.¹³, rendendo immutabile la cornice di riferimento entro la quale è stata operata la scelta di rinunciare al dibattimento¹⁴. Pertanto, ammesso il rito¹⁵, nessun errore nella contestazione risulterà più emendabile¹⁶ (salvo un nuovo giudizio per l'ipotesi del reato connesso).

⁹ Sulle contestazioni tardive in dibattimento, GRILLI, *Il dibattimento penale, Guida pratica*, Giuffrè, 2014, 418 e ss.

¹⁰ C. cost., 7.10.2009, n. 333.

¹¹ Così come modificato dall'art. 29 della L. 16.12.1999, n. 479.

¹² Tal norma disciplina l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere.

¹³ Così «il riconoscimento di una circostanza aggravante che non avrebbe potuto essere oggetto di una contestazione suppletiva determina la nullità della sentenza pronunciata all'esito di tale giudizio» (Cass. pen., Sez. VI, 19.01.2010 n. 13117); nello stesso senso, Cass. Pen. Sez. IV, 14.2.2007, n.12259; Cass. pen. Sez. III, 04.04.2013, n. 22949.

¹⁴ Cass. pen., Sez. II, 17.09.2010, n. 35350 secondo cui «la ratio dell'art. 441 c.p.p., comma 1 è quella di evitare di esporre l'imputato ad una fluidità dell'accusa incompatibile con la rinuncia alla prova che si cristallizza irretrattabilmente con la richiesta di abbreviato non condizionato. Infatti, qualsivoglia modifica dell'impianto dell'accusa, intervenuta dopo la scelta del rito, che non si riduca ad una mera differente qualificazione giuridica di un fatto altrimenti immutato esporrebbe il prevenuto alle conseguenze di una scelta processuale maturata in relazione ad un diverso contesto accusatorio, senza poter più recuperare il proprio diritto costituzionale di difendersi (anche provando)».

¹⁵ Secondo la Suprema Corte, infatti, la modifica dell'imputazione, ai sensi dell'art. 423 comma 1 c.p.p., deve ritenersi consentita anche quando sia stata già avanzata dall'imputato, ma non ancora accolta dal giudice, la richiesta di giudizio abbreviato: non può assumere rilievo alcuno «la circostanza della modifica della imputazione, (...) operata dopo che era stata avanzata la richiesta di giudizio abbreviato, non avendo la detta richiesta, fino al momento in cui non sia stata eventualmente accolta (il che, nel caso in esame, non risulta affatto fosse avvenuto), alcuna efficacia preclusiva all'esercizio dei poteri» Cass. pen. Sez. I, 14.11.1995, n. 11993.

¹⁶ Eventuali violazioni della norma implicano nullità di ordine generale a regime intermedio che

Nei casi di integrazione del materiale probatorio, sia su istanza di parte (art. 438, comma 5, c.p.p.) che d'ufficio (art. 441, comma 5, c.p.p.)¹⁷, riaffiora invece la questione dell'adattabilità della imputazione alle emergenze probatorie, analogamente a quanto previsto nel rito ordinario.

In tali casi torna a rivivere l'art. 423 c.p.p. ed il pubblico ministero può modificare l'imputazione, secondo quanto previsto dall'art. 441-*bis* c.p.p.¹⁸. L'imputato può così recedere dal rito abbreviato o proseguire nel giudizio in corso chiedendo l'ammissione di nuove prove in relazione alle nuove contestazioni.

L'accoglimento delle tesi rinnegate dalla Prima Sezione si concretizzerebbe in «un'inspiegabile diversità di trattamento tra rito abbreviato secco e rito abbreviato condizionato in relazione a una medesima situazione processuale rappresentata da una contestazione patologica» e lo stesso vale per l'integrazione probatoria d'ufficio.

Le Sezioni Unite, seppur caute nel non prendere una posizione netta sulla interpretazione letterale delle norme, laddove si fa riferimento all'espressione «nel corso del giudizio», intervengono con una lettura delle stesse, perfettamente aderente ai principi enucleati nel corso del tempo dalla Consulta, sottolineando come si tratti sempre di un giudizio "allo stato degli atti", che prevede un trattamento premiale a fronte della scelta di rinunciare al contraddittorio nella formazione della prova. La valutazione di tale gravosa determinazione, che involge, tra l'altro, la rinuncia a far valere eccezioni sulla competenza territoriale, nullità a regime intermedio e inutilizzabilità di carattere fisiologico, non può che fondarsi su valutazioni ancorate all'addebito condensato nella imputazione. Ciò anche nella ipotesi di abbreviato "arricchito" da integrazioni probatorie. Infatti, queste, sia che siano richieste dall'imputato, sia che siano disposte dal giudice, hanno pur sempre come punto di riferimento l'addebito contestato.

L'imputazione, nella sentenza in commento, occupa una posizione di centralità, quale «presidio di garanzia per l'imputato, che ha diritto a conoscere nei suoi esatti termini il contenuto dell'accusa sulla cui base opera le proprie scelte anche in relazione al rito processuale e alla modalità di accesso ad esso». Il rischio da scongiurare è quello di «minare una garanzia dell'imputato e indirettamente la bontà delle decisioni del giudice nella fase di ammissione al rito».

La Corte prende così le distanze dall'orientamento contrario citato dalla Prima Sezione, sottolineando come esso non trovi giustificazione né sotto il profilo della interpretazione letterale, né sotto quello logico sistematico, dando luogo ad una «illogica disarmonia di sistema» rispetto alla disciplina dell'abbreviato secco e denunciandone il contrasto con le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 140 del 2010.

se tempestivamente eccepite comportano la nullità della sentenza.

¹⁷ Secondo quanto previsto dalla L. 16.12.1999, n. 479.

¹⁸ Articolo aggiunto dall'art. 2-*octies*, D.L. 7.4.2000, n. 82, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione 5.6.2000, n. 144.

Tale sentenza, in cui vengono espressamente menzionate due¹⁹ delle quattro²⁰ pronunce citate a sostegno dell'orientamento "permissivo", definisce severamente la lettura delle norme ivi operata: «non apprezzabile in termini di diritto vivente, non incontestabile sul piano ermeneutico e comunque incompatibile con la Costituzione²¹». La Consulta è poi chiarissima laddove, partendo dall'esame delle norme sopra richiamate, afferma che: «le eccezioni introdotte restano strettamente legate alle fattispecie che le giustificano: vale a dire che il pubblico ministero possa effettuare le nuove contestazioni solo quando affiori la necessità di adattare l'imputazione a nuove risultanze processuali, scaturenti da iniziative probatorie assunte nell'ambito del rito alternativo; rimanendo con ciò escluso che dette iniziative - tanto più se rimaste "prive di seguito" - possano rappresentare una patente di legittimazione per rivalutare, a scopo di ampliamento dell'accusa, elementi già acquisiti in precedenza e, fino a quel momento, non posti ad oggetto dell'azione penale»²².

Si osserva così che la risoluzione sulla convenienza dei riti alternativi dipende innanzitutto proprio dalla imputazione formulata e si richiamano i precedenti inerenti alle contestazioni suppletive in dibattimento e alla possibilità di passaggio dal rito ordinario ai riti speciali, sottolineando come analoghe argomentazioni debbano «operare anche nella direzione inversa (...) sicché non sarebbe costituzionalmente accettabile» che l'imputato «venisse a trovarsi vincolato dalla sua scelta anche in relazione agli ulteriori reati concorrenti che - stando all'indirizzo interpretativo in discussione - potrebbero essergli contestati a fronte delle evenienze patologiche».

Appare opportuno precisare come in passato, invece, l'ampliamento dello spettro di intervento sulla imputazione in tali termini, sia stato tuttavia accolto con fervore dalla giurisprudenza²³, con poche, coraggiose, eccezioni²⁴. Le conseguenze non sono di poco conto, potendo comportare la nullità parziale della sentenza²⁵.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. II, 9.5.2005, n. 23466 e Cass. Pen., Sez. V, 27.11.2008 n. 7047. Sul tema delle contestazioni patologiche in caso di giudizio abbreviato, BLAIOTTA, *Sub art. 423, in Codice di Procedura Penale, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in LATTANZI, LUPO (a cura di), Giuffrè, 2013, 1707.

²⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 15.11.2017, n. 5200; Cass. Pen., Sez. II, 26.09.2017, n. 48280.

²¹ C. cost. 24.2010, n. 140.

²² C. cost. 24.2010, n. 140, cit.

²³ Cass. pen., Sez. II Sent., 14.10.2015, n. 45298; Cass. pen., Sez. V, 21.09.2015, n. 863; Cass. pen., Sez. II, 20.3.2012, n. 10820; Cass. pen., Sez. VI, 29.10.2009, n. 44501; Cass. pen., Sez. VI 22.09.2009, n. 44980; Cass. pen., Sez. V, 20.06.2006, n. 3279. In tal senso si erano espresse le Sezioni Unite, Cass. Pen., 28.10.1998, n. 4, quest'ultima sentenza è commentata con nota di BAZZANI, in *C.P.*, 1999, p. 3079; *ivi*, 2000, p. 330, con nota di ALLEGREZZA, in *GP*, 1999, III, p. 556 con nota di Curci; *ivi*, 1999, III, p. 701, con nota di VARRASSO; in *RIDPP*, 2000, P. 338, con nota di LOZZI; in *GI*, 1999, p. 2136 con nota di Di BITONTO; *ivi*, 1999, p. 589 con nota di NACAR; riferimenti bibliografici presenti in GRILLI, *La procedura penale*, Cedam, 2009, p. 1326.

²⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 10.12.2001, n. 1431; Cass. pen. Sez. VI, 22.02.2005, n. 10125.

²⁵ Cass. Pen. Sez. II, 16.12.2003, n.6584, che ha ritenuto non più attuale il precedente ampliamento alla luce delle modifiche legislative introdotte con la L. 479 del 1999.

4. La “palinodia” della Consulta in tema di riti alternativi

Le norme concernenti le modifiche della imputazione hanno richiesto, in generale (anche per modifiche di carattere fisiologico), numerosissimi interventi della Corte costituzionale²⁶, nell’ottica di un adeguamento delle stesse ad un diritto di difesa effettivo²⁷.

La questione è emersa in passato in modo dirompente con riguardo al tema della perdita della facoltà dell’imputato di richiedere riti alternativi per il decorso dei termini, nel giudizio ordinario²⁸.

Tra le motivazioni sottese alle declaratorie di illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., quelle che hanno fatto riferimento alle contestazioni “patologiche” non possono che fornire una chiave di lettura del fenomeno, a fronte del lampante

²⁶ D’ANDRIA, Sub art. 516, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *op. cit.*, Giuffrè, 2013, 432 e ss., nonché, Sub Art. 517, 437 e ss.

²⁷ La questione del diritto di difesa è stata affrontata anche in merito all’udienza preliminare, in termini “ampliativi” dei poteri del pubblico ministero (C. cost. 21.11.2006, n. 384). La Suprema Corte aveva già in precedenza dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell’art. 423 c.p.p. in riferimento all’art. 24, comma 2, Cost., sotto il profilo della possibilità del p.m. di modificare l’imputazione, nell’udienza preliminare, non soltanto in base a quanto è emerso nel corso dell’udienza, ma anche a base degli atti delle indagini preliminari. Nell’ipotesi di modificata contestazione in base ad elementi già acquisiti nel corso delle indagini, la difesa, secondo la Corte, non subirebbe alcun pregiudizio, essendole già noti i suddetti elementi, per l’avvenuto, precedente, deposito (Cass. pen., Sez., VI, 04.06.1993, n. 9443).

²⁸ È stata dichiarata l’illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p. con riferimento al patteggiamento, relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell’esercizio dell’azione penale (C. cost. 22.06.1994, n.265); si segnalano poi i seguenti arresti: C. cost. 15.12.1995, n. 530, che ha dichiarato l’illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p., con riferimento all’oblazione, ai sensi degli artt. 162 e 162-bis c.p., relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento e al reato connesso; C. cost. 14.12.2009, n. 333, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 con riferimento all’abbreviato relativamente al fatto diverso e al reato concorrente, per contestazioni patologiche; C. cost. 1.12. 2014, n. 273, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 516 c.p.p., in relazione al giudizio abbreviato con riguardo al fatto diverso emerso nel corso dell’istruzione dibattimentale; C. cost. 5.07.2017, n. 206, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 516 c.p.p., per l’accesso al patteggiamento, relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell’istruzione dibattimentale; C. cost. 16.01.2020, n. 14, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 516 c.p.p., nella parte in cui, in seguito alla modifica dell’originaria imputazione, non prevede la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova; C. cost. 09.07.2015, n. 139, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 517 c.p.p., in relazione al giudizio abbreviato in caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell’esercizio dell’azione penale; C. cost. 26.10.2012, n. 237, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 517 c.p.p., con riguardo al giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell’istruzione dibattimentale; C. cost., 23.06.2014, n. 184, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 517 c.p.p., in relazione all’accesso al patteggiamento in seguito a contestazione di circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell’esercizio dell’azione penale; C. cost. 05.07.2018, n. 141, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 517 c.p.p., in relazione alla sospensione del procedimento con messa alla prova, in casi di contestazione di una circostanza aggravante.

parallelismo con quanto affrontato dalle Sezioni Unite in tema di abbreviato sottoposto ad integrazione probatoria.

In realtà, la Corte costituzionale non ha mancato, in passato, di affermare che rientrasse nelle valutazioni che lo stesso imputato deve compiere, ai fini della determinazione della scelta del rito, la evenienza della modificazione dell'imputazione a seguito dell'istruttoria dibattimentale²⁹, e che «il relativo rischio» rientrasse «naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiedere o meno tale rito, onde egli non ha che da addebitare a se medesimo le conseguenze della propria scelta³⁰».

Con l'avallo della Corte Costituzionale, la giurisprudenza di legittimità aveva affermato che «nell'ipotesi di contestazione in base ad elementi già acquisiti, la difesa in realtà non subirebbe alcun pregiudizio, essendo stata già messa in condizione di conoscere i suddetti elementi»³¹.

Il primo punto di rottura si registra con una sentenza del 1994 in tema di applicazione della pena su richiesta³², concernente proprio una contestazione "patologica". Secondo tale pronuncia le valutazioni difensive circa la convenienza del rito alternativo dipendono, in via principale, proprio dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero, sicché quando, in presenza di una evenienza patologica, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti alternativi. Risulta inoltre violato, conformemente alle osservazioni già accennate, il principio di eguaglianza, poiché l'imputato è irragionevolmente discriminato rispetto alla possibilità di accesso a tali riti, in virtù della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione delle risultanze delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero. Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 516 e 517 c.p.p., per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non consentivano all'imputato di richiedere il patteggiamento, relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concernesse un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale e ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 520 e 516 c.p.p., relativamente alla preclusione al giudizio abbreviato in ordine alle nuove contestazioni dibattimentali in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione.

Quanto al giudizio abbreviato, si deve attendere infatti la sentenza n. 333 del 2009 che, invertendo la rotta tracciata con le sentenze n. 265 del 1994 e 129 del 2003 (en-

²⁹ C. cost., Ord., 4.5.1992, n. 213.

³⁰ C. cost., 29.06.1992, n. 316, che ha richiamato una precedente pronuncia in cui aveva affermato che l'interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi conseguenti al giudizio abbreviato ha rilievo in quanto egli rinunci al dibattimento e «venga perciò effettivamente adottata una sequenza procedimentale che consenta di raggiungere in tal modo l'obiettivo di rapida definizione del processo perseguito dal legislatore con l'introduzione di tale rito speciale. Perciò, quando ormai per l'inerzia dell'imputato tale scopo non può più essere pienamente raggiunto - in quanto si è già pervenuti al dibattimento - sarebbe del tutto irrazionale consentire che, ciononostante, a quel giudizio si addivenga in base alle contingenti valutazioni dell'imputato sull'andamento del processo (sent. n. 593 del 1990)».

³¹ Cass. Pen. 4.12.1997, n. 1506. Nello stesso senso, Cass. Pen. 14.11.1995; Cass. Pen. 28.4.1994; Cass. Pen. 4.6.1993.

³² C. cost., 30.06.1994, n. 265, cit.

trambe avevano dichiarato inammissibili le questioni sollevate in tema di accesso al giudizio abbreviato), ha affermato che la disciplina delle contestazioni suppletive in dibattimento mira «a conferire un ragionevole grado di flessibilità all'imputazione, consentendone l'adattamento agli sviluppi e agli esiti dell'istruzione dibattimentale, quando alcuni profili di fatto, pur pertinenti o strettamente collegati all'oggetto dell'imputazione, risultino nuovi o diversi rispetto a quelli emersi dagli elementi a suo tempo acquisiti nelle indagini e valutati dal pubblico ministero per l'esercizio dell'azione penale. La formula dei citati artt. 516 e 517 – alla luce della quale la diversità del fatto, il reato concorrente e le circostanze aggravanti debbono emergere “nel corso dell'istruzione dibattimentale” – riflette tale finalità dell'istituto, evocando, *primo visu*, i soli mutamenti dell'imputazione imposti dall'evoluzione istruttoria e consente di qualificarlo come speciale e derogatorio con riguardo alle ordinarie cadenze processuali relative all'esercizio dell'azione penale e al suo controllo giudiziale»³³. Conseguenza di tale impostazione è stata la declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato diverso e a quello concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione riguardi un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale.

Evidente la frizione con l'orientamento della Corte di legittimità che, come accennato, sotto l'egida delle Sezioni Unite³⁴, aveva ritenuto che le nuove contestazioni previste dagli artt. 516 e 517 c.p.p. potessero essere basate anche sui soli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari. Ciò, come anticipato, sulla base di un vacuo richiamo alla legge delega e ai risultati “incongrui” che diversamente potrebbero prodursi: infatti, nel caso di reato concorrente, il procedimento dovrebbe retrocedere alla fase delle indagini preliminari, con conseguente *vulnus* ai principi di immediatezza e concentrazione del dibattimento; mentre, nel caso di circostanza aggravante, la mancata contestazione nell'imputazione originaria risulterebbe irreparabile, non potendo l'aggravante formare oggetto di un autonomo giudizio penale.

Ulteriori pronunce hanno dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena su richiesta delle parti³⁵ o il giudizio abbreviato³⁶, in seguito alla contestazione nel dibattimento di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Tali sentenze, seppur riferite alla possibilità di passaggio dal rito ordinario a quelli alternativi, a fronte di nuove contestazioni “patologiche” in dibattimento, forniscono delle chiavi di lettura per la questione sottoposte alla Sezioni Unite in tema di abbreviato condizionato o sottoposta ad integrazione probatoria d'ufficio, laddove l'assunzione del materiale probatorio varrebbe soltanto come *escamotage* per ovviare alle anomalie del dato imputativo.

³³ C. cost., 7.10.2009, n. 333, cit.

³⁴ Cass. Pen. Sez. Un. 28.10.1998, cit.

³⁵ C. cost., 23.06.2014, n. 184, cit.

³⁶ C. cost., 26.05.2015, n. 139, cit.

5. Considerazioni finali

L'individuazione del punto di equilibrio tra esigenze di economia processuale e tutela delle prerogative difensive, nel caso di contestazioni suppletive legate ad esigenze patologiche, ha comportato, negli ultimi decenni, un numero considerevole di interventi della Suprema Corte e della Corte costituzionale. Tale numero rende di per sé tangibile come non possano essere secondate le affermazioni di quell'orientamento per cui il diritto di difesa non sarebbe leso da contestazioni "prevedibili", proprio in quanto fondate su materiale in atti. La legge delega, che nulla prevede in ordine alla dicotomia tra contestazioni fisiologiche e patologiche, limitandosi a fissare principi e criteri di attuazione del sistema accusatorio, non può fornire addentellati in tal senso. Da ultimo, va osservato come il riferimento dei suindicati arresti ad un'interpretazione letterale delle norme appaia paradossale, muovendo da uno svuotamento semantico del testo³⁷.

La sentenza in commento si situa nel solco di quelle pronunce che, in conformità ai principi enucleati dalla Corte costituzionale, ribadiscono la centralità dell'addebito nelle scelte difensive. La Corte giunge così ad affermare come il potere di intervento del pubblico ministero sarebbe, altrimenti, lesivo del «presidio di garanzia dell'imputato costituito dalla stabilità dell'accusa rispetto a quanto già in atti».

Si auspica che la pronuncia in esame sia uno degli ultimi tasselli per eliminare del tutto dal sistema processuale vigente dinamiche di modifica della imputazione al di fuori dei meccanismi correttivi accolti espressamente dal legislatore.

Infine, va rilevato come il carattere eccezionale riconosciuto alle norme che consentono espressamente il potere di modifica della contestazione, in uno con l'ammissione della funzione di garanzia che riveste la stabilità dell'accusa rispetto a quanto già in atti, sono elementi che devono condurre ad una rivalutazione del concetto di "imputazione fluida".

³⁷ Il legislatore, negli artt. 423, 516 e 517 c.p.p. consente alla modifica quando: "nel corso dell'udienza preliminare" o "nel corso dell'istruzione dibattimentale", il fatto "risulta" diverso da come descritto rispettivamente nella imputazione o nel decreto che dispone il giudizio o "emerge" un reato connesso o una circostanza aggravante; pertanto, appare evidente che abbia voluto disciplinare l'ipotesi di un adeguamento fisiologico della contestazione alle emergenze (non prevedibili) ancorate alla fase.

La configurabilità del delitto di «atti persecutori» nel caso di condotte eteroaggressive poste in essere dalla persona offesa nei confronti dello stalker*

Cass. Pen. Sez. V, 23.1.2020, n. 2726

Salvatore De Bonis

Sommario: 1. Premessa. – 1.1. Osservazioni introduttive: *ratio legis* e breve *excursus* normativo. – 2. Il delitto di «atti persecutori» nei suoi elementi essenziali. – 3. La vicenda processuale all'esame della Corte di Cassazione. – 4. Considerazioni conclusive.

MASSIMA

In tema di *stalking*, quand'anche la persona offesa attui anch'essa condotte eteroaggressive nei confronti dello *stalker*, ciò non legittima *sic et simpliciter* l'esclusione del reato, ma impone solo un più accurato onere di motivazione in capo al giudice di merito (nel caso di specie, la S.C. ha ritenuto adeguatamente motivata la pronuncia della Corte d'Appello di Catania, la quale, pur prendendo atto dell'esistenza di aspri contrasti reciproci di origine condominiale, ha confermato la condanna inflitta in primo grado nei confronti di uno degli imputati per il delitto di cui all'art. 612-bis c.p. avendo logicamente neutralizzato la rilevanza, a discarico, delle asserite condotte delle persone offese, dopo averle poste a raffronto con i comportamenti violenti e prevaricatori attribuiti all'imputato, di tale rilevanza da determinare nelle persone offese la modifica delle proprie abitudini di vita; ciò anche in ragione del ritenuto difetto probatorio di analoghe condotte a parti invertite, atteso che il materiale prodotto in giudizio dalla difesa a sostegno dell'asserita reciprocità delle condotte offensive era costituito da mere denunce querele e certificati medici, in assenza di deduzioni difensive in merito al fatto che detto materiale fosse stato vagliato in sede giudiziaria come dimostrativo di uno *stalking* a parti invertite).

ABSTRACT

A norma dell'art. 612-bis, comma 1, c.p. è punito, con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi, colui che con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita. L'autore, dopo aver brevemente tratteggiato la ratio legis e l'excursus normativo caratterizzanti la fattispecie di «atti persecutori» (c.d. stalking), nonché gli elementi essenziali del predetto delitto, prendendo le mosse dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 2726 del 23.1.2020 (ud. 13.12.2019), si propone di analizzare il tema della configurabilità del delitto di stalking (art. 612-bis c.p.) nel caso in cui la persona offesa ponga in essere condotte eteroaggressive nei confronti dello stalker.

Pursuant to Article 612-bis, paragraph 1, of the Italian criminal code anyone who with repeated conduct, threatens or harasses someone in such a way as to cause a persistent and serious state of anxiety or fear or to generate a well-founded fear of his own safety or for the safety of a close relative or of a person linked by emotional relationship or by forcing him to alter his life habits is punished with imprisonment from one year up to six years and six months. After briefly outlining the ratio legis and the regulatory excursus characterizing the case of "persecutory acts" (so-called stalking), as well as the essential elements of the aforementioned crime, starting from the ruling of the Corte di Cassazione n. 2726 of 23.1.2020 (hearing on 13.12.2019), the author analyzes the theme of the configurability of the crime of stalking (article 612-bis of the Italian criminal code) in the event that the damaged person engages in aggressive conduct towards the stalker.

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

1. Premessa

Con la sentenza che si offre all'attenzione del lettore la Corte di Cassazione torna ad occuparsi del delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), meglio noto come *stalking*¹, e segnatamente della configurabilità (*rectius* possibilità di escludere) di detto delitto nel caso di reciprocità tra le condotte offensive poste in essere dall'imputato e dalle persone offese; più precisamente, della configurabilità del reato in parola nel caso in cui le persone offese attuino anch'esse condotte eteroaggressive nei confronti dello *stalker*.

1.1. Osservazioni introduttive: *ratio legis* e breve *excursus* normativo

Per completezza espositiva, giova precisare che il delitto di «atti persecutori» è stato introdotto nel nostro codice penale con il d.l. 23.2.2009, n. 11, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. 23.4.2009, n. 38, al fine di fornire una risposta sanzionatoria autonoma ad un fenomeno in costante crescita anche nella realtà sociale italiana²; scelta legislativa, questa, che, pur “ponendosi in scia” ad una tendenza che era già emersa in altri Stati europei ed extraeuropei, anche in ragione degli obblighi convenzionali sorti per gli Stati in forza di strumenti internazionali³, ha destato perplessità in parte della dottrina, soprattutto sotto il profilo della tenuta della disciplina introdotta rispetto al principio di tassatività⁴.

In realtà, a parere dello scrivente, per comprendere l'adeguatezza della scelta legislativa basti considerare che, nel nostro Paese, antecedentemente alla novella del 2009, le ipotesi di *stalking* erano punite, con le oggettive difficoltà che si incontravano nel fronteggiare in tal modo tale consistente fenomeno⁵, attraverso differenti fat-

¹ CADOPPI, *Con norme sul recupero del molestatore più completa la disciplina anti-stalking*, in *GDir*, 2008, 30, 11; CADOPPI, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *GDir*, 2009, 19, 49; FIAN-DACA, MUSCO, *Diritto Penale, Parte speciale., Il, I, I delitti contro la persona*, 2a ed, *Addenda: Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori (c.d. stalking): d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38*, Zanichelli, 2009, 3.

² Si consideri che, secondo i dati dell'Osservatorio nazionale, antecedentemente all'introduzione della fattispecie in parola, nell'intervallo temporale compreso tra il 2002 ed il 2007, almeno il 20% degli italiani sono stati vittima di *stalking*; sul tema SBABO, *Sub art. 612 bis*, in RONCO, ARDIZZONE, ROMANO (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, UTET, 2009, 2794.

³ Cfr. art. 34 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, ratificata e resa esecutiva in Italia con gli artt. 1 e 2 della l. 27.6.2013 n. 77.

⁴ Si v. MANNA, *Il nuovo delitto di «Atti persecutori» e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in VINCIGUERRA, DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Esi, 2010, 481; in senso differente si v. CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *GDir*, 2009, 19, 53; CADOPPI, *Stile legislativo di common law e continentale a confronto: l'esempio dello stalking*, in VINCIGUERRA, DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Esi, 2010, 118. In giurisprudenza, C. cost., 11.6.2014 n. 172.

⁵ Sul tema si v. CADOPPI, *Con norme sul recupero*, cit., 11 s.; CADOPPI, *Atti persecutori*, cit., 49; MANNA, *op. cit.*, 470; PITTARO, *La disciplina penale dello stalking*, in BELLANTONI, VIGONI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, CELT, 2010, 502 s.

tispecie, tipizzate all'interno del codice penale, quali la molestia, l'ingiuria, la violenza privata, le lesioni, purché presentassero gli elementi tipici di tali fattispecie di reato⁶.

Detta risposta sanzionatoria, però, frequentemente si era rivelata inadeguata a "combattere" il fenomeno dello *stalking* e la sua reale essenza criminologica; fenomeno, questo, che spesso corrisponde ad una vera e propria *escalation* persecutoria, partendo da episodi piuttosto innocui per giungere ad episodi ben più pericolosi per la vittima; lo *stalker*, infatti, comincia a perseguitare quello che per lui è un oggetto ossessivo di desiderio, insinuandosi ripetutamente nella vita privata della vittima per poi giungere alla commissione di atti di violenza e, addirittura, se pur raramente, di brutali omicidi⁷.

Il legislatore Italiano, per contrastare adeguatamente la descritta *escalation* criminale, ha peraltro ritenuto opportuno far ricorso ai cosiddetti "microsistemi di tutela integrata", ovvero a una normativa che non si limiti all'approccio endo-penalistico, ma preveda disposizioni di vario genere in grado di "colpire" da diverse angolazioni il descritto fenomeno⁸: come noto, infatti, con la novella del 2009, è stato introdotto, nel nostro ordinamento, il c.d. "ammonimento" del questore; provvedimento amministrativo, questo, che si pone, logicamente e cronologicamente, in una fase antecedente alla presentazione della querela e che si concretizza nell'invito, rivolto dal questore al destinatario, "*a tenere una condotta conforme alla legge*"⁹.

Per concludere questo breve *excursus*, si osserva che l'originario dettato dell'art. 612-*bis* c.p. è poi stato modificato dall'art. 1-*bis*, comma 1, d.l. 1.7.2013, n. 78, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 9.8.2013, n. 94, che ha elevato a cinque anni di reclusione il massimo della pena edittale, originariamente prevista in quattro anni; successivamente, dall'art. 1, comma 3, d.l. 14.8.2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 15.10.2013, n. 119, che ha modificato l'aggravante di cui al secondo comma della norma in parola, stabilendo che l'aumento di pena consegua anche nel caso in cui il fatto sia commesso attraverso strumenti informatici e telematici, e chiarendo che l'aggravante sussiste anche nel caso in cui il fatto sia commesso da persona attualmente legata da relazione affettiva con la persona offesa, ed ha altresì modificato il quarto comma della medesima norma, che disciplina la procedibilità del reato. L'art. 612-*bis* c.p. è, da ultimo, stato modificato con l'art. 9, comma 3, l. 19.7.2019 n. 69, che ha elevato ad un anno di reclusione il minimo della pena edittale, originariamente prevista in sei mesi, e a sei anni di reclusione il massimo della stessa.

⁶ Bastianello, *Il reato di stalking ex art. 612 bis c.p.*, in *GM*, 2012, 673 s.

⁷ CADOPPI, *Stalking: solo un approccio multidisciplinare assicura un'efficace azione di contrasto*, in *GDir*, 2007, 7, 10; CADOPPI, *Con norme sul recupero*, cit., 12.

⁸ MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, 2010, 230; CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento*, cit., 53; CADOPPI, *Con norme sul recupero*, cit., 12.

⁹ PARODI, *Stalking e tutela penale. Le novità introdotte nel sistema giuridico dalla l. 38/2009*, Giuffrè, 2009, 104; MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *DPP*, 2009, 8, 965; PEZZANI, *art. 8, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 - Ammonimento*, in *Legisl. pen.*, 2009, 3, 494.

2. La struttura del delitto di «atti persecutori» nei suoi elementi essenziali

Per inquadrare meglio la questione che ci occupa, appare opportuno evidenziare che la struttura oggettiva del delitto *de quo*, in quanto reato abituale¹⁰, è incentrata sulla reiterazione di condotte¹¹, alternative tra loro¹², di minaccia¹³ o di molestia¹⁴ e sulla previsione di correlati effetti psichici nella vittima, che debbono concretarsi in eventi alternativi tipici¹⁵. La realizzazione, in tal modo, di uno, o più, degli eventi tipizzati è, in altre parole, idonea ad integrare il delitto di atti persecutori: deve trattarsi di un comportamento reiteratamente minaccioso o, comunque, molesto dell'agente dal quale derivi per il destinatario della molestia o minaccia (reiterata), quale evento dannoso, un perdurante e grave stato di ansia o di paura¹⁶, oppure un fondato timore dello

¹⁰ CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento cit.*, 52; PITTARO, *La disciplina penale dello stalking*, in BELLANTONI, VIGONI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., 505; Maugeri, *op. cit.*, 106; PECCIOLI, *Stalking: bilancio di un anno dall'entrata in vigore*, in *DPP*, 2010, 4, 399; MATTHEUDAKIS, *Lo stalking e gli altri delitti contro la libertà morale*, in CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte speciale*, II, *I reati contro la persona*, I, Cedam, 2014, 225.

¹¹ In giurisprudenza si è consolidata l'opinione per cui sarebbero sufficienti anche solo due condotte dal carattere minaccioso o molesto (*ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 12.1.2010, n. 6417).

¹² MATTHEUDAKIS, *Sub art. 612-bis c.p.*, in CADOPPI, CANESTRARI, VENEZIANI (a cura di), *Codice penale, Commentato con dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, 2018, 2613.

¹³ Per "minaccia" deve intendersi la prospettazione ad altri di un male futuro ed ingiusto, la cui verifica dipende dalla volontà dell'agente (GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, 2013, 149 ss.; in giurisprudenza si v. Cass. pen., Sez. V, 12.5.2010, n. 21601).

¹⁴ La "molestia" viene identificata nell'intrusione non violenta nella sfera psichica altrui, che comunque determina un condizionamento della tranquillità e della libertà morale della vittima (FLICK, *Molestia o disturbo alle persone*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, 1976, 698 ss.; in giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. V, 27.9.2007, n. 40748; Cass. pen., Sez. I, 24.3.2005, n. 19718). A migliore chiarimento di quanto già evidenziato, è necessario precisare che le nozioni di molestia e di minaccia elaborate, in dottrina e giurisprudenza, con riferimento a fattispecie di reato diverse e precedenti rispetto a quella di cui all'art. 612-bis c.p., potrebbero non combaciare con quelle valide nell'ambito della fattispecie in parola; per tali motivi è opportuno uno sforzo di contestualizzazione del fatto, con particolare attenzione alla sua idoneità lesiva rispetto agli interessi tutelati dalla norma *de qua* (CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento cit.*, 52; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, II, I, IV ed., Zanichelli, 2013, 229).

¹⁵ Sul tema v. LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi del tipo del nuovo delitto di "Atti persecutori"*. "Stalking the Stalking", in *DPP*, 2010, 878; BRICCHETTI, PISTORELLI, *Entra nel codice la molestia reiterata*, in *GDir*, 2009, 10, 60. Secondo parte minoritaria della dottrina la formula «in modo da», contenuta nel dettato dell'art. 612-bis c.p., assumerebbe il valore di una clausola di mera idoneità delle azioni, rendendo superfluo ogni accertamento sulla sussistenza di eventuali conseguenze per la vittima (MAUGERI, *op. cit.*, 130 ss. e 153 ss.). Autorevole dottrina, infine, pur non mettendo in dubbio la necessità della loro effettiva sussistenza, ritiene che gli eventi di cui si parla siano condizioni obiettive di punibilità (MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 6a ed., Cedam, 2016, 361 s.).

¹⁶ Al riguardo del concetto di «perdurante e grave stato d'ansia o di paura», ci si limita a precisare che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti considerano non necessario il riscontro di uno stato patologico, ritenendo più corretto un approccio non specialistico, teso ad accertare detto stato coi mezzi del senso comune (si v. Cass. pen., Sez. V, 17.2.2017 n. 18646; in dottrina VALSECCI,

stesso per l'incolumità propria o di soggetti a lui "vicini" («prossimo congiunto o persona al medesimo legata da relazione affettiva»), oppure, ancora, il mutamento delle proprie abitudini di vita¹⁷. Sotto il profilo dell'elemento soggettivo è richiesto il dolo generico, il quale è integrato dalla volontà di porre in essere le condotte di minaccia e/o molestia nella consapevolezza dell'idoneità della medesima a produrre almeno uno degli eventi previsti dalla norma incriminatrice¹⁸.

La strutturazione, in detti termini, della fattispecie astratta è conseguenza dell'osservazione, in concreto, del fenomeno criminologico dello *stalking*, caratterizzato proprio da condotte persecutorie, nei termini meglio precisati al precedente paragrafo, che, come detto, genericamente, causano nella vittima grave disagio psichico o fisico¹⁹, con conseguente violazione anche della sua libertà morale²⁰.

Ciò posto, si precisa che non ogni singola condotta, di quelle reiterate, deve di per sé cagionare uno, o più, degli eventi tipizzati, ma esso/i, viceversa, deve/devono essere frutto dell'insieme delle singole condotte poste in essere dal reo²¹. Tra le condotte tipiche e gli eventi tipizzati è richiesto, quindi, il nesso causale; ciò lo si ricava anche dal fatto che il legislatore per esprimere la connessione tra le prime e i secondi utilizza la locuzione "*in modo da*". Come ripetutamente sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, non è sufficiente il verificarsi di uno degli eventi previsti dalla norma penale, né basta l'astratta idoneità della condotta a cagionarlo, occorrendo invece dimostrare il nesso causale tra la condotta posta in essere dall'agente e i turbamenti derivati alla vittima²².

3. La vicenda processuale all'esame della Corte di Cassazione

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione ha ritenuto esente da vizi la pronuncia della Corte d'Appello di Catania - a sua volta confermativa della sentenza di condanna emessa dal Giudice di prime cure - nella parte in cui aveva condannato uno degli imputati (I.L.), oltreché per i reati di cui agli artt. 582 e 585 c.p., per il delitto di «atti persecutori», pur avendo preso atto dell'esistenza di aspri contrasti reciproci, di origine condominiale, tra gli imputati e le persone offese.

Segnatamente, a detta della S.C., la Corte territoriale aveva logicamente neutralizzato la rilevanza, a discarico, delle condotte eteroaggressive poste in essere dalle persone offese nei confronti dell'imputato, dopo averle poste a raffronto con i comportamenti violenti e prevaricatori attribuiti al secondo, di tale rilevanza da determinare nelle prime la modifica di alcune delle proprie abitudini di vita (necessità di uscire

Il delitto di "atti persecutori" (il c.d. stalking), in RIDPP, 2009, 1389 s.).

¹⁷ Cass. pen., Sez. III, 14.11.2013, n. 45648.

¹⁸ Cass. pen., Sez. V, 27.11.2012, n. 20993.

¹⁹ PADOVANI, *Violenza in famiglia: pene severe e nuovi reati disegnano una tutela ancora da perfezionare*, in *GDir.*, 5, 2007, 10.

²⁰ Secondo la dottrina più condivisibile si tratta di un reato plurioffensivo: il bene giuridico tutelato va oltre la libertà morale e si estende anche alla tranquillità psicologica o, quantomeno, ad una pace giuridica individuale, intesa come libertà da ansie o timori eccessivi (si v. MATTHEUDAKIS, *Lo stalking*, cit., 225).

²¹ PITTARO, *op. cit.*, 506.

²² Cass. pen., Sez. V, 5.6.2013, n. 46331.

in due e, per una delle p.o. minore di età, di farsi accompagnare sull'uscio di casa da amici) e, addirittura, la scelta di lasciare la propria abitazione e di trasferirsi altrove, anche se per un certo periodo di tempo.

Tra i vari motivi di ricorso proposti, con unico atto, nell'interesse di tutti gli imputati (anche di I.G. e di P.A., non condannati per il delitto di cui all'art. 612-bis c.p.) lo scrivente desidera soffermarsi, in questa sede, esclusivamente su quello attinente all'asserito vizio di omessa motivazione quanto alla conferma del giudizio di penale responsabilità di I.L. in ordine al reato di «atti persecutori».

Secondo il ricorrente, come già dal medesimo denunciato nel grado di appello rispetto alla sentenza di primo grado, vi sarebbe stata carenza di motivazione in ordine all'evento del reato, in ragione della reciprocità degli scontri con le persone offese, come si sarebbe dovuto evincere dai certificati medici prodotti in primo grado, a riprova delle lesioni patite da I.L., e dalle querele da quest'ultimo sporte. Sostiene il ricorrente che tale situazione avrebbe dovuto smentire l'ipotesi accusatoria, perché in tanto si può parlare di *stalking* in quanto vi sia uno sbilanciamento tra le parti. Conclude la difesa affermando che la Corte territoriale avrebbe "liquidato" detta censura semplicemente affermando la sussistenza delle aggressioni subite dalle p.o.

La S.C. – dopo aver precisato che il ricorrente fonda la propria tesi sul presupposto esegetico dell'impossibilità di configurare il reato di *stalking* in caso di reciprocità delle condotte, che non è quello recepito dalla giurisprudenza della Corte stessa, "*quantomeno nei termini tranchant con i quali si esprime il ricorrente*" – ha ritenuto manifestamente infondato il motivo di ricorso in parola, affidando la propria decisione alle motivazioni di seguito esposte. In primo luogo, ha ritenuto sussistente il difetto "*di mancata dimostrazione processuale*" della sussistenza di condotte persecutorie a parti invertite, che "*costituisce il presupposto in fatto su cui ragionare*"; in particolare, il Supremo Collegio ha segnalato che la difesa, pur avendo prodotto in giudizio documentazione (denunce querele e certificati medici) a sostegno della tesi dell'asserita reciprocità delle condotte di molestia e/o minaccia, ha omesso di dedurre che detto materiale fosse "*stato vagliato in sede giudiziaria come dimostrativo di uno stalking a parti invertite*". La Cassazione ha, poi, ritenuto esente dal dedotto vizio di motivazione la sentenza della Corte d'Appello di Catania – la quale aveva "*preso atto dell'esistenza di contrasti reciproci di natura condominiale*", ma ne aveva "*neutralizzato la rilevanza a discarico*" per tutti i motivi già evidenziati – ed ha, al contempo, richiamando alcuni suoi precedenti (Sez. III, n. 45648 del 23.5.2014 e Sez. V, n. 17698 del 5.2.2010), ribadito il principio secondo cui "*quand'anche le persone offese attuino anch'esse condotte eteroaggressive nei confronti dell'imputato, ciò non legittima sic et simpliciter l'esclusione del reato, ma impone solo un più accurato onere di motivazione in capo al giudice di merito*"²³.

4. Considerazioni conclusive

Partendo dall'affermato principio di diritto, il tema che in questa sede si vuole approfondire è quello della configurabilità, o meno, del delitto di *stalking* in caso di reciprocità delle condotte offensive, volutamente tralasciando quello processuale

²³ Cass. pen., Sez. V, 23.1.2020, n. 2726.

inerente l'onere per la difesa di provare in giudizio l'effettiva sussistenza di condotte persecutorie "a parti invertite", pure affrontato nella sentenza annotata.

Per meglio esporre le argomentazioni che seguono, occorre prendere le mosse dalla sentenza *Marchino* del 2010 con la quale la S.C., anche se nell'ambito di un giudizio cautelare, aveva affermato il principio, richiamato dalla pronuncia che qui si annota, secondo cui "la reciprocità dei comportamenti molesti non esclude la configurabilità del delitto di atti persecutori, incombendo, in tale ipotesi, sul Giudice un più accurato onere di motivazione in ordine alla sussistenza dell'evento di danno, ossia dello stato di ansia o di paura della persona offesa, del suo effettivo timore per l'incolumità propria o di persona ad essa vicina o della necessità del mutamento delle abitudini di vita"²⁴.

Alla base del principio ivi affermato milita la considerazione, meglio esposta nel precedente par. 2, che la fattispecie delittuosa di cui si discute si configura come reato di evento. Secondo la S.C., infatti, "il reato di stalking (...) costituisce un reato di evento e di danno; l'evento, in relazione ai connotati tipici del delitto in esame, è di tipo psichico e consiste nel turbamento dell'equilibrio mentale di una persona le cui conseguenze sono costituite (...): a) nel grave e perdurante stato di ansia e paura cagionato alla persona offesa; b) nel timore di danni a sé stessa o a persona vicina; c) nel cambiamento delle proprie abitudini di vita"²⁵. La realizzazione di uno di detti eventi alternativi, in forza di un comportamento reiteratamente minaccioso e/o molesto del soggetto attivo, è idonea, in altre parole, ad integrare il reato.

Anche nel rispetto del principio affermato dalla S.C. nel 2010, il Giudice di merito deve effettuare un'approfondita analisi volta ad accertare in quali termini tali condotte "persecutorie" vengano poste in essere ed in quale contesto le stesse originino e si sviluppino; in altre parole, il Giudice è sempre chiamato ad effettuare uno sforzo di contestualizzazione del fatto, con particolare attenzione anche alla sua idoneità lesiva rispetto agli interessi tutelati dalla norma incriminatrice *de qua*²⁶, che però deve essere maggiore nel caso di reciprocità delle condotte offensive.

Nel caso di minacce e/o di molestie maturate in un ambito di litigiosità che evoca una posizione di sostanziale parità tra i soggetti, non potrà tendenzialmente parlarsi di condotta persecutoria nei termini richiesti dalla fattispecie astratta, la quale si riferisce invece ad una posizione sbilanciata della vittima rispetto all'autore dei comportamenti intimidatori o vessatori²⁷.

L'affermazione di detto assunto, però, non sta a significare che il concetto di atti persecutori, nei termini evocati dall'art. 612-bis c.p., presupponga una vittima alla mercé del suo *stalker*. In altre parole, la reazione della vittima non comporta l'automatica assenza dell'evento richiesto dalla norma incriminatrice, non potendosi accettare l'idea di una vittima inerme dinanzi al suo molestatore, impossibilitata ed incapace di reagire; appare legittimo ipotizzare, invece, che una situazione di stress o ansia possa generare reazioni incontrollate della vittima nei riguardi del proprio aggressore.

²⁴ Cass. pen., Sez. V, 5.2.2010 n. 17698.

²⁵ Cass. pen., Sez. III, 14.11.2013 n. 45648.

²⁶ CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento cit.*, 52; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale cit.*, 2013, 229.

²⁷ Cass. pen., Sez. III, 14.11.2013, n. 45648.

Con ciò, però, non si vuole affermare la legittimità di condotte ritorsive della vittima nei confronti dello *stalker*; condotte di tal genere, infatti, in linea generale, non sono ammesse nel nostro ordinamento, anche in ragione del fatto che, nel caso delle ritorsioni, non può trovare applicazione l'esimente di cui all'art. 52 c.p. mancando il requisito dell'attualità del pericolo.

In buona sostanza, nel caso di reciprocità degli atti minacciosi e/o molesti, ciò che rileva ai fini della non configurabilità del delitto in parola non è la reciprocità in sé di dette condotte offensive, che non è idonea, in quanto tale, ad escludere in radice la rilevanza penale delle condotte come persecutorie; il delitto in parola, infatti, potrà ritenersi non integrato nel solo caso di effettiva parità psicologica tra i contendenti, con conseguente mancanza della tipicità del fatto per assenza dell'evento del reato.

Diversamente, dovrà ritenersi integrato il delitto di «atti persecutori» qualora venga accertata, all'esito di tale giudizio, un'ingiustificata predominanza di uno dei due contendenti rispetto all'altro, tale da consentire di qualificare le condotte del "prevaricatore" come atti di natura persecutoria e quelle della vittima come esplicitazioni di un mero meccanismo di difesa volto a sopraffare la paura e/o lo stress²⁸.

Ciò posto, sia consentito precisare che, per ovvi motivi, nel presente lavoro non sarà possibile approfondire il complesso tema dell'accertamento, in concreto, della sussistenza, o meno, del suddetto stato di parità psicologica tra presunta p.o. e presunto *stalker*. Con prudenza, ci si limita a suggerire che criteri utili a tale accertamento potrebbero risultare quello dell'iniziativa criminosa (che, più correttamente, potrebbe rappresentare un mero indizio) o quello che fa riferimento al c.d. *metus* ovvero, ancora, quello, per così dire "correttivo" di quest'ultimo, che può essere espresso con il brocardo latino *certat de damno vitando* (cerca di evitare un danno); criteri, questi, già utilizzati, anche se non con poche difficoltà, per la distinzione tra il delitto di «concussione» e quello di «corruzione».

In definitiva, a parere dello scrivente, l'orientamento assunto dalla S.C. è da ritenersi genericamente corretto poiché rispettoso dei tratti caratterizzanti il fenomeno dello *stalking* in cui, come in precedenza evidenziato, la vittima è tendenzialmente costretta ad una posizione difensiva rispetto alle condotte, più o meno, invasive dello *stalker*; il fenomeno criminologico in parola, infatti, è caratterizzato da una sorta di atteggiamento predatorio dello *stalker*, il quale con condotte reiterate espone la vittima a forti pressioni psicologiche, con conseguenze nella sua vita emotiva e pratica.

Peraltro, avendo il legislatore, nella fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p., ulteriormente connotato, nei termini già evidenziati, le condotte di minaccia e molestia, già contemplate agli artt. 612 e 660 c.p.²⁹, in modo da rendere la fattispecie astratta in parola maggiormente idonea a fornire una risposta sanzionatoria al fenomeno dello *stalking*, ed avendo, poi, la S.C. affermato i principi innanzi evidenziati, si assiste, nel caso di reciprocità delle condotte offensive, ad una sostanziale coincidenza tra *law in the books* e *law in action*.

In conclusione, appare corretto ritenere che il Giudice di merito debba valutare, con attenzione ed ocularità, maggiore nel caso in cui la fattispecie concreta sia caratterizzata dalla reciprocità delle condotte offensive, tutti gli elementi del caso con-

²⁸ Cass. pen., Sez III, 14.11.2013, n. 45648.

²⁹ Sul tema si v. C. cost., 11.6.2014, n. 172.

creto, offerti alla sua cognizione, al fine di scervere il comportamento effettivamente persecutorio (idoneo ad integrare il delitto in parola) da quello originatosi in un contesto di litigiosità e nell'ambito di un rapporto che risulti aggressivo, sia pure con modalità *extra ordinem*, ma in maniera biunivoca. Con ciò, però, come già evidenziato, non si vuole intendere che la reciprocità dei comportamenti molesti e/o minacciosi debba ritenersi di per sé idonea ad escludere la configurabilità del delitto *de quo*.

Si ribadisce, infatti, che nel caso in cui, pur prendendo atto della sussistenza di reciproche condotte offensive, il Giudice ritenga sussistente uno stato di soggezione psicologica della vittima rispetto all'aggressore, ben potrà condannare il secondo per il delitto di atti persecutori, avendo cura però di motivare più accuratamente in ordine al modo in cui si sia configurato in concreto, quale conseguenza del comportamento dello *stalker*, uno, o più, degli eventi alternativi tipici. Qualora, invece, all'esito dell'esame della fattispecie concreta sottoposta alla cognizione del Giudice di merito, lo stesso accerti una posizione di parità tra il presunto *stalker* e la presunta p.o., appare corretto affermare che difficilmente potrà rilevare la sussistenza del primo degli eventi tipizzati («perdurante e grave stato di ansia o di paura») e, quindi, nel caso di assenza degli ulteriori eventi alternativi tipici (fondato timore, nella p.o., di danni a sé stessa o a persona vicina, ovvero cambiamento delle di lei abitudini di vita), il delitto di «atti persecutori» dovrà ritenersi non configurabile (ferma restando la configurabilità di altri reati, quali il delitto di «minaccia» o la contravvenzione di «molestia o disturbo alle persone», in presenza dei rispettivi elementi tipici). Non si può, però, escludere in radice che, dall'osservazione del caso concreto, pur emergendo uno stato di sostanziale parità psicologica tra presunto *stalker* e presunta persona offesa, si rilevi la sussistenza di tutti gli elementi del delitto di «atti persecutori»: si pensi al caso di scuola in cui reciproche condotte reiterate di molestia e/o minaccia costringano, sia la presunta p.o che il presunto *stalker*, a cambiare le proprie abitudini di vita.

Roberta Aprati

Un sorriso al Professor Franco Cordero

È bello ricordare il Professor Franco Cordero.

Mi permette di pensarLo ancora vicino e non partito per il Suo viaggio lontano da tutti noi.

E fa sorridere immaginarLo nell'aula dove teneva le Sue lezioni di procedura penale: entrava, salutava con un cenno impercettibile e poi, dopo un attimo di silenzio, immergeva tutta l'aula nella celebrazione di un mistero.

Perché il Suo corso, le Sue parole, la Sua *Procedura penale* erano proprio un Mistero. E si veniva catturati.

Per me tutto è cambiato dalla frequentazione di quelle lezioni, per la prima volta mi sono dovuta confrontare con la Sapienza: storia, filosofia, teologia, letteratura, arte, musica, diritto; tutto insieme in un magistrale concerto, di cui intuivo la bellezza, anche se non la capivo.

In un baleno mi è apparso che gli studi liceali classici, come le letture personali, fossero superficiali, una serie di nozioni disordinate prive di un sistema; ma più in generale ho acquisito la drammatica consapevolezza che il mio modo di pensare e poi di agire fosse mancante di una visione.

Mi sono sentita non attrezzata per affrontare il mio futuro, ma si è anche immediatamente profilata una scelta: rivoluzionare approccio e metodo, incamminandomi verso qualcosa di diverso che, in definitiva, nessuno prima mi aveva indicato come possibile.

E questo credo che sia il dono che il Professor Franco Cordero ha lasciato a tutti i Suoi studenti.

E i Suoi studenti sono non solo quelli che hanno sostenuto l'esame di procedura nella Sua cattedra, o che hanno discusso la tesi di laurea o di dottorato avendoLo come Relatore, o che sono stati Suoi cultori della materia, ma anche tutti coloro che in un momento del loro percorso formativo hanno scelto di confrontarsi con la Sua "*Procedura penale*".

Ervin Rupnik

Non siamo immortali

Tanto, veramente tanto si è parlato delle misure di contenimento dell'attuale pandemia, e per molto ancora si continuerà a farlo: si è fatto troppo poco, si è fatto troppo, non si doveva fare nulla, si doveva fare tutt'altro, si doveva farlo prima, si sono violati senza giustificazione i diritti costituzionali dei cittadini.

E altrettanto si è parlato e si parla dei presunti, occulti naturalmente, responsabili della diffusione del virus.

Quello da Covid-19 non è che l'ultimo dei contagi che in tante occasioni hanno colpito l'umanità, anche in misura ben più dura, e le modalità con cui le epidemie si sono diffuse, così come le reazioni delle comunità e le misure delle autorità che le amministravano, non sono state poi così diverse.

La peste di Atene

Corre l'anno 430 a.c., il secondo della guerra con Sparta, e la peste (in realtà dovrebbe trattarsi di vaiolo, almeno a giudicare dai sintomi descritti dagli storici) compare non appena trascorso l'inverno.

Benché sia da subito chiaro che il contagio proviene dall'Egitto, dove è giunto a sua volta dall'Etiopia, racconta Tucidide¹ che la prima reazione degli ateniesi è quella di scaricare sugli odiati nemici la colpa della disgrazia, sostenendo che “*i Peloponnesi*

¹ *La guerra del Peloponneso*, Libro II (traduzione di F. FERRARI, Milano, 1985).

avevano gettato dei veleni nelle cisterne del Pireo”, il luogo dove per primo il popolo inizia ad ammalarsi e a morire.

Gli spartani, per la cronaca, appena saputo cosa accade dentro le mura di Atene, fanno saggiamente fagotto e se tornano a casa loro nel Peloponneso, dove anche l'epidemia giungerà ma sarà molto meno grave.

Dentro la città di Pericle si consuma invece una vera e propria strage, anche a causa del fatto che gli ateniesi *“per curarsi a vicenda si contagiavano e morivano l'uno dopo l'altro, come le pecore”*. Ad aggravare il tutto, v'è anche la circostanza che a cagione della guerra gli abitanti delle campagne si sono rifugiati in città, dimorando in baracche e altri luoghi fatiscenti, dove *“la strage avveniva nel massimo disordine”*.

E arriva il primo problema di ordine pubblico, quello di cosa fare dei cadaveri: il numero dei deceduti è talmente elevato che - narra sempre Tuciddide - *“tutte le consuetudini che prima avevano nel celebrare gli uffici funebri furono sconvolte, e si seppelliva così come ciascuno poteva ... prevenendo chi elevava la pira, gli uni, posto il loro morto su una pira destinata a un altro, vi davano fuoco; altri, mentre un cadavere ardeva, vi gettavano sopra quello che portavano e se ne andavano”*.

Ma l'approfittare delle pira altrui per bruciare i propri morti non è la sola azione illecita che i cittadini di Atene incominciano a compiere: *“... il morbo dette l'inizio a numerose infrazioni delle leggi. Più facilmente uno osava quello che prima si guardava dal fare per suo proprio piacere, poiché vedeva avvenire un rapido mutamento tra coloro che erano felici e morivano improvvisamente e coloro che prima non possedevano nulla e avevano poi le ricchezze degli altri. Cosicché consideravano giusto godere quanto prima e con il maggior diletto possibile, giudicando effimere sia la vita che le ricchezze. E ad affaticarsi per ciò che era riconosciuto nobile, più nessuno era disposto, poiché pensava che era incerto se non sarebbe morto prima di raggiungerlo. ... Nessun timore degli dèi o legge degli uomini li tratteneva, ché da un lato consideravano indifferente essere religiosi o no, dato che tutti senza distinzione morivano, e dall'altro, perché nessuno si aspettava di vivere fino a dover rendere conto dei suoi misfatti e pagarne il fio; essi consideravano piuttosto che una pena molto più grande era già stata sentenziata ai loro danni e pendeva sulle loro teste, per cui era naturale godere qualcosa della vita prima che tale punizione piombasse su di loro”*.

Parole che fanno riflettere e da cui gli ateniesi, padri della scienza filosofica, non escono un granché bene. Ma sono i soli a reagire così o sono solo il primo di una lunga serie di esempi che si ripeteranno nella storia?

Scartati gli spartani, che evidentemente non c'entrano nulla, come colpevoli dell'epidemia, i cittadini se la prendono con il proprio governo, e in particolare con lo stratega-dittatore Pericle, fino a poco prima seguito e approvato da tutti.

Non che questi abbia fatto molto per salvare la città dalla catastrofe in cui si trova (non v'è traccia nelle fonti storiche di provvedimenti sanitari adottati dalle autorità cittadine), ma non gli si può certo imputare di aver fatto scoppiare l'epidemia.

E allora lo si accusa di essere responsabile della guerra con Sparta, che in realtà avevano voluto tutti: *“Dopo la seconda invasione dei Peloponnesi gli Ateniesi, siccome la loro terra era stata per la seconda volta devastata e la pestilenza infuriava insieme alla guerra, cambiarono parere e si misero ad accusare Pericle di averli persuasi a fare la guerra, e per il fatto che per causa sua si trovavano in quelle sventure ... Da ogni parte pieni di incertezza sulle loro decisioni, assalirono Pericle”*.

Da notare la finezza con cui lo storico descrive il procedimento psicologico dei cittadini. Stanno male, non sanno cosa fare, se la prendono con chi hanno a tiro. L'equivalente di *"Piove, governo ladro!"* di 2.450 anni fa.

Da abile politico quale è, Pericle riuscirà per un po' a riportare tutti dalla sua parte: sarà deposto, processato, condannato, riabilitato, rieletto.

Ma l'essere sfuggito all'ira dei propri cittadini non lo salverà. Dopo i suoi figli, anch'egli morirà per il morbo nell'autunno dell'anno successivo, e da allora per la sua città non vi sarà che una decadenza senza fine.

La peste di Giustiniano

Siamo nel 541 d.c. e a Costantinopoli regna l'ultimo imperatore di lingua latina, quel Giustiniano che ha riordinato l'impero e che vuole riconquistare l'Italia strappandola ai barbari Ostrogoti.

Ma come accaduto agli ateniesi quasi 1.000 anni prima, uno strano terribile morbo giunge dall'Etiopia all'Egitto, e da qui a Bisanzio.

La capitale, che conta almeno mezzo milione di abitanti, viene subito travolta. E questa volta non è vaiolo come ad Atene, non è morbillo come ai tempi della *"Peste Antonina"*, che pure durerà vent'anni e farà una strage immensa. Questa volta è vera peste bubbonica, che ucciderà quasi la metà della popolazione della capitale imperiale.

Procopio di Cesarea² ci fornisce una descrizione agghiacciante sul numero delle vittime: *"Quattro mesi durò il male in Bisanzio, e la sua massima virulenza circa tre. E all'inizio i morti erano poco più del normale, poi la mortalità crebbe, e successivamente il numero dei morti raggiunse la cifra di cinquemila al giorno, e poi ancora fino a diecimila e anche più"*.

Cifre terribili, che indicano nei giorni del picco una mortalità quotidiana di circa un cittadino su cinquanta.

Normale dunque che le sepolture divengano subito un problema urgente: *"Incominciarono a gettare i propri morti nelle tombe di altri, o di nascosto o usando violenza; dopodiché la confusione e il disordine divennero ovunque totali"*.

Ma come veduto sono passati quasi mille anni dal morbo di Atene, e la pubblica autorità interviene: *"Toccò all'imperatore, come era naturale, provvedere alla situazione. Distaccò dei soldati da palazzo e distribuì del denaro, ordinando a Teodoro [il suo referendario] di occuparsi della questione. ... Teodoro, sia usando il denaro dell'imperatore sia impiegandone del proprio, iniziò a bruciare i corpi abbandonati"*.

Ma i sepolcri esistenti non bastano, e i soldati di Teodoro si mettono a crearne di nuovi, finché non c'è più posto dove scavare.

E allora si scoperchiano le torri della fortezza di Sycae (l'odierna Galata), le si riempiono di cadaveri fino all'orlo e le si richiudono, ma le morti continuano e si giunge all'estremo: le autorità fanno gettare i cadaveri dalle mura sugli scogli antistanti la città, dopodiché arrivano delle imbarcazioni per portali in mare aperto dove vengono abbandonati.

² *Le guerre persiane*, Libro I, Capitoli XXII-XXIII.

È una descrizione che tristemente ricorda le recenti immagini della colonna di camion dell'esercito che trasportano le salme fuori dalla città di Bergamo.

Diversa, almeno in apparenza, è la reazione del popolo rispetto ad Atene, poiché non solo i membri delle diverse fazioni (più o meno criminali) si aiutano a vicenda, ma addirittura *“coloro che prima provavano piacere nel dedicarsi al compimento delle cose più vergognose e rozze, si sbarazzarono dell'ingiustizia delle loro precedenti vite quotidiane e si dedicarono con diligenza ai doveri della religione”*.

La peste ha dunque migliorato l'essere umano? Non proprio, stando alla spiegazione che Procopio dà di questo mutamento di condotta: secondo lo storico ciò avvenne *“non perché essi avevano appreso la saggezza né perché erano divenuti all'improvviso amanti della virtù... ma poiché essendo completamente terrorizzati da ciò che accadeva, e ritenendo che sarebbero morti a breve, divennero per un attimo persone per bene per pura necessità”*, tant'è che, non appena la peste si sposta in altre città e sono sicuri di avere avuto salva la vita, tornano all'esistenza scellerata di prima, se non anche peggio.

Benché toccato dal morbo, Giustiniano si salverà. Ma l'Impero Romano d'Oriente è messo in ginocchio e dovrà abbandonare per sempre il sogno di tornare a dominare l'Africa e l'Occidente. L'Italia sarà strappata agli Ostrogoti di Totila, ma verrà subito presa dai Longobardi. La Libia, appena conquistata ai Vandali, sarà abbandonata per carenza di truppe in grado di controllarla.

Il regalo fatto a Bisanzio dalla peste bubbonica (che tornerà per altri due secoli e mezzo a intervalli regolari di 15-20 anni), oltre che la morte di quasi la metà della popolazione, saranno 9 secoli di decadenza e lenta agonia, fino alla sua caduta per mano dei Turchi Ottomani nel 1453.

La morte nera del 1300

Non è la forza dei cattivi di Guerre Stellari ma qualcosa di ben più terribile. È la peggior pestilenza della storia dell'umanità, che tra il 1347 e il 1353 uccide circa un terzo della popolazione europea.

Nata probabilmente al confine tra Cina e Mongolia, viene portata dai guerrieri dell'Orda d'Oro fino in Crimea. Qui l'esercito mongolo, nell'assediare Caffa (colonia della Repubblica di Genova), pensa bene di lanciare con le catapulte i cadaveri dei morti di peste all'interno della città nemica, dove subito scoppia il contagio che, grazie alla rete di navigazione commerciale dei genovesi, si diffonde presto in tutta Europa, *in primis* a Messina, Genova e Venezia.

La strage è immane, in particolare in Italia: si pensi che a Siena la popolazione si ridurrà di quattro quinti, secondo la fonte (un anonimo) più benevola. Altri, come Tommaso Fecini, nelle sue *“Croniche”* parla di nove abitanti morti su dieci.

Con cifre del genere è normale che tutto salti in aria: quelli che non muoiono hanno paura di morire, e così i padri e le madri non vogliono neppure vedere i figli morenti, tutti diffidano di tutti, dilagano il caos e l'anarchia, come ben ci descrive Giovanni Boccaccio a proposito di Firenze: *“E in tanta afflizione e miseria della nostra città era la reverenda autorità delle leggi, così divine come umane, quasi caduta e dissoluta”*

tutta per li ministri e esecutori di quelle, li quali, sì come gli altri uomini, erano tutti o morti o infermi o sì di famigli rimasi stremi, che ufficio alcuno non potean fare”.

Chi può fuggire in campagna (si vedano i protagonisti del Decamerone), chi non può restare in città, ma ognuno ormai pensa solo a se stesso.

Sempre a Siena, il cronista Agnolo di Tura lamenta di non aver trovato nessuno che seppellisse i suoi cinque figli morti a causa del morbo e di aver dovuto provvedervi egli stesso.

In questa apocalisse, oltre alla Polonia di re Casimiro III, si salva solo la città di Milano, il cui signore Luchino Visconti prende per tempo misure durissime per impedire il diffondersi del contagio: le prime tre case infettate alla periferia della città vengono murate con gli abitanti ammalati dentro (che moriranno di malattia o di fame), tutte le merci vengono lasciate in deposito precauzionale e la popolazione viene tutta chiusa in casa, come nel moderno *lockdown*.

Sono altri tempi, nessuno si sogna di protestare per la violazione di diritti civili né per la crudeltà usata verso le persone murate vive, ma il fatto è che le misure funzionano: a Milano la peste uccide “solo” il 15% della popolazione contro la metà o più nelle restanti città italiane.

Anche a Venezia si tenta di prendere misure (il termine “*quarantena*” è la versione in dialetto veneziano di “*quarantina*”, il numero di giorni considerato sicuro di isolamento per ragioni sanitarie), ma si agisce troppo tardi. Solo alla fine del marzo del 1348 il Maggior Consiglio si decide a nominare tre “Savi” – oggi sarebbero “commissari straordinari” – per gestire il problema di eliminare dalle calli i cadaveri, per chiudere le osterie, per bloccare gli accessi alla città e per rintracciare medici che curino gli infermi e notai che redigano i testamenti, i quali nel frattempo o sono morti o se la sono data a gambe.

Saranno necessari alcuni secoli perché la popolazione europea torni ai livelli precedenti la pandemia.

La peste manzoniana del XVII secolo

Sorprendono non poco le analogie tra i fatti occorsi durante la pestilenza, narrata da Alessandro Manzoni ne “I promessi sposi”, che nel 1630 imperversò nell’Italia settentrionale e ciò che è accaduto con la pandemia odierna.

In entrambi i casi le prime avvisaglie risalgono all’autunno dell’anno precedente, anche se i luoghi dove le epidemie si sviluppano prima di entrare in Italia sono differenti: la Cina oggi, la Svizzera e la Germania meridionale per la peste manzoniana.

Dopo il primo morto con evidenti segni del morbo, tale Pietro Antonio Lovato, un fante originario di Lecco o di Chiavenna che aveva avuto a che fare con soldati alemanni (e pare che l’odierno coronavirus sia stato portato nella Lodigiana da un cittadino tedesco asintomatico), le autorità di Milano proibiscono baratti e contatti in genere con i lanzichenecchi di passaggio, mentre gli ufficiali sanitari introducono l’utilizzo obbligatorio delle “bollette personali di sanità”, una sorta di passaporto medico che attesta la provenienza da territori sani di ogni persona che intende entrare in Milano, un po’ come i blocchi dei voli dalla Cina del febbraio scorso e le patenti di immunità di cui si parla in questi giorni.

Anche allora il contagio per un po' sembra rallentare, in realtà più per l'arrivo dell'inverno che per l'efficacia delle misure.

Anche allora, con l'epidemia che corre sotto traccia, la gente non vuole pensare a ciò che potrebbe accadere e si diverte come non mai durante il carnevale, al punto che si balla e si fa baldoria anche all'ancora semivuoto lazzeretto, tanto che le autorità emanano ordini severissimi, richiamando la popolazione al senso di responsabilità, un po' come quest'anno quando all'inizio di marzo, a epidemia già scoppiata, la *movida* del fine settimana continuava a impazzire e tutti erano ammassati a fare gli aperitivi: *“Il Tribunale della Sanità, chiedeva e implorava cooperazione, ma otteneva poco o niente”*, racconta Manzoni, il che non può non ricordarci gli appelli disperati al senso di responsabilità da parte del governo e dei governatori delle regioni colpite dal Covid-19 allo scoppio dell'epidemia.

Il transito nel marzo di 4.000 lanzichenecchi dalla Valsassina fa precipitare la situazione: i morti raggiungono presto livelli tali che il lazzeretto all'inizio di maggio esplose, si provano a costruire di corsa altri ospedali, si ipotizza addirittura di sigillare la zona di Milano dove si conta il maggior numero di contagi, tutte misure viste anche nell'emergenza attuale, inefficaci probabilmente perché prese troppo tardi.

Anche allora mancano personale e attrezzature sanitarie: *“Bisognava tener fornito il lazzeretto di medici, di chirurghi, di medicine, di vitto, di tutti gli attrezzi d'infermeria; bisognava trovare e preparar nuovo alloggio per gli ammalati che sopraggiungevano ogni giorno. Si fecero costruire in fretta capanne di legno e di paglia...”*.

E fuori da Milano, città più duramente colpita in cui alla fine muore tra il 60 e il 75% della popolazione, tentativi di arrestare la diffusione della pestilenza vengono fatti un po' ovunque. Quando, all'inizio di maggio, la peste dilaga anche a Bologna, Firenze prova a sigillare i suoi confini, ma il morbo arriva lo stesso e si diffonde in tutta la Toscana e lo stesso accade in Veneto, in Piemonte, in Liguria. Le stesse regioni maggiormente coinvolte quest'anno.

E anche allora, neanche a dirlo, si cercherà disperatamente un responsabile. Quella volta furono i presunti “untori”, oggi sono stati a turno: i governi che hanno creato allarme per un virus innocuo allo scopo di chiuderci in casa, controllarci e ridurci all'obbedienza; la rete dati 5G che, non a caso, sarebbe stata prima attivata a Wuhan e poi nel Nord Italia; l'esercito americano, che prima ha sparso il virus in Cina durante i Giochi Militari del 2019, poi voleva fare un'esercitazione in Europa (senza maschere, prova che i militari USA sarebbero già stati vaccinati) per verificare gli effetti del contagio; le case farmaceutiche che hanno un vaccino già pronto da vendere; la Cina, che ha prodotto un'arma biologica, che le è sfuggita dal controllo per incuria o che l'ha diffusa per precisa volontà; Bill Gates che, non pago di essere già l'uomo più ricco del mondo, in un delirio di onnipotenza ha commissionato a un laboratorio la creazione sia del virus che del vaccino da vendere poi; per finire, gli alieni. Mancano stranamente i russi, presenza quasi fissa in questi casi.

La spagnola

Viene ricordata con questo nome non perché nata in Spagna, ma per il fatto che quando scoppiò nel 1918 i giornali di quel paese, rimasto neutrale nel corso della prima guerra mondiale, erano gli unici non sottoposti a censura e che quindi ne parlavano.

Sorta pare negli Stati Uniti e portata in Europa nella primavera del 1918 dai soldati di quel paese, registra una prima ondata che, tutto sommato, non fa troppi danni. Ma quando si riacutizza, verso la fine di agosto dello stesso anno, compie una vera e propria strage: le stime parlano di 50 milioni di vittime, quando il pianeta contava 2 miliardi scarsi di abitanti e non i quasi 8 attuali.

Anche qui sorprendono, e non potrebbe essere diversamente vista la prossimità temporale e la natura virale e non batterica della malattia, le numerose analogie con la situazione presente.

All'inizio le autorità oscillano tra la negazione del problema e la sua sottovalutazione, tant'è che, come veduto, ad eccezione della stampa iberica dalle altre parti semplicemente non se ne parla. Ma quando diventa impossibile far finta di nulla, si prendono provvedimenti molto blandi: isolamento dei malati, identificazione e denuncia dei focolai, inviti ad evitare assembramenti, pulizia e disinfezione di strade ed edifici.

Ma il contagio, allora come ora, non si ferma, anzi dilaga, e all'inizio di ottobre si passa a misure ben più radicali, molto simili a quelle adottate quest'anno: chiusura delle scuole, delle chiese, dei teatri, delle osterie e dei negozi di alimentari, divieto di tenere riunioni pubbliche e di fare visita alle persone malate, limitazione dei viaggi in treno, proibizione dei funerali.

Viene raccomandato il distanziamento sociale, ma la gente continua ad abbracciarsi, a baciarsi e a darsi la mano, e si raccomanda l'uso di disinfettanti, che però spariscono immediatamente dalle farmacie, giacché sono stati venduti tutti, tra l'altro a prezzi da rapina.

Dopodiché iniziano a scarseggiare anche i medici, in gran parte contagiati, vengono arruolati di corsa gli studenti degli ultimi anni di medicina, e non si sa più cosa fare dei morti, che vengono portati via accatastati dai camion militari. Di nuovo, il pensiero non può non andare alle immagini della colonna di mezzi militari che escono di notte con le salme da Bergamo.

Le analogie con quanto accaduto quest'anno sono impressionanti.

E le tesi "complotte"? Ovviamente non mancano. La stampa nostrana parla della pandemia come di "*un regalo della Germania*", che avrebbe creato un'arma biologica per farci perdere la guerra (peccato che la gente muoia anche là). In Polonia, che sta per entrare in conflitto con la Russia rivoluzionaria, l'influenza prende il nome di "*malattia bolscevica*".

La Spagnola ebbe tre ondate: la prima, nella primavera del 1918, fu poco più di un'influenza aggressiva; la seconda, dalla fine di agosto a novembre dello stesso anno, provocò una strage; la terza, nella prima parte del 1919, si collocò a metà tra le due

Brevi riflessioni

Le pandemie, siano di vaiolo, di morbillo, di peste, di influenza o altro, hanno sempre caratterizzato la storia dell'umanità, come è naturale che sia data la naturale tendenza di questa all'aggregazione.

E l'umanità ha reagito sempre più o meno nello stesso modo: l'elevata mortalità mette in crisi il sistema di organizzazione sociale, e mentre alcuni individui mostrano

maggiore senso di responsabilità, altri temendo la prossima fine si danno all'anarchia e al disordine.

Le autorità, per quel che possono, agiscono, ma spesso lo fanno troppo tardi, perché all'inizio della diffusione pensano erroneamente di poter contenere il contagio con misure più blande e hanno timore di imporre alla popolazione un rigido confinamento che, oltre ad esasperare gli animi producendo impopolarità per i governanti, determina effetti nefasti su altri fronti quali l'economia o il decorso di una guerra in atto, come nel caso della Spagnola.

I 75 anni di pace trascorsi dall'ultimo conflitto mondiale, l'evoluzione della società, l'aumento del benessere economico, il progredire della scienza, soprattutto quella medica, ci avevano dato l'illusione di essere divenuti immortali.

Il Covid-19 ci ha ricordato che non lo siamo.