ISSN 2724-0878

PENALE
Diritto e Procedura

n. 2 | 2021

Rivista trimestrale | Aprile/Giugno 2021

DIREZIONE

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

IN EVIDENZA

EDITORIALI

Ennio Amodio - **Imprescrittibilità dei reati di terrorismo**

Giorgio Spangher - **Giustizia 25%**

ARTICOLI

Giovanni Cocco - **La colpevolezza quale principio costituzionale (e il buon, vecchio libero arbitrio)**

Andrea Di Landro - **La colpa penale nel settore sanitario: criteri generali di valutazione e situazioni emergenziali**

DALLE CORTI

Francesco Vergine - **Ergastolo ostativo e liberazione condizionata per i reati di mafia: depositata l'ordinanza della Corte Costituzionale**

Bartolomeo Romano - **L'incostituzionalità "prospettata" dell'ergastolo ostativo**

Pacini Giuridica

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

Comitato scientifico editoriale
Enrico Mario Ambrosetti – Giuliano Balbi – Roberto Bartoli – Carlo Bonzano – Stefano Canestrari – Donato Castronuovo – Mauro Catenacci – Antonio Cavaliere – Giovanni Cocco – Carlotta Conti – 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 – Adelmo Manna – Antonella Marandola – 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 scientifico (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:

Alì 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 – Bartolomeo Romano – 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 – Angela Compagnone – Irma Conti – Sylva D'Amato – Francesco Marco De Martino – Laura Dipaola – Gaetano Galluccio Mezio – Maria Novella Masullo – Matteo Mattheudakis – Antonio Nappi – Giuseppe Palmieri – Francesco Porcu – Francesca Rocchi – Mattia Romano – 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

Indice

Editoriali

Ennio Amodio, *Imprescrittibilità dei reati di terrorismo* p. 221

Giorgio Spangher, *Giustizia 25%* » 223

Articoli

Giovanni Cocco, *La colpevolezza quale principio costituzionale (e il buon, vecchio libero arbitrio)* » 225

Andrea Di Landro, *La colpa penale nel settore sanitario: criteri generali di valutazione e situazioni emergenziali* » 239

Alì Abukar Hayo, *Il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena e il diritto penale del nemico. Un possibile paradosso nelle relazioni internazionali tra gli Stati* » 257

Opinioni

Luana Granozio, *Corte di Giustizia sui tabulati: soluzioni contrastanti* » 283

Ariella Fonsi, *Prevenzione dei reati e riconoscimento facciale: il parere sfavorevole del garante privacy sul sistema SARI real time* » 289

Luigi Palmieri, *Procura europea: dal 1° giugno entra in funzione l'organo investigativo sovranazionale* » 299

Giovanni Dalla Pria, *pretesa punitiva e reato commesso all'estero* » 307

Dalle corti

Francesco Vergine, *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale per i reati di mafia: depositata l'ordinanza della Corte Costituzionale* » 327

Bartolomeo Romano, *L'incostituzionalità "prospettata" dell'ergastolo ostativo* » 339

Filippo Giunchedi, Ius tacendi *e procedimenti para-penali. La Consulta garantisce il* maximum standard *nei procedimenti avanti a Consob e Banca d'Italia* » 345

Luigi Varrecchione, *L'inapplicabilità dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello ai sensi dell'art. 603, comma 3-*bis *c.p.p. nel caso di c.d. doppia conforme di assoluzione* » 353

Jacopo Colella, *La Cassazione si esprime nuovamente riguardo la differenza tra i delitti di peculato e di truffa aggravata ai danni dello Stato* » 365

Maria Teresa Ravidà, *La rilevanza penalistica della sottrazione violenta di ovociti* » 377

Filippo Lombardi, *Inidoneità del domicilio eletto o dichiarato e consegna dell'atto al difensore* ex *art. 161 co. 4 c.p.p.: nuovo contrasto all'orizzonte (nonostante le Sezioni unite)* » 387

Liliana Cataldi, *Il procedimento a distanza al servizio della pandemia* » 395

Gabriele Serra, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. autolimiti* » 407

Matteo Minervini, *L'omicidio stradale e la peculiare rilevanza delle concause* » 419

Pagine senza tempo

Giorgio Spangher, *Pensando ad Angelo* » 439
Ervin Rupnik, Vivas Libertas! » 441

IMPRESCRITTIBILITÀ DEI REATI DI TERRORISMO

Ennio Amodio*

«In nome e per conto del popolo italiano». Avrebbero dovuto pronunciarla questa frase, e con tono solenne, gli uomini *de la police judiciaire* nel mettere i ferri ai polsi dei latitanti dei nostri anni di piombo.

Il sentire degli italiani è sempre stato uno solo: condanna della violenza praticata dai terroristi sbandierando un credo rivoluzionario, ripudiato dalla coscienza popolare, e difesa dagli attacchi eversivi dietro i quali si intravedeva l'orizzonte di una feroce dittatura.

Ed è proprio vero che le vittime di quella tragica stagione non sono stati soltanto gli uomini politici, i magistrati e i poliziotti gambizzati o brutalmente abbattuti dalle raffiche di kalashnikov dei brigatisti.

Vittime della strategia del terrore siamo stati anche tutti noi cittadini di un Paese martoriato, costretti in quegli anni a subire l'assedio di un rituale di morte che voleva imporci la resa alle forze della eversione. Il terrorismo colpisce uomini in carne ed ossa per distruggere i simboli delle istituzioni democratiche e così come ammoniva il barbaro lessico dei brigatisti, si mirava ad «educare le masse».

A far male a noi tutti è stato anche lo spettacolo degli *italiens* reduci dalla lotta armata seduti ai tavoli dei caffè parigini quasi volessero esibire il privilegio di un esilio dorato.

La scudo della dottrina Mitterand è stato per il nostro Paese come un sale versato su una ferita aperta.

Ora – è vero – dobbiamo dire «grazie» ai francesi.

Ma la svolta di oggi conferma che non c'è spazio a livello internazionale per la protezione della libertà di chi ha commesso reati che hanno leso il bene primario della convivenza civile.

---

* Professore emerito di Diritto penale - Università degli studi di Milano.

Qualcuno non è oggi insensibile all'argomento del tempo trascorso e pensa che si dovrebbe tener conto che i terroristi di ieri sono oggi innocui vecchietti, lontani mille miglia dagli ideali rivoluzionari.

Non è vero però che oggi sopravvivono soltanto le «ombre rosse» del passato.

Il ricordo degli anni di terrore è ancora vivissimo nell'animo degli italiani.

Per chi ha sofferto con le vittime dirette quei tragici momenti, l'idea di fondo è che non si debba parlare di prescrizione dei reati e delle pene.

I delitti commessi per colpire una intera comunità devono essere imprescrittibili, proprio come il reato di genocidio.

La loro lesività ha infatti un raggio di azione larghissimo e si traduce in una forma di attentato permanente al vivere civile quotidiano, così da suscitare in ciascuno di noi l'ossessione di dover soccombere in ogni angolo della via e persino nelle nostre case all'attacco delle forze eversive.

Non a caso la Convenzione europea sulla imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, entrata in vigore nel 2003, prevede espressamente che la prescrizione possa essere resa inoperante con riguardo ai delitti che offendono beni giuridici ormai affiorati sul piano della sensibilità internazionale, così da rendere percepibile che la loro lesione è della stessa natura di quella causata dai reati di genocidio e di guerra.

C'è quindi da fare un passo in questa direzione nel nostro sistema.

Per non dimenticare mai tutte le sofferenze generate dalla strategia del terrore.

GIUSTIZIA 25%

Giorgio Spangher*

Che sia ridotto del 25% o no, che comunque neppure dopo la riforma il carico giudiziario sarà omogeneo nelle diverse realtà territoriali (Milano, Torino, Napoli, Venezia per l'appello secondo le statistiche disponibili), ci si propone di perseguire l'obiettivo deflattivo indicato attraverso una molteplicità di strumenti che ridelineano il nuovo processo.

Con il pagamento all'organo accertatore di una somma di danaro, con l'archiviazione meritata, con l'improcedibilità si limita l'ingresso di ipotesi delittuose dentro il percorso processuale, che dovrebbe essere governato da criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale.

Con la dichiarazione di improcedibilità (inappellabile) per gli irripetibili, con i riti speciali del patteggiamento, del procedimento per decreto, del giudizio abbreviato secco, si evitano i dibattimenti.

Sul piano sanzionatorio vanno considerate la pena pecuniaria, le sanzioni sostitutive, la tenuità del fatto, la messa alla prova e la mediazione come ipotesi decongestionanti il carico giudiziario incentivate con soglie di accesso innalzate.

Vanno richiamate in questa prospettiva le due regole di giudizio dell'archiviazione e del rinvio a giudizio (prognosi di condanna), anche nel rito monocratico, nonché la riduzione della materia civilistica in relazione a condizionanti risarcimenti alla vittima, su vari percorsi processuali, ed una nuova configurazione della parte civile. Si tratta di "percorsi" che saranno "suggeriti" e "consigliati" dal giudice. Ciò che non è deflazionato, va aggiunto l'abbreviato condizionato spostato dall'udienza preliminare al dibattimento, potrà essere oggetto di appello, dove, oltre all'accesso al concordato senza preclusioni oggettive, vanno ricordati i due sconti per la mancata opposizione al decreto penale ed il mancato appello delle sentenze emesse nel rito contratto.

---

* Professore emerito di diritto processuale penale all'università "La Sapienza" di Roma.

L'appello, che richiede un nuovo mandato all'avvocato dell'assente, sarà condizionato per l'imputato nella proposizione da motivi tassativi e sarà cartolarizzato e camerale (fatta salva una specifica richiesta contraria). La scelta è bilanciata dall'esclusione dell'appello del p.m. che potrà solo ricorrere in Cassazione per tutti i casi dell'art. 606 c.p.p.

Informatizzazione, alcune messe a punto sui tempi morti, processo telematico, dibattimenti a distanza, ufficio del giudice, completano le linee strutturali della riforma.

Sul piano delle regole nei diversi percorsi restano le attuali previsioni.

Superata la fase decongestionante, deflattiva, premiale delle offerte e delle richieste definitorie, dove la fantasia può spaziare, la partita del merito del proscioglimento o della condanna si gioca tra il dibattimento e l'appello e la cassazione, momenti sorretti da visioni e finalità diverse ma che dovrebbero essere tra loro concettualmente e giudizialmente collegate.

Le scelte del giudizio si riverberano sul tipo di giudizio di secondo grado e queste a loro volta condizionano il ricorso in cassazione.

Si tratta dell'aspetto concettuale, teorico, dogmatico nel quale si dovrebbe esprimere la filosofia del processo riformato, ancorché non del tutto separato dai percorsi che precedono quest'ultimo tratto del processo.

Si ha invece la sensazione che la logica del 25% abbia contaminato queste imprescindibili riflessioni. Un giudizio sui motivi si può giustificare solo con un giudizio di prima istanza fortemente garantito ed un appello con motivi predeterminati deve evitare la sua consolidazione al giudizio di cassazione. Ciò non si può dire della proposta della Commissione Lattanzi.

È, invece, proprio su questo piano che va portata da subito la riflessione culturale e scientifica anche perché la riforma che sarà varata appare destinata a contrassegnare il processo penale del nostro Paese per un periodo non breve.

LA COLPEVOLEZZA QUALE PRINCIPIO COSTITUZIONALE
(e il buon, vecchio libero arbitrio)*

Giovanni Cocco**

Sommario: 1. La responsabilità penale è personale ovvero colpevole. – **2.** Libertà e colpevolezza. – **3.** La colpevolezza nella lettura delle Corti. – **4.** Il ruolo fondante della colpevolezza. – **5.** La colpevolezza è un valore autonomo nella costruzione del diritto penale. – **6.** Il ruolo graduante della colpevolezza. – **7.** L'accertamento della libertà di agire altrimenti. – **8.** Conclusioni.

ABSTRACT

Il saggio propone i passaggi essenziali della concezione della colpevolezza come principio di rango costituzionale, in stretta correlazione con il riconoscimento del libero arbitrio, evidenziandone – a fianco del ruolo graduante – il carattere autonomo e fondante l'ordinamento penale.

The essay proposes the essential passages of the conception of culpability as a principle of constitutional rank, in close correlation with the recognition of agency (libero arbitrio), highlighting – alongside the role in the determination of the penalty – the autonomous and founding character of the criminal law.

* Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*.

** Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Cagliari.

1. La responsabilità penale è personale ovvero colpevole.

La colpevolezza è una componente della teoria del reato[1] ma costituisce, anche e soprattutto, un principio fondamentale (*nullum crimen*, *nulla poena sine culpa*) del diritto penale liberale, secondo cui sussiste il reato e l'agente può essere assoggettato a pena esclusivamente se (e non oltre la misura in cui) sia rimproverabile per non essersi comportato conformemente al diritto penale quando possa ad esso adeguarsi ovvero agisca nell'ambito della sfera personale di signoria (o dominio) e, pertanto, possa dirsi colpevole. In tale prospettiva, la colpevolezza raggruppa un insieme di esigenze politico-criminali espresse dalla cultura penalistica liberale al fine di limitare lo *ius puniendi*[2] che trovano accoglimento nelle Costituzioni liberal-democratiche, in particolare la nostra.

Il principio di colpevolezza, dunque, prima ancora di fondarsi sul diritto positivo si pone come trascendente l'ordinamento giuridico svolgendo una funzione di indirizzo e di controllo critico delle scelte legislative[3], nonché costituendo un «canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti»[4]. Possiamo dire in sintesi che ambedue le concezioni su cui si pretende di fondare il diritto penale – ovvero la prevenzione generale, con la sua finalità di orientamento del comportamento umano[5], nonché la retribuzione – non possono prescindere dalla colpevolezza dell'autore del reato.

Si tratta del punto d'arrivo – sempre messo in discussione, in modo occulto o palese, anche attualmente nelle attività legislativa e giudiziaria – di una lunga evoluzione storica verso il pieno riconoscimento della libertà e della dignità della persona umana: dalla responsabilità anche per fatto altrui (clan, famiglia, etc.) ad una responsabilità per fatto proprio di tipo oggettivo, fino al riconoscimento esclusivo nello *stato di diritto* ovvero *liberal-democratico* di una responsabilità per fatto proprio colpevole, a cui si riferisce anche il principio costituzionale secondo cui la responsabilità penale è personale (art. 27, co. 1° Cost.)[6], letto in unione con il personalismo che pervade la Costituzione italiana (artt. 2 e 3 Cost.) e con la finalità risocializzante della pena ai sensi dell'art. 27, co. 3° Cost. e, dunque, anche con riferimento alla c.d. prevenzione

---

1 Sia consentito il rinvio a G. Cocco, *La teoria del reato*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I/2, *Il reato*, Padova, 2a ed., 2021, 3 ss.

2 G. Cocco, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, RTDPC 1/2020, 9.

3 Cfr. G. Vassalli, voce *Colpevolezza*, EG VI, 1988, 6 e 11.

4 C. cost. n. 322/2007.

5 In cui troverebbe fondamento il principio di colpevolezza secondo una impostazione, per tutti in tal senso B. Schünemann, *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Universidad Externado, Bogotà, 2007, 50 ss.

6 Sul piano processuale, invece, l'espressione *colpevolezza* equivale a *responsabilità per un reato* ai sensi dell'art. 27, co. 2° Cost.: *presunzione di non colpevolezza*, e dell'art. 6 § 2 Cedu: *presunzione di innocenza*, la cui essenziale *ratio* è costituita dal principio in *dubio pro reo*.

speciale[7]. L'art. 27, co. 1° Cost. non è, pertanto, riducibile alla esclusione dal sistema penale della responsabilità per fatto altrui[8].

2. Libertà e colpevolezza.

Alla luce del dettato costituzionale appare indubbio lo stretto legame tra colpevolezza e libertà di agire e di volere dell'uomo, intesa come capacità (ancorché non assoluta) dell'uomo di autodeterminarsi, di decidere tra più alternative e, in particolare, tra l'osservanza o la ribellione al diritto[9]. Si tratta in effetti del presupposto non solo del rimprovero e della pena, ma, più radicalmente, dello stesso ordinamento giuridico liberal-democratico.

Non interessa prendere posizione sulle concezioni filosofiche del determinismo o indeterminismo ed, in particolare, nei confronti delle posizioni delle neuroscienze, ma va evidenziato che, consapevolmente o meno, le più importanti concezioni della pena si basano sul c.d. *libero arbitrio*, cioè la libertà dell'essere umano nella scelta delle proprie condotte e la conseguente responsabilità per la commissione delle stesse; ovvero, laicamente, su quella libertà che Hume definisce «un potere di agire o di non agire secondo le determinazioni della volontà; ossia che se preferiamo restar fermi, possiamo; se preferiamo muoverci egualmente possiamo»[10], in altre parole: «libertà come articolazione consapevole dell'assenza di costrizione esterna»[11]. Si potrebbe dire, parafrasando J.S. Mill, che il diritto penale concerne la «libertà civile o sociale: la natura e i limiti del potere che la società può legittimamente esercitare sull'individuo»[12]. Una libertà pratica, dunque, la si intenda o meno come concessione teologica, a proposito della quale questione centrale è il diritto/dovere di difenderla[13].

---

7 C.F. Grosso, voce *Responsabilità penale*, NNDI XV, 1968, 712; F. Bricola, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 53; A. Alessandri, *Art. 27, co. 1° Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (cur.), *Commentario della Costituzione, Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 70; M. Donini, voce *Teoria del reato*, Dpen XIV, 1999, 252; F. Giunta, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, RIDPP 2002, 123; D. Pulitanò, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, Jus 1974, 499; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, artt. 1- 84, 3a ed., Milano, 2004, 326; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, 8a ed., Bologna, 2019, 339 ss.

8 Così, invece, C. cost. 23.6.1956, n. 3; C. cost. 8.6.1963, n. 79; e, in materia di *error aetatis*, C. cost. nn. 107/1957 e 209/1983; inoltre, P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 2a ed., 1982, 57; G. Vassalli, *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità penale obiettiva per fatto proprio*, GiC 1957, 1005.

9 Già F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1859 (nuova ed., Bologna, 1993), I, § 59 ss.

10 D. Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1748, sez. VIII.

11 G. Giorello, *Libertà*, Torino, 2015, 40.

12 J.S. Mill, *On Liberty* (1859) [trad., *Sulla libertà*, Milano, 2000].

13 P. Pettit, *A Theory of Freedom From Psichology to the Politics of Agency*, Cambridge, 2001 [trad. *Libero arbitrio e libertà politiche*, Milano, 2005].

Con gli stessi effetti – ma strettamente legata ad un modello statuale liberal-democratico – si propone attualmente anche nel diritto penale la concezione dell'agire comunicativo – elaborata da Habermas[14] e proposta tra i penalisti, tra gli altri, da Günther[15] – secondo cui assumersi la responsabilità per le azioni e le loro conseguenze è costitutivamente legato al fatto che gli uomini sono pronti e capaci di rendere conto per ciò che dicono e fanno sia di fronte a sé che agli altri; disponibilità a sua volta legata internamente al significato comunicativo delle espressioni linguistiche. Nella nostra materia, «i cittadini si assumono la responsabilità delle loro leggi penali. Ciò significa che la legislazione non è la somma causale di decisioni e preferenze contingenti, che entrano nel processo politico già belle pronte. I cittadini pensano invece di potersi reciprocamente giustificare e criticare le loro preferenze. In altre parole, essi si vedono come persone in grado di riflettere (e agire) alla luce di ragioni pubblicamente sostenibili. In tal modo si riconoscono mutuamente come persone deliberative. È a questo presupposto che il processo politico deve fare riferimento»[16]. E ciò vale, non solo per giustificare l'ordinamento penale, ma anche l'ascrizione di responsabilità per la violazione della norma all'agente, «riconoscendosi a vicenda come persone deliberative, i partecipanti mostrano di essersi decisi in favore del principio per cui ciascuno/a è singolarmente responsabile del rispetto delle norme»[17].

In modo, forse più semplice, possiamo dire – a fronte dei dubbi proposti dalle neuroscienze[18], secondo cui l'essere umano è determinato da influssi esterni – che la disputa determinismo indeterminismo è antica, non è stata finora risolta né è prevedibile che verrà risolta, ma non per questo il diritto penale non ha proseguito il suo cammino essenzialmente basandosi, non sulle scienze naturali inadeguate alla bisogna, ma sulle scienze sociali e sul concetto di controllo sociale di cui il diritto penale è uno strumento. Come si afferma[19] riferendosi alla colpevolezza, ed è più in generale riferibile alla

[14] J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handels*, I: *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*; II: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft)*, Frankfurt a.M., 1981 [trad., *Teoria dell'agire comunicativo*, 1986]; Id., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt a.M., 1992 [trad. curata da Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013].

[15] K. Günther, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, Torino, 2010.

[16] K. Günther, *Responsabilità*, cit., 24.

[17] K. Günther, *Responsabilità e pena*, cit., 26.

[18] Già M. Baurmann, *Strafe im Rechtsstaat*, in M. Baurmann, H. Kliemt (cur.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990, 109, 141 ss.; R.-P. Calliess, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1974, 186 s.; U. Scheffler, *Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts*, Frankfurt a.M., 1985, 79 s., 96 ss.; e nella dottrina italiana da ult. M.B. Magro, *Le mille porte del libero arbitrio: compatibilismo e epifenomenalismo secondo le neuroscienze*, RIML 2/2020, 713. Contra, per tutti, G. Stratenwerth, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin 1995, 27; G. Jakobs, *Culpabilidad jurídico penal y „libre albedrío"*, in K. Ambos, M.L. Böhm, J. Zuluaga (cur.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Göttingen, 2016, 83 ss..

[19] W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 (*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009), 203 ss.

capacità di autodeterminarsi dell'essere umano, non si tratta di una funzione celebrale, ma del risultato di un processo cui molti prendono parte, «caratterizzato, all'interno come all'esterno del diritto penale, dalla cultura della nostra convivenza sociale. Noi facciamo esercizio di reciproco riconoscimento, non accertiamo responsabilità, ma l'ascriviamo, ce la concediamo in credito gli uni agli altri. Solo quando divengono visibili i segni di un limite di comprensione o di controllo, assumiamo ulteriori informazioni»[20].

Del resto, sia consentita una battuta, anche le teorie dei deterministi, a dar credito alle loro tesi, sono frutto di quella determinazione di influssi esterni che teorizzano, dunque non sono libere e pertanto non possono avere credito[21].

Su tali basi si declina essenzialmente il diritto penale della colpevolezza, per il quale l'uomo è libero nel suo agire, opposto al diritto penale della pericolosità, per il quale l'uomo è invece determinato[22].

Il punto è che l'ordinamento politico-istituzionale liberal-democratico e la sua forma giuridica sono dati a (e quindi presuppongono) uomini che vivono una esperienza di libertà, a cui si riferiscono la libertà politica, la libertà religiosa e le libertà costituzionali in genere; l'idea stessa di libertà è alla base degli ordinamenti liberal-democratici e della previsione costituzionale secondo cui «la responsabilità penale è personale»[23].

D'altra parte, è vero che alla stessa formazione della legge penale partecipano i cittadini in quanto soggetti liberi: su ciò si basa il principio di riserva di legge parlamentare, pertanto appare evidente che chi ha un ruolo nella formazione della legge al contempo ne è responsabile per l'inosservanza[24].

Non si tratta, dunque, di una *fictio*[25], sempre che non si vogliano basate su una *fictio* le Costituzioni liberal-democratiche, ma di una realtà ben più solida di ogni altra parziale costruzione intellettuale, a cui bene si raccorda la «visione costituzionale dell'uomo come soggetto capace di autodeterminazione»[26].

Alla base del principio vi è, dunque, il riconoscimento che l'essere umano è provvisto di autodeterminazione libera, responsabile ed etica, pertanto è capace di orientarsi a favore del diritto contro l'illecito[27], il che impone di

---

20 W. Hassemer, *Perché punire*, cit., 214.

21 Parafrasando G. Jakobs, *Culpabilidad*, cit., 83 ss.

22 R. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000,70.

23 M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

24 U. Kindähuser, *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*; *Culpabilidad jurídíco-penal en el Estado democrático de derecho*, in U. Kindhäuser, J. Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, 231, che ne evince la legittimazione del diritto penale solo nello stato democratico di diritto.

25 Così, invece, B. Schünemann, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, in AA.VV. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, 150, n. 20.

26 Così BVerfG 4.5.2011, EuGRZ 2011, 297.

27 Così BGH, 18.3.1952-GSSt 2/51, BGHSt 2, 194; U. Kindähuser, *La fidelidad*, cit., 211.

dare rilievo per affermare la responsabilità dell'autore della violazione di una norma penale a tutto ciò che gli impedisce di osservarla.

In sintesi[28]: il principio di colpevolezza presuppone il potere dell'individuo di non commettere il fatto in ragione della sua illiceità penale e ne ammette la sanzione solo in tal caso.

3. La colpevolezza nella lettura delle Corti.

Non possono, pertanto, essere ascritti alla sfera personale di signoria presupposto della responsabilità penale, unitamente agli eventi non riconducibili alla personale sfera d'azione e di controllo, anche i comportamenti di cui non siano prevedibili ed evitabili le conseguenze di fatto o sotto il profilo giuridico-penale e, più radicalmente, i comportamenti di una persona che non sia in grado di autodeterminarsi, diversamente si pregiudicherebbe la libertà e la certezza d'azione dell'individuo al pari di quanto accade nella attribuzione di responsabilità per fatto altrui[29].

Fondamentale in tal senso la sentenza della Corte cost. n. 364/1988, sull'art. 5 c.p., che riconosce la *costituzionalizzazione* del *principio di colpevolezza*, ponendone in primo piano la funzione di garantire libere scelte d'azione, ed evidenzia che esso «più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio di legalità». In particolare, afferma che «il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica». Conformemente, per Corte cost. n. 1085/1988 sul *furto d'uso* (art. 626 n. 1 c.p.), affinché «la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili».

La più importante tra le recenti sentenze in tema della Corte cost. – la n. 322/2007 sull'art. 609*sexies* (ignoranza dell'età infraquattordicenne della persona offesa)[30] – evidenzia che «il principio di colpevolezza non può essere *sacrificato* dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale», in quanto garanzia di «libere scelte d'azione sulla base di una valutazione anticipata (calcolabilità) delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta», cosicché «punire in difetto di colpevolezza, al fine di *dissuadere* i consociati dal porre

[28] B. Schünemann, *El derecho penal*, cit., 50; cfr. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4a ed., 2006, § 19/3.

[29] Cfr. D. Pulitanò, *Diritto Penale*, Torino, 5a ed., 2013, 327; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 340.

[30] Su cui v. G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, RCP 2013, 1802 ss..

in essere le condotte vietate (prevenzione generale negativa) o di neutralizzare il reo (prevenzione speciale negativa), implicherebbe ... una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.», per l'effetto ricollegando il principio anche all'art. 27 co. 3° Cost.[31], che sancisce il finalismo rieducativo (meglio *risocializzante*) della pena, perché chi cagiona eventi imprevedibili o inevitabili o, comunque, di non conoscibile rilevanza penale, perciò sottratti alla sua libertà di scelta, non manifesta volontaria ribellione e indifferenza nei confronti dei beni protetti cioè quell'atteggiamento interiore di contrasto all'ordinamento che solo giustifica la necessità di risocializzazione[32].

Meritano di essere ricordate anche le analoghe posizioni della Corte cost. tedesca[33], che fonda il principio di colpevolezza sulla dignità umana, e della Corte edu, che lo riconosce come corollario del principio di legalità. In particolare, la famosa sentenza C. edu 20.1.2009, *Sud Fondi c. Italia*, chiarisce che, nonostante l'art. 7 Cedu (*nulla poena sine lege*) non lo preveda espressamente, i concetti di *guilty* o *personne coupable*, ovvero persona colpevole, ne impongono l'interpretazione nel senso che alla base della pena vi deve essere un legame intellettuale che consenta di affermare la responsabilità dell'autore materiale della infrazione. D'altra parte, evidenzia che alla necessità di una base legale accessibile e prevedibile *ex* art. 7 Cedu deve coerentemente seguire che non possa essere riconosciuto colpevole e punito chi non sia in grado di conoscere la legge penale a causa di un errore che non gli possa essere imputato.

Si comprende, in particolare, perché la giurisprudenza costituzionale[34] e della Corte edu[35] sottolinei che l'agente deve avere, tra le altre, la possibilità di conoscere la legge penale, estesa fino ad attribuire rilievo ai mutamenti interpretativi giurisprudenziali[36].

---

31 Come già la sent. n. 364/1988.

32 Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 339.

33 Espressa ad es. da BVerG 30.6.2009, cd. *Lissabon Urteil*, 2BvE 2/08, NJW 2009, 2267.

34 A partire da Corte cost. n. 364/1988.

35 Ad es. la nota decisione C. edu 14.4.2015, *Contrada c. Italia*, ric. n. 66655/13.

36 Riguardo a cui, recentemente, le Sezioni Unite penali 24.10.2019, n. 8544/2020, precisano che l'*overruling* «non consentito, perché non prevedibile per l'imputato, è ravvisabile nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre va esclusa qualora la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario», riconducendo la questione all'ignoranza inevitabile della legge penale.

4. Il ruolo fondante della colpevolezza.

Vero è che la colpevolezza non è la ragione per cui si punisce, in particolare la funzione della pena non è quella di *retribuire* la colpevolezza[37]. La selezione dei reati e la loro punizione, infatti, hanno l'obiettivo di prevenire fatti lesivi di beni giuridici, ottica funzionale che determina peculiari criteri di conformazione e delimitazione dell'area dell'intervento penale i quali possono produrre limitazioni ulteriori rispetto a quelle che sarebbero imposte dal solo principio di colpevolezza, cosicché non è valido il principio *nulla culpa sine poena*, poiché i fini del diritto penale non richiedono che ogni colpa sia necessariamente punita[38], come sottolinea in particolare il riconoscimento della punibilità quale quarta componente della teoria del reato, che può mancare pur in presenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole[39].

Tuttavia, nella previsione degli illeciti penali la colpevolezza ne costituisce, necessariamente *ex* art. 27, co. 1° Cost., un carattere fondante, la pena infatti può trovare fondamento solo nella colpevole lesione o messa in pericolo dei beni giuridici[40], esigenza fondamentale che caratterizza la attuale accettazione della pena come strumento di difesa sociale. In tal senso si può dire che la colpevolezza ha una funzione costitutiva della pena, non soltanto una funzione limitativa[41].

Non possiamo qui diffonderci sul contenuto della colpevolezza, che è costituito in primo luogo dal dolo e dalla colpa. Si può, tuttavia, evidenziare in tema di funzione costitutiva che il cod. Rocco prevede all'art. 42 c.p. che nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge (art. 42, co. 2° c.p.), e che delle contravvenzioni si risponde per dolo o colpa (art. 42, co. 4° c.p.); sebbene, punto dolente, all'art. 42, co. 3° c.p. preveda che la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della

---

37 In tema B. Schünemann, *La función*, cit., 149; anche G. Cocco, *Appunti*, cit., *passim*.

38 Cfr. D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 320; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 328.

39 In tema G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.

40 Cfr. D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 316; M. Romano, *Commentario*, cit., 326.

41 Art. Kaufmann, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, JZ 1967, 555; T. Lenckner, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, in H. Göppinger, H. Witter (cur.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, I, Berlin, 1972, 18; G. Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg, 1977, 28; H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5a ed., Berlin, 1996, 407; B. Schünemann, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*, RIDPP 1990, 16; M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. Romano, F. Stella (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 166; M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 326; F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, 43; T. Padovani, *Teorie della colpevolezza e scopi della pena*, RIDPP 1987, 833; *contra*: P. Noll, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil* I, Zürich 1981, 122; C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, IuSch 1966, 384; Id., *Kriminalpolitische Uberlegungen zum Schuldprinzip*, MschrKrim 1973, 319; E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, 254.

sua azione od omissione, che costituisce un espresso riferimento ad ipotesi di responsabilità oggettiva in contrasto con l'art. 27, co. 1° Cost.

Il dolo è, dunque, di regola un necessario componente della colpevolezza che giustifica l'intervento penale: l'azione dolosa costituisce una più diretta aggressione degli interessi tutelati dalla legge ed una diretta espressione del personale mancato adeguamento alla norma penale[42]. Mentre l'estensione alla colpa della colpevolezza trova giustificazione nel maggiore bisogno di protezione di beni di particolare rilievo o della particolare gravità delle forme di aggressione. In tal senso, la Corte cost. n. 322/2007 citata evidenzia che «il legislatore ben può nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza graduare il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati: pretendendo dall'agente un particolare impegno nell'evitare la lesione dei valori esposti a rischio da determinate attività. Ma in nessun caso gli è consentito prescindere in toto dal predetto coefficiente; altrimenti, stabilire quando ricorrano esigenze repressive atte a giustificare una rinuncia al requisito della colpevolezza – in vista della tutela di altri interessi di rango costituzionale, come, di norma, quelli protetti in sede penale – diverrebbe un apprezzamento rimesso alla mera discrezionalità legislativa: con conseguente svuotamento delle accennate funzioni garantistica e fondante, del principio di colpevolezza».

I reati, insomma, debbono essere pensati dal legislatore come condotte illecite rimproverabili, cosicché può ben dirsi *nullum crimen, nulla poena sine culpa*; la lesione (o la messa in pericolo) del bene giuridico va pesata con la colpevolezza come un tutt'uno[43], in modo che la somma raggiunga una adeguata soglia meritevole della sanzione penale, cosicché si escludono dalla tutela penale, non solo le lesioni incolpevoli di beni giuridici ma anche numerose lesioni colpose, infatti i delitti sono sanzionati in linea di principio in quanto dolosi, salvo le ipotesi più gravi: ad es. omicidio, lesioni e i delitti contro l'incolumità pubblica[44].

5. La colpevolezza è un valore autonomo nella costruzione del diritto penale.

La colpevolezza non è, pertanto, mera attribuzione sociale di un fatto ad un soggetto[45]; né mera conseguenza della prevenzione generale e/o speciale

[42] Cfr. D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 323.

[43] Cfr. M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 326.

[44] D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 324.

[45] Così, invece, G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, 32; B. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau, 1976, 46, sulla base di un approccio psicoanalitico applicato ai fenomeni di psicologia collettiva, afferma che si tratta del risultato della attribuzione sociale di responsabilità finalizzata a consolidare il senso di autoresponsabilità dei cittadini; *contra* L. Eusebi, *La 'nuova retribuzione'*, RIDPP 1983, 1335; G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e*

[46]. In vero, in una ottica di prevenzione generale, a fianco dell'assunto teorico che solo una realizzazione colpevole può essere idoneo riferimento della deterrenza legale, vi è la constatazione pratica che una politica criminale intimidatrice fondata sulla responsabilità oggettiva (di diritto o di fatto) e che, dunque, riduca le *chances*, certo strumentalizzabili, offerte dal principio di colpevolezza di sfuggire alla sanzione, di fatto può conseguire una più elevata attenzione agli standard di comportamento richiesti dalla legge, ma tale esito non consente comunque di accogliere senza limiti le teorie funzionali[47].

La inderogabilità del principio di colpevolezza si basa, invece, su motivazioni di fondo[48], su valori estranei, fino a poterne essere disfunzionali, alle esigenze generalpreventive le quali debbono essere bilanciate con le insuperabili esigenze di dignità e libertà dell'uomo, costituzionalmente e convenzionalmente riconosciute, che si esprimono nel principio e costituiscono un limite liberale all'intervento penale[49]. Insomma, la colpevolezza ha un valore autonomo[50] di essenziale portata quale garanzia della libertà dei cittadini nei confronti dello Stato (diritto di protezione = *Schutzrecht*[51]) che deve trattare i cittadini come soggetti capaci di libere scelte d'azione[52] e, al contempo, costituisce criterio di imputazione di un fatto illecito ad un essere umano concepito come persona, come essere libero, meritevole di dignità e di rispetto[53].

Per l'effetto, il principio *liberale* di colpevolezza concorre con il principio di legalità a definire un modello di diritto penale fondato sulla autonomia e autoresponsabilità delle persone: nessuno può essere punito per il suo comportamento quando non sia in grado di autodeterminarsi, causi conseguenze accidentali oppure non possa anticipatamente conoscerne le conseguenze giuridico-penali, dunque una ulteriore garanzia della certezza dell'azione e

---

prevenzione, RIDPP 1987, 860 s..

46 Così, invece, C. Roxin, Schuld *und* Verantwortlichkeit *als strafrechtliche Systemkategorien*, FS Henkel, Berlin, 1974, 182; Id., *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, FS Bockelmann, München, 1979, 307, nel cui pensiero, peraltro, variamente si intrecciano i punti di vista funzionale e garantista/liberale.

47 Cfr. G. Stratenwerth, *Il concetto di colpevolezza nella scienza penalistica tedesca*, in *Materiali storia cultura giur.*, n. 1-1998, 225; inoltre, D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 316; G. Fiandaca, *Considerazioni*, cit., 836 ss.; A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, 95.

48 Già H.H. Jescheck, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, 9.

49 G. Cocco, *Appunti*, cit., 11; Tpg II, cap. I, § 2, 51; inoltre G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 341; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 319.

50 T. Lenckner, *Strafe*, cit., 40; B. Burkhardt, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, GA 1976, 321; G. Stratenwerth, *Die Zukunft*, cit., 28; M. Romano, *Prevenzione generale*, cit., 178; L. Eusebi, *La 'nuova retribuzione'*, cit., 1323, ivi ult. rif.; P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 192.

51 C. Roxin, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito. Cause di giustificazione e scusanti*, in S. Moccia (cur.), *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996, 21.

52 F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 578.

53 M. Romano, *Commentario*, cit., 327; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 317.

della libertà individuale[54], così anche soddisfacendo le istanze del diritto penale come guida del comportamento rivolta alla ragione ed alla libera scelta degli uomini.

Invece, in un sistema di responsabilità obiettiva, ad una sorta di terrorismo penale conseguirebbe non solo una generale contrazione della sfera di libertà di azione, divenendo a rischio di incriminazione comportamenti anche solo remotamente ricollegabili ad un evento illecito, ma anche, in particolare, una situazione di paralisi di interi settori di attività in cui è indispensabile l'assunzione di responsabilità rispetto a rischi consentiti che abbisognano della certezza e calcolabilità dell'agire individuale.

6. Il ruolo graduante della colpevolezza.

D'altra parte, la colpevolezza ha un ruolo non solo fondante ma anche graduante o commisurativo. In primo luogo, in astratto, in quanto anche la misura della sanzione edittale in forza del principio di proporzionalità si determina quale effetto della somma del peso di lesione e colpevolezza cosicché a parità di lesione il diverso peso della colpevolezza deve determinare una differente sanzione (ad es. nell'omicidio doloso la pena minima è 21 anni di reclusione, in quello colposo è 6 mesi)[55].

Inoltre, in concreto, costituendo la sintesi concettuale degli elementi riferibili all'autore, per quanto in correlazione al fatto commesso e non alle qualità personali del soggetto al primo del tutto estranee[56], che determinano il *quantum* della pena da applicare[57], con riferimento all'art. 133 c.p., alla imputabilità *ex* art. 89 c.p. e alle circostanze *ex* artt. 61, nn. 1 e 4, e 62, n. 1 c.p.

Il rilievo del principio è riconosciuto, al pari del principio di legalità, dall'art. 49 n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. *Carta di Nizza* proclamata il 7 dicembre 2000) secondo cui «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato», che rileva nell'ordinamento nazionale attraverso gli artt. 11 e 117, co. 1° Cost.[58].

In tale prospettiva, la colpevolezza si pone quale limite, perché la pena sia astrattamente prevista che concretamente applicata non può superarne la misura.

---

[54] D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 317 s.; T. Padovani, *Teorie*, cit., 825; G. Fiandaca, *Considerazioni*, cit., 844.

[55] W. Hassemer, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, AP 1982, 42; G. Cocco, *Appunti*, cit., 11 s.; cfr. W. Frisch, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, RTDPC 3/4-2014, 164 s..

[56] C. cost. 5-8.7.2010, n. 249, sull'illegittimità dell'aggravante *ex* art. 61 co. 11-*bis* c.p., relativa a chi si trovi illegalmente sul territorio nazionale.

[57] H. Achenbach, *Historische und dogmatiche Grundlagen der strafrechtsystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, 2 ss.; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2a ed., 2017, 649; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 341.

[58] Tra i tanti in tema, v. G. Cocco, *Il «primato» della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario*, RCP n. 4/2019, 1078 ss.

7. L'accertamento della libertà di agire altrimenti.

Va da sé che, così come le altre componenti della teoria del reato, la colpevolezza vada accertata in tutti i profili di rilievo, in primo luogo il dolo o la colpa quando sufficiente, ma non è questa la sede per approfondire l'argomento.

Peculiare interrogativo correlato con gli argomenti qui trattati è, invece, se il giudice debba accertare anche la *libertà di agire altrimenti* del soggetto sottoposto a giudizio quale elemento della colpevolezza. Una consolidata posizione – derivata dal concetto sociale di colpevolezza e deduce dalla libertà di agire (o del volere) del genere umano delineata dall'esperienza sociale quella del singolo autore del fatto di reato[59], che non può essere verificata empiricamente[60], ma va considerata presente quando mancano cause che valgono generalmente ad escluderla[61]. Posizione condivisibile nella misura in cui non si opponga al valore del principio costituzionale posto a garanzia dell'individuo, a cui comunque deve potersi muovere un rimprovero individuale pur estraneo allo stato psicologico del momento in un disegno complessivo di osservanza del principio di proporzione, di cui in definitiva sia il principio di offensività che quello di colpevolezza sono affluenti.

Si valuta, dunque, se secondo la comune esperienza un uomo legato ai valori tutelati dal diritto – modellato sulla base delle caratteristiche proprie dell'agente che non possono essergli rimproverate quali i deficit fisici o intellettuali o l'assenza di esperienza – con la sua forza di volontà, in ipotesi mancata all'agente, avrebbe potuto agire diversamente nella situazione concreta[62]. Un procedimento di astrazione, dunque, che tiene conto esclusivamente della forza di volontà e di adeguamento al diritto che si può richiedere ad un uomo medio o normale[63].

In senso contrario, preoccupati che il riferimento all'uomo medio svuoti di ogni riferimento alla realtà e di contenuto il giudizio di colpevolezza con l'effetto di asservirlo completamente alle esigenze preventive, si sollecita la valutazione della capacità individuale di agire diversamente[64]. Va, però, evi-

---

59 Cfr. M. Romano, *Commentario*, cit., 328; G. Stratenwerth, *Il concetto*, cit., 226

60 Perché è impossibile il riscontro del peso di ciascuno dei fattori antagonistici: H. Welzel, *Gedanken zur 'Willensfreiheit'*, FS Engisch, Frankfurt a.M., 1969, 101; Art. Kaufmann, *Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz*, FS Lange, Berlin, 1976, 30; H.-J. Rudolphi (e altri), §§ 20/23, in *SK-StGB – Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* I, Köln, 9 ed., 2016.

61 M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

62 M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

63 Così K. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 2a ed., 1965, 26; H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch*, cit., 428; F. Nowakowski, *Freiheit, Schuld, Vergeltung*, FS Rittler, Aalen, 1957, 69; M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 328; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale*, cit., 641.

64 W. Hassemer, *Principio*, cit., 58 s.; G. Fiandaca, *Considerazioni*, cit., 868 ss.; G.V. De Francesco, *Sulla misura soggettiva della colpa*, SU 1977-78, 326 s.; L. Eusebi, *'Il futuro del principio penalistico di colpevolezza'. Note in margine ad un contributo di Günter Stratenwerth*, RIDPP 1982, 275; J.

denziato che il potere categoriale non è il fondamento del potere individuale, ma è solo un procedimento logico per giungere ad affermare il secondo, poiché è al singolo che l'ordinamento fa riferimento, con le sue vedute e la sua capacità, cosicché il rimprovero di colpevolezza rimane in tal senso individuale, personale[65], seppure problematico ne sia l'accertamento, come lo è – secondo l'esperienza – l'accertamento dei fatti di rilevanza penale: dall'accertamento della pericolosità a quello dei motivi a delinquere[66], nonché, in particolare, degli ulteriori componenti della colpevolezza.

D'altra parte, questo aspetto del concetto di colpevolezza va correlato alla visione costituzionale del cittadino ed ha una dimensione sociale[67] in quanto attribuisce una responsabilità di fronte alla società, con la dignità che a tale responsabilità è inscindibilmente connessa. Ciò spiega anche perché il giudizio di colpevolezza presenti comunque un livello di astrazione normativa e non possa prendere in considerazione tutte le caratteristiche individuali dell'agente in quanto risponde alle aspettative di comportamento della comunità politica fissate dal sistema giuridico[68]. Esemplare la responsabilità di chi agisca in stato di ubriachezza volontaria o colposa (art. 92 c.p.) o in presenza di stati emotivi e passionali (art. 90 c.p.) che non superino la soglia della incapacità di intendere o di volere, o di chi agisca ignorando inescusabilmente la legge penale.

È ben vero, infatti, che il riconoscimento di ogni anomalia o disturbo o ignoranza ovvero di ogni forma individuale di inesigibilità produrrebbe «un'entità di assoluzioni inaccettabile dal punto della politica criminale»[69], financo «la dissoluzione del diritto penale»[70], ovvero inficerebbe gravemente (fino a poterla annullare) la tutela della vita e degli altri beni importanti per la vita in comune protetti dal diritto penale. D'altra parte, il progressivo arricchirsi dei requisiti della colpevolezza, in particolare negli ultimi decenni, pare anche l'effetto del progredire della capacità della società nel suo insieme di far fronte al crimine con strumenti differenti dal diritto penale nonché della sua cultura giuridica, quanto meno nelle sue più elevate espressioni, con il conseguente affinamento della pretesa di adeguamento alle regole della vita in comune con l'uso della pena.

Cerezo Mir, *Culpabilidad y pena,* in *Problemas fondamentales del derecho penal*, Madrid, 1982, 196; K. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, cit., 861, n.m. 22.

65 M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

66 Art. Kaufmann, *Schuldprinzip*, cit., 31; M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

67 M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

68 Cfr. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale*, cit., 641.

69 G. Stratenwerth, *Il concetto*, cit., 226; J. Krümpelmann, *Die Neustaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweitw Strafrechtsreformgesetz von 4. Juli 1969*, ZStW 1976, 6 ss., 26 ss.

70 T. Lenckner, Vor §§ 32 s., in Schönke**,** Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1997, n.m. 123.

8. Conclusioni.

Pur in presenza di indubbie conquiste negli ultimi decenni, sul piano concettuale e applicativo, il principio di colpevolezza stenta ancora ad avere una completa attuazione. Deve essere ancora risolta definitivamente con un intervento legislativo, in assenza di una interpretazione adeguatrice a cui la giurisprudenza è evidentemente restia[71], la presenza nel codice di rilevanti ipotesi di responsabilità oggettiva, costituente un'ineludibile esigenza di attuazione del dettato costituzionale. Ma le questioni più delicate si pongono sul terreno della cultura giudiziale, laddove il rispetto integrale del principio di colpevolezza pone il concreto problema dell'accertamento del dolo e della colpa ed in particolare la distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione.

[71] Esemplari, in negativo, le letture giurisprudenziale della preterintenzione (ad es. C. V pen., 18.1.2019, n. 5515), ancorate al significato originario del cod. Rocco, incuranti della affermazione costituzionale del principio di colpevolezza.

LA COLPA PENALE NEL SETTORE SANITARIO: CRITERI GENERALI DI VALUTAZIONE E SITUAZIONI EMERGENZIALI *

Andrea Di Landro**

Sommario: 1. L'art. 590-*sexies* c.p. e i "problemi tecnici di speciale difficoltà" (art. 2236 c.c.). In che termini la colpa lieve dell'operatore sanitario può essere ritenuta non punibile (anche al di là della distinzione, non semplice, tra errore di strategia, errore esecutivo ed errore di adattamento)? Il rispetto delle linee guida come presunzione relativa di perizia? – **2.** (Alcuni) fattori potenzialmente discolpanti, da valorizzare (anche) in relazione all'emergenza covid-19: stanchezza, carenze strutturali ed organizzative, concitazione, capacità non adeguate, errore sulle regole cautelari.

ABSTRACT

Il contributo è diviso in due parti. La prima parte concerne la colpa penale nel settore sanitario e le sue possibili limitazioni su di un piano oggettivo. *Alla luce degli artt. 590-*sexies *c.p. e 2236 c.c., con particolare riferimento ai "problemi tecnici di speciale difficoltà", si affronta la questione della possibile non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario (anche al di là della distinzione, non semplice, tra errore di strategia, errore esecutivo ed errore di adattamento, relativamente alle linee guida). Nella seconda parte del contributo, la responsabilità penale in ambito sanitario e le sue possibili limitazioni vengono trattate sul piano della c.d. "misura soggettiva" della colpa. Tra i fattori potenzialmente discolpanti, da valorizzare (anche) in relazione all'emergenza covid-19, vengono analizzati: la stanchezza, le carenze strutturali ed organizzative, la concitazione, le capacità non adeguate e l'errore sulle regole cautelari.*

*This paper is divided into two parts. The first deals with the issue of the criminal negligence in healthcare and its possible limitations on an objective level. In light of the Articles 590-*sexies *of the Italian Criminal Code and 2236 of the Italian Civil Code, with particular reference to the "technical problems of special difficulty", the article addresses the question of the possible non-punishment of the minor negligence of the medical professional (even beyond the distinction, not simple, between strategic error, executive error and adaptation error, relative to the guidelines). In the second part of the paper, the criminal liability in the healthcare and its possible limitations are discussed on the level of the so-called "subjective measure" of negligence. Among the possible defences, to be valued (also) in relation to the covid-19 emergency, the following are analyzed: tiredness, structural and organizational flaws, agitation, inadequate skills and error on precautionary rules.*

---

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione *La colpa medica: le responsabilità individuali ed i possibili limiti*, tenuta al convegno *Il sistema penale ai tempi del Covid19*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale il 15 maggio 2020.

** Professore associato di Diritto penale - Università degli studi di Enna.

1. L'art. 590-*sexies* c.p. e i "problemi tecnici di speciale difficoltà" (art. 2236 c.c.). In che termini la colpa lieve dell'operatore sanitario può essere ritenuta non punibile (anche al di là della distinzione, non semplice, tra errore di strategia, errore esecutivo ed errore di adattamento)? Il rispetto delle linee guida come presunzione relativa di perizia?

L'art. 6 della l. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. "Gelli-Bianco", come noto, ha introdotto nel codice penale l'art. 590-*sexies*, rubricato «*Responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario*». La disposizione introdotta nel 2017 è composta dei seguenti due commi: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

La norma introdotta nel 2017 è meno favorevole di quella del pregresso decreto "Balduzzi" (d.l. n. 158/2012, conv. in l. n. 189/2012), dal momento che la colpa lieve del medico, che si conforma a linee guida non «adeguate alle specificità del caso concreto», non punibile *ex* decreto «Balduzzi», torna ad essere punibile, con alcune eccezioni.

Il co. II dell'art. 590-*sexies* c.p. appare di non facile lettura.

Ad un'interpretazione letterale, tale comma sembra fare riferimento ad ipotesi di imperizia che residuano quando sono rispettate linee guida «adeguate alle specificità del caso concreto», o (in mancanza di queste ultime) «buone pratiche clinico-assistenziali».

Per provare a "riempire" di contenuto tale norma, si può pensare a questioni tecnico-scientifiche di nuova emersione, non ancora sedimentate nelle "buone prassi", a questioni particolarmente complesse, ai «problemi tecnici di speciale difficolta» di cui all'art. 2236 c.c.; in quest'ambito ben potrebbero rientrare, ad es., molti dei problemi relativi all'emergenza covid-19.

L'art. 2236 c.c. limita la responsabilità del "prestatore d'opera" alle sole ipotesi di colpa grave (oltre che di dolo), «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà». Tale norma civilistica è oggetto di un condivisibile richiamo anche da parte delle Sez. Un. pen. 22 febbraio 2018, "Mariotti"[1].

[1] Cass., Sez. un. pen., 22 febbraio 2018, Mariotti, in *Giur. it.*, 2018, 946 ss., con nota di L. Risicato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza* in bonam partem *dell'imperizia "lieve" del medico;* in *Dir. pen. proc.*, 2018, 646, con nota di C. Brusco, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*. Con riferimento all'emergenza covid-19, nella dottrina penalistica v. F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*,

Una diversa considerazione dei gradi della colpa, grave-punibile *versus* lieve-non punibile, non appare invero "recuperabile" alla luce della nuova disciplina della colpa medica di cui all'art. 590-*sexies* c.p., ma riconducibile piuttosto alla tradizionale limitazione di responsabilità prevista in sede civile non solo per la professione sanitaria, ma anche per le altre professioni intellettuali. Un rinnovato riferimento al "buon vecchio" art. 2236 c.c. (norma da tempo ritenuta rilevante in sede penale), come soluzione per uscire dall'*impasse* prodotto da una formulazione dell'art. 590-*sexies* c.p. non certo brillante (per usare un'eufemistica litote) sul piano della tecnica legislativa, e così ovviare ai rischi d'incostituzionalità insiti nel riservare ad una particolare categoria di professionisti forme di impunità estese anche ad ipotesi gravi d'imperizia – limiti di punibilità poco compatibili con gli artt. 3 e 32 Cost.[2].

Altre soluzioni interpretative adottate dalle Sezioni unite penali, "Mariotti", sembrano al contrario particolarmente "creative" sul piano giuridico e non propriamente logiche.

Secondo la sentenza "Mariotti", nei confronti dell'operatore sanitario, il «rispetto» delle regole cautelari va preteso nella fase "conoscitiva" delle norme stesse, mentre per la fase "esecutiva"/"attuativa" delle *leges artis*, il parametro di valutazione è più favorevole all'operatore sanitario: secondo la ricostruzione operata dalle Sezioni unite, l'imperizia lieve nella «fase conosci-

26 aprile 2020; R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, *ivi*, 10 luglio 2020; Id., *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, *ivi*, 19 aprile 2020; G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, *ivi*, 5 maggio 2020; M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg. pen.*, 22 giugno 2020; C. Cupelli, *Responsabilità Medica e Covid 19*, in *Giustizia insieme*, 7 maggio 2020; Id., *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari,* in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020; A. De Lia, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020, 321 ss.; A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "*rischio penale*" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 887 ss.; M. Landolfi-A. Franchi, *L'emergenza Covid-19 e le conseguenze giudiziarie in ambito sanitario*, in *PenaleDP*, 18 aprile 2020; G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia"*), in *Giur. pen.*, 14 aprile 2020; E. Penco, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico,* in *Sist. pen.,* 15 febbraio 2021; L. Picotti-R. Flor, *Emergenza Covid-19 e responsabilità del personale medico-sanitario*, in *Univrmagazine*, 6 aprile 2020; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020; C. Rizzo, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *Arch. pen.*, 27 gennaio 2021; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 19 maggio 2020.

2 L'esclusione della responsabilità penale anche nelle ipotesi di imperizia grave era stata affermata dall'isolata pronuncia della Cass., Sez. IV pen., 31 ottobre 17, Cavazza, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2017 (con nota critica di P. Piras, *La non punibilità dell'imperizia medica* in executivis): orientamento giurisprudenziale superato dalle Sezioni unite "Mariotti" (v. nota precedente).

tiva» delle regole cautelari è punibile, l'imperizia lieve nella «fase esecutiva» non è punibile.

La distinzione tra errore «conoscitivo/valutativo» ed errore «esecutivo» sembra, tuttavia, poco giustificabile sul piano normativo e sul piano logico.

Sul piano normativo: l'art. 590-*sexies* c.p. fa riferimento testualmente al «rispetto» delle linee guida o delle buone pratiche, senza distinguere tra fase selettiva o della conoscenza delle regole cautelari da un lato, e fase esecutiva/attuativa dall'altro lato.

Sul piano logico: qual è il senso di distinguere tra errore «valutativo» ed errore «esecutivo», e di concepire una responsabilità più estesa in caso di errore «valutativo», più limitata a fronte di un errore «esecutivo»?[3]

Nell'attività sanitaria, come in tutte le attività di natura non meramente teorico-astratta, gli aspetti conoscitivo-speculativi sembrano doversi coniugare con quelli pratico-esecutivi, non meno importanti dei primi. Senza contare le notevoli difficoltà di ordine probatorio del dover distinguere tra errore "valutativo" ed errore "esecutivo".

Quali soluzioni interpretative paiono, *de iure condito*, più facilmente praticabili?

In primo luogo, in sede penale sembra potersi rinviare al limite di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.

In secondo luogo, il rispetto delle linee guida e delle «buone pratiche»[4] sembra poter dar luogo, a favore dell'operatore sanitario, ad una presunzione relativa di perizia, salvo prova contraria rappresentata dall'«inadeguatezza alle specificità del caso concreto» (per riprendere la formula dell'art. 590-*sexies* c.p.). Ciò sostituendo idealmente (attraverso un'interpretazione "ortopedica") al macchinoso *incipit* del co. II dell'art. 590-*sexies* «Qualora l'even-

[3] Cfr. R. Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 24 maggio 2018, 245 s.; G.M. Caletti-M. Mattheudakis, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies *c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018, 36 ss.; L. Carraro, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, in *Arch. pen.*, 19 febbraio 2021, 52 ss.; D. Cenci, *Le Sezioni Unite Mariotti: tra prospettive e criticità aperte*, in *PenaleDP*, 13 gennaio 2021, par. 5.3; G. Civello, voce *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in *Dig. Pen., Agg.* X, Milano, 2018, 723; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, 579 s.; A. Merli, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2020, 30 ss.; E. Mezzetti, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'*ultra legem *a quella dell'*ante litteram, in *PenaleDP*, 10 dicembre 2020, par. 5; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 137 ss.

[4] Va detto che, con riferimento all'emergenza covid-19, non ci sono le linee guida «definite e pubblicate ai sensi di legge», ovvero le linee guida emanate ai sensi del co. III, art. 5, l. n. 24/2017, le quali hanno un ruolo prioritario nel modello di cui all'art. 590-*sexies* c.p.; vi sono tuttavia, raccolte e pubblicate da parte dell'Istituto superiore di sanità sul sito internet ad accesso libero del Sistema nazionale linee guida (Snlg), linee guida *evidence* e *consensus based*, circolari del Ministero della salute, *position statements* di organizzazioni scientifiche e agenzie sanitarie internazionali, inerenti la malattia covid-19: documenti ivi classificati come «buone pratiche».

to si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni...», un più semplice e lineare «L'imperizia è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni...».

La soluzione del rispetto delle linee guida (e delle buone pratiche) quale presunzione relativa di perizia è adottata in diversi ordinamenti stranieri[5]. E sembra poter conferire una maggiore rilevanza pratica all'art. 590-*sexies* c.p. (che appare invece abbastanza "asfittico", o foriero di applicazioni poco logiche, come la distinzione tra errori "conoscitivi" ed "esecutivi", nella lettura delle Sezioni unite "Mariotti"). Pur apparendo, tale soluzione del rispetto delle linee guida come presunzione relativa di perizia, praticabile già *de iure condito,* si potrebbe valutare anche *de iure condendo* una riformulazione/chiarificazione/semplificazione della norma nei termini in cui si è detto («L'imperizia è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni...»).

Quali le persistenti possibilità di ritenere, *de iure condito*, non punibili alcune ipotesi di colpa lieve dell'operatore sanitario?

La parziale continuità tra l'abrogato art. 3, co. I, del decreto Balduzzi («L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve») e la disciplina vigente è stata affermata in uno dei passaggi che sollevano più perplessità della sentenza "Mariotti"[6]: «l'errore determinato da colpa lieve nella sola fase attuativa andava esente per il decreto Balduzzi ed è oggetto di causa di non punibilità in base all'articolo 590-*sexies*».

Solo che l'errore colposo cui faceva riferimento il decreto Balduzzi riguardava l'applicazione/attuazione di linee guida e buone pratiche *inadeguate alle specificità del caso concreto*: per citare una chiara sentenza della Cassazione del 2014[7], relativa al decreto "Balduzzi": «Se, infatti, nel caso di condotte conformi alle linee guida, queste potranno rilevare in chiave difensiva in funzione dell'esonero dalla responsabilità, *il rispetto delle linee guida non esonera da responsabilità il medico che, al di fuori dei casi di colpa lieve, non abbia tenuto conto di specificità che caratterizzavano il quadro patologico*

---

[5] La soluzione alternativa, una presunzione assoluta di perizia in caso di osservanza delle linee guida, non appare di per sé più favorevole al medico, tendendo a tradursi *ex adverso* in presunzione assoluta d'imperizia per inosservanza delle linee guida (*negligence* "per se", nel linguaggio anglosassone): una soluzione eccessivamente rigida, non coerente con le fisiologiche caratteristiche di elasticità e non-esaustività delle linee guida e, dunque, con l'esigenza di individualizzare il trattamento medico (volendo, v. A. Di Landro, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 3 luglio 2018).

[6] Cfr. R. Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018; P. Piras, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018, 9.

[7] Cass., Sez. IV pen., 8 luglio 2014, n. 2168, A., riportata integralmente in *Foro it.*, *Arch. Cass. Pen.*

del paziente e che avrebbero dovuto indirizzare verso un percorso terapeutico diverso [...]. È doveroso, quindi, per il giudice censurare la condotta del medico ove egli si limiti ad attenersi alle linee guida nel caso in cui *la particolarità della fattispecie concreta avrebbe potuto imporre o consigliare scelte difformi da quelle codificate*. Tale evenienza ricorre nella specie, in ragione delle pregresse difficoltà d'intubazione del paziente, da reputare note all'operatore per tutte le ragioni coerentemente e compiutamente indicate nella sentenza impugnata, difficoltà significative di un *precedente traumatismo delle vie aree tale da imporre un trattamento mirato e specifici accorgimenti* in fase di estubazione del neonato tra i quali l'intervento di un neonatologo» (corsivo nostro).

Il caso più noto di applicazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto è quello c.d. "Grassini", pure affrontato dalla Suprema Corte[8]. Il caso "Grassini" riguarda il paziente portatore di patologie plurime, per il quale le linee guida "settoriali", riferite cioè al solo settore della patologia cardiaca, possono essere utilizzate solo contestualmente ad una scrupolosa analisi individualizzata del caso. «I giudici del gravame, invero, sono pervenuti alla sentenza assolutoria», scrive la Cassazione nella sentenza "Grassini", nel motivare l'annullamento della pronuncia assolutoria di secondo grado, «attraverso un iter argomentativo che ha *tenuto conto solo della generica presenza delle condizioni astrattamente previste nelle "linee guida" di settore*, della cui incerta presenza e dei cui incerti contenuti si e già detto, ma che ha del tutto omesso di considerare se le *specifiche condizioni cliniche* del B.[9] consentissero di procedere ad un "acceleramento" della dimissione, ovvero evidenziassero la necessità di un prolungamento della degenza ospedaliera, superando la burocratica barriera frapposta dalle "linee guida"» (corsivo nostro). Secondo i giudici di legittimità, in conclusione, nel caso "Grassini", non risulta adeguatamente approfondito se il quadro clinico, definito "stabilizzato", si fosse in realtà consolidato «non solo con riferimento all'infarto, ma anche con le condizioni generali del malato che si presentava [...] anche obeso, iperteso, ipercolesterolemico e ipertrigliceridemico». Al giudice del rinvio, quindi, il compito di «verificare se la "particolarità" del caso B. non dovesse rinvenirsi proprio nella "persistente criticità e precarietà" delle condizioni dello stesso dovute, *non solo all'invasività dell'infarto, ma anche alle gravi, ulteriori e preesistenti patologie*».

Alla sentenza "Grassini" del 2011 seguiva un intenso dibattito, con reazioni contrastanti e polemiche nel mondo ospedaliero e sindacale: dibattito e polemiche che hanno rappresentato, in un certo senso, l'*humus* politico della norma penale del decreto "Balduzzi" del 2012, nata nelle intenzioni del legislatore quasi come "norma ansiolitica" nei confronti di operatori sempre

[8] Cass., Sez. IV pen., 23/11/2010 (dep. 2/3/2011), n. 8254, Grassini, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1223, con nota di F. Consorte, *Colpa e linee guida*.

[9] L'iniziale del nome del paziente.

più chiamati a misurarsi con obiettivi di riduzione della spesa sanitaria (c.d. *spendig review*), obiettivi non del tutto estranei alle linee guida.

Nell'art. 590-*sexies* c.p., a differenza del decreto "Balduzzi", c'è la clausola dell'adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto: la possibilità di continuare oggi (per i fatti commessi a partire dal 1 aprile 2017, giorno di entrata in vigore dell'art. 590-*sexies* c.p.) ad applicare il principio del decreto Balduzzi secondo cui non è punibile la colpa lieve dell'operatore sanitario attenutosi a linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto sembra ravvisabile (non tanto nel quadro di un ragionamento che parta dall'art. 590-*sexies* c.p., ma) esclusivamente valorizzando le potenzialità dell'art. 2236 c.c.: ovvero ritenendo che, nel singolo caso concreto, possa rappresentare un «problema tecnico di speciale difficoltà», per l'operatore sanitario, avvedersi della necessità di deviare da linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto.

Questo per quanto riguarda la prima e più nota (anche perché suffragata da una certa casistica giurisprudenziale[10]) tipologia di errore colposo ricollegabile alle linee guida, cioè l'errore da applicazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto (si potrebbe chiamare "errore di strategia", per riprendere un'efficace definizione dottrinale[11]).

E per quanto riguarda le altre tipologie di errore colposo ricollegabile alle linee guida?

Si tratta degli errori nell'esecuzione di una linea guida adeguata al caso concreto, la quale prevede espressamente uno specifico, determinato trattamento, non seguito o eseguito in modo scorretto dall'operatore (potremmo chiamarlo "errore esecutivo", o "errore puramente esecutivo"); e dell'errore "di adattamento" della linea guida, adeguata ma elastica e dunque bisognosa di adattamento alla situazione concreta ("errore di adattamento"[12]).

Nel primo caso (errore puramente esecutivo), pare difettare il requisito del "rispetto" delle linee guida (e delle buone pratiche clinico-assistenziali), e dunque sembrano inapplicabili sia il decreto "Balduzzi", sia l'art. 590-*sexies* c.p.: il requisito del "rispetto" delle linee guida e delle buone pratiche (equiparate, queste ultime, alle linee guida nella normativa del 2012, collocate in posizione sussidiaria in quella del 2017) è infatti centrale in entrambe le nor-

---

[10] V. anche Cass., Sez. IV pen., 18/2/2010, n. 10454, in *DeJure/JurisData*: in una situazione di particolare gravita (nella specie, dopo tre inutili tentativi d'intubazione, in presenza di edema della laringe, che impediva l'evidenziazione della glottide), «non esenta da responsabilità il fatto che siano state seguite linee guida o siano stati osservati protocolli per una scelta alternativa all'unica scelta che in concreto si rendeva, nell'evidenza delle descritte manifestazioni conseguenti allo shock anafilattico, chiaramente risolutiva (la tracheotomia)». Anziché procedere all'immediata tracheotomia, pur disponendo della presenza in sola operatoria di un chirurgo, il medico aveva in questo caso optato per attendere l'arrivo dell'otorino: con ciò mostrando di osservare linee guida e protocolli in maniera eccessivamente *rigida*.

[11] V. F. Basile, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2017, 172.

[12] V. nota precedente.

mative succedutesi nel tempo (il decreto "Balduzzi" utilizza il verbo "attenersi", l'art. 590-*sexies* c.p. il verbo "rispettare": il senso sembra lo stesso)[13]. Laddove le linee guida prevedono di eseguire un determinato trattamento, ovviamente la raccomandazione è (anche) quella di eseguirlo in modo corretto; e ad ogni modo, con riferimento agli aspetti non disciplinati nel dettaglio dalle linee guida, subentrano nel loro ruolo suppletivo (ai sensi dell'art. 590-*sexies* c.p.) le buone pratiche clinico-assistenziali, concetto dalla formulazione ampia[14], che pare anch'esso incompatibile con un errore esecutivo.

Provando ad esemplificare, si potrebbero prendere le linee guida *Neoplasie dello stomaco e della giunzione esofago-gastrica,* consultabili nell'ambito del SNLG (Sistema Nazionale Linee Guida, *www.snlg.iss.it*, ivi immesse nell'aprile 2020), elaborate dall'AIOM (Associazione Italiana di Oncologia Medica), in collaborazione con le associazioni scientifiche AIGO[15], AIRO[16], GIRCG[17],

[13] Cfr. C. Cupelli, *L'anamorfosi dell'art. 590-*sexies *c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1986: «il criterio enucleato dalle Sezioni unite potrebbe evaporare riflettendo sul fatto che, al cospetto di linee guida adeguate e pertinenti, che contemplino anche una regolamentazione della fase esecutiva (procedurale o interventistica), un errore – per imperizia, anche lieve – implicherà il loro *mancato rispetto* (una colpa *per inosservanza*) e dunque l'inapplicabilità dell'effetto di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p., non assumendo rilievo la circostanza che si versi in un'imperizia lieve (nella fase esecutiva); dinanzi invece a linee guida – pur sempre pertinenti e adeguate – che non includano riferimenti alla fase esecutiva, non contenendo sul punto indicazioni specifiche, in caso di errore esecutivo per imperizia lieve, ugualmente non sarà invocabile la non punibilità (anche nella lettura offerta dalle Sezioni unite), trovando invece applicazione gli ordinari criteri di cui all'art. 43 c.p., dal momento che ci si attesterà ugualmente al di fuori dello specchio applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p.». Sulla «*dubbia ragionevolezza*» della lettura delle Sezioni Unite, cfr. A. Vallini, Codifier l'incodifiabile: *la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 203 ss.

[14] Sulle «buone pratiche», concetto già utilizzato nel decreto "Balduzzi", per limitarsi ad alcuni tra gli interpreti più autorevoli, v. O. Di Giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 20 aprile 2014, 10, secondo cui la categoria delle "buone pratiche" «introduce la variabile di prassi non scritte, purché sempre rispettose degli *standard* scientifici»; C. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 63 s.: «il concetto di buone pratiche sembra fare riferimento più che ad una disciplina regolamentata (come avviene nelle linee guida o nei protocolli) alla concreta attuazione delle medesime linee guida o a procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate, e di cui sia riconosciuta (per es. in testi scientifici di cui non sia contestata l'autorevolezza) l'efficacia terapeutica o comunque la non dannosità per il paziente»; e nella dottrina medico-legale, A. Fiori-D. Marchetti, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 569, secondo cui quella tra linee guida e buone pratiche è «una distinzione piuttosto artificiosa, in quanto i due momenti, quello della diagnosi e della scelta delle linee guida e dell'utilizzo delle *leges artis* (cioè le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica), nella realtà pratica – ma anche nella teoria – sono avvinti da un indissolubile vincolo di interdipendenza ed interferenza».

[15] Associazione Italiana Gastroenterologi e Endoscopisti Digestivi Ospedalieri.

[16] Associazione Italiana Radioterapia e Oncologia clinica.

[17] Gruppo Italiano Ricerca Cancro Gastrico.

SIAPEC-IAP[18], SICO[19], SIGE[20], SIRM[21]. Nelle linee guida suddette, al cap. 6, *Chirurgia*, ed in particolare al par. 6.1.b, *Il carcinoma gastrico T2-4a o N+*, pagg. 24 ss., si prevede che «il trattamento chirurgico standard» (ovvero «opzione di prima intenzione nel trattamento chirurgico del cancro gastrico») è l'esecuzione della «linfoadenectomia D2». Immaginiamo che il medico esegua in modo sbagliato l'operazione chirurgica, commettendo un errore colposo fonte di un danno al paziente: l'intervento chirurgico, ovvero la «linfoadenectomia D2», non può dirsi riuscita: possiamo dire che il medico ha "rispettato" le linee guida (e le buone pratiche clinico-assistenziali)? Potrà certamente tale medico aver affrontato una problematica complessa, ed essere meritevole della non punibilità della colpa lieve *ex* art. 2236 c.c.; costruire invece un concetto di "esecuzione errata e tuttavia rispettosa" (come in un passaggio argomentativo della sentenza "Mariotti": v. *infra)* delle raccomandazioni delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali (nel loro ruolo sussidiario), non sembra la soluzione più lineare e appropriata.

Nel secondo caso di errore colposo (errore di adattamento), pure non sembra integrato il requisito del rispetto delle linee guida (e delle buone pratiche). Per esemplificare, potremmo prendere anche qui una delle linee guida SNLG consultabili sul relativo sito (*www.snlg.iss.it*, ivi immessa nel marzo 2020), quella sulle *Neoplasie del polmone,* prodotta dall'AIOM (Associazione Italiana di Oncologia Medica), in collaborazione con le società scientifiche AIPO[22], AIRO[23], SIAPEC-IACP[24], SICT[25], SIF[26] e SIRM[27]. Nella parte relativa al *Trattamento della malattia localmente avanzata* (cap. 7), con specifico riferimento alla *Malattia localmente avanzata resecabile* (par. 7.1) ed alla *Terapia chirurgica* (par. 7.1.1), pagg. 64 ss., la suddetta linea guida prevede che «Le possibilità della terapia chirurgica nella malattia localmente avanzata dipendono dall'entità di estensione del tumore primario, dal livello di interessamento linfonodale e dal grado di risposta ad eventuali terapie di induzione». Tale indicazione appare elastica, richiedendo di essere concretizzata in relazione alle evenienze del caso concreto. Se il medico sbaglia nel modulare in relazione al caso concreto tale indicazione "elastica", praticando la terapia chirurgica in un caso ad es. tumore esteso, interessamento di multiple stazioni linfonodali, ecc., laddove la terapia chirurgica non può dirsi di fatto

[18] Società Italiana di Anatomia Patologica e Citologia Diagnostica – Divisione Italiana della *International Academy of Pathology*.
[19] Società Italiana di Chirurgia Oncologica.
[20] Società Italiana di Gastroenterologia ed Endoscopia Digestiva.
[21] Società Italiana di Radiologia Medica e Interventistica.
[22] Associazione Italiana Pneumologi Ospedalieri.
[23] Associazione Italiana Radioterapia e Oncologia clinica.
[24] Società Italiana di Anatomia Patologica e Citologia Diagnostica – Divisione Italiana della *International Academy of Pathology*.
[25] Società Italiana di Chirurgia Toracica
[26] Società Italiana di Farmacologia.
[27] Società Italiana di Radiologia Medica e Interventistica.

raccomandata, diremmo che ha "rispettato" la linea guida? Sembra di no. Tale medico potrà certamente aver incontrato qualche situazione complessa, difficile da valutare, ed essere comunque meritevole della non punibilità della colpa lieve *ex* art. 2236 c.c.; dire tuttavia che abbia "rispettato" la linea guida non sembra appropriato.

Volendo fare un altro semplice esempio, più vicino all'esperienza comune, prendendo la nota regola cautelare, elastica, in tema di "distanza di sicurezza tra veicoli" (art. 149, co. I, cod. strada): «Durante la marcia i veicoli devono tenere, rispetto al veicolo che precede, una distanza di sicurezza tale che sia garantito in ogni caso l'arresto tempestivo e siano evitate collisioni con i veicoli che precedono». Potremmo dire che il soggetto che sbaglia ad adattare tale elastica indicazione in tema di distanza di sicurezza alle evenienze del caso concreto, finendo per tamponare il veicolo che lo precede, sta "rispettando" la regola sulla distanza di sicurezza? Sembra di no.

Questi ultimi errori (di esecuzione e di adattamento), che paiono fuoriuscire dal perimetro sia del decreto "Balduzzi", sia dell'art. 590-*sexies* c.p., sembrano poter beneficiare di un più favorevole parametro di valutazione, quale la non punibilità della colpa lieve, solo se commessi a fronte di «problemi tecnici di speciale difficoltà», che ben possono verificarsi, nell'esecuzione di linee guida adeguate e nell'adattamento di linee guida elastiche alle peculiarità della situazione concreta. Anche le Sezioni Unite "Mariotti", che pure in un passaggio della motivazione sembrano costruire un concetto, poco chiaro e un po' contraddittorio, di "esecuzione errata e (contestualmente) rispettosa"[28] delle linee guida (e delle buone pratiche), poi in sede di formulazione finale dei principi di diritto sembrano richiamare più prudentemente la consolidata tradizione della «speciale difficoltà», ricollegando la non responsabilità per colpa lieve alle «speciali difficoltà dell'atto medico»; e tuttavia riducendo i margini applicativi di tale limite di responsabilità agli errori di tipo esecutivo/adattativo, quando non pare esserci ragione per distinguere tra questi errori e quelli di tipo conoscitivo/valutativo.

Con riferimento alla limitazione della responsabilità, si potrebbe anche auspicare una modifica, in senso ampliativo, della prevalente interpretazione giurisprudenziale iper-restrittiva – già in sede civilistica – del concetto di

[28] Laddove le Sezioni Unite affermano che «può dirsi che si rimanga nel perimetro del "rispetto delle linee guida", quando cioè lo scostamento da esse è marginale»: in senso critico cfr. P. Piras, *Un distillato di nomofilachia*, cit., 7: «si scrive che *può dirsi che si rimanga nel perimetro del "rispetto delle linee guida"* quando *lo scostamento da esse è marginale e di minima entità* (p. 20). La considerazione può suscitare smarrimento. Siamo abituati a pensare che il rispetto di una regola cautelare non dipende dal quantum d'inosservanza, ma dall'aderenza della condotta concreta alla regola cautelare. Non è una questione di quantità d'inosservanza, ma di qualità della condotta, in termini appunto di osservanza. Se ad es., le linee guida raccomandano di non superare i 40 mg. Nel dosaggio di un farmaco, il superamento di quel limite, anche di poco, segna comunque l'inosservanza. Si tratta peraltro una questione di carattere generale, che riguarda tutti i settori della colpa. Se in centro abitato si guida a 60 Km/h anziché a 50, la relativa regola cautelare non è rispettata, anche se lo scostamento è di minima entità.

«problemi tecnici di speciale difficoltà», e più in generale dell'art. 2236 c.c.: norma i cui margini applicativi vengono frequentemente erosi[29], oltre che attraverso letture riduttive della nozione di «problemi tecnici di speciale difficoltà», anche adoperando qualifiche di negligenza ed imprudenza spesso "assorbenti" l'imperizia, che sola potrebbe (secondo l'interpretazione dominante) portare all'applicazione di tale più favorevole disposizione.

Pur potendosi far rinvio già *de iure condito* all'art. 2236 c.c. in sede di valutazione della responsabilità penale, per esigenze di maggiore linearità si potrebbe valutare anche *de iure condendo* di introdurre nel codice penale la stessa disciplina.

2. (Alcuni) fattori potenzialmente discolpanti, da valorizzare (anche) in relazione all'emergenza covid-19: stanchezza, carenze strutturali ed organizzative, concitazione, capacità non adeguate, errore sulle regole cautelari.

Rispetto ad una limitazione della responsabilità penale dell'operatore sanitario sul piano oggettivo, pare ad ogni modo più promettente, con riferimento (anche) a situazioni emergenziali come quella del covid-19, la prospettiva di una limitazione della colpa sanitaria sul piano soggettivo, *i.e.* la prospettiva dell'individualizzazione, o soggettivazione della colpa penale.

Tale individualizzazione del rimprovero colposo è spesso carente nella prassi: in sede giurisprudenziale frequentemente accade che si accertino solo i profili oggettivi della colpa, cioè solo l'osservanza o meno delle regole cautelari, e non si tenga conto dell'esigibilità dell'osservanza da parte dell'agente concreto, ossia della possibilità dell'agente di uniformare in concreto il suo comportamento alla regola cautelare violata. In sintesi, una colpa troppo spesso oggettivata e spersonalizzata.

---

[29] V. M. Foglia, *Il prisma della prestazione medica e l'"azzeramento" dell'art. 2236 cod. civ.*, Nota a Cass. Sez. III civ. 28 settembre 2009, n. 20790, Tiranti c. Zallocco, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, fasc. 4, 372. La sentenza in oggetto è annotata criticamente anche da M. Rossetti, Unicuique suum, *ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giustizia civile*, 2010, fasc. 10, 2218. Cfr. L. Boari-M. Cingolani, *Responsabilità del medico e problemi tecnici di speciale difficoltà*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, fasc. 4-5, 925; M. Faccioli, *La responsabilità del medico chiamato ad affrontare "problemi tecnici di speciale difficoltà"*, in *La Responsabilità Civile*, 2005, fasc. 4, 350; e volendo, A. Di Landro, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità"* ex *art. 2236 c.c. alle prospettive della* gross negligence *anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, 745 ss. Nella giurisprudenza civilistica di legittimità, oltre alla sentenza sopra citata, affrontano la tematica dei «problemi tecnici di speciale difficoltà» e quella del rapporto tra negligenza, imprudenza e imperizia, nella prospettiva dell'art. 2236 c.c., anche Cass., Sez. III civ., 13 marzo 2007, n. 5846, Troiani c. Canessa, in *Ragiusan*, 2007, fasc. 281; Cass., Sez. III civ., 19 aprile 2006, n. 9085, Calandriello c. Cerboneschi, integralmente riportata in *Foro it., Archivio Cass. Civ.*, ed in *Resp. e risarcimento*, 2006, fasc. 6, 64, con nota di A. Mazzucchelli; Cass., Sez. III civ., 2 febbraio 2005, n. 2042, Asl 7, Ragusa c. Sanfilippo, integralmente riportata in *Foro it.*, *Archivio Cass. Civ.*; Cass., Sez. III civ., 13 gennaio 2005, n. 583, Conte c. Saturnino, *ivi*.

Di qui la necessità di valorizzare il c.d. momento (misura) soggettiva della colpa, inverando pienamente anche nel contesto della colpa il principio di colpevolezza (o di soggettività), che costituisce, come noto, una generale, sempre feconda direttrice di sviluppo del diritto penale moderno.

In relazione alla misura soggettiva della colpa professionale, più agevoli possono risultare una definizione ed un'indagine compiute in negativo (*a contrario*: sulla falsariga di quanto accade in tema di imputabilità) sulle possibili cause di esclusione della colpevolezza. Con la consapevolezza che tali fattori non rappresentano un insieme chiuso, e che l'indagine può pervenire, dunque, ad indicazioni solo esemplificative dei fattori potenzialmente discolpanti[30]. Alcune di tali situazioni anormali ("interne" o "esterne") concomitanti all'agire, secondo taluni orientamenti[31], sono riconducibili alla norma di cui all'art. 45 c.p., ed in particolare al caso fortuito; la questione principale, al riguardo, sembra concernere tuttavia l'eventuale rilevanza di circostanze anormali tecnicamente non riconducibili all'art. 45 c.p.; ed una volta ammessa la possibile efficacia scusante di situazioni "non tipizzate", la questione dell'individuazione delle stesse e dei loro margini di operatività.

Nella prassi giurisprudenziale, la valutazione circa l'esigibilità in concreto del comportamento richiesto viene spesso compressa, nell'ambito delle attività tecnico-professionali, dalla c.d. "colpa per assunzione": con anticipazione dell'addebito all'essersi "assunto" (appunto) un compito che non si era in grado di assolvere.

La colpa per assunzione può essere, tuttavia, esclusa in presenza di un'urgenza (o di un'emergenza), che può rendere scusabile l'assunzione di un *quid pluris* di rischio.

Vediamo alcune cause d'esclusione della misura soggettiva della colpa, potenzialmente rilevanti anche in relazione all'emergenza covid-19.

Si può cominciare dalla stanchezza, la quale può determinare l'inattitudine del soggetto ad uniformarsi alle regole cautelari che definiscono la colpa sul piano oggettivo.

La rilevanza di tale possibile fattore d'esclusione della colpevolezza è stata per lo più sottovalutata, con pressoché automatica regressione alla colpa per assunzione, da parte di una giurisprudenza addensatasi in "casi generici" afferenti soprattutto al settore della circolazione stradale[32].

Nel contesto sanitario, tuttavia, il fattore stanchezza può svolgere un ruolo apprezzabile, quale causa di esclusione della soggettività colposa. Per il sanitario in condizioni di stanchezza può non essere semplice optare per la rinuncia allo svolgimento dell'attività. Seguitare ad attendere alla propria oc-

[30] Sul giudizio di individualizzazione della colpa penale, v. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, 560 ss.

[31] V. G. Fiandaca-E. Musco, *op. cit.*, 610 ss.

[32] Tra le tante, v. Cass., Sez. IV pen., 20 maggio 2004, Oddo, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Reato in genere*, n. 26.

cupazione in condizioni di *deficit* d'attenzione, a causa di stress, superlavoro, stanchezza, ecc., può essere imposto da un'inadeguata organizzazione della propria struttura. Laddove il sanitario possa sottrarsi a tale superlavoro al costo (non solo di possibili ripercussioni contrattuali, ma anche) di prevedibili danni alle persone, che possono conseguire alla sospensione/interruzione del proprio servizio (come in molti casi verificatisi nell'emergenza covid-19), sembra potersi ritenere che l'urgenza della prestazione richiesta escluda la colpevolezza del sanitario che commetta errori dovuti a stanchezza.

Il tema della stanchezza pare in parte connesso a quello delle carenze strutturali e organizzative, quali possibili cause d'esclusione della colpa. La giurisprudenza italiana sul tema delle carenze strutturali ed organizzative in ambito sanitario pare attestarsi sulle seguenti posizioni.

Se il paziente non è urgente, vi l'obbligo di trasferirlo in una struttura più attrezzata; pena il ricadere nella colpa per assunzione.

Se il paziente è urgente, ovvero se non è possibile trasferirlo con una tempistica compatibile con le esigenze del paziente stesso, le carenze della struttura possono costituire motivo di esonero dalla responsabilità; vi è, ad ogni modo, l'obbligo di adottare i possibili accorgimenti sostitutivi, nonché di informare il paziente circa le disfunzioni della struttura[33].

Le carenze strutturali possono comportare una distribuzione delle responsabilità (anche concorrenti, secondo il principio dell'equivalenza delle condizioni *ex* artt. 40-41 c.p.) su diversi livelli organizzativi.

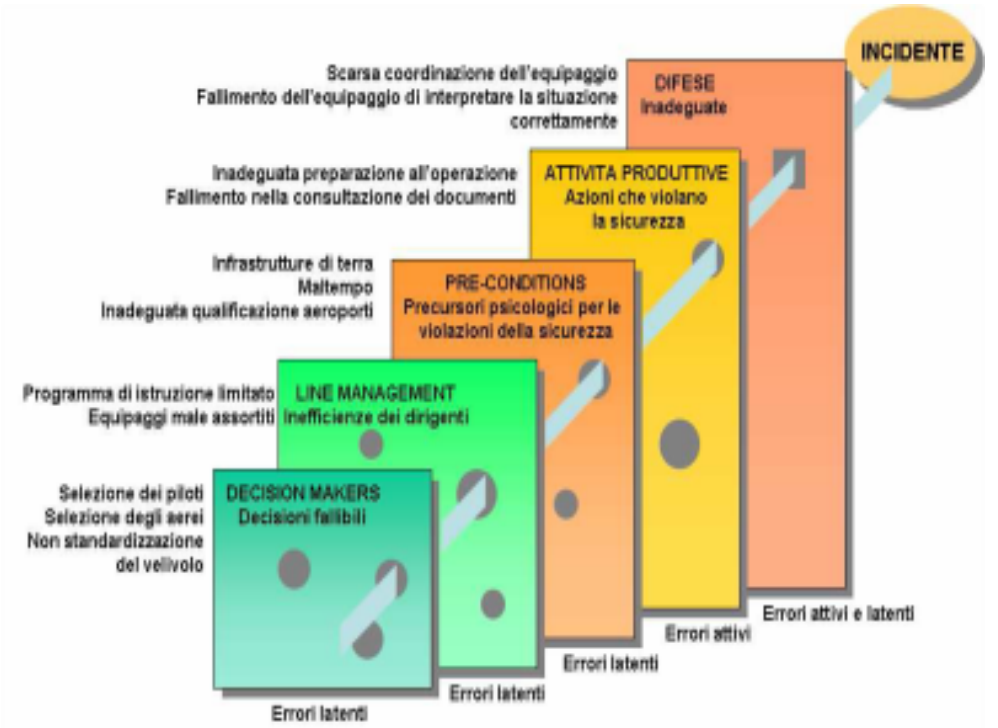
Nella "classica" raffigurazione di Reason, c.d. *swiss cheese* (lett. a "formaggio svizzero", modello esplicativo degli incidenti che ha avuto molta fortuna nelle scienze che studiano i sistemi tecnologicamente avanzati[34]: v. figura *infra*), contrariamente al senso comune che tende a prendere in considerazione, ai fini della responsabilità, quasi solo gli anelli terminali dei sistemi complessi (c.d. "errori attivi"), viene opportunamente messo in luce il frequente radicamento dell'errore negli strati superiori dell'organizzazione ("errori latenti"); per cui l'incidente costituisce spesso la risultante dell'alli-

[33] V. *ex multis* Cass., Sez. IV pen., 25 settembre 2007, n. 44765, S. e M., in *DeJure*; in dottrina, R. Bartoli, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in G. Losappio (a cura di), *Diritto e medicina: due scienze convergenti? Atti del convegno multidisciplinare medico-giuridico*, Taranto, 2019, 102 ss., ora pubblicato anche in *Discrimen*, 2019; A. Palma, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016, 191, ss.; e volendo, anche per ulteriori riferimenti alla misura soggettiva della colpa professionale, ovvero alle possibili cause di esclusione della colpevolezza, A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della* malpractice, Torino, 2012, 230 ss.

[34] V. J. Reason, *L'errore umano* (trad. it. O. Parlangeli), Roma, 2014, cap. 7, in particolare; l'immagine riportata nel corpo del testo è tratta da Asl Napoli 1 Centro, P.o. San Paolo, O.o. Chirurgia generale e d'urgenza, *La gestione del rischio clinico e la cultura della sicurezza*, reperibile all'indirizzo *www.slideplayer.it*

neamento di una serie di falle (o buchi, nella felice metafora di Reason) del sistema organizzativo complesso.

Errori attivi si innestano su errori latenti, e quando le diverse falle/buchi finiscono, anche casualmente, per coincidere, la linea dell'errore (nel grafico) riesce ad attraversare tutti i vari strati organizzativi; e in conclusione si verifica l'incidente.



La responsabilità in presenza di carenze delle strutture sanitarie può riguardare astrattamente tre differenti livelli dell'organizzazione:

[a] personale sanitario;

[b] organi di vertice dell'amministrazione sanitaria (direttore generale, direttore amministrativo, direttore sanitario per le strutture pubbliche; titolare della clinica, direttore sanitario per le strutture private)[35];

[35] Nell'ambito delle strutture sanitarie, una puntuale ricostruzione delle singole competenze e funzioni non potrà essere svolta solo sulla base dei dati provenienti dalla normativa nazionale, ma dovrà in gran parte appoggiarsi sulle disposizioni interne, inevitabilmente variabili da ospedale ad ospedale, in relazione ai possibili, differenti moduli organizzativi. Quanto alle cliniche private, all'organigramma aziendale sarà chiaramente da attribuirsi un peso (ancora) maggiore nell'articolazione delle specifiche competenze, e delle conseguenti responsabilità. Con possibile diverso atteggiarsi delle prerogative del direttore sanitario (presente anche nelle strutture private); ed un ruolo il più delle volte decisivo svolto dai titolari della clinica, i quali mantengono in linea di

[c] organi politici.

Quanto al rapporto tra i differenti livelli di responsabilità (ed in particolare tra i livelli [a] e [b] di cui sopra), laddove le prestazioni siano connotate dall'urgenza, le carenze strutturali possono portare ad escludere addebiti di colpa per il personale sanitario; e a valutare le possibili responsabilità dei soggetti titolari dei maggiori poteri di gestione (finanziaria, tecnica, amministrativa), dei soggetti titolari cioè dei poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane e strumentali[36].

Per i soggetti in posizione apicale all'interno delle amministrazioni ospedaliere pubbliche (livello [b], nello schema di cui sopra), laddove la carenza strutturale/organizzativa sia per tali soggetti nota o conoscibile, il confine della responsabilità sembra segnato, in linea di massima, dalla mancanza delle risorse economiche necessarie a far fronte alle istanze assistenziali (impossibilità c.d. finanziaria).

Istanze assistenziali rimaste inevase, dunque, in conseguenza di decisioni di spesa compiute da organi ad un più alto livello, nell'ambito di valutazioni e responsabilità tipicamente politiche.

Occorre, a questo punto, domandarsi se, ed in che termini, possano essere sindacate in sede penale scelte compiute da organi collocati ad un più alto livello politico (livello [c], nello schema di cui sopra). Si pone qui il delicato e complesso problema del rapporto tra tutela della salute e scelte politiche discrezionali.

In linea generale, gli spazi entro cui può muoversi il sindacato penale nei confronti degli organi politici (appartengano questi alla sfera nazionale o a

---

massima le scelte decisionali di fondo.

[36] V. recentemente Cass., Sez. IV pen., 19 febbraio 2019, n. 32477, N., integralmente riportata in *Foro it.*, *Arch. Cass. Pen.*: «In tema di reati colposi, il direttore sanitario di una casa di cura privata è titolare, in virtù dei poteri di gestione e organizzazione della struttura a lui spettanti, di una posizione di garanzia giuridicamente rilevante, tale da consentire di configurare una responsabilità colposa per fatto omissivo per mancata o inadeguata organizzazione (c.d. «colpa da organizzazione»), derivante dall'inottemperanza all'obbligo di adottare le cautele organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione di reati, sempre che questi non siano ascrivibili esclusivamente al medico e/o ad altri operatori della struttura (fattispecie in cui è stata riconosciuta la responsabilità del direttore sanitario di una casa di cura per il decesso di una paziente a seguito di parto gemellare, in virtù della riconosciuta carente predisposizione di scorte di sangue adeguate, mancanza di fissazione di protocolli e modalità con cui contattare ospedali pubblici o strutture più idonee in situazioni emergenziali)». Nonché Cass., Sez. IV pen., 17 gennaio 2012 (ud. 17 novembre 2011), in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1256: «Il direttore sanitario di una casa di cura è responsabile dell'omicidio colposo di una paziente avvenuto a causa dell'imperizia del personale medico che non abbia effettuato gli esami clinici necessari e trasferito la paziente in un nosocomio attrezzato qualora abbia avuto diretta conoscenza della situazione clinica, intervenendo personalmente e assicurando l'efficienza della struttura, benché questa fosse priva delle attrezzature necessarie per la cura della specifica patologia. Tali requisiti fondano un rimprovero a titolo di colpa, a nulla rilevando che la legge regionale n. 64 del 1987 vieti al direttore sanitario di svolgere compiti diagnostici e curativi».

quella regionale) paiono, giocoforza, limitati dal doversi riconoscere un'area di necessaria discrezionalità politico-amministrativa.

È pur vero che una situazione di emergenza come quella covid-19 sembra poter modificare i termini del rapporto tra tutela della salute e scelte politiche discrezionali, in senso favorevole alla tutela della salute, con contestuale riduzione dei margini della discrezionalità[37].

Le decisioni degli organi politici paiono in linea di massima sindacabili più agevolmente in sede amministrativa (o costituzionale, o di fronte alla Corte Edu[38]), che non in sede penale. Possibili responsabilità penali in capo agli organi politici sembrano da limitare a casi in cui «nella decisione sia grossolanamente alterato l'ordine dei valori-scopo per la cui ponderazione è conferito quel potere discrezionale»[39]; casi di irragionevole destinazione delle risorse; o anche di mancato trasferimento e/o mancato utilizzo di trasferimenti o somme già disponibili per soddisfare le esigenze delle amministrazioni.

Proseguendo la rassegna delle possibili cause d'esclusione della misura soggettiva della colpa, già riconosciute da parte della giurisprudenza penale, e che ben potrebbero attagliarsi alle situazioni emergenziali (come quella relativa al covid-19), si può prendere in considerazione il fattore concitazione. Se la concitazione (e agitazione) deriva da cause terze rispetto all'agente, la giurisprudenza tende, in linea generale, a ri-parametrare la violazione oggettiva della regola cautelare attraverso tale componente soggettiva di valutazione della colpa[40].

Altra situazione che appare rilevante nella crisi sanitaria covid-19, ed in cui può essere esclusa la misura soggettiva della colpa, è quella del sanitario che non possiede adeguate capacità per trattare il caso. La problematica è sorta più volte in passato con riferimento agli specializzandi[41].

---

[37] V. R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza*, cit., 13; Id., *La responsabilità colposa medica e organizzativa*, cit., 104 ss.

[38] Sulla responsabilità statuale per diniego di accesso alle cure, v. Corte EDU, Grande Camera, 19 dicembre 2017, Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal; in dottrina, L. Risicato, *La metamorfosi*, cit., 7 ss.

[39] Per riprendere un'efficace espressione di F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., par. 3

[40] V. recentemente Cass., Sez. IV pen., 31 maggio 2019 (ud. 9 aprile 2019), n. 24372, in *De Jure*: nelle motivazioni dell'annullamento della sentenza di condanna di secondo grado si legge: «nella sentenza in esame è mancata una adeguata declinazione anche del profilo soggettivo del rimprovero colposo ascritto agli odierni imputati, che agirono in via di fatto in cooperazione tra loro. *Le condizioni di concitazione* ed urgenza in cui si svolse l'azione di soccorso prestata al Mo. – dai medici sportivi presenti a bordo campo e dal medico del 118 sopraggiunto – *non sono state altrimenti considerate, nella prospettiva della concreta esigibilità di una diversa condotta da parte dei sanitari*» (corsivo nostro).

[41] Tra le sentenze di legittimità più recenti, v. Cass., Sez. IV pen., 4 novembre 2014, n. 49707, I, integralmente riportata in *Foro it.*, *Arch. Cass. Pen.*: «In tema di colpa, la valutazione in ordine alla prevedibilità dell'evento va compiuta avendo riguardo anche alla concreta capacità dell'agente di uniformarsi alla regola cautelare in ragione delle sue specifiche qualità personali, in relazione alle quali va individuata la specifica classe di agente modello di riferimento (in applicazione del prin-

In relazione a questa situazione-tipo, il sanitario sembra poter essere scusato in due ipotesi:

1. è intervenuto in condizioni di urgenza (o di emergenza);
2. era impossibile per lui avvedersi della propria inadeguatezza.

Un'ultima causa d'esclusione della misura soggettiva della colpa, potenzialmente rilevante nell'emergenza covid-19, pare quella dell'errore sulle regole cautelari. L'errore/ignoranza delle regole cautelari può essere scusabile-inevitabile laddove la conoscenza delle regole cautelari stesse sia estremamente difficile, o impossibile. È questo il caso di regole cautelari nuove, di recente introduzione e dalle caratteristiche marcatamente diverse rispetto allo *statu quo ante* del settore professionale o della disciplina: pare doversi concedere, in tale ipotesi, un adeguato intervallo temporale per la piena adesione dei soggetti alle nuove indicazioni.

Altro errore rilevante sembra quello dovuto ad indicazioni fuorvianti dell'amministrazione: laddove per l'operatore non sia semplice avvedersi dell'erroneità dell'indicazione, la colpa di quest'ultimo soggetto sembra poter essere esclusa.

cipio la suprema corte ha censurato la sentenza di condanna dell'imputato per omicidio colposo del paziente affidatogli, non risultando adeguatamente considerata la sua qualità di semplice specializzando in neurologia come tale non equiparabile, in sé a quella del medico specializzato)».

IL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DELLA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA E IL DIRITTO PENALE DEL NEMICO. UN POSSIBILE PARADOSSO NELLE RELAZIONI INTERNAZIONALI TRA GLI STATI*

Alì Abukar Hayo**

Sommario: 1. Premessa. – **2.** L'attrito tra la funzione di garanzia della norma penale e la pretesa "educativa" del legislatore. – **3.** Le implicazioni del principio rieducativo. – **4.** Il diritto penale del nemico. – **5.** Il nuovo nemico. – **6.** Le "grida manzoniane" rinvenibili nella nuova fattispecie di corruzione internazionale.

ABSTRACT

L'ipertrofia penalistica è alimentata per vie interne, dalle nuove funzioni sociali ed "educative" dello Stato, e anche per vie esterne, dagli obblighi di tutela penalistica assunti a livello internazionale. Si evidenzia il rapporto di tensione tra siffatta ratio *"educativa" e la* ratio *di garanzia della fattispecie penale. In particolare, si evidenzia il contrasto coi principi del diritto penale costituzionalmente orientato ed espressamente con la funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 della Costituzione. Gli argini garantistici della fattispecie rischiano di essere travolti soprattutto nel campo del c.d. diritto penale del nemico, nel quale si può annoverare la norma incriminatrice della corruzione internazionale, introdotta in ossequio al vincolo derivante dalle Convenzioni internazionali, con la legge n. 300/2000. La* ratio *"educativa" e l'ispirazione populistica sono ben visibili nella nuova formulazione della fattispecie (per effetto della legge n. 3/2019), la cui pedissequa applicazione potrebbe avere l'esito paradossale di mettere in crisi la regolarità delle relazioni internazionali dello Stato italiano.*

Criminal law hypertrophy is fed internally by the new social and "educational" functions of the State, and also externally, by the obligations afforded by criminal law protection at the international level. The tension is highlighted between this "educational" rationale and the guarantee rationale of the criminal offence. In particular, also emphasised is the contrast with the principles of constitutionally oriented criminal law and expressly with the re-educational function of punishment under Article 27 of the Constitution. The guarantee barriers relating to the offence risk being overwhelmed, especially in the field of so-called criminal law of the enemy, which can be thought to include the criminal law provision of international corruption, introduced – in relation to the requirements set out in the international Conventions – by Law 300/2000. The "educational" rationale and populist inspiration are clearly visible in the new formulation of the offence (as a result of Law 3/2019), the unquestioning application of which could have the paradoxical outcome of undermining the regularity of Italy's international relations.

---

* Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Antonio Fiorella.

** Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli studi di Roma "Unicusano".

1. Premessa.

Il legislatore penale dei tempi moderni non sembra appagarsi del ruolo di tutore della *pacifica* convivenza e cede alla tentazione di ergersi a tutore e perfino promotore della *buona* convivenza, ispirata ai principi del "politicamente corretto". L'attuale fenomeno di ipertrofia penalistica somiglia ogni giorno di più a una spirale senza fine, che trae origine, a ben vedere, dall'attribuzione allo Stato di una funzione "educativa" un tempo sconosciuta. La cultura liberale classica aborriva il monopolio statalistico dell'educazione e l'uniformità di pensiero; ne derivava un diritto penale improntato al principio di frammentarietà, ristretto alla tutela dei beni essenziali e diretto a sanzionare solo le modalità offensive particolarmente gravi; oggi il moderno "Stato sociale" si è dato nuovi compiti promozionali, in funzione della "giustizia" redistributiva, e addirittura si è onerato dell'orientamento della coscienza sociale dei *cives*. Ne deriva che le manifestazioni di "antisocialità", ritenute degne di repressione, sono enormemente aumentate e al contempo lo Stato, che si è dato il compito di accompagnare i cittadini "dalla culla alla tomba", estende la sua tutela in tutti gli anfratti della convivenza sociale. E come il vuoto di *tutela sociale* è considerato un terrificante pericolo, allo stesso modo il vuoto di *tutela penale* dei beni giuridici, un tempo considerato espressione necessaria della frammentarietà penalistica e complemento inevitabile del primato della tutela civilistica, oggi è divenuto il suo contrario, ossia un "male" evitabile, cui è assolutamente necessario porre rimedio. Sicché, il moderno legislatore penale è sempre più affaticato dal rovello di colmare vecchi e nuovi "vuoti", poiché il *totem* della pienezza di tutela sociale delle persone ha generato il nuovo idolo della pienezza di tutela penalistica dei beni giuridici.

Questo fenomeno non riguarda solo l'ordinamento italiano, essendo osservabile, in misura e grado diversi, su scala internazionale. E mentre l'area del diritto penale si allarga per vie interne, in relazione ai nuovi uffici "sociali" ed "educativi" dello Stato nazionale, si allarga anche per vie esterne, in relazione a nuovi doveri di incriminazione derivanti da accordi internazionali. Nel presente lavoro si farà cenno, per esempio, alle Convenzioni internazionali che hanno vincolato gli Stati Parte a tipizzare nell'ordinamento interno la nuova fattispecie di corruzione internazionale e si vedrà come l'interpretazione italiana del vincolo abbia prodotto una norma incriminatrice ispirata alla logica "educativa" con esiti paradossali, potenzialmente controproducenti rispetto agli stessi impegni internazionali, assunti sottoscrivendo le Convenzioni. Si ricorre a tale esemplificazione, perché in altri casi la *ratio* "educativa" coesiste con quella di tutela "sociale", mentre, nel caso di specie, è completamente assorbente e, potremmo dire, "pura", in quanto afferente *in toto* al programma politico-criminale di quella nuova branca del diritto penale del nemico, individuato nel "corrotto". L'esemplificazione ci pare opportuna, a condizione che siano chiare le linee generali della questione: il caso che prendiamo in considerazione è per l'appunto "esemplificativo", come tale riconducibile a un orientamento di fondo, che, a nostro avviso, entra in con-

trasto con i principi del diritto penale costituzionalmente orientato e tende a travolgere gli argini garantistici dello Stato di diritto. Sicché riteniamo che sia necessario inquadrare il caso di specie nell'ambito di un generale rapporto di tensione tra la *ratio garantistica* e la *ratio "educativa"* della norma penale.

2. L'attrito tra la funzione di garanzia della norma penale e la pretesa "educativa" del legislatore.

Come accennato, il diritto penale dei tempi moderni ha una tendenza espansiva che sembra irrefrenabile. Il moderno Legislatore penale da "precettore" è divenuto anche "educatore"; e da buon "educatore" non rifugge dal ricorrere a messaggi "suggestivi" diretti all'opinione pubblica, non appagandosi di tutelare i beni essenziali della convivenza col semplice divieto delle condotte offensive. Si allarga dunque, in maniera preoccupante, il campo del diritto penale con connotazioni simbolico-espressive. Nei limiti del presente lavoro, proviamo innanzitutto a rinvenire le basi culturali di siffatta deriva "populistica" ed evidenziarne alcuni aspetti.

Il vero argine culturale, che può impedire la tracimazione del diritto penale in ambiti che non gli sono propri, ci sembra la "riscoperta" della funzione di garanzia della fattispecie penale e della sua incompatibilità logica con la funzione "educativa". All'uopo è necessaria qualche precisazione preliminare.

L'idea che il legislatore regoli, in regime di monopolio, i comportamenti umani non aiuta la comprensione della fenomenologia giuridica e finisce col mettere in secondo piano l'essenziale funzione di garanzia della fattispecie penale[1]. In verità, i comportamenti umani si uniformano intorno ad un modello condiviso sia per l'intervento diretto dell'autorità politica (*jus positum*), sia per l'evoluzione delle costumanze sociali, del sapere scientifico e tecnologico, nonché per l'interazione di fonti normative extralegislative[2]. I fattori che rendono obbligatori i comportamenti umani sono molteplici e l'idea che il legislatore possa precettarli in posizione monopolistica – e sia pure solo nello specifico campo penalistico – ci pare ingenua e riduttiva. Per di più, se il legislatore è ritenuto il precettore monopolistico dei comportamenti umani risulta consequenziale ritenere che la funzione primaria della fattispecie penale risieda nel "comando" e quella secondaria nella "garanzia".

In quest'ottica, riesce poco comprensibile la dinamica del principio di legalità: il rigore logico imporrebbe di immobilizzare il precetto, che regola i comportamenti umani, nel tipo di legge; mentre l'evoluzione inarrestabile dei comportamenti umani obbligatori rende impossibile siffatta immobilità.

---

[1] Per una disamina sulla funzione di garanzia della norma penale, v. per tutti L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2009; Id., *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 129 ss. A. Abukar Hayo, *I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini culturali e normativi al potere coercitivo dello stato nella teoria del reato*, Napoli, 2019, 301 ss.

[2] Cfr. M. Gallo, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale,* Torino, 2017.

Ne risulta, a nostro avviso, una certa confusione delle lingue, perché il paradigma precettivo sembra sottendere l'immobilità degli obblighi di condotta, dedotti nel "precetto" immobilizzato nella formula linguistica della legge; sicché, nell'ipotizzare un'immobilità impossibile, rischia di giustificare surrettiziamente ogni possibile eccezione.

Se, al contrario, si valorizza il connubio fra precetto e sanzione, il tipo legislativo non può che essere ravvisato, in primo luogo, come perimetro dei fatti punibili. Il suddetto connubio, infatti, postula al contempo, per necessità logica, la primaria e preminente funzione garantistica della fattispecie, essendo l'una e l'altro due facce della stessa medaglia. Descrivere fatti meritevoli di pena significa circoscrivere e tipicizzare l'area della punibilità, a "garanzia" della non punibilità dei fatti atipici, giacché il limite di punibilità segna – ovviamente – anche l'area della non punibilità. In questa logica, la funzione di garanzia della fattispecie penale assume il rango primario, proprio perché la norma penale non ambisce tanto a descrivere i comportamenti obbligatori, quanto a descrivere i fatti meritevoli di pena.

In altra sede, abbiamo espresso l'avviso che il paradigma della norma penale, diretta a descrivere fatti che violano regole extrapenali, piuttosto che a dettare nuove regole comportamentali, sia il più conforme ai principi liberali e coerente con i dettami del diritto penale costituzionalmente orientato[3]. In quest'ottica, risultano destituite di fondamento giustificativo tutte le pretese di "promozione sociale" affidate alla norma penale, funzionalmente diretta, invece, secondo il paradigma garantistico, a recingere i limiti del potere coercitivo dello Stato. Sicché, l'idea che il legislatore penale debba "educare" il popolo con norme-manifesto, o debba "promuovere" opportune forme di "socializzazione", è la più lontana possibile dalla concezione della norma penale in funzione garantistica e costituzionalmente orientata. Fatta questa breve premessa, proviamo, in questa sede, a trarre alcune conclusioni certamente opinabili, ma non gratuite, perché legate a una lettura non superficiale dei principi ispiratori della nostra Costituzione.

3. Le implicazioni del principio rieducativo.

Assumere la funzione di garanzia della fattispecie penale a principio fondante, che trova espressione nell'articolato sistema delle guarentigie costituzionali riguardanti la "materia" penale, non significa negare che la norma penale "di riflesso" sortisca un effetto di orientamento culturale e deterrenza della devianza comportamentale; si nega solo che lo strumento penale debba avere questo fine precipuo in un ordinamento fondato sulla libertà della persona. Si possono proporre due argomenti a sostegno di questa lettura della funzionalità politica della norma penale.

[3] A. Abukar Hayo, *I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini culturali e normativi al potere coercitivo dello stato nella teoria del reato*, cit., 301 ss.

Il primo argomento si può desumere dai principi costituzionali in materia di funzione politico-criminale della sanzione penale. La pena, per espressa previsione dell'art. 27 Cost., deve tendere alla "rieducazione" del condannato e ciò sembra escludere una sottostante, primaria funzione "educativa"[4]. Il diritto penale, nella sistematica costituzionale, interviene nella fase "patologica" dei rapporti sociali, giacché tende a "ripristinare" un nesso "fiduciario" interrotto tra il reo e il consorzio sociale. Se vogliamo ricorrere a un'immagine banale, possiamo pensare al medico chiamato al capezzale dell'ammalato. Come la terapia medica presuppone la patologia, così la pena tende a "rieducare ", proprio perché entra in gioco solo nella dimensione "patologica" dei rapporti sociali. Al contrario, nella dimensione fisiologica, la pena non ha ragion d'essere e la Costituzione, proprio per questo, ne codifica la funzione politico-criminale solo in quell'angolo dei rapporti di convivenza, in cui si palesa la necessità di un intervento "extra-ordinario".

Si può osservare inoltre che l'idea della funzione educativa del Legislatore di per sé entra in rapporto di tensione con la concezione laica[5] e liberale dell'ordinamento giuridico, la quale rifugge dai paradigmi dello Stato etico, sicché risulta accettabile in limiti molto ristretti e al di fuori dei rapporti di coercizione. Nel campo del diritto penale, la tensione muta dunque in palese incompatibilità: l'educazione coercitiva di Stato, affidata alla comminatoria di pena, contraddice i fondamenti stessi dello Stato di diritto, laico e liberale; contraddice poi, massimamente, il principio di frammentarietà, caposaldo della cultura penalistica condivisa. Se, infatti, la tutela penalistica dei beni giuridici non riguarda la totalità delle possibili aggressioni e dunque il diritto penale non tende, per sua natura, a disciplinare la "totalità" dei comportamenti che possano insidiare i beni tutelati, è chiaro che la norma penale non ha il fine precipuo di "educare", giacché, se così fosse, *ab initio* l'"educatore" si sarebbe autolimitato, avendo di mira un'educazione parziale e frammen-

[4] In generale sulla funzione rieducativa della pena cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 21 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, XVI ed., integrata ed Aggiornata a cura di L. Conti, Milano, 2003, 679 ss.; G. Fiadaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 15 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 47 ss.; T. Padovani, *Diritto Penale*, Milano, 2017, 360 ss.; G. Costanzo, *Principio di legalità, azione penale e trasformazioni dello stato di diritto*, Milano, 2018, 1 ss.; A. Manna, *Corso di diritto penale*, Milano, 2020, 567 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020,19 ss.; C.F. Grosso-M. Pelissero – D. Petrini-P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 635 ss.; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2021, 29 ss.; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, Torino, 2021, 49 ss.

[5] A. Manna, *Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, 222, critica le norme che sembrano "meno attagliarsi ad un moderno Stato sociale di diritto, ma piuttosto evocare forme proprie di uno Stato confessionale". Nelle osservazioni critiche dell'Autore, non può non leggersi la preoccupazione che il diritto penale simbolico possa stravolgere il volto laico dello Stato.

taria. Mentre la pena frammentaria ha senso, l'educazione a frammenti non è sensata, almeno come finalità dell'educatore.

Ciò premesso, risulta evidente che la funzione di garanzia della fattispecie penale, eletta a principio fondante e canone interpretativo basilare dell'ordine penale, mal si concilia con il moderno gigantismo giuspenalistico, alimentato dalla frenesia di un incauto legislatore, pronto a rincorrere le molteplici "emergenze" quotidiane, ammonendo ed "educando" il mansueto popolo degli ignari[6]. Il moderno fenomeno che fa tracimare il diritto penale in ogni ambito dei rapporti sociali e lo allontana progressivamente dal modello liberale dell'*extrema ratio*, nasce in quell'*humus* concettuale che pospone la funzione di garanzia della fattispecie penale alla funzione di orientamento culturale, portata fino alle estreme conseguenze simbolistiche. Il diritto penale acquista veste e finalità simboliche, proprio perché si ritiene di affidargli compiti "educativi" che non dovrebbero competergli, mentre lo Stato assume una nuova veste eticizzante, giustificata da intenti "iperprotettivi".

Di questo diritto penale simbolico si hanno diverse declinazioni e accezioni, tutte comunque riconducibili alla comune radice genetica, ravvisabile nello smarrimento della bussola principale, costituita dalla preminente funzione di garanzia della fattispecie penale.

In un primo schema classificatorio, si potrebbe adottare un punto di vista, per dir così, "quantitativo", ossia relativo al *quantum* di visibilità del simbolismo; sotto questo profilo si potrebbero distinguere quattro classi di norme penali simboliche: in senso strettissimo e in senso stretto; in senso lato e latissimo[7]. Alla prima categoria si possono ricondurre le norme che incriminano "l'impiego di segni distintivi (simboli) riferibili a organizzazioni incostituzionali"[8]; qui la carica simbolica della norma incriminatrice è molto evidente, giacché l'oggetto incriminato è esso stesso un segno distintivo, che simboleggia il fenomeno da contrastare. Si considerano simboliche in *senso stretto*, quelle norme nelle quali la dimensione simbolica costituisce l'obiettivo intenzionale e immediato, storicamente e attualmente perseguito; simboliche in *senso lato*, quelle che tutelano beni giuridici reali e visibili e tuttavia producono effetti simbolico-negativi collaterali, comunque non irrilevanti; in *senso latissimo*, quelle norme nelle quali l'oggetto giuridico è certamente costituito da un bene concreto, ma è ravvisabile comunque un simbolismo

[6] Il diritto penale, pletorico e simbolico, ha le sue radici nella smania del legislatore di assecondare le spinte popolari emotive, amplificate dai mass-media; si è parlato in questo senso di diritto penale populistico; v. D. Brunelli, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, 258 ss.

[7] Il criterio "quantitativo" è il nucleo, intorno al quale ruotano le varie classificazioni del simbolismo penale in P. Noll, *Ideologie und Gesetzgebung*, in W. Maihofer, *Ideologie und Recht*, Frankfurt am Main, 1969, 69 ss. La quadripartizione proposta si ispira alla tripartizione adottata da F. Palazzo, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, in *Quad. cost.*, 2010, 440.

[8] Al riguardo F.C. Schroeder, *Symbolisches Trafrecht – symbolische Straftaten*, in F. Herzog, U. Neuman, *Festschrift fur Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 619-620.

indiretto, di quell'*animal symbolicum* che è l'uomo[9]. Diciamo subito che l'ultima classe non possiede tratti distintivi molto precisi, sicché la sua inclusione nel *genus* del diritto penale simbolico potrebbe essere fuorviante, ai nostri fini, perché nella "confusione delle lingue" perde nitore quel comune denominatore, che si origina, a nostro avviso, dall'obliterazione della funzione di garanzia della fattispecie penale. D'altronde, la prima classe individuata (delle norme simboliche in senso strettissimo) costituisce una sorta di *numerus clausus*, particolarmente rigida, in quanto vincolata a un oggetto specifico; ne consegue che le riflessioni più interessanti possono farsi intorno alle due classi di mezzo, la cui estensione è mobile, secondo l'opinabile discernimento dell'interprete.

Ciò premesso, sembra preferibile adottare una classificazione, nella quale sia commisurato, piuttosto che il *quantum* di astrattezza simbolica, neutra e avalutativa, il *quantum* di compatibilità tra la teleologia "educativa" della norma e il valore liberale-costituzionale della tutela dei beni giuridici reali.

Sotto questo profilo, è interessante la classificazione proposta nel quadro di una ricerca scientifica ad ampio raggio, non strettamente vincolata all'ambito penalistico. Si distingue tra la legislazione che si immedesima ed esaurisce *nello* stesso messaggio simbolico, di cui si ravvisano esempi nell'autonoma incriminazione dell'incendio boschivo e nelle misure sanzionatorie in materia di stupefacenti, la legislazione che disciplina determinati rapporti sociali *mediante* il simbolo, finalizzata a risolvere "problemi" e soddisfare "esigenze particolarmente avvertite nel bacino sociale di riferimento", di cui si ravvisano esempi in materia di sicurezza stradale e immigrazione, e infine la legislazione *meta-simbolica* o "evocativa" la quale tende a "sviluppare una teoretica del bene e del male, in grado [...] di interiorizzare nei destinatari il sistema assiologico fondante l'ordinamento"[10], di cui si ravvisano esempi nel campo della tutela dell'ordine pubblico internazionale. In quest'ultima categoria risiede il fenomeno più preoccupante, poiché vi si può ravvisare il rischio che il diritto sconfini nella morale e il legislatore indulga a curare "una pedagogia vivente del bene"[11], piuttosto che tutelare beni giuridici effettivi.

Non dissimili – e ancora più espliciti – sono i rilievi critici, mossi da tanta parte della dottrina penalistica, verso la categoria delle *leggi simboliche di appello morale* (*Gesetze mit moralischen Appelcharakter*)[12]. A questa categoria si fanno afferire le fattispecie declamatorie o dirette a inculcare nella popolazione determinati stili o *standard* di vita, nelle quali il bene giuridico ri-

---

9 M. Neves, *Symbolische Konstitutionalisierung*, 1998, 15-16.

10 E. Stradella, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'Orlando-L. Montanari, *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 220; Id., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e 'prassi'*, Torino, 2008, 69.

11 E. Stradella, *op. cit.*

12 Cfr. P. Noll, *Symbolische Gesetzgebung*, 2009, 357 ss.; H. Kindermann, *Symbolische Gesetzgebung*, 2009, 230 ss.; S. Scheerer, *Atypische Moralunternehmer*, in *Kriminologisches Journal*, 1986, I supplemento, 133 ss.

sulta piegato a scopi di educazione morale e sociale. Nell'ordinamento tedesco si ravvisano divieti moralistico-simbolici nei paragrafi 167 e 168 *StGB* (che tutelano le funzioni religiose e la quiete dei defunti) nei reati di apologia o di minimizzazione di fatti violenti (§ 130 e 131 *StGB*); nell'ordinamento spagnolo un esempio di previsione simbolico-moralistica si può ravvisare nell'art. 543, che incrimina le "offese alla Spagna"[13]; nell'ordinamento italiano, questo genere di fattispecie è stato ravvisato in materia di droghe e pornografia[14].

Al *genus* del simbolismo penale vengono accostate pure le fattispecie *simboliche di situazione* (*gesetzgeberische Ersatzhandlungen*)[15], nel cui novero si riconducono le leggi di "crisi"[16], le quali puntano a risolvere le più gravi difficoltà politiche e sociali con l'inasprimento dei margini edittali, o le c.d. leggi "alibi"[17], con le quali si tende a rassicurare l'opinione pubblica (*Signale der Beruhigung*) o quelle "reattive" o "di cambiamento"[18]; tutte accomunate dall'intento del legislatore di "dimostrare" l'immediatezza e l'efficienza della risposta penale alle varie "emergenze" situazionali.

Non l'intera e variegata casistica del simbolismo penale, qui appena accennata, può essere criticata sotto il profilo garantistico a noi più caro, giacché l'oggetto di tutela in molti casi è ravvisabile nelle sembianze di un bene giuridico concretamente accertabile. Ciò che caratterizza e qualifica il simbolismo penale, alla sua radice, ci pare consistere in una pericolosa sovrapposizione del "dimostrativo" sull'"effettivo", nel senso che la *ratio legis* pare più orientata a plasmare, ovvero rassicurare, l'*opinione* del popolo, piuttosto che a difenderne *effettivamente* i beni primari. Si può perciò tentare di misurare la distanza del simbolismo penale dalla funzione di garanzia della fattispecie penale, in termini di ineffettività della norma.

---

[13] Tale esempio di norma simbolico-moralistica è proposto da J. M. Paredes Castanon, *La justificaciòn de las leyes penales*, Valencia, 2013, 343.

[14] Per tutti C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 879 ss. e 920 ss.; Id., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 110.

[15] Cfr. P. Noll, *op. cit.*, 360-362; C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, Napoli, 2011, 539; Id., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 59 ss.

[16] Sulla categoria delle *Krisengesetze* cfr. K. Amelung, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 1980, 59; H. Hill, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, 1982, 37.

[17] Sulla categoria delle *Alibigestze* cfr. L. Kunz, *Zur Symbolik des Strafrechts*, in D. Dolling, B. Gotting, B. D. Meier, T. Verrel, *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Fest.*, Berlin, New York, 2010, 362; T. Weigend, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, 75 ss.; C. Cupelli, *Il legislatore gioca col fuoco: gli incendi boschivi (art. 423*-bis *c.p.) fra emergenza e valore simbolico del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2002, 181 ss.

[18] W. Hassemer, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, 1004; R. Bloy, *Symbolik im Strafrecht*, 60; F. Mantovani, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1169.

Sotto questo profilo, può essere proposta una tripartizione, nella quale si distinguono: le leggi penali simboliche ad *ineffettività semplice*; le simboliche ad *ineffettività antinomica*; e infine quelle ad *ineffettività disnomica*[19].

Nelle prime "il carattere simbolico si riduce alla pura e semplice inadeguatezza dello strumento-pena a conseguire lo scopo di tutela", per esempio a causa della "rarefazione" del bene, particolarmente gigantesco o eccessivamente astratto. L'ordine pubblico internazionale è stato citato come esempio di bene "ideale" e "astratto"; ma si può anche pensare alla fattispecie di aggiotaggio comune, i cui estremi sono integrati dal fine "gigantesco" di "turbare il mercato interno dei valori e delle merci"; fine, peraltro, solitamente assente nel comportamento di chi fa speculazione nella sua nicchia, per il proprio profitto, non avendo cura dei modesti effetti collaterali sull'andamento dell'intero mercato.

Le seconde (ad effettività antinomica) si caratterizzano per il rapporto di contraddizione tra il bene che intendono tutelare e la minaccia di pena che finisce col dirigersi verso lo stesso oggetto tutelato; se ne rinviene un esempio nella criminalizzazione dell'aborto, poiché "volendosi tutelare la vita (del feto) si minaccia la vita (della madre)".

Le norme simboliche ad ineffettività disnomica, infine, sono quelle nelle quali risultano tipizzati "elementi antinomici paralizzanti"; si può pensare a talune incriminazioni penaleconomiche, penalambientali o in tema di stupefacenti. In quest'ultimo campo, si può rinvenire l'esempio paradigmatico nel quadro di un progetto di riforma che prevede il trattamento sanitario alternativo alla condanna. Sul punto, si osserva che solo la volontaria sottoposizione al trattamento sanitario può efficacemente risolvere il problema della tossicodipendenza e ovviamente la minaccia di pena "ostacola", se non inibisce, l'autodeterminazione della persona.

La superiore rassegna, per quanto breve e sintetica, è sufficiente comunque a farci intendere che la dimensione pletorica della vigente legislazione penale si deve, in buona misura, al fraintendimento riguardante i destinatari del "messaggio" recato dalla norma. Nella prospettiva educativa, il "messaggio" si rivolge direttamente alla comunità sociale, giacché tutti indistintamente sono chiamati ad accogliere una determinata opzione di valore o ad assumere un determinato "stile" di vita[20]. Al contrario, nella prospettiva ga-

[19] La classificazione è proposta da C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 529 ss.

[20] In fondo, a ben considerare l'ineffettività della norma simbolica, consiste sostanzialmente in una "efficacia" deviata: non è necessario, tanto che la norma sia efficace nei confronti del colpevole, quanto che lo sia, in funzione simbolico-declamatoria, nei confronti della generalità dei *cives*. Tali caratteri si riscontrano in tutte le forme di manifestazione del simbolismo penale, variamente declinato, pur mentre differisce, com'è ovvio, la misura del *vulnus* arrecato al principio liberale del diritto penale del bene giuridico; la legislazione penale *simbolico-espressiva*, *demagogico-retorica*, *paternalistico-pedagogica*, le *fattispecie-manifesto* e le *norme-simulacro* sono comunque accomunate dall'"inganno", che risiede nella scelta del legislatore di perseguire effetti epidermici e narcotici. In questo senso R. Hegenbarth, *Symbolische und instrumentelle*

rantistica, il "messaggio", proprio in quanto esplicitamente "sanzionatorio" e solo implicitamente "precettivo", si rivolge, in via diretta, solo al destinatario che aggredisce il bene tutelato, mentre il consorzio sociale, nella sua interezza, non deve uniformarsi ad alcun modello ideologico o comportamentale.

In sintesi, la funzione simbolica e la funzione di garanzia indirizzano la norma penale verso destinatari effettivi diversi. Emerge dunque, a nostro parere, la connessione tra l'obliquità del "messaggio simbolico-educativo"[21] e lo smarrimento della primaria funzione di garanzia della fattispecie penale; e, in definitiva, questa chiave di lettura ci permette di spiegare una buona parte della moderna elefantiasi penalistica.

4. Il diritto penale del nemico.

Si può opinare che la *ratio* ispiratrice, esclusiva o prevalente, del diritto penale simbolico risieda nell'intento di assecondare e blandire l'opinione pubblica o di placarne le reazioni emotive in occasione di eventi, che destano grave allarme sociale; pertanto, il diritto penale simbolico può anche rappresentarsi in termini di diritto emergenziale. In verità, l'intera gamma delle emergenze non dà vita al simbolismo e l'intera gamma del simbolismo non si giustifica con l'emergenza; tuttavia, è evidente la connessione tra l'uno (diritto penale simbolico) e l'altra (*ratio* emergenziale). Inoltre, si può osservare che le forme del diritto penale simbolico più distanti dal principio garantistico sono proprio quelle ufficialmente giustificate in nome di un'emergenza.

S'intende che, per fronteggiare l'emergenza, è necessario ricorrere a misure "eccezionali"; nasce così il diritto penale "eccezionale" che vuole debellare i nuovi nemici della *res pubblica*. Ovviamente le "eccezioni" sono destinate a durare ben più dell'emergenza, vera o presunta, e pertanto il *diritto penale del nemico*, simbolico nelle intenzioni iniziali[22], tende a diventare, ben più che un simbolo, un vero e proprio *corpus iuris*, solido e durevole, nel quale le nuove eccezioni si sovrappongono alle vecchie, che pure persistono.

FunKtionen moderner Gesetze, In *Zeitschrift fur Rechtspolitik*, 1981, 203; J.C. Müller, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, in *Kriminologisches Journal*, 1993, 86.

[21] Questa chiave di lettura ci permette di cogliere la radice "ingannatoria" del diritto penale simbolico. Nell'ambito del quale la norma incriminatrice "ama mentire sulla cerchia dei destinatari, rivolgendosi non al destinatario naturale, e cioè al potenziale autore, ma alla globalità della popolazione, per rassicurarla o, meglio, blandirla", sicché la "duplicazione di messaggi e di destinatari (reali e apparenti)" costituisce "il marchio di fabbrica del diritto penale simbolico". Così si esprime S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018, 93.

[22] S. Bonini, *op. cit.*, 166 ss., riconduce espressamente il c.d. diritto penale del nemico nel *genus* del simbolismo. M. Cancio Melia, *'Diritto penale' del nemico?*, in M. Donini, M. Papa, *Un diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 69 ss., fa riferimento, pur sempre, alla categoria del diritto penale simbolico, in senso lato, ma precisa che non si può parlare di simbolismo in senso tradizionale.

Ben s'intende altresì che il "nemico" viene identificato mediante i tratti della sua personalità criminologica, i quali lo distinguono dal criminale comune, sicché il diritto penale del nemico tende sempre a naufragare nel campo della tipologia d'autore; ossia in quel campo dove la funzione di garanzia della fattispecie penale, fondata sulla tassativa tipicità del fatto, viene sacrificata, ovviamente in nome dell'emergenza, alle esigenze della "lotta" a una determinata tipologia criminosa[23].

È bene precisare, tuttavia, che la dizione "diritto penale del nemico" non è univoca, giacché designa una congerie multiforme di paradigmi concettuali, molto controversi in dottrina, dai contorni imprecisi e poco definiti[24]. Si possono estrapolare tre differenti categorie, accomunate dal richiamo a siffatta "qualifica" del reo, la quale – è bene precisare fin da subito – è frutto di elaborazione dottrinale, giacché la sua base "positiva" è ravvisabile solo nel diritto penale di guerra e non anche nel diritto penale di pace, che ci occupa: la prima sta a indicare quel diritto penale basato essenzialmente sulla figura dell'autore del reato (terrorista, mafioso etc.), attinto da misure di sicurezza; la seconda ricomprende i casi in cui si utilizza strumentalmente il diritto penale del fatto in funzione simbolico-espressiva, in modo che gli autori di certi delitti subiscano una sorta di *deminutio capitis*; la terza accezione qualifica come nemico quel soggetto, il cui comportamento è in tal grado ostile alla società da impedirne il riconoscimento come persona[25].

Fin da subito è possibile cogliere il contrasto della prima prospettiva, vista nella sua purezza astratta, coi principi del nostro ordinamento giuridico, fondato sul diritto penale del fatto; allo stesso modo, appare chiaro di prim'acchito che la terza prospettiva stride con il principio di soggettività giuridica della persona umana; sicché prendiamo in considerazione soprattutto la seconda accezione di diritto penale del nemico, riconducibile al *genus* simbo-

[23] Per quanto concerne il rapporto fra pratica dell'eccezione, emergenza e sicurezza statale nell'ordinamento italiano, si veda U. Nazzaro, *La funzione «emergenziale» della pena tra «castigo» e «premio»: spunti di riflessione sulla recente «emergenza sicurezza»*, in *Riv. pen.*, 2009, n. 2, 227 ss.

[24] Le voci che in dottrina si sono interessate specificamente al tema sono innumerevoli, possono ricordarsi l'opera collettanea a cura di M. Donini-M. Papa, *Un diritto penale del nemico*, cit. (con contributi di K. Ambos, M. Cancio meliá, T. Hörnle, F. Muñoz Conde, C. Prittwitz, A. Aponte, D. Pastor, D. Cole, M. Dubber, V. Dinh, G. Fletcher) e quella a cura di A. Gamberini-R. Orlandi, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Milano, 2007, con contributi, oltre che dei curatori, di Autori come C. Galli, V. Ruggiero, T. Padovani, F. Muñoz conde, G. Quintero-Olivares, G. Jakobs, M. Donini, G. Fiandaca, G. Cussac, D. Pulitanò, G. Insolera, G. Losappio, A. Cavaliere, R. Kostoris, L. Salas, B. Pavisic, E. Fronza, D. Gioia. Sul punto cfr. altresì F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, 2, 667 ss.; R. 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.*, 2007, 2, 472; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico,* jus in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 10.; P. Brunetti, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Penale Diritto e Processo*, versione online, 29.05.2020.

[25] Le tre categorie sono indicate da T. Padovani, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014, 7 ss.

lico-espressivo, nel quale la *ratio* "emergenziale" e la finalità di orientamento culturale del legislatore sono più evidenti. Si riserva al reo (di determinati delitti) un trattamento sanzionatorio diversificato ed "eccezionale", sia per additarlo come "nemico del popolo", meritevole di uno stigma tendenzialmente permanente, sia per "educare" i *cives* alla conformità e "rassicurare" l'opinione pubblica sulla sollecitudine del legislatore a porre gli opportuni rimedi all'"emergenza".

Verifichiamo in primo luogo se, alla normativa di questa tipologia, possa offrire una valida base teorico-dommatica la dottrina di *Gunther Jakobs*[26], la quale invero non si palesa del tutto nuova[27]. Nella sistematica *jakobsiana*, l'ordinamento penale è suddiviso in tre filoni: il *diritto penale del cittadino*, il *diritto penale di guerra* e il *diritto penale del nemico* (*Feindstrafrecht*). Alla prima categoria afferiscono gli istituti normativi e i paradigmi culturali della tradizione liberale classica, riguardanti il reo preso in considerazione come persona, per dir così, "redimibile", "recuperabile" alla logica e alla dinamica della convivenza sociale; alla seconda categoria afferiscono gli istituti eccezionali, vigenti solo nel caso di guerra in corso, nel cui limitato arco temporale vengono sospese le garanzie del codice penale in tempo di pace; la terza e più controversa categoria contempla i fatti di reato posti in essere da un soggetto che si pone al di fuori del consorzio sociale, rifiuta i valori di civiltà che fondano la convivenza e non è disposto a intraprendere alcun percorso di "rieducazione".

In altri termini, si teorizza l'esistenza di un "nemico" in tempo di pace, in qualche modo assimilabile al nemico in tempo di guerra. Invero, riesce difficile negare che taluni atti, raccapriccianti e sanguinari, di terrorismo internazionale equivalgano a una dichiarazione di guerra contro l'intera umanità e la civile convivenza; si può pensare che la guerra tra Stati, in qualche modo lineare e manifesta, avente una sua "regolarità", sia pure tragica e crudele, sia stata oggi sostituita da una sorta di guerra asimmetrica, non già combattuta da uno Stato contro un altro, bensì da organizzazioni criminali e bande armate clandestine contro l'ordine stesso della civiltà umana. Non sarebbe scandaloso definire "nemici" dell'umanità coloro che attentano ai capisaldi della convivenza civile con efferati atti terroristici, tanto più se diretti, ciecamente e biecamente, contro inermi civili, colpiti a caso.

Tuttavia, la questione non è nominalistica e non attiene al linguaggio comune o al gergo giornalistico; si tratta di capire se, nell'ambito di un ordinamento penalistico fondato sui principi di libertà, l'"allarme" sociale, ancorché grave, possa giustificare la qualifica tecnico-giuridica di "nemico" in capo al reo di taluni delitti. A ben considerare, l'interrogativo apre la via a due distin-

[26] Le origini dell'espressione "diritto penale del nemico" si riportano allo scritto di G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in ZStW 97, 1985, 753 ss.

[27] T. Padovani, op. cit., 11-12, osserva opportunamente che "le prospettive di *Jakobs* rappresentano una riedizione, piuttosto inquietante, di quelle elaborate nella Germania degli anni trenta"; "*Shaffstein* e *Dahm* teorizzavano le stesse cose in forma diversa".

te questioni: una dommatica, se la distinzione tra il cittadino (*civis*) e il nemico (*non-civis*) abbia un qualche fondamento nel vigente ordinamento dei principi e delle norme giuridiche; l'altra di politica criminale, se sia opportuno pagare un "prezzo" ai diritti di libertà individuale in vista di un particolare profilo della "sicurezza" sociale.

Sul piano dommatico, il costrutto teorico di *Jakobs* appare confuso e molto fragile[28].

La confusione è dovuta al fatto che manca alla nozione di "nemico" la necessaria chiarezza identitaria, poiché vi sono ricomprese le più variegate figure di soggetti ritenuti ostili al consorzio sociale, senza riferimento preciso alla tipologia di "guerra" da loro combattuta. Invero, nel diritto internazionale, il "nemico" è riconoscibile in funzione di una guerra tra Stati o di un conflitto interno, combattuto da una fazione armata per il controllo totale o parziale del territorio dello Stato (insurrezione armata). Laddove mancano i requisiti della guerra, i quali peraltro giustificano il vigore del codice penale in tempo di guerra, il "nemico" non è riconoscibile in base a parametri certi e dunque i contorni della sua figura rimangono comunque nebulosi, tali da non poter identificare una categoria concettuale scientificamente fondata[29]. Si può osservare poi che l'antinomia logica, del tipo A/non-A, sussiste non già nella coppia *cittadino/nemico*, bensì nella coppia *amico/nemico*; ma un diritto penale dell'amico, contrapposto al diritto penale del nemico, non ha alcuna ragion d'essere, poiché il diritto penale giammai può considerarsi "amichevole"[30].

Si giunge, invero, alla contrapposizione, impropria dal punto di vista logico, cittadino/nemico, per le vie traverse segnate dal riconoscimento della qualifica di persona in capo al primo e dal disconoscimento in capo al secondo. Il cittadino è una persona, titolare di diritti e di doveri, in quanto appartenente alla comunità umana che riconosce e tutela quei diritti; il nemico invece è nient'altro che un "individuo", cui non è riconosciuta la titolarità dei diritti a cagione della sua ostilità, e perciò estraneità, alla comunità umana che quei diritti riconosce e tutela. Si vede bene dunque che la contrapposizione *cittadino/nemico*, alla fine dei conti, si configura come contrapposizione *individuo/persona*, laddove la persona è il *civis*, mentre l'individuo è una non-persona ovvero *non-civis*.

Si tratta di una contrapposizione molto più radicale di quella *cittadino/straniero*, rilevante per esempio nel campo del diritto amministrativo. In

---

[28] A. Pagliaro, *'Diritto penale del nemico': una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2460, parla di *scarsa coerenza logica* delle enunciazioni formulate da *Jakobs*. In questo stesso senso, D. Pulitanò, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, in A. Gamberini-R. Orlandi, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Milano, 2007, 238 ss.

[29] In questo senso F. Munoz Conde, *Der Kampf gegen dem Terrorismus und das Feindstrafrecht*, in *In dubio pro libertate* (*Festschrift fur Klaus Volk*), München, 2009, 495 ss.

[30] A. Pagliaro, *op. cit.*, 2461 ss.; G. Losappio, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Delitto politico* cit., 258 ss.

quest'ambito, la posizione del cittadino può essere differenziata rispetto al non-cittadino (per quanto riguarda, ad esempio, l'elettorato attivo e passivo); ma si tratta di aspetti specifici e circoscritti della capacità d'agire; mentre, giammai può essere negata la personalità giuridica *tout court* a qualsiasi uomo, ancorché straniero. La condizione di uomo di per sé, senza alcuna appendice o ulteriore specificazione, conferisce la generale titolarità dei diritti e, primariamente, dei diritti della persona a fronte del potere coercitivo dello Stato[31]. In sintesi, la dogmatica del diritto penale del nemico, oltre che confusa, si rivela inconsistente, perché suppone il nemico come non-persona; il che equivale a supporlo come non-uomo, in contrasto con i principi fondanti della nostra millenaria civiltà giuridica[32].

Non meno inconsistente si rivela una seconda antinomia, riguardante la funzionalità politica della norma penale, nella quale ha sbocco la contrapposizione tra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico. Il primo, nella sistematica di *Jakobs*, è caratterizzato da una pena, che sanziona il fatto, in relazione al passato e tende a ripristinare lo *status quo ante* secondo la logica "retributiva"; invece, il diritto penale del nemico, guarda al futuro, perché tende a preservare la società dai possibili futuri reati del "nemico". Ebbene, quest'antinomia funzionale della sanzione penale, volta al passato oppure al futuro, secondo che il reo sia cittadino o nemico, non pare faccia i conti con l'indissolubile plurifunzionalità della pena, per un verso volta a "retribuire" il passato, ma per l'altro, volta alla prevenzione generale e speciale[33]. Si può dunque concludere che il costrutto teorico-dommatico del diritto penale del nemico si rivela molto fragile.

In ragione dell'insufficiente coerenza logico-dommatica della teoria *jakbosiana*, pare opportuno restringere l'angolo di visuale alle sole questioni di politica criminale[34], riassumibili nella domanda di fondo: se l'emergenza possa giustificare e fino a che punto – eventualmente – possa giustificare un diritto penale "eccezionale", in rapporto di tensione coi principi basilari del

[31] Sia consentito rinviare al nostro precedente lavoro, nel quale si evidenzia che la persona umana, capace d'intendere e di volere, è dotata di per sé della soggettività in campo penalistico ovvero della c.d. *capacità penale*; cfr. A. Abukar Hayo, *Lineamenti generali della pretesa punitiva*, Torino, 2010. Nelle altre branche dell'ordinamento, sono ammissibili gradazioni della capacità giuridica, tuttavia vige pur sempre il principio secondo cui "unica condizione per essere subbietto di diritti è quella di essere uomo"; R. De Ruggiero-F. Maroi, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1950, 167; T. Padovani, *op. cit.*

[32] T. Padovani, *op. cit.*, L'Autore osserva che la teoria di *Jakobs* "mette in crisi o pretende di mettere in crisi uno dei postulati su cui si reggono le società liberali democratiche, cioè che uomo, individuo o persona sono la stessa cosa, non esiste la possibilità di separarli".

[33] A. Pagliaro, *op. cit.*, 2462, osserva che "la funzione del diritto penale è *sempre* (almeno doppia): contraddizione e insieme rimozione di un pericolo"; "il diritto penale guarda al passato ma, al tempo stesso, guarda sempre all'avvenire. Ogni norma penale ha questo duplice modo di operare. Non si può stare a distinguere se il destinatario ne sia il 'cittadino' o il 'nemico'".

[34] Dello stesso avviso A. Pagliaro, *op. cit.*, 2461. L'Autore osserva che, "forse proprio a causa della sua inconsistenza scientifica, tale dottrina ha avuto notevoli riflessi sul dibattito in tema di politica criminale", pertanto "non è inopportuno provare a studiarla sotto questo profilo".

diritto penale costituzionalmente orientato (legalità, colpevolezza e finalità rieducativa della pena)[35]. È innegabile che le esigenze di difesa sociale, nei confronti della criminalità organizzata più pericolosa e aggressiva, impongano il ricorso a misure repressive e preventive, efficacemente dissuasive; incontrano, tuttavia, sempre e comunque il limite delle garanzie recate dalla fattispecie penale, nel quadro dei principi costituzionali. La tensione col principio di legalità si acuisce quando la misura, magari formalmente amministrativa, ma sostanzialmente punitiva, finisce col gravare sul "sospetto", piuttosto che sul "reo". La tensione col principio di colpevolezza si acuisce quando si anticipa la tutela penalistica fino al punto da incriminare gli atti preliminari, privi di offensività. S'intende che la teorica del diritto penale del nemico offre, appunto, la base giustificativa per acuire il rapporto di tensione fino al superamento del punto limite, segnato dal rispetto dei menzionati principi di legalità e colpevolezza[36].

Ciò vale anche per il principio della finalità rieducativa della pena, il cui attrito coi dogmi del diritto penale del nemico è stato fin qui meno evidenziato in dottrina. Tale costruzione teorica suppone un soggetto (nemico) "irremovibile" e "irrecuperabile", che rifiuta radicalmente le condizioni della pacifica convivenza, implicanti il riconoscimento della sovranità dello Stato, ed è assolutamente refrattario alle finalità di emenda e di rieducazione, proprie della pena. Questa supposizione ci pare infondata, perché non fa i conti con la reversibilità e "volatilità" dei convincimenti e delle intenzioni degli uomini. Anche il più incallito dei delinquenti può mutare i suoi programmi di vita e rieducarsi ai valori di civiltà, che costituiscono il fondamento etico-giuridico della comunità sociale; invece, la rappresentazione del reo come nemico dello Stato e della convivenza civile lo "immobilizza" e "cristallizza" in una tipologia d'autore, predefinita e marchiata indelebilmente. Appare evidente la frizione, se non l'aperto contrasto, con il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena, che non ammette eccezioni per alcuna tipologia di fatto di reato e, a maggior ragione, per tipologia d'autore.

5. Il nuovo nemico.

Orbene, ci pare che proprio questo profilo del rapporto di tensione tra la politica criminale, volta alla lotta contro il "nemico", e la logica garantistica del diritto penale costituzionalmente orientato, sia quello più rilevante nei tempi odierni. Si può fare l'esempio della nuova legislazione di lotta contro l'ennesima "emergenza", rappresentata dalla corruzione. Il Parlamento, in tempi recenti, ha approvato la legge n.3 del 9 gennaio 2019, denominata

[35] Di palese contrasto coi principi costituzionali parla G. Insolera, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Delitto politico*, cit., 248, il quale osserva che "il diritto penale del nemico non è un altro diritto penale, è altro dal diritto penale".

[36] In questo senso, F. Zumpani, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2010, 10, 525 ss.

"spazzacorrotti"[37], nell'immaginifico linguaggio della politica e del giornalismo cartaceo e televisivo. La denominazione tradisce chiaramente il messaggio rassicurante e "narcotizzante" affidato dal legislatore-provvidenza a quest'ultima esemplare espressione del simbolismo penale[38], eletto a criterio guida delle scelte di politica criminale, in attesa di un nuovo caso di "emergenza" nazionale, che richieda ovviamente un'ulteriore modifica della legislazione vigente.

I tratti del simbolismo penale emergono con molta evidenza nella fisionomia del "corrotto", divenuta di fatto una categoria d'autore. Per costui vige ora una legislazione "speciale", diversa da quella riguardante tutti gli altri *cives*; lo *status* penalistico differenziale elegge il "corrotto" a categoria criminologica a sé stante, introducendo pericolosi "strappi" nel tessuto dell'ordinamento penale liberale-classico, chiaramente ispirati alla logica della colpa d'autore. Ravvisiamo tale logica non solo e non tanto nella particolare severità sanzionatoria, ma anche e soprattutto nelle "eccezionali" modalità esecutive della sanzione, le quali vanno a configurare un percorso "rieducativo" del tutto speciale.

Ci limitiamo a segnalare i più significativi tratti di legislazione simbolico-espressiva, ispirata alla logica della lotta contro il "nemico". I limiti edittali delle pene previste per i fatti di corruzione sono stati innalzati in misura rilevante, tanto da compromettere la proporzione con le pene previste per i reati similari. In base a un giudizio di disvalore enfatizzato a dismisura, sull'onda emozionale dell'ennesima "emergenza" nazionale, la corruzione risulta *a priori* "più grave" di altri delitti meno ricorrenti nelle cronache giornalistiche, a

[37] Tra i primi commenti, prevalentemente di segno critico e concernenti il d.d.l. genetico, presentato alla Camera dei Deputati il 24 settembre 2019, cfr. A. Manna-A. Gaito, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. pen.* 2018, n. 3, 2; N. Pisani, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss. R. Cantone, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 10, 1 ss.; G. Flora-A. Marandola, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. «spazzacorrotti»)*, Pisa, 2019; M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 44 ss.; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Milano, 2019. Sui profili processuali, per tutti, A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, ivi, 1 ss.; T. Padovani, *La spazzacorrotti. La riforma delle illusioni e le illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3/2018. L'insigne Autore, fin dagli albori della novella, ne evidenziò la radice "illusoria" e fors'anche "ingannatoria", annoverandola nella categoria sempre più nutrita del *diritto penale simbolico-espressivo*. Questa tipologia di legislazione, sorretta da intenti populistici, appare caratterizzata dal fatto che la norma incriminatrice "ama mentire sulla cerchia dei destinatari, rivolgendosi non al destinatario naturale, e cioè al potenziale autore, ma alla globalità della popolazione, per rassicurarla o, meglio, blandirla", di guisa che la "duplicazione di messaggi e di destinatari (reali e apparenti)" costituisce "il marchio di fabbrica del diritto penale simbolico". Così si esprime S. Bonini, *op. cit.* 93.

[38] T. Padovani, *La spazzacorrotti. La riforma delle illusioni e le illusioni della riforma*, cit., 1 ss. mette in evidenza, in primo luogo, l'inconsistenza del fondamento fattuale della nuova "emergenza".

prescindere dal "danno sociale" effettivamente apportato[39]. Si compromette così la giustizia retributiva, fondata sulla proporzione, sulla misura e sul discernimento.

È stata introdotta, poi, la figura dell'"agente provocatore", con licenza di istigare e determinare il pubblico ufficiale a commettere fatti di corruzione[40]. La Repubblica confida così nel provocatore-delatore, cui è garantita l'impunità, per punire "in maniera esemplare" il colpevole. In questa rinuncia a condannare uno dei protagonisti del *pactum sceleris* ci pare di cogliere, innanzitutto, una "confessione d'impotenza" dello Stato, incapace di punire tutti i responsabili di fatti illeciti, meritevoli di sanzione[41]. Si osserva, in secondo luogo, che, grazie all'introduzione del nuovo istituto dell'agente provocatore, si introiettano e istituzionalizzano "metodi" polizieschi "similsovietici" nel contesto di un ordinamento giuridico, dalle coordinate liberali-classiche. Tali metodologie "eccezionali" sono state "tollerate" per contrastare la criminalità organizzata più determinata e pericolosa; non pare saggio estendere l'"eccezione" in un campo così vasto, che riguarda la vita quotidiana del cit-

[39] Per una panoramica sul delitto di corruzione v. fra i molti C. Benussi, *I Delitti contro la pubblica amministrazione*, in G. Marinucci-E. Dolcini, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, Milano, 2016, 412 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Vol. 1, Bologna, 2012, 325 ss.; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit.; P. Pisa, *Giurisprudenza commentata di diritto penale – Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, Milano, 2020, 261 ss.; R. Bartoli-M. Pelissero-S. Seminara, *Diritto Penale, Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 480 ss.

[40] Teoricamente l'agente sotto copertura dovrebbe astenersi dal "provocare" la commissione del reato, ma nella pratica non sempre è facilmente distinguibile l'*infiltrato* dal *provocatore*. La linea di distinzione può risultare offuscata, perfino in relazione ai fatti di criminalità organizzata, per i quali tali strumenti investigativi sono in qualche modo collaudati; risulta assolutamente nebulosa, in relazione ai fatti di corruzione, i quali presuppongono un *pactum sceleris*, i protagonisti del quale possono essere indifferentemente istigati e istigatori. Sul punto Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.* (web), 2018, 3. La Corte EDU ammette la figura dell'istigatore (Corte EDU 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia e Germania*; 4 luglio 2017, *Matanovic c. Croazia*), ma non quella del provocatore (Corte EDU 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*; grande camera, 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*; 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*; 1° luglio 2008, *Malininas c. Lituania*). Non è difficile dunque ipotizzare che l'Italia possa andare incontro all'ennesima censura della Corte, per il fatto che la legge c.d. spazzacorrotti legittima, in ultima analisi, la "provocazione" del *pactum sceleris*. A questa conclusione si deve infatti pervenire, in ragione del fatto che l'agente sotto copertura non può assumere un atteggiamento passivo, quale mero spettatore della condotta altrui, ma deve sottoscrivere *attivamente* il *pactum sceleris*. Dello stesso avviso, S. Seminara, *Riflessioni sulla corruzione, tra repressione e prevenzione*, in R. Bartoli-M. Papa, *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto*, Torino, 2018, 153. L'Autore osserva "che, in un illecito bilaterale di condotta come la corruzione, l'offerta o la dazione del denaro integra già l'art. 322, comma1 o 2 c.p. e vale dunque a rendere il suo autore ben più che un agente provocatore".

[41] Non per nulla, in siffatta legislazione "emergenziale" viene ravvisato "l'ennesimo esempio di quella *giuridicità debole* sagacemente individuata da *Sabino Cassese* tra i caratteri costanti del nostro ordinamento"; T. Padovani, *La spazzacorrotti*, cit., 10.

tadino "comune", nella veste di utente o dipendente della pubblica amministrazione[42].

La "lotta" al nuovo nemico, ravvisato nel corrotto, tocca poi il suo punto più alto con le modifiche apportate in sede di esecuzione della pena. Oggi, il corrotto è meritevole di una speciale "rieducazione": mentre tutti gli altri *cives* possono giovarsi dei benefici previsti dalla legislazione penitenziaria *erga omnes*, per i condannati per fatti di corruzione vige una sorta di legge penitenziaria *erga corruptos*. Nella fase esecutiva della pena, i corrotti sono costituiti *non-cives*, immeritevoli dei trattamenti diretti al reinserimento sociale valevoli per tutti gli altri *cives*. Sono loro preclusi l'assegnazione al lavoro esterno e gli altri benefici penitenziari, diretti a facilitare il percorso rieducativo e il reinserimento sociale del condannato[43]. Insomma, l'esecuzione della sanzione penale segue una via diversa da quella ordinaria, essendo "straordinari" i condannati, "rieducabili" appunto con mezzi "speciali". Si capisce bene che la *ratio* ispiratrice, magari non dichiarata e tuttavia ben visibile, non riguarda tanto il fatto di reato, quanto l'autore; proprio per questo, la legge differenzia l'autore della corruzione rispetto alla rimanente parte dei rei, aggravandone pesantemente il percorso rieducativo. Come non vedere nel nuovo sottosistema penale, vigente per i corrotti, qualche traccia del diritto penale del nemico, ispirato alla teoria della colpa d'autore?

In conclusione, ci pare di poter dire che nell'ordinamento penalistico italiano sono visibili rilevanti segni di pericolose incrinature, apportate – nella logica del diritto penale del nemico – alla coerenza della funzionalità garantistica del diritto penale costituzionalmente orientato. L'allarme del "nemico alle porte", suonato in occasione di tante "emergenze", ha indotto il legislatore a "tranquillizzare" l'opinione pubblica creando sottosistemi, in vigore per determinate tipologie d'autore. Nel campo delle misure di prevenzione, della lotta alla criminalità organizzata, comune e politico-terroristica, della legislazione penitenziaria "eccezionale" e "ostativa", il legislatore ha mostrato di essere sensibile alle sirene di due pericolose teorizzazioni – da una parte, la colpa d'autore, dall'atra, il diritto penale del nemico – allontanandosi dalla strada maestra, segnata dall'orientamento costituzionale, al cui centro è posta la funzionalità garantistica della fattispecie penale.

---

[42] T. Padovani, *La spazzacorrotti*, cit., 4, sottolinea che la lotta alle mafie e al terrorismo è ben diversa dal contrasto alla corruzione; "*la circostanza che ad essi* (agenti sotto copertura e pentiti remunerati n.d.a.) *non si sia mai fatto ricorso per favorire l'accertamento di questo genere di reati avrebbe dovuto, di per sé, indurre qualche perplessa riflessione*".

[43] L'art. 4-*bis* della legge 26.7.1975 n. 354, come modificato dall'art. 1 comma 6 lett. a) e b) della legge 9 gennaio 2019 n. 3, preclude l'applicazione delle misure alternative alla detenzione e degli altri benefici penitenziari, eccezion fatta per la liberazione anticipata, ai condannati per i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-*bis*, -*ter*, -*quater* primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* del codice penale. Allo stesso modo, l'art. 47, comma 12, della medesima legge, come modificato dall'art. 1 comma 7 della legge 9 gennaio 2019 n. 3, impedisce che l'esito favorevole dell'affidamento in prova ai servizi sociali estingua gli effetti delle pene accessorie perpetue (previste per i reati dei "corrotti").

6. Le "grida manzoniane" rinvenibili nella nuova fattispecie di corruzione internazionale.

Le nuove sembianze della fattispecie di corruzione internazionale[44], impresse dalla citata legge c.d. spazzacorrotti, costituiscono un ulteriore esempio di diritto penale simbolico espressivo[45]; anzi, per certi versi, possono ri-

[44] In generale sulla fattispecie di corruzione internazionale, cfr. S. Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee per un'indagine penalistica*, Napoli, 1999; G. Fornasari-N.D. luisi, *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sopranazionali*, Padova, 2003; V. Patalano, *Profili problematici della corruzione internazionale*, in Id., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003, 402; F. Centonze-F. Dell'osso, *La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 208; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012; Id., *La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2016, 1320; Id., Corruzione internazionale e mercimonio di un atto conforme ai doveri d'ufficio, in *Dir. pen. proc.*, 12/2016, 1623; V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, *Dir. Pen. Cont.*, 2019, 5, 297 ss.; A. Abukar Hayo, *Spunti comparatistici in relazione al nuovo volto del delitto di corruzione internazionale* ex *art.* 322 bis *co. 2 c.p.*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura) di A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, A.M. Stile, C. Roxin, K. Volk, Urbino, 2020, 15 ss. R. Bartoli-M. Pelissero-S. Seminara, *Diritto Penale, Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 480 ss. A. Abukar Hayo, *The entry of expressive symbolic populism into the new case of international corruption pursuant to art. 322* bis *co. 2 c.p.*, [ovvero] L'ingresso del populismo simbolico espressivo nella nuova fattispecie di corruzione internazionale *ex* art. 322 *bis* co. 2 c.p., in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, Roma, 2021. 115 ss.

[45] L'intera legge c.d. spazzacorrotti sembra obbedire, più che a meditati criteri di efficienza politico-criminale, a una logica rozzamente "emergenzialista" e all'intento politico di rassicurare l'opinione pubblica, circa l'efficienza delle misure di contrasto del fenomeno corruttivo; la stessa denominazione adottata (spazzacorrotti), nell'enunciare un programma per certi versi utopico, ma suggestivo, disvela chiaramente che il legislatore si rivolge molto più all'opinione pubblica che al reo. Sui caratteri generali della legislazione simbolica, *ex plurimis*, S. Bonini, *op. cit.*, 102 ss.; E. Stradella, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'Orlando-L. Montanari, *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 220; Id., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e 'prassi'*, Torino, 2008, 69; C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it dir. proc. pen.,* 1992, 879 ss.; Id., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 110; Id., *Il principio di effettività del diritto penale*, Napoli, 2011, 539; Id., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 59 ss. Nella letteratura d'oltralpe, P. Noll, *Symbolische Gesetzgebung*, 2009, 357 ss.; H. Kindermann, *Symbolische Gesetzgebung*,2009, 230 ss.; S. Scheerer, *Atypische Moralunternehmer*, in *Kriminologisches Journal*, 1986, (I supplemento), 133 ss. Alcune figure sintomatiche ci aiutano a riconoscere tale intento "rassicurante" perseguito dal legislatore: i preamboli *ad pompam*, che fungono da "manifesto" o "dichiarazione d'intenti" del legislatore, servono a occultare fini di tutela ben diversi da quelli ufficialmente dichiarati; un altro espediente consiste nella traslazione di fattispecie incriminatrici *intra moenia codicis* per motivi di facciata; la costruzione di fattispecie-doppione non ha altra utilità che quella di "rassicurare" l'opinione pubblica, circa la sollecitudine del legislatore a provvedere sulle questioni "urgenti"; l'inasprimento edittale delle sanzioni costituisce lo strumento più comune, attraverso il quale si raggiunge l'effetto "ansiolitico" presso la società civile, senza peraltro alcun effetto concreto e visibile di prevenzione generale; anche l'anticipazione esasperata della tutela reca un messaggio

tenersi il più fulgido esempio di tale paradigma, pressoché assimilabile alle "grida" seicentesche di manzoniana memoria. Il legislatore del 2019 ha eliminato dal testo dell'art. 322-*bis*, 2° comma c.p. ogni riferimento alla finalità perseguita dal soggetto agente (corruttore), con l'intendimento di estendere l'ambito della punibilità precedentemente ristretta dal dolo specifico, con l'imbarazzante risultato che, teoricamente, si dovrebbe punire ogni corruttore internazionale che abbia, in maniera preordinata o anche accidentale, dato l'avvio in Italia a un *iter criminis* destinato a trovare compimento nell'atto di un pubblico ufficiale straniero (il quale tuttavia rimane esente da censura penale), con effetti nell'ordinamento straniero, senza alcun interesse dello Stato italiano nella vicenda. Solo il riferimento alla competizione economica internazionale radicava l'interesse dello Stato italiano a punire un fatto destinato a produrre effetti nell'ordinamento dello Stato estero; venuto meno tale riferimento per effetto della legge c.d. spazzacorrotti, rimane in vita un programma "moralizzatore" dello Stato italiano, "gridato" *urbi et orbi*, non autorizzato da alcuna convenzione internazionale, destinato a rimanere lettera morta. Per cogliere l'enormità del "cortocircuito" innescato, nel corpo vivo dei principi generali di diritto interno e internazionale, dal "proclama" legislativo di perseguire i corruttori di tutto il mondo di passaggio dall'Italia, è necessario premettere un breve *excursus* storico.

L'originaria formulazione della fattispecie si deve all'art. 3, comma 1 della legge n. 300 del 29 settembre 2000[46], che introdusse, inserendolo nel codice penale all'art. 322-*bis*, il reato di "peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri", distinto in due fattispecie autonome: la prima, contemplata al primo comma dell'art. 322-*bis* c.p., estende le sanzioni previste dagli artt. 314, 316, 317, 320 e 322, terzo e quarto comma del codice penale, ai fatti commessi da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, esercente le sue funzioni nell'ambito dell'Unione Europea[47]; la seconda fattispecie, contemplata al 2° comma, punisce la corruzione internazionale extra UE ed è quella che commentiamo in questa sede. Il suo contenuto dispositivo consiste nell'estendere la punibilità dei fatti previsti dall'art. 319-*quater*, secondo comma, 321 e 322, primo e secondo comma,

---

"rassicurante", giacché dimostra la volontà di estirpare *ab imo* le radici del crimine, a prescindere dalla concreta offensività delle condotte preliminari incriminate. Quando ricorrono tali figure sintomatiche, il legislatore penale cura molto di più la sua "immagine" politica al cospetto dei cittadini-elettori, che la reale salvaguardia dei loro beni. Le menzionate figure sintomatiche sono individuate da S. Bonini, *op. cit.*, 102 ss.

[46] La legge ratificò e diede attuazione a due Convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia: la Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997; la Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997; entrambe concernenti i mezzi di contrasto, in fase repressiva e preventiva, dei fenomeni corruttivi.

[47] Tale fattispecie è rimasta pressoché immutata; nel tempo il suo vigore è stato esteso alle nuove figure funzionali sopraggiunte, grazie all'incremento delle attribuzioni in capo agli organi dell'Unione ovvero alla creazione di nuovi organi.

del codice penale, ai casi in cui il pubblico ufficiale coinvolto (o incaricato di pubblico servizio) appartenga a uno Stato straniero extra UE (ovvero a organizzazioni internazionali). La differenza più vistosa con la prima fattispecie (*intra* UE) risiede nella circostanza che si punisce (al secondo comma) uno solo dei due soggetti del *pactum sceleris*, ossia il privato corruttore, mentre il soggetto pubblico corrotto non è punito, in virtù della sua appartenenza a un ordinamento estero; al contrario, al primo comma, è contemplata la sanzione penale anche per il soggetto pubblico appartenente all'Unione Europea[48].

Nella formulazione originaria, la corruzione internazionale (extra UE prevista dal secondo comma) era punibile "qualora il fatto" fosse stato "commesso *per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali*". È ben chiaro che il dolo specifico del corruttore restringeva la tipicità del fatto entro l'area della competizione economica internazionale, in relazione alla *ratio* di preservare l'ordine di mercato, contrastando la concorrenza sleale su scala globale. Questa prima formulazione della fattispecie era la più fedele alla finalità ispiratrice delle Convenzioni internazionali, plasmate sul modello della legge statunitense FCPA.

Con la novella del 2009 fu aggiunto l'inciso "*ovvero al fine di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria*"[49]. Risulta evidente l'intento legislativo di ampliare il raggio della punibilità, mantenendola comunque limitata alla sfera dei rapporti economici internazionali. Ne risulta "attenuato" il nesso iniziale – che ispirò la normativa statunitense, le convenzioni internazionali ed a seguire tutte le legislazioni nazionali di ratifica e attuazione – tra i fatti incriminati e la competizione economica internazionale, relativa ai contratti d'appalto e fornitura stipulati e stipulandi tra le grandi compagnie multinazionali e gli Stati esteri; il nesso ovviamente persisteva, ma stemperato e scolorito nel *mare magnum* dei rapporti economici indifferenziati. L'"attività economica o finanziaria" cui fa riferimento il testo novellato del 2009 ben potrebbe consistere nella gestione di un piccolo localetto di ristorazione; se ne può arguire che il nesso con la competizione economica internazionale, se non scomparso del tutto, risulta comunque attenuato.

Se la modifica legislativa del 2009 aveva mantenuto un parametro "economico-finanziario" di riferimento, la successiva del 2019 lo ha eliminato del tutto, giacché, nella formulazione attualmente vigente, l'incriminazione pre-

[48] La corruzione passiva risulta punita solo nell'ambito dell'UE. Il primo comma dell'art. 322 *bis* c.p. contempla i fenomeni corruttivi *intraUE*, per i quali è prevista la sanzione punitiva anche a carico del pubblico ufficiale (concussione, peculato, corruzione passiva). La ragione della differenza, rispetto al regime giuridico previsto al secondo comma, è ben evidente: l'Italia è parte interessata al buon andamento e all'imparzialità della struttura amministrativa dell'Unione, essendone parte integrante e contribuendo al suo bilancio; nessun interesse o cointeressenza coinvolge, invece, l'Italia, in relazione all'attività amministrativa dello Stato estero *extraUE*. Sul punto cfr. M. Montanari, *La normativa in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, luglio 2012.

[49] La legge 3 agosto 2009 n. 116 fu emanata per dare attuazione alla Convenzione internazionale di Merida adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003.

scinde completamente da qualsivoglia finalità specifica del soggetto agente (corruttore). Ciò, a nostro avviso, ha importanti conseguenze, al punto da comportare una sorta di "snaturamento" del fatto inizialmente incriminato e rendere indecifrabile la ragione stessa della rilevanza penale del fatto.

La condotta del soggetto passivo della corruzione, ossia del pubblico ufficiale straniero, non è incriminata da alcuna legislazione nazionale, non già in quanto "giustificata" per qualche oscura ragione, ma in quanto offende un bene giuridico estraneo all'interesse nazionale e perciò al di fuori della sfera di vigore della legge nazionale[50]. Si tratta del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione dello Stato estero; e dunque un bene "indifferente" alla sfera d'intervento del legislatore nazionale. Ciò spiega ovviamente perché la corruzione (passiva) del pubblico ufficiale straniero non è punita dal legislatore nazionale, tenuto a rispettare la corrispondente sovranità del legislatore straniero, competente a tutelare l'organizzazione amministrativa domestica.

La cooperazione e le relazioni internazionali tra gli Stati si fondano sul riconoscimento reciproco della sovranità esercitata da ogni Stato sul proprio territorio a tutela degli interessi nazionali. Senza questo riconoscimento reciproco non si potrebbe avere alcuna cooperazione, né alcuna relazione pacifica tra gli Stati sovrani. Tale principio basilare può ammettere qualche piccola eccezione, convenzionalmente accettata, ma non tale da inficiare alla radice il principio stesso.

Le Convenzioni internazionali ammettono una sorta di "interferenza" di uno Stato negli affari interni di un altro, solo entro limiti precisi e a determinate condizioni. Il primo limite è dato dalla punibilità della sola corruzione attiva. Se infatti la corruzione internazionale fosse punita anche dal lato passivo, il sistema del diritto internazionale andrebbe in "cortocircuito", perché si dovrebbe ammettere che uno Stato, punendo il pubblico ufficiale straniero nell'esercizio e per l'esercizio delle sue funzioni, si prenda cura degli interessi esteri e cioè si surroghi allo Stato estero e dunque non ne riconosca la sovranità. Il secondo limite è dato dall'oggetto di tutela. La leale competi-

[50] "L'irrilevanza, *de lege lata*, della corruzione passiva di pubblici ufficiali di Stati non appartenenti all'UE è pienamente giustificata, non in forza di una logica etnocentrica o di una visione autarchica o statolatrica, ma perché *fattispecie penali non ancorate a interessi interni* afferrabili, radicati ed avvertiti nella comunità sociale, rappresentano più che un disincentivo efficace contro i comportamenti vietati, *il più sicuro viatico verso un diritto penale meramente simbolico*". V. Mongillo, *op. cit.*, 216-217. L'Autore aggiunge in nota che "non sembra che una fondazione positiva della tutela di beni giuridici esterni possa ricavarsi dall'art. 11 Cost.: ai fini della promozione della pace e della giustizia tra le Nazioni, tale disposizione ammette solo le 'limitazioni di sovranità' a ciò necessarie e non l'utilizzo dello strumento punitivo, che rappresenta, all'opposto, una delle più incisive estrinsecazioni della sovranità statuale". La tesi opposta avrebbe ragion d'essere, solo nel caso in cui il soggetto passivo della corruzione (pubblico ufficiale straniero) fosse compartecipe di una struttura criminale operante (anche) nel territorio nazionale. Entro questi limiti, potrebbero essere accolte le suggestive considerazioni di J.P. Pierini, *La corruzione del pubblico ufficiale straniero. Repressione nell'ambito del contrasto della criminalità organizzata*, Torino, 2016.

zione economica internazionale in materia di contratti di appalto e fornitura è un bene "comune" che riguarda la comunità internazionale, cosicché si ammette l'incriminazione del soggetto attivo del rapporto corruttivo, la cui condotta rientra nella sfera d'interesse e di sovranità dello Stato nazionale, in virtù di un collegamento territoriale (per es. la sede legale della *company*). Il secondo limite attiene all'oggetto di tutela: lo svolgimento regolare e leale della competizione economica nel mercato globale è un interesse che supera i confini nazionali degli Stati. Ovviamente – ribadiamo – la stessa cosa non può dirsi per il prestigio, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica Amministrazione, costituenti un interesse esclusivo dello Stato nazionale.

Orbene, poiché dall'art. 322-*bis* co. 2 c.p. è stato espunto qualsivoglia riferimento diretto o indiretto alla competizione economica internazionale, si potrebbe pervenire al paradosso che la giustizia italiana sia chiamata a tutelare il bene giuridico di uno Stato estero, senza alcuna delega da parte di quest'ultimo. L'Italia agirebbe in surroga dello Stato estero, senza che una norma internazionale, sovranazionale o un eventuale accordo di collaborazione bilaterale abbia autorizzato la surroga. Si supponga che il *corruttore* – di nazionalità italiana – incontri in Italia il *corrotto* e stipuli con lui un accordo riguardante, per esempio, il rilascio di un permesso di soggiorno illimitato nello Stato estero (*green card* statunitense)[51], che dovrebbe essere rilasciato colà dal pubblico ufficiale nella fase successiva. Orbene, questo fatto, in base al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, dovrebbe essere comunque perseguito dalla Giustizia italiana ai sensi dell'art. 322-*bis* co. 2 c.p., proprio per l'assenza di qualsivoglia finalità specifica. Ma un processo in Italia, riguardante il rilascio della *green card* statunitense, non violerebbe i principi basilari del diritto internazionale?

Nella nostra esemplificazione, il rilascio della *green card* dedotto nel patto corruttivo stipulato in Italia non offende l'Amministrazione italiana, in quanto è implicato il pubblico ufficiale straniero; non offende il bene internazionale, la cui tutela costituisce la *ratio* fondante delle Convenzioni internazionali; offende solo la pubblica Amministrazione statunitense. Cosicché un processo in Italia per siffatta corruzione internazionale sarebbe instaurato a prescindere da un interesse punitivo dello Stato italiano. Il che configurerebbe, già di per sé, una grave anomalia nel sistema. Ma a questa se ne aggiunge un'altra. C'è uno Stato che ha un interesse punitivo nella vicenda; ed è lo Stato del pubblico ufficiale corrotto; sicché l'azione penale esercitata in Italia, non solo sarebbe priva di un interesse punitivo dello Stato italiano, ma inoltre andrebbe a ledere l'interesse punitivo dello Stato estero (nel caso esemplificato, gli Stati Uniti). Tale sostituzione avverrebbe senza alcun accordo bilaterale in tal senso e al di fuori dell'ambito di previsione delle citate convenzioni internazionali.

[51] Una sorta di permesso di soggiorno a lungo termine, molto ambita specialmente nelle aree povere del Messico e del Centro America.

Si potrebbe addirittura verificare questo paradosso: che l'ipotizzato processo instaurato in Italia sia addirittura considerato, dagli organi dello Stato estero, lesivo del prestigio della propria pubblica Amministrazione e non sarebbe da escludere un eventuale incidente diplomatico. Lo Stato estero si potrebbe dolere che nel processo a carico del solo corruttore, il corrotto non potrebbe difendere la sua onorabilità, proprio perché estraneo al processo, e dunque la macchia del suo onore (dalla quale in ipotesi non ha potuto difendersi) andrebbe a maculare il prestigio dell'intera Amministrazione di appartenenza. Insomma, si perverrebbe alla stranezza, degna della penna di *Pirandello*, che il processo instaurato a difesa, invero non richiesta, del prestigio della pubblica Amministrazione altrui, sia considerato esso stesso la fonte primaria del nocumento arrecato a tale prestigio.

Se poi ipotizzassimo che il *pactum sceleris*, finalizzato al rilascio della *green card*, sia stipulato in Italia da due stranieri (corruttore messicano, corrotto statunitense) si avrebbe questo ulteriore paradosso: che gli organi della Giustizia italiana dovrebbero comunque promuovere l'azione penale in relazione a un fatto accaduto in Italia (accordo corruttivo, consistente in una promessa di pagamento, accolta dal pubblico funzionario per un atto del suo ufficio), ma si troverebbero nell'imbarazzante situazione di perseguire uno straniero (corruttore messicano) per un fatto che offende la pubblica Amministrazione di un Paese straniero (Stati Uniti) e pertanto non lede alcun bene giuridico posto sotto la protezione della Repubblica Italiana. Non è impensabile che siffatta azione penale possa innescare ben due incidenti diplomatici, anziché uno solo. Al tirar delle somme, parrebbe che il legislatore italiano abbia smarrito la linea di demarcazione tra il diritto e la morale e voglia perseguire penalmente non solo il reato, ma anche il "peccato"[52].

Parrebbe anche che siffatto legislatore "smarrito" non abbia fatto i conti con la realtà, dal momento che la sua pretesa punitiva, la quale esonda dai limiti di materia e di territorio riconosciuti in tutti gli altri ordinamenti, sembra destinata inesorabilmente a non trovare facile soddisfacimento. Insormontabili difficoltà probatorie farebbero da riparo al patto illecito stipulato al di fuori di quello specifico ambito, circoscritto prima dal FCPA, poi dalle Convenzioni internazionali, dal *Bribery Act* e da tutte le legislazioni nazionali di attuazione, ossia l'ambito della concorrenza economico-finanziaria delle multinazionali; infatti solo la fase ideativa del (supposto) *pactum sceleris* potrebbe svolgersi in territorio italiano, ma è chiaro che l'*idea* ha minori evidenze fenomeniche, rispetto all'*atto esecutivo*, pertanto la sua prova giudiziaria

[52] La lotta alla corruzione è divenuta una nuova (presunta) "emergenza" nazionale, a giustificazione dell'ennesimo intervento del legislatore, che alimenta il moderno "gigantismo" penale. In altra sede, abbiamo osservato che "il diritto penale acquista veste e finalità simboliche, proprio perché si ritiene di affidargli compiti "educativi" che non dovrebbero competergli, mentre lo Stato assume una nova *veste eticizzante*, giustificata da intenti "iperprotettivi"; A. Abukar Hayo, *I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini culturali e normativi al potere coercitivo dello stato nella teoria del reato*, cit.

è molto più ardua. D'altronde, se l'effettiva applicazione dell'art. 322-*bis* co. 2 c.p., negli anni passati, si è ridotta a pochissimi casi, non si può immaginare che la maggiore ampiezza della fattispecie tipica, dovuta alla soppressione del dolo specifico, possa dar luogo a una casistica giudiziaria particolarmente vasta. È prevedibile che la maggiore "ampiezza" teorica sia ben lontana dal divenire nei fatti maggiore "ampiezza" applicativa; e dunque non si traduca in corrispondente incremento della casistica giudiziaria, posto che il fatto del corruttore "individuale" (da noi esemplificato in *Tizio* che mira ad ottenere la *green card* statunitense) è certamente meno visibile e manifesto rispetto al fatto del corruttore "societario"; il primo non lascia le tracce del secondo, eventualmente rinvenibili nella contabilità societaria, nelle riunioni degli organi, nelle informazioni disponibili a una pluralità di persone etc..

Perveniamo dunque alla sconsolante conclusione che il legislatore italiano ha deciso di vestire i panni di una sorta di "don *Chisciotte* che combatte contro i mulini a vento", pur di assecondare la sua pretesa educativa e moralizzatrice, per di più non ristretta all'interno dei confini nazionali, bensì valida, secondo il proclama, per tutti i corruttori del mondo, i quali abbiano intrapreso in Italia l'*iter criminis* diretto a corrompere i pubblici ufficiali di un qualunque Paese, comunque situato nell'orbe terracqueo, per qualunque ragione, ancorché assolutamente estranea agli interessi dell'Italia.

CORTE DI GIUSTIZIA SUI TABULATI: SOLUZIONI CONTRASTANTI

Luana Granozio*

Corte Giustizia 2 marzo 2021 causa C-746/18

ABSTRACT

La Corte di giustizia dell'Unione europea, lo scorso 2 marzo, si è pronunciata sull'accesso alla comunicazione elettronica e ai dati di localizzazione ed ha così innescato il dibattito nazionale che ha portato a molte decisioni diverse, anche contrastanti. La questione è ancora irrisolta, forse in attesa di una nuova legge.

The Court of Justice of the European Union, last March 2, ruled on access to electronic communication and location data and thus triggered the national debate that led to many different , even conflicting, decision. The issue is still unresolved, perhaps waiting a new law.

* Avvocato del Foro di Roma.

Il 2 marzo 2021 la Corte di Giustizia – Grande Sezione – ha pronunciato una importante decisione relativa al rinvio pregiudiziale[1] sollevato dalla Corte Suprema dell'Estonia. Il tema riguarda i tabulati telefonici e telematici con riferimento al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata[2], alla luce dei diritti fondamentali dell'Unione europea fissati nella Carta di Nizza[3].

La Corte ha stabilito che la Carta deve essere interpretata a) nel senso di circoscrivere l'accesso della pubblica autorità ai dati di traffico e posizione, ai casi in cui vengano perseguiti gravi reati di criminalità e gravi minacce alla sicurezza pubblica; b) l'accesso dell'autorità pubblica a tali dati è di competenza di un soggetto terzo, non il pubblico ministero, dunque, laddove diriga l'istruttoria e sia preposto all'esercizio dell'azione penale.

La sentenza ha sollevato una riflessione sul nostro sistema processuale e sulle possibili ricadute, anche di natura ordinamentale. Allo stato l'acquisizione dei tabulati è disposta dal pubblico ministero secondo le disposizioni del Codice della Privacy[4] .

Il 1 aprile 2021, con tempestiva risposta politica, è stato presentato un ordine del giorno, inserito nella trattazione della approvazione della legge europea, che impegna il Governo ad adeguare la normativa italiana alle disposizioni della direttiva 2002/58 conformemente all'interpretazione della Corte di Giustizia "apportando le opportune modifiche al codice di procedura penale e al codice in materia di protezione dei dati personali prevedendo tra l'altro che l'accesso del pubblico ministero ai dati sia subordinato all'autorizzazione del giudice". L'ordine del giorno ha ricevuto parere favorevole.

Frattanto, tuttavia, nei palazzi di Giustizia si è posto il tema della diretta operatività della decisione della Corte di Giustizia.

A Roma sono stati date soluzioni differenti alle richieste dei pubblici ministeri di autorizzazione alla acquisizione di tabulati telefonici rivolte al Gip.

Una prima decisione del Gip di Roma[5] ha ritenuto di disapplicare la norma interna, per sopravvenuto contrasto con la normativa dell'Unione, ed ha autorizzato l'accesso ai tabulati in ragione della ritenuta sussistenza dei presupposti enucleati dalla normativa dell'Unione europea.

Il giudice ha individuato il criterio per definire la «categoria delle "forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica" indicata dalla Corte di Giustizia quale indispensabile condizione per rendere proporzionata (giustificata) l'acquisizione dei dati» con il rinvio integrale ai reati previsti nel catalogo dettato dagli articoli 266 c.p.p., 26-*bis* c.p.p.

---

1 Corte di Giustizia, Sent. 2 marzo 2021, causa C-746/18 disponibile sul sito https://penaledp.it/app/uploads/2021/05/CGUE-2-marzo-2021-tabulati-1.pdf.

2 Direttiva 2002/58/CE del Parlamento e Consiglio europeo del 12 luglio 2002 (GU 2002, L. 201) come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio europeo del 25 novembre 2009 (GU 2009, L 337).

3 In relazione agli articoli 7, 8 e 11 nonché 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

4 Vds. art. 132 comma 3 d.lgs. N 196/2003, come modificato da d.lgs. 101/2018 (GU 2018, n. 205) – Codice Privacy.

5 Gip dr. Livio Sabatini, decreto reso in data 25 aprile 2021 disponibile sul sito https://penaledp.it/app/uploads/2021/05/Tabulati-Sabatini.pdf.

Ha evidenziato, inoltre, che "la Corte di Giustizia ha assegnato un valore dirimente, nell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente, al requisito di terzietà" ... "che per definizione non può che attribuirsi al Giudice.

L'inedito ed incisivo richiamo al requisito di *neutralità* nei confronti delle parti del giudizio, secondo questa decisione è idoneo a "superare le osservazioni che il giudice di legittimità in precedenti arresti (Cass. dicembre 2019, n. 5741, Dedej Erwin; Cass. 24 aprile 2018, n. 33851, Monti), aveva contrapposto alle pronunce della Corte di giustizia (sentenze del giorno 8 aprile 2014 *digital right Ireland* e del 21 dicembre 2016 Tele2 Svezia) avendo ivi ribadito l'indiscussa autorità di autorità giudiziaria del pubblico ministero la conformità della disciplina dell'art. 132 D.Lgs. 196/2003 al diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy."

Al contrario, altro Gip di Roma, con decreto[6] di non luogo a provvedere sull'istanza del p.m., ha ritenuto che «le interpretazioni proposte dalla citata sentenza Corte di giustizia Unione europea n. 746/2018 del 2 marzo 2021 non possano avere effetti applicativi immediati e diretti, per la indeterminatezza, nella sentenza, del riferimento alle ipotesi in cui i dati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti, riferimento genericamente operato ai casi di "lotta contro le forme gravi di criminalità" o di "prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica", casi la cui concreta declinazione non può che ritenersi demandata (e viene di fatto demandata dalla sentenza), in forza dei principi interpretativi della normativa Ue, alla legge nazionale e non alla elaborazione giurisprudenziale».

Le considerazioni svolte inducono il giudice a concludere che debba continuare a trovare applicazione l'articolo 132 del codice privacy, in attesa dell'intervento del legislatore che specifichi quale sia l'autorità in concreto preposta ad effettuare il controllo, sia la procedura da seguire, non potendo il giudice autoattribuirsi una competenza non prevista dalla legge.

Ad analoga conclusione giunge un altro decreto[7] di non luogo a provvedere in cui si riconosce alle sentenze sovranazionali "l'efficacia immediata e diretta delle interpretazioni che indicano solo laddove per effetto di tali interpretazioni non residuino negli istituti giuridici regolati concreti problemi applicativi e profili di discrezionalità che richiedano necessariamente l'intervento del legislatore nazionale , e ciò tanto più laddove si tratti di interpretazione di norme contenute in Direttive".

Il giudice individua tre statuizioni necessarie ad accogliere la richiesta del PM che ritiene di demandare al legislatore: "a) che per effetto della sentenza CGUE 2.3.2021 citata l'autorizzazione debba venire da una Autorità giurisdizionale e non da una Autorità Amministrativa indipendente (da un "Garante") ; b) che quell'Autorità giurisdizionale è il GIP (dovendosi poi stabilire se lo debba essere solo in quanto "giudice che procede" nel senso di cui all'art. 279 cpp o se lo debba essere per tutto il procedimento penale (come a dati effetti previsto ad es. nella disciplina del MAE e dell'Amministrazione Giudiziaria) ; c) quali siano i procedimenti che rientrano nella classe "procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la

[6] Gip dr. Andrea Fanelli, decreto reso in data 28 aprile 2021 disponibile sul sito https://penaledp.it/app/uploads/2021/05/decreto.pdf.

[7] Gip dr. Valerio Savio, decreto reso a maggio 2021 disponibile sul sito https://penaledp.it/app/uploads/2021/05/Savio.pdf.

prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica", andando a formare con criteri del tutto discrezionali – che potrebbero variare da sede a sede come è fisiologico che accada nella giurisdizione — il catalogo dei reati in relazione ai quali l'autorizzazione può essere concessa , magari con creativi rimandi (alternativi?, congiunti?) a quelli di cui agli artt. 266 , 407 comma 2 lettera a), 51 commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater* cpp".

A Milano, i giudici del collegio investito da una questione di inutilizzabilità dei tabulati acquisiti dal p.m., sollevata dalla difesa, ha rigettato la questione.

L'ordinanza[8] muove dalla affermazione di una differenza sostanziale tra la figura del pubblico ministero estone e il suo corrispondente italiano. Sottolinea la Corte come "l'attività di acquisizione – per finalità di accertamento repressione dei reati – dei dati relativi al traffico telefonico col cd tabulati è condizionata alla presentazione di una mera richiesta non soggetta particolari requisiti di forma".

Si rileva che poiché "in sintesi la normativa estone riconosce alla sola autorità giudiziaria la facoltà di richiedere l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e subordina l'esercizio di tale facoltà a una richiesta mera che non soggiace ad alcun obbligo di motivazione e non richiede l'adozione di cautele sul piano sostanziale e procedurale atte a garantire il contemperamento delle esigenze di tutela della privacy e a scongiurare rischi di abusi", pertanto, il collegio "reputa che le censure mosse da parte della Corte di Giustizia alla normativa estone in tema di cd *data retention* e acquisizione dei tabulati telefonici per finalità di giustizia non possano ritenersi valevoli anche per la normativa italiana, le relative legislazioni niente affatto sovrapponibili o similari" .

Infine, il collegio ha ritenuto illegittima una applicazione retroattiva del nuovo filone ermeneutico, secondo il principio interpretativo per cui "non è consentita l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale, allorquando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa".

Da ultimo, il collegio del tribunale di Rieti, investito da questione di legittimità costituzionale per contrasto della disciplina nazionale in materia con la normativa ai principi euro unitari fissati nella sentenza della Corte di giustizia, ha ritenuto di disporre nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea in ragione della "criticità applicativa" dei principi[9] elaborati dalla Corte di Giustizia.

Le questioni pregiudiziali sono così formulate:

1) "se l'articolo 15 paragrafo 1 della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11, nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della carta di Nizza, in forza anche dei principi stabiliti dalla stessa CGUE nella sentenza del 2 Marzo 2021 nella causa C- 746/18, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, prevista dall'articolo 132, comma 3 del decreto legislativo n. 196 /2003, la quale rende il pubblico ministero, organo dotato di piene e totali garanzie di indipendenza e autonomia come previsto dalle norme del titolo IV della Costituzione italiana, com-

[8] Tribunale penale Milano in composizione collegiale, ordinanza resa in data 22 aprile 2021, disponibile sul sito https://penaledp.it/app/uploads/2021/05/Tabulati-Milano.pdf.

[9] Tribunale penale di Rieti in composizione collegiale, ordinanza resa in data 4 maggio 2021, disponibile sul sito https://penaledp.it/app/uploads/2021/05/Tribunale-di-Rieti-ordinanza-domanda-pregiudiziale-CGUE-N.558-20-RGD.pdf.

petente a disporre, mediante decreto motivato, l'acquisizione dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale";

2) "nel caso in cui sia data risposta negativa, se sia possibile fornire ulteriori chiarimenti interpretativi riguardanti una eventuale applicazione irretroattiva dei principi stabiliti nella sentenza del 2 Marzo 2021, causa C-746/18, tenuto conto delle preminenti esigenze di certezza del diritto nell'ambito della prevenzione, accertamento e contrasto di gravi forme di criminalità o minacce alla sicurezza;

3) "se l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002 /58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta di Nizza, in forza anche dei principi stabiliti dalla stessa CGUE nella sentenza del 2 Marzo 2021 nella causa C-746/18, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, prevista dall'articolo 132, comma 3 del decreto legislativo n. 196/ 2003, letto alla luce della art. 267, comma 2, codice di procedura penale, la quale consenta al pubblico ministero, in casi di urgenza, l'immediata acquisizione dei dati del traffico telefonico con successivo vaglio controllo del giudice procedente".

In via preliminare il giudice remittente afferma di non dubitare dell'efficacia extra processuale delle sentenze rese dalla Corte di giustizia e neppure manifesta incertezze con riferimento alla tendenziale applicazione retroattiva (salve limitate eccezioni) e delle pronunce interpretative della giurisprudenza dell'Unione.

Le ragioni che, tuttavia, il collegio individua a fondamento della richiesta di ulteriori chiarimenti da parte del giudice europeo si fondano, in primo luogo, sulla asserita diversità tra la figura del pubblico ministero estone e quello italiano che, si afferma, è assistito da numerose garanzie di autonomia e indipendenza già nella fase genetica dell'immissione nell'incarico e non solo nell'esercizio della funzione.

Sostiene in secondo luogo, la Corte il che nel procedimento italiano l'obbligo di motivazione da parte del PM del decreto di acquisizione «non può non seguire un vaglio dinanzi al giudice, nel pieno contraddittorio tra le parti: è cioè il giudice, a norma dell'articolo 495 codice di procedura penale, che ammette le prove solo dopo aver sentito le parti, che hanno prima facoltà di esaminare i documenti prodotti, consentendo così alle "persone sospettate di atti di criminalità" di "svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito alle informazioni agli elementi di prova suddetti", elementi che dunque solo attraverso tale vaglio diventano patrimonio conoscitivo del giudice ai fini della decisione della causa e sono suscettibili di trattazione in udienza pubblica con eventuale divulgazione dei dati sensibili».

Si individua, dunque, il momento della ammissione delle prove come controllo giurisdizionale *ex post*, volto anche alla tutela del principio di effettività richiamato dalla decisione della Corte di Giustizia.

Il provvedimento evidenzia anche «un concreto rischio di "paralisi" delle indagini penali e un serio ostacolo tanto l'accertamento e contrasto delle "forme gravi di criminalità" quanto la "prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica", quali contro interessi, individuati proprio dalla CGUE, che legittimino la limitazione del diritto alla privacy del singolo».

Infine, la Corte "in aggiunta a tale carenza di coordinate procedurali e intertemporali non desumibili dalla sentenza della CGUE, in attesa di un'eventuale intervento del legislatore nazionale in materia" ritiene opportuno interrogarsi sulla possibilità di acquisizione d'urgenza dei tabulati, da parte del pubblico ministero in casi eccezio-

nali, ferma la successiva e tempestiva convalida da parte del giudice, come accade in tema di intercettazioni telefoniche.

In conclusione il collegio di Rieti invoca un percorso certamente eccezionale volto a limitare la possibilità degli interessati di far valere la disposizione così interpretata per rimettere in questione pregressi rapporti giuridici.

Il tema è quello di modulare gli effetti della sentenza in chiave irretroattiva al fine di non pregiudicare fondamentali esigenze di certezza del diritto e "certezza investigativa", limitatamente ai giudizi pendenti. Anche in questo caso si invoca un auspicabile intervento del legislatore nazionale volto ad uniformare la legislazione a quella in tema di intercettazioni telefoniche.

Come emerge dalla sintetica disamina, l'argomento si presta a interpretazioni difformi e presenta questioni interpretative complesse.

I punti più dibattuti sono relativi alla figura e funzione del pubblico ministero italiano; la definizione dei reati per i quali è consentita l'acquisizione dei tabulati; trapela anche una certa inquietudine per la sorte delle indagini in corso; si invoca, pertanto, l'intervento del legislatore, con l'inespresso auspicio, forse, di una norma intertemporale che precluda l'applicazione retroattiva.

Allo stato non risulta che alcun giudice abbia ritenuto di investire della questione la Corte costituzionale.

PREVENZIONE DEI REATI E RICONOSCIMENTO FACCIALE: IL PARERE SFAVOREVOLE DEL GARANTE PRIVACY SUL SISTEMA SARI REAL TIME

Ariella Fonsi*

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** I sistemi di riconoscimento facciale. – **3.** Il quadro normativo: le Linee guida del Comitato Consultivo della Convenzione 108 e il Decreto 51/2018. – **4.** Il sistema SARI. – **5.** Il provvedimento del Garante privacy su SARI Enterprise. – **6.** Il Parere sfavorevole su SARI Real Time. – **7.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT

Con il provvedimento n. 127 del 25 marzo 2021, il Garante privacy ha espresso parere sfavorevole in merito all'utilizzo del sistema di riconoscimento facciale SARI Real Time per finalità di pubblica sicurezza. Il presente contributo è volto a delineare il quadro normativo in cui si inserisce detto parere, nonché ad enuclearne le ragioni in un contesto in cui il legislatore dovrebbe assicurare le necessarie garanzie volte a rendere prevedibile l'uso di tali sistemi e a limitare la discrezionalità della pubblica autorità.

With decision no. 127 of March 25, 2021, the Italian Data Protection Authority issued a negative opinion on the use of the SARI Real Time facial recognition system for public security purposes. This paper aims at outlining the regulatory framework of such opinion, as well as to identify its grounds in a context where the lawmaker is expected to ensure the necessary safeguards to make the use of such systems predictable and limit public authority discretion.

* Avvocato del Foro di Roma. Associate presso E-Lex Studio Legale.

1. Introduzione.

Con il provvedimento n. 127 del 25 marzo 2021, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali (il "**Garante privacy**" o il "**Garante**") ha espresso parere sfavorevole in merito all'utilizzo di SARI Real Time (il "**Parere**")[1], ossia il sistema di riconoscimento facciale implementato dal Ministero dell'Interno – Dipartimento di pubblica sicurezza, in grado di coadiuvare l'attività delle forze di polizia e di polizia giudiziaria.

Il Parere si inserisce in un contesto in cui l'utilizzo di sistemi biometrici e, nello specifico, di sistemi di riconoscimento facciale diventa sempre più strategico nella lotta alla criminalità, al terrorismo e, in generale, nell'ambito della tutela dell'incolumità nazionale.

Infatti, in una società in cui la criminalità evolve con il progredire della tecnologia, si è acuita l'esigenza di identificare i soggetti che accedono a luoghi pubblici, informazioni e/o servizi.

In tale contesto, laddove il fattore umano incontra dei limiti nell'effettuare controlli massivi e sistematici sulle persone, il ricorso a macchine "intelligenti" diventa un *asset* strategico per le autorità pubbliche e uno strumento di fondamentale importanza per la sicurezza dei cittadini.

2. I sistemi di riconoscimento facciale.

Con l'aumentare del rischio di attacchi terroristici e, in generale, di una criminalità sempre più sofisticata e organizzata, si è ingenerata una crescente esigenza di garantire la sicurezza dei cittadini a fronte del clima di allarme dilagante in luoghi pubblici "ad alto rischio" (si pensi, per esempio, agli aeroporti e alle stazioni ferroviarie).

In tale contesto, come anticipato, l'utilizzo della biometria costituisce un valido alleato nell'individuazione di soggetti potenzialmente pericolosi per la collettività, misurando – mediante metodologie matematiche e statistiche – le variabili fisiologiche e comportamentali proprie di una persona[2].

In particolare, un sistema biometrico può essere definito come un dispositivo automatico per l'identificazione di una persona sulla base di caratteristiche biologiche, che possono essere fisiologiche (se si riferiscono, ad esempio, ad impronte digitali, il disegno dell'iride, l'immagine del volto) ovvero comportamentali (si pensi al modo di "battere sulla tastiera" di un individuo).

I sistemi di riconoscimento facciale rappresentano, pertanto, una precipua branca della biometria fisiologica, che si occupa di sviluppare algoritmi capaci di confrontare due immagini di un volto umano.

---

[1] Il provvedimento n. 127 adottato dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali il 25 marzo 2021 è disponibile al seguente URL: https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9575877.

[2] Sul punto, "*Riconoscimento dei volti: un sistema orientato all'uso di metodologie neurali*", di F. Perrone e S. Di Iorio, in IISFA Memberbook 2017 DIGITAL FORENSICS.

Secondo il Working Party 29 (ora *Europoean Data Protection Board*)[3], il riconoscimento facciale può essere definito come un trattamento automatico di immagini digitali che contengono i volti di persone ai fini di identificazione, autenticazione, verifica o categorizzazione di tali persone e consta di un processo distinto nelle seguenti fasi:

- acquisizione dell'immagine, ossia il processo di rilevamento dei tratti del volto di una persona e la conversione in formato digitale;
- individuazione della presenza di un volto all'interno di un'immagine digitale;
- attenuazione delle variazioni all'interno delle regioni del volto individuate (si pensi alla conversione in una dimensione *standard* o all'allineamento delle distribuzioni del colore);
- estrazione di caratteristiche dell'immagine digitale di una persona;
- registrazione dell'immagine e/o del modello di riferimento per un successivo confronto;
- misurazione delle somiglianze tra una serie di caratteristiche del modello con quelle già registrate nel sistema.

Tali tecnologie, com'è evidente, possono apportare un contributo prezioso all'attività delle forze di polizia, a cui è demandato il compito di identificare un soggetto nel caso in cui ci siano dubbi sulla sua identità, attualmente svolgendo *brevi manu* i rilievi tecnici all'uopo necessari (ad esempio, rilievi descrittivi, dattiloscopici e fotografici svolti nel corso del fermo identificativo).

3. Il quadro normativo: le Linee guida del Comitato Consultivo della Convenzione 108 e il Decreto 51/2018.

Come anticipato, il riconoscimento facciale consiste nell'elaborazione automatica di immagini digitali contenenti i volti degli individui per l'identificazione o la verifica di tali individui utilizzando modelli di volti.

Alla luce di quanto precede, emerge chiaramente che tale attività costituisce un trattamento di dati personali e, nello specifico, di dati biometrici, ossia dati relativi a caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona.

In tale contesto, lo scorso 28 gennaio il Comitato Consultivo della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di carattere personale 108/1981 (la "**Convenzione 108**") ha adottato le "*Guidelines on Facial Recognition*" (in italiano, "*Linee guida sul Riconoscimento Facciale*", le "**Linee guida**")[4], individuando specifici orientamenti in materia di riconoscimento facciale e fornendo ad enti quali governi, produttori di sistemi di riconoscimento facciale e pubbliche amministrazioni che utilizzano tali tecnologie le misure idonee a proteggere i diritti e le libertà degli interessati.

[3] Si legga, nello specifico, il "*Parere 2/2012 relativo al riconoscimento facciale nell'ambito dei servizi online e mobili*" adottato dal Working Party 29 il 22 marzo 2012.

[4] Le "*Guidelines on Facial Recognition*" adottate il 28 gennaio 2021 dal Comitato Consultivo della Convenzione *sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di carattere personale* 108/1981 sono disponibili al seguente URL: https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3.

In particolare, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione 108, il trattamento di speciali categorie di dati – nei quali rientrano i dati biometrici – può essere svolto solo se legittimato da una precipua base giuridica e se nel diritto dello Stato membro in cui è implementato siano previste garanzie adeguate rispetto ai rischi per gli interessati.

Con specifico riferimento al riconoscimento facciale nel settore pubblico, poi, il Comitato Consultivo della Convenzione 108 espressamente sancisce che, dato lo squilibrio di poteri tra i cittadini e le autorità pubbliche, la base giuridica per il trattamento dei dati biometrici deve essere individuata esclusivamente in norme specifiche che garantiscano sia che l'uso di tali tecnologie sia strettamente necessario e proporzionato alle finalità per le quali tale uso è implementato (per esempio, ordine pubblico o emergenza sanitaria) sia le necessarie garanzie da rispettare.

Infine, l'impiego di tali tecnologie per l'identificazione in un ambiente controllato o incontrollato dovrebbe essere limitato, in generale, a fini di sicurezza e dovrebbe essere effettuato esclusivamente dalle autorità competenti in tale settore.

L'impostazione delineata nelle Linee guida trova riscontro nel D.lgs. 51/2018 attuativo della Direttiva UE 680/2016 (il "**Decreto**"), che detta una disciplina per i trattamenti di dati personali per finalità di prevenzione di reati e minacce alla sicurezza pubblica e, anche su delega dell'Autorità Giudiziaria, di indagine, accertamento e perseguimento di reati, configurandosi a tal fine come *lex specialis* rispetto al Regolamento UE 679/2016 ("**GDPR**").

In particolare, il Decreto evidenzia che i trattamenti in commento determinano una forte interferenza con la vita privata delle persone e, pertanto, devono trovare "giustificazione" in un'adeguata base normativa.

L'art. 5 del Decreto, infatti, dispone che i trattamenti di dati personali[5] da parte degli organi di polizia devono basarsi su disposizioni di legge ovvero di regolamento.

Inoltre, il successivo art. 7 sancisce che il trattamento dei dati particolari di cui all'articolo 9, GDPR[6] (nello specifico dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica) da parte di pubbliche autorità a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali può essere effettuato "*solo se strettamente necessario e assistito da garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato e specificamente previsto dal diritto dell'Unione europea o da legge o, nei casi previsti dalla legge, da regolamento, ovvero, ferme le garanzie dei diritti e delle libertà, se necessario per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica o se ha ad oggetto dati resi manifestamente pubblici dall'interessato*".

---

[5] Per "trattamento" s'intende "*qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati, applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione*" [art. 2, par. 1, lett. b), Decreto].

[6] L'art. 9 GDPR annovera, in particolare, tra le particolari categorie di dati personali quelli che rivelano "*l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona*".

Le previsioni contenute del Decreto risultano inoltre coerenti con i principi generali stabiliti dal diritto unionale e, in particolare, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la "**CEDU**") e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (la "**Carta**").

Con riferimento alla prima, l'art. 8, CEDU prevede che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e che "*non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*".

Infine, l'art. 52 della Carta stabilisce che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa (quali il rispetto della vita privata[7] e la protezione dei dati personali[8]) devono essere previste dalla legge e devono, altresì, rispettare il contenuto essenziale di detti libertà e diritti.

4. Il sistema SARI.

Nel febbraio 2017, il Ministero dell'Interno – Dipartimento di pubblica sicurezza aveva bandito una procedura volta alla fornitura di una soluzione per l'allestimento di un Sistema Automatico di Riconoscimento d'Immagini ("**SARI**"), volto a gestire due diversi scenari operativi.

Da un lato, il Ministero aveva previsto uno scenario *enterprise* ("**SARI Enterprise**"), con un sistema in grado di ricercare un volto presente in un'immagine in modo automatico, per mezzo di algoritmi di riconoscimento facciale, all'interno di una banca dati di soggetti fotosegnalati (nello specifico, il *database Automatic Fingerprint Identification System*, "**AFIS**")

Dall'altro, è stato specificamente richiesto uno scenario *real-time* ("**SARI Real Time**") – che doveva impiegare come *engine* principale quello dello scenario *enterprise* – in cui il sistema analizza in tempo reale i volti dei soggetti ripresi da telecamere installate in un'area geografica circoscritta e delineata, per poi confrontarli con i dati presenti in una banca dati ristretta e predefinita denominata "*watch-list*" (della grandezza dell'ordine di migliaia di immagini), con generazione di un *alert* per gli operatori in caso di confronto positivo.

[7] Il diritto alla vita privata di cui all'art. 7 della Carta recita: "*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni*".

[8] Il diritto alla protezione dei dati personali è stabilito di cui all'art. 8 della Carta recita: "*ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente*".

5. Il provvedimento del Garante privacy su SARI Enterprise.

Con riferimento al primo scenario, all'esito della fase si sperimentazione del sistema SARI terminato nel settembre 2018[9], il Garante – con il provvedimento n. 440/2018 – aveva avuto modo di osservare che il trattamento di dati personali realizzato tramite SARI Enterprise non presenta criticità sotto un profilo privacy[10].

In particolare, SARI Enterprise affianca il sistema AFIS-SSA[11], che consente di effettuare ricerche nell'archivio AFIS tramite l'opera manuale di un addetto, il quale, a tal fine, deve inserire nella maschera di interrogazione informazioni quali anagrafiche, connotati e segni di vario genere (per esempio, colore dei capelli e degli occhi).

In tale contesto, il sistema SARI Enterprise si limita ad automatizzare le operazioni di cui sopra, consentendo un'elaborazione automatica della ricerca nel *database* di soggetti fotosegnalati e, pertanto, costituisce un trattamento di dati personali già previsto e disciplinato dalle fonti normative e, nello specifico, da quelle individuate nel Decreto del Ministro dell'interno del 24 maggio 2017 (recante l'individuazione dei trattamenti di dati personali effettuati dal Centro elaborazione dati del Dipartimento della pubblica sicurezza o da forze di polizia effettuati con strumenti elettronici, in attuazione dell'art. 53, comma 3, del d.lgs 196/2003).

Inoltre, a parere del Garante privacy, il requisito della stretta necessità del trattamento risulta confermato dalla connessione di tale sistema rispetto alle attività di identificazione svolte dalle forze di polizia, costituendo "*un mero ausilio all'agire umano, avente lo scopo di velocizzare l'identificazione, da parte dell'operatore di polizia, di un soggetto ricercato della cui immagine facciale si disponga, ferma restando l'esigenza dell'intervento dell'operatore per verificare l'attendibilità dei risultati prodotti dal sistema automatizzato*".

In conclusione, con riferimento al trattamento dell'immagine facciale per mezzo del sistema SARI Enterprise, il requisito della necessaria previsione normativa del trattamento di cui all'art. 7 del Decreto deve ritenersi soddisfatto dalle numerose disposizioni legislative e regolamentari citate nella scheda 19 del summenzionato Decreto del Ministro dell'interno[12], che recano, altresì, le necessarie garanzie per l'interessato.

---

[9] Si legga il comunicato del Ministero dell'Interno, disponibile al seguente URL: https://www.interno.gov.it/it/notizie/sistema-automatico-riconoscimento-immagini-futuro-diventa-realta.

[10] Il provvedimento n. 440 adottato dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali il 26 luglio 2018 è disponibile al seguente URL: https:/ /www.garanteprivacy.it/web/guest/docweb/GarantePrivacy-9040256-1.6 (3).pdf.

[11] In particolare, il "Sotto Sistema Anagrafico" (SSA) è un sistema informatico in grado di effettuare ricerche avanzate nell'archivio di soggetti fotosegnalati, consentendo la piena fruizione del patrimonio informativo contenuto nella banca dati AFIS. Mediante tale sistema di ricerca (accessibile via web soltanto ad utenti autorizzati e da postazioni abilitate) è possibile interrogare anagraficamente gli archivi elettronici dell'AFIS sulla base dei diversi parametri (generalità, nazionalità, rilievi descrittivi, *etc.*) acquisiti all'atto della segnalazione. L'applicativo SSA permette quindi di visualizzare le fotosegnalatiche dei soggetti selezionati in base al tipo di ricerca, unitamente ai relativi *alias*, di esportarle in formato elettronico e di stamparle, nonché di mantenere un archivio delle ricerche effettuate, integrandole o affinandole successivamente sulla base di ulteriori elementi.

[12] Nello specifico, il trattamento dei dati biometrici ricavabili dall'immagine del volto di un individuo effettuato dalle forze di polizia a fini di prevenzione, indagine, accertamento e persegui-

6. Il Parere sfavorevole su SARI Real Time.

Nel 2021 il Garante privacy ha avuto modo di esprimersi anche sul secondo scenario, a valle della descrizione del sistema SARI Real Time inoltrato dal Ministero dell'Interno, unitamente alla valutazione di impatto ai sensi dell'art. 23 del Decreto.

Vale la pena di precisare che l'articolo in commento pone in capo al titolare del trattamento[13] l'onere di effettuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali tutte le volte in cui "*il trattamento, per l'uso di nuove tecnologie e per la sua natura, per l'ambito di applicazione, per il contesto e per le finalità, presenta un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche*".

In particolare, il secondo comma dell'art. 23 richiede che la valutazione contenga:

- una descrizione generale dei trattamenti previsti;
- una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati;
- le misure previste per affrontare tali rischi;
- le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per garantire la protezione dei dati personali e il rispetto Decreto.

Quanto alla descrizione dei trattamenti, dalla documentazione prodotta emergeva che SARI Real Time – attualmente non ancora in uso – consentirebbe, da un lato, di analizzare i volti dei soggetti ripresi con le modalità descritte nel precedente paragrafo 4 e, dall'altro, registrare i flussi video delle telecamere, fungendo, pertanto, da attività di videosorveglianza.

All'interno della valutazione d'impatto, il Ministero richiamava numerose disposizioni che avrebbero dovuto legittimare il trattamento in oggetto, tra cui alcuni articoli del Codice di procedura penale, del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza ("**TULPS**") e del D.P.R. 15/2018 recante l'individuazione delle modalità di attuazione dei principi del Codice relativamente al trattamento dei dati effettuato per le finalità di polizia.

Con riferimento alle summenzionate disposizioni di legge, il Garante ha avuto modo di osservare nello specifico che:

- l'art. 1 del TULPS[14] prevede i compiti generali dell'attività dell'Autorità di pubblica sicurezza, senza operare alcun riferimento al trattamento di dati biometrici; e partimenti

---

mento di reati o esecuzione di sanzioni penali, troverebbe idonea base giuridica in una pluralità di fonti normative, tra cui: l'art. 4 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza; l'art. 349 del Codice di procedura penale; l'art. 11 del decreto legge 21 marzo 1978, n. 59, convertito in legge 18 maggio 1978, n. 191; l'art. 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

[13] Per "titolare del trattamento" s'intende "*l'autorità competente che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione europea o dello Stato, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua nomina possono essere previsti dal diritto dell'Unione europea o dello Stato*" [art. 2, par. 1, lett. h), Decreto].

[14] In particolare, l'art. 1 del TULPS recita: "*l'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle provincie e dei comuni, nonché delle ordinanze delle Autorità; presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni. Per mezzo dei suoi ufficiali, ed a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composi-*

- gli artt. 134 comma 4, 234, 266 e 431 comma 1, lett. b), del Codice di procedura penale – relativi alla documentazione degli atti per riproduzione audiovisiva, l'acquisizione di documenti mediante fotografia ed altri mezzi e l'intercettazione di flussi di comunicazioni telematiche o tra presenti mediante dispositivi elettronici portatili – non possono costituire precipua base giuridica per trattamenti di dati biometrici diretti all'identificazione personale; e ancora
- gli artt. 55, 348, 354 e 370 del Codice di procedura penale, che attengono alle funzioni di polizia giudiziaria nell'assicurare le fonti di prova e nel condurre accertamenti su luoghi o persone, di iniziativa o su delega dell'Autorità giudiziaria, non prevedono il trattamento dei dati biometrici; infine
- il Capo V del D.P.R. 15/2018 prevede e disciplina il trattamento dei dati attraverso sistemi di videosorveglianza e di ripresa fotografica, audio e video, "*sistemi ontologicamente diversi da quelli dei dati biometrici*"[15].

Alla luce di quanto precede, le suddette fonti normative non risultano soddisfare – a parere del Garante – i requisiti di specificità richiesti dal Decreto per il trattamento dei dati biometrici per finalità di sicurezza pubblica e repressione dei reati, che, tra l'altro, "*non può considerarsi, di per sé, fonte normativa idonea a legittimarli, in quanto è diretto a specificare le condizioni che ne consentono l'effettuazione, tra le quali individua, appunto, la sussistenza di una norma del diritto dell'Unione o dello Stato nazionale che lo autorizzi specificamente*".

Pertanto, conclude il Garante privacy, allo stato non è possibile individuare alcuna base giuridica ai sensi dell'art. 7 del Decreto, idonea a consentire il trattamento dei dati biometrici per le finalità in argomento, diverso e ulteriore rispetto a quelli individuato con riferimento a SARI Enterprise.

---

zione dei dissidi privati. L'autorità di pubblica sicurezza è provinciale e locale. Le attribuzioni dell'autorità provinciale di pubblica sicurezza sono esercitate dal prefetto e dal questore; quelle dell'autorità locale dal capo dell'ufficio di pubblica sicurezza del luogo o, in mancanza, dal Podestà".

[15] Sul punto, si noti che il Considerando 51 del GDPR chiarisce che: "*meritano una specifica protezione i dati personali che, per loro natura, sono particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali [...] Il trattamento di fotografie non dovrebbe costituire sistematicamente un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando saranno trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica. Tali dati personali non dovrebbero essere oggetto di trattamento, a meno che il trattamento non sia consentito nei casi specifici di cui al presente regolamento, tenendo conto del fatto che il diritto degli Stati membri può stabilire disposizioni specifiche sulla protezione dei dati per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento ai fini della conformità a un obbligo legale o dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o per l'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Oltre ai requisiti specifici per tale trattamento, dovrebbero applicarsi i principi generali e altre norme del presente regolamento, in particolare per quanto riguarda le condizioni per il trattamento lecito*".

7. Osservazioni conclusive.

Come osservato dal Garante, il trattamento di immagini volte ad identificare soggetti nell'ambito della pubblica sicurezza è un argomento di estrema delicatezza e, pertanto, necessita di un'attenta ponderazione d'insieme, al fine di evitare che singole iniziative, sommate tra loro, definiscano un nuovo modello di sorveglianza e "*introducano, di fatto, un cambiamento non reversibile nel rapporto tra individuo ed autorità*".

In tale contesto, il sistema SARI Real Time determinerebbe un'evoluzione dell'attività di sorveglianza, passando da adempimento mirato nei confronti di specifici individui ad osservazione *tout court* per finalità di pubblica sicurezza, generando modelli di tutti i consociati per confrontarli con quelli delle persone incluse nella citata *watch-list*.

Lo scenario delineato – in Italia ancora ipotetico – è già in alcuni Paesi del mondo una realtà che ha costituito una svolta nella repressione dei reati.

Si pensi, per esempio, alla Cina e alla Russia che, con un approccio centralizzato e ingenti investimenti pubblici, hanno già "sdoganato" un sistema di controllo basato su tecnologie di riconoscimento facciale in ambito di sicurezza e prevenzione dei reati.

E ancora, si guardi agli USA che – nell'ottica di una politica liberale – danno ampio spazio alla ricerca privata, con scarsi interventi pubblici, affrontando i grandi temi etici, politici e legali solo a seguito di istanze da parte di specifici gruppi di interesse.

La via europea, differentemente da USA, Cina e Russia, è orientata ad una cooperazione tra gli Stati membri improntata a favorire uno sviluppo tecnologico "umanocentrico"[16].

Tale attenzione è confermata – *inter alia* – dalle Linee guida che, nell'ambito dell'utilizzo di tecnologie di riconoscimento facciale per finalità di prevenzione, segnalano l'"intrusività" che tale utilizzo comporta per il diritto alla vita privata e alla privacy degli individui e, in generale, per i diritti e le libertà fondamentali.

Ciò si traduce nell'esigenza a che i singoli Stati membri assicurino – con un impegno costante e proporzionato – le necessarie garanzie normative volte a rendere adeguatamente prevedibile l'uso di tali sistemi e a non conferire un'eccessiva discrezionalità alla pubblica autorità sull'utilizzo degli stessi, determinando, altresì, i limiti dei sistemi in oggetto e stimando (e quindi attenuando) le conseguenze per gli interessati in caso di errori (si pensi, ad esempio, ai falsi positivi).

In Italia, molti sono ancora gli interrogativi – invero già portati all'attenzione del Parlamento in una recente interrogazione – a cui il legislatore dovrà dare una chiara e precisa risposta normativa, prevedendo sia l'*an* (ossia la possibilità di effettuare il trattamento di dati biometrici con le anzidette modalità) sia il *quomodo*, disciplinando, ad esempio, i *database* a cui il sistema SARI può eventualmente attingere oltre all'AFIS e i cittadini inclusi in tali banche dati, nonché i controlli svolti sugli accessi al sistema di riconoscimento.

---

[16] Sul punto, "*Intelligenza artificiale, cos'è, come funziona e le applicazioni in Italia ed Europa*", di M. Nicotra, in *Agenda digitale*, disponibile al seguente URL: https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/intelligenza-artificiale-la-via-delleuropa-su-regole-e- investimenti/.

PROCURA EUROPEA: DAL 1° GIUGNO ENTRA IN FUNZIONE L'ORGANO INVESTIGATIVO SOVRANAZIONALE

Luigi Palmieri*

Sommario: 1. La decisione di esecuzione (UE) 2021/856 del 25.5.2021. – **2.** La legittimazione sovranazionale dei PED. – **3.** L'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle disposizioni contenute nel regolamento (UE) 2017/1939. – **4.** Conclusioni.

1. La decisione di esecuzione (UE) 2021/856 del 25.5.2021.

La decisione di esecuzione (UE) 2021/856 del 25 maggio 2021 della Commissione ha stabilito che dal 1° giugno 2021 la procura europea "assume i compiti di indagine e azione penale ad essa conferiti dal regolamento (UE) 2017/1939"[1].

Il provvedimento è giunto al termine dell'*iter* politico-amministrativo che ha condotto all'integrale composizione dell'Ufficio centrale dell'*Eppo*[2] e, successivamente, alla decisione della Commissione – adottata su proposta conforme del procuratore capo europeo (*ex* art. 120, par. 2 c. 2, reg. 2017/1939) – di individuare il *dies a quo* (1° giugno 2021) per la formale assunzione delle attività[3].

Oltre al tempestivo completamento dell'organigramma, i segnali della concreta operatività dell'Ufficio centrale arrivano dalle decisioni già assunte dal collegio sin dal momento della sua costituzione e nonostante l'incessante emergenza epidemiologia.

Ci si riferisce, in particolare, all'adozione del regolamento interno (2021/C 22/03) del 12 ottobre 2020, a cui il regolamento istitutivo di *Eppo* ha demandato la regola-

---

* Avvocato.

1 Il regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio è stato adottato il 12 ottobre 2017.

2 Il collegio si è costituito il 28 settembre 2020, mentre gli altri organi monocratici – procuratore capo europeo, procuratori europei, sostituti del procuratore capo europeo, direttore amministrativo – sono stati tutti nominati da ottobre 2019 a gennaio 2021. Il 27 luglio 2020 sono stati nominati i 22 procuratori europei. Per l'Italia è stato nominato il Dott. Danilo Ceccarelli, che ha assunto anche la funzione di vice procuratore capo europeo unitamente al tedesco Andrès Ritter.

3 Così il *considerando* 2 della decisione 2021/856. In particolare, il 7 aprile 2021 il procuratore capo europeo ha proposto alla Commissione che l'*Eppo* assumesse i suoi compiti di indagine e di azione penale il 1° giugno 2021.

mentazione delle funzioni organizzative e degli aspetti operativi non ancora disciplinati.

Si è, inoltre, avviato il percorso per rendere operativo il *sistema di gestione automatico dei fascicoli* – *ex* art. 44 par. 1 del regolamento (UE) 2917/1939 – per prestare sostegno alle indagini e alle azioni penali promosse.

Un *sistema* destinato a registrare le notizie di reato sovranazionali, con l'obbligo per i procuratori europei delegati presso i singoli Stati membri di aprire il «*fascicolo*» – *ex* art. 45 reg. 2017/1939 – quando *Eppo* avvia una indagine (o esercita il diritto di avocazione *ex* art. 27) per, poi, annotare tutti gli aggiornamenti relativi all'attività investigativa espletata sino alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale[4].

La piena operatività del *sistema* garantirà, inoltre, l'interscambio informatico con Eurojust[5] e consentirà, a quest'ultimo, tramite il sistema *hit/no hit*, l'accesso indiretto alle informazioni contenute nel sistema automatico di gestione dei fascicoli[6].

Pur mantenendo distinte le rispettive competenze, l'interazione è stata costruita dal legislatore europeo mediante l'indicazione delle attività che *Eurojust*[7] fornirà ad *Eppo* per supportarne le indagini.

Se è vero che l'azione di Eurojust rappresenta una eventualità (attivabile solo su espressa richiesta di *Eppo*), è altresì vero che l'assiduo collegamento istituzionale tra il procuratore capo europeo e il Presidente di *Eurojust* fa presumere una dipendenza funzionale all'assistenza giudiziaria di Eurojust per le indagini transfrontaliere condotte da *Eppo*.

Per questo motivo, il collegio di *Eppo* ha recentemente concluso un accordo di cooperazione con Eurojust finalizzato a valorizzare l'azione di coordinamento investigativo rivelatasi, negli ultimi anni, decisiva per le indagini transfrontaliere per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e che coinvolgono le autorità giudiziarie di Paesi terzi[8].

Più di un concreto segnale, dunque, proveniente da Lussemburgo idoneo a fugare qualsiasi dubbio sull'impellente necessità di avviare le funzioni di *Eppo* a cui sarà affidato, tra l'altro, il compito di "vigilare" sul corretto impiego dei fondi (750 miliardi di euro) destinati al c.d. *Next Generation UE*.

La procura europea è organizzata, però, non soltanto a livello centrale, ma anche a livello decentrato per il tramite delle funzioni assegnate dal regolamento ai procuratori europei delegati presso i singoli Stati membri.

---

[4] Il sistema automatico di gestione dei fascicoli è espressamente richiamato nel considerando 6 della decisione in commento.

[5] Le relazioni tra *Eppo* e Eurojust sono state espressamente disciplinate dall'art. 100 del reg. 2017/1939 e dall'art. 50 del reg. 2018/1727 mediante la previsione di due macro aree di cooperazione: il coordinamento operativo e lo scambio d'informazioni.

[6] L'accesso indiretto è contemplato dall'art. 50 par. 1 del reg. 2018/1727 e dall'art. 100 del reg. 2017/1939.

[7] Eurojust è un organismo che svolge le funzioni coordinamento investigativo per il tramite dei membri nazionali. Il 14 novembre 2018 è stato adottato il regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio che ha istituito l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (*Eurojust*). Sia consentito il rinvio a L. Palmieri, *La riforma di Eurojust e i nuovi scenari in materia di cooperazione giudiziaria*, Milano, 2019, 49.

[8] L'accordo è consultabile al seguente link https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-02/Working-Arrangement-Eurojust-EPPO.pdf.

Sono state, così, soddisfatte tutte le condizioni (e i termini) previsti dall'art. 120 par. 2, c. 2, del regolamento (UE) 2017/1939, tali da consentire alla Commissione, con la decisione in commento, di dare formale esecuzione all'attività di *Eppo*.

Com'è noto, però, nonostante la diretta applicabilità della fonte regolamentare all'interno dei sistemi nazionali, gli Stati membri hanno "adeguato" alla disciplina sovranazionale quella interna e designato i procuratori europei delegati, individuando la conseguente ripartizione funzionale e territoriale.

2. La legittimazione sovranazionale dei PED.

L'art. 13 del regolamento 2017/1939 ha conferito al procuratore europeo delegato (PED) presso i singoli Stati membri una legittimazione sovranazionale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea secondo le regole investigative e probatorie nazionali, mentre ai due organi cui spettano scelte anche di "politica giudiziaria" – procuratore capo europeo e procuratore europeo – la supervisione delle indagini e delle azioni penali di cui sono responsabili i procuratori delegati (*ex* artt. 11 e 12 del regolamento 2017/1939), con l'espresso riconoscimento agli stessi del requisito dell'indipendenza[9].

Il regolamento ha delimitato il perimetro di legittimazione esclusivo di *Eppo* attraverso il rinvio, *per relationem*, ai reati elencati nella direttiva (UE) 2017/1373 (c.d. PIF)[10], ovvero alle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione[11], ed in particolare:

---

[9] Sulla procura europea, v. diffusamente in dottrina, G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine europeo di indagine*, Milano, 2017, p. 75; L. Salazar, Habemus Eppo*! La lunga marcia della procura europea*, in *Arch. pen. (web)*, 2017, 3, 1; F. Spiezia, *Gli scenari per l'istituzione del Procuratore europeo alla luce del Trattato di Lisbona e i rapporti con Eurojust*, in Aa.Vv., a cura di L. Camaldo, *L'istituzione del Procuratore e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014, 127; Id., *L'istituzione del procuratore europeo nella Proposta di regolamento della Commissione europea del 17 luglio 2013: quali nuovi assetti per lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia?*, in *Cass. pen.*, 2014, 1848.

[10] Il 5 luglio 2017 è stata approvata la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale. Si tratta della direttiva adottata sulla base dell'art. 83 TFUE anziché dell'art. 325 TFUE come originariamente proposto dalla Commissione europea, finalizzata all'armonizzazione del diritto penale sostanziale per favorire la tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale. Sul tema, v. in dottrina, E. Basile, *Luci e ombre nel processo di integrazione UE in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 12, 2017, 63; F. La Vattiata, *La nuova direttiva PIF. Alcune riflessioni in tema di adattamento dell'ordinamento italiano*, in *rivista.Eurojust.it*, 8 giugno 2018; N. Parisi, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, n. 9. Con il decreto legislativo n. 75 del 14 luglio 2020 è stata recepita in via definitiva la Direttiva (UE) 2017/1371 (cd. Direttiva PIF) del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, recante norme per la "*lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*".

[11] La direttiva (UE) 2017/1371 ha definito analiticamente quali condotte rientrano nella definizione di «*frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea*», ed in particolare in materia di appalti e di risorse diverse da quelle provenienti dall'IVA indicando le seguenti condotte: a) l'azione o l'omissione relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima per suo conto; b) la

le "gravi" frodi all'IVA[12], laddove il concetto di "gravità" è definito avuto riguardo al carattere transfrontaliero delle condotte illecite e all'ammontare dal danno pari almeno a dieci milioni di euro; le condotte di corruzione attiva e passiva, di appropriazione indebita e di riciclaggio[13] che ledano gli interessi finanziari dell'Unione; i reati relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale[14], se l'attività criminosa è incentrata alla commissione di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Vi è inoltre una generica estensione della competenza di *Eppo* – ai sensi dell'art. 22 par. 3 – a qualsiasi altro «*reato indissolubilmente connesso*» ad una delle fattispecie relative alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione innanzi elencate.

Per le menzionate fattispecie di reato, i procuratori europei delegati agiscono per conto dell'*Eppo* nei rispettivi Stati membri e dispongono degli stessi poteri dei procuratori nazionali in materia di indagine e azione penale dagli stessi avviate, sempre seguendo le direttive e le indicazioni impartite dalla camera permanente incaricata del caso nonché le istruzioni del procuratore europeo incaricato della supervisione.

Per conto della camera permanente, i procuratori europei supervisionano le indagini e le azioni penali dei procuratori europei delegati presso i singoli Stati membri e possono, altresì, impartirgli istruzioni finalizzate «*all'efficiente svolgimento dell'indagine e dell'azione penale o nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento di Eppo*»[15].

La supervisione, pertanto, avviene mediante un'attività di costante controllo e scambio di informazioni sull'attività investigativa espletata[16].

I procuratori europei, infatti, sono sempre in stretta consultazione con i procuratori europei delegati, ai quali forniscono ogni informazione utile all'attività investigativa[17].

mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegue la distrazione di tali fondi o beni per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi.

12 Con riferimento alle frodi c.d. IVA, l'art. 3 par. 2 lett. d) della direttiva (UE) 2017/1371 ha individuato le seguenti condotte: a) l'azione o l'omissione commessa in sistemi fraudolenti transfrontalieri in relazione all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione; b) la mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione; c) la presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti e rimborsi dell'IVA.

13 La definizione di *riciclaggio* è indicata nella direttiva 2015/849 del Parlamento e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

14 La definizione di *organizzazione criminale* è contenuta della Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio del 24 ottobre 2008 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata.

15 Così, testualmente, l'art. 12 par. 3 del reg. 1939/2017.

16 Sul punto, v. in dottrina, M.R. Marchetti, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in Aa.Vv., *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, 9 ed., 2018, Milano, 1174.

17 Ai procuratori europei è riconosciuta la facoltà di chiedere – in via eccezionale e per ragioni attinenti al carico di lavoro derivante dal numero di indagini e azioni penali nel proprio Stato membro di origine o a un personale conflitto di interessi – che la supervisione delle indagini e azioni penali relativi a singoli casi trattati da procuratori europei delegati nel proprio Stato membro di origine sia assegnata ad altri procuratori europei, fatto salvo l'assenso di questi ultimi.

Il Collegio, in particolare, adotta le decisioni sulle questioni strategiche e su quelle di ordine generale, al fine di assicurare «*coerenza, efficienza e uniformità*» in tutti gli Stati membri all'azione penale compiuta dall'*Eppo*[18].

Le camere permanenti, invece, sono presiedute dal Procuratore capo europeo o da uno dei suoi sostituti o da un Procuratore europeo nominato in conformità al regolamento interno dell'*Eppo*, a cui è attribuito il compito di monitorare e indirizzare le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati, oltre a garantire il coordinamento investigativo nelle indagini transnazionali[19].

I procuratori europei delegati sono nominati per un periodo di cinque anni non rinnovabile e vengono assunti come «*consiglieri speciali*» secondo le condizioni d'impiego degli agenti dell'Unione[20].

Il bilancio autonomo assegnato alla procura europea è, pertanto, gravato anche della retribuzione spettante ai magistrati assegnati all'esercizio delle funzioni presso ciascun Stato. Inoltre, quando i procuratori europei delegati agiscono per conto dell'*Eppo*, le spese pertinenti all'attività di indagine e di azione penale sono iscritte nel bilancio autonomo della procura europea[21].

La necessità di far fronte ai costi da sostenere ha indotto il collegio, il 13 gennaio 2021, ad adottare le regole finanziarie dell'*Eppo*, conformemente a quanto stabilito dall'art. 95 del regolamento.

In questo senso, la decisione in commento ha sottolineato l'importanza dell'autonomia finanziaria di *Eppo*, quale garanzia di «*autonomia e indipendenza*»[22].

3. L'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle disposizioni contenute nel regolamento (UE) 2017/1939.

La prospettiva descritta nell'art. 86 del Trattato di Lisbona, e successivamente così delineata attraverso l'adozione del regolamento 2017/1939, ha imposto agli Stati membri di adeguare il sistema processuale al fine di eliminare previsioni interne inconciliabili con le disposizioni previste nello stesso regolamento.

Si pensi, ad esempio, all'espresso riconoscimento di indipendenza attribuito al procuratore capo europeo – nominato dal Parlamento e dal Consiglio – che suscita qualche perplessità se raffrontato con la collocazione istituzionale dell'ufficio del pubblico ministero nel nostro Paese, ovvero con la consacrata garanzia di indipendenza rispetto agli altri poteri dello Stato[23].

---

[18] L'art. 9 par. 2 del reg. 1939/2017 ha individuato l'attività e le funzioni attribuite al Collegio.

[19] Oltre al Presidente, le camere permanenti dispongono di due membri permanenti. Il numero delle camere permanenti e la loro composizione, nonché la ripartizione delle competenze tra le camere, tengono debitamente conto delle esigenze funzionale dell'*Eppo*, e sono determinati in conformità del regolamento interno adottato da *Eppo*.

[20] Così, L. Salazar, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento Eppo alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, 4/2021, 67.

[21] Relativamente alla gestione del bilancio, v. diffusamente l'art. 91 del reg. 2017/1939.

[22] Così il *considerando* 5 e 8 della decisione 2021/856.

[23] A proposito del requisito dell'indipendenza – espressamente sancito all'art. 6 del reg. 2017/1939 – è vero che *Eppo* risponde all'istituzione dell'Unione soltanto per quanto concerne le «*attività generali*» (*ex* art. 7 del reg. 2017/1939) e non anche in relazione all'attività di indagine e

Ancora, il potere di controllo sulle indagini attribuito alla camera permanente priva il procuratore europeo delegato dell'autonomia che caratterizza, nel nostro sistema, le funzioni riconosciute al magistrato del pubblico del ministero.

È evidente che la diretta applicabilità del regolamento ha imposto, comunque, una rivisitazione dei sistemi interni per armonizzare i diversi modelli processuali degli Stati membri.

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 9, l'Italia ha tempestivamente ottemperato all'adeguamento della normativa nazionale con le disposizioni del regolamento istitutivo ed ha, così, introdotto, nel sistema interno, le funzioni del procuratore europeo delegato.

La ripartizione territoriale dei procuratori europei delegati ha coinvolto nove "procure distrettuali" (Bari, Bologna, Catanzaro, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Venezia), e – seppur con una diversa attribuzione numerica per ciascun ufficio – è stato previsto un organico complessivo di venti magistrati[24].

È stato, così, disegnato l'ambito distrettuale di operatività dei procuratori delegati[25] e disciplinata la procedura di designazione nonché il loro rispettivo *status* ordinamentale[26].

Ai procuratori europei delegati è stato attribuito l'esercizio, nell'interesse della procura europea, delle funzioni e dei poteri spettanti ai pubblici ministeri nazionali senza, però, essere assoggettati ai poteri di direzione attribuiti ai procuratori della Repubblica[27] e nemmeno all'attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello (*ex* art. 6 del d.lgs. n. 106 del 2006)[28].

di azione penale. Così, in dottrina, L. De Matteis, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questione Giustizia*, 23 marzo 2021. L'articolo è consultabile gratuitamente al seguente link https://www.questionegiustizia.it/articolo/autonomia-ed-indipendenza-della-procura-europea-come-garanzia-dello-stato-di-diritto.

[24] Le sedi e il numero dei procuratori europei delegati sono state individuate con il decreto ministeriale del 15 aprile 2021, previo accordo concluso tra la Ministra della Giustizia ed il procuratore capo europeo (pubblicato in GU il 1° aprile 2021 n. 79) previsto dall'art. 4 del decreto legislativo del 2 febbraio 2021, n. 9. Il 3 maggio 2021 sono stati nominati quindici dei venti procuratori europei delegati.

[25] Roma (Roma, Cagliari, L'Aquila, Perugia, per un totale di n. 3 PED); Milano (Milano e Brescia, per un totale di n. 3 PED); Bari (Bari, Campobasso, Lecce, per un totale di n. 3 PED); Bologna (Bologna, Ancora, Firenze, per un totale di n. 2 PED); Catanzaro (Catanzaro, Potenza, Reggio Calabria, per un totale di n. 2 PED); Napoli (Napoli e Salerno, per un totale di n. 2 PED); Palermo (Palermo, Caltanissetta, Catania, Messina, per un totale di n. 2); Torino (Torino e Genova, per un totale di n. 2 PED); Venezia (Venezia, Trento, Trieste, per un totale di n. 2 PED).

[26] Per quanto concerne i procuratori europei delegati, il decreto legislativo 9/2021 ha stabilito il trattamento economico e il regime contributivo (art. 7), le valutazioni di professionalità (art. 11) e i procedimenti disciplinari (art. 13).

[27] L'art. 9 del d.lgs. 9 del 2021 ha sottratto i PED dai poteri di direzione attribuiti ai procuratori della repubblica di cui all'art. 70 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 e degli artt. 1,2,3,4 c. 1 del d.lgs 20 febbraio 2006 n.106.

[28] Ai sensi dell'art. 9 c. 3 del d.lgs. 9 del 2021, non si applicano le norme in materia avocazione e quelle relative all'attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. Viene meno, altresì, la disposizione, prevista dall'art. 53 c.p.p., relativa all'autonomia del pubblico ministero in udienza.

Una scelta obbligata del legislatore italiano per uniformarsi ai poteri di supervisione e controllo delle camere permanenti e del procuratore europeo.

L'art. 14 del decreto legislativo ha, inoltre, disciplinato l'acquisizione, la trasmissione e l'iscrizione della notizia di reato attribuite alla legittimazione di *Eppo*.

In particolare, le comunicazioni di cui all'art. 347 c.p.p. saranno trasmesse al magistrato del pubblico ministero nazionale e al procuratore europeo delegato legittimati, *ratione loci*, a conoscere della notizia di reato.

Il pubblico ministero è tenuto a disporre, comunque, l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335, c. 1, c.p.p. in tre ipotesi: per le notizie ricevute o acquisite di propria iniziativa; quando risulti necessario procedere al compimento di atti urgenti; quando abbia motivo di ritenere che il ritardo nell'iscrizione della *notitia criminis* possa compromettere l'attività investigativa.

Al di fuori delle ipotesi menzionate, il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 14 c. 3 del d. lgs. n. 9/2021, provvederà all'annotazione della notizia di reato in un apposito registro "delle notizie di reato europee", tenuto in forma automatizzata, che sarà istituito con decreto dal Ministro della giustizia.

Nel caso in cui la procura europea comunichi di non voler esercitare la propria "competenza" (o siano decorsi trenta giorni dall'annotazione nell'istituendo registro di cui all'art. 14 c. 3), il pubblico ministero procederà agli adempimenti previsti dall'art. 335, c. 1, c.p.p.

Per quanto concerne i contrasti, l'art. 25 par. 6 del regolamento 2017/1939 ha previsto che l'eventuale disaccordo tra l'*Eppo* e le procure nazionali relativamente all'attribuzione di competenze per l'esercizio dell'azione penale sia risolto dalle autorità nazionali.

L'art. 16 del menzionato decreto legislativo ha individuato il procuratore generale presso la Corte di cassazione quale organo legittimato a dirimere tali contrasti tra la procura europea ed una o più procure della Repubblica ed ha richiamando espressamente l'applicazione delle norme relative ai contrasti positivi e negativi tra pubblici ministeri.

4. Conclusioni.

Completata la procedura di nomina dei procuratori europei delegati, seppur a distanza di oltre tre anni dall'entrata in vigore del regolamento istitutivo, la procura europea si avvia ad espletare l'attività investigativa per l'ambito di legittimazione sovranazionale attribuitole dal regolamento[29].

La tempestiva adozione della decisione 2021/856 è emblematica dell'esigenza di non differire oltre il formale avvio delle attività di *Eppo* in ragione dell'avvenuta nomina di almeno due procuratori europei delegati per ciascun Stato membro.

L'auspicio è che tutti gli Stati membri provvedano, nel più breve tempo possibile, a completare la procedura di nomina di tutti i procuratori europei delegati.

[29] Cfr. *considerando* 4 della decisione di esecuzione (UE) 2021/856 della Commissione. Ad eccezione di Slovenia e Finlandia tutti gli Stati hanno provveduto alla nomina di almeno due procuratori europei delegati.

La scelta di dare comunque inizio alle attività investigative è chiaramente rilevabile da una precisa indicazione evidenziata nella decisione in commento[30], secondo la quale, al fine di non pregiudicare l'avvio delle attività, si ricorda che il procuratore europeo degli Stati membri interessati ha la possibilità (ai sensi dell'art. 28 par. 4 reg. 2017/1939) di condurre personalmente le indagini in ossequio ai poteri, le responsabilità e gli obblighi analoghi a quelli riconosciuti ai procuratori europei delegati.

Infine, un'altra scelta di tipo organizzativo in questa prima fase di avvio delle attività investigative è stata anticipata dal Vice procuratore capo e procuratore europeo italiano, Dott. Danilo Ceccarelli: l'ufficio europeo seguirà il criterio di priorità in ragione del quale saranno trattati, prima, i procedimenti nella «*fase iniziale*» e, successivamente, quelli già in corso e gestiti dalle autorità nazionali[31].

[30] Cfr. *considerando* 4 della decisione di esecuzione (UE) 2021/856 della Commissione.

[31] Ci si riferisce all'intervista rilasciata dal Dott. Danilo Ceccarelli al *Il Sole 24 Ore* il 31 maggio 2021.

PRETESA PUNITIVA E REATO COMMESSO ALL'ESTERO

Giovanni Dalla Pria*

Sommario: 1. Normativa. – **2.** Territorialità della legge penale. – **3.** Questioni concettuali. – **4.** Condizioni obiettive di punibilità. – **5.** Condizioni di procedibilità. – **6.** Delitto politico.

1. Normativa.

Il Codice penale dedica ai reati commessi all'estero gli artt. 7, 8, 9 e 10 di cui al Titolo I ("*Della legge penale*") del Libro I ("*Dei reati in generale*"). Li accomuna, oltre il fatto di reato *extra moenia*, la qualificazione da parte della legge penale italiana, attraverso la formula "è punito secondo la legge italiana" (o "*secondo la legge medesima*")[1]. In tal senso, l'art. 11, comma 2, c.p., profilando la deroga al principio del *ne bis in idem*, ammette il rinnovamento del giudizio estero, intervenuto su casi

* Magistrato della Corte dei Conti.

[1] V. F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2020, 991 e 992; T. Padovani, *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, 57 ss.; cfr. Cass. pen., sez. V, sent. n. 13525/2016, secondo cui "*al di là delle contrapposizioni dottrinali, è controversa anche presso la giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso (cosiddetta doppia incriminabilità). Ed, infatti, in alcune decisioni si afferma che tale principio opera esclusivamente ai fini dell'estradizione, mentre, in tema di reati commessi all'estero e di rinnovamento del giudizio (artt. 7 e segg., 11 c.p.), la qualificazione delle fattispecie penali deve avvenire esclusivamente alla stregua della legge penale italiana, a nulla rilevando che l'ordinamento dello Stato nel cui territorio il fatto è stato commesso non preveda una persecuzione penale dello stesso fatto (Sez. 2, n. 2860 del 6 dicembre 1991 – dep. 16 marzo 1992, Buquicchio, Rv. 189895); in altre si è ritenuto che, in tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'articolo 7 c.p., è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge penale italiana, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati, ancorché con* nomen iuris *e pene diversi (Sez. 1, n. 38401 del 17 settembre 2002, Minin, Rv. 222924)*".

regolati da tali articoli, da parte della giurisdizione italiana. L'art. 10 c.p.p. regola la competenza per i reati commessi all'estero.

Nel caso dell'art. 7 opera dapprima il principio della difesa, a presidio dei supremi interessi statutali. Infatti, vengono individuati delitti (corrispondenti ai numeri 1, 2, 3 e 4) sempre perseguibili e sottratti a preclusioni di rito. La disposizione segue poi il principio di universalità della legge penale (numero 5), applicando quest'ultima a reati i cui beni tutelati interessano tutti gli Stati. L'art. 8 ascrive la categoria del delitto politico a fattispecie ulteriori e residuali ("*non comprese*", dice l'articolo) rispetto ai delitti contemplati al n. 1 dell'art. 7. Tale categoria è prevista nei più ampi termini di "*reato politico*" dall'art. 698, comma 1, c.p.p. ai fini dell'estradizione.

L'art. 9 opera "*fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti*". Il comma 3 prevede che il delitto sia commesso ai danni delle Comunità Europee, di uno Stato estero o di uno straniero. Lo Stato estero è soggetto passivo specifico del delitto, non titolare della relativa repressione, al pari del successivo art. 10, comma 2. Nel caso dell'art. 10 si persegue il delitto comune commesso all'estero dallo straniero ai danni dello Stato italiano e del cittadino, (comma 1). In tal caso, lo Stato è contestualmente soggetto passivo specifico e titolare della funzione repressiva.

Per inciso, gli artt. 17 e 18 c.p.m.p. disciplinano i reati militari commessi all'estero (vanno citati anche gli artt. 239 e 255 c.p.m.g.). L'art. 17 qualifica il fatto di reato "*osservate le convenzioni e gli usi internazionali*", applicandosi la legge penale militare "*alle persone che vi sono soggette*". L'art. 18 qualifica il fatto "*secondo la legge medesima*" con la formula del Codice penale. Il reato militare commesso all'estero è perseguito senza distinzioni tipologiche. Trattandosi di reato (e non di delitto), non è esclusa astrattamente la perseguibilità di contravvenzioni, per quanto i reati previsti dai codici militari corrispondano a delitti[2] (art. 37, comma 3, c.p.m.p.).

L'extraterritorialità della legge penale militare[3], stabilita dall'art. 18 c.p.m.p., è ispirata al criterio personale e territoriale. In base al primo, la legge *segue*, in senso figurato, il militare (anche in suolo straniero). Il criterio territoriale, riferito allo Stato estero, è invece un limite alla procedibilità, rimuovibile dalla richiesta del Ministro di cui all'art. 18[4]. Quando l'art. 17 c.p.m.p. equipara il caso regolato al reato commesso nel territorio nazionale (a misura del previgente art. 28 Preleggi), il criterio personale non è ritenuto preminente[5].

---

[2] Cfr. R. Venditti, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1992, 99 ss.

[3] D. Brunelli-G. Mazzi, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, 33 ss.

[4] Cfr. Trib. supr. mil. 13 ottobre 1947, in *Giust. pen.*, *1949*, III, col. 490, per cui "*La procedibilità per i reati commessi in territorio estero da militare comandato in missione isolata è subordinata alla richiesta del procedimento di cui all'art. 260 (del c.p.m.p.)*"; Trib. supr. mil., 6 giugno 1952, in *Giust. pen.*, 1953, II, col. 154, mass. n. 2, per cui "*La diserzione commessa da bordo di una nave militare durante la sosta in acque territoriali di uno Stato estero si considera commessa nel territorio dello Stato, tale essendo considerata la nave militare. Non essendo il reato commesso in territorio estero, la punibilità del disertore non è subordinata alla richiesta di procedimento del Ministro della Difesa*" (Trib. supr. mil., 6 giugno 1952, in *Giust. pen.*, 1953, II, col. 154, mass. n. 2).

[5] R. Venditti, *Il diritto penale militare*, cit., 79 ss. per cui l'equiparazione dell'art. 17 c.p.m.p. "*non può evidentemente trovare esclusiva spiegazione nel criterio personale (poiché in tal caso l'equiparazione dovrebbe verificarsi in senso opposto e cioè nel senso di un'applicazione dell'art. 18)*". Essa non può "*altrimenti spiegarsi che con una* fictio iuris *(valida naturalmente ai soli effetti della legge penale militare) nel senso che il corpo militare stanziante all'estero (...) debba intendersi*

2. Territorialità della legge penale.

Proprio perché consentono la persecuzione di reati commessi all'estero, le disposizioni sovra citate costituiscono una deroga al principio di territorialità della legge penale. Parte della dottrina ritiene che l'entità delle deroghe al principio di territorialità sia tale che ricorra il criterio dell'universalità della legge penale[6]. Secondo il principio di territorialità, l'applicazione della legge penale è, di regola, circoscritta al territorio dello Stato ed alla sua osservanza sono tenuti cittadini, stranieri e apolidi che vi stanziano[7]. Si prospetta così il *locus commissi delicti* e la conseguente giurisdizione[8].

Infatti, l'art. 3, comma 1, c.p. ("*Obbligatorietà della legge penale*") stabilisce che "*la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale*"[9]. Al contempo, l'art. 6, comma 1, c.p. ("*Reati commessi nel territorio dello Stato*") stabilisce che "*Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana*". Attingendo al termine "*chiunque*", la legge non distingue tra cittadino e straniero.

La nozione di "*territorio dello Stato*" è, a sua volta, declinata all'art. 4, comma 2, c.p. ("*Cittadino italiano. Territorio dello Stato*") per cui: "*Agli effetti della legge penale, è territorio dello Stato il territorio della Repubblica ed ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato. Le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera*".

La deroga al principio di territorialità da parte delle disposizioni in esame è specificata in senso generale dall'art. 3, comma 2, c.p. per cui "*La legge penale italiana obbliga altresì tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovino all'estero, ma limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale*", ove tra i "*casi stabiliti dalla legge medesima* (penale, NDR)" rientrano segnatamente gli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p. in esame. Per quanto precede, infatti, la sanzione prevista da tali articoli con-

fittiziamente come parte mobile del territorio nazionale, alla stessa guisa della nave o dell'aeromobile militare". Cfr. S. Riondato, *Diritto penale militare*, Padova, 1998, 16.

6 M. Gallo, *Appunti di lezioni raccolti dagli studenti*, Torino, 1967, 77; G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, 169 ss.

7 V. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 120; Mantovani, *op. cit.*, 976 ss.; Padovani, *Diritto penale* cit., 53 ss.

8 Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 18 luglio 2017, n. 35165. V. Antolisei, *Manuale di diritto penale,* cit., 138 ss. Più specificamente, M. Ronco-E.M. Ambrosetti-E. Meretti, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016.

9 In tal senso il previgente art. 28 delle Preleggi per cui "*Le leggi penali e quelle di polizia e sicurezza pubblica obbligano tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato*". Secondo A. De Marsico, *Diritto penale*, *Parte generale,* Napoli, 1969, 53, in ordine agli artt. 3 e 6 c.p., "È *importante rendersi conto dello spirito di questa duplice norma di cui ciascuna rispetto all'altra potrebbe apparire superflua (fu notato da taluno anche nei lavori preparatori) mentre esse stanno tra loro in un rapporto di utilissima integrazione. L'una proclama l'obbligatorietà dell'osservanza della legge penale (efficacia preventiva della legge stessa); l'altra, l'applicabilità della legge penale dopo il reato. Condizione per l'applicabilità dell'una è che il soggetto si trovi nel territorio dello Stato; condizione per l'applicabilità dell'altra, è che il reato sia commesso nel territorio dello Stato*". Cfr., in generale, Cass. pen. sent. n. 19762/2020.

segue alla qualificazione del reato commesso all'estero "*secondo la legge italiana*" (o "*secondo la legge medesima*"). L'art. 3, comma 2, c.p. è disposizione di opportuno coordinamento, per quanto gli articoli in esame, quali norme derogatorie, siano precettivamente autonomi nel sistema.

Le suddette regole sono accorpate dall'art. 17 c.p.m.p. secondo cui "*La legge penale militare si applica alle persone che vi sono soggette,* anche *per i reati commessi in territorio estero (...)*" e dall'art. 18 c.p.m.p. secondo cui "*per i reati commessi all'estero le persone soggette alla legge penale militare sono punite secondo la legge medesima* (...)".

La deroga al principio di territorialità, proprio perché importa la valenza *extra moenia* della norma incriminatrice e quindi l'implicito contatto con ordinamenti giuridici diversi, è temperata in determinati casi da specifici autovincoli che il legislatore si impone e che consistono sia in condizioni obiettive di punibilità del reato sia in condizioni di procedibilità dell'azione penale ossia, *ut infra*, in eventi esterni al reato, determinati da ragioni di opportunità anche metagiuridiche, il cui verificarsi subordina la perseguibilità del reato stesso.

Va precisato che l'estradizione (artt. 13 c.p. e 697 c.p.p.), inerendo alla disponibilità fisica dell'imputato circa una possibile sottoposizione a provvedimenti restrittivi o sanzioni penali, "*non riguarda l'esercizio dell'azione penale e della giurisdizione, che sono sempre attuabili quando un imputato si trovi all'estero e siano osservate le forme processuali relative alla notificazione*"[10].

3. Questioni concettuali.

L'intitolato dell'art. 7 c.p. qualifica la fattispecie regolata come "*Reati* (...)". Secondo il numero 5 dello stesso articolo è perseguito "*ogni altro* reato *per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana*"[11]. L'art. 7 c.p. prevede, dunque, fattispecie corrispondenti a delitti (i numeri 1, 2, 3, 4, *cit.*) e, quando richiama la nozione di "*reato*" (n. 5, *cit.*), a delitti e contravvenzioni. Infatti, secondo l'art. 39 c.p. (da coordinarsi con il precedente art. 17 c.p.), "*i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite (...)*".

I successivi artt. 8, 9 e 10 c.p. corrispondono a fattispecie particolari rispetto all'art. 7. Infatti, per un verso, esse consistono esclusivamente in "*delitti*", diversamente dall'art. 7 c.p. (v. *infra* rapporti tra artt. 8 c.p. e 698 c.p.p.). Per altro verso, prevedono ciascuno una clausola di esclusione: l'art. 8 punisce il "*delitto politico non compreso tra quelli indicati nel numero 1 dell'articolo precedente*"; l'art. 9 punisce il delitto comune del cittadino all'estero "*fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti*"; l'art. 10 punisce il delitto comune dello straniero all'estero "*fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8*".

I soggetti attivi dei reati commessi all'estero si distinguono, per quanto precede, tra "*cittadino*" e "*straniero*". Siffatta distinzione è prevista primariamente dal richia-

[10] Cass. pen., sez. I, sent. n. 153510/1981.

[11] Cfr., più in generale, E.M. Ambrosetti, *Codice e leggi speciali. Prospettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *dis/Crimen*, *Articoli*, 5 novembre 2018.

mato art. 3 c.p. Il codice fornisce una qualificazione[12] soltanto della prima tipologia: "*Agli effetti della legge penale sono considerati cittadini italiani, gli appartenenti per origine o per elezione ai luoghi soggetti alla sovranità dello Stato e gli apolidi residenti nel territorio dello Stato*" (art. 4, comma 1, c.p.). La qualificazione di straniero deve, perciò, trarsi *a contrariis*, nel senso che riveste carattere residuale e ricorre in assenza dei presupposti qualificatori di cittadino, di cui al richiamato art. 4, comma 1, c.p.[13].

Caratteristica strutturale dei reati in esame è, infine, la loro commissione in "*territorio estero*". Il Codice fornisce soltanto la definizione di "*territorio dello Stato*" nei termini riprodotti dall'art. 4, comma 2, c.p. Anche in tal caso, perciò, la nozione di "*territorio estero*" deve trarsi, *a contrariis*, da quella di "*territorio dello Stato*", talché la prima ricorrerà in assenza dei presupposti tipizzati per la seconda.

Alcuni reati di che trattasi (cfr. artt. 8, 9 e 10 c.p.) soggiacciono, come riferito, sia a condizioni obiettive di punibilità (art. 44 c.p.) sia a condizioni di procedibilità (ved., in generale, artt. 120 ss. c.p., 260 c.p.m.p. e 336 ss. c.p.p.)[14]. Pertanto, dei reati commessi *extra moenia* non subordinati a siffatte condizioni (art. 7 c.p.) "*la punibilità è* incondizionata *e la procedibilità è* assoluta"[15] in ragione del disvalore penale che li caratterizza e dell'allarme sociale che provocano. Valgano le imprescindibili esigenze di conservazione del sistema statuale che presiedono al n. 1 e, implicitamente, ai numeri 2, 3 e 4 dell'art. 7; quanto le finalità di superiore tutela dei richiami del numero 5 alle speciali disposizioni di legge (es. artt. 501, comma 4, 537, 591, comma 2, 604, 642, comma 4 c.p., 1080 c. nav.) e alle convenzioni internazionali[16] (ad es. in materia di genocidio).

---

[12] Cfr. A. De Marsico, *Diritto penale*, cit., 51, per cui il codice, del termine "cittadino", "*non dà una definizione, che fissi l'intrinseco soggetto e lo descriva, ma si limita a formulare una equiparazione*" perché "È *conforme alle ragioni di tutela giuridica dello Stato e ai fini sociali di essa, che la legge penale sia applicabile non solo a chi è ma anche a chi è soltanto* 'considerato' *cittadino".*

[13] Cfr. Mantovani, *Diritto penale* cit., 977, per cui "*Stranieri* sono tutti coloro che non sono considerati cittadini italiani*".*

[14] Cfr. F. Giunta, *Il potenziamento della querela-selezione e la sua gestione giudiziale in presenza di condotte riparatorie*, in *disCrimen* 11/11/2018, secondo cui "*la deroga alla procedibiltà* ex officio *mirava a evitare che, stante la modesta gravità dell'offesa, una tutela incondizionata risultasse in concreto, se non superflua, almeno sgradita al soggetto passivo, che avrebbe potuto preferire la spontanea composizione del conflitto*"; G. Neppi Modona, *Condizioni obiettive di punibilità* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, VIII, 1988, 1 ss. Per un raffronto con la condizione legale (*condicio iuris*), v. A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992, 876.

[15] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* cit., 105.

[16] Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 19762/2020 predicativa della "*natura* 'non autonomamente regolativa' *del testo dell'articolo 7 co. 1 n. 5 cod. pen., norma di chiusura che contiene esclusivamente un rinvio a* 'speciali disposizioni di legge' *o a* 'convenzioni internazionali' *nel cui ambito sia prevista in modo espresso la deroga al generale principio di sovranità territoriale. Dunque diventa dirimente l'analisi del contenuto della singola disposizione attributiva del potere, al fine di identificare il particolare statuto regolativo della giurisdizione per il fatto commesso integralmente all'estero. In tale dimensione la disposizione codicistica attesta semplicemente la possibilità (del resto scontata, a parità di forza legislativa) della esistenza di casi aggiuntivi, previsti con legge o con convenzione vincolante, attributivi di giurisdizione italiana per fatti commessi all'estero*".

4. Condizioni obiettive di punibilità.

L'art. 44 c.p. stabilisce che: "*Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto*".

Le condizioni obiettive di punibilità sono, dunque, elementi accidentali del reato alla cui ricorrenza la legge penale subordina la perseguibilità del reato stesso. Esse si differenziano dalle condizioni di procedibilità perché quest'ultime costituiscono antecedente logico dell'esercizio dell'azione penale e suo coefficiente esterno di operatività[17].

In dottrina[18] la categoria è distinta in condizioni obiettive di punibilità intrinseche ed estrinseche. Le prime "*sono partecipi dell'offensività del fatto-reato in quanto comportano un ulteriore aggravamento, una progressione dell'offesa tipica*": vi rientra, *ex multis*, il pubblico scandalo nel delitto di incesto (art. 564 c.p.).

Le seconde "*sono, invece, estranee all'offensività del reato ma si limitano a riflettere valutazioni di opportunità estranee alla sfera dell'offesa del bene protetto*": vi rientra, *ex multis*, la presenza del reo nel territorio dello Stato segnatamente per le fattispecie di cui agli artt. 9, comma 1, e 10, commi 1 e 2, n. 1, c.p. in esame. Peraltro, l'alienità dalla intrinseca condotta lesiva (quale essenza costitutiva del reato) ha indotto la dottrina a correlare l'applicabilità del richiamato art. 44 c.p. solo a quest'ultima tipologia[19].

Infatti, "*Nei casi invece in cui la condizione non è collegata al fatto di reato da alcun rapporto di derivazione, la condizione esprime un piano di interessi non solo esterno, ma qualitativamente diverso rispetto all'offesa contenuto del reato*"[20]. Talché

---

[17] V. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 860 per cui l'assenza della condizione di procedibilità del reato preclude al giudice la cognizione di questo, talché si richiamano quali elementi di differenziazione rispetto alle condizioni obiettive di punibilità gli artt. 185 e 158, comma 2, c.p., e "*la* sentenza di proscioglimento, *che, in difetto della condizione di punibilità è 'nel merito' e preclude un secondo giudizio (art. 649 c.p.p.) e, in difetto di condizione di procedibilità, è 'meramente processuale' e non impedisce un nuovo giudizio, allorché sopravvenga detta condizione*". Secondo De Marsico, *Diritto penale*, cit., 220, le condizioni obiettive di punibilità "*sono diverse così dagli elementi costitutivi del reato, perché presuppongono un fatto che li integri tutti, come dalle condizioni di procedibilità (art. 17 C. pr. pen.) che presuppongono un fatto già punibile come reato e per il quale soltanto l'azione penale resti sospesa*". Più in generale, F. Giunta, *Interessi privati e deflazione della querela*, Milano, 1993, 57 ss.

[18] L. Delpino-N. Bartone, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli, 1993, 470. Cfr. B. Petrocelli, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 669 ss., che avversa la differenza (fondante le condizioni obiettive di punibilità) tra l'interesse dello Stato alla concreta punizione e l'interesse offeso dal reato (differenza fondante le condizioni obiettive di punibilità) perché ritiene le condizioni elementi costitutivi ed intrinseci del reato concorrenti alla individuazione dell'interesse tutelato, sul presupposto di biunivocità reciproca tra reato e punibilità.

[19] Mantovani, *Diritto penale*, cit., 862 ss. per cui, diversamente dalle condizioni di punibilità, "*Debbono considerarsi* elementi costitutivi *gli accadimenti che attengono all'offesa del bene protetto e* accertano in sè l'offensività del fatto *e, quindi, la ragione stessa dell'incriminazione*". Cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 217 e 757 ss.

[20] Neppi Modona, *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 8. Cfr. De Marsico, *Diritto penale*, cit., 219 ss. per cui le condizioni di punibilità "*sono fatti eventuali dal cui verificarsi dipende la punibilità di un fatto come reato, l'assurgere di un 'fatto di reato' a 'reato'. Non si può parlare di reato*

"*la presenza del reo nel territorio dello stato, prevista addirittura da norme diverse da quella incriminatrice e quindi senza alcun collegamento con il modello legale che descrive il fatto di reato, esprime il motivo di opportunità di porre dei limiti alla indiscriminata applicazione del principio di universalità della legge penale italiana*". Perciò "*questa* ratio è particolarmente evidente nei confronti dell'art. 10, 2° co, c.p. (delitto consumato all'estero dallo straniero in danno di uno stato estero o di un altro stato straniero)*, ove risulta l'esigenza, corrispondente ad un piano di valori che non presentano alcun collegamento con l'interesse tutelato dal reato, di subordinare la punibilità ad una situazione di fatto che valga a giustificare l'intervento della legge penale italiana*".

Altro orientamento[21], per un verso, ha ravvisato nella presenza del reo nel territorio dello Stato senz'altro la condizione obiettiva di punibilità preordinata a risvegliare "*il rapporto tra l'individuo e la sovranità*", dando "*attualità concreta al rapporto tra colpevole e legge penale territoriale*". Per altro verso, però, ha valorizzato anche la funzione deterrente di tale condizione nel senso che "*Se ciò non avvenisse, si trasformerebbe lo Stato in asilo di malfattori*".

Si è detto della distinzione tra condizioni di punibilità e procedibilità. Parte della dottrina ha inquadrato la presenza del reo nel territorio dello Stato tra le seconde[22]. In tal caso, se la condizione non si realizza, i riferimenti processuali dovrebbero

quiescente o sospeso o condizionato: il reato se esiste non ha bisogno di altri elementi: se ne ha bisogno, non è ancora reato. Ma appunto perché gli elementi di cui discutiamo devono da una parte essere 'condizioni', dall'altra 'obiettive', di punibilità, allora soltanto esse ricorrono quando, in conformità al concetto generale di condizione, siano estranee ed indipendenti dalla serie causale messa in moto dall'agente, e quando (il che è del resto implicito in ciò) non si ricolleghino alla intenzione dell'agente. Se mancasse il primo requisito, non sarebbero 'condizioni', cioè fatti esterni all'azione; se mancasse il secondo, non sarebbero "obiettive"".

21 De Marsico, *Diritto penale* cit., 56.

22 *Ex multis*, F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Milano, 1956, 150. In tal senso Cass. pen., Sez. I, sent. 13 giugno 1990, n. 6698 per cui "*La presenza del cittadino nel territorio dello Stato, nel caso di delitto del cittadino comune commesso dal medesimo cittadino all'estero, è condizione di procedibilità e non di punibilità. La carenza dei dati obiettivi, siano essi sostanziali o processuali (tra questi ultimi, appunto, le condizioni di procedibilità) atti a legittimare l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, si traduce in infondatezza dell'azione la quale trova la sua naturale ed esclusiva sanzione non nella nullità formale degli atti del procedimento già compiuti, ma nel rigetto, da parte del giudice della pretesa punitiva che, mediante l'azione, il pubblico ministero ha inteso far valere, con l'unica differenza che, ove difettino i requisiti sostanziali, il rigetto sarà definitivo, mentre ove difettino quelli processuali l'azione penale potrà essere eventualmente riproposta. La sussistenza o meno della condizione di procedibilità richiesta dalla legge penale quale quella della presenza del cittadino nel territorio dello Stato in caso di delitto comune commesso all'estero, va valutata non in riferimento al momento in cui viene iniziata l'azione penale, ma con riferimento al momento della definizione del giudizio di merito, di primo e anche di secondo grado.* È *pertanto necessario e sufficiente che i presupposti sui quali la condizione si fonda sussistano in quel momento, a nulla rilevando la loro originaria carenza, una volta che quest'ultima non sia stata rilevata all'atto della definizione giurisdizionale di alcune delle fasi processuali, tanto da consentire la prosecuzione del procedimento*". In senso conforme Cass. pen., sez. I, sent. n. 188033/1991 e sez. I, sent. n. 139148/1978. Nel senso della condizione di punibilità Cass. pen., sez. I, sent. n. 149495/1981. Secondo Neppi Modona, *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 9, la presenza del reo nel territorio dello Stato è condizione obiettiva di punibilità perché "*Il dato sistematico non permette (...) di superare alcuni precisi caratteri*

corrispondere alle seguenti disposizioni: *a*) art. 129, 1 comma, c.p.p. ("*Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*"); *b*) 345 c.p.p. ("*Difetto di una condizione di procedibilità. Riproponibilità dell'azione*"; *c*) art. 411 c.p.p. (archiviazione "*quando manca una condizione di procedibilità*"); *d*) art. 425, comma 1, c.p.p. (sentenza di non luogo a procedere "*quando l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita*"); *e*) art. 529, comma 1, c.p.p. (sentenza di non doversi procedere "*Se l'azione penale non doveva essere iniziata o non doveva essere proseguita*" e "*quando la prova dell'esistenza di una condizione di procedibilità è insufficiente o contraddittoria*").

Peraltro, dato che il Codice di rito si occupa della "*Richiesta di procedimento*" all'art 342 c.p.p., la presenza del reo nel territorio dello Stato si distingue dalle condizioni di procedibilità dapprima sotto il profilo temporale. Infatti, l'art. 128 c.p. ("*Termine per la richiesta di procedimento*") stabilisce, al comma 1, che "*Quando la punibilità di un reato dipende dalla richiesta dell'Autorità, la richiesta non può essere più proposta decorsi tre mesi dal giorno in cui l'Autorità ha avuto notizia del fatto che costituisce reato*". Si tratta di un termine segnatamente ascritto ai reati per i quali la punibilità non è subordinata alla presenza del reo nel territorio dello Stato. Diversamente, l'art. 128 c.p. stabilisce, al comma 2, che "*Quando la punibilità di un reato commesso all'estero dipende dalla presenza del colpevole nel territorio dello Stato, la richiesta non può più essere proposta, decorsi tre anni dal giorno in cui il colpevole si trova nel territorio dello Stato*". In tal caso, il termine è ancorato al differente presupposto della presenza del reo nel territorio dello Stato. Si tratterà nel prosieguo della natura di tali termini.

La divergenza rileva anche sotto il profilo della decorrenza del termine di prescrizione del reato regolato dall'art. 158 c.p., comma 2, per cui "*Quando la legge fa dipendere la punibilità di un reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata. Nondimeno, nei reati punibili a (...) richiesta, il termine della prescrizione decorre dal giorno del commesso reato*".

Optandosi, dunque, per l'inquadramento nell'art. 44 c.p. della presenza del reo nel territorio dello Stato, poiché tale articolo presuppone la commissione del reato da parte del "*colpevole*" (di "*colpevole*" parla l'art. 128, comma 2, c.p. e di "*commesso reato*" l'art. 158, comma 2, c.p.), i riferimenti processuali, se la condizione non si realizza, corrisponderebbero agli artt. 425, comma 1, c.p.p. (sentenza di non luogo a procedere a fronte di "*persona non punibile per qualsiasi altra causa*") e 530, comma 1, c.p.p. (sentenza di assoluzione per fatto commesso "*da persona non punibile per un'altra ragione*")[23]. Infatti, il termine "*altra*", ivi contenuto, potrebbe inerire anche alla riferita estraneità della condizione dal *proprium* del reato.

strutturali dell'istituto. In primo luogo la presenza del reo è un fatto giuridico, compiutamente tipicizzato, tale che, una volta accertato, non è suscettibile di alcuna valutazione discrezionale, ma fa scattare l'obbligo di esercitare l'azione penale. I motivi di opportunità e di convenienza sono cioè stati valutati una volta per tutte dallo stesso legislatore attraverso l'inserimento della condizione nel modello legale risultante dall'innestarsi degli articoli 9 e 10 sulle singole disposizioni incriminatrici di parte speciale, sì da non lasciare alcuno spazio ad ulteriori piani di interessi facenti capo a soggetti esterni agli organi giudiziari".

[23] V. Cass. pen., sez. I, sent. n. 119138/1971 per cui, con riguardo all'art. 9, c.p., "*La locuzione legi-*

Dovrebbe, diversamente, operare la formula "*perché il fatto non costituisce reato*" (artt. 425, comma 1, 530, comma 1, c.p.p.) nell'inverso caso delle condizioni di punibilità intrinseche, attesa la loro inerenza strutturale all'offensività del reato stesso[24].

slativa di cui al primo comma "è punito sempre che si trovi nel territorio dello Stato", *comporta la necessità che il giudicabile si trovi presentemente nel territorio dello Stato allorché viene esercitata nei suoi confronti l'azione penale che sfocerà nel giudizio di merito, il quale potrà svolgersi anche in sua contumacia per non essere egli in tal momento più presente nel territorio dello Stato*". Con riguardo all'art. 10 c.p. "*La presenza dello straniero nel territorio dello Stato, richiesta dall'art. 10 c.p. ai fini della perseguibilità in Italia del delitto comune commesso all'estero dal medesimo straniero in danno dello Stato o di un cittadino italiano, è normativamente strutturata come condizione di procedibilità ed è quindi da considerare soggetta a tutte le regole proprie di siffatta condizione*". Più in generale, l'art. 385 c.p.p. ("*Divieto di arresto o di fermo in determinate circostanze*") stabilisce che "*l'arresto o il fermo non è consentito (...) in presenza di una causa di non punibilità*".

[24] In proposito, Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 2008, n. 40049 per cui: "*La formula "*perché il fatto non costituisce reato*" ha sostituito, nel nuovo codice, quella più grossolana, contenuta nell'art. 479 c.p.p. 1930, del proscioglimento per essere l'imputato "*non punibile perché il fatto non costituisce reato o per altra ragione*". In tal modo la formula in esame è stata resa autonoma da quella della "*non punibilità per altra ragione*", riferibile alle cause di non punibilità in senso stretto. La formula "*perché il fatto non costituisce reato*", quindi, viene ora normalmente utilizzata nelle ipotesi in cui, pur essendo presenti gli elementi oggettivi del reato, manchi invece l'elemento soggettivo della colpa o del dolo, ovvero sussista una scriminante, o causa di giustificazione, comune o speciale (cfr. Sez. 5, 20 marzo 2007, n. 27283, Olimpio; Sez. 6, 1 marzo 2001, n. 15955, Fiori, m. 218875, in riferimento alla scriminante di cui all'art. 598 c.p.). Nella vigenza dell'art. 479 del precedente codice di rito, peraltro, la formula era utilizzata anche nel caso di ricorrenza di una causa di non punibilità o non imputabilità (Sez. 3, 30 giugno 1982, n. 10276, Boscolo, m. 155896; Sez. 2, 7 luglio 1981, n. 11125, Trupiano, m. 151327; Sez. 6, 27 giugno 1978, n. 2242, La Valle, m. 140539). Secondo l'opinione prevalente in dottrina, tale formula, dunque, sostanzialmente rileva l'insussistenza di uno degli elementi essenziali della fattispecie penale, ulteriori e diversi rispetto a quelli concernenti la sua struttura materiale. Esula dall'oggetto del presente giudizio prendere posizione su alcune questioni su cui non vi è uniformità di opinioni in dottrina, ed in particolare stabilire se la formula "*perché il fatto non costituisce reato*" possa essere utilizzata anche in altre ipotesi, come quando il giudice accerti l'assenza di determinati presupposti della condotta, o la mancata integrazione di un presupposto dell'evento o la carenza di una qualità soggettiva in capo all'agente, ovvero se in tali casi la formula assolutoria da adottare sia quella "*perché il fatto non sussiste*". V. Cass. pen., sez. III, 1° luglio 2013, n. 28351 per cui, ai fini dell'applicazione della esatta formula di assoluzione, il giudice deve innanzi tutto stabilire se il "fatto" sussiste nei suoi elementi obiettivi (condotta, evento, rapporto di causalità) e, solo in caso di accertamento affermativo, può scendere all'esame degli altri elementi (imputabilità, dolo, colpa, condizioni obiettive di punibilità, etc.) da cui è condizionata la sussistenza del reato. Ved., da ultimo, Cass. pen., sez. III, 11 dicembre 1962 in *Giustizia Penale*, vol. 68, 1963, *(Parte Seconda, Diritto Penale)*, 913, per cui "*La pubblicità degli atti, richiesta dall'art. 527 c.p., è un elemento estrinseco dell'azione del colpevole e deve quindi considerarsi come condizione obbiettiva di punibilità; qualora il giudice ritenga insussistente codesta condizione, l'imputato dev'essere assolto con la formula* 'perché il fatto non costituisce reato*' e non già con la formula* 'perché il fatto non sussiste'"; in senso conforme, sez. III, 17 ottobre 1959 in *Giustizia Penale*, 1960. II, 324, m. 332; sez. III, 11 luglio 1959, *ibidem*, II, 45, m. 23. In senso contrario, sez. III, 6 giugno 1959, in *Giustizia Penale*, 1959, II, 1042.

5. Condizioni di procedibilità.

Nel delitto di cui all'art. 8 c.p. la condizione di procedibilità[25] è data dalla richiesta di procedimento del Ministro della giustizia (comma 1); nel caso di delitto punibile a querela della persona offesa, dalla richiesta oltre la querela (comma 2).

Nel delitto di cui all'art. 9 c.p., al comma 2 la condizione di procedibilità è data dalla richiesta del Ministro ovvero dall'istanza o dalla querela della persona offesa; al comma 3 dalla richiesta (subordinata) del Ministro. Infatti, in quest'ultimo caso, essa soggiace alla condizione negativa della mancata concessione dell'estradizione o della mancata accettazione di questa da parte del Governo dello Stato del *locus commissi delicti*.

Nel delitto di cui all'art. 10 c.p. la condizione di procedibilità al comma 1 è data dalla richiesta del Ministro in alternativa all'istanza o alla querela della persona offesa; al comma 2 dalla richiesta del Ministro. Al comma 2, n. 3, essa soggiace alla condizione negativa della mancata concessione dell'estradizione o della mancata accettazione di questa da parte del Governo dello Stato del *locus commissi delicti* o dello Stato di appartenenza del reo. In tal caso, il meccanismo della perseguibilità è più articolato perché, trattandosi di straniero, è logicamente attenuato il collegamento tra questi e lo Stato italiano e, invece, più accentuato quello con lo Stato della commissione o quello di appartenenza. È privilegiata, com'è logico, la persecuzione del delitto commesso dallo straniero ai danni dello Stato italiano e del cittadino: basta la pena della "*reclusione non inferiore nel minimo a un anno*" (comma 2).

La condizione di procedibilità ricorre, come riferito, anche nell'art. 11, comma 2, c.p. per cui: "*nei casi degli articoli 7, 8, 9 e 10 il cittadino o lo straniero, che sia giudicato all'estero, è giudicato nuovamente nello Stato, qualora il Ministro della giustizia ne faccia richiesta*". Secondo l'art. 342 c.p.p. ("*Richiesta di procedimento*") "*La richiesta di procedimento è presentata al pubblico ministero con atto sottoscritto dall'autorità competente*". Giova richiamare anche la condizione di procedibilità prevista dall'art. 18 c.p.m.p.

Le predette disposizioni vanno coordinate col richiamato art. 128 c.p. nei termini che precedono. Occorre qui precisare che l'art. 128, comma 1, c.p. prevede un termine perentorio (trenta giorni dalla cognizione del fatto di reato) al cui inutile decorso consegue la preclusione dell'azione data dalla richiesta di procedimento (cfr. artt. 173, comma 1, c.p.p. e 14 c.p.). Nel silenzio del legislatore[26], il termine deve intendersi di decadenza perché il tempo rileva sul piano della distanza, ascritta al celere esercizio della richiesta. L'art. 128, comma 2, c.p., operando la medesima preclusione allo sca-

[25] Neppi Modona, *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 9; De Marsico, *Diritto penale*, cit., 305 e 306, per cui la richiesta di procedimento costituisce condizione obiettiva di punibilità.

[26] Cfr. in generale F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., 115 secondo cui: "*Non è sempre agevole stabilire se un certo termine è previsto dalla legge a pena di decadenza ovvero se si tratti di ipotesi di prescrizione. Dottrina e giurisprudenza hanno elaborato vari criteri interpretativi, tra cui quello della maggiore brevità del termine di decadenza (ad es. artt. 1168, 1170) ovvero l'altro basato sulla circostanza che la prescrizione riguarda sempre e solo l'esercizio di diritti mentre la decadenza può riguardare anche atti conservativi strumentali all'esercizio del diritto stesso (ad es. artt. 1457, 1517, comma 3)*". In tal senso, Cass. civ., sent. 25 luglio 1984, n. 4367, r.v. 436269; 20 agosto 2009, n. 18555 r.v. 610323.

dere del triennio dalla presenza del reo nel territorio statale, profila invece (sempre nel silenzio del legislatore) un termine di prescrizione dell'azione, perché il tempo rileva ai fini della durata. Infatti, è il consolidamento dell'inerzia a determinare l'estinzione del potere di richiesta[27]. Sarebbe però problematico interpretare estensivamente[28], per quanto lata, la formula "*interrompono* pure *la prescrizione*" dell'art. 160, comma 2, c.p. per applicarne i casi interruttivi al suddetto termine triennale. E tale difficoltà vale sebbene, seguendo il principio generale dell'art. 2934, comma 1, c.c., lo Stato risulti titolare del diritto di richiesta di procedimento[29]; e sebbene, interpretando più in generale come prescrizionale un termine, sia opportuno coordinarlo con le disposizioni afferenti (es. sospensione e interruzione).

La dottrina ha attribuito alla richiesta di procedimento effetto di valutazione comparativa delle implicazioni da essa sottese, preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico istituzionale. Più precisamente, si tratta di giudizio di merito amministrativo ossia di opportunità e adeguatezza sostanziale. Perciò è "*indotto il legislatore a prevedere mediante la richiesta del procedimento un'ulteriore valutazione discrezionale, demandata al Ministro di Grazia e Giustizia*"[30]. In tal senso "*le condizioni di procedibilità sono anch'esse espressamente previste dal legislatore, ma i motivi concreti che vi sottostanno non sono né possono essere astrattamente predeterminati, anzi*

[27] Cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1985, 126 ss.; F. Galgano, *Diritto privato*, 1983, Padova, 857 ss. c.c. per cui "*La ragione per la quale determinati diritti sono sottoposti a decadenza anziché a prescrizione è solo nella valutazione legislativa di limitare, in certi versi, ad un tempo assai breve l'incertezza delle situazioni giuridiche (...)*".

[28] Cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 96 in materia di interpretazione estensiva e De Marsico, *Diritto penale*, cit., 37 per cui l'interpretazione estensiva si distingue da quella analogica in quanto "*Con la prima si porta nell'impero di una norma un rapporto omogeneo a quello che vi appare regolato, e quindi necessariamente comprensovi: con la seconda, si adatterebbe la norma a disciplinare rapporti che non vi sono compresi ma analoghi. Con la prima si* chiarisce *(interpreta) il contenuto reale della norma, con la seconda lo si* dilata, *colmando una lacuna; cioè, in realtà, si crea una norma per situazioni nuove*"; talché "*Il diritto penale consente la prima; non può consentire la seconda che manomette il reputato principio di cui all'art. 1 del Codice*". Ved. ancora Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 102 che, in difformità a Vassalli (G. Vassalli, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942), non esclude la disamina da caso a caso circa il ricorso all'analogia per l'ambito delle cause di estinzione del reato e della pena, in ragione della loro non ascrivibilità alle norme eccezionali di cui all'art. 14 Preleggi, poiché tali cause "*non costituiscono sempre deroghe alle direttive generali dell'ordinamento giuridico*". Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 148872/1980 per cui "*L'elencazione degli atti aventi efficacia interruttiva del decorso del termine di prescrizione, secondo quanto indicato dall'art. 160 c.p., è tassativa e non suscettibile di applicazione analogica, stante l'espresso divieto del ricorso all'analogia in diritto penale*".

[29] Galgano, *Diritto privato* cit., 861 per cui "*La decadenza ha natura* eccezionale, *diversamente dalla prescrizione, cui è di regola sottoposto* 'ogni diritto' *(art. 2934 comma 1°)*"; più in generale, *in subiecta materia*, A. De Marsico, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1955, 17 ss. e 22 ss.

[30] Neppi Modona, *Condizioni obiettive di punibilità* cit., 9 per cui "*nell'ipotesi prevista dall'art. 10, comma 2, c.p. (...) il legislatore ha addirittura avvertito l'esigenza di ricorrere al duplice meccanismo della condizione di punibilità e di procedibilità per dare spazio a profili di interesse esterni al reato*" creando "*la consapevolezza che quando il delitto viene commesso non solo all'estero, ma in danno di uno stato estero o di uno straniero, possono intervenire ulteriori piani di interesse, che indicono una valutazione in concreto (...)*".

la loro valutazione è demandata a soggetti ed organi estranei all'autorità giudiziaria. I motivi di opportunità e di convenienza sono infatti talmente vari e possono discendere da tali e tanti ordini di valutazione (basti pensare alle considerazioni di carattere individuale che sottostanno alla presentazione della querela da parte del privato ovvero alle scelte di carattere politico-istituzionale che intervengono nella autorizzazione a procedere del Ministro della Giustizia) da rendere impossibile, sul terreno della tecnica legislativa, la loro previsione in astratto ed il conseguente inserimento nel modello legale della fattispecie (...)".

Sulla natura giuridica, secondo la giurisprudenza "*La richiesta di procedimento di cui all'artt. 9, terzo comma, c.p. (...) – al pari del rifiuto di dar corso ad una rogatoria dall'estero o per l'estero e del decreto di estradizione – seppure connotata da una larga discrezionalità, riveste natura giuridica di atto amministrativo, sottoposto all'obbligo della motivazione e della gerarchia delle fonti normative e perciò suscettibile di sindacato da parte del giudice amministrativo per i tipici vizi di legittimità propri del procedimento amministrativo. Tale provvedimento infatti non può essere definito come atto politico in quanto non inerisce all'esercizio della direzione suprema degli affari dello Stato né concerne la formulazione in via generale e al massimo livello dell'indirizzo politico e programmatico del Governo, conseguendo invece ad una scelta vincolata al perseguimento dei fini determinati di politica criminale e connotata altresì dal requisito dell'irretrattabilità*"[31]. Induce a riflettere sull'inquadramento come atto amministrativo, l'art. 129 c.p. ("*Irrevocabilità ed estensione della richiesta*") per cui "*la richiesta dell'Autorità è irrevocabile*". Infatti, consustanziale agli atti amministrativi è proprio la prerogativa del loro ritiro attraverso i poteri di autotutela, da sempre immanenti al sistema giuridico[32] ed ora positivizzati agli artt. 21-*quinquies* ss., L. 7 agosto 1990, n. 241.

Se, dunque, la richiesta di procedimento, non è atto politico (art. 31 R.D. 26 giugno 1924, n. 1054; ora, art. 7, comma 1, 2 periodo, d.lgs. 2 giugno 2010, n. 104) ma se ne ammette la natura amministrativa, va inquadrato tuttavia tra gli atti di alta amministrazione in quanto rappresentativo del raccordo tra la funzione di governo, espressiva dello Stato-comunità e la funzione amministrativa, espressiva dello Stato-apparato[33]. Secondo la giurisprudenza, con riguardo agli atti di alta amministrazione, "*essi mantengono la caratteristica tipica degli atti amministrativi e cioè la finalità di cura di interessi pubblici nel caso concreto (cfr. in particolare Cons. Stato, IV, 21 settembre 2015, n. 4375). Questo carattere rende quindi gli atti di alta amministrazione giustiziabili, sia pure entro i ristretti limiti entro cui atti a forte tasso di discrezionalità si prestino ad essere sindacati nell'ambito della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo prevista dall'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. (a quest'ultimo riguardo si veda: Cons. Stato, III, 8 settembre 2014 n. 4536; IV, 26 settembre 2013, n. 4768)*"[34].

Nonostante l'ampia discrezionalità che li caratterizza, gli atti di alta amministrazione non sono "*a motivo libero*", ossia esclusi dal sindacato giurisdizionale sull'esercizio

[31] Cass. pen., Sez. I, sent. n. 19678 del 28 aprile 2003.

[32] *Ex multis*, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 192 ss. e 610 ss.; G. Coraggio, *Autotutela* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1988); G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 153 ss., 384.

[33] *Ex multis*, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 19.

[34] Cons. St., sent. n. 3871/2017.

di detto potere discrezionale, al pari degli atti politici. Trattandosi di motivazione ridotta o attenuata, tale sindacato è, però, solo limitato al riscontro dell'esistenza dei presupposti e alla congruità della motivazione nonché all'esistenza del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusioni[35]. La giurisprudenza, segnatamente in esito al potere di richiesta del Ministro della Giustizia[36], in generale, lo ha qualificato come fonte legittimante un atto di alta amministrazione.

Per quanto la richiesta di procedimento sia atto amministrativo, l'intrinseca discrezionalità che lo caratterizza sembra escludere che, di fronte all'eventuale inerzia in ordine alla medesima richiesta, possa azionarsi l'istituto del silenzio-inadempimento (art. 31 d.lgs. 104/2010). Infatti, in tal caso, per un verso, non sussiste "*obbligo dell'amministrazione di provvedere*" (art. 31, comma 1)[37], nel senso che sotto il profilo dell'"*an*" il Codice lascia libera l'autorità ministeriale di agire in un senso o nell'altro. Per altro verso, il comma 3 dell'art. 31 prevede che "*il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di* attività vincolata *o quando risulta che* non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità *(...)*".

6. Delitto politico.

Il delitto politico di cui all'art. 8 c.p. è fattispecie autonoma. Lo dimostra l'art. 698 c.p.p. quando distingue, in materia di estradizione, il reato politico dai reati di lesione dei cosiddetti diritti umani. In tal senso, sebbene l'art. 26, comma 2, Cost. preveda espressamente come unico divieto di estradizione quello "*per motivi politici*", la giurisprudenza costituzionale ha precluso l'estradizione in paesi ove operi la pena capitale, richiamando il diverso art. 27, comma 4, Cost. che formalmente non tratta di

[35] Cfr. TAR Calabria, sez. Reggio-Calabria, sent. n. 681/2004.

[36] In tal senso, Corte cost., sent. 223/1996; Corte cass., SU civili, 14 dicembre 2016, n. 25628. In particolare, Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2013, n. 1576 per cui "*il provvedimento per mezzo del quale il Ministro della Giustizia concede l'estradizione è un provvedimento di alta amministrazione, come tale caratterizzato da ampia discrezionalità, ma non esente dal sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute dall'autorità politico-amministrativa in ordine alla concessione in concreto dell'estradizione, per la quale l'autorità giudiziaria ha già valutato la sussistenza dei relativi presupposti. Il Ministro della Giustizia, preso atto delle determinazioni dell'autorità giudiziaria in ordine alle condizioni legittimanti l'estradizione, è, dunque, tenuto a valutare, nell'esercizio del suo potere latamente discrezionale, quali siano in concreto le condizioni dell'estradando, anche in considerazione del reato per il quale l'estradizione viene richiesta, le condizioni soggettive dell'interessato (in particolare, il suo stato di salute), la quantità e qualità della pena che, in caso di condanna, verrebbe concretamente erogata, a fronte di quanto già scontato in Italia dall'interessato. La valutazione del Ministro della Giustizia, pertanto, lungi dall'ancorarsi a mere considerazioni di opportunità politica, deve conseguire a parametri oggettivi, da verificare nel caso sul quale occorre provvedere*".

[37] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 10 marzo 1978, 10; sez. VI, 27 marzo 1984, n. 180; sez. IV, 6 ottobre 1985, n, 652. Potrà gravarsi innanzi al giudice amministrativo l'eventuale atto ministeriale di diniego di richiesta, espressivo dell'autonomia discrezionale ma non di un obbligo di legge di pronunciarsi. Tale avviso negativo non esclude il *contrarius actus* ossia un successivo atto di richiesta positiva di procedimento (Cass. pen., sent. n. 179009/1988).

estradizione[38]. Il richiamo dell'art. 698 c.p.p. al reato, comprensivo delle contravvenzioni (art. 39 c.p.), fa ritenere la loro rilevanza ai soli fini dell'estradizione. Infatti, per il combinato disposto dei citati artt. 3, comma 2, e 8 c.p. e per il principio di tassatività e determinatezza (artt. 25, comma 2, Cost., 1 c.p. e 14 Preleggi), risulta punibile soltanto il delitto politico commesso all'estero, non la contravvenzione.

La previsione del delitto politico è oggettiva, la sua nozione è tecnico-giuridica[39], direttamente immessa nell'ordinamento "*secondo la legge penale*" (comma 1) e "*agli effetti della legge penale*" (comma 3). Infatti, nel qualificarlo, l'art. 8 c.p. compie una duplice operazione sistematica. Per un verso, trae la nozione per differenziazione, ossia persegue i delitti politici diversi dai delitti contro la personalità dello Stato (Titolo I, Libro II, c.p.). Per altro verso, instaura sul risultato della differenziazione la definizione di delitto politico ("*agli effetti della legge penale è delitto politico ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato ovvero un diritto politico del cittadino*") (comma 3, primo periodo) e la corrispondente equiparazione ("È *altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici*") (comma 3, secondo periodo). I suddetti "*effetti*" sono quelli che la legge penale riconduce complessivamente al reato (es. artt. 13, 99, 102 c.p.).

Per quanto riferita al delitto commesso *extra moenia*, la nozione ha valenza sistematica. Infatti, la dottrina considera oggettivo il delitto politico di cui all'art. 8, comma 3, primo periodo, c.p. e lo distingue in: 1) delitto politico diretto, lesivo di un interesse

[38] Corte cost., sent. n. 54/1979. Più in generale, R. Barberini, *La rilevanza del fenomeno migratorio*, in *Questione giustizia*, *osservatorio internazionale*, 30 ottobre 2015.

[39] L. Antolisei, in *Manuale di diritto penale*, edizione 1975, 6, ricorda alla nota 12 che "Francesco Carrara *si rifiutò di fare una costruzione giuridica dei delitti politici appunto in vista della loro estrema relatività*" e conseguentemente afferma: "*E che dire poi dei delitti politici? Non è dubbio che il legislatore in questo terreno si ispira al principio* salus rei publicae suprema lex*, e, perciò, è indotto a comprendervi anche fatti che non possono considerarsi immorali, come, tanto per fare un esempio, lo spionaggio compiuto dallo straniero nell'interesse della sua patria. Fra i delitti in parola poi ve ne sono parecchi che dipendono in modo esclusivo dal particolare indirizzo politico e sociale del gruppo o dei gruppi che reggono lo Stato e quindi sono riprovevoli solo da un determinato punto di vista. In altro ambiente, oppure quando muta il regime politico, i trasgressori di queste leggi, lungi dall'essere ritenuti delinquenti, sono assai spesso considerati eroi. Fare esempi è veramente superfluo: se ne colgono a piene mani nella storia, anche recente*". Cfr. R. Pannain, *Il delitto politico*, 1933, in *Rivista italiana di diritto penale*, 732, per cui "'Delitto politico*' è per l'art. 8 soltanto quello che tale risulta dalla particolare oggettività giuridica, dalla natura '*politica*' de gl'interessi e diritti tutelati*". Donde è certo "*1) Che il codice ha ripudiato la nozione subiettiva dei reati politici, voluta da la scuola positiva, e, per la definizione di essi ha adottato esclusivamente il criterio obiettivo; mentre ai '*motivi politici*' nei reati comuni ha riservato un posto secondario, soltanto ai fini del trattamento del delitto ad essi ispirato. 2) Che dei '*motivi*' nei reati politici veri e propri non deve tenersi conto appunto perché per essi si ha riguardo esclusivamente alla natura dell'interesse giuridico leso ed è indifferente il motivo che abbia determinato il colpevole ad agire; anche se il motivo sia di lucro o di vendetta, il delitto dovrà egualmente considerarsi agli effetti della legge penale, come delitto politico*" (Rel. Guard., parte I, pag. 39)". Secondo Vassalli, *Delitto politico*, in *Quaderni della Giustizia*, 1982, anno 2, fasc. 17, 1, 3, "*Non è dato rilevare fino a che punto il legislatore del 1930 si sia avveduto dell'enorme contraddizione in cui cadeva con il sancire l'applicabilità della definizione di cui all'art. 8 '*agli effetti della legge penale*' in generale, anziché ai più limitati effetti della perseguibilità di reati commessi all'estero*" perché, per quanto il codice penale in conformità al predetto principio escludesse il divieto di estradizione per delitti politici, tale divieto era contenuto tuttavia in molte convenzioni bilaterali dell'epoca.

politico dello Stato, ove interesse significa prerogativa funzionalizzata, diritto sostanziale della persona giuridica pubblica per eccellenza; 2) delitto politico indiretto, lesivo di un diritto politico del cittadino, quale situazione giuridica soggettiva implicante un potere su un bene della vita accordato dalla legge[40]. La dottrina qualifica come delitto soggettivamente politico l'effetto dell'equiparazione ("è altresì considerato") di cui al comma 3, secondo periodo.

Alla commissione del delitto politico diretto corrisponde una lesione dell'identità nazionale in senso organico (territorio, popolazione) e delle supreme prerogative statali (sovranità, indipendenza, forma di governo, incolumità e ordine pubblico interni, quiete ai confini), con esclusione dell'apparato amministrativo e giudiziario. Trattasi dello Stato italiano[41] poiché, quando il Codice ha inteso riferirsi allo "*Stato estero*", lo ha detto espressamente (v. artt. 9, comma 3 e 10, comma 2), contrapponendo la diversa dicitura di "*Stato*", relativa *a contrariis* a quello nazionale[42]. In tal senso, il "*diritto politico del cittadino*" (art. 8, comma 3, primo periodo, c.p.) è conseguenziale, seppure in termini disgiuntivi ("*ovvero*"), all' "*interesse politico dello Stato*" (italiano).

Alla commissione del delitto politico indiretto corrisponde la lesione di diritti pubblici funzionali[43] quali l'elettorato attivo e passivo (artt. 48, 51, 56 e 58 Cost.), il diritto all'assunzione di cariche pubbliche (*ius ad officium*) e quello ad esercitarle e conservarle (*ius in officio*) (art. 51 Cost.), la partecipazione a *referendum* (artt. 75, 123, 132, 137 Cost.), la richiesta di petizioni (art. 50 Cost.).

Mentre i delitti contro la personalità dello Stato sono tipizzati (artt. 241 c.p. ss.) e costituiscono così il delitto politico formale, l'art. 8 c.p. prevede, di conseguenza, il delitto politico sostanziale perché è fattispecie aperta, parametro logico-giuridico astratto, correlato alla commissione *extra moenia*. Infatti, il comma 3, primo periodo, si raccorda con le disposizioni di parte speciale ("*ogni delitto*") il cui bene tutelato inerisca a un interesse politico dello Stato o a un diritto politico del cittadino[44]: l'indi-

---

[40] Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 127 ss.; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 985 ss. Più in generale Pannain, *Il delitto politico*, cit., 715; G. Vassalli, *Delitto politico*, cit., 1 ss.

[41] Cfr. Cass. pen., sent. n. 19762/2020 che nega la configurabilità del delitto politico verso uno stato estero; così la giurisprudenza di merito (Sent. 21 dicembre 1973, pubbl. in *Temi romana*, 1974, 624 ss.) per cui si dichiara l'improcedibilità dell'azione penale per difetto di giurisdizione del giudice italiano, stabilendo che "*la più rigorosa affermazione della giurisdizione italiana rispetto ai delitti politici è giustificata dal preminente interesse dello Stato italiano alla tutela del proprio ordinamento politico*", affermando che un'equivalente tutela degli stati stranieri non ricorre "*come è indirettamente comprovato dal divieto dell'estradizione dello straniero per reati politici*".

[42] Per effetto dell'art. 2, comma 5, d.l. 374/2001, conv. in l. 438/2001, la precisazione "*italiano*" inserita all'art. 7, n. 1, c.p. è intervenuta nonostante la perfetta coincidenza della previgente formulazione con l'intitolato del Titolo I ("*Dei delitti contro la personalità dello Stato*"), Libro II del Codice, donde pareva confidarsi sul fatto che *in claris non fit interpretatio.*

[43] V. C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 387; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 130.

[44] V. Cass. pen, sez. I, 26 aprile 1948, *Riv. it. dir. pen.*, 48, 338, per cui rileva solo la natura del bene giuridico offeso: un interesse politico dello Stato o un diritto politico del cittadino; Cass. pen., sez. I, 6 dicembre 1950, *Gius. pen.*, 51, II, 384 per cui l'offesa alla religione dello Stato di cui all'art. 403 c.p. non offende un interesse politico dello Stato. In relazione alla differenza tra strage comune (art. 422 c.p.) e strage politica (art. 285 c.p.) ved. Cass. pen., sez. I, sent. 172975/85). Cfr. art. 1092, comma 1, n. 1, c. nav. secondo cui il "*fine politico*" costituisce circostanza aggravante.

viduazione è rimessa all'interprete. Nel primo caso, ove provochino la lesione di organiche prerogative statuali, potrebbero rientrare astrattamente i delitti contro l'ordine e l'incolumità pubblici (Titoli V e VI c.p.) e i delitti contro l'economia pubblica (artt. 499 ss. c.p.)[45]. Nel secondo caso, i reati di turbativa elettorale (artt. 94 ss. D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361), per certi versi comuni al primo.

Se, dunque, il bene giuridico del delitto politico oggettivo è *in radice* qualificato in termini soltanto funzionali, o di diritto pubblico; diversamente, il comma 3, secondo periodo, origina il delitto soggettivamente politico da un "*delitto comune*" (cfr. intitolato artt. 9 e 10 c.p.), ritraibile dall'interprete sempre dalle disposizioni di parte speciale, il cui bene tutelato può generalmente variare. In dottrina, la tipologia dei reati comuni è contrapposta a quella dei reati propri, imputabili soltanto a specifiche categorie di soggetti[46].

Per questa ragione la punibilità del delitto soggettivamente politico è inscindibilmente condizionata alla sussistenza del movente politico, anche parziale. L'assenza di tale requisito retrocede il fatto a delitto comune (cfr., per altro verso e più in generale, artt. 117 c.p. e 1081 c.nav.), punibile se commesso all'estero alle condizioni di cui ai richiamati artt. 9 e 10 c.p. Il movente politico ricorre non nel caso di uno scopo puramente sociale[47] ma quando riguarda l'esistenza, la costituzione e il funzionamen-

---

[45] V. Vassalli, *Delitto politico*, cit., 2, per cui "*La dottrina fece fatica per individuare alcuni delitti oggettivamente politici, la cui punibilità dovesse ritenersi – anziché incondizionata, a mente dell'art. 7 n. 1 – subordinata alla condizione della richiesta del ministro della giustizia; e la rinvenne in alcune leggi speciali dell'epoca (come l'art. 12 del R.D.L. 22 aprile 1943, n. 245, contenente la previsione del* 'tradimento economico'*, ritenuto da taluno un vero e proprio delitto contro la personalità dello Stato) o, più plausibilmente, in ipotetiche leggi future*". La disposizione citata punisce, per un verso, chiunque sottrae merci non vincolate (art. 7) o procaccia merci vincolate (art. 8) di rilevante entità allo scopo di cagionare la deficienza o l'aumento del prezzo sul mercato (comma 1), con attenuazione della pena se il fatto non ha prodotto grave turbamento sul mercato (comma 2); per altro verso, punisce il produttore che, per il fine suddetto, occulta rilevanti entità di merci proprie (comma 3). Sulle difficoltà di individuazione ved. Cass. pen., sez. I, sent. 27 giugno 2003/12 settembre 2003, n. 35488. L'autorevolissima opinione del Mantovani, *Diritto penale*, cit., 988, che nel reato politico diretto ricomprenderebbe i reati del codice penale militare (verosimilmente, quelli contro la fedeltà e la difesa militare, artt. 77 ss. c.p.m.p. e quelli di spionaggio militare e rivelazione di segreti militari, artt. 86 ss. c.p.m.p.) va rapportata ai profili di giurisdizione. Infatti, anche ricorrendo la giurisdizione del giudice ordinario a fronte di connessione tra reati comuni e militari (art. 13, comma 2, secondo periodo, c.p.p.), dovrà valutarsi la *vis attractiva* dei richiamati artt. 17 e 18 c.p.m.p., speciali e quindi autonomi rispetto alla disciplina dell'art. 8 c.p. Cfr. Venditti, *Il diritto penale militare*, cit., 33, per cui "*i rapporti tra la legge penale militare e la legge penale comune vengono regolati dall'art. 16 c.p. (il quale stabilisce che* 'le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali in quanto non sia da queste stabilito altrimenti'*) e dall'art. 15 (il quale stabilisce la prevalenza della norma speciale ogni qualvolta si ponga tra più norme un rapporto di specialità")*, creandosi in tal modo "*una gerarchia di norme ordinarie: le norme penali comuni stabiliscono dei principi che sono applicabili anche alla materia regolata dalla legge penale militare; e le norme penali militari, da parte loro, configurano istituti che, pur avendo spesso carattere speciale, funzionano di solito secondo regole penalistiche generali; resta salva, però, la possibilità di derogare a tali regole, là dove la specialità degli istituti esiga una disciplina peculiare ed autonoma*".

[46] V. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 118, 404, 585; Antolisei, *Diritto penale*, cit., 174; Delpino-Bartone, *Diritto penale*, cit., 96.

[47] Cfr. Pannain, *Il delitto politico* cit., secondo cui: "*Né può indurre in equivoco la seconda di-*

to dello Stato. Il significato del termine "politico" si ricava, in senso esaustivo, dalla nozione di delitto oggettivamente politico.

In definitiva, il delitto politico corrisponde ad una fattispecie complessa la cui perseguibilità non può superare i limiti ontologici sovra descritti (cfr. art. 698 c.p.p., *cit.*), ostandovi il divieto di analogia in ambito penale (artt. 25, comma 2, Cost., 1, c.p. e 14 Preleggi, *cit.*), relativo, non alle cause di giustificazione, ma alle norme incriminatrici. Il divieto vale tanto più per l'art. 8, formula, per quanto oggettiva, lata e connotata da tratti metagiuridici. Del resto, la politicità del delitto è, in ogni caso, risaltata dalla previsione della richiesta di autorizzazione del Ministro, secondo le considerazioni che precedono.

Ai fini della perseguibilità, sembra allora necessario l'ancoraggio agli specifici principi costituzionali d'ambito. Può, perciò, valorizzarsi soltanto come politico il delitto che, oltre ai contesti statuali suddetti (es. artt. 55 ss. Cost.), inerisca alle disposizioni del Titolo IV ("*Rapporti politici*"), Parte I, artt. 48 Cost. ss. Più in generale, il ricorso ai principi costituzionali risulta strumento giurisprudenziale consolidato a fronte di formule giuridiche in apparenza indefinite[48].

sposizione dell'ultima parte di detto articolo, giacché i verbi 'è' e 'si considera' *rendono bene il concetto del legislatore: il delitto comune determinato da motivi politici non* 'è' *delitto politico ma è ad esso equiparato nel trattamento. Al trattamento fatto per i* 'delitti politici' *veri e propri la legge sottopone anche quelli comuni determinati però da motivi politici*". In conclusione, "*Delitto politico è soltanto quello tale oggettivamente considerato; senonché anche i delitti comuni sono trattati come delitti politici, quando siano determinati da motivi di questa specie; e con ciò non si è accolto un postulato della scuola positiva, ma si è formulata una eccezione determinata da ragioni politiche*". È indicativa, in proposito, la soppressione della congiunzione e dell'aggettivo "*sociale*" che, in sede di lavori preparatori, erano stati aggiunti all'espressione "*motivi politici*", talché "*Tale soppressione conferma l'inesistenza di interessi politici al di fuori dello Stato*" (T.S.M. di Roma, sentenza del 25 ottobre 1960). Cfr. Cass. pen, sez. I, sent. n. 16808 dell'8 aprile 2004 per cui un "*reato comune è soggettivamente politico ai sensi dell'art. 8, comma 3, c.p. allorché sia qualificato da un movente di natura politica, nel senso che l'agente si sia determinato in tutto o in parte a delinquere al fine di incidere sull'esistenza, costituzione e funzionamento dello Stato ovvero favorire o contrastare idee o tendenze politiche proprie dello Stato, o anche offendere un diritto politico del cittadino, si che non è sufficiente ad escludere la natura politica del delitto la circostanza che esso sia stato commesso per motivi in parte o prevalentemente politici*". In tal senso, il motivo politico non si esaurisce in un pretesto politico (Cass. pen., sez. I, 11 marzo 1961, *C. pen. Mass.*, 60, 321), non bastando che il movente politico risulti dal mero asserto dell'imputato, in assenza di documentazione dimostrativa di elementi che accompagnino l'azione criminosa e la determinino (Cass. pen., 6 settembre 1957, in *Giust. pen.*, 1958, II, 1).

[48] Cfr. Cass. civ., sent. nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008. Cfr. S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980. Cfr. V. Masarone, *Argomento a favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata del delitto politico: il divieto di estradizione per reati politici e la "depoliticizzazione" del terrorismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013. Secondo Vassalli, *Delitto politico*, cit., 7, è opportuno superare addirittura il dato formale in quanto, "*fino a che l'art. 8 esiste*", risulterebbe "*eccessivo limitarne l'applicazione secondo criteri particolarmente restrittivi. Una norma, quando si è staccata dalla sua prima matrice, comincia a vivere di vita sua propria, e soprattutto trae alimento e respiro dal sistema giuridico sopravvenente. Se si continuano ad interpretare le disposizioni della Costituzione sul delitto politico alla stregua della definizione dell'art. 8, non si vede perché la concezione di un delitto politico non necessariamente legato ad interessi dello Stato italiano, quale è imposta dalla Costituzione in materia di estradizione, non debba essere accolta, almeno in parte, anche ai fini dell'art. 8*".

Innestandosi il delitto politico nei reati di parte speciale, il movente politico può atteggiarsi a *quid pluris* rispetto all'elemento soggettivo previsto per essi dal Codice (art. 43, comma 1, c.p.). Infatti, soltanto il delitto politico indiretto coincide sostanzialmente col bene tutelato dai reati ad esso riconducibili: si pensi a quelli elettorali che puniscono in senso immediato l'offesa ad un "*diritto politico del cittadino*"[49]. Al contrario, nel delitto politico diretto, la riconducibilità all'offesa dell'"*interesse politico dello Stato*" non è agevole (cfr. nota 45) perché la politicità è, di regola, soltanto collaterale o intermedia: si pensi ai reati inerenti l'economia pubblica. Nel delitto soggettivamente politico il disallineamento è addirittura strutturale, talché la legge lo punisce in quanto determinato, ulteriormente, da moventi politici, anche parziali.

Il *quid pluris* partecipa, allora, dell'antigiuridicità penale, gravitando nell'orbita del dolo specifico[50]: si commette il reato base al fine preordinato di ledere (*animus no-*

---

[49] Cass. pen., sez. I, 2 gennaio 1951, *Riv. it. dir. pen.*, 51, 156, per cui è oggettivamente politico il reato di falsificazione di atti destinati ad operazioni elettorali, essendo il diritto elettorale un diritto politico.

[50] Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 196106/1993 per cui costituisce regola generale che "*il movente è la causa psichica della condotta umana e costituisce lo stimolo che ha indotto l'individuo ad agire; esso va distinto dal dolo, che è l'elemento costitutivo del reato e rigurda la sfera della rappresentazione e volizione dell'evento*" (per distinzione tra dolo e movente, Cass. pen., sez. V, sent. 38736/17; sez. I, 466/1993). Senonché, "*quando la legge fa dipendere l'esistenza di un determinato reato dal movente che ha spinto l'azione (cioè dal fine avuto di mira dall'agente),* il movente assurge a elemento costitutivo*, che, peraltro, non modifica la nozione del dolo, se non nel senso che questo, perché il reato sussista, deve formarsi rispetto al fine preso in considerazione dalla norma* (dolo specifico)" (Delpino/Bartone, *Diritto penale*, cit., 219). Per Antolisei, *Diritto penale*, cit., 445, "*il movente si distingue, per tal modo, dallo scopo (o fine), il quale, consistendo nella rappresentazione di un risultato, ha sempre carattere conoscitivo. Esso, però, quando è consapevole coincide con lo scopo ultimo dell'azione umana, il quale è in ogni caso costituito da un bisogno da soddisfare*". V. in particolare F. Giunta, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfacettature*", in *Criminalia (annuario di scienze penalistiche)*, in *disCrimen*, dal 25 ottobre 2018, 9, per cui a fondamento dell'art. 583-*bis* c.p. "*non è tanto il disvalore dell'azione che rileva, ma i moventi sottesi al fatto*". Cfr. P. Franceschetti, *Dolo*, in *AltalexPedia*, 11/4/2016, per cui il dolo è "*invece specifico, quando, per integrare il reato, il legislatore prevede oltre alla volontà dell'evento, un fine ulteriore, anche se poi il fine per avventura non si realizza. In pratica il soggetto agisce per un fine che, si suol dire, sta al di là del fatto, o al di fuori di esso, e che rientra nei moventi*". V. Pannain, *Delitto politico*, cit., secondo cui "*Se, infatti, si ricorda che durante i lavori parlamentari più volte si è espresso il concetto de l'esclusiva rilevanza de l'elemento psicologico 'dolo', ad eccezione dei casi, in cui la legge rilevanza, sempre secondaria, attribuisce ai motivi (es. art. 61, n. 1, 62, n. 1) (ed è vero che il disposto de l'art. 8 potrebbe rientrare tra le eccezioni alla regola, ma assai più grave di quella delle aggravanti e delle attenuanti comuni); se si ricorda che il prof. Arturo Rocco durante i lavori preparatori dichiarò il 'motivo' sinonimo di 'fine' ed 'intenzione', verrà spontanea la domanda che cosa debba intendersi per motivo e perché mai di esso parli l'art. 8 medesimo*". Da tali premesse, l'autore arriva, però, a sostenere l'incompatibilità del movente politico col fine, non valorizzando la correlazione dell'art. 8 con le disposizioni di parte speciale, talché: "*Se, invero, i 'motivi' di cui tratta l'art. 8 dovessero intendersi come 'fini' o 'scopi', assurdo sarebbe il disposto del predetto articolo, in proposito; giacché essi servirebbero a denotare il dolo generico, o, magari, il dolo specifico, che nei reati comuni, altro non è che l'intenzione diretta al particolare evento comune del determinato reato. E sarebbe contraddittorio chiamare, ad es., motivo politico il 'fine di trarre profitto' del furto. E d'altra parte il 'fine' del furto è soltanto quello di profitto: onde la impossibilità di un motivo-fine politico, in detto reato*". Perciò: *"deve quindi concludersi che i 'motivi' nell'art. 8 stanno a designare quegli impulsi, che determinano l'a-*

cendi) un bene giuridico ulteriore e integrativo, quello politico[51]. Il movente compenetra così il delitto politico nella sua integralità, cadendo in automatico ed eccezionalmente nel fuoco del dolo. In altri termini, vi è coscienza e volontà dell'antigiuridicità quando il movente (parte di questa) sia dalle prime teleologicamente compreso ed assorbito quale fine ultimo dell'azione[52]. In conclusione, esso rappresenta un risvolto essenziale dell'elemento soggettivo preteso dalla norma incriminatrice dell'art. 8.

Emergono così le implicazioni di compatibilità con le circostanze di cui agli art. 61, n. 1 e 62, n. 2, c.p. In linea teorica, se il movente è elemento costitutivo del reato, esso non può, per il principio di non contraddizione, rilevare anche come circostanza ove si assumano con esso coincidenti, sul piano del contenuto, segnatamente i motivi previsti dai suddetti articoli: infatti, gli art. 61, 62 *cit.* e 84, comma 1, c.p. differenziano "*elementi costitutivi*" da "*circostanze*"[53]. Peraltro, i motivi rilevano anche ai fini del grado di capacità a delinquere (art. 133, comma 2, n. 1, c.p.).

Nel delineato contesto, il motivo politico non si presta ad essere *prima facie* abietto e futile, dato il fine intellettivo e ideologico che, di regola, lo caratterizza: perciò, l'aggravante dell'art. 61, n. 1, non si concilia col motivo ideologico o politico, "*riconducibile ad una delle più frequenti ragioni generatrici di contrasto violento fra le persone*"[54]; si veda, peraltro, il richiamato art. 1092, comma 1, n. 1, c. nav. Parimenti, i motivi di particolare valore morale e sociale (art. 62, n. 1) sono ritenuti compatibili col motivo politico "*purché non contrastanti con l'ordinamento statale*"[55]. In tal senso "*non può considerarsi di particolare valore morale e sociale il* motivo politico *quando sia radicato nel desiderio di affermare la propria opinione o fazione contro le altre opinioni o fazioni*"[56].

gente al reato, all'infuori de l'appetizione del particolare risultato, ch'è, invece, il fine e lo scopo".

51 V. G. Marino, *"Il filo di Arianna". Dolo specifico e pericolo nel diritto penale della sicurezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 6/2018, per cui il dolo specifico implicito è "*ravvisabile in tutte quelle fattispecie nelle quali l'elemento intenzionale sia comunque connotato da* specialità, *ovvero quando il fine, pur non esplicitato, sia ricavabile dalla lettura della norma, dal suo confronto con altra fattispecie o sulla base di un'interpretazione sistematica*". Cfr. Cass. pen., 17 maggio 2004, n. 23181 per cui "*vanno definiti di oggettiva gravità delitti quali l'omicidio volontario, il sequestro di persona e le lesioni personali volontarie commessi in territorio estero a danno di connazionali all'estero, non in circostanze occasionali, ma in esecuzione di un piano criminoso diretto all'eliminazione fisica degli avversari politici senza il rispetto di alcuna garanzia processuale e* al solo scopo *di contrastare idee e tendenze politiche di soggetti iscritti a sindacati, partiti politici o associazioni universitarie, in quanto tali delitti offendono un* interesse politico dello Stato italiano". Per un'interpretazione più restrittiva, Cass. pen., 26 aprile 1948, *Sordello, GP. 48, II, 794*, per cui "*nel delitto politico si prescinde dal motivo che spinge il colpevole ad agire e si ha riguardo solo alla natura giuridica del bene leso, interesse politico dello Stato e diritto politico del cittadino*". Con riferimento al delitto soggettivamente politico "*Il movente del delitto deve essere* finalizzato *in ogni caso ad offendere, sia pure attraverso la commissione di un delitto comune, un interesse politico dello Stato o un diritto politico del cittadino*" (Cass. pen., Sez. I, sent. n. 152177/1982.

52 Cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 200, per cui il reato, espressivo dell'antigiuridicità, "*esige sempre il concorso del fattore psichico*"; più in generale, R. Dell'andro, *Antigiuridicità* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, 1958, II, 542 ss.; Padovani, *Diritto penale*, cit., 145 ss.

53 Cfr. T. Padovani, *Circostanze del reato* (voce), in *Dig. pen.*, 1988, V. II, 195.

54 Cass. pen., sent. n. 52747/2017.

55 Delpino-Bartone, *Diritto penale*, cit., 295.

56 Mantovani, *Diritto penale*, cit. 451.

ERGASTOLO OSTATIVO E LIBERAZIONE CONDIZIONALE PER I REATI DI MAFIA: DEPOSITATA L'ORDINANZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Corte Costituzionale, 15.04.2021, (dep. 11.05.2021) ord. n. 97

Francesco Vergine*

MASSIMA

È illegittima la presunzione assoluta di pericolosità per chi non collabora, ma serve una legge per approntare una nuova disciplina.

Sommario: 1. Premessa. – **2.** I precedenti sovranazionali: la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Viola c. Italia. – **3.** Costituzionalità dell'ergastolo e incostituzionalità della presunzione assoluta di pericolosità: qualcosa si muove. – **4.** L'intervento cauto della Consulta.

Abstract

Nell'ordinanza in commento la Corte Costituzionale torna ad esaminare questioni di legittimità costituzionale relative all'ergastolo ostativo, approfondendo anche il tema della presunzione assoluta di pericolosità del condannato per reati di contesto mafioso. Con il provvedimento che rinvia la trattazione della questione di un anno, la Consulta evita un intervento "demolitorio", ed in nome di esigenze di collaborazione istituzionale, lascia al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia, riservandosi di verificare ex post *la conformità alla Carta Fondamentale. Il Giudice delle Leggi rileva sospetti di illegittimità costituzionale riguardanti aspetti centrali della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali in relazione all'ammissione alla liberazione condizionale, beneficio che dischiude l'accesso alla definitiva estinzione della pena.*

In the ruling, the Constitutional Court returns to examine issues of constitutional legitimacy relating to life imprisonment, also investigating the issue of the absolute presumption of dangerousness of the offender convicted of mafia crimes. The provision postpones the discussion of the question for one year. The Constitutional Court avoids a "demolishing" intervention, and for institutional collaboration needs, it leaves Parliament adequate time to address the matter, reserving the right to verify compliance with the Constitution. The Court notes the constitutional illegitimacy of central aspects of the legislation set up to combat criminal organizations in relation to admission to conditional release, a benefit for access to the definitive extinction of the sentence.

* Ordinario diritto processuale penale Università LUM di Bari.

1. Premessa.

Con l'ordinanza n. 97 del 2021 depositata l'11 maggio 2021 (ed emessa all'esito dell'udienza del 15 aprile 2021, con pubblicazione di relativo comunicato stampa) la Corte Costituzionale ha stabilito che spetta al parlamento modificare la disciplina relativa al c.d. "ergastolo ostativo" nella parte in cui presenta profili di contrarietà alla Carta fondamentale ed ai principi della CEDU. Il rinvio della questione sottoposta alla Consulta al maggio 2022 viene, dunque, giustificato stante il rilievo che un intervento "demolitorio" del Giudice delle Leggi potrebbe produrre effetti disarmonici sul complessivo equilibrio della disciplina al vaglio della Corte, compromettendo le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva cui le norme sono preposte, al fine di contrastare il fenomeno della criminalità mafiosa.

In particolare, in relazione al giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 4*bis*, comma 1, 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), e dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa) convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, sollevato dalla Corte di Cassazione, prima sezione penale, con ordinanza del 3 giugno 2020[1], in rife-

[1] La Corte rimettente è investita del ricorso per cassazione proposto contro un'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila da persona irrevocabilmente condannata alla pena dell'ergastolo con sentenza della Corte di assise di Palermo del 24 giugno 2005, confermata dalla locale Corte di assise di appello (decisione irrevocabile dal 9 febbraio 2007). Il ricorrente, in particolare, è stato riconosciuto colpevole di un delitto di omicidio volontario aggravato *ex* art. 7 del d.l. n. 152 del 1991. La sanzione dell'ergastolo concernente il reato in questione, originariamente cumulata alle pene inflitte per fatti ulteriori, è in esecuzione dal 23 novembre 1999. Nel procedimento da cui promana l'ordinanza di rimessione, il condannato si è rivolto al Tribunale di sorveglianza per ottenere un provvedimento di liberazione condizionale. La richiesta, tuttavia, è stata dichiarata inammissibile, poiché la pena in corso di esecuzione è stata inflitta per un reato commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività della associazione in esso prevista (associazione di tipo mafioso). In tali condizioni, i benefici penitenziari e la stessa liberazione condizionale potrebbero infatti essere accordati solo se il condannato abbia prestato collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p., o si sia trovato nella impossibilità di collaborare efficacemente. Nella specie, però, non è mai stato registrato un atteggiamento collaborativo e, già in precedenti occasioni (da ultimo con ordinanza el 6 novembre 2018, il Tribunale di sorveglianza aveva negato che potesse riconoscersi, in favore del ricorrente, una situazione "equivalente", di impossibilità a prestare una collaborazione utile. Su queste premesse il Tribunale di sorveglianza ha quindi ritenuto di non procedere a un esame di merito della richiesta del condannato, negando che gli sviluppi recenti della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale consentano il superamento, in via di interpretazione, della condizione posta dal comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p., e dichiarando la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevata in proposito della difesa del ricorrente. La Corte di cassazione, in via preliminare, ricorda che il regime restrittivo per l'accesso ai benefici penitenziari, regolato dall'art. 4-*bis* o.p., è applicabile con riguardo alla liberazione condizionale per effetto dell'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991: di conseguenza, il beneficio è ammissibile, in rapporto ai delitti elencati al primo comma del citato art. 4-*bis*, solo nel caso di collaborazione con la giustizia o di accertata impossibilità o inesigibilità della collaborazione medesima. Può vedersi, in dottrina, E. Dolcini, *Ergastolo ostativo, liberazione condizionale, diritto alla speranza*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a

rimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost. con riguardo all'art. 3 della CEDU, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste che non abbia collaborato con la giustizia, la Corte rivoluziona l'esegesi di quei principi in passato richiamati nella sentenza n. 306 del 1993.

La pronuncia del 1993, da cui la Consulta prende decisamente le distanze, aveva qualificato l'impossibilità di accedere alla liberazione condizionale come preclusione non derivante automaticamente dall'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen.[2], bensì dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo.

Dopo quasi un ventennio, la Corte Costituzionale analizza la stessa norma con una diversa lente, particolarmente adatta a cogliere nuovi dettagli, rilevati grazie ad un focus composito e strutturatosi tra l'esegesi domestica e sovranazionale in materia di ergastolo e trattamenti disumani o degradanti. Infatti, nella motivazione si effettua una piena ricostruzione del quadro giurisprudenziale di riferimento richiamato dal giudice *a quo* a sostegno della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione (Corte Cost. nn. 253 del 2019, 161 del 1997, 274 del 1983 e 264 del 1974 e CEDU 13 giugno 2019 Viola c. Italia), ed inoltre una puntuale disamina dell'evoluzione legislativa (in particolare, art. 2, L. 1634/1962 e art. 28 L. 663/1986) e di quella giurisprudenziale, sia costituzionale (sentenze nn. 264/1974, 274/1983, 168/1994, 161/1997) sia sovranazionale (CEDU 12 febbraio 2008, Kafkaris contro Cipro; 9 luglio 2013, Vinter contro Regno Unito; 4 settembre 2014, Trabelsi contro Belgio; 26 aprile 2016, Murray contro Paesi Bassi; 4 ottobre 2016, T.P. e A.T. contro Ungheria), sulla compatibilità della pena dell'ergastolo col principio costituzionale di risocializzazione.

Nel complesso, l'ordinanza della Consulta dimostra di recepire l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo circa l'incompatibilità convenzionale e costituzionale di un regime che condiziona l'accesso alla liberazione condizionale alla collaborazione dell'interessato con l'autorità giudiziaria.

2. I precedenti sovranazionali: la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Viola c. Italia.

È certamente nota l'indicazione del resa dalla sez. I della Corte EDU nella sentenza Viola contro Italia del 13 giugno 2019 n. 77633, laddove nel caso sottoposto alla sua cognizione, i giudici hanno osservato che a causa dell'esistenza della circostanza aggravante legata al fatto di avere svolto il ruolo di capo all'interno del gruppo mafioso di appartenenza, la collaborazione dell'interessato non può essere definita «impos-

---

cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, Atti del Seminario, Ferrara, 25 settembre 2020, 124 ss.

[2] Infatti, la disciplina restrittiva per l'accesso ai benefici penitenziari, prevista dall'art. 4*bis* ord. pen., si estende, per effetto dell'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991, anche al regime della liberazione condizionale. In virtù di tale complesso normativo, la richiesta di accedere alla liberazione condizionale, se presentata da condannati per i delitti compresi nel comma 1 dell'art. 4*bis*, può essere valutata solo laddove essi abbiano collaborato con la giustizia, oppure nei casi di accertata impossibilità o inesigibilità della collaborazione medesima.

sibile» o «irrilevante» ai sensi della legislazione vigente e della giurisprudenza della Corte di Cassazione[3].

Da tale presupposto, nel valutare se la pena perpetua detta «ergastolo ostativo» sia *de jure* e *de facto* riducibile, ovvero se offra una prospettiva di liberazione e una possibilità di riesame nel caso di collaborazione, la Corte ha analizzato il sistema interno, osservando che esso non vieta, in maniera assoluta e con effetto automatico, l'accesso alla liberazione condizionale e agli altri benefici propri del sistema penitenziario, ma lo subordina alla «collaborazione con la giustizia».

In effetti, la situazione derivante dall'articolo 4-*bis* ord. pen. si situa in questo modo tra quella del condannato all'ergastolo ordinario, prevista dall'articolo 22 del codice penale, la cui pena è riducibile *de jure* e *de facto*, e quella del detenuto a cui è preclusa dal sistema, a causa di un ostacolo giuridico o pratico, qualsiasi possibilità di liberazione, in violazione dell'articolo 3 della Convenzione. La Corte sovranazionale ha, quindi, esaminato se l'equilibrio tra le finalità di politica criminale e la funzione di risocializzazione della pena non finisca, nella sua applicazione pratica, per limitare eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di chiedere il riesame della sua pena.

La Corte europea dei diritti dell'uomo offre, così, nel caso Viola una approfondita disamina del sistema italiano. In argomento, osserva che il sistema penitenziario italiano si basa sul principio della *progressione trattamentale del detenuto*, secondo il quale la partecipazione attiva al programma individuale di rieducazione e il passare del tempo possono produrre effetti positivi sul condannato e promuovere il suo pieno reinserimento nella società. Man mano che fa progressi in carcere, ammettendo che ne faccia, al condannato viene offerta dal sistema la possibilità di beneficiare di misure progressive (che vanno dal lavoro all'esterno alla liberazione condizionale, passando attraverso i permessi premio e la semilibertà, finalizzati a favorire il processo di risocializzazione del detenuto) che lo accompagnino nel suo «percorso verso l'uscita».

Si tratta di una declinazione della funzione di correzione della detenzione evocata nella stessa sentenza Murray c. Paesi Bassi.

Già nella pronuncia Viola c. Italia, la Corte rammenta inoltre di avere affermato che il principio della «dignità umana» impedisce di privare una persona della sua libertà con la costrizione senza operare, nel contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà. Essa ha precisato che «*un detenuto condannato all'ergastolo effettivo ha il diritto di sapere (...) cosa deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili*»[4]. Essa ha anche dichiarato che le autorità nazionali devono dare ai detenuti condannati all'ergastolo una possibilità reale di reinserirsi[5]. Si tratta chiaramente di un obbligo positivo di mezzi, e non di risultato, che implica di garantire per questi detenuti l'esistenza di regimi penitenziari che siano compatibili con l'obiettivo di correzione e che permettano loro di fare progressi in questa direzione[6].

---

[3] Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola C. Italia, § 33 e 46.
[4] Cfr. anche Corte EDU Vinter e altri c. Regno Unito [GC], nn. 66069/09 e altri 2, *§ 122*.
[5] Cfr., Corte EDU, Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria, nn. 15018/11 e 61199/12, § 264, CEDU 2014.
[6] Corte EDU, Murray c. Paesi Bassi, § 104.

La portata rivoluzionaria dell'esegesi della Corte europea sta nel fatto che il Giudice sovranazionale deduce che la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai «valori criminali» e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza. Del resto, ciò è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 306 dell'11 giugno 1993, nella quale si è affermato che l'assenza di collaborazione non indicava necessariamente il mantenimento di legami con l'organizzazione mafiosa.

Inoltre, la Corte Europea ha osservato, analogamente a quanto fatto dalla Corte costituzionale nella stessa sentenza del 1993, che ci si potrebbe ragionevolmente trovare di fronte alla situazione in cui il condannato collabora con le autorità senza che, in ogni caso, il suo comportamento rispecchi una correzione da parte sua o la sua «dissociazione» effettiva dall'ambiente criminale, avendo l'interessato agito in tal modo al solo scopo di ottenere i vantaggi previsti dalla legge[7].

Già l'analisi di questi principi di diritto enucleati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo mostra l'incongruenza del meccanismo previsto dal sistema interno, laddove in tutti i casi in cui ricorra l'ergastolo ostativo, il solo fatto di non aver «collaborato con la giustizia» esclude per il condannato dal beneficio di occasioni progressive di reinserimento sociale.

È evidente, del resto, che si giungerebbe al paradosso per cui un condannato che abbia effettivamente dimostrato di conformarsi ai principi costituzionali di recupero e rieducazione, mediante un percorso di ravvedimento e rieducazione non sia in una condizione sufficiente per l'ottenimento della liberazione condizionale, al quale ben potrebbe, in potenza, essere ammesso un altro soggetto che abbia "collaborato" al solo fine di ottenerne il beneficio e senza un reale percorso di ravvedimento. Senza contare che un "capo promotore" di associazione per delinquere di stampo mafioso – dichiarato tale in esito ad una sentenza passata in giudicato – abbia potenzialmente (e concretamente) più possibilità di beneficiare di misure progressive di reinserimento rispetto al sodale che, a fronte di una condanna passata in giudicato per tale reato, non collabori con la giustizia, tendenzialmente perché sprovvisto di mezzi e conoscenze idonee a fornire una concreta collaborazione.

Invero, la Corte Edu ebbe già ad evidenziare nella nota pronuncia Murray che la personalità di un condannato non rimanga fissata al momento in cui il reato è stato commesso, ma possa evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come preve-

[7] Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola C. Italia, § 120. Essa constata che, se altre circostanze o altre considerazioni possono spingere il condannato a rifiutarsi di collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta a uno scopo meramente opportunistico, l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione del ricorrente. 121. Essa osserva infatti che, considerando la collaborazione con le autorità come l'unica dimostrazione possibile della «dissociazione» del condannato e della sua correzione, non si tiene conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti, non è escluso che la «dissociazione» dall'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione la giustizia. Si veda il commento di E. Dolcini, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 925 ss.; S. Santini, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.

de la funzione di risocializzazione, che permette all'individuo di rivedere in maniera critica il proprio percorso criminale e di ricostruire la sua personalità. Sul punto, il Giudice europeo ritiene che l'assenza di «collaborazione con la giustizia» determini una presunzione inconfutabile di pericolosità, che ha l'effetto di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione[8]. Questi rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo, e rischia altresì di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo[9].

Da questa prospettiva, la continua detenzione risulta contraria all'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto, mantenendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale, il regime vigente riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, anziché tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna.

3. Costituzionalità dell'ergastolo e incostituzionalità della presunzione assoluta di pericolosità: qualcosa si muove.

Già prima della pronuncia Viola c. Italia, a livello domestico, sembrava svilupparsi la tendenza a rimettere in discussione la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale. Del resto, la Consulta aveva già evidenziato con la sentenza n. 149 dell'11 luglio 2018 che un lungo tempo di carcerazione può aver determinato rilevanti trasformazioni sulla personalità del detenuto. Sicché il carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata che impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo si pone in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27 Cost. terzo comma, Cost.

Da tali premesse sembrava muovere anche l'ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione alla Corte Costituzionale in merito alla legittimità costituzionale dell'articolo 4-*bis*, ord. pen. Infatti, le norme censurate dalla Cassazione e portate all'attenzione della Consulta stabiliscono che i condannati all'ergastolo per reati di contesto mafioso, se non collaborino utilmente con la giustizia non possono essere ammessi al beneficio della c.d. liberazione condizionale, che consiste in un periodo di libertà vigilata, a conclusione del quale, solo in caso di comportamento corretto, consegue l'estinzione della pena e la definitiva restituzione alla libertà. Possono, invece, accedere a tale beneficio, dopo aver scontato almeno 26 anni di carcere, tutti gli altri condannati alla pena perpetua, compresi quelli per delitti connessi all'attività di associazioni mafiose, i quali abbiano collaborato utilmente con la giustizia.

In argomento, la Consulta evidenzia come per i casi di dimostrati e persistenti legami del detenuto con il sodalizio criminale originario, l'ordinamento penitenziario appresta l'apposito regime di cui all'art. 41-*bis*, la cui applicazione ai singoli detenuti presuppone appunto, l'attualità dei loro collegamenti con organizzazioni criminali

[8] Si vedano, tra altre, Corte EDU Harakchiev e Tolumov, § 264, e Corte EDU Matiošaitis e altri, § 177.

[9] Cfr. Corte EDU Vinter e altri c. Regno Unito [GC], nn. 66069/09 e altri 2, § 112.

(sentenze n. 186 del 2018 e n. 122 del 2017). In costanza di assoggettamento a tale regime, l'accesso ai benefici penitenziari non risulta possibile, e di certo non è compatibile con una valutazione di "sicuro ravvedimento" *ex* art. 176 c.p. Allo stesso tempo, anche in relazione a condannati per reati di affiliazione a una associazione mafiosa (e per reati a questa collegati), ai soli fini dell'accesso al permesso-premio, la valutazione in concreto di accadimenti idonei a superare la presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – da parte di tutte le autorità coinvolte, e in primo luogo ad opera del magistrato di sorveglianza – deve rispondere a criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo.

Particolarmente importante è, dunque, il provvedimento depositato l'11 maggio del 2021, mediante il quale la Consulta tiene ancora sospesa una pronuncia sulla verifica di legittimità costituzionale della disciplina che non consente di concedere lo specifico beneficio della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo, per delitti di "contesto" mafioso, che non collabora utilmente con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni di carcere. Nella motivazione, richiamato un *excursus* sull'evoluzione legislativa, ed un'accurata disamina sulle precedenti decisioni della Consulta[10], si evidenzia che «*se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque, con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale*»[11]. Negli anni, infatti, l'accesso alla liberazione condizionale ha accentuato il proprio ruolo di fattore di riequilibrio tra il corredo genetico dell'ergastolo (quale pena senza fine) e l'obiettivo costituzionale della risocializzazione di ogni condannato[12]. Quindi, è

[10] In particolare, la motivazione richiama la sentenza n. 264 del 1974 della Consulta che aveva risolto nel senso della non fondatezza la questione di compatibilità tra l'art. 22 c.p. e l'art. 27, comma 3, Cost. anche attraverso un riferimento alla possibilità di accedere alla liberazione condizionale, ormai riconosciuta al condannato pur nel caso in cui risultasse privo dei mezzi utili all'adempimento delle obbligazioni nascenti da reato.

[11] Corte Cost., sent. n. 161 del 1997, cfr. A. Longo, *Brevi osservazioni sui rapporti tra ergastolo e liberazione condizionale suggerite dalla sentenza n. 161/97*, in *Giur. it.*, 1999, 121 ss.

[12] Nella sentenza n. 274 del 1983, la Consulta dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 54 ord. pen. nella parte in cui non prevedeva, ai soli fini della maturazione della soglia di pena che consente la richiesta di liberazione condizionale, la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo le detrazioni di pena previste da quella norma. a seguito della pronuncia, l'art. 28 della legge 10 ottobre 1986, n. 633 modificava l'art 176, comma 3 c.p., riducendo a 26 anni la soglia minima di pena eseguita a carico del condannato prima del suo potenziale accesso alla liberazione condizionale, ed eliminando il riferimento al carattere "effettivo" dell'esecuzione. In dottrina, cfr., E. Fassone, *Riduzioni di pena ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 799 ss.; V. Grevi, *Sulla configurabilità di una liberazione condizionale "anticipata" per i condannati all'ergastolo*, in *Foro it.*, 1984, pt. I, 19 ss. Nel contempo, al fine di superare ogni residua controversia sulla rilevanza dei periodi di liberazione anticipata nel computo della pena da scontare prima della richiesta di liberazione condizionale, il legislatore modificava anche l'ultimo comma dell'art. 54 ord. pen., specificando che la regola di equivalenza alla esecuzione effettiva si applica anche ai condannati all'ergastolo. Con la sentenza n. 168 del 1994, la Consulta escludeva l'applicabilità dell'ergastolo ai minori: in particolare nella motivazione la Corte costituzionale cita un passo relativo alla libe-

proprio la vigente disciplina "ostativa" a mettere in tensione il principio rieducativo previsto dall'art. 27, comma 3, Cost. comprimendo in misura intollerabile la funzione rieducativa della pena.

La Consulta nell'ordinanza di maggio, in cui differisce la risoluzione della questione ad un anno, afferma, in primo luogo, che la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento. Del resto, può essere dubbia la libertà del condannato medesimo, costretto invero "*tragicamente*"[13] a scegliere tra la possibilità di riacquisire la libertà a costo della sicurezza sua e dei propri cari e un destino di reclusione senza fine[14].

All'uopo, la stessa Consulta richiama una precedente propria sentenza, la n. 253 del 2019[15], ove rilevava che la presunzione assoluta di pericolosità a carico del non collaborante mostra la propria irragionevolezza, perché si basa su una generalizzazione che i dati dell'esperienza possono smentire. Infatti, nella sentenza n. 253 del 2019, la Corte Costituzionale aveva già stabilito che, in relazione a condannati per reati di affiliazione a una associazione mafiosa (e per reati a questa collegati), ai soli fini dell'accesso al permesso-premio, la valutazione in concreto di accadimenti idonei a superare la presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – da parte di tutte le autorità coinvolte, e in primo luogo ad opera del magistrato di sorveglianza – doveva rispondere a criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo.

razione condizionale e ad altre misure premiali applicabili al condannato all'ergastolo: «tutti gli anzidetti correttivi finiscono con l'incidere sulla natura stessa della pena dell'ergastolo, che non è più quella concepita alle sue origini dal codice penale del 1930. La previsione astratta dell'ergastolo deve ormai essere inquadrata in quel tessuto normativo che progressivamente ha finito per togliere ogni significato al carattere della perpetuità che all'epoca dell'emanazione del codice la connotava». In dottrina, E. Gallo, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giur. cost.*, 1994, 1267 ss.; M. Ruotolo, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giur. it.*, 1995, 358 ss.

13 Lemma utilizzato dalla stessa Consulta.

14 Nella sentenza in commento la Consulta spiega che la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può essere determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali. Ed ancora spiega «In casi limite può trattarsi di una "scelta tragica": tra la proprio (eventuale) libertà, che può tuttavia comportare rischi per la sicurezza dei propri cari, e la rinuncia a essa, per preservarli da pericoli».

15 La sentenza n. 253 del 2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di accordare permessi premio, in caso di condanna alla pena dell'ergastolo per reati "ostativi", sottolineando la necessità che il giudice, superando la presunzione, possa in concreto valutare ed eventualmente valorizzare situazioni di sicuro ravvedimento. Cfr., M. Bortolato, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 632 ss.; R. De Vito, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 349 ss.; G. Dodaro, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio* ex *art. 4*-bis*, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, *ivi*, 2020, 259 ss.; F. Fiorentin, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, in *Cass. pen.*, 2020, 1019 ss.; A. Menghini, *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4*-bis *1° comma ord. pen.*, in *Giur. it.*, 2020, 410 ss.

Non è affatto irragionevole presumere dalla mancata collaborazione il mantenimento di legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza (fortemente radicata nel territorio, caratterizzata da una fitta rete di collegamenti personali, dotata di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo) a condizione, tuttavia, che quest'ultima sia da considerarsi una presunzione relativa superabile da prova contraria (consistente in congrui e specifici elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il rischio del loro futuro ripristino e, comunque, non riducibili alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione al percorso rieducativo o a una soltanto dichiarata dissociazione) rimessa alla valutazione del tribunale di sorveglianza[16].

Nella recentissima ordinanza in commento, la posta in gioco è ancora più radicale rispetto alla precedente sentenza n. 253 del 2019[17] giacché, in termini ordinamentali, sono in questione le condizioni alle quali la pena perpetua può dirsi compatibile con la Costituzione, mentre, dal punto di vista del condannato, è in discussione la sua stessa possibilità di sperare nella fine della pena. La Consulta evidenzia che *«la presunzione di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso che non collabora con la giustizia non è, di per sé, in tensione con i parametri costituzionali evocati dal rimettente»*. In particolare, non è incostituzionale la presunzione di pericolosità sull'ergastolano condannato per i reati di mafia, ma il fatto che tale presunzione sia superabile esclusivamente con il parametro della collaborazione.

Il Giudice delle Leggi spiega, infatti, che non è affatto irragionevole presumere che il condannato all'ergastolo mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza. Ma, appunto, tale tensione si evidenzia laddove sia stabilito che la collaborazione sia l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla valutazione da cui dipende, decisivamente, la sua restituzione alla libertà. La Corte, quindi, chiosa «*anche in tal caso, è insomma necessario che la presunzione in esame diventi relativa e possa essere vinta da prova contraria, valutabile dal tribunale di sorveglianza. Il carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata impedisce, infatti, alla magistratura di sorveglianza di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto (sentenza n. 149 del 2018) – l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.*».

[16] Nella sentenza in commento si legge «Ciò non significa affatto svalutare il rilievo e utilità della collaborazione, intesa come libera e meditata decisione di dimostrare l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale, e che certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente, qui non in discussione. Significa, invece, negarne la compatibilità con la Costituzione se e in quanto essa risulti l'unica possibile strada, a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale».

[17] La Consulta argomenta «è qui in esame l'accesso al ben diverso istituto che determina, all'esito positivo del io di libertà vigilata, l'estinzione della pena e il definitivo riacquisto della libertà, e non semplicemente, come nel caso del permesso-premio, la concessione di una breve sospensione della carcerazione, senza interruzione dell'esecuzione della pena, in costanza dei connessi controlli».

4. L'intervento cauto della Consulta.

Essendo sospettati di illegittimità costituzionale aspetti "centrali" della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali con riguardo, peraltro, al beneficio che dischiude l'accesso alla definitiva estinzione della pena, la Corte ritiene che, anche per come è stata formulata la questione in aderenza al procedimento *a quo* (con riferimento ai soli delitti di contesto mafioso e al solo beneficio della liberazione condizionale), un intervento meramente "demolitorio" potrebbe mettere a rischio, per effetto di "disarmonie" e "contraddizioni", il complessivo equilibrio della disciplina in esame e, soprattutto, le sottese esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva, rientrando piuttosto nella discrezionalità legislativa la scelta, complessiva, ponderata e coordinata, tra le diverse soluzioni di politica criminale in campo[18].

Tra l'altro, la Corte rileva come la normativa risultante da una eventuale pronuncia di accoglimento delle questioni, conchiusa nei termini proposti dal giudice *a quo*, darebbe vita a un sistema penitenziario caratterizzato, a sua volta, da tratti di incoerenza. In esso, i condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., pur se non collaborino utilmente con la giustizia, possono attualmente essere valutati al fine di ottenere uno o più permessi premio. All'esito di una pronuncia di accoglimento dell'odierna questione – alla fine della pena e perciò del loro percorso penitenziario – i condannati (non collaboranti) potrebbero accedere (anche) al procedimento di ammissione alla liberazione condizionale: ma resterebbe loro inibito l'accesso alle altre misure – lavoro all'esterno e semilibertà – cioè proprio alle misure che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso recupero della libertà.

Per questi motivi, facendo leva sui poteri di gestione del processo costituzionale in nome di esigenze di collaborazione istituzionale, la Corte, come già fatto in passato[19], ruota la clessidra, limitandosi a disporre il rinvio del giudizio all'udienza del 10 maggio 2022, dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia e riservandosi di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni eventualmente assunte.

Non mancano le critiche circa l'atteggiamento frenato della Consulta[20], che non si era posta simili limiti nella sentenza n. 253 del 2019, laddove non aveva ravvisato

---

[18] Appartiene invece alla discrezionalità legislativa decidere quali ulteriori scelte possono accompagnare l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale. Fra queste scelte la Consulta suggerisce che «potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione».

[19] Cfr., Corte Costituzionale, ordinanze n. 132 del 2020 e n. 207 del 2018.

[20] Secondo E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte Costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021, «Da oggi a maggio 2022, o almeno fino a un intervento del legislatore, l'ergastolano 'ostativo' che chieda di essere ammesso alla liberazione condizionale non otterrà il vaglio nel merito della sua istanza. L'istanza sarà dichiarata inammissibile (inammissibile 'allo stato'): e ciò, paradossalmente, in forza di una disciplina della quale la Corte ha accertato, con solide argomentazioni, l'illegittimità costituzionale. Il condannato non avrà alcuna chance di tornare in libertà, anche se la Costituzione impone che quella pos-

un ostacolo insuperabile all'accoglimento della questione sottoposta, allora, al suo giudizio.

Di pregio si mostra, invece, la motivazione del Giudice delle Leggi, laddove argomenta che l'assolutezza della presunzione si basa su una *generalizzazione*, che può essere contraddetta, ad esempio alle determinate e rigorose condizioni già previste dalla stessa sentenza n. 253 del 2019, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che, appunto, devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza, particolarmente nel caso in cui il detenuto abbia affrontato un lungo percorso carcerario, come accade per i condannati a pena perpetua.

La Consulta nel provvedimento che rinvia la trattazione della questione di costituzionalità al prossimo anno, indica che «*per l'accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata, e per la connessa valutazione del suo sicuro ravvedimento, sarà quindi necessaria l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del suo futuro ripristino. (...) Come si è detto, la mancata collaborazione, se non può essere condizione ostativa assoluta, è comunque non irragionevole fondamento di una presunzione di pericolosità specifica. Appartiene perciò alla discrezionalità legislativa, e non già a questa Corte, decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani, a integrazione della valutazione sul suo sicuro ravvedimento ex art. 176 cod. pen.: scelte fra le quali potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione*».

Ebbene, l'esegesi fornita dalla Consulta indirizza nel senso che la concreta collaborazione alla socializzazione dimostrata dall'ergastolano potrebbe valere, già sola, a escludere la possibilità che quest'ultimo commetta ulteriori reati, ritendo, quindi, soddisfatti i presupposti per l'applicazione della liberazione condizionale.

L'atteggiamento collaborativo di "sintonia" con l'Ordinamento non può, del resto, essere ridotto alla sola «collaborazione con la giustizia» (da effettuarsi – peraltro – in stringenti tempistiche dall'Ordinamento imposte e collocato all'inizio del circuito detentivo), ma occorre valorizzare anche la «collaborazione trattamentale», di più ampio respiro, dai contenuti più risocializzanti e verificata alla luce di un'osservazione molto più dilatata e, dunque, probabilmente più affidabile.

Del resto, occorre porre mente anche al dato di sistema per cui, mentre in fase cautelare il codice di rito (art. 247, comma 1, lett. a) non annette alcuna valenza negativa al rifiuto dell'imputato di confessare o rendere dichiarazioni etero-accusatorie, la disciplina dell'ergastolo ostativo implica un ribaltamento di tale principio, nel passaggio dalla fase del processo a quella dell'esecuzione, conseguendone una diminuzione della libertà di determinazione dell'individuo nelle proprie scelte difensive.

sibilità gli venga offerta. Al magistrato di sorveglianza si offrirà soltanto la possibilità di sollevare, nuovamente, una questione di legittimità costituzionale: ma si tratterebbe, a mio avviso, di un circolo vizioso, a fronte del rinvio della trattazione nel merito disposto dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 97 del 2021».

La collaborazione potrà costituire il presupposto per trattamenti premiali, ma la sua mancanza non potrebbe costituire fondamento per trattamenti deteriori, spinti fino alla preclusione di ogni sblocco rieducativo.

Tuttavia, la Consulta non interviene nell'opera di "assestamento" che affida al Legislatore, auspicando un intervento di modifica di aspetti essenziali dell'ordinamento penale e penitenziario – sollecitata dall'ordinanza di rimessione – compiuto mediante una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa.

L'INCOSTITUZIONALITÀ "PROSPETTATA" DELL'ERGASTOLO OSTATIVO

Corte cost. 442 Ordinanza 97/2021,
Coraggio Presidente – Zanon Redattore

Bartolomeo Romano*

Sommario: 1. Dal comunicato stampa alle motivazioni della Corte. – **2.** La "nuova" tecnica del rinvio. – **3.** L'ergastolo: da pena perpetua a sanzione "attenuabile". – **4.** L'ergastolo ostativo e la disciplina dei permessi premio. – **5.** Ergastolo ostativo e liberazione condizionale.

Abstract

La Corte costituzionale, pur ritenendo la disciplina dell'ergastolo ostativo - nella parte nella quale preclude in modo assoluto, a chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia, la possibilità di accedere al procedimento per chiedere la liberazione condizionale, anche quando il suo ravvedimento risulti sicuro - in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha deciso di rinviare la trattazione delle questioni al giorno 10 maggio 2022, per consentire un intervento al legislatore.

IThe Constitutional Court, while considering the discipline of life imprisonment - in the part in which it absolutely precludes, to those who have not usefully collaborated with the justice, the possibility of accessing the procedure to request conditional release, even when his repentance results safe - in contrast with articles 3 and 27 of the Constitution and with article 3 of the European Convention on Human Rights, has decided to postpone the discussion of the issues to May 10, 2022, to allow the legislator to intervene.he discussion

1. Dal comunicato stampa alle motivazioni della Corte.

Avevo brevemente commentato su questa *Rivista*, lo stesso giorno della decisione, l'ordinanza della Corte costituzionale dello scorso 15 aprile con la quale la stessa aveva esaminato le questioni di legittimità sollevate dalla Corte di cassazione sul regime applicabile ai condannati alla pena dell'ergastolo per reati di mafia e di contesto mafioso che non abbiano collaborato con la giustizia e che chiedano l'accesso alla liberazione condizionale[1].

* Ordinario di Diritto Penale nell'Università di Palermo - Avvocato Cassazionista – Già componente CSM.

All'oscuro della motivazione, sapevamo dall'Ufficio stampa della Corte soltanto che il Collegio aveva anzitutto rilevato che la vigente disciplina del cosiddetto ergastolo ostativo preclude in modo assoluto, a chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia, la possibilità di accedere al procedimento per chiedere la liberazione condizionale, anche quando il suo ravvedimento risulti sicuro. E che la Corte aveva conseguentemente osservato che tale disciplina ostativa, facendo della collaborazione l'unico modo per il condannato di recuperare la libertà, è in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Dunque, è incostituzionale.

Ma la Corte, piuttosto che adottare una decisione lineare ed immediata, per la delicatezza della materia trattata, risultava avere rinviato la trattazione delle questioni a maggio 2022, come emergeva dal richiamato Comunicato stampa, «per consentire al legislatore gli interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso, e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in questi casi».

La soluzione adottata non mi convinceva, anche alla luce dell'esperienza (negativa) legata al c.d. caso Cappato, quando la Corte aveva sospeso il giudizio per un anno in attesa di un intervento legislativo poi non arrivato. E mi sembrava tipica di certe cattive abitudini del nostro Paese, nel quale si preferisce spesso non decidere o comunque rinviare il giudizio, soprattutto in materie "scottanti" e nelle quali, ad applicare la Costituzione, si rischia di essere etichettati come garantisti o, peggio, fiancheggiatori.

2. La "nuova" tecnica del rinvio.

Ora, con il deposito in Cancelleria intervenuto il giorno 11 maggio 2021, abbiamo la conferma che la Corte, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, ha rinviato il giudizio in corso e fissato una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale in esame all'udienza del 10 maggio 2022, con conseguente contestuale sospensione del giudizio *a quo*.

Dunque, ancora per un anno, se il legislatore non farà (come presumibile...) nulla, il nostro ordinamento manterrà integra una disposizione incostituzionale.

Con il beneplacito della Corte che avrebbe dovuto vigilare sulla sua incostituzionalità, per asserite «esigenze di collaborazione istituzionale» che imporrebbero di dare al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia: «spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte».

Con questi precedenti, temo si rischi, ogni qualvolta la materia trattata sia delicata o scottante, di prendere tempo e fissare termini al legislatore. Tanto più che la Corte

---

[1] B. Romano, *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: la Corte costituzionale decide di non decidere*, in questa *Rivista*, 15 aprile 2021.

ha ormai teorizzato tale "tecnica" del rinvio qualificandola tecnica processuale dell'incostituzionalità "prospettata"[2].

Meno male che, in passato, la Corte ha dimostrato maggiore coraggio. Mi limito a ricordare, nella sola materia del diritto penale sostanziale, il fondamentale ruolo che hanno avuto le decisioni della Corte costituzionale[3] relative al codice penale del 1930. Si pensi che il legislatore ordinario è stato a lungo del tutto incapace di adeguarsi agli artt. 39 e 40 della Costituzione e che la Corte costituzionale è dovuta, più volte, intervenire, in materia di sciopero, serrata e boicottaggio, sugli artt. 502 ss. Ma si ricordino (tra gli altri) anche gli interventi in materia di: delitti contro la personalità internazionale dello Stato (artt. 271 ss.); delitti contro l'amministrazione della giustizia (artt. 376 e 384); vilipendio della religione dello Stato (art. 402) e turbamento di funzioni religiose del culto cattolico (art. 405); istigazione a disobbedire alle leggi (art. 415); adulterio e concubinato (artt. 559 ss.); plagio (art. 603); furto d'uso (art. 626, comma 1, n. 1); mendicità (art. 670); ubriachezza (art. 688, comma 2); possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli (art. 707) e possesso ingiustificato di valori (art. 708).

3. L'ergastolo: da pena perpetua a sanzione "attenuabile".

Tornando al tema centrale della ordinanza della Corte in commento, basti qui considerare che, scomparsa la pena di morte[4], oggi la pena più severa prevista nel nostro

---

[2] Così, testualmente, la *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, 13, in *www.cortecostituzionale.it*. Per osservazioni critiche sul "rinvio" al legislatore, proprio in relazione a Corte cost. 97/2021, E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021.

[3] B. Romano, *Diritto penale, parte generale*, 4ª ed., Milano, 2020, 84 ss. Per le decisioni richiamate nel testo, basti il rinvio a *www.cortecostituzionale.it*, ove si possono rintracciare anche le relative note dottrinali a commento.

[4] Come è noto, nello schema originario del codice penale la pena di morte o pena capitale (eseguita mediante fucilazione) rappresentava la sanzione più grave prevista per taluni delitti (cfr. l'art. 21 c.p., oggi da ritenersi abrogato). Senonché, la pena di morte era stata abrogata (ma con fonte ordinaria), per quanto atteneva alle disposizioni del codice penale, dall'art. 1, d.lg.lgt. 10.8.1944, n. 224, in base al quale, quando «è comminata la pena di morte, in luogo di questa si applica la pena dell'ergastolo», e per i delitti previsti da leggi speciali diverse da quelle militari di guerra dall'art. 1, d.lg. 22.1.1948, n. 21 (sebbene la pena di morte fosse stata reintrodotta, per taluni gravi delitti, ad es., dal d.lg.lgt. 10.5.1945, n. 234). Il divieto della pena di morte era stato poi sancito dall'art. 27, comma 4, Cost., pur con una significativa eccezione («Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra»). Peraltro, l'art. 1, comma 1, l. 13.10.1994, n. 589, aveva stabilito che, «per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra, la pena di morte è abolita ed è sostituita dalla pena massima prevista dal codice penale»: ma trattandosi di legge ordinaria, una eventuale reintroduzione sarebbe potuta avvenire con una diversa fonte ordinaria. Da ultimo, però, l'art. 1, l. cost. 2.10.2007, n. 1, ha abrogato, nel comma 4 dell'art. 27 Cost., l'inciso finale «, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». Con la conseguenza che nel nostro Paese oggi vige un divieto assoluto, e costituzionalmente sancito, di ricorrere alla pena di morte, in linea, del resto, con la tendenza a livello europeo e internazionale all'eliminazione della pena capitale (si pensi al secondo protocollo facoltativo al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici sull'abolizione della pena di morte, ratificato con l. 9.12.1994, n. 734) e con lo stesso Statuto della Corte penale internazionale (che non prevede il ricorso alla pena di morte: cfr. l'art. 77).

ordinamento è l'ergastolo, cioè *in astratto* la pena perpetua, scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati (nel gergo carcerario si diceva: "fine pena mai")[5]. Anche per l'ergastolo si sono sollevati dubbi e perplessità, soprattutto in séguito alla sottolineatura del finalismo rieducativo della pena, ad opera dell'art. 27 Cost. Le pene, infatti, devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

Tuttavia, diversamente da quanto lascia presupporre l'art. 22 c.p., oggi l'ergastolano può essere ammesso alla liberazione condizionale dopo aver scontato almeno 26 anni di pena (art. 176, comma 3, c.p.) ed al regime di semilibertà dopo aver espiato almeno 20 anni (art. 50, comma 5, l. 26.7.1975, n. 354). Inoltre, gli possono essere concessi permessi premio dopo l'espiazione di almeno dieci anni (art. 30-*ter*, l. 26.7.1975, n. 354), nonché la liberazione anticipata (art. 54, comma 4, l. 26.7.1975, n. 354). Naturalmente, gli istituti di cui si è detto sono utilizzabili nella misura in cui il condannato ha mostrato prova costante di buona condotta e di ravvedimento in vista di un effettivo recupero sociale, e spetterà al giudice accertare di volta in volta se sussistano in concreto i presupposti ai fini della concessione dei benefici. Ma l'applicazione pratica degli istituti sopra citati fa scolorire il carattere fisso, rigido e perpetuo dell'ergastolo. Dunque, sembrano essere superabili i dubbi di legittimità costituzionale e l'eventuale rinuncia all'ergastolo può essere solo motivata da opzioni politiche *tout court* o di politica criminale, in senso più ristretto.

A ciò si aggiunga che, in ogni caso, l'ergastolo non può più applicarsi ai minorenni, in virtù della dichiarazione di parziale l'illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 c.p., ad opera di C. cost. 168/1994[6].

4. L'ergastolo ostativo e la disciplina dei permessi premio.

Problemi di legittimità costituzionale, invece, può porre, ed ha effettivamente già posto, il c.d. ergastolo ostativo. Infatti, ai sensi dell'art. 4-*bis*, l. 26.7.1975, n. 354, i condannati per reati gravi (come ad esempio terrorismo, associazione mafiosa, sequestro a scopo di estorsione o associazione per traffico di stupefacenti) possono usufruire dei benefici e delle misure alternative al carcere sopra richiamate solo nel caso in cui collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter*, l. 26.7.1975, n. 354. Ove ciò non avvenga, nei loro confronti l'ergastolo diviene dunque una pena perpetua, lasciando emergere significativi dubbi di compatibilità con il dettato costituzionale.

In proposito, la Grande Camera della Corte EDU, il 7.10.2019, ha dichiarato irricevibile il ricorso presentato dal Governo italiano avverso C. EDU, Sez. I, 13.6.2019, Viola c. Italia, che aveva ritenuto non conforme all'art. 3 CEDU la disciplina italiana sull'ergastolo "ostativo" in quanto trattamento inumano e degradante[7]. Sul punto si è poi

[5] Per interessanti riflessioni sull'ergastolo, in prospettiva non esclusivamente giuridica, cfr. E. Fassone, *Fine pena: ora*, Sellerio editore, Palermo, 2015.

[6] Anche per tale sentenza si rinvia al menzionato sito della Corte costituzionale.

[7] In dottrina al riguardo, tra gli altri: E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss.; Id., *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, ivi, 2019, 925 ss.; G.M. Flick, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*", ivi, 2017, 1505 ss.; G. Neppi Modona, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, ivi, 2017, 1509

pronunziata C. cost. 4.12.2019, n. 253[8], dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, l. 26.7.1975, n. 354, nella parte in cui non prevedeva la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, sempre che il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo. Dunque, in virtù della pronuncia della Corte costituzionale, la presunzione di "pericolosità sociale" del detenuto non collaborante non è più assoluta ma diventa relativa e può essere superata dal magistrato di sorveglianza, la cui valutazione caso per caso deve basarsi sulle relazioni delle istituzioni penitenziarie, nonché sulle informazioni e i pareri di varie autorità, dalla Procura antimafia o antiterrorismo al competente Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

5. Ergastolo ostativo e liberazione condizionale.

È sulla scia del quadro sin qui succintamente tratteggiato che la Corte di cassazione, prima sezione penale, con ordinanza del 3 giugno 2020, e depositata il 18 giugno 2020 (r.o. n. 100 del 2020), aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter*, l. 26.7.1975, n. 354, nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13.5.1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella legge 12.7.1991, n. 203, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia.

Ebbene, la Corte costituzionale, con una motivazione puntuale e convincente, alla quale per ragioni di sintesi rinvio, spiega in quali termini l'ergastolo è costituzionalmente ammissibile e quali siano le argomentazioni – in parte sopra anticipate – in base alle quali l'ergastolo ostativo è da ritenersi in contrasto con la Costituzione.

Il punto centrale mi sembra il seguente: «ciò non significa affatto svalutare il rilievo e utilità della collaborazione, intesa come libera e meditata decisione di dimostrare

ss.; D. Galliani, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, ivi, 2018, 1156 ss.

[8] Sulla sentenza (che si può leggere in *www.cortecostituzionale.it*), cfr., tra gli altri: M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12.12.2019; S. Bernardi, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost. sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2020, n. 2; M. Bortolato, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 632; R. De Vito, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 349; G. Dodaro, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio* ex *art. 4*-bis, *comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, ivi, 2020, 259; M.R. Donnarumma, *La funzione rieducativa della pena e l'ergastolo "ostativo"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3, ed in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2020, 1, 48; M. Pelissero, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *La legislazione penale*, 30.3.2020.

l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale, e che certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente, qui non in discussione. Significa, invece, negarne la compatibilità con la Costituzione se e in quanto essa risulti l'unica possibile strada, a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale». Infatti, l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere contraddetta «dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che, appunto, devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza, particolarmente nel caso in cui il detenuto abbia affrontato un lungo percorso carcerario, come accade per i condannati a pena perpetua».

Dunque, l'accoglimento delle questioni di illegittimità – diversamente da quanto ritenuto da certa stampa preconcetta – non implicherebbe, di per sé, una risposta positiva alla domanda di accesso al beneficio, ma modificherebbe la disciplina applicabile da parte del Tribunale di sorveglianza, che dovrebbe estendere al merito l'esame del caso.

Ciò invece avrebbe dovuto dare coraggio alla Corte. Ed invece, la Corte ha "sospeso" il giudizio, sperando che la patata bollente la esca dal fuoco il Parlamento, con una sorta di "scaricabarile" (o di gioco del fiammifero) che, temo, porterà la pedina al punto di partenza, come nel gioco dell'oca.

Ma il gioco pesa sulle spalle di molte persone reali, a leggere la memoria dell'associazione Antigone per i diritti e le garanzie nel sistema penale, depositata nel corso del giudizio davanti alla Corte costituzionale: con la crescente incidenza percentuale dei condannati all'ergastolo rispetto al novero complessivo dei detenuti in Italia; nella maggior parte, di condannati per reati "ostativi" (1.250 persone, dunque il 70 per cento circa del gruppo di riferimento).

Qualcuno dovrà dire a queste persone di attendere (almeno) un altro anno, ma che la norma che li mantiene in carcere è incostituzionale. Se fossimo in presenza di arte, parleremmo di teatro dell'assurdo costruito intorno alla condizione dell'attesa: di *Aspettando Godot* di Samuel Beckett.

Ma qui, per citare Dante, «si fa di giustizia orribil arte»[9].

[9] D. Alighieri, *Divina Commedia. Inferno*, Canto XIV: «Indi venimmo al fine ove si parte lo secondo giron dal terzo, e dove si vede di giustizia orribil arte».

IUS TACENDI E PROCEDIMENTI PARA-PENALI. LA CONSULTA GARANTISCE IL *MAXIMUM STANDARD* NEI PROCEDIMENTI AVANTI A CONSOB E BANCA D'ITALIA

Corte cost., Sentenza n. 84/2021 (ud. 13 aprile 2021 – dep. 30 aprile 2021)
Coraggio Presidente –Viganò Redattore

Filippo Giunchedi*

Sommario: 1. La vicenda in esame e la questione oggetto di scrutinio costituzionale. – **2.** Il diritto al silenzio e, più in generale, quello al *nemo tenetur se detegere*. – **3.** La *matière pénale*. – **4.** Gli itinerari argomentativi della Consulta e le conseguenti prospettive.

Abstract

La Corte costituzionale con la sentenza n. 84/2021 ha esteso il diritto di autodifesa anche alle accuse "para-penali". L'Autore, aderendo alle argomentazioni della Corte, illustra i relativi effetti positivi.

Constitutional Court by sentence no. 84/2021 extended the right of self-defense also to "para-criminal" charges. The Author, adhering to the Court's arguments, illustrates the related positive effects.

1. La vicenda in esame e la questione oggetto di scrutinio costituzionale.

Con l'interessante pronuncia in commento la Corte costituzionale ha esteso il diritto al silenzio anche ai procedimenti "para-penali" dai quali possa emergere una responsabilità penale o possano essere irrogate sanzioni amministrative così afflittive da considerarsi di carattere punitivo.

La decisione interseca principi fondamentali radicati nel nostro sistema processuale penale e, al contempo, gli effetti promananti dalle Corti europee, a testimonian-

* Professore associato di Diritto processuale penale nell'Università Niccolò Cusano di Roma.

za che il dialogo tra le Corti risulta essere sempre più intenso con un'etero-integrazione che si profila assai feconda[1].

Per quel che rileva ai nostri fini va ricordato come la vicenda sottesa muova da un procedimento sanzionatorio avviato dalla CONSOB che ha portato, oltre che all'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, ad un procedimento penale – definito con sentenza di applicazione della pena concordata – nei confronti di un socio e consigliere di amministrazione di una società quotata in borsa il quale, in possesso di un'informazione privilegiata circa il lancio di una OPA della società stessa, ne aveva acquistato delle azioni, così abusando della sua posizione privilegiata.

Chiamato a rendere spiegazioni alla CONSOB, aveva più volte rinviato l'audizione e, una volta presentatosi, si era rifiutato di rispondere alle domande postegli. Ciò aveva comportato l'irrogazione di una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. 24.2.1998, n. 58[2], avverso la quale aveva proposto opposizione avanti alla Corte di appello di Roma che l'aveva rigettata.

Nel conseguente giudizio di Cassazione, la Seconda Sezione civile sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998 in riferimento agli artt. 24, 111 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, e all'art. 14, paragrafo 3, lett. *g)*, PIDCP, nonché in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 47 CDFUE «nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate», ovvero un illecito penale.

In prima battuta la Corte costituzionale, con ordinanza 10.5.2019, n. 117 aveva adìto in via pregiudiziale la Corte di Giustizia dell'Unione europea sul presupposto che se, per un verso, è il diritto comunitario a stabilire a carico degli Stati l'obbligo di sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza sui mercati finanziari; per altro verso, questo dovere di collaborazione deve valere anche qualora il soggetto interpellato risulti sospettato di aver commesso un illecito. In quest'ultima ipotesi, infatti, occorre verificare se un simile obbligo sia compatibile con il "diritto al silenzio" riconosciuto dalla Costituzione italiana, dal diritto sovranazionale e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

I Giudici del Lussemburgo con sentenza 2.2.2021, C481/19 hanno stabilito che una persona fisica sottoposta ad un procedimento sanzionatorio amministrativo per *mar-*

---

[1] Sul tema specifico sia consentito il rinvio al volume collettaneo *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di F. Giunchedi, Pisa, 2018.

[2] Dette sanzioni amministrative si sostanziavano: a) nella sanzione pecuniaria di 200.000 euro in relazione all'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate previsto dall'art. 187-*bis*, comma 1, lett. *a*), d.lgs. n. 58 del 1998; b) nella sanzione pecuniaria di 100.000 euro in relazione al medesimo illecito amministrativo nell'ipotesi di cui all'art. 187-*bis*, comma 1, lett. *c*), d.lgs. n. 58 del 1998; c) nella sanzione pecuniaria di 50.000 euro in relazione all'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998 per avere rinviato più volte la data dell'audizione alla quale era stato convocato e, una volta presentatosi alla stessa CONSOB, per essersi rifiutato di rispondere alle domande che gli erano state rivolte; d) nella sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per la durata di diciotto mesi; e) nella confisca di denaro o beni fino a concorrenza dell'importo di 149.760 euro.

ket abuse abbia il diritto di mantenere il silenzio – principio riconosciuto dalla stessa CDFUE all'art. 47, paragrafo 2, CDFUE, sostanzialmente sovrapponibile a quella dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU –, qualora le sue risposte possano farne emergere o la responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

Il diritto al silenzio non può, però, giustificare qualsiasi mancanza di collaborazione con le autorità competenti, come il rifiuto di presentarsi ad un'audizione o il ricorso a manovre dilatorie.

Per il giudice remittente il diritto di non cooperare alla propria incolpazione e il diritto al silenzio – anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni aventi natura punitiva – devono considerarsi come implicitamente riconosciuti dall'art. 6 CEDU, ponendosi «al cuore della nozione di processo equo». Profilo riconosciuto anche in seno al PIDCP che all'art. 14, paragrafo 3, lett. *g)*, riconosce esplicitamente il diritto di ogni individuo accusato di un reato a «non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole». Diritto da riconoscere anche a colui che sia sottoposto ad un'indagine condotta da un'autorità amministrativa, ma potenzialmente funzionale all'irrogazione nei suoi confronti di sanzioni di carattere punitivo.

In sintesi estrema, compito del Giudice delle leggi era quello di valutare, alla luce dei parametri costituzionali integrati da quelli sovranazionali e dell'Unione europea, se l'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998, presupponga un dovere di prestare collaborazione alle indagini (e conseguentemente se sia sanzionabile l'omessa collaborazione) anche da parte di coloro nei cui confronti la CONSOB stia svolgendo indagini relative alla possibile commissione di un illecito punito con sanzioni di carattere sostanzialmente penale o dal quale possa scaturire un vero e proprio procedimento penale.

La risoluzione della questione di legittimità costituzionale, garantisticamente definita dalla Consulta, interseca il diritto di difesa e più nello specifico quello di tacere, e, al contempo, il concetto di materia penale.

Passiamoli in rassegna nel limite delle considerazioni che svilupperemo, quali corollari dei condivisibili itinerari argomentativi del Giudice delle leggi.

2. Il diritto al silenzio e, più in generale, quello al *nemo tenetur se detegere*.

Trattasi di principio immediatamente riconducibile al diritto di difesa, come noto, «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» (arg. *ex* art. 24, comma 2, Cost.) e strettamente collegato al diritto alla libertà morale dell'imputato. Insieme comportano necessariamente la possibilità per l'accusato di autodeterminarsi nel valutare le modalità «più confacenti alla sua posizione rispetto all'accusa mossagli»[3].

Lo *ius tacendi* rientra nel concetto di autodifesa, ovvero la c.d. difesa personale o materiale, che si contrappone alla difesa tecnica o formale[4]. Nessuno, infatti, può

[3] Così O. Dominioni, *La qualità d'imputato*, in Id., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 153.

[4] La letteratura in materia è sterminata. Senza pretesa di esaustività si ricordano i contributi

essere costretto a vincoli al cospetto di accuse, giuste o meno che siano, essendo libero di autodeterminarsi mediante una difesa attiva – respingendo gli addebiti che gli vengono elevati – o passiva – costituita dal tacere, primo baluardo finalizzato a «non fornire elementi in proprio danno»[5], declinazione del *nemo tenetur se detegere*[6] –. Quest'ultimo principio – costituente categoria più ampia del diritto al silenzio – in realtà condensa una serie di comportamenti, tutti espressione del più ampio diritto di difesa esercitabile nelle variegate tipologie di atti processuali che, di volta in volta, l'accusato è chiamato ad effettuare[7].

Palese, quindi, che nel nostro ordinamento il diritto al silenzio costituisca un diritto fondamentale di difesa, a sua volta riflesso della considerazione di non colpevolezza di rilievo costituzionale (art. 27, comma 2, Cost.) e sovranazionale (artt. 6, paragrafo 2, CEDU e 14, paragrafo 2, PIDCP)[8] che trova, nel procedimento penale un referente assai chiaro, costituito dall'art. 64 c.p.p. che al comma 3, lett. *b)*, prevede che «salvo quanto disposto dall'art. 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso». Norma che letta unitamente all'art. 63 c.p.p., impedisce che si verifichino prassi distorte volte ad eludere il diritto di difesa, stabilendo, da un lato, che colui che viene ascoltato dall'autorità sia reso edotto dei propri diritti, tra cui anche quello di tacere ogni qualvolta si prospetti l'eventualità che nei suoi confronti possano intraprendersi delle indagini; dall'altro, che tale diritto sia garantito fin dalle prime battute delle indagini, offrendo l'interpretazione più estensiva alla *littera legis*, *in primis* con l'applicare il divieto ad ogni autorità procedente.

Già da queste premesse si incomincia a percepire come l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale nella decisione in commento – grazie ai referenti normativi sovranazionali – abbia colto questa importante occasione per estendere il diritto in parola a procedure accertative non penali.

E lo ha fatto grazie all'ausilio di un concetto recepito di recente nel nostro ordinamento, ovvero lo svincolarsi da etichette formali, puntando, invece, ai contenuti, secondo l'interpretazione offerta dagli "Engel *criteria*" di cui si tratterà nel prossimo paragrafo.

---

di G. Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 456; G. Conso, *Accusa e sistema accusatorio*, *ivi*, cit., I, 1958, 334; P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 466; A. Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, cit., I, *Aggiornamento*, 1997, 234.

5 L. Paladin, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 312.

6 V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1968, 543 s., per il quale «l'auto-difesa è considerata come una incoercibile manifestazione dell'istinto di libertà e quindi si è ritenuto iniquo e inumano assoggettarla a vincoli giuridico-morali, riconoscendo il principio generale: *nemo tenetur se detegere*, o, più latamente, nessuno può essere costretto ad agire a proprio danno».

7 Il concetto è espresso con chiarezza da V. Grevi, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 3 s., per il quale il brocardo in discorso è «stato spesso richiamato con riguardo ad una gamma di comportamenti piuttosto eterogenei».

8 V., ad esempio, O Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 47; volendo, F. Giunchedi, *Interrogatorio*, in *Dig. disc. pen.*, cit., II, *Aggiornamento*, 2004, 498.

In effetti, se il più generale principio del *nemo tenetur se detegere* costituisce riflesso della presunzione di innocenza, l'unica soluzione costituzionalmente e sovranazionalmente compatibile deve essere costituita dal non addossare conseguenze al soggetto che non intenda collaborare con l'autorità. Diversamente si pretenderebbe un contributo ricostruttivo in ordine a circostanze da ritenere – in forza del tenore degli artt. 27, comma 2, Cost., 6, paragrafo 2, CEDU e 14, paragrafo 2, PIDCP – da questi non conosciute[9].

3. La *matière pénale*.

La Corte costituzionale nella sentenza in commento si sofferma sulla natura punitiva delle sanzioni irrogabili in violazione dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998, ritenendo che, pur essendo al cospetto di un procedimento di natura amministrativa, le sanzioni applicabili assumano una portata punitiva al pari di quelle penali.

Ora, senza soffermarsi oltremodo sul tema, è opportuno ricordare come secondo i criteri sviluppatisi con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo "Engel c. Paesi Bassi"[10] le garanzie previste dalla Convenzione europea in favore dell'accusato operano senza necessità di ulteriori passaggi se la qualificazione giuridica compiuta dal diritto nazionale riveste già carattere penale.

Se, invece, l'infrazione non risulta tale sul piano formale, occorrerà avere riguardo al carattere e alla struttura della norma trasgredita. Specificamente, la natura e il grado di severità della sanzione devono essere valutate alla luce dei profili contenutistici dell'intervento sanzionatorio statuale con particolare riferimento allo scopo della sanzione o alla pertinenzialità ad un fatto di reato o, ancora, alle procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione.

Molto pertinentemente la Corte costituzionale ha richiamato, sebbene con un andamento "carsico", il principio in discorso, posto che proprio in riferimento al rapporto tra procedimento penale e sistema sanzionatorio adottabile con il d.lgs. n. 58 del 1998 e, più specificamente, in tema di *market abuse* è germinata una ricca casistica afferente al principio del *ne bis in idem* il quale, oltre a cercare di prevenire duplicazioni sul piano sanzionatorio o procedimentale, deve inevitabilmente puntare anche al momento dinamico dell'accertamento, scongiurando procedure meno garantite sol perché il procedimento risulta inquadrato dal legislatore in ambiti extra-penali[11].

---

9 O Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 48, al quale si rinvia per le conseguenze dell'avvalersi nelle diverse fasi del procedimento del diritto al silenzio e per le modalità di estrinsecazione, in particolare nel passaggio dalla fase delle indagini a quella del processo.

10 Corte EDU, 8.6.1976, Engel c. Paesi Bassi.

11 Sul tema si rinvia alle stimolanti considerazioni di A.F. Tripodi, *Il* ne bis in idem *nella prospettiva europea*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, cit., 455.

4. Gli itinerari argomentativi della Consulta e le conseguenti prospettive.

Recepita l'interpretazione offerta in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia UE, costituita, in sintesi estrema, dalla necessità di considerare nell'interpretazione degli artt. 47 e 48 CDFUE i diritti corrispondenti garantiti dall'art. 6 CEDU dei quali il diritto al silenzio assume centralità per la realizzazione di un processo equo, le prospettive che si dipanano risultano assai confortanti in quanto, al di là dello specifico ambito in cui si inscrive la decisione, l'*obiter dictum* del Giudice delle leggi si profila come esportabile a tutti i procedimenti para-penali[12].

Nello specifico il diritto al silenzio, in un procedimento penale, tende a garantire che l'accusa fondi le proprie argomentazioni scevra da elementi di prova ottenuti mediante costrizione o pressioni. Tale garanzia non può ritenersi assicurata ogni qualvolta colui che sospettato di un reato, sia minacciato di sanzioni qualora non si presenti all'autorità per deporre o, se presentatosi, si rifiuti di deporre. Lo stesso è a dirsi anche per quelle ipotesi in cui le informazioni su questioni di fatto possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa in procedure di accertamento di illeciti amministrativi, suscettibili di sfociare nell'inflizione di sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente penale.

Detta interpretazione, unitamente ai valori emergenti in tema di *ius tacendi* dal *drafting* ermeneutico della Consulta[13], assicura quel *maximum standard*, frutto dell'attività di compromesso tra i principi prescritti dalla giustizia sovranazionale ed i limiti posti dall'identità giuridica di ogni Stato[14].

Se in talune occasioni[15] la nostra Corte costituzionale ha dovuto "mostrare i muscoli" minacciando di innalzare i "controlimiti" per evitare indebite "invasioni di campo" da parte di principi non conformi al DNA dei nostri valori costituzionali, nel caso della sentenza n. 84 del 2021 si è creata una perfetta armonia tra i valori interni e quelli sovranazionali.

Nello specifico, l'etero-integrazione di valori interni e sovranazionali, ha forgiato un reticolo garantistico volto a tutelare un soggetto – persona giuridica o fisica è indifferente – il quale non potendosi avvalere del diritto al silenzio sia costretto a porre in essere comportamenti all'apparenza ostruzionistici (non presentandosi all'audizione in cui sarebbe costretto a rispondere o ritardandola), ma in realtà imposti dalla necessità di compensare l'omesso riconoscimento di un diritto – quello di tacere – che va riconosciuto in tutte quelle occasioni in cui dall'audizione avanti ad un'autorità amministrativa possano essere irrogate sanzioni che, nonostante non siano definite

[12] Per approfondimenti non possibili in questa sede, si vedano le considerazioni di V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988.

[13] Corte cost., n. 388 del 1999 e n. 187 del 2019.

[14] Tra i numerosi contributi, E. Cannizzaro, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, 49.

[15] Ci si riferisce alla c.d. saga Taricco culminata nella sentenza costituzionale n. 115 del 2018, preceduta dall'ordinanza n. 24 del 2017.

penali, per la loro afflittività siano da equipararsi a queste ultime, ovvero quando da dette dichiarazioni possa derivare una responsabilità penale.

Per concludere, sebbene il diritto di difesa passiva debba necessariamente essere confinato nei baluardi costituzionali, integrati, laddove possibile, da quelli sovranazionali e comunitari, la sentenza in commento produce riflessi sul piano culturale, affinando la coscienza giuridica in ordine al contenuto sostanziale del diritto di autodifesa di ogni soggetto attinto da un'accusa non necessariamente di natura penale.

L'INAPPLICABILITÀ DELL'OBBLIGO DI RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE NEL GIUDIZIO DI APPELLO AI SENSI DELL'ART. 603, COMMA 3-*BIS* C.P.P. NEL CASO DI C.D. DOPPIA CONFORME DI ASSOLUZIONE

Cass. pen., sez. V, dep. 11.09.2020 (22.07.2020 ud.), n. 25949,
Zaza Carlo Presidente – Brancaccio Matilde Relatore

Luigi Varrecchione*

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il caso. – **3.** Il *peso* del canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" nella decisione della Corte. – **4.** Il "mito" della rinnovazione *in ogni caso*. – **5.** La rinnovazione quale *effettiva* garanzia per l'imputato. – **6.** Verso un mutamento del giudizio di appello... arginabile?

Abstract

*Con la sentenza in commento la Suprema Corte interviene sul tema dell'operatività dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, disposto dall'art. 603, comma 3-*bis *c.p.p., nella ipotesi di sentenza di secondo grado che confermi la decisione assolutoria di primo grado. Richiamando i principi espressi dalle Sezioni Unite Troise e Pavan e dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 124/2019, la Corte afferma l'insussistenza di tale obbligo, non ponendosi una questione di rispetto del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio né del principio costituzionale della presunzione di innocenza in una prospettiva garantistica per l'imputato. La necessità della rinnovazione istruttoria, in applicazione della regola dell'immediatezza nell'assunzione della prova dichiarativa decisiva, opera nel solo caso in cui sia emessa in appello una pronuncia di condanna a fronte di una assolutoria di primo grado, coerentemente ai principi dettati dalla giurisprudenza della Corte EDU.*

Through the following judgment the Supreme Court intervenes on the issue of the obligation to renew the trial investigation, provided by art. 603, paragraph 3-bis of the Italian Code of Criminal Procedure, when an appeal judgment confirms the acquittal. Calling on the principles expressed by the Supreme Court in the Troise and Pavan cases and the Constitutional Court (no. 124/2019), the Court denies this obligation, as there is no question of respect for "beyond a reasonable doubt" or the constitutional principle of the presumption of innocence. It's necessa-

* Magistrato ordinario. Dottorando di ricerca in scienze giuridiche e politiche.

ry to renew the trial investigation, in accordance with the rule of immediacy, only in the case of conviction on appeal after an acquittal, consistent with the principles dictated by the case-law of the ECtHR.

1. Premessa.

La sentenza in commento si colloca nell'ambito del dibattito giurisprudenziale sorto in tema di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello, a seguito delle pronunce della Corte EDU e dell'introduzione del comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p.

Invero, la Corte di Strasburgo ha più volte affermato che un giudizio di appello che riformi l'esito assolutorio di primo grado, senza aver provveduto all'assunzione delle prove dichiarative che hanno condotto all'assoluzione dell'imputato, si ponga in contrasto con l'art. 6, § 1 ovvero §3, lett. d) CEDU (v. tra le tante Corte EDU sentenza 05.07.2011, *Dan c. Moldavia*; sentenza 29.06.2017, *Lorefice c. Italia*).

È noto che sul solco tracciato dalla giurisprudenza europea si sia posta la giurisprudenza della Corte di Cassazione (v. Sez. Un. n. 27620/2016, *Dasgupta*).

A seguito di tale orientamento della giurisprudenza sia europea sia nazionale la legge n. 103/2017 ha introdotto nell'ambito dell'art. 603 c.p.p. il nuovo comma 3-*bis*, stabilendo un'ipotesi di rinnovazione obbligatoria dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello nel caso di impugnazione del P.M. avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione della prova dichiarativa.

Si è dibattuto circa la necessità di rinnovare l'attività istruttoria in ogni ipotesi di appello del P.M. avverso una sentenza di proscioglimento, a prescindere dall'esito del giudizio di appello, se di conferma o di riforma della sentenza di primo grado. In questo contesto si pone la sentenza in commento intervenuta sulla questione dell'applicabilità della norma in esame al caso di conferma in appello della sentenza assolutoria di primo grado.

2. Il caso.

Con sentenza del 02.04.2019 la Corte di Appello di Firenze confermava la sentenza assolutoria del Gup presso il Tribunale di Lucca del 25.02.2015, appellata dal P.G. di Firenze e dal P.M. presso il Tribunale di Lucca.

Avverso la pronuncia del Giudice di appello proponeva ricorso per cassazione il P.G., deducendo, quale unico motivo di impugnazione, la violazione di legge in relazione all'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p., in quanto la Corte di Appello, a fronte dell'appello avanzato dal P.M., non aveva rinnovato l'istruzione dibattimentale.

Le difese degli imputati evidenziavano che il vizio lamentato dal P.G. riguardava non la violazione di legge, ma il difetto di motivazione con cui era stata rigettata la richiesta di rinnovazione della prova dichiarativa, e concludevano per l'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 608, comma 1-*bis* c.p.p.

3. Il *peso* del canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" nella decisione della Corte.

La Corte di Cassazione, aderendo alle argomentazioni delle difese degli imputati, dichiara inammissibile il ricorso del P.G.

Sostiene[1], invero, che nel caso di decisione assolutoria di primo grado confermata in appello, senza la previa rinnovazione della prova dichiarativa prospettata dal P.M. appellante come decisiva, non si prospetta la violazione dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p., che sussiste nella sola ipotesi di ribaltamento "*in peius*" della sentenza assolutoria; né può essere dedotta con il ricorso per cassazione una doglianza sui profili contenutistici della prova dichiarativa, preclusa, quale vizio della motivazione, dall'art. 608, comma 1-*bis* c.p.p.

La Corte precisa la regola che deve presidiare la pronuncia di una sentenza di condanna, costituita dal canone dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, il cui "sostrato valoriale" coincide con la presunzione di innocenza. Al contrario, nel caso di sentenza di assoluzione opera un canone opposto, essendo a tal fine sufficiente un dubbio non superabile circa la colpevolezza dell'imputato, "la mera non certezza della colpevolezza".

La giurisprudenza della Corte EDU e delle Sezioni Unite, ricorda la Corte, hanno limitato la necessità della rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa decisiva alla sola ipotesi del ribaltamento in appello della sentenza assolutoria di primo grado. Nel caso, invece, di c.d. doppia conforme di assoluzione non si pone un problema di rispetto del canone dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* e del connesso corollario costituzionale della presunzione di innocenza: non occorre superare il dubbio ragionevole tramite la rinnovazione della prova orale, la quale in questo caso non si pone come strumento di garanzia per l'imputato.

La sentenza delle Sez. Un. n. 14800 del 21.12.2017, *Troise*, Rv. 272430, confermando tale logica interpretativa, ha ritenuto non sussistente l'obbligo di rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa nel caso di ribaltamento in appello di una sentenza di condanna in primo grado.

Tale orientamento, prosegue la Corte, è stato recepito di recente anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 124/2019. I giudici delle leggi hanno, in particolare, ritenuto che la logica attinente all'obbligo di rinnovazione istruttoria è costituita dalla tutela dell'imputato da una pronuncia di riforma della sentenza assolutoria di primo grado, e che il giudice di appello che si determini a condannare a fronte di una sentenza assolutoria di primo grado è tenuto a superare il ragionevole dubbio inevitabilmente connesso a tale prima pronuncia.

Nella stessa prospettiva si è collocata la sentenza delle Sez. Un. *Pavan*, secondo cui con l'introduzione dell'art. 603, comma 3-bis c.p.p. si è voluto perseguire il fine di tutelare il contraddittorio nel caso di appello di una sentenza di assoluzione, in uno con il principio di oralità, essendo quest'ultimo il "*metodo epistemologico più corret-*

[1] Richiamando sul punto l'orientamento espresso dalla sentenza della Cass., Sez. V, n. 5716 del 08.07.2019, Righetto, Rv. 278322.

to" per superare l'intrinseca contraddittorietà di due sentenze difformi pronunciate, tuttavia, sulla base dello stesso materiale probatorio[2].

In definitiva, la Corte, sulla scia dei principi espressi dalle Sez. Un. *Troise* e *Pavan* e dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 124/2019, conclude per la sussistenza dell'obbligo di rinnovazione in appello della prova dichiarativa decisiva nella sola ipotesi di ribaltamento di una sentenza di primo grado di assoluzione, e non nel caso di doppia conforme di assoluzione, in cui non sussiste una contraddittorietà tra pronunce, né l'esigenza di superare il ragionevole dubbio sulla valenza delle prove dichiarative.

La Corte coglie, infine, l'occasione per ribadire i presupposti per l'operatività dell'obbligo di rinnovazione istruttoria di cui all'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p.[3], il quale sussiste soltanto nel caso di ammissibilità dei motivi di appello ai sensi dell'art. 581 c.p.p., di decisività delle prove dichiarative e di prospettiva di riforma, in senso peggiorativo, della decisione assolutoria di primo grado.

Un obbligo generalizzato di rinnovazione istruttoria della prova orale "*a mera richiesta del pubblico ministero*" contrasterebbe con le ragioni della introduzione del comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., oltre che con la struttura del giudizio di appello[4], e renderebbe il giudice di appello mero esecutore formale privo dei suoi poteri valutativi e di prudente apprezzamento.

4. Il "mito" della rinnovazione *in ogni caso*.

Di particolare interesse appare la questione affrontata dalla Corte nella sentenza in commento: si tratta di stabilire se, ai fini della sussistenza dell'obbligo di rinnovazione istruttoria, sia necessario che il giudice di appello intenda ribaltare la sentenza assolutoria di primo grado, o se al contrario tale obbligo sussista in ogni caso di appello del P.M. avverso una sentenza di proscioglimento fondato sulla valutazione della prova dichiarativa.

A fronte della tesi sposata dalla pronuncia in commento, che supera il dato testuale dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p., ponendosi a conferma di un indirizzo già accolto sul punto dalla Suprema Corte[5] ed inserendosi comunque sul tracciato seguito dalla maggioritaria giurisprudenza di legittimità[6], si colloca un orientamento contrario. Si

---

[2] La sentenza in commento richiama sul punto la sentenza delle Sez. Un. *Pavan*.

[3] Presupposti che il giudice è tenuto a verificare nel contraddittorio delle parti, anche all'esito della discussione.

[4] Conformemente con quanto sostenuto dalla Cass., Sez. Un. n. 14800 del 21.12.2017, *Troise*, p. 18, secondo cui si trasformerebbe così "*la natura sostanzialmente cartolare in quella di un novum iudicium, con l'ulteriore rischio di una irragionevole diluzione dei tempi processuali*", e si renderebbe l'appello "*una innaturale replica del giudizio di primo grado*".

[5] Nel senso della non operatività dell'obbligo di rinnovazione istruttoria di cui all'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. nel caso di c.d. doppia conforme di assoluzione v. Cass., sez. V, n. 5716 del 08.07.2019, dep. 13.02.2020, *Righetto*, Rv. 278322; Cass., Sez. V, n. 8431 del 21.01.2020, *Ferrero*, non massimata; Cass., sez. V, n. 15 del 21.11.2019, Rv. 278389; Cass., sez. V, sentenza n. 19730 del 16.04.2019, dep. 08.05.2019, Rv. 275997; Cass., Sez. Un., sentenza n. 14426 del 28.01.2019, dep. 02.04.2019, *Pavan*, Rv. 275112.

[6] Che tra le condizioni per l'operatività del disposto di cui all'art. 603, coma 3-bis c.p.p. pone la prospettiva di riforma *in pejus* della sentenza impugnata. Nel senso dell'operatività dell'obbligo

è, in particolare, sostenuto[7] che nel caso di impugnazione del P.M. avverso una sentenza assolutoria con prospettazione di una diversa lettura della prova dichiarativa, sul piano "metodologico" vada disposta la rinnovazione della prova dichiarativa a prescindere dalla prospettiva di giudizio, sebbene gli effetti della mancata rinnovazione colpiscano la sola sentenza di ribaltamento *in malam partem*, e non anche la sentenza di conferma del verdetto assolutorio. La rinnovazione non deve, quindi, avvenire solo nel caso di preventiva delibazione del giudice di appello circa la possibile riforma della sentenza assolutoria, in conformità al dato testuale dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. che non contempla un siffatto limite. La norma in esame non pone alcun automatismo tra la scelta della rinnovazione istruttoria e quella della condanna. Tale interpretazione trova, peraltro, conferma nella natura della rinnovazione istruttoria di cui all'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p., tesa a verificare i motivi di impugnazione avanzati dal P.M. appellante, con riguardo alle argomentazioni sposate dalla sentenza di primo grado, nel rispetto del principio di oralità nell'assunzione della prova[8].

In senso contrario si è posta anche parte della dottrina, che ha sostenuto la necessità di una rinnovazione generalizzata ogniqualvolta si verifichi l'ipotesi prevista dall'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. Tale orientamento, fondato sul tenore letterale di quest'ultima disposizione[9], che non contempla la possibilità di un vaglio preliminare sulla rinnovazione istruttoria[10], giunge a ritenere la necessità di rinnovare integralmente l'istruzione di primo grado (e non le sole prove "decisive"), senza la possibilità di selezionare *a priori* le prove da riassumere, potendo essere rivalutata *in peius* in appello qualsiasi prova di primo grado e non solo quella su cui si è fondata la prima sentenza[11]. Il P.M. avrebbe diritto alla rinnovazione istruttoria in ogni ipotesi di appello avverso una sentenza di proscioglimento[12]. E si è sostenuto, tuttavia non senza perplessità circa le conseguenze dell'impostazione in esame, che ove il P.M. con l'appello avanzi doglianze che manifestamente non intaccano la motivazione della prima sen-

di rinnovazione della prova dichiarativa nel solo caso di "*sovvertimento della sentenza assolutoria*", v. tra le tante Cass., Sez. U. n. 14800 del 21.12.2017, *Troise*, Rv. 272430.

7 Cass., sez. V, sentenza n. 2493 del 16.12.2019, dep. 22.01.2020, Rv. 278294, che ha disatteso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. in relazione agli artt. 3, comma 2, 24, comma 2, 111 Cost., e all'art. 6 CEDU, nella parte in cui non prevede che nel giudizio di appello alla deliberazione della sentenza non debbano concorrere gli stessi giudici che hanno disposto la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Sempre in senso contrario si veda Cass., sez. VI, sentenza n. 10260 del 14.02.2019, dep. 08.03.2019, Rv. 275201, e Cass., sez. II, sentenza n. 25523 del 11.04.2019, *Grasso*, non mass.

8 Cass., sentenza n. 2493/2019, 36-37.

9 Aiuti, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2018, 46, nota 35: poiché l'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. riconduce l'obbligo di rinnovazione all'appello del P.M. per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, tale obbligo sussiste in caso di conferma del proscioglimento.

10 Capone, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2019, 288.

11 Ceresa-Gastaldo, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 3, 166. Nello stesso senso Gaito-La Rocca, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in *Arch. pen.*, *Riv. quadr.*, 2017, n. 3, 848; Macchia, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 novembre 2017, 13.

12 Capone, *Appello dell'imputato...*, cit., 288.

tenza, sulla base della lettera della norma il giudice di appello è tenuto alla rinnovazione delle prove dichiarative[13], attività che, si aggiunge criticamente, si palesa sin dall'origine inutile[14]: tuttavia, in questo caso la mancata rinnovazione rimarrebbe priva di sanzione, in quanto l'art. 608, comma 1-*bis* c.p.p. non consente al P.M. il ricorso per cassazione nell'ipotesi di doppia conforme di assoluzione [15]. A ragionare diversamente si finirebbe per disattendere i caratteri tipici del processo accusatorio: in primo luogo, si sacrificherebbe la dialettica tra le parti, essendo la rinnovazione delle prove affidata alla totale discrezionalità del Giudice di appello, che selezionerebbe le dichiarazioni "sospette", prescindendo dalle doglianze del P.M. e facendosi guidare dalla prospettiva di una loro possibile rivalutazione. Si rischierebbe, poi, di compromettere l'imparzialità dell'organo giudicante, il quale con la decisione di rinnovare l'istruttoria anticiperebbe il suo convincimento[16], rendendo palese alle parti la sua intenzione di riformare *in peius* la sentenza di primo grado[17]. Per di più ad essere sacrificato sarebbe lo stesso diritto di difesa dell'imputato: quest'ultimo subirebbe un'inversione dell'onere della prova, dovendo dimostrare la propria innocenza dinanzi ad un giudice già posto nella prospettiva della condanna[18].

5. La rinnovazione quale *effettiva* garanzia per l'imputato.

L'interpretazione seguita dalla Corte nella sentenza in commento sembra preferibile, in quanto conforme ai principi che hanno ispirato la Corte di Strasburgo, prima, e la Corte di Cassazione, poi, nell'introduzione della regola della rinnovazione istruttoria.

Invero, la sua *ratio* primigenia, per come espressa nella giurisprudenza europea, risiede nel principio di immediatezza, in una prospettiva di garanzia per l'imputato, venendo in gioco il suo diritto al confronto con i testimoni a carico e all'esame dei testimoni a discarico: solo il contatto diretto dell'organo giudicante con la fonte

[13] Bronzo, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari-Bonzano-La Regina-Mancuso, Padova, 2017, 416-417.

[14] Bronzo, *La nuova ipotesi*..., cit., 416-417.

[15] Bronzo, *La nuova ipotesi*..., cit., nota 26, 417. Nello stesso senso anche Aiuti, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa (comma 58 l. n. 103/2017)*, in Marandola-Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, 2017, 263: la mancata rinnovazione vizierà la motivazione della sola sentenza di condanna.

[16] Aiuti, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3971; Aiuti, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 5/2018, 45.

[17] Cisterna, *L'atto di appello deve uniformarsi alla "nuova" sentenza*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, 63; Pasta, *Il disagio dell'interprete innanzi alle norme Cedu. La rinnovazione dell'istruttoria come condizione della riforma in appello di una sentenza di assoluzione*, in *Arch. pen.*, 5 aprile 2017, 37; Tesoriero, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, n. 2, III, 96.

[18] Per un'analisi della tesi contraria, antecedentemente all'introduzione dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p., v. Capone, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, 62; Capone, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1011.

di prova garantisce il rispetto dei principi del giusto processo[19]. Nella stessa prospettiva garantistica si è, poi, posta la giurisprudenza nazionale, che ha richiamato in proposito il canone dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*[20], il cui rispetto impone il ricorso all'oralità nell'assunzione della prova in appello al fine di superare l'intrinseca contraddittorietà tra due sentenze, la prima di assoluzione e la seconda di condanna[21].

L'istituto della rinnovazione della prova dichiarativa è stato, quindi, concepito quale strumento di garanzia per l'imputato in attuazione del *giusto processo*, ed è in tale prospettiva che va interpretato il disposto dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p.

Del resto, tale interpretazione è conforme alla stessa intenzione del legislatore, quale desumibile dall'analisi dei lavori preparatori relativi alla legge n. 103/2017: invero, la norma in esame ha il fine di "armonizzare il ribaltamento della sentenza assolutoria in appello con le garanzie del giusto processo", secondo l'interpretazione offerta dalla Corte EDU, "circa la doverosità, in questo caso, di riapertura dell'istruttoria orale"[22].

Peraltro, la rinnovazione del dibattimento in appello è un istituto di carattere eccezionale, dovendo presumersi la completezza dell'istruzione dibattimentale di primo grado[23], e la norma in esame "di stretta interpretazione"[24].

Di conseguenza, a dispetto di ciò che sembra emergere dal tenore letterale della disposizione in esame, appare preferibile l'opzione interpretativa che riconosce al giudice di appello la possibilità di un vaglio preliminare in ordine alla ripetizione istruttoria: quest'ultima, a carattere "mirato", si impone nel solo caso in cui, a fronte di motivi di appello ammissibili (che si pongano a confutazione dell'apprezzamento della prova orale[25] reso dal primo giudice), e di prova dichiarativa *decisiva*, il giudice si ponga nella prospettiva[26] di un possibile ribaltamento della sentenza assolutoria, sulla base di una diversa valutazione della predetta prova. Solo in questa ipotesi vengono in gioco il rispetto del principio del ragionevole dubbio e l'esigenza di tutela dell'imputato tramite la rinnovazione della prova orale. Il riesame dei testimoni permetterà, in questo modo, a quest'ultimo di godere della possibilità di convincere il giudice della propria non colpevolezza, e in questo senso la rinnovazione costituirà esplicazione del diritto di difesa. Al contrario, qualora il giudice sia già orientato verso un esito as-

---

19 Corte EDU, sez. III, sentenza *Dan c. Moldavia* del 5 luglio 2011.

20 Cass., Sez. Un. *Dasgupta*; Cass., Sez. Un. *Patalano*.

21 Cass., Sez. Un. *Troise*; Cass., Sez. Un. *Pavan*.

22 Relazione introduttiva al disegno di legge n. 2798, presentato dal Ministro della Giustizia alla Camera dei Deputati il 23.12.2014, p. 10 e p. 34. Nello stesso senso v. anche "Relazione conclusiva" della "Commissione Ministeriale per il processo penale", costituita con decreto del 10.06.2013 presso l'Ufficio Legislativo al fine di elaborare una proposta di riforma del processo penale, che sul punto della "rinnovazione dell'istruzione probatoria in appello, in caso di gravame del pubblico ministero contro la sentenza assolutoria di primo grado" ha richiamato le "indicazioni della Corte edu" (p. 3): la proposta è, poi, confluita nel disegno di legge.

23 Cfr. per tutte Cass., Sez. Un, n. 12602 del 17.12.2015, *Ricci*, Rv. 266820.

24 Cass., Sez. Un. *Pavan*, 8.

25 Così Capone, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9.10.2018, 8.

26 Sin dall'inizio del dibattimento in appello o anche nella fase della discussione.

solutorio, risulta superflua un'ulteriore istruzione[27]. La soluzione prospettata consente, quindi, al Giudice di appello di evitare un'attività processuale inutile, con risparmio di risorse processuali, soprattutto nelle ipotesi di inammissibilità o manifesta infondatezza o addirittura pretestuosità del gravame del P.M. E la selezione giudiziale delle prove da rinnovare non sarà arbitraria, in quanto riguarderà le prove potenzialmente idonee ad incidere sull'esito del giudizio di appello e quelle che nella prospettiva del P.M. appellante siano rilevanti ai fini dell'esito della condanna[28], ovvero, quantomeno, le prove *rilevanti* per dimostrare la fondatezza della doglianza avanzata dal P.M. e le prove ad essa contrarie[29].

Diversamente opinando, sarebbe riconosciuto un diritto del P.M., in ogni caso di appello avverso una sentenza assolutoria, di far riassumere le prove orali decisive[30], nel tentativo di ribaltare il verdetto di primo grado (evidenziando l'inattendibilità dei testimoni già sentiti), con conseguente possibile lesione del diritto di difesa, considerando, peraltro, che tale possibilità, sulla base dei principi fissati dalle Sez. Un. *Troise*, è negata all'imputato che appelli una sentenza di condanna, con inevitabile disparità di trattamento tra le parti[31]. Peraltro, rinnovare integralmente l'istruzione probatoria di primo grado significherebbe riassumere tutte le prove dichiarative, non solo quelle a carico su cui insiste l'appello del P.M., ma anche quelle a discarico, senza tuttavia che ci sia un reale interesse in tal senso dell'imputato, assolto in primo grado. Anzi, la difesa potrebbe avere interesse a *non* sentire i testi già escussi in primo grado[32], potendo l'esito dell'assunzione della prova non essere alla stessa favorevole[33]. Una rinnovazione istruttoria anche nel caso in cui il giudice di appello ritenga di confermare la sentenza assolutoria potrebbe ritorcersi, quindi, contro lo stesso imputato, in spregio allo spirito originario di garanzia che ha animato l'introduzione della regola nella giurisprudenza europea, e il suo sviluppo poi nella giurisprudenza nazionale.

Occorrerebbe, invero, chiedersi se i principi del contraddittorio, oralità ed immediatezza, che costituiscono caratteri specifici del giudizio di primo grado in ossequio al "giusto processo" previsto in Costituzione, debbano esserlo necessariamente anche del processo di appello[34], che riveste una diversa funzione, quella di

---

27 Capone, *Appello dell'imputato*, cit., 288.

28 Secondo la definizione di prova "decisiva" fornita dalle Sez. Un. *Dasgupta*.

29 Per questo concetto di prova decisiva, cui andrebbe limitata la rinnovazione, v. Aiuti, *Obbligo di rinnovazione*..., cit., 255.

30 Come riconosciuto da Capone, *Appello dell'imputato*..., cit., 288.

31 Capone, *Appello dell'imputato*, cit., 288, secondo cui tale disparità sarebbe superabile condizionando, come indicato nella sentenza delle Sez. Un. *Troise*, l'accoglimento della richiesta di rinnovazione del P.M. alla "impossibilità di decidere, *per la conferma*, allo stato degli atti": l'Autore conferma così la tesi qui sostenuta (ulteriormente ribadita in Capone, *La riassunzione delle prove dichiarative*..., cit., 10).

32 Capone, *Appello dell'imputato*, cit., 288.

33 Invero, la stessa Corte EDU nella sentenza del 26.04.2016, *Kashlev c. Estonia*, ha, invero, ritenuto non necessaria la rinnovazione istruttoria in appello, in presenza di alcune condizioni, tra cui proprio la mancata richiesta da parte della difesa.

34 In senso negativo Caneschi, *Rinnovazione istruttoria anche in caso di* reformatio in peius *parziale: l'inarrestabile metamorfosi del giudizio di appello*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, 6.

controllo critico sulla prima decisione. Peraltro, il principio di immediatezza[35] non è carattere indispensabile del contraddittorio, diventando recessivo ogniqualvolta non si pone un problema di rispetto del canone dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*[36], e lo stesso principio di oralità non costituisce più carattere indefettibile del giudizio di primo grado a seguito della pronuncia delle Sez. Un. n. 41736/2019, *Bajrami*.

Per di più, nel caso in esame non viene in rilievo nemmeno la tutela del contraddittorio sottesa alla norma di cui all'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p.: invero, posto che la rinnovazione della prova dichiarativa per l'imputato assolto in primo grado vale a confutare le argomentazioni sottese al gravame del P.M. attraverso l'esame della fonte di prova[37], è indubbio che tale possibilità per l'imputato non sia decisiva nel caso in cui il giudice di appello intenda confermare l'assoluzione.

D'altra parte, una ancor maggiore distanza temporale dai fatti rispetto al giudizio di primo grado e l'evanescenza dei ricordi, oltre che l'influenza esercitata dalla precedente deposizione, farebbero dubitare dell'attendibilità del risultato della prova orale rinnovata[38]. In appello è, invero, difficile riprodurre lo stesso contenuto dichiarativo delle prove assunte in primo grado.

6. Verso un mutamento del giudizio di appello... arginabile?

La soluzione proposta, condizionando la rinnovazione alla prospettiva decisoria del giudice di appello, e non all'esito del giudizio di primo grado, presenta indubbi vantaggi in termini di tutela dell'imputato, economia processuale, speditezza ed efficienza del processo.

Tra l'altro, la stessa, limitando le ipotesi di rinnovazione istruttoria in ossequio alla natura eccezionale dell'istituto, risulta maggiormente coerente a livello sistematico, e consente, peraltro, di arginare quel processo di snaturamento del giudizio di appello e di mutamento verso un nuovo primo grado di giudizio, avviato a seguito dell'introduzione della novella: l'appello nel caso di c.d. doppia conforme di assoluzione manterrebbe così la sua "cartolarità".

Del resto, la stessa giurisprudenza della Corte europea ha fatto passi indietro sul tema, ritenendo non necessaria la rinnovazione istruttoria in ogni ipotesi di *overturning* di condanna[39]. Se, quindi, con la novella si è andati *oltre* quanto imposto dalle pronunce della Corte di Strasburgo, innalzando il livello di tutela ma al tempo stesso

---

35 Non assoluto ma suscettibile di "ragionevoli eccezioni", v. Corte Cost., sentenza n. 132/2019.

36 Cass., Sez. Un. *Troise*.

37 Cass., Sez. Un. *Dasgupta*.

38 Caneschi, *Rinnovazione istruttoria*..., cit., 7; Ceresa-Gastaldo, *La riforma dell'appello*..., cit., 164-165.

39 Ove sia garantita adeguata tutela all'accusato: v. Corte EDU, 26.04.2016 *Kashlev c. Estonia*, n. 22574/08, che ha ritenuto – a determinate condizioni – rispettare i principi dell'equo processo una sentenza di appello di ribaltamento del proscioglimento, in assenza di rinnovazione, ove sia adeguatamente motivata; nello stesso senso Corte EDU, 27.06.2017, *Chiper c. Romania*, ric. n. 22036/10, secondo cui l'iniquità del processo non dipende dalla sola ragione che il Giudice non abbia sentito tutti i testimoni di cui ha rivalutato l'attendibilità. V. anche Corte EDU, 18.02.2020, *Marilena Carmen Popa c. Romania*, n. 1814.

contribuendo a determinare l'indicata metamorfosi dell'appello, si tratta ora di circoscrivere l'ambito della *obbligatoria* rinnovazione istruttoria, per restituire all'appello l'originaria funzione di controllo sulla prima decisione assegnatagli nella logica del codice del 1988[40].

D'altra parte, l'argomento letterale[41] può essere disatteso valorizzando l'intenzione del legislatore tratta dai lavori preparatori relativi alla legge n. 103/2017, oltre che sulla base di una lettura delle norme processuali interne in senso conforme alle indicazioni della Corte europea, che si è mossa, al fine di garantire l'equità del processo, nell'ottica della tutela dei diritti dell'imputato, tutela che nel caso in esame non viene in rilievo.

Risulta, poi, facilmente superabile l'obiezione legata alla possibile compromissione della terzietà dell'organo giudicante[42]: invero, a parte le soluzioni praticabili in una prospettiva di riforma della disciplina dell'appello[43], occorre rilevare che sulla base dell'insegnamento della Corte Costituzionale[44] non si pone una questione di incompatibilità dell'organo giudicante *ex* art. 34 c.p.p. nel caso in cui il provvedimento "pre-giudicante" è adottato all'interno della stessa fase processuale, venendosi altrimenti a determinare una "assurda frammentazione" del procedimento. Si può richiamare in proposito l'irrilevanza nella prospettiva di cui all'art. 34 c.p.p. dei provvedimenti cautelari endofasici, adottati cioè incidentalmente dal giudice che procede alla conduzione di una determinata fase del procedimento. Peraltro, l'ordinanza con cui il giudice dispone la rinnovazione istruttoria non costituisce propriamente un'anticipazione di giudizio, fondandosi su una diversa valutazione della prova dichiarativa rispetto alla sentenza di primo grado, senza indicare alcun esito processuale scontato.

Al contrario, stabilire un automatismo tra appello del P.M. e rinnovazione istruttoria genererebbe diverse criticità, quanto alla ragionevole durata del processo[45], alla "efficiente amministrazione della giustizia penale"[46], e alla tutela dei testimoni "vulnerabili", soprattutto se vittime di reato[47], oltre che porsi in contrasto con la natura "cartolare" del giudizio di appello e con la sua funzione di revisione critica della sen-

---

[40] Tra l'altro, l'esigenza, avvertita da parte della dottrina, di estendere anche al giudizio di appello le garanzie del "giusto processo" è determinata dal rischio di una prima condanna in appello – v. sul punto Caneschi, *Rinnovazione istruttoria*..., cit., 6, nota 10 –, rischio tuttavia non sussistente nel caso di conferma in appello del proscioglimento di primo grado.

[41] Sostenuto da Bronzo, *La nuova ipotesi*..., cit., 416-417, e da Aiuti, *Appello della condanna*..., cit., 46, nota 35.

[42] Obiezione mossa da Aiuti, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*..., cit., 3971, e *Appello della condanna*..., cit., 45.

[43] Per una possibile scissione del giudizio di appello in una fase rescindente ed in una fase rescissoria, affidate a giudici diversi, v. Tesoriero, *Luci*..., cit., 118.

[44] V. da ultimo Corte Cost., sentenza n. 153/2012.

[45] Capone, *Appello dell'imputato*, cit., 288.

[46] Valore costituzionalmente rilevante, pregiudicato dalla dilatazione dei tempi processuali, per la salvaguardia del quale il legislatore può introdurre "ragionevoli eccezioni" al principio di immediatezza (in questo senso Corte Cost., sentenza n. 132/2019). Sui costi in termini di economia dei giudizi che comporterebbe la tesi contraria, v. Capone, *Dopo Dan c. Moldavia*..., cit., 1012.

[47] Garantita dalla disciplina sia nazionale sia comunitaria, posto che gli stessi sarebbero soggetti ad ulteriore audizione, con conseguente rischio di "vittimizzazione secondaria".

tenza di primo grado[48]. Il tutto senza contare gli indubbi riflessi pratici della soluzione prospettata sul lavoro delle Corti, non attrezzate dal punto di vista organizzativo ad una sempre più "ampia" rinnovazione dell'istruttoria.

[48] Capone, *Appello dell'imputato*, cit., 288.

LA CASSAZIONE SI ESPRIME NUOVAMENTE RIGUARDO LA DIFFERENZA TRA I DELITTI DI PECULATO E DI TRUFFA AGGRAVATA AI DANNI DELLO STATO

Corte Suprema di Cassazione sez. VI sent. n. 30637 del 22/10/2020

Jacopo Colella*

MASSIMA

Integra il delitto di peculato e non di quello di truffa aggravata la condotta del pubblico ufficiale che si appropri di denaro pubblico anche nel caso in cui, per effetto delle norme interne dell'ente che prevedono l'intervento di più organi ai fini dell'adozione dell'atto dispositivo, il soggetto che formalmente emette l'atto finale del procedimento non concorra nel reato per essere stato indotto in errore da coloro che si occupano della fase istruttoria (Cass., Sez. 6 -, Sent. n. 30637 del 22/10/2020).

Sommario: 1. Lo svolgimento del processo. – **2.** L'*interversio possessionis* e il possesso o la disponibilità come presupposto della condotta del delitto di peculato. – **3.** L'artifizio e il raggiro nel reato di truffa nonché la conseguente integrazione del danno e del profitto ingiusto. – **4.** Considerazioni conclusive.

Abstract

Il lavoro di analisi trae origine dalla sentenza n. 30637/2020 della Suprema Corte, nella quale il giudice di Legittimità nel confermare le statuizioni della Corte di Appello di Catania ribadiva la differenza intercorrente tra il delitto di peculato e di truffa aggravata ai danni dello Stato. Nel menzionato giudizio veniva acclarata la responsabilità penale del prevenuto per il delitto di cui all'art. 314 c.p., in quanto l'imputato – amministratore di fatto dell'I.P.A.B. in questione – distraeva con più azioni, ingenti somme di denaro, a diverse cooperative a titolo di corrispettivi per lavori e servizi mai eseguiti. Il focus *della questione – sulla quale la difesa basava il proprio ricorso per Cassazione – era la circostanza che l'imputato non avesse la disponibilità del denaro oggetto di appropriazione, in ragione del fatto che l'atto di disposizione finanziario derivasse esclusivamente dall'apposizione sul mandato di pagamento della firma del Presidente dell'Ente quale trattario, mentre la sottoscrizione da parte dell'imputato nella qualità di segretario dell'I.P.A.B. assumeva una rilevanza meramente interna. Nel rigettare il ricorso della difesa, il Supremo Consesso si richiamava alla propria giurisprudenza maggioritaria per la quale è integrato il delitto*

* Cultore della materia e praticante avvocato.

di peculato anziché quello di truffa aggravata, allorquando il pubblico ufficiale si appropri di denaro pubblico anche nel caso in cui, per effetto delle norme interne dell'Ente che prevedono l'intervento di più organi ai fini dell'adozione dell'atto di disposizione, induca in errore il soggetto che formalmente emette l'atto finale del procedimento. Nell'articolo in oggetto vengono approfonditi i tratti distintivi del reato di peculato e di quello di truffa aggravata ai danni dello Stato, anche alla luce dei numerosi arresti della giurisprudenza maggioritaria e di parte della dottrina. In particolare, viene evidenziato come la norma incriminatrice di cui all'art. 314 c.p. ponga il proprio disvalore essenziale nell'abuso delle facoltà giuridiche connesse alla qualifica di pubblico ufficiale rivestita dall'agente. Si è, inoltre, sottolineata la qualità di reato istantaneo del delitto di peculato e la genericità del dolo richiesto ai fini della sua configurabilità, nonché il momento di perfezionamento ravvisabile nella cosiddetta interversio possessionis *che si verifica nel momento in cui il soggetto attivo che ha il possesso o la disponibilità di un bene pubblico, ne disponga* uti dominus *distraendolo dalla sua effettiva destinazione istituzionale. Relativamente alla fattispecie di truffa aggravata ai danni dello Stato, si è rilevato come il predetto reato si sostanzi per gli artifizi e raggiri posti in essere dall'agente, tali da indurre in errore il soggetto passivo modificando il quadro reale e rappresentando a quest'ultimo una situazione ben diversa da quella reale.*

The analysis work originates from sentence no. 30637/2020 of the Supreme Court, in which the judge of Legitimacy in confirming the rulings of the Court of Appeal of Catania, reiterated the difference between the crime of embezzlement and aggravated fraud against the State. In the aforementioned judgment, the criminal responsibility of the defendant for the crime referred to in art. 314 of the Criminal Code, as the accused – de facto administrator of the I.P.A.B. in question – distracted with several actions, large sums of money, to various cooperatives by way of consideration for works and services never performed. The focus of the question – on which the defense based its appeal to the Supreme Court – was the circumstance that the accused did not have the availability of the money object of appropriation, due to the fact that the deed of financial provision derived exclusively from the affixing to the mandate for payment of the signature of the President of the Entity as drawee, while the signature by the accused as secretary of the IPAB it assumed a purely internal significance. In rejecting the appeal of the defense, the Supreme Council referred to its own majority jurisprudence for which the crime of embezzlement rather than that of aggravated fraud is integrated, when the public official appropriates public money even in the event that, due to the effect of the internal entities that provide for the intervention of several bodies for the purpose of adopting the provision deed, mislead the person who formally issues the final act of the procedure. In the article, the distinctive features of the crime of embezzlement and that of aggravated fraud against the State are examined, also in light of the numerous arrests of majority jurisprudence and part of the doctrine. In particular, it is highlighted that the incriminating provision referred to in art. 314 of the criminal code place its essential value in the abuse of the legal faculties related to the status of public official held by the agent. Furthermore, the quality of an instant crime of the crime of embezzlement and the generic nature of the fraud required for the purposes of its configurability were underlined, as well as the moment of improvement recognizable in the so-called interversio possessionis, *which occurs when the active subject who has the possession or availability of a public good, dispose of it* uti dominus, *by distracting it from its actual institutional destination. With regard to the case of aggravated fraud against the State, it was found that the aforementioned crime is substantiated by the artifices and deceptions put in place by the agent, such as to mislead the taxable person by modifying the real situation and representing the latter a very different situation from the real one.*

1. Lo svolgimento del processo.

Il Tribunale di Catania e, successivamente, la Corte di Appello, seppur in parziale riforma rispetto al primo pronunciamento, condannavano il Sig. D. L. in relazione al reato di cui agli artt. 81, comma 2, e 314 c.p. per essersi appropriato dal 2006 al 2010, nella qualità di segretario ed economo di fatto degli Istituti Femminili Riuniti Santa Maria del Lume (I.P.A.B) di Catania, di somme di denaro di cui aveva la disponibilità per ragioni di ufficio della gestione del patrimonio di tale ente.

Per la precisione, accreditava un importo pari a 227.045,07 euro su suoi conti personali in esecuzione di mandati di pagamento emessi dall'I.P.A.B. in suo favore, in assenza di autorizzazioni e di documentazione comprovante le spese.

Inoltre, l'imputato veniva condannato, nei primi due gradi di giudizio, per avere versato dall'I.P.A.B. alla Cooperativa Papa Giovanni XXIII (di cui lo stesso D. L. era amministratore di fatto) una somma di denaro pari a 139.869,56 euro a titolo di corrispettivi per lavori e servizi mai eseguiti dalla Cooperativa in favore del suddetto I.P.A.B.

Ancora, versava una somma di denaro pari a 97.483,00 euro dall'I.P.A.B. alla Fondazione Santa Maria del Lume (di cui lo stesso prevenuto risultava essere presidente) a titolo di servizi di colonia marina solo apparentemente resi dalla suddetta Fondazione in favore dell'I.P.A.B.

Infine, trasferiva una somma pari a 100.853,00 euro dall'I.P.A.B. in favore della Cooperativa San Domenico Savio (di cui lo stesso D. L. era amministratore di fatto) per servizi mai resi in favore dell'ente pubblico.

La difesa presentava ricorso per Cassazione sulla base di sette motivi.

Tra le varie argomentazioni, si eccepiva una erronea qualificazione giuridica dei fatti, in quanto la Corte territoriale li aveva considerati in termini di peculato e non di truffa aggravata ai danni dello Stato.

Specificatamente, la difesa basava le proprie considerazioni sul fatto che l'istruttoria processuale avesse dimostrato come l'imputato non avesse "abusato del possesso" delle indicate somme di denaro, così appropriandosene, ma aveva – al più – abusato della propria funzione, compiendo atti di artifizio e raggiro per trarre in inganno l'ente pubblico al fine di acquisire successivamente il possesso, mediante l'emissione di mandati di pagamento a firma del presidente dell'ente – al quale non veniva contestato un concorso di reato.

Inoltre, veniva precisato, che il D. L. si occupasse esclusivamente della "gestione del patrimonio dell'I.P.A.B", donde l'impossibilità che vi fosse in capo al prevenuto il possesso ovvero la disponibilità del denaro oggetto di appropriazione, tenuto conto del fatto che l'atto di disposizione finanziario derivasse, esclusivamente, dall'apposizione sul relativo mandato di pagamento della firma del presidente, quale "trattario", e non anche della firma aggiunta del segretario D. L., che aveva – unicamente – una mera rilevanza amministrativa interna.

La Suprema Corte rigettava quanto prospettato dalla difesa, ritenendo che quanto dedotto dalla Corte di Appello territoriale fosse in linea con il maggioritario orientamento giurisprudenziale relativo alla differenza tra il delitto di peculato e quello di truffa aggravato dall'abuso delle funzioni o violazione dei doveri inerenti a pubblico servizio.

Ulteriormente, precisava il Giudice di legittimità come l'elemento distintivo tra il delitto di peculato e quello di truffa aggravata, ai sensi dell'art. 61 n. 9 c.p., fosse individuato con riferimento alle modalità del possesso del denaro o di altra cosa mobile altrui oggetto di appropriazione.

Per tale via, quindi, secondo la Cassazione ricorreva il delitto di peculato quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio si appropri del bene mobile o di una somma di denaro avendone già il possesso o comunque la disponibilità in ragione del proprio ufficio o servizio.

Differentemente, incorreva nel delitto di truffa aggravata il soggetto attivo che non avendo il possesso del bene mobile o della somma di denaro, se lo procuri fraudolentemente facendo ricorso, per via del proprio ufficio, ad artifici o raggiri.

Quindi, nel caso concreto, veniva qualificata come peculato la condotta dell'imputato, il quale emetteva e firmava i mandati di pagamento, poi controfirmati dal presidente dell'ente, senza che quest'ultimo esercitasse un controllo sul contenuto dell'atto dispositivo.

In vero, secondo il Giudice di legittimità il controllo contabile e, conseguenzialmente, il possesso delle somme di denaro era in capo al prevenuto il quale ebbe a predisporre i mandati di pagamento, seppur firmati dal Presidente dell'Ente ma, controfirmati, in via amministrativa, anche dall'imputato.

Di scarsa rilevanza risultava il fatto che, in base alle norme statutarie interne dell'I.P.A.B., il potere formale di emettere i mandati pagamento spettasse al solo presidente dell'ente, in quanto il controllo contabile – come detto – fosse totalmente nelle mani del D. L. e come fosse questi a predisporre i mandati di pagamento.

Alla luce di tali considerazioni, la Suprema Corte – come precedentemente rappresentato – non riteneva integrato il delitto di truffa aggravata ma, al contrario, il reato di peculato stante il maggioritario orientamento giurisprudenziale secondo il quale, risulterebbe configurato suddetto reato "*...in relazione al denaro pubblico il cui possesso, per effetto delle norme interne dell'ente pubblico che prevedono il concorso di più organi ai fini dell'adozione dell'atto dispositivo, fa capo congiuntamente a più pubblici ufficiali, anche se, di essi, quelli che emettono l'atto finale del procedimento non concorrono nel reato per essere stati indotti in errore da coloro che si sono occupati della fase istruttoria...*" (Cass., Sez. 6, n. 39039 del 15/04/2013).

Quindi, ad avviso del Giudice di legittimità, l'elemento discretivo va individuato nelle modalità di possesso del denaro o della cosa mobile altrui, oggetto di appropriazione.

Pertanto, alla stregua di quanto sopra dedotto, vi sarebbe la configurazione della fattispecie delittuosa disciplinata dall'art. 314 c.p. allorquando il pubblico ufficiale sia già in possesso della *res* per ragioni di ufficio o servizio; differentemente dal reato di truffa dove il soggetto attivo, non avendo il possesso della *res*, se lo procura fraudolentemente attraverso artifizi o raggiri.

2. L'*interversio possessionis* e il possesso o la disponibilità come presupposto della condotta del delitto di peculato.

Il delitto di peculato è un reato proprio, integrabile esclusivamente da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio che, per via del possesso o della

disponibilità scaturiti da ragioni di ufficio o di servizio, si appropri illecitamente di un bene o di una somma di denaro distraendoli dalla finalità effettiva.

Oggetto di tutela della norma è il buon andamento dell'azione amministrativa – identificabile nell'esigenza di un corretto ed efficiente funzionamento dell'amministrazione con riferimento alla piena disponibilità ed effettiva destinazione dei beni ai fini istituzionali – individuando l'art. 314 c.p. il proprio disvalore essenziale nell'abuso delle facoltà giuridiche, connesse alla qualifica pubblica rivestita circa la destinazione di risorse di cui si dispone per via della funzione ricoperta.

Il delitto in esame è un reato istantaneo che si integra nel momento in cui avviene l'interversione del possesso, con la dovuta precisazione che è ammissibile il tentativo inquadrabile nella mancata apprensione del bene.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, sufficiente è il dolo generico ovvero l'intenzione dell'agente di fare propria una *res* o una somma di denaro appartenente alla pubblica amministrazione.

Particolare attenzione bisogna prestare al momento di consumazione del reato, ravvisabile, nella *interversio possessionis*: il pubblico ufficiale che ha nella propria disponibilità o possesso un determinato bene di proprietà della pubblica amministrazione, finisce per comportarsi nell'utilizzo dello stesso *uti dominus* ovvero come se ne fosse proprietario, disponendone a piacere e ben al di là di quelle che sono le corrispondenti destinazioni funzionali[1].

Ritiene una parte della dottrina che il momento di consumazione del delitto di peculato avvenga nella circostanza appropriativa, intesa nell'atto di disposizione mediante il quale il soggetto attivo immette nel proprio patrimonio la cosa e il valore economico in essa materializzato, escludendone permanentemente l'avente diritto[2].

Diversamente, altra parte della letteratura giuridica ravvede appropriazione illecita nel momento in cui il soggetto "*si comporti come se fosse proprietario della cosa, escludendo il vero proprietario*"[3].

Sul punto, giova evidenziare come, anche il recentissimo e maggioritario orientamento giurisprudenziale ritenga perfezionabile il reato in esame nel momento della interversione del possesso, ovvero laddove avviene appropriazione "*... che si realizza con una condotta incompatibile con il titolo per cui si possiede e che sottrae al patrimonio dell'avente diritto il bene incamerato dall'agente...condotta dalla quale traspare la volontà da parte dell'imputato di disporre* uti dominus *dei denari...*"[4].

Il momento appropriativo rappresenta, sotto ogni profilo, la macroscopica rottura dell'equilibrio tra le posizioni connesse, dell'agente e della pubblica amministrazione, rispetto al danaro o all'altra cosa mobile, a tutto favore della prima posizione[5].

---

1 Concetto di *Interversio Possessionis* secondo V. Scordamaglia, *Il Peculato*, estratto dal XXXII volume della *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982.

2 Cfr. Proto, *op. cit.*, 338.

3 *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso e M. Pelissero, Milano, 2015, circa il concetto di appropriazione nel delitto di peculato, ripreso da Pagliaro (a) 1990, 270.

4 Cfr. (Cass., Sez. 6, Sent. n. 1865 del 29.09.2020 Ud., dep. 18/01/2021) – *ex multis* (Cass., Sez. VI pen., sent. 15 settembre 2017 n. 42061; Cass, Sez. 6, n.6753 del 04/06/1997, dep. 1998, Finocchi, Rv. 211011).

5 Cfr. Flick, *Il delitto di peculato*, cit., 339.

Appare evidente come il presupposto della condotta sia da inquadrare nel possesso o nella disponibilità della cosa, per via dell'ufficio o del servizio svolto dal soggetto pubblico.

Sicché, a differenza della appropriazione indebita, nel peculato è dalla funzione ricoperta che deriva il possesso, posto che nel rapporto tra il soggetto attivo e l'oggetto altrui, che in questo caso assume rilevanza come possesso, è insito un obbligo[6] relativo alla effettiva destinazione del bene avente quale fine, esclusivamente, uno scopo pubblico.

Ciò che rileva nel presente elaborato è domandarsi se l'ottenimento del possesso o della disponibilità della cosa – conquistato dal pubblico ufficiale o da incaricato di pubblico servizio mediante artifici e raggiri – possa determinare la integrazione della fattispecie di peculato oppure quella di truffa aggravata ai danni dello Stato.

Allo stesso tempo, appare necessario scandagliare il concetto di possesso da interpretare, secondo la dottrina maggioritaria, non dal punto di vista civilistico ma quale potere di fatto sul bene direttamente collegato ai poteri e doveri funzionali derivanti dall'incarico ricoperto[7]; diversamente dalla disponibilità intesa nel senso che il soggetto agente possa essere in grado, mediante un atto dispositivo di propria competenza, di disporre della cosa o della somma di denaro e di conseguire, poi, quanto oggetto di appropriazione.

Quindi, è la stessa dottrina a puntualizzare che la nozione di possesso debba assumere un significato più ampio rispetto a quello delineato dall'art. 1140 c.c.; interpretazione tanto estesa da segnare "*il punto di divergenza più notevole tra i due diritti (il civile e il penale) quanto al possesso*"[8] poiché comprendente, da un punto di vista penale, non soltanto la detenzione materiale della cosa ma anche il potere di disporre della medesima.

Ulteriormente, il possesso, rilevante ai sensi della norma appena citata, deve spettare alla pubblica amministrazione altrimenti l'agente non potrebbe essere investito di tale potere per ragione del suo ufficio o servizio, posto che non si deve perdere di vista il collegamento funzionale del possesso con il soggetto cui è conferito.

Per tali motivi, parte della dottrina ha precisato come "*la ragione di ufficio o di servizio non costituisca soltanto un requisito esterno alla struttura caratteristica nel possesso di peculato, ma ne è indiscutibilmente un elemento interno*"[9].

Quindi, la possibilità di disporre della cosa, ai fini della integrazione della fattispecie delittuosa in esame, deve necessariamente fare capo al soggetto attivo del reato[10].

Al contrario, altra scuola ritiene che il possesso debba essere inteso anche come disponibilità giuridica derivante dalla "*posizione gerarchica o funzionale in forza della*

---

6 Peculato come appropriazione indebita speciale, stante l'obbligo del pubblico ufficiale insito nel possesso della res, avente quale fine uno scopo pubblico, Petroccelli, *L'appropriazione indebita*, Editore Morano, 1933.

7 V. Scordamaglia, *Peculato*, estratto dal XXXII volume della *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982.

8 *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso e M. Pelissero, Milano, 2015, si scandaglia la differenza circa il concetto di possesso nel diritto penale e nel diritto civile, riprendendo quanto dedotto da Scordamaglia 1982, 587.

9 Cfr. Pagliaro, *Studi*, cit., 89.

10 Cfr. Pannain, *Il Possesso*, cit., 53 ss; Id., *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 61.

quale il soggetto è in grado di raggiungere la cosa"[11], come nel caso di specie stante la possibilità di acquisire, da parte del prevenuto, le somme di denaro attraverso mandati di pagamento, ma successivamente alla firma del Presidente.

Relativamente alla definizione di disponibilità, è la stessa letteratura giuridica a precisare che la l. n. 86/1990 "*rimodulando il delitto di peculato, ha affiancato in alternativa al 'possesso' il requisito della disponibilità, cristallizzando nel dettato normativo il diritto vivente che si era formato sul requisito del possesso*".

Specificatamente, l'inserimento del concetto di "disponibilità" appare essere superfluo o, addirittura, un mero "*scrupolo tecnicistico*"[12] che potrebbe determinare incertezze circa l'interpretazione del possesso[13] dal punto di vista del diritto penale.

Il maggioritario orientamento giurisprudenziale sembra essere sulla stessa lunghezza d'onda della dottrina in relazione alla "*nozione di possesso idonea ad integrare il delitto di peculato*" che assume "*un significato molto più ampio di quello civilistico, in quanto comprende sia il possesso mediato o disponibilità giuridica, intesa come potere di disporre del bene mediante ordini o mandati, sia il possesso immediato o disponibilità materiale della cosa, come la mera detenzione l'uso e la semplice custodia*"[14].

Al riguardo, degno di osservazione risulta quanto specificato dalla Suprema Corte circa il carattere plurioffensivo del reato di peculato, lesivo di principi come quello di legalità, di efficienza e di buon andamento della pubblica amministrazione, tanto che "*...l'eventuale mancanza o particolare modestia del danno patrimoniale, conseguente l'appropriazione, non esclude la sussistenza del reato, considerato che rimane pur sempre leso dalla condotta dell'agente l'altro interesse, diverso da quello patrimoniale, protetto dalla norma e cioè il buon andamento della pubblica amministrazione...*"[15].

Per completezza, la configurazione dell'elemento soggettivo del reato di peculato, alla stregua del maggioritario e recente orientamento giurisprudenziale, è identifica-

[11] M. Gallo 1952, 387; Riccio (b) 1965, 739. In tal senso anche la giurisprudenza meno recente: v. Cass., Sez. III, 6.5.1963, in *Giust. Pen.*, 1964, II, 196, con nota di Cantagalli, secondo la quale nel peculato il possesso "*deve essere inteso in senso molto più ampio del concetto di possesso accolto nel campo del diritto civile, così da comprendere anche la semplice detenzione della cosa ovvero la facoltà di disporre della stessa mediante un atto o un fatto che rientrino nella competenza dell'ufficio del quale l'agente è investito*".

[12] Pagliaro-Parodi-Giusino, 2008, 74, relativamente all'inserimento del concetto di disponibilità nel delitto di peculato.

[13] Grosso, 1989, 1155; Palazzo 1996, 12. Per la precisione da notare quanto dedotto da Vinciguerra 2008, 334 circa l'interpretazione del concetto di possesso alla luce dell'art. 1140 c.c. e stabilendo nella disponibilità "*la possibilità di decidere la sorte del denaro dell'altra cosa mobile, avendo su di essi il controllo, anche non materiale, che la consente*".

[14] Cass., Sez. VI, 24.06.1997, in *Cass. pen.*, 1999, 527. Conf., ancora, Cass., Sez. un., 20.12.2012, n. 19054, cit. e Cass., Sez. VI, 16.10.2013, n. 45908, laddove si ritiene configurabile il delitto di peculato nell'atto di ricognizione, posto in essere dall'amministratore di una società di gestione di un pubblico servizio, di un falso debito pecuniario; Cass., Sez. VI, 18.9.2013, n. 41093 laddove veniva ravvisato il reato di peculato nella condotta di un responsabile del servizio di economato di un ente pubblico consistente nella predisposizione e sottoscrizione di mandati di pagamento intestati a se stesso con causali prive di qualsiasi riscontro per poi riscuoterli personalmente presso la banca che svolgeva il servizio di tesoreria.

[15] Cfr. Cass. Sez. 6, Sent. n. 1865 del 29.09.2020 Ud. – *ex multis* (Cass., Sez. 6, n. 30141 del 04/06/2015, Zanetti, Rv. 265745.

bile "*...con il mutare dell'atteggiamento psichico dell'agente, che non si rappresenta più di essere possessore della cosa per conto di altri ma di possedere per conto proprio...*"[16].

Dunque, è evidente come dottrina e giurisprudenza siano concordi nel precisare come, nel reato di peculato, il momento di consumazione sia ravvisabile nella *interversio possessionis,* derivante dal possesso o dalla disponibilità della cosa o della somma di denaro.

Infatti, ciò che assume rilevanza – come detto – sia a parere della dottrina che della giurisprudenza non è la modalità attraverso la quale si perviene al possesso o alla disponibilità della *res*, ma la conseguente appropriazione dolosa attuata per via del possesso o dalla disponibilità del bene, in ragione dell'ufficio o del servizio pubblico ricoperto dal soggetto attivo come nel caso di specie, stante il fatto che gli artifizi e i raggiri siano stati necessari per l'agente non per appropriarsi delle somme di denaro ma per ottenerne la disponibilità.

Il momento appropriativo, nel caso di specie, è individuabile allorquando il soggetto attivo emette i mandati di pagamento, trasferendo così le somme di denaro in questione sui propri conti correnti al fine di utilizzarle *ad libitum* escludendo, per tale via, il vero proprietario identificato nell'I.P.A.B. in questione.

Alla stregua di quanto appena precisato, dal punto di vista dell'elemento soggettivo del reato di peculato, si può precisare che, nel caso di specie, gli artifizi e i raggiri, posti in essere dal soggetto attivo, testifichino l'intenzione dello stesso di entrare nella disponibilità della cosa per poi appropriarsene e possederla per conto proprio.

Pertanto, una volta ottenuta la disponibilità delle somme di denaro – intesa quale posizione funzionale in forza della quale il soggetto attivo risulta in grado di raggiungere la cosa – l'agente appropriandosene, illecitamente, perfeziona il reato di peculato e non il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato.

3. L'artifizio e il raggiro nel reato di truffa nonché la conseguente integrazione del danno e del profitto ingiusto.

Il delitto di truffa si caratterizza per essere una fattispecie commessa con frode, le cui modalità si sostanziano negli artifizi e nei raggiri.

L'agente, attraverso simili modalità, modifica il quadro reale o determina un'*immutatio veri*, facendo apparire come effettiva una realtà che non esiste o celandone una esistente.

Per artifizio bisogna intendere una manipolazione o trasfigurazione della realtà esterna, provocata mediante la simulazione di circostanze inesistenti o – per contro – la dissimulazione di circostanze esistenti; il raggiro, invece, consiste in una attività simulatrice sostenuta da parole o argomentazioni atte a far scambiare il falso per il vero.

A differenza degli artifici, che necessitano di una proiezione nel mondo esterno, i raggiri possono esaurirsi in una semplice attività di persuasione che influenza psiche altrui, a prescindere da qualsiasi *mise en scène*[17].

---

[16] Cfr. Cass. Sez. 6, Sent. n. 1865 del 29.09.2020 Ud.

[17] Fiandaca-Musco, *I delitti contro il patrimonio*, volume II, tomo secondo, settima edizione, settembre 2015.

Quindi, il soggetto caduto in errore, a seguito di artifizi e raggiri, deve compiere un atto di disposizione patrimoniale che procuri un ingiusto profitto con l'altrui danno.

Si ha, dunque, una triplice causalità: la condotta ingannatrice che induce in errore il soggetto passivo; dall'errore deriva l'atto di disposizione patrimoniale; l'atto produce un profitto ingiusto a vantaggio di chi agisce o di altri e un danno per il soggetto passivo.

Sufficiente, ai fini della integrazione del delitto, è il dolo generico ovvero la rappresentazione e la volizione da parte dell'agente della suddetta triplice causalità.

Determinante, ai fini dell'elaborato, risulta individuare il momento di perfezionamento del reato di truffa.

La dottrina maggioritaria ritiene che la truffa si integrerebbe nella circostanza in cui si verifichi l'ultimo degli eventi provocati dalla condotta ingannatrice, sia esso il danno o il profitto, ovvero nel momento in cui si verificano entrambi gli eventi, se simultanei[18].

Sul punto, appare concordare il maggioritario orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della configurazione del reato di truffa, la realizzazione del profitto e quella del danno devono essere contestuali, trattandosi di dati tra loro strettamente collegati in modo da costituire due aspetti della medesima realtà, circostanza non avvenuta nel caso in esame[19].

Il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato assume, secondo una parte della dottrina, sempre più, caratteristiche particolari tali da porre il problema se essa non rappresenti nella sostanza una fattispecie autonoma di reato[20].

Infatti, un rilevante riferimento deve essere rivolto al concetto di danno che tende ad assumere connotati qualitativi che vanno al di là della tradizionale dimensione patrimonialista privata.

Il patrimonio pubblico è caratterizzato da una prospettiva dinamica che conferisce ad esso il carattere di beni in circolazione, vincolato al conseguimento di scopi pubblici, per cui emerge, con ogni evidenza, come profilo del danno anche l'interesse degli scopi perseguiti attraverso l'erogazione di finanziamenti pubblici.

Per altro verso, l'identificazione del soggetto passivo nello Stato incide sul modo di atteggiarsi della corresponsabilità della vittima nella dinamica della frode, ruolo del soggetto passivo indentificato nella valutazione giudiziale del grado di scrupolo col quale gli organi pubblici adempiono gli obblighi di controllo preventivo.

Secondo la dottrina maggioritaria, il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato si differenzia dal reato di peculato per il fatto che il pubblico agente, al fine di ottenere un bene mobile o una somma di denaro altrui, ha necessariamente bisogno di artifizi e raggiri[21].

Per completezza, risulta necessario sottolineare quanto decretato dal maggioritario orientamento giurisprudenziale circa la differenza che sussiste tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato e il delitto di peculato.

---

[18] A. Fanelli, *La truffa, seconda edizione, aggiornata al Pacchetto sicurezza (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, Milano, 2009.

[19] Cass., 11 marzo 1998, Rizzo, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Truffa*, n. 19,

[20] Fiandaca, Musco, parte speciale *I delitti contro il patrimonio*, volume II, tomo secondo, settima edizione, settembre 2015.

[21] Cma Iurisblog, Avv. Andrea Accardi.

L'elemento discretivo è da individuare nelle modalità di possesso del denaro o della cosa mobile altrui, oggetto di appropriazione[22].

Precisamente, la differenza tra il delitto di peculato e il reato di truffa va individuata nel fatto che nel primo caso il possesso e la disponibilità del denaro per fini istituzionali costituiscono un antecedente alla condotta criminosa, mentre nella truffa l'impossessamento della *res* è l'effetto della condotta illecita.

Da quanto appena dedotto deriva il corollario secondo il quale occorre aver riguardo al rapporto tra possesso, da una parte, e artifizi e raggiri, dall'altra, nel senso che, qualora questi ultimi siano finalizzati a mascherare l'illecita appropriazione da parte dell'agente del denaro o della *res* di cui aveva legittimamente la disponibilità per ragione del suo ufficio o servizio, ricorrerà lo schema di peculato; qualora, invece, la condotta fraudolenta sia posta in essere proprio per conseguire il possesso del denaro o della cosa mobile altrui, sarà integrato il paradigma della truffa aggravata[23].

Nel caso di specie, gli artifizi e i raggiri, *ex se*, posti in essere dall'agente non determinano un profitto ingiusto né, tantomeno, un altrui danno ma concretizzano la disponibilità delle somme di denaro per il soggetto attivo.

Infatti, il prevenuto – dopo aver rimosso l'ostacolo ravvisabile nella figura del Presidente – in ragione della sua funzione si appropria delle somme di denaro attraverso un distinto e necessario procedimento identificabile nella successiva emissione dei mandati di pagamento in proprio favore.

Per esattezza, la condotta illecita espletata dal prevenuto nei confronti del Presidente non comporta, da parte di quest'ultimo, il compimento di un atto di disposizione patrimoniale tale da procurare un ingiusto profitto ma, esclusivamente, la disponibilità del bene per il soggetto attivo, il quale in ragione del proprio ufficio si appropria – illecitamente – attraverso un ulteriore procedimento delle somme di denaro.

Dunque, come precedentemente rappresentato, il possesso o, meglio, la disponibilità del bene conseguita, nel caso di specie, dal prevenuto tramite artifizi e raggiri nei confronti del Presidente non comporta alcun profitto ingiusto.

Pertanto, da suddetta disponibilità scaturisce l'illecita appropriazione dell'agente che integra una autonoma fattispecie delittuosa inquadrabile nel reato di peculato con esclusione, per tali motivi, dell'ipotesi di truffa aggravata ai danni dello Stato.

4. Considerazioni conclusive.

La vicenda in esame offre l'occasione per chiarire, nuovamente, i controversi confini tra la fattispecie di peculato, di cui all'art. 314 c.p. e l'ipotesi delittuosa di truffa aggravata ai danni dello Stato.

Alla stregua di quanto precedentemente osservato, si ritiene di condividere l'interpretazione della Suprema Corte, con la dovuta precisazione che, nel caso in esame,

[22] Cass., Sez. VI, sent. n. 57521 del 22 dicembre 2017 inerente la differenza tra il delitto di peculato e di truffa, individuabile nella modalità del possesso.

[23] Commento di Giuseppe Amato, il Sole Ore, 29 gennaio 2018 circa la pronuncia della Suprema Corte relativamente alla differenza tra il delitto di peculato e di truffa ravvisabile nella modalità del possesso del denaro.

sarebbe auspicabile inquadrare il possesso e/o la disponibilità delle somme di denaro in secondo momento.

Infatti, se da un lato è vero che il prevenuto gestiva il controllo contabile dell'ente, dall'altro lato è anche vero che senza la firma del Presidente, seppur meramente simbolica, l'imputato non avrebbe potuto disporre delle somme di denaro in questione.

In vero, il funzionario pubblico che esercita un controllo contabile dell'ente non necessariamente ha in possesso le somme di denaro né tantomeno la disponibilità intesa nel senso che il soggetto agente deve essere in grado, mediante un atto dispositivo di propria competenza, di disporre della somma di denaro e di conseguire poi quanto oggetto di appropriazione.

Nel caso concreto – come detto – il D. L. avrà la disponibilità delle somme di denaro solamente nel momento in cui il Presidente dell'I.P.A.B. apporrà la propria firma sui mandati di pagamento.

Per tali motivi l'*interversio possessionis* – momento di consumazione della fattispecie di peculato – è da ritenersi integrato successivamente alla apposizione della firma del Presidente sui mandati di pagamento, poiché da quell'istante in poi il prevenuto avrebbe potuto – attraverso la propria firma – disporre delle somme di denaro *uti dominus* e, quindi, appropriarsene.

Gli artifizi e raggiri – posti in essere nei confronti del Presidente dell'I.P.A.B. dal soggetto attivo, il quale destinando le somme di denaro ad altri enti che si impegnavano a svolgere alcuni lavori in favore dell'I.P.A.B. determinava una parvenza legale circa la destinazione delle suddette somme di denaro – potrebbero far prendere in considerazione l'integrazione dell'ipotesi delittuosa di truffa aggravata ai danni dello Stato ma, in realtà, nel caso in esame, sono stati espletati dal prevenuto per via della propria funzione e con l'intenzione di rimuovere un ostacolo identificabile nella figura del Presidente, nonché per ottenere la disponibilità delle somme di denaro necessaria per la conseguente appropriazione.

Pertanto, nel caso di specie, è da escludere il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato nei confronti del Presidente dell'I.P.A.B. quale rappresentante pubblico dell'Ente poiché gli artifizi e i raggiri devono essere ricompresi nella condotta di peculato in quanto volti, da un lato, ad eliminare l'ostacolo identificabile – come precedentemente rappresentato – nella figura del Presidente, dall'altro lato, necessari per consentire all'agente la disponibilità delle somme di denaro.

Tale disponibilità è inquadrabile nel momento in cui il soggetto attivo, avendo ottenuto la firma del Presidente, attraverso la propria siglatura – seppur inserita in via amministrativa – consentiva l'emissione dei mandati di pagamento, determinando quella *interversio possessionis* per via del trasferimento delle somme sul proprio conto corrente, con la volontà, coscienza nonché consapevolezza dell'agente di appropriarsi, illecitamente, delle somme di denaro *de quibus* e di distrarre le stesse dall'effettiva destinazione pubblica concernente la realizzazione di opere e di lavori in favore dell'I.P.A.B. in questione.

LA RILEVANZA PENALISTICA DELLA SOTTRAZIONE VIOLENTA DI OVOCITI

Cass., Sez. II, sent. 25 novembre 2020 n. 37818,
Imperiali Presidente – Messini D'Agostini Est.

Maria Teresa Ravidà*

Sommario: 1. Premessa. – **2.** I fatti di causa. – **3.** Espianto coattivo: tra offesa alla persona e danno al patrimonio – **4.** L'ovocita è cosa mobile: analogia *in malam partem* o interpretazione costituzionalmente orientata? – **5.** Considerazioni conclusive: una giurisprudenza al (difficile) passo coi tempi.

Abstract

La pronuncia annotata prende le mosse dall'annoso dibattito circa la natura giuridica delle parti del corpo, ed in particolare degli ovuli femminili, da cui discende la possibilità di configurare i reati contro il patrimonio rispetto ai fatti che ne comportino la sottrazione e l'impossessamento ad opera di terzi. La Suprema Corte stabilisce che gli ovociti acquisiscono natura giuridica di "cosa mobile" a seguito del loro distacco dal corpo femminile: di conseguenza, è configurabile il delitto di rapina, e non quello di violenza privata, nell'ipotesi in cui il soggetto agente, mediante una prima condotta violenta ai danni della donna, sottragga i suoi ovociti e se ne impossessi, al fine di procurarsi un ingiusto profitto.

The annotated judgment is based on the intense debate about the legal nature of the body parts, and in particular of the women's ova; from this debate emerges the possibility of applying property offences to facts involving the abduction and possession of female ova by third-party. The Court of Cassation establishes that women's ova acquire the legal nature of "thing mobile" after their detachment from the female body; so, there is the crime of robbery, and not that of private violence, in the case in which a person, through a first violent conduct against the woman, subtracts her oocytes and imposes himself, in order to obtain an unjust profit.

* Dottore in giurisprudenza.

1. Premessa.

La decisione in esame riveste un particolare rilievo nell'ambito della giurisprudenza penale nazionale, in quanto per la prima volta i giudici di legittimità sono stati chiamati a prendere posizione sulla natura giuridica delle parti del corpo umano vivente, ed in particolare degli ovuli femminili, onde valutarne la riconducibilità alla nozione di "cosa mobile" *ex* art. 628 c.p.

Il quesito sottoposto alla Corte, impone riflessioni su delicati temi di carattere morale e sociale, come la dignità del corpo umano vivente ed i limiti entro cui sia eticamente accettabile equiparare una cellula coinvolta nel processo riproduttivo umano ad una res.

La problematica, tuttavia, lungi dal rivestire un'importanza meramente teorica, presenta importanti ricadute pratiche in punto di inquadramento penalistico della condotta dell'espianto ovocitario violento.

Ciò in quanto, qualificando il gamete come parte del corpo, la sottrazione di esso per mano del soggetto agente, e contro la volontà della vittima, integra il delitto di lesioni personali in concorso con la violenza privata. Viceversa, definendo l'ovocita in termini di res, la relativa sottrazione, propedeutica all'impossessamento, e funzionale al conseguimento di un ingiusto profitto da parte del soggetto agente, integra il più grave delitto di rapina.

Quest'ultima ricostruzione fa leva su una nozione di "cosa mobile" *ex* art. 628 c.p. notevolmente estesa, che come tale solleva dubbi di compatibilità con il principio di stretta legalità, ed i suoi corollari di tassatività e divieto di analogia *in malam partem* in materia penale.

Tanto premesso, il presente scritto si propone di illustrare l'*iter* seguito dalla giurisprudenza per qualificare in termini di rapina la violenta sottrazione di ovociti, tralasciando l'esame degli ulteriori aspetti del caso irrilevanti a tale fine.

2. I fatti di causa.

La vicenda vede imputato un ginecologo e direttore sanitario di una clinica privata, il quale, in concorso con un'anestesista ed un'assistente, costringeva una giovane infermiera a sottoporsi ad un prelievo di ovociti, dei quali si impossessava allo scopo di impiantarli in altre tre pazienti, sottoposte a pratiche di fecondazione artificiale.

Secondo la ricostruzione della pubblica accusa, la giovane infermiera avrebbe in un primo momento acconsentito a donare i suoi ovuli alla clinica verso un rimborso spese in denaro, salvo poi revocare tale consenso poco prima dell'operazione, per un ravvedimento morale.

Tale dissenso, tuttavia, non veniva rispettato dal medico, il quale, attirata la donna presso la clinica, la sedava contro la sua volontà tramite anestesia totale e la sottoponeva all'intervento di prelievo di ovociti.

In seguito, il ginecologo attestava falsamente nel certificato di dimissioni della paziente il consenso prestato a sottoporsi all'operazione.

3. Espianto coattivo: offesa alla persona o danno al patrimonio?

Con ordinanza del 25 maggio 2016, il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del riesame, confermando le misure cautelari degli arresti domiciliari e dell'interdizione temporanea dall'esercizio della professione applicata dal GIP all'indagato A., riqualificava il reato di rapina[1] contestatogli in termini di violenza privata.

A parere del Tribunale, infatti, gli ovuli femminili non sarebbero cose mobili, bensì parti del corpo umano, tutelate dall'ordinamento per il tramite dei reati contro l'integrità fisica, e non contro il patrimonio.

Ciò è vero tanto nel caso in cui le parti del corpo siano asportate a persona vivente, quanto, a fortiori, in quello in cui vengano sottratte ad un cadavere.

A conferma di ciò si pone la scelta del legislatore penale di punire la condotta di chi "*sottrae parti di un cadavere*" non già per il tramite del delitto di furto, bensì *ex* art. 411 c.p.: delitto che offende la pietà dei defunti.

Oltre che per difetto del suo oggetto materiale, la rapina non sarebbe configurabile anche a causa dell'impossibilità logico-giuridica di ritenere che una parte del corpo umano sia passibile di legittima detenzione da parte del soggetto passivo, a norma dell'art. 628 c.p.

In proposito, non può accogliersi la ricostruzione offerta dalla Procura per la quale gli ovuli femminili sarebbero delle *cellule,* equivalenti a cose mobili, solo *momentaneamente detenute* dalla donna presso il suo utero.

I gameti femminili, osserva il Tribunale, sono al più degli *organi,* come tali insuscettibili di legittima detenzione da parte del corpo che li ospita: prova ne è che nessuno sosterrebbe mai di "detenere il proprio fegato" presso sé.

Nè è sufficiente, onde ricondurre gli ovociti alla nozione di cosa mobile, evidenziarne l'intrinseca capacità di movimento.

La Corte di Cassazione si pronunciava sull'ordinanza del Tribunale in sede cautelare con sentenza n 39541 del 17 agosto 2016.

In quell'occasione, i giudici di legittimità, in sezione feriale, stabilivano che la "cosa mobile" agli effetti penali è l'entità passibile di fisica detenzione, sottrazione, impo

[1] Per un esame più puntuale del contenuto dell'ordinanza si veda: Ord. GIP Milano 9 maggio 2016 in Diritto Penale Contemporaneo: *con l'ordinanza impugnata, eseguita il 13/5/16, il Gip ha applicato ad Antinori Severino la misura degli arresti domiciliari in relazione ai seguenti reati: artt. 110, 628 commi 1 e 3 n. 2 e 3 c.p. perché [...] al fine di procedere all'impianto di embrioni in altre pazienti, con violenza [...] prelevava dall'utero di M. non meno di sei ovociti, sottraendoli alla persona offesa che aveva manifestato la sua volontà di non autorizzare il prelievo. Con la circostanza aggravante di avere commesso il fatto in più persone e ponendo la persona offesa in stato di incapacità di agire; b) artt. 110, 582, 585 in relazione all'art. 61 n. 2 c.p. perché, [...] esercitando nei confronti di M. le condotte violente [...]e sottoponendola a trattamento di prelievo ovocitario contro la sua volontà, cagionavano alla medesima lesioni personali consistite in "endometrio iperecogeno" ed ingrossamento delle ovaie, con conseguenti algie pelviche, nonché ecchimosi varie sul corpo e sugli arti da cui derivava malattia con incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un periodo di giorni 15 circa. Con la circostanza aggravante di avere commesso il reato per eseguirne un altro.*

sessamento ed appropriazione[2], che sia capace di muoversi nello spazio: vuoi per sua natura, vuoi in conseguenza di un'attività umana.

Quest'ultima ipotesi ricorre non solo nel caso in cui un soggetto trasporti da un luogo a un altro un bene già mobile, ma anche nel diverso caso in cui questi, imbattutosi in una cosa inizialmente immobile, la renda movibile, scorporandola dalla sua sede stabile mediante la sua condotta.

Tale è la tesi della mobilizzazione, richiamata dalla Corte per stabilire che anche gli ovociti divengono cose mobili, se vengono rimossi dal corpo della donna tramite la condotta di espianto posta in essere dal soggetto attivo.

Prima che avvenga tale distacco, però, gli ovuli costituiscono parte integrante del corpo della donna, in quanto, indipendentemente dalla loro definizione tecnica in termini di "organi" o di "cellule", *"fanno parte del circuito biologico dell'essere umano"*[3].

Tanto premesso, poiché nel giudizio de quo il capo di imputazione atteneva alla sola condotta di sottrazione ovocitaria, e non anche a quella successiva di impossessamento di essi da parte del soggetto agente, il Tribunale riteneva configurate le sole lesioni personali in concorso con la violenza privata, escludendo la rapina.

Ciò in quanto la condotta contestata si rivolgeva ad ovociti ancora in sede, e pertanto incideva direttamente sull'integrità fisica della vittima.

A quel tempo, a ben vedere, i gameti non erano ancora venuti ad esistenza come cose mobili, e di conseguenza difettava l'oggetto materiale della rapina.

Solo a seguito dell'integrazione del capo di imputazione da parte della Procura, tale da ricomprendervi anche la successiva condotta di impossessamento dei gameti da parte del soggetto agente, il Tribunale condannava l'imputato, tra gli altri, per il reato di rapina impropria pluriaggravata dall'avere commesso il fatto alla presenza di altre persone e ponendo la vittima in stato di incapacità di agire.

Il capo di condanna veniva confermato dalla Corte d'Appello, pronunciatasi in parziale riforma della sentenza del Tribunale.

Avverso la pronuncia emessa in sede di gravame veniva intentato ricorso per Cassazione, principalmente dalla difesa, la quale si doleva dell'erronea applicazione dell'art. 628 c.p.

La condotta contestata all'imputato a seguito dell'integrazione del capo d'accusa sarebbe stata erroneamente qualificata come impossessamento, trattandosi, invero, di un'apprensione materiale da ritenersi assorbita nei delitti di lesione personale e di violenza privata, o, al più, integrativa di furto.

La Suprema Corte, con sentenza n. 37818 del 2020, rigettava il motivo proposto, confermando la condanna *ex* art. 628 commi 1 e 3 n. 2 e 3 c.p.

---

[2] Osserva la Corte di Cassazione: "*Per cosa mobile deve intendersi qualsiasi di cui, in rerum natura, sia possibile una fisica detenzione, sottrazione, impossessamento ed appropriazione e che possa spostarsi da un luogo all'altro*" [Corte di Cassazione penale, sez. fer, 17 agosto 2016, n. 39541 in *Guida al diritto*, 2016, 47, 83 (s.m)].

[3] Ad essere esaltata è la natura sostanzialmente corporea del gamete, indipendentemente dalle etichette formali proposte dalla Procura e dalla difesa: "*gli ovociti benché destinati ad essere espulsi o trasformati mediante la fecondazione, fanno parte del circuito biologico dell'essere umano e non possono essere considerati cose mobili solo temporaneamente detenute dalla donna all'interno del suo corpo*".

Si evidenziava la natura plurioffensiva del delitto di rapina: lesiva sia del patrimonio, e sia della libertà e dell'integrità fisica e morale della vittima.

Dirimente ai fini della sua configurazione, è l'esistenza di un nesso di strumentalità tra la condotta violenta necessaria alla sottrazione del bene, e l'impossessamento di esso, a sua volta funzionale al conseguimento di un ingiusto profitto[4].

Nel caso di specie, era innegabile come la sottoposizione con la forza della vittima ad anestesia totale, fosse diretta allo specifico scopo di costringerla a tollerare la sottrazione degli ovuli, dai quali l'imputato avrebbe tratto un profitto.

Assorbire la condotta di impossessamento nel delitto di violenza privata, pertanto, avrebbe significato trascurare il nesso teleologico richiamato, privando la stessa condotta di rilevanza penale. Ciò in quanto, come messo in evidenza dalla stessa Corte, l'ordinamento non vieta al medico di prendere possesso dei gameti di una donatrice al fine di impiantarli, una volta fecondati, presso l'utero di pazienti sottoposte a pratiche di fecondazione artificiale, rispettati i limiti richiamati dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale[5].

Per la stessa ragione non poteva essere accolta la tesi del concorso materiale nei delitti di violenza privata e di furto, in quanto, realizzando una scomposizione arbitraria del delitto complesso di rapina, lascerebbe ancora una volta impunita la condotta dell'impossessamento a scopo di profitto.

Con la richiamata pronuncia del 2020, pertanto, gli ermellini, rifacendosi alla tesi della mobilizzazione, corroborata dal richiamo di numerosi precedenti, confermavano la condanna dell'imputato per rapina pluriaggravata.

Il soggetto attivo, infatti, per procurarsi l'ingiusto profitto legato alla sottoposizione di altre pazienti a pratiche di inseminazione artificiale, mediante violenza consistente in una sedazione coattiva, si impossessava di circa sei ovociti, sottraendoli alla sua legittima detentrice.

[4] Sulla rilevanza del nesso teleologico e sul diverso atteggiarsi della violenza nel delitto di rapina si veda anche: *Rapina* [XXXVIII, 1987] di G. Pizzuti, in *Enciclopedia del Diritto*: "*la violenza alla persona nella rapina propria deve essere precedente o concomitante all'impossessamento della cosa mobile altrui, e va considerata come mezzo rispetto al fine costituito dall'impossessamento medesimo. Per violenza personale si intende l'estrinsecazione di energia fisica, adoperata dall'agente sul paziente, per annullarne o limitarne la capacità di autodeterminazione e di azione. La violenza personale comprende, altresì (...) tutte quelle attività insidiose, con cui il soggetto passivo viene posto, totalmente o parzialmente, nell'impossibilità di volere o di agire*"; sullo stesso tema si vedano anche Pisapia, *Violenza, minaccia e inganno nel diritto penale*, Napoli, 1940; A. Pecoraro-Albani, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962.

[5] Il richiamo è alla n. 162 del 10 giugno 2014 con la quale la Corte Costituzionale dichiarava illegittimo l'art. 4, comma 3 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante il divieto assoluto di qualsiasi atto dispositivo del proprio corpo. A seguito della decisione del giudice delle leggi, tali atti dispositivi "*quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti, sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali*" (Corte di Cass. pen., sez. II, anno 2020, n. 37818).

4. L'ovocita è cosa mobile: analogia *in malam partem* o interpretazione costituzionalmente orientata?

Con sentenza n. 37818 del 2020, la Suprema Corte chiarifica ulteriormente il concetto di cosa mobile, sottolineando come, ai soli effetti penali, e non anche a quelli civili, vi rientrino anche i beni "mobilizzati".

A riprova dell'effettiva applicazione in campo penale della tesi della mobilizzazione, gli ermellini richiamano alcuni precedenti giurisprudenziali di furto aventi ad oggetto beni mobilizzati, come un albero sradicato dal terreno[6], un cancello scorporato da un complesso immobiliare[7], dell'acqua sottratta tramite deviazione del corso di un fiume[8], una colonnina telefonica espiantata dal suolo siccome legata ad un'auto in corsa.

Ciò, al fine di mettere in luce come qualsiasi condotta umana di simile enucleazione od avulsione sia in grado di rendere asportabile, e quindi movibile, una cosa inizialmente immobile[9].

In quest'ottica, viene confermato che anche gli ovociti, inizialmente inglobati presso il corpo della donna, divengono cose oggetto di delitti contro il patrimonio, una volta scorporati dalla loro sede naturale per il tramite di una condotta del soggetto agente.

Tale è il meccanismo di "reificazione" del corpo umano, il quale, potrebbe suscitare talune perplessità.

In particolare, ci si chiede se sia giuridicamente corretta, ossia rispettosa del principio di tassatività della legge penale, un'interpretazione dell'art. 628 c.p. che muova dall'equiparazione di un corpo umano vivente ad un bene immobile, come un letto di fiume, una parte di suolo o di terreno od un complesso immobiliare.

Sebbene non esplicitato, difatti, tale parallelismo sembrerebbe quantomeno suggerito dalla Corte, nel pervenire alla soluzione del caso.

---

6 In materia di furto di alberi si veda anche: Corte di Cass. pen., sez. V, 16 dicembre 2020, n. 3788 in *CED Cass. pen.*, 202; Corte di Cass. pen., sez. V, 14 aprile 2014, n. 18282, in *CED Cass. pen.*, 2014.

7 La sentenza fa espresso richiamo a: Sez. 1, n. 8514 del 12 febbraio 1974, Rossi, Rv. 128491.

8 Sul furto di acque in giurisprudenza si vedano anche Corte di Cass. pen., sez. IV, 13 ottobre 1995, n. 11008, in *Cass. pen.*, 1996, 2942 (s.m), *Giust. pen.*, 1996, II, 358 (s.m): "*La deviazione del corso di un fiume a fine di trarre ingiusto profitto non integra solo il reato previsto dall'art. 632 c.p., ma anche quello del furto continuato dell'acqua che vi scorre*"; Corte di Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2012, n. 6965, in *Cass. pen.*, 2013, 9, 3231; Corte di *Cassazione Penale 2014, 2, 626 NOTA (s.m.)*, con nota di Sciuba, in *CED Cassazione penale*, 2012: "*L'impossessamento abusivo dell'acqua convogliata nelle condutture dell'acquedotto municipale integra il reato di furto aggravato*"; Corte di Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2004, n. 46545, in *Cass. pen.*, 2006, 1, 202: "*Configura il reato di furto aggravato ai sensi dell'art. 625 n. 7 c.p. il prelievo di acqua dal fiume, senza la necessaria concessione*".

9 Si richiama ad un concetto già espresso dalla Corte di Cassazione del 2016 in sede cautelare. Si veda sul punto: Corte di Cass. pen., sez. IV, 24 novembre 2016, n. 6617, in *Cass. pen.*, 2017, 12, 4417, *CED Cass. pen.*, 2017: "*in tema di reato contro il patrimonio, per 'cosa mobile' deve intendersi qualsiasi entità [...] compresa quella che, pur non mobile originariamente, sia resa tale mediante l'avulsione o l'enucleazione dal complesso immobiliare di cui faceva parte*".

Il dubbio di un'applicazione analogica della disciplina sfavorevole di cui all' art. 628 c.p. potrebbe muovere dalla difficoltà di concepire la sottrazione del gamete come un'offesa al patrimonio.

Ciò in quanto l'ovocita è un'entità insuscettibile di valutazione economica in senso tecnico, in quanto destinataria di un divieto assoluto di monetizzazione, commercio o di disposizione comunque diretta a fini di profitto[10].

Può pertanto risultare problematico ritenere che una condotta sottrattiva che non provochi alcuna *deminutio* economicamente apprezzabile, si traduca in un'offesa al patrimonio.

La soluzione al quesito non è univoca, ma varia a seconda della concezione di patrimonio alla quale si intende aderire.

Infatti, la nozione di patrimonio agli effetti penali ha subito, nel corso del tempo, profonde evoluzioni: vuoi con riferimento alla natura dei beni che lo compongono, vuoi con riguardo alla posizione rivestita nella scala di valori tutelati dall'ordinamento[11].

La primissima nozione di patrimonio era fortemente legata al suo aspetto economico, tanto che il codice Zanardelli dell'89 tutelava le offese ivi dirette per il tramite dei delitti contro "la proprietà": a quel tempo bene supremo dell'ordinamento.

[10] Sui divieti posti dall'ordinamento sovranazionale allo sfruttamento commerciale dei prodotti delle biotecnologie si veda: Calderai, voce «*Consenso informato*», in *Enc. del dir.*, Annali VIII, Milano, 2015; Sui limiti posti dal diritto internazionale pattizio si vedano: art. 21, Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: "*Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto*"; art. 3, *Carta dei diritti dell'Unione: diritto all'integrità della persona*: "*ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro*"; in punto di normativa interna sullo stesso tema si veda: art. 12, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani: *la donazione di tessuti e cellule è volontaria e gratuita;* sullo stesso tema in giurisprudenza si veda: Corte di Cass. pen., sez. III, 6 giungo 2019 , n. 36221, in *Guida al diritto*, 2019, 43, 70: "*In tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (che necessita di donazione e trasferimento di gameti), sono punibili, in quanto costituenti la mercificazione della procreazione assistita, tutte le condotte dirette, in qualsiasi forma, alla produzione e circolazione dei gameti, remunerate con corrispettivo in rapporto sinallagmatico con la condotta di produzione, circolazione e immissione nel mercato, in violazione dei principi di gratuità e volontarietà della donazione di tessuti e cellule*"; Corte di Cass. pen., sez. III, 6 giugno 2019, n. 36221 in *Guida al diritto*, 2019, 37, 119: "*Qualunque condotta diretta a immettere nel mercato gameti in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione integra la fattispecie penale di commercializzazione di gameti*".

[11] Per una disamina delle principali concezioni di patrimonio susseguitesi nel tempo si vedano: S. Moccia, *Ruolo del patrimonio nell'attuale contesto ordinamentale*, in *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988; A. Carmona, *I reati contro il patrimonio*, in A. Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2019, Giappichelli, Milano; per una visione di patrimonio come "bene categoriale" si veda anche E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2013.

Con l'avvento del Codice Rocco, la centralità del bene patrimonio rimase immutata, ed il regime sanzionatorio diretto a presidiarlo risultava eccessivamente ed irragionevolmente severo[12].

Per come allora concepito, il patrimonio si componeva di sole cose suscettibili di valutazione economica, e riconducibili al suo titolare in forza di un diritto o di una relazione di fatto.

Tale era la visione meramente economica di patrimonio[13], la cui debolezza principale risiedeva nell'indeterminatezza delle relazioni di fatto richiamate, ed al rischio che fossero illecite.

A tale scopo, veniva introdotto il correttivo della necessaria liceità o non illiceità della signoria della persona sulla cosa, quale presupposto necessario di operatività della tutela penale.

Veniva in tal modo ad affermarsi una visione economico-giuridica[14] di patrimonio, per la quale questi aveva ad oggetto il complesso di rapporti giuridici (e quindi leciti) economicamente valutabili, facenti capo ad un soggetto.

Tale concezione, se da un lato manteneva intatta la componente economica, dall'altro mitigava gli eccessi della concezione previgente, arginando il rischio di una tutela cieca degli averi, comunque rientranti nella signoria del soggetto.

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si è assistito al definitivo svincolo del concetto di patrimonio dalla sua componente economica, ed alla valorizzazione di aspetti maggiormente legati alla sfera umana della persona.

La crescente sensibilità dell'ordinamento verso i valori della persona, riconosciuti e promossi dalla Carta Costituzionale, indusse ad una visione di patrimonio di tipo funzionale o personalista[15].

Un certo bene è parte del patrimonio di un soggetto solo se, e nella misura in cui, è funzionale a soddisfare un bisogno della persona, non necessariamente materiale, ma anche morale o spirituale[16].

Dirimente, pertanto, ai fini della natura patrimoniale del bene, è la sua idoneità a soddisfare un bisogno della persona, anche di tipo umano o solidaristico[17].

A tale riguardo, appare decisivo il passaggio della sentenza n. 37818 del 2020, in cui gli ermellini, nel qualificare la donna come legittima detentrice dei suoi gameti,

[12] Per un approfondimento sui paradossi sanzionatori del codice Rocco si veda A. Moccia, *Rigorismo repressivo e funzione della pena nello stato sociale di diritto, in Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali, e principi costituzionali*, Padova, 1988.

[13] Sul punto si veda F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, II, Padova, 2009.

[14] Tesi elaborata e sostenuta dalla dottrina tedesca, tra cui: Birkmeyer, F. Von Liszt, E. Schmidt.

[15] Si veda in proposito A. Moccia *La valutazione del patrimonio all'interno della Costituzione, Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali, e principi costituzionali*, Padova, 1988; nello stesso senso A. Carmona, *I reati contro il patrimonio*, in A. Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2019, Milano: "*L'esigenza di un'interpretazione unitaria dell'ordinamento, in coerenza con i principi costituzionali, impone di collocare al centro del sistema la tutela della personalità individuale, da intendersi come completa realizzazione dell'individuo nella società, superando, dunque, gli aspetti puramente economici della sua esistenza*".

[16] Sulla questione si veda anche G. Marini, *Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1999.

[17] In tal senso anche E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2013.

mettono in evidenza la sua facoltà di donarli a coppie con problemi di fertilità: ossia, di funzionalizzarli ad uno scopo solidale.

Tale osservazione tradisce l'adesione della Suprema Corte ad una concezione di patrimonio di tipo funzionale, la quale, peraltro, appare la più coerente con l'attuale contesto storico e con i principi fondamentali che governano il nostro ordinamento liberale.

La solidarietà, a ben vedere, è consacrata quale valore supremo *ex* art 2 Cost.

Più in generale, la Carta Costituzionale riconosce e promuove la tutela della persona concepita non solo nella sua dimensione individuale, ma anche in quella sociale.

Le conquiste di civiltà dell'attuale contesto storico-sociale ed i progressi del pensiero hanno reso evidente come i beni materiali da soli non siano più in grado di esaurire il patrimonio di un soggetto, e soddisfare quel complesso di bisogni di varia natura che caratterizzano l'umana esperienza.

L'interpretazione costituzionalmente orientata di bene patrimoniale anzi illustrata, consente di ritenere ragionevole e conforme al sistema, l'interpretazione estensiva compiuta dalla giurisprudenza nel caso in esame.

5. Considerazioni conclusive: una giurisprudenza al (difficile) passo coi tempi.

La problematica principale attorno a cui ruota la vicenda in esame attiene alla difficoltà della giurisprudenza odierna di adattare il tenore testuale di leggi risalenti nel tempo agli incessanti e rapidissimi mutamenti della società moderna.

Nel caso specifico, infatti, la sottrazione di un gamete femminile a fini di profitto – scenario evidentemente ignoto al legislatore del 30 – è frutto dei progressi del campo delle biotecnologie.

Ma la stessa problematica può porsi, ed in concreto si pone di sovente, con riferimento a tutte le innovazioni determinate dal progresso della tecnica.

Si pensi, ad esempio, al campo dell'informatica: interessante notare come sia la stessa sentenza n. 37818 del 2020 a fornire in proposito un ulteriore spunto di riflessione.

Si legge a pag. 23 che i beni immateriali non costituiscono cose mobili agli effetti penali, ma solo a fini civili[18].

Ebbene, sul punto va osservato come, in vero, l'esclusione dei beni immateriali dall'ambito dei delitti contro il patrimonio non è più circostanza pacifica in giurisprudenza, come lo era in passato.

Una recentissima giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, ha infatti ritenuto configurato il delitto di appropriazione indebita di un file informatico commesso attraverso la sua cancellazione di da un pc aziendale per mano di un pubblico ufficiale[19].

---

[18] Così Corte di Cassazione penale, sez. II, anno 2020, n. 37818 "*la nozione penalistica di cosa mobile non coincide con quella civilistica, rivelandosi per certi aspetti più ridotta e, per altri, più ampia: è più ridotta laddove non considera cose mobili le entità immateriali – come, appunto, le opere dell'ingegno e i diritti soggettivi – che, invece, l'art. 813 e.e., assimila ai beni mobili*".

[19] Il richiamo è a Corte di Cass. pen., sez. II, 07 novembre 2019 , n. 11959, in *Guida al diritto*,

Fino a poco tempo fa, di contro, l'orientamento assolutamente prevalente era nel senso di escludere che le entità digitali potessero essere oggetto dei delitti contro il patrimonio, i quali potevano venire ad esistenza nel solo caso in cui la condotta di sottrazione del soggetto agente avesse inciso sul supporto materiale su cui il file era impresso, e non già direttamente su di esso[20].

Anche in questo caso, lo sforzo della giurisprudenza più recente è stato quello di modellare il concetto di "fisicità" del dato informatico, onde sussumerlo nella nozione di "cosa mobile" oggetto del delitto di appropriazione indebita.

Ad ulteriore riprova di come l'incedere delle innovazioni tecnologiche ed i mutamenti che in vario modo interessano il contesto sociale di riferimento, pongano con sempre maggiore frequenza l'interprete innanzi al difficile compito di individuare un punto di equilibrio tra istanze general preventive e rispetto dei più generali principi di tassatività e determinatezza in materia penale.

2020, 34-35, 84: "*i dati informatici (files) sono qualificabili come cose mobili ai sensi della legge penale e, pertanto, costituisce condotta di appropriazione indebita la sottrazione da un personal computer aziendale, affidato per motivi di lavoro, dei dati informatici ivi collocati, provvedendo successivamente alla cancellazione dei medesimi dati ed alla restituzione del computer formattato*"; nello stesso senso si veda anche: Corte di Cass. pen., sez. VI, 09 maggio 2018, n. 33031, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 18 luglio: "*In tema di oggetto materiale del reato di cui all'art. 314 cod. pen. (peculato), rientrano nella categoria dei beni mobili oggetto di possibile appropriazione anche i beni c.d. immateriali tutte le volte in cui gli stessi abbiano un diretto ed intrinseco valore economicamente*".

[20] Il riferimento è a: Corte di Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2014 , n. 47105, in *Rivista penale 2015*, 1, 34: "*In tema di appropriazione indebita, fermo restando che il reato non può avere ad oggetto che beni materiali, deve ritenersi sussistente tale condizione nel caso in cui l'agente si sia indebitamente appropriato del supporto cartaceo contenente alcuni dati attinenti ai rapporti bancari intrattenuti dalla persona offesa, nulla rilevando in contrario che proprio dalla presenza di detti dati, di per sé immateriali, derivi il valore economico del documento nel quale essi sono riportati*"; nello stesso senso si vedano anche: Trib. di Milano, 4 giugno 1979 in Orient. giur. lav. 1979, 1249: "*le entità puramente immateriali costituite dalle idee, dalle attività del pensiero e dell'ingegno non possono come tali essere oggetto di reati contro il patrimonio, è pur vero che, quando tali entità immateriali vengono trasfuse in un documento che le incorpora, il documento stesso viene ad acquisire tutto il maggior valore determinato da codesta attività dell'ingegno*"; Corte di Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2012, (ud. 20/12/2012, dep. 02/05/2013), n.19054: "*Sia in dottrina che in giurisprudenza (Sez. 2, n. 20647 dell'11/05/2010, Comiani, Rv. 247270; Sez. 2, n. 36592 del 26/09/2007, Trementozzi, Rv. 237807) si esclude che i beni immateriali – sia personali (vita, onore, prestigio, etc.), che patrimoniali (opere dell'ingegno, invenzioni industriali, ditta, insegna, marchio, etc.) – possano costituire oggetto di peculato, perché non sono cose*".

INIDONEITÀ DEL DOMICILIO ELETTO O DICHIARATO E CONSEGNA DELL'ATTO AL DIFENSORE *EX* ART. 161 CO. 4 C.P.P.: NUOVO CONTRASTO ALL'ORIZZONTE (NONOSTANTE LE SEZIONI UNITE)

Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2021, dep. 2 febbraio 2021, n. 3930

Filippo Lombardi*

Sommario: 1. Una pronuncia di legittimità contro il depotenziamento dell'art. 161 co. 4 c.p.p. – **2.** Il contrasto con le Sezioni unite n. 23948/2020. – **3.** La notifica al domicilio eletto o dichiarato secondo le Sezioni unite n. 23948/2020 e l'esclusione dell'art. 161 co. 4 c.p.p. dagli strumenti comunicativi utili alla dichiarazione di assenza. – **4.** Brevi note operative in materia di assenza dopo le Sezioni unite 2020. – **5.** È necessario un nuovo intervento risolutore delle Sezioni unite?

Abstract

L'Autore commenta la sentenza della Corte di cassazione n. 3930/2021, con la quale il giudice di legittimità statuisce che, nel caso in cui in sede di notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari l'indagato dovesse risultare definitivamente assente dal domicilio dichiarato o eletto, sia il medesimo avviso ex *art. 415-*bis *c.p.p. sia il successivo decreto di citazione a giudizio possono essere notificati direttamente al difensore* ex *art. 161 co. 4 c.p.p. Il commento evidenzia il contrasto della pronunzia rispetto agli* obiter dicta *forniti dalle Sezioni unite penali con la sentenza 23948/2020, la quale esclude la stessa suscettibilità di impiego dello strumento comunicativo ex art. 161 co. 4 c.p.p. per la notifica dell'atto introduttivo del giudizio.*

The Author comments the judgment n. 3930/2021, by which the Court of cassation states that, when the notification of the end of investigations is impossible because the enquired is definitively absent in the declared or elected address, that notification and the following communication of the process decree can be communicated to his lawyer ex *art. 161 co. 4 c.p.p. The essay will highlight the contraposition to the obiter dicta included in the judgment n. 23948/2020 by the Joined Sections of the Court of cassation, which leaves out the notification* ex *art. 161 co. 4 c.p.p. from the means of communicating the act that introduces the process.*

* Giudice presso il Tribunale di Lagonegro.

1. Una pronuncia di legittimità contro il depotenziamento dell'art. 161 co. 4 c.p.p.

Prende forma una nuova disputa giurisprudenziale sulla notifica al difensore *ex* art. 161 co. 4 c.p.p. nel caso di inidoneità del domicilio dichiarato o eletto; un recentissimo filone giurisprudenziale ha infatti preso le distanze dal *dictum* delle Sezioni unite 28 novembre 2019 (dep. 17 agosto 2020), n. 23948, assumendo una posizione conservatrice e consentendo che la notifica dell'atto introduttivo del giudizio possa essere effettuata in favore del difensore nel caso in cui non abbia avuto esito positivo il previo tentativo di notifica all'imputato al domicilio da costui eletto o dichiarato.

Nel caso di specie, l'indagato aveva eletto domicilio presso un terzo ma la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari nel luogo prescelto non aveva dato esiti positivi risultando il soggetto definitivamente "trasferito"; pertanto la notifica veniva effettuata con consegna al difensore *ex* art. 161 co. 4 c.p.p.; successivamente, in sede di notifica della citazione a giudizio, la comunicazione veniva effettuata *de plano* al difensore ai sensi della medesima norma senza previo esperimento di un ulteriore tentativo di notifica al domicilio eletto.

La Corte, con la sentenza 12 gennaio 2021, dep. 2 febbraio 2021, n. 3930, chiamata a pronunziarsi sul ricorso del difensore, evidenzia due argomenti qui di rilievo.

In primo luogo, l'art. 161 co. 4 c.p.p. resta una modalità di notifica valida per la comunicazione all'imputato (per il tramite del difensore) dell'atto introduttivo del giudizio; in secondo luogo, nel momento in cui – già nel corso delle indagini e prima della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari – il domicilio eletto o dichiarato dovesse rendersi inidoneo alla consegna dell'atto in quel luogo, i successivi atti andranno notificati al difensore *ex* art. 161 co. 4 c.p.p. risultando inutile il previo espletamento di nuove ricerche presso il luogo indicato.

Secondo il giudice di legittimità, infatti, non sussiste «*alcun onere per l'Autorità Giudiziaria – per ogni fase del procedimento – di reiterare il tentativo di notifica presso un domicilio divenuto definitivamente "inidoneo" per una causa (trasferimento) che rende impossibile la notifica in quel luogo: nessuna norma di legge lo impone ed anzi, il meccanismo previsto dal combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 161 cod. proc. pen. impone al giudice di non effettuare tentativi di notifica "inutili" per l'accertata inidoneità "definitiva" del domicilio eletto dall'imputato, avuto riguardo agli oneri imposti dalla legge al medesimo – ove avvisato della pendenza di un procedimento a suo carico – e segnatamente l'obbligo di comunicare ogni variazione intervenuta successivamente alla dichiarazione o elezione di domicilio, resa all'avvio della vicenda processuale*» (pp. 2-3 della sentenza in commento).

Il Collegio giudicante aderisce implicitamente all'insegnamento tradizionale secondo cui l'art. 161 c.p.p. è norma processuale in grado al contempo di valorizzare la volontà dell'imputato (A. Lazzoni-A. Trinci, *Notifiche: difendersi con le eccezioni*, Milano, 2017, p. 67 ss.), il quale è chiamato a indicare un luogo (ed eventualmente una persona) ove ricevere le notifiche del procedimento penale, e di ascrivergli un onere di leale collaborazione con l'autorità, rendendo concretamente possibile la comunicazione nel luogo prescelto o comunicando all'autorità stessa le successive variazioni del domicilio.

In questo senso l'art. 161 co. 4 c.p.p., che consente la notifica al difensore nel caso di esito infruttuoso della comunicazione al domicilio eletto o dichiarato (o di omessa indicazione dei medesimi a fronte dell'invito dell'autorità), nel prendere atto del mancato adempimento, da parte dell'imputato (o indagato), dei succitati oneri comportamentali, rende dunque omaggio alle esigenze di speditezza del procedimento (A. Nappi, *Le notificazioni senza certezze e le sezioni unite senza ruolo*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, p. 1259B), al contempo confidando nella interazione tra difensore e suo assistito che appaghi il regolare svolgimento del diritto di difesa e del diritto alla conoscenza della vicenda giudiziaria.

2. Il contrasto con le Sezioni unite n. 23948/2020.

La pronunzia, sebbene restituisca all'interprete agili strumenti di comunicazione degli atti del procedimento, in grado di alleggerire notevolmente la macchina burocratica degli uffici giudiziari, si pone in palese contrasto con le statuizioni formulate in epoca recentissima dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza 28 novembre 2019, dep. 17 agosto 2020, n. 23948, le quali hanno analizzato la questione «*Se, ai fini della pronuncia della dichiarazione di assenza di cui all'art. 420*-bis *cod. proc. pen., integri di per sé presupposto idoneo l'intervenuta elezione da parte dell'indagato di domicilio presso il difensore di ufficio nominatogli o, laddove non lo sia, possa comunque diventarlo nel concorso di altri elementi indicativi con certezza della conoscenza del procedimento o della volontaria sottrazione alla predetta conoscenza del procedimento o di suoi atti*»; nell'incedere motivazionale, di cui si rende inevitabile un sunto schematico nel prosieguo, esse hanno più audacemente fornito una lettura della normativa in materia di assenza in linea con gli impulsi di matrice eurocentrica, secondo cui la celebrazione del processo può avere luogo quando vi sia certezza che l'imputato conosca l'accusa formulata nei suoi riguardi e l'imminente inizio del giudizio.

In disparte il caso in cui l'imputato abbia ricevuto personalmente la notifica dell'atto introduttivo del giudizio e l'ipotesi in cui egli si sia volontariamente sottratto alla conoscenza, l'art. 420-*bis* cit., che costituisce il perno della riforma in materia di processo *in absentia*, fornisce all'interprete una chiave esegetica intuibile, anche a dispetto del difetto di coordinamento tra la normativa in materia di assenza e la disciplina delle notificazioni (A. Mangiaracina, *La sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non è presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza ai sensi dell'art. 420-bis, comma 1, c.p.p.*, in *Proc. pen. e giust.*, 2021, 2, p. 371): la prassi giudiziaria si è infatti orientata nel senso che si procede in assenza dell'imputato quando la notifica della citazione in giudizio sia stata effettuata nel rispetto delle regole in materia di notificazioni (artt. 157 ss. c.p.p.), nelle mani di un soggetto anche diverso dall'imputato, e ciò si coniughi con l'esistenza di un indice sintomatico della conoscenza del "procedimento" (nomina del difensore, elezione o dichiarazione di domicilio, sottoposizione a misure cautelari o precautelari; altri indici che assicurino che l'imputato abbia conoscenza del procedimento o si sia sottratto alla stessa).

Secondo la pronuncia delle Sezioni unite, la normativa in materia di processo in assenza deve essere interpretata nel senso che l'imputato ha diritto alla conoscenza della *vocatio in ius*, comprensiva dell'informazione sull'accusa mossa, nonché sulla data e sul luogo del processo (conf. Cass., sez. un. 8 febbraio 2019, dep. 3 luglio 2019,

n. 28912; più di recente, Cass., sez. V, 12 ottobre 2020, dep. 2 dicembre 2020, n. 34327; Cass. sez. III, 17 novembre 2020, n. 10225), non potendo reputarsi sufficiente che egli abbia notizia di un "*procedimento*" a suo carico (nozione che renderebbe sufficiente la conoscenza delle indagini, senza alcuna notizia certa sul loro sbocco processuale); laddove non si abbia la certezza della conoscenza del processo in senso tecnico, dopo un ulteriore vano tentativo di notifica all'imputato personalmente, la vicenda giudiziaria va incontro alla sospensione.

Il Supremo Consesso riunito ha analizzato inoltre la locuzione più controversa della norma che, come noto, è costituita dai particolari *"indici di conoscenza"* del processo, escludendo che essi siano forme surrettizie di presunzioni, e ne ha valutato la corretta interpretazione (S. Quattrocolo, *La corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo in absentia e dei relativi rimedi*, in *Sist. pen.*, 2021, 3, pp. 10 ss.).

Secondo la Corte, tali indici facilitano la valutazione giudiziale ai fini della dichiarazione di assenza, tipizzando casi in cui la stessa è ammissibile sebbene la notifica non sia stata fatta a mani proprie dell'imputato. La norma permette quindi di equiparare la notifica regolare, ma non a mani proprie, alla effettiva conoscenza del processo o, in altri termini, di *"ritenere che l'imputato abbia effettivamente conosciuto l'atto regolarmente notificato secondo le date modalità"* (p. 26 della sentenza delle Sezioni unite).

Tuttavia, secondo l'impalcatura argomentativa, una simile equiparazione transita per la ricerca di connotati di effettività, che, a ben vedere, la Corte richiede sia con riferimento agli indici sintomatici della conoscenza, sia a monte per l'espletamento delle modalità basiche di notifica (ad esempio escludendo la notifica *ex* art. 157 co. 8 c.p.p. dal novero delle misure propedeutiche alla dichiarazione di assenza), essendo indispensabile evitare che alla regolarità formale della notifica non si accompagni la reale consapevolezza dell'inizio del processo; lo scopo è prevenire, insomma, che la notifica nel suo complesso si risolva in una *fictio* normativa di conoscenza.

3. La notifica al domicilio eletto o dichiarato secondo le Sezioni unite n. 23948/2020 e l'esclusione dell'art. 161 co. 4 c.p.p. dagli strumenti comunicativi utili alla dichiarazione di assenza.

Riflessioni non dissimili vengono dedicate alla dichiarazione o elezione di domicilio, tematica su cui verte la stessa rimessione alle Sezioni unite e che presenta evidenti peculiarità, trattandosi di una speciale forma di notificazione che riveste al contempo la condizione di indice di conoscenza.

La notifica presso il domicilio eletto o dichiarato può dirsi effettiva quando sia "*apprezzabile un rapporto tra il soggetto e il luogo* (o la persona, ndr) *presso il quale dovrebbero essere indirizzati gli atti*" (p. 22 della sentenza delle Sezioni unite).

Dunque, *nulla quaestio* se la notifica venga effettuata a mani dell'imputato presso il domicilio dichiarato; così come nessun dubbio sovviene se la notifica venga effettuata a mani di un convivente nel domicilio dichiarato. In entrambi i casi la notifica è già ossequiosa della norma cardine in materia di notificazioni e l'assenza dell'imputato trova quale indice di conoscenza del processo la reale connessione tra luogo e destinatario della *vocatio*.

Nel caso di domicilio eletto, ipotesi che implica l'esistenza di un domiciliatario in un luogo non abitato dall'imputato, la dichiarazione di assenza poggia sulla effettività del rapporto tra imputato e domiciliatario. Anche in questo caso, non sussistono interrogativi di sorta, e dunque potrà validamente essere pronunciata l'assenza dell'imputato in dibattimento, laddove l'atto sia stato correttamente ricevuto e accettato dal domiciliatario (dovendo presumersi che un domiciliatario estraneo all'imputato rifiuti l'atto), affiancandosi in questo caso il corretto espletamento della notifica al domicilio eletto all'indice di conoscenza connotato da effettività.

Laddove il domiciliatario sia il difensore nominato d'ufficio, appare necessario – in coerenza con quanto superiormente argomentato – che si sia instaurato tra i due un concreto rapporto professionale; il requisito, attualmente inserito nell'art. 162 co. 4-*bis* c.p.p., non era invece previsto dall'impianto codicistico per il periodo antecedente alla novella legislativa del 2017; le Sezioni unite infatti, regolando il periodo ante-riforma, esprimono il principio di diritto secondo cui «*ai fini della dichiarazione di assenza non può considerarsi presupposto idoneo la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, da parte dell'indagato, dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla stessa*» (massima in C.E.D. Cass., n. 279420).

Occorre allora chiedersi cosa accada laddove la notifica non risulti possibile presso il domicilio dichiarato o eletto, ove per aversi "*impossibilità*" – in ossequio alle Sezioni unite n. 58120/2017 e 28451/2011 – è sufficiente che l'imputato, altro soggetto idoneo o il domiciliatario, non sia presente nel luogo (c.d. assenza precaria) o non possa o non voglia ricevere l'atto, secondo i canoni del 157 co. 7 c.p.p., non occorrendo altra indagine che attesti l'irreperibilità dell'imputato, "*doverosa solo qualora non sia stato possibile eseguire la notificazione nei modi previsti dall'art. 157*" (cfr. pp. 27, 28 della sentenza delle Sezioni unite). A maggior ragione, si verserà in una sostanziale ipotesi di impossibilità laddove l'assenza di un soggetto idoneo alla ricezione sia definitiva, ad esempio nel caso di mutamento nella titolarità dell'immobile o abitazione ormai disabitata.

Orbene, stando al recente approdo delle Sezioni unite, se la notifica riguarda l'atto introduttivo del giudizio, non potrà trovare attuazione la notifica *ex* art. 161 co. 4 c.p.p., in quanto essa configura una *fictio* insufficiente a far ritenere l'imputato effettivamente edotto della *vocatio.*

In altri termini, la notifica di cui all'art. 161 co. 4 c.p.p. è ritenuta dalla Corte di legittimità notifica formalmente valida ma sostanzialmente inidonea ai fini della dichiarazione di assenza.

Precisa infatti la Corte che risultare *sloggiato* al domicilio eletto non consente di procedere in assenza sulla scorta della notifica quale soggetto irreperibile o presso la casa comunale; inoltre risultare *irreperibile* non consente che la pur valida notifica ai sensi dell'art. 161 comma 4 c.p.p. prevalga sul dato sostanziale della non conoscenza (p. 26 della sentenza delle Sezioni unite).

4. Brevi note operative in materia di assenza dopo le Sezioni unite 2020.

Volendo approntare un sintetico schema ai fini operativi, la dichiarazione di assenza, alla luce della sentenza n. 23948/2020 delle Sezioni unite, potrà dichiararsi: ***a)*** se la notifica dell'atto introduttivo è avvenuta a mani proprie dell'imputato; ***b)*** se la notifica dell'atto introduttivo è avvenuta a mani di persona convivente con l'imputato (o comunque addetta alla ricezione) e sussiste uno degli indici sintomatici della conoscenza (domicilio dichiarato in quel luogo; difensore di fiducia stabile ed effettivo; applicazione di misure cautelari o precautelari nei confronti dell'imputato), essendo in questo caso parificabile la notifica a mani di persona convivente alla notifica a mani proprie; ***c)*** se la notifica dell'atto introduttivo è effettuata al domiciliatario cui l'imputato è avvinto da rapporto effettivo (o comunque non *ictu oculi* implausibile), con l'ovvia considerazione che, laddove l'imputato abbia *eletto* domicilio, non potrà dichiararsi l'assenza ove la notifica sia stata fatta al familiare convivente sebbene sussistano indici sintomatici della conoscenza, in quanto a difettare a monte è il rispetto delle regole in materia di notificazioni (la fattispecie in questione dà origine, per giurisprudenza consolidata, ad una nullità a regime intermedio, esposta a sanatoria, v. Cass. sez. un., 27 ottobre 2004, dep. 7 gennaio 2005, in CED Cass., n. 229540; più di recente, Cass., sez. V, 1° ottobre 2018, dep. 25 ottobre 2018, n. 48916, in CED Cass., n. 274183).

La dichiarazione di assenza non potrà essere effettuata (salvo sanatorie), dovendo nuovamente tentarsi la notifica ai sensi dell'art. 420-*quater* co. 1 c.p.p., e successivamente dichiararsi sospeso il processo laddove anch'essa dovesse rivelarsi infruttuosa: ***a.1)*** se la notifica è effettuata a mani di soggetto convivente e ciò non sia supportato da ulteriori indici sintomatici *ex* art. 420-*bis* c.p.p.; ***b.1)*** se la notifica è effettuata in ossequio all'art. 157 co. 8 c.p.p.; ***c.1.)*** se la notifica è effettuata a soggetto diverso dall'imputato in luogo diverso dal domicilio dichiarato o eletto; ***d.1.)*** se la notifica è stata tentata dapprima infruttuosamente al domicilio dichiarato o eletto, per non essere stata ricevuta da soggetto idoneo (essendo questi assente, temporaneamente o definitivamente, anche a seguito di cambio domicilio non comunicato, o avendo costui rifiutato l'atto), e successivamente svolta ai sensi dell'art. 161 co. 4 c.p.p. al difensore; il principio dovrebbe essere ribadito nei medesimi termini con riferimento alla notifica fallita presso il domicilio determinato.

A parere di chi scrive, la ritrosia ad ammettere, ai fini della dichiarazione di assenza, una notifica effettuata *ex* art. 161 co. 4 c.p.p. dovrebbe essere ripensata nei seguenti casi: 1) se l'imputato ha dichiarato quale domicilio un recapito fantasioso, inesistente, non veritiero e tale circostanza si disveli durante il tentativo di notificazione; 2) se l'imputato ha eletto domicilio nominando un domiciliatario con cui non ha alcun tipo di rapporto (v. sul punto Cass. sez. VI, 22 ottobre 2020, n. 30636, dep. 03 novembre 2020, in CED Cass., n. 279847); 3) quando egli stesso abbia rifiutato l'atto al domicilio dichiarato senza averne preso visione (nel caso contrario, cioè quando il rifiuto sia preceduto dalla presa visione, dovrebbe ritenersi la notifica correttamente effettuata, v. Cass. sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, dep. 10 gennaio 2012, in CED Cass., n. 251501).

In questi casi, infatti, potrebbe plausibilmente concludersi nel senso che il soggetto si sia maliziosamente sottratto alla conoscenza del procedimento.

Le stesse Sezioni unite invece ammettono che l'agile strumento di notifica *ex* art. 161 co. 4 c.p.p. possa essere utilizzato per gli atti successivi alla *vocatio in iudicium*.

Si immaginino ad esempio il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento o disposto d'ufficio fuori contraddittorio quando l'imputato era già presente alla precedente udienza, il rinvio dell'udienza di prima comparizione disposto d'ufficio fuori contraddittorio (va evidenziato che l'eventuale notifica effettuata *ex* art. 157 co. 8 *bis* c.p.p. a fronte di un domicilio dichiarato o eletto dà origine a nullità intermedia sanabile, *cfr*. Cass. sez. II, 9 gennaio 2019, dep. 15/03/2019, n. 11632, in CED Cass., n. 276747); la notifica *ex* art. 520 co. 1 c.p.p.

5. È necessario un nuovo intervento risolutore delle Sezioni unite?

Il pregio, e al contempo il difetto, della pronunzia delle Sezioni unite consiste nell'avere offerto riflessioni di ampio respiro in materia di effettiva conoscenza del processo, al fine di statuire su una questione procedurale dal perimetro più ristretto, poi risolta dal legislatore con la riforma dell'art. 162 c.p.p. (mediante inserimento in esso del co. 4 *bis*) avvenuta con legge 23 giugno 2017, n. 103, che si applicherà ai fatti successivi alla sua entrata in vigore.

Secondo alcuni, infatti, la pronuncia delle Sezioni unite dovrebbe essere valorizzata solo *in parte qua*, vale a dire con specifico riferimento alla soluzione del quesito. Altra linea di pensiero volge invece nel senso della rilevanza dell'intera impalcatura motivazionale che connota la decisione, sicché essa integralmente dovrebbe orientare l'interprete nelle determinazioni predibattimentali, all'atto della verifica sulla integrità del contraddittorio.

L'ultima opzione è stata sposata da alcune recenti pronunce di legittimità che si sono sin da subito collocate nel solco autorevolmente tracciato dalle Sezioni unite, ritenendo che «*la notifica della* vocatio in iudicium*, effettuata ai sensi dell'art.161, comma 4, cod. proc. pen., in quanto eseguita in luogo diverso dal domicilio indicato, non consente di ritenere la sicura conoscenza del procedimento da parte dell'imputato*» (in termini Cass. sez. VI, 18 giugno 2020, dep. 22 luglio 2020, n. 21997, in CED Cass., n. 279680).

Al contrario, la sentenza n. 3930 del 2021, da cui traggono le mosse queste brevi note, predilige un orientamento conservatore, statuendo che «*nel caso in cui la notifica all'imputato nel domicilio da questi dichiarato o eletto abbia avuto esito negativo per una ragione "definitiva" (ad es. per trasferimento dell'imputato o inesistenza del suo nominativo nel luogo indicato) che renda impossibile l'esecuzione della notifica, tale situazione deve considerarsi acquisita e valida per ogni fase e grado del procedimento, per evidenti ragioni riconducibili alla unitarietà del procedimento penale nonché ad esigenze di economia e di speditezza processuale; con la conseguenza che, qualora l'imputato non ottemperi all'obbligo – imposto dall' art. 161, comma 1, cod. proc. pen. – di comunicare il mutamento del domicilio, le successive notificazioni nel corso dell'intero procedimento potranno essere eseguite al difensore ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.*».

Il contrasto giurisprudenziale sulle condizioni operative della notifica al difensore susseguente al fallimento del tentativo di comunicazione dell'atto introduttivo al do-

micilio dichiarato o eletto è sotto gli occhi di tutti e plausibilmente, specie ove altre decisioni dovessero avallare questo filone giurisprudenziale, richiederà un ulteriore intervento del giudice della nomofilachia nella sua più ampia composizione, il quale, risolvendo il quesito, faccia al contempo luce sulla reale portata delle Sezioni unite 23948/2020 e delinei con chiarezza lo statuto dell'assenza dell'imputato a beneficio degli interpreti e degli operatori giuridici.

IL PROCEDIMENTO A DISTANZA AL SERVIZIO DELLA PANDEMIA

Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2021, (ud. 19 novembre 2020),
Petruzzellis Presidente – Amoroso Relatore – Orsi PM.

Liliana Cataldi*

Procedimento a distanza – Udienza camerale – Diritto di difesa – Autodifesa – Contraddittorio – Legislazione d'emergenza – Nullità assoluta (disp. att. c.p.p., artt. 45, 146-*bis*, 147; c.p.p. 127, 309,310, 178 co. 1 lett. c), 179 co. 1, D.L. 17 marzo 2020 n. 18, art. 83 co. 12; l. n. 27/2000)

MASSIMA

In tema di diritto di difesa, la mancata partecipazione a distanza mediante videoconferenza conformemente a quanto disposto dall'art. 146-*bis* d.lgs. 18 luglio 1989, n. 271, dell'imputato o dell'indagato che ne abbia fatto richiesta, integra una nullità assoluta ed insanabile, stante la violazione del suo diritto a partecipare all'udienza camerale, a nulla rilevando la circostanza che il difensore presente all'udienza nulla abbia eccepito in quella sede.

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Il procedimento a distanza. – **3.** La questione sottoposta al Collegio. – **4.** La sentenza. – **5.** Emergenza da processo in streaming?

Abstract

La sentenza della Suprema Corte affronta, per la prima volta, la problematica del procedimento a distanza in seguito alla emanazione della normativa d'emergenza dovuta al Covid-19. Ciò costituisce lo spunto per importanti riflessioni soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti costituzionalmente garantiti e della morfologia del processo penale.

The judgment of the Supreme Court addresses, for the first time, the problem of remote proceedings following the enactment of emergency legislation due to Covid-19. This is the starting point for important reflections especially with reference to the protection of constitutionally guaranteed rights and the morphology of the criminal process.

* Avvocato e PhD student in *social sciences and humanities*.

1. Premessa.

«*E c'era gente radunata in piazza: qui una contesa scoppiava: due uomini litigavano per il compenso d'un morto; uno dichiarava d'aver dato tutto, dicendolo in pubblico, l'altro negava d'aver avuto niente: entrambi ricorrevano al giudice, per aver un verdetto il popolo applaudiva entrambi, favorevoli ora a questo ora a quello; gli araldi trattenevano il popolo; i vecchi sedevano in sacro cerchio su pietre levigate, tenevano in mano i bastoni degli araldi dalle voci possenti, con questi allora si alzavano e dicevano a turno il parere; in mezzo stavano due talenti d'oro, da dare a chi di loro dicesse più equa sentenza*»[1].

I celebri versi omerici in descrizione dello Scudo Di Achille rimandano immaginificamente ad una primordiale rappresentazione del processo penale occidentale[2] inteso quale genetica espressione di una forma di giustizia tesa alla attuazione dei principi di oralità[3], di formazione della prova in contraddittorio e di immediatezza nell'accertamento in materia penale.

Ebbene, una tale immagine concede la reviviscenza delle prime forme processuali di cui abbiamo notizia: dai tribunali ellenici[4] con la giurisdizione del collegio degli anziani, all'Aereopago ateniese sino all'avvento di forme ancor più democratiche quale lo svolgimento del processo presso la Corte di Giustizia dell'Ellea composta da soli membri del popolo[5].

Ancorché non si possa già pensare a forme processuali, per così dire compiute, quali – nei profili meno contaminati – quelle contemporanee, il richiamo ai procedimenti classici afferma un'ideale fortemente ancorato al modello accusatorio[6] sostanziato nell'equi presenza di tutti i soggetti processuali con una imparzialità di mezzi a disposizione per l'accusante e l'accusato; come accadeva, sovente, anche nel diritto romano benché il noto dualismo delle relative formule processuali[7].

Dunque, i richiami testé operati non vogliono che rappresentare un termine di paragone per coloro i quali si cimentino nel figurarsi quale sia e quale è stato il ruolo effettivo dei tribunali e soprattutto quanto sia stato e quanto è inviolabile l'intervento nel proprio processo da parte del soggetto ritenuto presuntivamente responsabile di un fatto penalmente rilevante[8].

---

1 Omero, *Lo scudo di Achille: La città in pace*, *Iliade* XVIII, vv. 490-508.

2 Wolff, *The origins of Judicial Litigation among the Greeks*, *Traditio*, IV, 1946, 31 ss.

3 Si rinvia a Giunchedi, *Oralità (profili evolutivi del principio di)*, in *Digesto disc. pen.*, XI, Agg., 2021, 493 ss.

4 Eschilo, *Le Eumenidi*, 2018, 770 ss.

5 Ferrini, *Quid conferat ad iuris criminalis historiam Homericorum Hesiodorumque poematum studium*, in *Opere*, Milano, V, 1930, 1.

6 Si rinvia a Conso, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 334 ss.

7 Per un completo approfondimento delle forme processuali vigenti nel diritto romano: Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2008, 437 ss.; Fiori, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare e repubblicano*, Milano, 2003, 1 ss. La tematica è esplicitamente trattata in Giunchedi, *Oralità (profili evolutivi del principio di)*, cit.

8 Per una trattazione più ampia della dimensione storica del procedimento penale V. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, 2013, VIII, Pavia, 31 ss.

A tal riguardo non resta che chiedersi, se dovessimo attualmente immaginare il procedimento penale cosa verrebbe in mente?

In virtù delle recenti innovazioni apportate con la legislazione emergenziale[9] si potrebbe pensare ad un'opera di arte visiva raffigurante un insieme di *tablet* superficialmente coordinati, partecipati da soggetti piatti, talora con una scarsa connessione ad Internet[10]. All'evidenza, dunque, una parvenza assai distante dalle raffigurazioni omeriche concedenti al rito penale la necessaria sacralità formale e sostanziale.

2. Il procedimento a distanza.

La storia dell'istituto è profondamente segnata da interventi di c.d. legislazione d'emergenza distinta, come noto, dalla mutevolezza del contesto sociopolitico di riferimento e generatasi, almeno in una prima fase, nell'ottica di un bilanciamento di interessi costituzionali[11] contrapposti.

Difatti, l'ingresso nel nostro ordinamento del procedimento a distanza si deve alla legislazione antimafia del 1992[12] con la quale venne introdotto a sistema l'esame a distanza (art. 147-*bis* disp. att. c.p.p.) dei collaboratori di giustizia nella prospettiva di una dura lotta alla criminalità organizzata al fine di evitare la traduzione in udienza di taluni soggetti ritenuti pericolosi a garanzia dell'ordine pubblico, della incolumità personale e della genuinità della prova[13].

Sempre in un'ottica di transitorietà, l'istituto venne successivamente ampliato con una modifica all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. tramite la l. n. 11/1998 dispositiva della possibilità di presenziare al processo mediante teleconferenza ossia con il vero e proprio intervento a distanza mirando, pertanto, al (non condivisibile) conseguimento di un'equipollenza tra l'aula di tribunale nella quale si svolgeva il processo e la postazione da remoto[14] alla quale aveva accesso il soggetto *in vinculis*, nel novero del doppio binario.

In particolare, era ammesso il collegamento da remoto per alcuni soggetti detenuti al ricorrere di tre condizioni, oggettive e soggettive, enumerate all'articolo succitato e connotate da non poca approssimazione[15].

---

[9] D.L. 17 marzo 2020, n. 18 poi convertito nella l. 18 dicembre 2020, n. 176 successivamente modificato con il D. L. 28 ottobre 2020, n. 137 poi convertito nella l. n. 176/2020.

[10] Per analoghe considerazioni sulle problematiche circa i software utilizzati ed alle relative criticità si rinvia a Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, in corso di pubblicazione; concordemente Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, in corso di pubblicazione.

[11] In questi termini Conti, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo: questi terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 76; Diddi, *Genesi e metamorfosi della partecipazione a distanza dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, 2279; Amodio-Catalano, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sistema Penale*, 2020, 5, 267 ss.; Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale,* cit.

[12] Il riferimento è al d. l. 8 giugno 1992, n. 306 successivamente convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356. Si rinvia a Rivello, *Commento all'art. 7 d. l. 8/6/1992 n. 306*, in *LP*, 1993, 92 ss.

[13] Bargis, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti al 41*-bis *o.p.*, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 166 ss.

[14] Tonini, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, XV, 2017, 416 ss.

[15] Trattasi dei procedimenti per i reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* c.p.p. nei quali sussistessero alternativamente: a) gravi ragioni di sicurezza ovvero di ordine pubblico; b) la partecipazione a

Ebbene da una normativa che, *ab origine*, avrebbe dovuto essere contraddistinta da emergenzialità e provvisorietà[16] si era venuto a creare, invero, un compiuto sistema ad ampio raggio rivelatosi terreno assai fertile per la dilatazione dei contenuti delle norme legittimanti una tale alternativa partecipazione a processo: la novella del 1998, sebbene avrebbe potuto avere vigenza sino al 2000, nello stesso anno, tramite una netta abrogazione, divenne legge. A tal riguardo, non può essere omesso il richiamo alla questione di legittimità sollevata nel 1998 e risolta con un giudizio di infondatezza espresso dalla Corte Costituzionale[17], la quale ha meramente ribadito la necessarietà di una assimilazione istituzionale tra il luogo fisico dell'udienza penale e quello virtuale nonché l'attuazione del diritto di difesa nella forma della più ampia accessibilità al confronto tra difensore ed assistito con profili di tutela della relativa riservatezza.

La Riforma Orlando[18] sembrava essere il capitolo finale della superfetazione normativa d'emergenza dacché con la novella era stato ulteriormente ampliato il novero dei casi rispetto ai quali poter disporre l'applicazione della disciplina sul processo a distanza[19] con il venir meno delle condizioni oggettive e soggettive richieste dalla precedente formulazione dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. disponendo la obbligatoria partecipazione da remoto postulando che l'imputato ovvero l'indagato fosse detenuto e processato per taluno dei delitti di cui agli artt. 51, co. 3-*bis* e 407, co. 2, lett. *a)*, n.4) c.p.p.

Si addiveniva, dunque, ad una disciplina che ordinariamente permetteva l'inserimento a sistema di una modalità di procedersi, di converso, caratterizzata da specialità. Non soccorre, a tal riguardo, riportare alla luce le vaste limitazioni dei diritti costituzionalmente garantiti operate con la Riforma: basti porgere l'attenzione alla natura primigenia del giusto processo[20] per addivenire alla scontata conclusione in termini di pacifico trionfo di una logica della denigrazione delle forme, dei principi e dei diritti garantiti a vantaggio della speditezza del processo, oramai, virtuale[21].

---

distanza fosse necessaria per la speditezza del dibattimento; c) l'imputato fosse sottoposto al c.d. carcere duro. In prospettiva critica, De Caro, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, in *Dir. Pen. Cont.*, 01/2015, 98 ss.

[16] Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7-8/2017, 131 ss.; Gialuz-Cabiale-Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7-8/2017.

[17] Corte Cost., 22 luglio 1999, n. 342 in *Giust. Cost.*, 1999, 2686. Per un completo sviluppo della pronunzia di rigetto si veda Conti, *Commento a Corte Cost. 22-7-1999*, n. 342, cit.

[18] La l. n. 103/2017 ha nuovamente modificato l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.

[19] Sul tema Spangher, *La Riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 01/2016, 98 ss.; Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 04/2017, 9 ss.

[20] Sovviene, a tal riguardo, la riflessione operata da Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit., secondo cui i profili maggiormente attentati dalle novità legislative, succedutesi nel tempo, sono quelli dell'oralità e dell'immediatezza quali tratti essenziali del giusto processo costituzionalizzato che «*hanno dato luogo a processi privi di una base legale*». Per considerazioni analoghe V. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 74 ss.

[21] Per una esaustiva disamina dei riflessi della Riforma Orlando in materia di procedimento a distanza: Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in Aa.Vv., *La giustizia penale differenziata*, vol. III, 2011, 984 ss.; Rivello, *La disciplina della partecipazione a*

È nel segno della cattiva sorte che il procedimento a distanza ha trovato, da ultimo, una supplementare affermazione: nel pieno della più eterogenea delle emergenze che abbia mai colpito il Paese tradottasi nella pandemia da Covid-19, il Governo ha decretato[22] una ulteriore smaterializzazione[23] del processo penale per i soggetti privi dello *status libertatis* attraverso un dichiarato bilanciamento d'interessi – costituzionalmente orientato – tra il diritto alla salute ed il diritto di difesa[24].

Il riferimento è all'art. 83 (d. l. 17 marzo 2020, n. 18) che nella sua prima stesura prevedeva, in linea generale, un arco temporale di arresto dell'attività giudiziaria ad eccezione della trattazione di taluni procedimenti urgenti richiamati al co. 12 rispetto ai quali si sarebbe dovuto procedere *ex* art. 472 c.p.p. ovvero, ove possibile, tramite l'attivazione dello strumento della videoconferenza.

Più in particolare, per quanto attiene alla tematica in trattazione, tramite un successivo emendamento[25] al "Cura Italia", all'art. 83 sono stati addotti i commi 12-*bis*, 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quinquies* con i quali sono stati estesi[26] i casi da trattare tramite udienze con collegamenti da remoto sino alla vigenza dello stato di emergenza sanitaria.

La normativa *de quibus* è stata ulteriormente riaffermata – in segno di continuità nella risposta alla necessità sanitaria – con il Decreto Ristori[27]: all'art. 23 si rinviene il prolungamento contenutistico delle disposizioni appena richiamate.

Le novità legislative introdotte dal Decreto non sono di poco conto soprattutto, a titolo esemplificativo, se si pone l'attenzione alla circostanza secondo cui la regolazione dello svolgimento della video-udienza spetta concretamente ad un soggetto facente capo alla pubblica amministrazione[28]. Ciò, all'evidenza in aperta contraddi-

distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando, cit.; Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, cit.; Mittica, *Novità sulla videoconferenza nel processo penale*, in *Processo penale e giustizia*, 05/2018, 945 ss.; Piziali, sub *art. 146*-bis *disp. att. c.p.p.*, in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V, 2017, 898 ss.; Grosso, *Oltre l'emergenza: riparare il sistema dei diritti costituzionali sconvolto dalla pandemia*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 881.

22 Trattasi, anzitutto, del c.d. "Decreto Cura Italia" ossia del d. l. 17 marzo 2020, n. 18 poi convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27; in secondo luogo, il riferimento è al c.d. "Decreto Ristori" d.l. 28 ottobre 2020, n. 127, convertito nella l. n. 176/2000.

23 Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit. Negli stessi termini, Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.

24 Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVIII Legislatura, *Gli interventi per fronteggiare l'emergenza da Covid-19 nel settore della giustizia*, 02/21, 1.

25 Il Senato della Repubblica ha varato l'emendamento 9 aprile 2020; sul punto V. Napolitano, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*, in *Sistema Penale (web)*, 2020, 7, 28 ss.

26 Si rimanda alla lettera dell' art. 83, co.12-*bis*: «[...] le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia [...]».

27 D.l. 28 ottobre 2020, n. 127 poi convertito nella legge n. 176 del 2020.

28 Nella prassi è stata individuata la figura del Direttore Generale dei Sistemi Informativi ed Autorizzativi del Ministero della Giustizia. Sul tema V. la "Lettera del Presidente del Garante per la

zione con la ribadita esigenza di salvaguardia del contraddittorio e dell'effettiva presenza delle parti (*recte*, del giusto processo[29]): la norma, in poche battute, inserisce a sistema una notevole eccezione e poi ne vorrebbe consolidare la regola[30].

Ed ancora, solleva particolari dubbi circa eventuali deviazioni dal modello accusatorio[31] l'avvenuta legittimazione della cartolarizzazione del processo di appello e soprattutto quella prevista per i procedimenti dinanzi alla Suprema Corte da espletarsi nella forma di cui all'art. 127 c.p.p.[32]

3. La questione sottoposta al Collegio.

La sentenza in commento, dunque, consente di percepire le conseguenze della posizione assunta dall'esecutivo "in tema giustizia" tanto con riguardo alla esplicazione concreta della disciplina emergenziale nel procedimento penale quanto rispetto alle relative violazioni e/o conseguenze.

La difesa del detenuto proponeva ricorso per Cassazione avverso una ordinanza emessa dal Tribunale di Torino in sede di appello cautelare. Segnatamente, l'indagato era sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere per avere fruito di false attestazioni nella partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica con l'aggravante della agevolazione in favore di una associazione mafiosa (art. 416-*bis*, co. 1 c.p.).

Il ricorso per cassazione presentava quale motivo unico la violazione di legge con riferimento alla omessa attivazione del (richiesto) collegamento audiovisivo *ex* art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., necessario per la presenza a distanza del detenuto alla udienza camerale per la trattazione dell'appello. La questione sottoposta al Collegio interessava, dunque, data la vigenza della normativa emergenziale[33], la dichiarazione di nullità dell'udienza di cui all'art. 127 c.p.p. ai sensi degli artt. 178 co. 1 lett. *c)* e 179 co. 1 c.p.p. generata in seguito alla compressione del diritto all'intervento del detenuto alla camera di consiglio realizzando, altresì, di fatto, un difetto genetico della *vocatio in iudicium*[34].

protezione dei dati personali, Antonello Saro, al Ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede" del 16 aprile 2020, in *www.garanteprivacy.it*. Per un esaustivo approfondimento si richiamano Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.; Borgia, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Oss. Cost.*, 2020, 6, 195.

29 Per analoghe considerazioni sulla questione, Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

30 L'anamnesi della norma sembra presagire una futura dichiarazione di illegittimità costituzionale.

31 Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, VII, Torino, 2008, 5.

32 Tale determinazione si deve alla introduzione dell'art. 23, co. 8 del d. l. 28 ottobre 2020, n. 137 con la quale è stato disposto che il procedimento in cassazione per le udienze partecipate e per quelle pubbliche sia espletato ai sensi dell'art. 611 c.p.p. Per una trattazione approfondita delle criticità scaturenti da tale addizione legislativa si rinvia a Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

33 Il riferimento è all'art. 83 co. 12 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 "Cura Italia" convertito nella l. n. 27 del 24 aprile 2020 nonché al successivo art. 23 co. 4 del successivo "Decreto Ristori".

34 Sul punto si richiama il contributo di Scarcella, *Non attivare la videoconferenza per l'imputato detenuto in periodo Covid lede il diritto di difesa*, in *Quotidiano Giuridico*, 02/2021.

4. La sentenza.

Occorre premettere che la Sesta Sezione della Suprema Corte, tramite la sentenza in nota, si è pronunziata accogliendo le doglianze difensive e, per la prima volta, seppur incidentalmente, sulla disciplina e sulle sanzioni afferenti al procedimento a distanza così per come emendata in seguito all'intervento della legislazione d'emergenza.

La Corte ha esplicitamente affermato che l'imputato detenuto aveva correttamente avanzato la richiesta di intervento da remoto – almeno nove giorni prima della data dell'udienza – ai sensi dell'art. 83 co. 12 del D.L. 17 marzo 2020, n.18[35] nonché dell'art. 146-*bis* co. 6 c.p.p.

Di converso, dagli atti procedimentali dell'appello cautelare, discendeva l'assenza del detenuto alla udienza camerale e la relativa mancata partecipazione a distanza in violazione delle succitate norme, sebbene il difensore non avesse eccepito l'assenza del proprio assistito nel corso della trattazione della udienza ai sensi dell'art. 127 c.p.p.

Pacificamente, in esito alla medesima udienza, il Tribunale avrebbe dovuto emettere un provvedimento affermando la nullità della stessa[36] in conformità ai dettami dell'art. 179 c.p.p.

Di qui, per l'appunto, la conseguente dichiarazione della nullità assoluta dell'udienza *ex* art. 127 c.p.p.[37] e del relativo provvedimento conclusivo: il Collegio ha comprovato la propria decisione sul presupposto giuridico tracciato antecedentemente dalla decisione delle Sezioni Unite[38], con riferimento ad un appello celebrato in seguito ad un giudizio abbreviato, aderendo ad un orientamento[39] secondo cui in virtù del

---

[35] Art. 83 co. 12 D.L. 17 marzo 2020, n.18 (Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare): «Ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 31 luglio 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». I termini dettati sino al 31 luglio 2020 sono stati prorogati con la proroga dello stato di emergenza nazionale sino al 30 aprile 2021.

[36] Come noto, trattasi di nullità rilevabili, anche *ex officio*, in ogni stato e grado del procedimento.

[37] Cfr. pag. 2 della sentenza in commento: «La violazione del diritto dell'indagato di partecipare all'udienza, fissata nelle forme dell'art. 127 c.p.p., integra una nullità assoluta, allorché la richiesta di presenziare, sia pure a mezzo di videoconferenza e nei casi consentiti, sia pervenuta in tempo utile per predisporre i necessari collegamenti audiovisivi, come avvenuto incontestabilmente nel caso in esame, tenuto conto della sua presentazione nove giorni prima dell'udienza».

[38] Cass., Sez. Un., n. 35399, 24 giugno 2010, F.F., in *Mass. Uff.*, n. 247836.

[39] È di particolare rilevanza, in un'ottica di conformità ai principi costituzionali e sovranazionali sul diritto alla partecipazione al processo, il percorso argomentativo sostenuto dalla Cass., Sez. Un., n. 35399 secondo cui: «[...] questa interpretazione, inoltre, proprio perché garantisce la partecipazione al giudizio dell'imputato [...] è più conforme ai principi del giusto processo e del contraddittorio sanciti dall'art. 111 Cost. [...] maggiormente conforme ai dettami dell'art. 6 CEDU [...] l'interpretazione stessa trova infine conforto nella sentenza della Corte Cost. n. 45 del 1991, la

combinato disposto tra l'ultimo comma dell'art. 443 e l'art. 559 co. 2 c.p.p. al procedimento camerale devono applicarsi le norme dibattimentali con riguardo alla garanzia di partecipazione del detenuto.

Di talché, la Corte, richiamando l'orientamento succitato, ha trasposto ed applicato il principio secondo cui "*[...] la mancata traduzione all'udienza camerale d'appello, perché non disposta o non eseguita, dell'imputato che si trovi detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, e che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire e che si trovi detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, determina la nullità assoluta e insanabile del giudizio camerale e della relativa sentenza, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento*"[40].

La questione sottoposta alla Suprema Corte assume tanto più valore quanto più in ragione della vigenza della normativa emergenziale da Covid-19 dacché all'art. 83 D.L. 18/2020 essa determina la garanzia dell'intervento in udienza nei confronti dei soggetti, a qualsiasi titolo detenuti, tramite lo strumento della videoconferenza cosicché, come avvenuto nel caso in esame, in assenza della relativa attivazione si incorre nella più grave sanzione processuale sancita dal nostro codice di rito.

Per quanto sia soddisfacente la pronunzia di annullamento senza rinvio, essa trae le mosse dalla erronea equiparazione tra la mancata attivazione del videocollegamento e la mancata traduzione dell'indagato ovvero dell'imputato ristretto, sull'assunto che in entrambe le situazioni processuali si verificherebbe una pacifica lesione del diritto all'autodifesa ed ancor prima del diritto di partecipazione[41].

Quanto a quest'ultimo, come già ampiamente affermato dalle Sezioni Unite nel 2010[42], per la Corte, in caso di omessa attivazione degli strumenti di videocollegamento, l'avviso di fissazione della udienza camerale non è da sola utile ad integrare la *vocatio in iudicium* che può definirsi tale solo in quanto rivolta a chi ad essa sia in grado di rispondere[43]. Più in particolare, gli Ermellini, riaffermando la necessità di attuare con estrema ragionevolezza la più ampia portata del diritto di partecipazione al proprio processo – così come riconosciuto anche dalla legge n. 47/2015 – hanno determinato, nel caso di specie, che l'avviso di cui all'art. 309, co. 8 c.p.p. risulta inidoneo a produrre gli effetti cui sarebbe naturalmente preposto.

quale, con riferimento al procedimento di riesame, ha chiarito l'assoluta importanza dell'instaurazione del contraddittorio di fronte al giudice che dovrà assumere la decisione ed ha riconosciuto che l'imputato detenuto è certamente titolare di un interesse ad essere presente all'udienza per contrastare, se lo voglia, le risultanze probatorie ed indicare eventualmente altre circostanze a lui favorevoli. D'altra parte, il diritto-dovere del giudice di sentire personalmente l'imputato, e il diritto di quest'ultimo di essere ascoltato dal giudice che dovrà giudicarlo, rientrando nei principi generali d'immediatezza e di oralità cui s'informa l'attuale sistema processuale».

40 Ibid., 9.

41 Si rinvia a Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

42 Cfr. Cass. Sez. U. n. 35399, 13. In senso contrario e con riferimento all'attentato al diritto di difesa, si rinvia a Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.

43 V. p. 2 della sentenza in commento.

5. Emergenza da processo in streaming?

La sentenza in nota, se da un lato rileva ineccepibilmente la violazione di legge del Tribunale *de libertate,* altrettanto visibilmente, a parere di chi scrive, pone in evidenza la infondatezza del suo presupposto giuridico.

In particolare, ciò che dovrebbe essere censurato non è il provvedimento della Suprema Corte, bensì il difetto genetico in seno alla normativa vigente[44] ossia la *fictio legis* del rinvio espresso al co. 5 dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.[45] che inserisce a sistema l'assimilazione tra aula materiale ed aula virtuale[46]. Aderendo correttamente al modello accusatorio, di contro ed a titolo meramente esemplificativo, si fa riferimento all'art. 146 disp. att. c.p.p.[47] che celebra correttamente la struttura del rito penale esaltandone le caratteristiche: dalla posizione fisica assunta dalle parti durante l'udienza, la quale consacra la loro equidistanza (*rectius*, la parità delle armi) alla terzietà dell'organo giudicante. Ivi risiede la lacuna dacché la determinazione in seno alla decretazione d'emergenza non sembra derivare da un'analisi sistematica seguita ad uno sguardo di insieme del processo: è pressoché anomalo che tra una disposizione di attuazione del codice e un'altra venga capovolto uno dei principi cardine della codificazione del 1989[48].

La disciplina del procedimento a distanza è stata oltremodo dibattuta e scandagliata dalla dottrina ed univocamente si è ritenuto dovesse essere applicata a tutti quei casi che per "straordinarietà" in punto di presupposti applicativi, ne avrebbero giustificato uno sviamento rispetto al rito celebrato alla presenza di tutte le parti processuali[49]. Il peccato originale non risiede, dunque, nei singoli provvedimenti bensì nella discontinuità della *ratio* della legge del 1998 accresciuta con il criterio orientativo della Riforma Orlando, attraverso cui si è evidenziata, invero, la sostituibilità del *locus* processuale: è del tutto ingiustificato, dalla mera lettura dei dettami costituzionali sul giusto processo[50], caratterizzare l'aula virtuale come quella in cui si dà voce al

---

44 Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del Covid-19*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 5.

45 «Il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza».

46 Napolitano, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*, cit.

47 «Nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante. Le parti private siedono a fianco dei propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti».

48 In materia V. Cordero, *Procedura penale*, IX, Milano, 2012, 97-101; Conso-Grevi-Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale: Le Direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice*, 1989, 14 ss.

49 Sul tema Rivello, *Commento all'art. 7 d. l. 8/6/1992 n. 306*, cit.; Kalb, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 910 ss.; Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, cit.; Galuz-Cabiale- Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, cit.; Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del Covid-19*, cit.

50 Per considerazioni analoghe Giunchedi, *Oralità (profili evolutivi del principio di)*, cit.; Grosso, *Oltre l'emergenza: riparare il sistema dei diritti costituzionali sconvolto dalla pandemia*, cit.

processo delle parti, titolari della prova costituita oralmente in contraddittorio tra di loro[51]. Si addiviene, pertanto, ad un procedimento che potrebbe definirsi "di risultato" ossia sintesi di un appiattimento delle prerogative delle parti e dello svuotamento dei principi costituzionali soprattutto nelle disposizioni di recepimento dei dettami sovranazionali (art. 6 Cedu).

La decretazione più recente ha, perciò, aggravato un'applicazione patologica della disciplina appena richiamata contribuendo a rafforzare il difetto di sistema[52].

Il riferimento è, in primo luogo, al sacrificio patito in condizioni emergenziali dalla popolazione carceraria[53] in attesa di giudizio: non si può sottovalutare che nel bilanciamento di interessi costituzionalmente garantiti si sia agito frettolosamente nel determinare, ancor di più, la compressione della libertà personale (13 Cost.) in favore di una dichiarata tutela del diritto alla salute che altro non sembra celare, invero, se non un interesse alla economia ed alla speditezza del procedimento penale. A ben vedere, infatti, nelle analisi statistiche[54] operate nell'ultimo anno, i soggetti ristretti non sono stati esenti dal contagio ed anzi, in virtù della nota precarietà delle condizioni dei luoghi di detenzione[55], il dubbio generato è di importante entità. Invero, una efficace attuazione della tutela del diritto alla salute avrebbe dovuto prevedere quantomeno una speditezza della trattazione dei procedimenti per i soggetti sottoposti alla cautela della detenzione in carcere ovvero una interruzione dello *status detentionis* calibrato sul titolo di reato così permettendo un minore rischio di contagio – e di casi suicidio – nonché la compiuta realizzazione della inviolabilità della libertà personale.

Di rilievo è, altresì, la posizione ibrida in cui attualmente versano i soggetti sottoposti alla misura custodiale della detenzione domiciliare[56]: costoro, infatti, dovrebbero recarsi presso gli uffici di PG limitrofi al fine di attuare il proprio diritto alla partecipazione a processo che, di contro, dovrebbe essergli garantito. Il dilemma risiede, inoltre, nella poca chiarezza della *littera legis*: ci si domanda, da una parte, se in tal modo sia adeguatamente garantito il distanziamento sociale rispetto a tutti i soggetti che necessariamente dovranno prendere parte alle attività; dall'altra, se in punto di aderenza ai dettami del contraddittorio costituzionalmente orientato vi siano le concrete guarentigie, ad esempio, con riguardo alle interazioni tra l'indagato ed il proprio difensore- le quali dovrebbero essere riservate.

---

[51] Come correttamente affermato da Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.: «Il già fragile equilibrio relativo alle garanzie dell'imputato [..] si è trovato ad affrontare una nuova prova legata alla legislazione emergenziale imposta dalla necessità di evitare o quantomeno contenere contatti interpersonali a causa del rischio da contagio da Covid-19».

[52] Mazza, *Distopia del processo a distanza*, cit., 4 ss.; Borgia, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, cit., 181-189; Lorusso, *Il cigno nero del processo penale*, in *Sistema Penale (Web)*, 2020; Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del Covid-19*, cit.

[53] Per un completo approfondimento V. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Aic*, 2920, 3, 48 ss.

[54] Per specificazioni V. www.osservatoriodiritti.it; www.giustizia.it.

[55] Sul tema si rinvia agli approfondimenti dottrinali circa la sentenza Torreggiani contro Italia della Corte europea dei diritti umani dell'8 gennaio 2013.

[56] Trattasi della disciplina di cui all'art. 23 co. 5 d. l. 137/2020. Si rinvia, specificamente a Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

Ed ancora, incognite di compatibilità costituzionale e sovranazionale (art. 1; 102 co. 3 Cost. – art. 6 Cedu) sorgono dalla ristretta pubblicità prevista per le udienze di tal fatta: l'art. 23 non ha annunciato un meccanismo compiuto di partecipazione al procedimento, anzi, ha ristretto inopinatamente anche le categorie di soggetti processuali legittimati alla partecipazione a distanza[57]. In tale circostanza sembra celarsi l'eterno ritorno del modello inquisitorio in cui la segretezza degli atti, interna ed esterna, la faceva da padrone.

Da ultimo, si evidenzia la dubbia rispondenza al canone di proporzionalità in punto di estremo confinamento dell'espletazione del diritto di difesa, da intendersi nell'accezione di autodifesa e di difesa tecnica: tra le tante, l'imputato ovvero l'indagato[58], con la modalità da remoto, non partecipa efficacemente al contraddittorio non potendo imminentemente produrre effetti durante la *cross examination*. In specie, l'ipotesi è quella in cui durante l'esame di un testimone a carico, non possano essere condivise riflessioni nell'esercizio della difesa ossia il confronto diretto tra difensore ed assistito, tanto da poter andare a contaminare l'esito dell'istruttoria stessa.

L'oggetto delle sintetiche riflessioni sinora operate non può che allarmare dacché è manifesto lo stato di emergenza che ha contagiato anche l'ambito dell'accertamento penale, il quale, di contro, dovrebbe essere ricostituito nella riqualificazione dei luoghi in segno di continuità con la inviolabilità del rito e non semplicisticamente in un'ottica di economia processuale.

«*L'*optimum*, non realisticamente pensabile, sarebbe ammettere lo sbaglio e ricominciare da capo, umilmente, con idee più chiare e meno parole*»[59].

[57] In questi termini Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.

[58] Come è stato correttamente osservato da Giunchedi, *op. cit.*: «un imputato che non viene posto in condizione di difendersi efficacemente crea nocumento all'intera amministrazione della giustizia».

[59] Tornano utili le parole di Cordero, *Procedura penale*, cit., 1292 con riferimento alla costante crisi dell'ordinamento nell'effettiva attuazione del modello accusatorio in ottica costituzionalmente orientata.

LA CASSAZIONE E IL "NUOVO" ABUSO D'UFFICIO, OVVERO DEL "SENSO IMPERFETTO" DELLA DISCREZIONALITÀ TECNICA DELL'AMMINISTRAZIONE E DEI C.D. AUTOLIMITI

Cass. pen, Sez. IV, 28 gennaio 2021 (dep. 1 marzo 2021), n. 8057,
Brichetti Presidente –Aprile Relatore – A.F. Ric.

Gabriele Serra*

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Il caso. – **3.** Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e accertamento tecnico in relazione al "nuovo" art. 323 c.p. – **4.** *(segue)* La natura del potere di determinazione del valore di stima dell'appalto. – **5.** La teoria dei c.d. autolimiti e la sua distorsione. – **6.** Osservazioni conclusive sul *restraint* interpretativo della nozione di discrezionalità penalmente irrilevante.

Abstract

Lo scritto analizza criticamente una recente pronuncia della Corte di Cassazione in tema di abuso d'ufficio, nella versione dell'art. 323 c.p. come modificata dal decreto legge n. 76/2020, conv. in L. n. 120/2020, in particolare nella parte in cui esclude dall'area del penalmente rilevante le violazioni, da parte del pubblico funzionario, di regole discrezionali. Muovendo proprio dai concetti fondamentali del diritto amministrativo, l'A. cerca di mostrare l'erronea ricostruzione che la Suprema Corte opera degli istituti della discrezionalità tecnica, nonché della teoria dei c.d. autolimiti al potere discrezionale, provando a fornire spunti ai fini di una corretta interpretazione della fattispecie incriminatrice.

The paper critically analyzes a recent ruling of the Court of Cassation on the crime provided by art. 323 c.p. as modified by Decree Law No. 76/2020, converted into Law No. 120/2020, in particular in the part where it excludes from the area of criminally relevant violations, by the public official, of discretionary rules. Moving from the fundamental concepts of administrative law, the author seeks to show the erroneous reconstruction that the Supreme Court makes of the institutions of technical discretion, as well as the theory of the so-called self-limits to discretionary power, trying to provide ideas for the purposes of a correct interpretation of the criminal case.

* Magistrato presso il T.A.R. Calabria.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione torna ad occuparsi del "nuovo" reato di abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p., per come riscritto dal decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, c.d. semplificazioni, conv. in L. 11 settembre 2020, n. 120.

Come noto, e come ricorda la stessa decisione in esame, la norma incriminatrice risulta novellata sotto tre distinti profili: il delitto è ora configurabile solamente nei casi in cui la violazione da parte dell'agente pubblico abbia avuto ad oggetto "specifiche regole di condotta" e non anche regole di carattere generale; solo se tali specifiche regole sono dettate "da norme di legge o da atti aventi forza di legge", dunque non anche quelle fissate da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte subprimaria; e, in ogni caso, a condizione che quelle regole siano formulate in termini da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente[1].

La Sez. VI, nel confermare gli assunti giurisprudenziali già emersi in merito, conferma, in primo luogo, che la modifica, in quanto idonea a restringere l'ambito oggettivo della rilevanza penale di alcune condotte, opera retroattivamente, potendosi verificare perciò una parziale *abolitio criminis*[2].

Ciò posto, la decisione si concentra sull'esclusione dai casi di rilevanza penale delle condotte poste in essere nell'esercizio di un potere discrezionale e, nel caso di specie, discrezionale tecnico; su tale aspetto proveranno a concentrarsi brevemente le presenti note, attraverso l'utilizzo di concetti di matrice amministrativistica attraverso i quali si cercherà di mostrare i profili di criticità dell'impostazione che la Suprema Corte, nella sentenza in esame e non solo, sta assumendo rispetto al "nuovo" art. 323 c.p.

Condividendosi infatti quanto rilevato da accorta dottrina, «l'esistenza del funzionario è unitaria e disporre di un armamentario concettuale (non unico, ma quantomeno) coerente risponde quindi ad un'esigenza di "sostenibilità" della propria attività»[3].

---

[1] Cfr. § 3. Sulla riforma dell'abuso d'ufficio sono già numerosi i contributi della dottrina. Si segnalano, oltre ai lavori richiamati nelle successive note, che per brevità non si ripetono, B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione,* in *Il Penalista*, *Focus del 28 luglio 2020*; G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema Penale*, 17 luglio 2020; Id., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale* abolitio criminis, in *Sistema Penale*, 2 dicembre 2020; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 7-8/2020; G. Collazzo, *La nuova disciplina dell'abuso di ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in questa *Rivista*, 25 gennaio 2021; M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in questa *Rivista*, 10 agosto 2020.

[2] In tal senso si era già espressa Cass. pen, Sez. feriale, 17 novembre 2020, n. 32174, in *Il Penalista*, 11 dicembre 2020, con osservazioni di B. Romano, *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'*abolitio criminis *parziale*, nella quale si legge come la modifica «abbia notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2 cod. pen., non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione (...)».

[3] C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel rato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2017, 721.

2. Il caso.

Il pubblico funzionario era stato condannato nei primi due gradi di giudizio assumendo come condotta penalmente rilevante la violazione dell'art. 125 del d.lgs. aprile 2006, n. 163 (Codice dei Contratti), *ratione temporis* vigente, nella parte in cui prevedeva che le pubbliche amministrazioni potessero effettuare acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori mediante procedura di cottimo fiduciario per importi inferiori a 40.000 euro mediante affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, in combinato disposto con l'art. 29 del Codice dei Contratti, ove dispone che «il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti».

Segnatamente, la condotta contestata era consistita nell'aver indicato come valore dell'appalto – gestione del servizio di misura elettronica della velocità dei veicoli – la somma di euro 36.300, in quanto si era fatto riferimento solo all'importo fisso annuale di noleggio della apparecchiature, «senza tenere in un alcun conto e neppure menzionare – sia nel contratto che nella successiva determina dirigenziale – gli ulteriori costi che sarebbero gravati sull'ente comunale per la gestione, da parte della società affidataria, del servizio di gestione dei verbali di accertamento, costi pari a 32,50 Euro oltre IVA per ciascuna violazione e verbale generato».

Su tali basi, nel verificare se tale fattispecie dovesse considerarsi oggetto della parziale *abolitio criminis* sopra richiamata per effetto della riforma del delitto di abuso d'ufficio, la Cassazione ne ritiene la perdurante rilevanza penale sulla base di due argomentazioni.

Afferma, in primo luogo, che le disposizioni sopra richiamate si ponevano in termini vincolanti per il pubblico funzionario nell'adozione del criterio di scelta per la modalità di affidamento dell'appalto, senza che residuasse in capo allo stesso alcun margine di discrezionalità, neppure tecnica, qualificando le citate norme come «vincolanti prescrizioni di legge, che si sarebbero dovute tradurre in una mera attività di accertamento tecnico cui avrebbe fatto seguito l'esercizio di un potere vincolato».

Ma, in ogni caso ed in secondo luogo, sostiene la Cassazione che, quand'anche si volesse ritenere che il potere descritto dalle norme citate fosse *ab origine* espressione di discrezionalità tecnica, la limitazione operata dalla novella non trovi applicazione in tutti i casi in cui si sia verificata una «preventiva totale rinuncia da parte del pubblico agente dell'esercizio di ogni potere discrezionale; ovvero laddove la violazione della regola di condotta dovesse intervenire in un momento del procedimento nel quale è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è oramai espressione di un potere caratterizzato dall'essere in concreto privo di qualsivoglia margine di discrezionalità».

Richiamando in tal senso la sentenza Cons. Stato, n. 4089 del 17 giugno 2019 – che, come si vedrà, non è affatto pertinente – la sentenza in esame ritiene che l'esclusione di rilevanza penale si riferisca «non solamente ai casi in cui la violazione ha ad oggetto una specifica regola di condotta connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato», ma anche «anche ai casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in

concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio».

Nel caso di specie, tali comportamenti che avrebbero comportato un esaurimento della discrezionalità vengono identificati nel fatto che nei due mesi di gestione del servizio, esso aveva generato un numero di verbali particolarmente ingente, i cui costi, come visto, non erano stati contemplati nella determinazione del valore dell'appalto; nel fatto che già tempo prima l'imputato aveva conosciuto i risultati di uno «studio sperimentale» da cui emergeva che il numero di verbali sarebbe stato elevatissimo; nonché nella circostanza che altre amministrazioni della zona avevano affidato il medesimo servizio mediante pubblicazione di un bando di gara ad evidenza pubblica.

Così ricostruite le *rationes decidendi* della decisione, si ritiene che entrambe non siano condivisibili, in ragione, in primo luogo, della erronea qualificazione del potere di determinazione del valore dell'appalto come potere vincolato e non come potere discrezionale tecnico; in secondo luogo, della impropria ricostruzione dei presupposti per poter affermare che un potere astrattamente discrezionale (o discrezionale tecnico) divenga vincolato in forza della teoria - di cui la Cassazione dimostra di voler fare applicazione, seppur completamente distorta - dei c.d. autolimiti.

3. Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e accertamento tecnico in relazione al "nuovo" art. 323 c.p.

Provando a riassumere in pochissime battute nozioni che attraversano tutta la "vita" del diritto amministrativo, scusandosi perciò per l'approssimazione, è noto che la discrezionalità amministrativa contraddistingue quel tipo di attività nella quale all'amministrazione è lasciata dalla legge una facoltà di scelta in ordine a taluni aspetti inerenti al perseguimento del fine pubblico che la legge stessa pone a fondamento dell'attribuzione del potere di provvedere. In essa, come rilevato da autorevole dottrina, riveste un ruolo centrale la ponderazione e il bilanciamento di interessi che l'amministrazione deve compiere per determinare il contenuto dell'atto, in particolare tra l'interesse pubblico che deve necessariamente perseguire e gli altri interessi, pubblici o privati, coinvolti nella fattispecie[4].

Utilizzando la logica bifasica proposta dal medesimo Maestro, può dirsi quindi che l'amministrazione deve dapprima assumere e valutare i fatti e gli interessi coinvolti nella fattispecie (fase del giudizio) e poi condurre quell'attività di bilanciamento e ponderazione degli interessi acquisiti, che si conclude nella scelta discrezionale ido-

[4] Cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 72 ss, ora in M.S. Giannini, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000. Una concezione diversa è proposta da C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1972, p. 997. Secondo tale Autore, la discrezionalità amministrativa è il potere, conferito all'autorità, di scegliere applicando criteri non giuridici di buona amministrazione. Ma – ciò che più rileva – tali regole sono tali da consentire di individuare la scelta in concreto migliore, sicché esse sono applicabili anche dal giudice per verificare se quanto deciso dalla p.a. sia effettivamente corretto rispetto al caso di specie. Quindi persino l'insindacabilità della discrezionalità pura, secondo Mortati, è una mera scelta del legislatore, ma non è legata all'essenza del potere discrezionale.

nea a realizzare l'interesse pubblico (fase della scelta), che rappresenta il *proprium* della discrezionalità amministrativa[5].

In relazione ad essa, il sindacato giurisdizionale, pur reso più penetrante a seguito dell'adozione del codice del processo amministrativo, non può mai spingersi fino all'invasione della sfera di attribuzione riservata alla p.a., cui spetta in via esclusiva l'esercizio dell'attività comparativa tra interessi pubblici e privati e che il giudice amministrativo può sindacare solo se deborda nell'eccesso di potere[6].

È altresì noto che dal concetto di discrezionalità amministrativa si distingua quello di discrezionalità tecnica, che, seguendo l'impostazione bifasica citata, si colloca nel primo dei due momenti dell'attività amministrativa, e si caratterizza per l'applicazione da parte dell'amministrazione di regole tecniche e specialistiche necessarie a valutare i fatti rilevanti per l'esercizio del potere[7].

Non vi è perciò una reale scelta dell'amministrazione, nel senso di una ponderazione, di una valutazione di opportunità, bensì solo l'individuazione della regola tecnica da applicare al caso di specie per la valutazione del fatto, la quale può condurre a risultati connotati da un certo margine di opinabilità (opinabilità che connota, in primo luogo, la disciplina specialistica di riferimento)[8].

Per tale motivo, la giurisprudenza, anche della Corte di Cassazione, si è ormai attestata nel senso di ammettere un sindacato esteso alla diretta verifica dei fatti posti a fondamento del provvedimento, anche in relazione ai loro profili tecnici, ma che tuttavia, quando in siffatti profili tecnici sono coinvolte valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, detto sindacato si arresta alla verifica che tali margini di opinabilità non siano stati superati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello della p.a. che sia rimasta entro i suddetti confini[9]. Per usare le parole della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, «posto che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, non offre sempre risposte univoche, ma costituisce un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità, il sindacato del giudice amministrativo, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondato su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti»[10].

---

5 Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 54-56.

6 Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

7 Cfr. il fondamentale lavoro di F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 372. Pur giungendo a diverse conclusioni in tema di sindacabilità della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo, rilevava la differenza con la discrezionalità amministrativa anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit.

8 Coglie appieno il rilievo della natura opinabile delle norme tecniche e dei risultati da esse generati, anche al fine di comprendere la portata del sindacato giurisdizionale F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005; Id., *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, 2009, 471 ss.

9 Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *www.dejure.it*. Non è rilevante in questa sede ripercorrere il lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato l'ammissibilità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, per la cui sintesi comunque si rinvia a R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., 2020, 784 ss.

10 Cons. Stato, Sez. I, parere 30 novembre 2020, n. 1958, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

Tale ultimo profilo distingue infine, nella terminologia accolta dalla dottrina tradizionale amministrativistica – utilizzata dalla sentenza in commento – la discrezionalità tecnica dall'accertamento tecnico, il quale non presenta quei margini di opinabilità propri della discrezionalità tecnica.

Invero, l'accertamento tecnico si riscontra a fronte di una fattispecie normativa nella quale la P.A. sia tenuta ad acclarare la sussistenza di uno o più presupposti tecnico-scientifici, posti dalla legge a fondamento necessario della sua azione, e l'esito della operazione da compiere sia certo e privo di margini di opinabilità (la gradazione alcolica di una bevanda o la quantità di stupefacente presente in una sostanza). Peraltro, l'assenza di margine di valutazione, sia pure sotto il profilo della scelta tecnica opinabile da compiersi, che si riscontra nelle ipotesi di accertamento tecnico, come evidenziato in dottrina, non è derivante dalla struttura della norma che regola il potere, bensì dal criterio tecnico-scientifico espressamente richiamato da questa, criterio la cui applicazione offre risposte non discutibili; ne consegue che dunque l'attività amministrativa è di carattere vincolato e il sindacato del giudice amministrativo pieno[11].

Tali nozioni assumono rilievo centrale nella nostra analisi, in quanto mostrano chiaramente come discrezionalità amministrativa e tecnica condividano, a differenza dell'accertamento tecnico, un margine di "valutazione" rimesso all'amministrazione: nella discrezionalità amministrativa, esso involge nel rispetto delle regole di legittimità, l'opportunità della scelta su *an*, *quid*, *quando* o *quomodo* dell'esercizio del potere; nella discrezionalità tecnica, la scelta ricade sulla risposta, non univoca e opinabile, restituita dall'applicazione delle regole tecniche.

Come visto invero, persino il sindacato del giudice amministrativo, che è un sindacato tendenzialmente pieno, che trova il suo fondamento nell'art. 113 Cost. volto a garantire pienamente le situazioni soggettive dei privati a fronte del potere pubblico, soprattutto quello discrezionale, incontra il limite della sfera di riserva della scelta di merito dell'amministrazione, che residua quale valutazione di opportunità all'esito del giudizio di bilanciamento operato dall'ente pubblico nel rispetto delle regole di legittimità, essendo ciò imposto, in ultima analisi, dalla necessaria separazione tra i poteri dello Stato[12].

Ed è dunque del tutto fisiologico, come rilevato in dottrina, che il sindacato del giudice penale si arresti ancor prima, dovendosi escludere, dall'ambito della cognizione del giudizio di responsabilità penale «proprio quella "zona grigia" del giudizio di legittimità che, investendo le valutazioni discrezionali della p.a., si pone ai confini del merito amministrativo»[13].

---

[11] Cfr. G. Clemente di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, n. 7/2016.

[12] Cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, *cit.*, che descrive il "merito" come l'ambito delle scelte di mere opportunità che residuano all'amministrazione una volta constatato che esistono più modalità legittime di perseguimento dell'interesse pubblico indicato dalla legge. Definisce le regole di merito come regole di buona amministrazione C. Mortati, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 136. In tema, si veda anche in generale G. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

[13] R. Greco, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che riconduce tale maggiore limitazione del sindacato del giudice penale alla circostanza per cui il giudice penale «è deputato a esercitare un controllo "oggettivo" di legalità dell'azione ammini-

In merito, la dottrina ha poi condivisibilmente evidenziato come, dall'angolo visuale proprio del penalista, la particolare natura del vizio di eccesso di potere risulti morfologicamente inidonea a fondare una responsabilità penale, in quanto difficilmente accertabile *ex ante*, con evidente pregiudizio ai principi di determinatezza e prevedibilità dell'illecito penale[14].

Se così è allora, deve ritenersi che laddove il riscritto art. 323 c.p. fa riferimento alla rilevanza penale delle condotte poste in essere in violazione delle sole norme «dalle quali non residuino margini di discrezionalità», tale elemento normativo ricomprenda anche la nozione di discrezionalità tecnica, proprio perché postula comunque una qualche attività valutativa, opinabile appunto, che il legislatore della novella ha voluto escludere dall'area del penalmente rilevante, dovendosi porre a confronto dunque il binomio attività discrezionale (anche tecnica) – attività vincolata[15].

4. (*segue*) La natura del potere di determinazione del valore di stima dell'appalto.

La decisione in commento pare porsi, come principio, in linea di continuità con le considerazioni espresse circa la sopravvenuta irrilevanza penale, a valle della riforma operata con il d.l. c.d. semplificazioni n. 76/2020, delle condotte poste in essere nell'esercizio di discrezionalità tecnica; esclude tuttavia che essa ricorra nella fattispecie di cui al combinato disposto degli artt. 29 e 125 del precedente Codice dei Contratti, che sarebbero invece espressivi di una attività vincolata preceduta da un mero accertamento tecnico, con conseguente perdurante rilevanza penale della sua violazione ai fini dell'accertamento dell'elemento oggettivo del reato.

---

strativa, a garanzia dei valori costituzionalmente rilevanti dell'imparzialità e del buon andamento della p.a.», non già a tutelare le situazioni soggettive dei privati che si confrontino col potere amministrativo, essendo infatti privo del potere di annullamento dell'atto amministrativo viziato. Nello stesso senso si veda C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel rato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, cit., 721, che si interroga «su come sia possibile che un certo tipo di sindacato sia consentito al giudice penale, in un settore (il diritto penale, appunto) che dovrebbe essere il regno della *extrema ratio* e dove le esigenze di legalità sono più forti».

[14] Cfr. A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *Sistema Penale*, 1 marzo 2021, che efficacemente richiama «il c.d. *thin ice principle* di matrice anglosassone, la situazione del funzionario pubblico esposto al rischio penale può essere assimilata a quella di coloro che pattinano sul ghiaccio sottile: difficilmente essi potranno sperare di trovare un segno che indichi loro il punto preciso dove cadranno in acqua»; *contra* S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in questa *Rivista*, 25 febbraio 2021, che ritiene sostanzialmente condivisibile la tesi che «limita la rilevanza penale ai casi di eccesso (o sviamento) di potere c.d. estrinseco, ritenendo che possano assumere rilievo penale solo i casi in cui l'esercizio del potere discrezionale conduca al soddisfacimento di un interesse del tutto estraneo al modello giustificativo del potere stesso».

[15] In senso conforme, seppure sinteticamente, si sono espressi A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20 novembre 2020, 8 e M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020, 143.

La tesi sostenuta dalla Cassazione non è tuttavia condivisibile alla luce dei concetti giuridici sopra brevemente tratteggiati, non potendosi affermare che il criterio di calcolo del valore di stima di un appalto, *ex* art. 29 del D.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 35 del D.lgs. n. 50/2016), il quale condiziona poi la scelta sulla modalità di affidamento del servizio, possa essere determinato con assoluta certezza sulla base dell'applicazione di una regola tecnica che non lascia margine di opinabilità al pubblico funzionario.

Ciò pare a chi scrive, in primo luogo, confermato dal tenore letterale della norma in discorso, che si riferisce al valore «stimato» dell'appalto, sulla base «dell'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti», con l'unico limite della fissazione di un tetto al solo fine di escludere l'applicazione della disciplina ad evidenza pubblica; la norma invero utilizza concetti che non rimandano a regole tecniche che determinano con certezza il risultato a cui riferirsi, come nei – classici – casi dell'accertamento della gradazione alcolica di una bevanda o della quantità di stupefacente presente in una sostanza.

Ed infatti, in tal senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa in materia, che afferma che «la determinazione del valore di stima è, in linea di principio, insindacabile, salvo la prova del ricorrere di illogicità evidenti stante la necessità che la (pur ampia) discrezionalità tecnica di cui la S.A appaltante dispone, ai sensi dell'art. 35, commi 6-8, d.lgs. n. 50 del 2016, nella fissazione del valore stimato di un appalto, non si trasformi in arbitrio e prescinda totalmente dagli elementi ricavabili dal contesto economico di riferimento»[16].

E, si badi bene, poste le considerazioni sopra svolte, alcuna rilevanza può avere nel giudizio penale il richiamo fatto dalla giurisprudenza amministrativa alla possibilità di sindacare l'esercizio del potere discrezionale tecnico se questo eccede i limiti dell'illogicità, in quanto, come si è cercato di chiarire, ciò che deve essere esclusa *tout court* dall'area del penalmente rilevante – e dunque dal possibile scrutinio del giudice penale – è l'attività posta in essere in violazione di norme che attribuiscano un margine di valutazione discrezionale, anche di natura tecnica, al pubblico funzionario.

In altre parole, se la violazione di norme espressive di discrezionalità tecnica può, seppur con certi limiti, condurre all'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice amministrativo, la medesima violazione non può mai essere posta a fondamento di una affermazione di responsabilità penale, sul piano oggettivo, ai sensi dell'art. 323 c.p., in quanto ciò è proprio quanto la novella del 2020 ha escluso.

5. La teoria dei c.d. autolimiti e la sua distorsione.

Come anticipato, la sentenza in commento, utilizzando la tecnica della c.d. doppia motivazione, evidenzia come, anche se si dovesse ritenere che le norme in esame fondino un potere discrezionale tecnico in astratto, detto potere deve ritenersi consumato in concreto, in quanto lo stesso sarebbe divenuto vincolato, «per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio».

[16] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 31 ottobre 2019, n. 12540; nello stesso senso T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 9 dicembre 2019, n. 514; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 29 gennaio 2016, n. 27, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

La decisione invero pretende di fare applicazione della teoria dei c.d. autolimiti posti dall'amministrazione stessa alla propria attività discrezionale, a fronte dei quali, perciò, nel momento dell'esercizio concreto del potere esso, pur se attribuito in termini di potere discrezionale, si atteggia quale potere vincolato[17].

Detta costruzione tuttavia, il cui fondamento è rinvenuto dalla dottrina maggioritaria nei principi di eguaglianza e imparzialità, individua la necessaria fonte dell'autovincolo in uno o più precedenti provvedimenti espressione di un potere che risulta tipicamente attribuito dall'ordinamento generale per quella finalità[18].

Nello stesso senso, la giurisprudenza amministrativa ha ricostruito la fattispecie in discorso come un limite successivo all'esercizio della discrezionalità, ancorandolo tuttavia necessariamente ad una «determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali»; in presenza di tale vincolo, l'amministrazione è tenuta alla sua osservanza, non potendo più, da un lato, disapplicarlo e, dall'altro, la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni[19].

Poste così sinteticamente le basi costitutive dell'istituto dell'autolimite, emerge come il vincolo all'esercizio della discrezionalità, la quale andrebbe così ad esaurirsi, debba necessariamente trovare fondamento in uno o più provvedimenti amministrativi espressi, adottati nell'esercizio del medesimo potere "finale", che ne limitano i margini di scelta originariamente sussistenti.

Muovendo dal piano del diritto amministrativo a quello del diritto penale, se dunque è vero, in astratto, che in presenza di una attività che, pur originariamente discrezionale, abbia perduto tale caratteristica per effetto di atti amministrativi che abbiano autovincolato l'amministrazione, la violazione di un siffatto vincolo possa essere ritenuta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., è assolutamente necessario che tale autolimite risulti dall'adozione di atti amministrativi che lo stesso espressamente prevedano e non già che questo possa inferirsi da comportamenti del pubblico funzionario.

Sotto questo profilo merita di essere criticata la sentenza in commento, che peraltro richiama una sentenza del Consiglio di Stato (la n. 4089 del 17 giugno 2019) che nulla ha a che vedere con la teoria dell'autolimite: detta decisione infatti attiene alla ritenuta inidoneità della violazione della norma procedimentale di cui all'art. 10-*bis* L. 241/1990, che impone la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della

---

[17] In argomento, si v. P.M. Vipiana, *L'autolimite della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990. Si v. altresì A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, 233 ss. e C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, 269 ss.

[18] P.M. Vipiana, *L'autolimite della pubblica amministrazione*, cit., 357. In termini F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020, 63.

[19] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8209, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che afferma altresì come «la garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti».

domanda, a comportare l'annullamento neppure del provvedimento, discrezionale – perciò non autovincolato – se il privato non allega in giudizio gli elementi che avrebbe portato a conoscenza della pubblica amministrazione nel caso in cui il contraddittorio fosse stato rispettato, secondo una peculiare lettura dell'art. 21-*octies* L. 241/1990 invalsa nella giurisprudenza amministrativa[20].

Ed invero, la Cassazione richiama quali elementi fondanti un autolimite, circostanze fattuali che, lungi dal costituire provvedimenti espressi di limitazione del potere della discrezionalità, risultano unicamente elementi da cui la sentenza ricostruisce una presunta conoscenza da parte dell'imputato circa quello che doveva essere la scelta da compiersi in merito alle modalità dell'affidamento del servizio (non in via diretta, ma tramite procedura ad evidenza pubblica).

In tal senso infatti, possono leggersi i richiami già citati al fatto che la gestione del servizio aveva generato un numero di verbali particolarmente ingente, i cui costi, come visto, non erano stati contemplati nella determinazione del valore dell'appalto; al fatto che già tempo prima l'imputato aveva conosciuto i risultati di uno "studio sperimentale", da lui sottoscritto e trasmesso agli uffici, da cui emergeva che il numero di verbali sarebbe stato elevatissimo; nonché nella circostanza che altre amministrazioni della zona avevano affidato il medesimo servizio mediante pubblicazione di un bando di gara ad evidenza pubblica.

Nessuno di tali elementi però può affermarsi costituire un autovincolo all'attività del pubblico funzionario nella valutazione, che si è riconosciuto essere discrezionale tecnica, circa la determinazione del valore di stima dell'appalto e, segnatamente, circa il fatto che l'amministrazione si fosse autovincolata all'inserimento, nella determinazione del valore, anche dei costi relativi ai verbali che sarebbero stati emessi. In altre parole, non risultano atti amministrativi che, a monte, abbiano rigidamente predeterminato i criteri di determinazione del valore dell'appalto, vincolando così, a valle, il provvedimento finale che, pur in astratto espressione di discrezionalità tecnica, sarebbe risultato, al contrario, vincolato.

Tale fattispecie tuttavia è l'unica che avrebbe potuto aprire la strada all'argomentazione dell'autolimite e fondare la possibile perdurante rilevanza penale della condotta, essendo a ciò del tutto inidonee circostanze fattuali che rilevano unicamente come indici del fatto che il pubblico funzionario non abbia correttamente esercitato il proprio potere tecnico-discrezionale. Il quale però rappresenta un sindacato non (più) consentito al giudice penale sull'esercizio della discrezionalità, anche tecnica, dell'amministrazione e, di riflesso, sull'irrilevanza penale di una simile eventuale violazione dei limiti del potere.

[20] La citata sentenza Cons. Stato, Sez. II, 17 giugno 2019, n. 4089 è reperibile in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul tema rinvio a G. Serra, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10*-bis *della L. n. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in *LexItalia.it – Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 7/2020.

6. Osservazioni conclusive sul *restraint* interpretativo della nozione di discrezionalità penalmente irrilevante.

La sentenza che si è commentata con queste brevi considerazioni, non pare aver fatto dunque un buon governo dei limiti che il legislatore della novella del 2020 ha posto all'area del penalmente rilevante, con particolare riferimento all'elemento normativo integratrice del precetto penale della discrezionalità dell'amministrazione; ciò, tanto con riferimento alla qualificazione della norma violata come vincolante, laddove la stessa si ritiene espressiva di discrezionalità tecnica, nonché in relazione al ritenuto esaurimento di detta discrezionalità, quand'anche configurabile, per effetto di condotte poste in essere in precedenza dal medesimo imputato.

Ciò che traspare, invero, dalla lettura della decisione, in particolare nei tratti motivazionali che valorizzano particolarmente gli elementi fattuali della conoscenza da parte dell'imputato del numero dei verbali di contravvenzione che sarebbero stati emessi dal gestore del servizio, nonché nella conoscenza dell'affidamento della medesima tipologia di servizio da parte di altre amministrazioni mediante procedura ad evidenzia pubblica, è la ritenuta particolare condizione soggettiva dell'imputato, sulla base dei quali si fonda il giudizio di deliberata violazione di una norma di legge vincolante.

E tuttavia, pare a chi scrive e prescindendo da qualsivoglia considerazione sul merito della riforma del 2020, che valorizzando dette circostanze il giudice penale abbia esercitato il sindacato proprio del giudice amministrativo laddove scandaglia la sussistenza di indici espressivi (c.d. figure sintomatiche) del vizio di eccesso di potere nell'esercizio dell'attività discrezionale, anche tecnica. Per le ragioni sopra espresse, deve ritenersi che, oggi, tale sindacato sia precluso al giudice penale, che non è giudice della legittimità dell'attività amministrativa discrezionale, essendo penalmente rilevante, se accompagnata dagli altri elementi oggettivi e soggettivi, solo la violazione di norme prive di margine di discrezionalità.

La sentenza qui commentata, pare allora porsi in linea di continuità con altra recente sentenza della stessa Sezione VI della Corte di Cassazione, che ha ritenuto ancora compresa nell'alveo applicativo dell'art. 323 c.p. l'esercizio del potere discrezionale che «trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito»[21].

Tale decisione è, se si vuole, ancor più in contrasto con la novella operata sull'art. 323 c.p., poiché afferma la permanente rilevanza penale di una condotta del pubblico funzionario che integri il c.d. sviamento di potere, che altro non è però che la "classica forma" dell'eccesso di potere discrezionale[22]: dunque, semplicemente, un vizio della

[21] Cass. Pen., Sez. VI, dep. 8 gennaio 2021, n. 1146, in questa *Rivista*, 19 gennaio 2021, con nota critica di B. Romano, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'*abolitio criminis *parziale*.

[22] Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Milano, 2009, p. 543, ove l'A. ricorda peraltro che sviamento di potere non significa straripamento di potere, che rappresentava la concezione del vizio del legislatore dell'800, superata dalla giurisprudenza successiva sulla scia dell'esperienza francese del *Conseil d'Etat* che ha elaborato la nozione di *detournement de pouvoir*.

discrezionalità, una violazione di norma discrezionale che, tuttavia, è oggi esclusa dall'area della fattispecie incriminatrice.

In entrambe le decisioni si pone dunque, seppur con percorsi argomentativi differenti, a fondamento dell'asserita perdurante rilevanza penale di alcune condotte, una sorta di "particolare allontanamento" dell'operato del pubblico funzionario dal rispetto dei limiti della discrezionalità: se nella precedente sentenza la Cassazione aveva utilizzato il riferimento allo sviamento di potere, nella decisione qui in commento si è posta lunga la linea dell'assenza di discrezionalità tecnica e di un – invero inesistente – autovincolo.

Tali elementi potevano senz'altro esser rilevanti vigente la precedente formulazione dell'art. 323 c.p.c., ma oggi non possono trovare ingresso ai fini dell'affermazione della responsabilità penale, pur cogliendosi le ragioni di fondo che sembrano animare le recenti tesi proposte dalla Cassazione al fine di offrire uno spazio applicativo, concreto, all'art. 323 c.p. nelle ipotesi più rilevanti dell'attività amministrativa, *i.e.* quelle di esercizio della discrezionalità e della discrezionalità tecnica[23].

E tuttavia tale approccio non può condividersi: richiamando una metafora proposta da autorevole dottrina, riferita alla posizione di Rudolf Von Jhering in merito al *Mercante di Venezia* e all'opera di Porzia in confronto alla posizione di Shylock, «Sein Recht [il diritto di Shylock] und das Recht Venedigs sind eins; mit seinem Recht stürzt letzteres selber. Il diritto di Shylock e il diritto di Venezia sono una cosa sola. Distruggere il primo, per quanto a fin di bene, significa distruggere il secondo»[24].

E se di tali affermazioni si può discutere a livello di teoria generale, esse devono senz'altro avere una piena esplicazione nell'ambito del diritto penale, ove il principio di legalità ed i suoi corollari, in particolare di tassatività, impongono il rigoroso rispetto del tenore testuale del diritto positivo, in ragione della necessaria calcolabilità da parte dei consociati delle conseguenze giuridiche delle loro condotte, alla luce del coinvolgimento della libertà personale tra esse[25].

---

[23] Tale esigenza è avvertita anche in dottrina. Cfr. T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8 ss., che ritiene, criticamente, che «(...) non potrà trattarsi che di ipotesi men che marginali, destinate a sollecitare l'acribia dei giureconsulti, ma non l'impegno della giurisprudenza (...)» (p. 9).

[24] M. Luciani, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2020, 6, che richiama R. v. Jhering, *Der Kampf um's Recht*, G.J. Manz'schen Buchhandlung, Vienna, 1872, 64.

[25] Avevo già rilevato in G. Serra, *Interpretazione estensiva* vs *divieto di analogia: una problematica tradizionale in una recente (e criticabile) pronuncia della Corte di* Cassazione, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2018, 150 la necessità di una particolare attenzione al ruolo della giurisprudenza e delle tecniche interpretative nel diritto penale, richiamando anche la posizione di chi, pur descrivendo il giudice come inventore del diritto (dal verbo invenire), intendendosi per esso il ruolo di colui che cerca e che trova – non che crea – ciò che, seppur non espresso nel testo di legge, in esso vive ed è presente, poiché fondato su principi e valori insiti nella società civile, ammoniva che «discorso sensibilmente diverso dovrebbe forse riguardare il giudice penale» (P. Grossi, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *L'invenzione del diritto*, 2017, 83).

L'OMICIDIO STRADALE E LA PECULIARE RILEVANZA DELLE CONCAUSE

Nota a sentenza G.U.P. sez. XII, udienza 19.12.2020, sent. n. 1934/2020 (dep. 17.02.2021), Dr. Gaspare Sturzo Giudice

Matteo Minervini*

Sommario: **1.** La ricostruzione giudiziaria della vicenda. – **2.** Una breve premessa in tema di delitti in tema di circolazione stradale: tra colpa cosciente e dolo eventuale. – **3.** L'inquadramento sistematico del delitto di omicidio stradale a seguito della legge n. 41/2016. – **3.1.** L'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 589-*bis* c.p. – **3.2.** (*Segue...*) La causalità della colpa: il c.d. nesso di rischio. – **3.3.** (*Segue...*) "La concausa attenuante" *ex* art. 589-*bis*, co. 7 c.p. – **4.** L'ipotesi "speciale" di concorso formale. – **5.** Conclusioni.

Abstract

*Una recente decisione della XII sez. G.U.P. del Tribunale di Roma in tema di duplice omicidio stradale ricostruisce attentamente la fattispecie di cui all'art. 589-*bis *c.p., richiamando altresì la giurisprudenza di legittimità in materia senza trascurare i principi che reggono l'imputazione per colpa, comprese le "spinose" questioni attinenti al nesso eziologico ed ai suoi rapporti con la speciale ipotesi attenuante prevista al comma sette. La decisione offre lo spunto per riflettere sulla riforma del 2016, mettendo in luce talune sue criticità originarie, nonché alcuni aspetti problematici emersi nel diritto vivente. In particolare, a destare interesse è la speciale disciplina prevista nel comma 7 in materia di concause con cui si introduce un istituto che può consentire di valutare in termini favorevoli al reo il comportamento imprudente della vittima, che, invece, la tradizionale lettura "ribaltata" del principio di affidamento* in subiecta materia *non sembra consentire.*

*A recent decision of the XII section G.U.P. of the Court of Rome on the subject of double street homicide carefully reconstructs the case referred to in art. 589-*bis *of the Criminal Code, also recalling the jurisprudence of legitimacy on the matter without neglecting the principles that govern the charge for negligence, including the "thorny" issues relating to the etiological link and its relationship with the special mitigating hypothesis provided for in paragraph seven. The decision offers an opportunity to reflect on the 2016 reform, highlighting some of its original criticalities, as well as some problematic aspects that have emerged in living law. In particular, to arouse interest is the special rules provided for in paragraph 7 relating to concurrent causes with which an institution is introduced that can allow the imprudent behavior of the victim to be assessed in terms favorable to the offender, which, instead, the traditional "overturned" reading of the principle of reliance in subiecta materia does not seem to allow.*

* Dottore di ricerca in Diritto penale - Università di Roma Tor Vergata.

1. La ricostruzione giudiziaria della vicenda.

Con la sentenza in epigrafe, la Dodicesima Sezione dell'Ufficio del Giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale di Roma, afferma, in primo grado di giudizio, la penale responsabilità dell'imputato per il duplice omicidio in concorso formale, *ex* art. 589 *bis*, aggravato ai sensi del comma 4 e 8 c.p.

Nello specifico, l'imputato, percorrendo una delle vie principali della Capitale alla guida di un'autovettura, per colpa consistita in imprudenza e imperizia, aggravata dalla violazione delle norme sul codice della strada perché utilizzava il telefono cellulare e aveva assunto alcool – risulterà infatti positivo ai prelievi alcolemici per il valore di 1,40 G/L –[1], investiva due vittime provocandone la morte.

L'accusa contestava all'imputato, per i motivi sopraindicati, l'omicidio stradale aggravato ai sensi del comma 4 e 8 dell'art. 589 *bis* c.p.

Inoltre, si contestava all'imputato anche l'addebito di cui all'art. 189 co. 6 del CdS perché avendo causato il sinistro, proseguiva la corsa per circa 180 metri prima dell'arresto definitivo del veicolo.

Nel merito, poi, la vicenda era resa più complessa dal fatto che le due vittime attraversavano la strada correndo di notte, tenendosi per mano e nel momento in cui il semaforo segnava il rosso pedonale e il verde per le autovetture.

Per quest'ultimo motivo, quindi, la difesa dell'imputato chiedeva che fosse riconosciuta a questo l'attenuante speciale di cui al co. 7 dell'art. 589-*bis* c.p., ossia una diminuzione considerevole della pena – sino alla metà – perché l'evento non sarebbe stata esclusiva conseguenza dell'azione dell'odierno imputato[2]. La suddetta attenuante sarà poi disconosciuta dal giudice del merito laddove quest'ultimo riterrà la condotta dell'imputato essa stessa «la scaturigine prima» del comportamento imprudente delle vittime[3].

2. Una breve premessa circa i delitti in tema di circolazione stradale: tra colpa cosciente e dolo eventuale.

Per affrontare il tema che qui ci occupa, occorre preliminarmente e sinteticamente dare conto di quella che era la precedente disciplina normativa. Ciò, anche e soprattutto al fine di poter svolgere una più attenta riflessione circa l'opportunità di una riforma come quella intervenuta nel 2016 con la legge n. 41, che, a parere della dottrina assolutamente dominante, appare figlia più di una valutazione di opportunità politica che di una ponderata riflessione giuridica[4].

L'art. 589 c.p., ora, dal canto suo, rinvia implicitamente all'art. 43 c.p., sicché in base al combinato disposto di entrambe le norme citate, l'omicidio colposo può es-

1 Cfr. G.U.P., sez. XII, (ud. 19.12.2020), sent. n.1934/20, dep. 17.02.21.
2 Cfr. G.U.P., *op. cit.*, 7.
3 Cfr. G.U.P., *op. cit.*, 180.
4 Cfr. Menghini, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Trento, 2016, 38.

sere definito come «la causazione involontaria di un evento letale caratterizzata dalla violazione di norme di condotta aventi finalità cautelari»[5].

Come emerso dalla prassi giurisprudenziale già prima dell'intervento riformatore del 2008, inoltre, la responsabilità colposa non sarebbe il frutto di un fenomeno unitario, bensì un istituto formato da "diverse tipologie di colpa" relative alle caratteristiche che la violazione della regola cautelare assume nei vari ambienti in cui essa viene in rilievo (ad es. colpa nell'ambito della circolazione stradale; colpa medica; colpa nel settore degli infortuni sul lavoro etc.)[6].

Per questo motivo, quindi, la condotta tipica dell'omicidio colposo non è rappresentata dalla semplice causazione dell'evento bensì dalla causazione della morte in violazione di una regola cautelare.

Nel 2008, poi, il legislatore è intervenuto a modificare l'omicidio colposo commesso a seguito della violazione delle norme sulla circolazione stradale inasprendo fortemente il rigore sanzionatorio. L'art. 589 c.p. passava, infatti, dalla previsione di un minimo edittale di 5 anni ad uno di 7 anni; e il massimo edittale era innalzato, nel caso di morte di più persone o morte di una o più persone e lesione di una o più persone, sino a 15 anni di reclusione. La ratio dell'intervento riformatore, dunque, fu dichiaratamente quella di apportare una maggiore efficacia deterrente alle norme che punivano i delitti commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale[7].

Con il citato decreto sicurezza n. 92/2008 si stabiliva, infatti, una vera e propria circostanza aggravante speciale dell'omicidio colposo, laddove quest'ultimo fosse stato commesso in violazione delle norme sulla circolazione stradale così come disposto all'art. 589 co. 2 e 3 c.p.[8]

Una parte della dottrina aveva già allora osservato che un tale inasprimento sanzionatorio, se da un lato correva il rischio di far perdere la proporzione tra pena, meritevolezza di pena e offensività del fatto; dall'altro lato rispondeva all'esigenza di ricalibrare il codice Rocco spostando l'attenzione sul bene vita e integrità fisica, come l'evoluzione storica e politica avrebbe richiesto di fare[9].

All'indomani dell'approvazione del c.d. "pacchetto sicurezza" la dottrina non tardò quindi ad evidenziare che l'intento legislativo – di inasprire le pene per i fatti di omicidio e lesioni stradali – palesasse un intento marcatamente repressivo, tale da sembra-

---

5 Cfr. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte speciale, Vol. II, tomo primo, I delitti contro la persona*, Bologna, 2012, 19.

6 Cfr. Fiandaca-Musco, *op. cit.*, 19.

7 Cfr. Relazione al disegno di legge di conversione n. 125/2008 del d.l. n. 92/2008, in *http://www.giustizia.it*, in cui si può leggere che in relazione ai fatti di omicidio o lesioni legati alla violazione delle norme sulla circolazione stradale «le attuali risposte sanzionatorie siano sostanzialmente prive di adeguata efficacia deterrente e che pertanto si renda indispensabile un loro inasprimento, sia sul piano penale che su quello delle sanzioni amministrative accessorie».

8 Per completezza può essere ricordato che una parte della dottrina riteneva non trattarsi di una vera e propria circostanza aggravante, quanto piuttosto di una forma particolare di concorso formale di reati: per effetto della riforma, infatti, quel medesimo fatto che integrerebbe altrimenti un reato contravvenzionale (art. 186 codice della strada) rimane assorbito dalla fattispecie aggravata di omicidio colposo. In questi termini, cfr. Fiandaca-Musco, *op. cit.*, 24, in nota, Veneziani, *I delitti contro la vita,* cit., 94 ss.

9 Cfr. Fiandaca-Musco, *op. cit.*, Add., 2008, 4.

re più il frutto di una risposta ai malumori che questa tipologia di reato suscitava, che di una concreta valutazione dei fatti così come presentati nel caso concreto.

Nondimeno, però, da più parti se ne apprezzò anche l'aspetto positivo, ossia, vista la tendenza giurisprudenziale ad imputare spesso tali delitti a titolo di dolo eventuale per scopi di mera deterrenza, si ritenne che il rinnovato inasprimento sanzionatorio potesse calmierare questo filone interpretativo.

I fatti di omicidio o lesioni stradali, invero, soprattutto se causati a seguito di assunzione di sostanze che alteravano lo stato psico-fisico, si affermava, sembrerebbero evocare più correttamente un'imputazione a titolo di colpa cosciente, sulla base della considerazione che il soggetto molto spesso ha la convinzione di poter comunque evitare l'evento[10].

Nondimeno, però, l'intento politico-criminale di spostare il baricentro dell'imputazione più sulla colpa aggravata che sul dolo eventuale, con conseguente inasprimento di pena, poteva essere facilmente vanificato nella prassi giurisprudenziale laddove l'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 589 c.p. fosse risultata soccombente a seguito del bilanciamento con le attenuanti operato *ex* art. 69 c.p.

Fu questo, in buona sostanza, il motivo per cui la giurisprudenza continuò anche dopo la riforma del 2008 ad utilizzare l'imputazione a titolo di dolo eventuale tutte le volte che la condotta dell'agente risultava particolarmente grave.

Ed invero, i confini tra le due categorie – dolo eventuale e colpa cosciente – almeno fino alla nota pronuncia delle Sez. Un. nel 2014[11], sono stati sempre labili, e, per molti anni, risolti sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina facendo applicazione di un acritico principio fondato sulla c.d. accettazione del rischio.

Nel corso degli ultimi anni, quindi, la tendenza giurisprudenziale a fare applicazione del dolo eventuale non solo in presenza di attività a rischio base totalmente illecito, ma anche per quelle a rischio base lecito, ha fatto riemergere la necessità di individuare un criterio più netto, idoneo a distinguere la dicotomia soggettiva senza scadere in "automatismi sanzionatori".

Si è trattato, come è stato affermato, del più intenso dibattito sul tema dall'entrata in vigore del codice penale[12].

In passato, infatti, l'orientamento giurisprudenziale sull'argomento mostrava una costante: si escludeva l'applicabilità del dolo eventuale per i reati commessi nell'ambito delle attività c.d. a rischio base lecito (ad es. circolazione stradale, attività sportiva etc.), e, al contrario, se ne affermava l'esistenza se il fatto era cagionato nell'ambito di attività a rischio base totalmente illecito[13].

In altri termini, laddove l'attività fosse stata prevista dall'agente che agiva in un territorio illecito, si applicava in modo pressoché automatico il dolo eventuale; contrariamente, nelle ipotesi in cui l'attività dell'agente era ascritta nell'ambito di attività rischiose ma consentite, si contestava quasi sempre la colpa cosciente.

---

10 Cfr. Potetti, *I nuovi lineamenti dei reati di omicidio colposo o lesioni colpose, conseguenti al cosiddetto "Pacchetto sicurezza"*, cit., 4809 ss.

11 Cfr. Cass., Sez. Un., sent. 18.09.2014.

12 Cfr. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in, *www.penalecontemporaneo.it,* 21.02.2014.

13 Cfr. Canestrari, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio base "consentito"*, in, *www.penalecontemporaneo.it*, 06.02.2013.

Il dolo eventuale diveniva così una sorta di *versari in re illicita* contrapposto alla colpa cosciente, laddove, viceversa, si versava *in re licita*, e il cui spartiacque era individuato dal principio dell'accettazione del rischio.

La rottura di questo equilibrio ha portato alla sempre maggiore tendenza ad estendere il rimprovero penale in aree prima coperte dal solo rischio lecito, come ad esempio l'attività medica, lavorativa oppure la circolazione stradale[14].

Nell'ambito del descritto orientamento espansivo dell'imputazione dolosa, quindi, si è assistito al rischioso tentativo di trasformare il dolo eventuale in uno strumento di prevenzione generale: così, ad esempio, si puniva a titolo di dolo eventuale la condotta dell'automobilista particolarmente incosciente.

Da qui la preoccupante tendenza a "strumentalizzare" fatti del passato per prevenire fatti futuri, accollando all'agente odierno una pena idonea a fargli scontare anche l'eventuale fatto futuro di un terzo secondo la logica della c.d. pena esemplare[15].

Si è assistito in tal modo all'emergere di due tendenze tra loro contrastanti, da un lato l'inasprimento della risposta sanzionatoria per il tramite del dolo eventuale rispetto a fatti che prima godevano di una sorta di «privilegio della colpa»[16]; dall'altro lato la conseguente emersione di esigenze garantiste volte a restringere l'ambito applicativo di tale imputazione, finendo per mettere in discussione la stessa configurabilità di taluni reati a titolo di dolo eventuale in contesti che sino ad allora erano invece pacificamente ricondotti in quel paradigma.

Tale dibattito, quindi, ha portato a mettere seriamente in discussione il criterio dell'accettazione del rischio per distinguere colpa cosciente e dolo eventuale, approdando ad altri criteri ritenuti più idonei a tal fine, come quello della formula di Frank che ha trovato avallo nella ricordata pronuncia a Sez. Un. resa nel noto caso Thyssenkrupp[17].

Una volta individuato nella volontà dell'agente e non nella rappresentazione dell'evento il discrimine per imputare l'evento a titolo di colpa cosciente o dolo eventuale, la giurisprudenza successiva ha dovuto applicare tale ultimo criterio anche in materia di omicidi e lesioni commessi in violazione delle regole sul codice della strada, non potendo certamente più utilizzare lo "strumento" del dolo eventuale pur una finalità meramente deterrente.

In quest'ottica, quindi, al fine di venire incontro alle esigenze repressive dell'opinione pubblica alimentate dall'amplificazione mediatica di gravi incidenti stradali, si spiega l'introduzione, da parte del legislatore, dei delitti di omicidio e lesioni stradali di cui agli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. ad opera della legge n. 41/2016.

---

14 Cfr. Canestrari, *op. cit.*

15 Cfr. Donini, *op. cit.*

16 Cfr. Donini, *op. cit.*

17 Cfr. Cass., Sez. Un., sent. 18.09.2014. La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente non riguarda l'aspetto rappresentativo, presente anche nella forma aggravata della colpa, ma piuttosto quello volitivo, presente invece solo nel dolo. Nel dolo eventuale, in altri termini, afferma la giurisprudenza, sebbene l'evento non sia propriamente voluto vi è comunque un atteggiamento soggettivo assimilabile alla volontà. Le Sez. Un. attraverso l'utilizzo della c.d. formula di Frank spiegano che nel dolo eventuale, il soggetto, anche se avesse avuto la certezza che l'evento si fosse verificato, avrebbe agito allo stesso modo laddove la realizzazione di quest'ultimo è il "prezzo" che l'agente è disposto a pagare pur di raggiungere il suo scopo.

3. L'inquadramento sistematico del delitto di omicidio stradale a seguito della legge n. 41/2016.

Come già detto, quindi, l'allarme sociale suscitato dai gravi fatti che vedono coinvolte le c.d. vittime della strada, ha indotto il legislatore, con la legge 23 marzo 2016, n. 41, a modificare l'intervento penale al fine di contrastare le condotte colpevoli nella guida dei veicoli a motore.

La riforma ha abbandonato la fattispecie di reato meramente circostanziato facendo spazio a due nuove fattispecie delittuose speciali – l'omicidio e le lesioni commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale –, accompagnate da più ipotesi aggravanti c.d. privilegiate, in quanto per l'espressa previsione di cui all'art. 590-*quater* c.p., non possono essere ritenute equivalenti o soccombenti all'esito del giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p.

La nuova disciplina quindi ha previsto ipotesi speciali di aggravamento della pena con riferimento ai casi in cui l'agente cagioni la morte o la lesione ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di alterazione alcolica o a seguito di assunzione di sostanze stupefacenti, con una pena che va da otto a dodici anni di reclusione. È previsto poi un cumulo giuridico e non materiale nelle ipotesi in cui l'agente cagioni la morte o la lesione di più persone, e in questo caso la regola è quella dell'art. 81 c.p. stabilendo un limite massimo di pena di diciotto anni.

La natura di fattispecie autonoma dei reati di omicidio e lesioni stradali, in uno con le aggravanti c.d. privilegiate, quindi, tradisce certamente l'intento (ancora più) repressivo che il legislatore ha voluto affidare alla riforma. Si evita in questo modo il pericolo del bilanciamento *ex* art. 69 c.p., che, come sopra osservato, correvano invece le precedenti formulazioni di tali fattispecie previste come aggravanti dell'omicidio colposo e delle lesioni colpose.

Le norme, però, si pongono senz'altro in continuità con le precedenti fattispecie a natura circostanziale, con la conseguenza che i fatti commessi prima del 2016 possono essere ancora puniti come omicidio e lesioni stradali, con il trattamento favorevole che deriva però dal precedente giudizio di bilanciamento[18].

3.1. L'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 589-*bis* c.p.

Il secondo comma dell'art. 589 *bis* c.p. sanziona con una cornice edittale da 8 a 12 anni, il comportamento di chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in condizioni di alterazione dovute all'assunzione di alcool – nelle ipotesi di cui alla lett. c) dell'art. 186 c.d.s. – o stupefacenti, cagioni per colpa la morte di una persona.

È lo stesso legislatore poi a specificare la natura speciale di tale aggravante all'art. 589-*quater* c.p.

[18] È infatti pacifico che debba ritenersi sussistere una successione di leggi nel tempo e non un'*abolitio criminis* nell'ipotesi in cui una fattispecie circostanziata venga ad essere trasformata in una fattispecie autonoma, stante l'identità strutturale tra le due previsioni. In questi termini, cfr. Cass. pen. 10 settembre 2007, n. 34216.

L'aggravante in esame, oltre a innalzare significativamente la cornice edittale della fattispecie, non si presta ad una lettura che trova in dottrina tutti d'accordo: ed invero, taluni affermano che la ricostruzione del dato normativo non pare del tutto rispettosa del principio di colpevolezza, in particolar modo, ci si riferisce a coloro che si accontentano della prova dell'alterazione psico-fisica senza vagliarne il nesso eziologico che legherebbe quest'ultima e la violazione della regola cautelare: in altri termini, sarebbe una circostanza aggravante imputata oggettivamente contro i principi in tema di colpevolezza delle aggravanti così come previsto all'art. 59 c.p.

Si afferma, inoltre, che anche laddove voglia affermarsi rispettato il principio di colpevolezza nell'ipotesi in cui venga vagliato il duplice nesso causale, ossia quello tra stato di alterazione e violazione della regola cautelare, e tra quest'ultima e l'evento infausto, resterebbero vivi i profili di dubbia costituzionalità in tema di rispetto di principio di colpevolezza riguardo a quanto in generale previsto dall'art. 92, comma 1, c.p. per il caso in cui l'ebrezza sconfini in effetti in uno stato di ubriachezza in grado, in quanto tale, di incidere elidendola sulla capacità di intendere e volere[19].

Il modo per formulare un'imputazione rispettosa del principio di colpevolezza, si afferma, sarebbe di vagliare lo stato soggettivo dell'agente al momento del fatto, tenendo conto altresì se l'evento era prevedibile in concreto secondo l'*id quod plaerumque accidit*.

Brevemente, sul punto, può essere osservato che il legislatore disciplina tale fenomeno in maniera particolarmente severa. Invero, l'ubriaco ha una capacità di intendere e di volere, almeno nei casi più estremi, notevolmente ridotta. Ciononondimeno, è parificato dalla legge al soggetto imputabile, e, anzi, la pena per i fatti da questo commessi è addirittura aggravata, ciò al fine di scoraggiare fortemente tali fenomeni.

La disciplina dell'ubriachezza (o della stupefazione) è suddivisa in quattro ipotesi particolari[20]: per quel che qui ci occupa, l'ipotesi dell'ubriachezza volontaria o colposa è senz'altro quella più controversa e dibattuta.

Si pensi, a titolo esemplificativo, che taluno si ubriachi perché vuole farlo, oppure perché beve troppo senza la primaria intenzione di ubriacarsi, e, ovviamente, senza l'intenzione di commettere alcun reato, ma, ciononostante, una volta ubriaco cagiona un delitto.

Orbene, secondo la disciplina del codice penale l'agente è equiparato al soggetto capace di intendere e di volere.

Per questo motivo una parte della dottrina avanza ragionevoli dubbi circa la costituzionalità di una disciplina così formulata. In tale ipotesi, si afferma, sarebbe difficile immaginare la capacità di intendere e di volere al momento del fatto, e, soprattutto, ci si chiede a che titolo imputare il reato.

La norma appare, ad una prima lettura, quindi, senz'altro in una relazione problematica con il principio di colpevolezza.

Una parte della dottrina ritiene che la contestazione del fatto all'imputato debba essere formulata a seconda dello stato psicologico in cui versava l'agente quando si è ubriacato.

---

[19] Cfr. Menghini, *op. cit.*, cit., 60.

[20] Il combinato disposto degli artt. 91, 92, 94 e 86 c.p. prevede quattro diverse tipologie di ubriachezza: involontaria, volontaria o colposa, abituale e preordinata (c.d. *actio libera in causa*).

Questo, però, porterebbe a situazioni paradossali in cui, ad esempio, chi si ubriaca colposamente e poi decide, da ubriaco, di fare un furto, non potrà essere punito perché il furto colposo non è previsto dal legislatore. E di contro, chi si ubriaca dolosamente e poi fa un incidente stradale colposo risponderebbe di un fatto doloso.

È questo il motivo per cui l'impostazione preferibile ritiene che debba essere tenuto in considerazione lo stato mentale, doloso o colposo, del soggetto al momento della commissione del fatto.

Una tesi intermedia, anch'essa in linea con la lettura costituzionalmente orientata di tutte le fattispecie c.d. oggettive, ritiene debba farsi riferimento alla categoria della c.d. prevedibilità in concreto dell'evento infausto. Il soggetto, in altri termini, al momento in cui si ubriaca dovrebbe poter ragionevolmente prevedere la possibilità o probabilità che in un momento successivo correrà il rischio della commissione di un reato[21].

Dopo questa breve ma necessaria digressione, appare quindi evidente come al fine di valorizzare il principio di colpevolezza sia necessario il vaglio del nesso causale che intercorre tra l'ubriachezza e la causazione dell'evento. Diversamente opinando, invero, si giungerebbe a contestare l'aggravante dell'alterazione psico-fisica dovuta ad alcool o droghe in modo oggettivo, in palese contrasto con il principio di colpevolezza, valevole anche per le aggravanti come espressamente previsto all'art. 59 c.p.[22].

Inoltre, se si addebitasse la mera alterazione alcolemica all'agente al fine di contestargli l'aggravate di cui all'art. 589 *bis*, comma 2, c.p., in nulla la norma penale si distinguerebbe dalla corrispettiva sanzione amministrativa di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) c.d.s.

Appare ragionevole, infatti, chiedere nell'ambito di un omicidio colposo un *quid* in più rispetto a quanto previsto per la contestazione di un'ammenda e dell'arresto, ciò anche al fine di restituire alla materia penale il suo campo di elezione: cioè quello di punire un soggetto con la privazione della libertà solo in casi estremi. In tale ipotesi il *quid pluris* andrebbe senz'altro rinvenuto nel nesso eziologico che intercorre tra l'ubriachezza e la violazione della regola cautelare e tra questa e l'evento delittuoso.

E, infatti, a norma del codice della strada *ex* art. 186 co. 2, lett. c) è punito chiunque si ponga alla guida in stato di ebrezza, se il fatto non costituisce più grave reato. In altri termini, laddove non si accerti il nesso di causalità tra l'ubriachezza e l'evento lesivo, si dovrebbe contestare l'art. 186 co. 2, lett c) in concorso con l'omicidio stradale, e non la più grave fattispecie di cui all'art. 589-*bis* co. 2 c.p., con palesi risultati in *bonam* per l'imputato.

L'assorbimento della meno grave fattispecie amministrativa in quella penale, infatti, è certamente giustificato, e ragionevolmente punito più severamente, laddove il fatto dell'alterazione alcolica abbia contribuito a cagionare l'evento infausto. Con-

[21] Cfr. diffusamente, Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 355 ss.

[22] Del resto a tale conclusione giunge anche la Cassazione laddove afferma che «l'esigenza dell'inequivoco riscontro di un obiettivo nesso di strumentalità-occasionalità tra lo stato di ebrezza del reo e l'incidente dallo stesso provocato, non potendo certamente giustificarsi l'inflizione di un deteriore trattamento sanzionatorio a carico del guidatore che, pur procedendo illecitamente in stato di ebrezza, sia stato coinvolto in un incidente stradale di per sé oggettivamente imprevedibile e in ogni caso privo di alcuna connessione con lo stato di ebrezza del soggetto». Cfr. Cass. pen., 14 marzo 2014, n. 15050.

trariamente, si finirebbe per punire (più gravemente) un soggetto per il mero *versari in re illicita*.

In altri termini, il giudice dovrebbe vagliare l'ipotesi dell'agente modello sobrio, che posto alla guida dell'autovettura nella medesima situazione dell'agente concreto ubriaco, non avrebbe secondo la probabilità statistica e logico-razionale, causato l'evento.

Il problema, però, è che la causalità della colpa è diversa della causalità della condotta almeno sotto il profilo della "certezza logica" che la prova deve raggiungere, e ciò proprio per la presenza di regole cautelari, le quali dominano il campo delle attività ontologicamente rischiose ma ritenute socialmente utili. Laddove tale rischio aumenti (o sfoci nel danno che si intendeva evitare), la causalità della colpa è provata.

Ragione per cui provare che lo stato di alterazione alcolica o da stupefacenti non abbia, quanto meno, aumentato il rischio della violazione della regola cautelare, e, quindi, della causazione dell'evento, sarà compito tutt'altro che agevole per l'interprete.

3.2. (*Segue*...) La causalità della colpa: il c.d. nesso di rischio.

Nel reato colposo di evento il risultato lesivo è la conseguenza della condotta illecita, ossia la conseguenza del comportamento che esce dal campo del rischio consentito di cui la regola cautelare segna il confine.

Anche nell'ambito dei delitti colposi la teoria che presiede all'accertamento del nesso causale è quella c.d. condizionalistica.

È opportuno precisare però che, nel paradigma della responsabilità colposa, l'evento deve essere la conseguenza necessaria non tanto o non solo della sola azione materiale, bensì di un'azione caratterizzata da specifici requisiti: deve contrastare con il dovere oggettivo di diligenza[23]. In altri termini, l'evento deve concretizzare proprio il rischio che la regola cautelare mirava a prevenire.

È in questo senso che si parla del c.d. nesso di rischio: ossia l'evento deve essere espressione proprio di quel rischio o pericolo che l'agente avrebbe dovuto (e potuto) evitare o ridurre, adottando le cautele doverose e di fatto omesse.

Il c.d. nesso di rischio ha dunque una duplice implicazione: da un lato l'evento cagionato deve appartenere a quel tipo di eventi che la norma cautelare mirava *ex ante* ad evitare o ridurre. Dall'altro lato, poi, tale nesso tra condotta ed evento induce a chiedersi cosa sarebbe successo se l'agente avesse adottato le cautele che la norma imponeva di adottare e lui di fatto ha omesso. In altri termini, l'interprete dovrà domandarsi se il c.d. comportamento alternativo lecito imposto *ex ante* dalla regola cautelare sarebbe risultato davvero idoneo a scongiurare l'evento, tenendo conto, *ex post*, di tutte le circostanze del caso concreto.

Una simile verifica ipotetica serve a capire se l'evitabilità astratta della regola cautelare si accompagna anche all'evitabilità concreta dell'evento grazie al comportamento alternativo lecito. Laddove il giudice dovesse rendersi conto che l'evento si sarebbe verificato lo stesso, verrebbe meno il c.d. nesso di rischio, cioè l'evento cagio-

[23] Cfr. diffusamente, Fiandaca-Musco, *op. cit.*, 588.

nato dall'agente non sarebbe la concretizzazione del rischio che la regola cautelare mirava ad evitare.

Il problema sta nel fatto che, pur accedendo all'ormai consolidato orientamento secondo cui il nesso di rischio deve essere vagliato in concreto, rimane da stabilire se questo sia ascrivibile alla categoria della causalità oppure alla categoria della colpa.

La questione non è di poco momento, perché a seconda dell'impostazione che si intenda seguire, la responsabilità colposa sarà esclusa, nella prima ipotesi quando è certo, e nella seconda ipotesi quando solo probabile o possibile che il comportamento alternativo lecito non avrebbe di fatto scongiurato l'evento.

Una parte della dottrina collocando la problematica del comportamento alternativo lecito nel campo della causalità quale criterio d'imputazione oggettiva dell'evento, afferma che occorrerebbe dimostrare con particolare rigore l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito: occorrerebbe cioè verificare che la condotta doverosa avrebbe scongiurato l'evento con una probabilità vicina alla certezza[24].

Al fine di evitare un eccessivo restringimento dell'ambito della responsabilità penale sacrificando le esigenze di prevenzione generale, la parte tendenzialmente maggioritaria della dottrina ritiene che il c.d. nesso di rischio e la problematica del comportamento alternativo lecito sia più ragionevolmente da ascrivere al campo della colpa. Così ragionando si fa impiego del criterio dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio.

In altri termini, nei reati colposi, una volta accertato il nesso di causalità materiale (guida spericolata-morte del passante), ai fini del successivo giudizio di colpa si ritiene sufficiente supporre che la condotta alternativa lecita avrebbe diminuito il rischio di verificazione dell'evento.

La possibilità che un tale criterio sia ritenuto soddisfacente ai fini della contestazione di un reato colposo viene spiegata dagli interpreti con il fatto che la c.d. teoria del rischio non sostituisce, bensì integra la teoria della causalità materiale, che deve essere stata già accertata[25].

A ben vedere, quindi, vi è da chiedersi se in settori delicati come quello della responsabilità del medico o della circolazione stradale sia giusto o meno privilegiare le ragioni dell'imputato al punto da escludere la responsabilità per colpa laddove non si provi che la condotta omessa avrebbe impedito (quasi) certamente l'evento; oppure, privilegiare esigenze di prevenzione generale, e confermare la penale responsabilità anche a fronte di comportamenti omessi che avrebbero (solo) diminuito il rischio di verificazione dell'evento lesivo.

Forse, il legislatore, proprio resosi conto dell'impostazione maggioritaria accolta anche dalla giurisprudenza, ha previsto, per quanto qui interessa, una speciale attenuante prevista al comma sette dell'art. 589-*bis* c.p. nelle ipotesi in cui l'evento lesivo non sia esclusivamente imputabile all'agente.

---

[24] Cfr. Tra gli altri, Eusebi, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1057 ss.; Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 346 ss.

[25] Cfr. diffusamente, Fiandaca-Musco, *op. cit.*, 588 ss.

3.3. (*Segue*...) "La concausa attenuante" *ex* art. 589-*bis*, co. 7 c.p.

Con l'attenuante in esame, si prende in considerazione il fatto che possano esservi condotte che, sebbene legate causalmente all'evento infausto, possono in concreto avere un'efficienza causale non esclusiva. Come già osservato in precedenza, il legislatore resosi conto da un lato del severo regime sanzionatorio che caratterizza il delitto di omicidio stradale, e, dall'altro lato, consapevole delle regole che dominano la causalità della colpa, ha introdotto con la legge n. 41/2016, al comma 7 dell'art. 589-*bis* c.p., un'inedita circostanza attenuante ad effetto speciale. Tale attenuante ha natura eccezionale laddove, si afferma, deroga al generale principio dell'equivalenza delle concause *ex* art. 41 c.p.[26].

Nei reati colposi, invero, l'eventuale concorso della vittima non esclude né interrompe il nesso causale e neppure vale come circostanza attenuante, potrà al più essere tenuto in conto dal giudice solo nella quantificazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 c.p.

Ai fini dell'applicabilità di detta attenuante, quindi, non si richiede un'interruzione del nesso causale idonea a escludere la penale responsabilità *ex* art. 41 co. 2 c.p., quanto più semplicemente un contributo rilevante idoneo ad essere ritenuto concausa: dunque una circostanza che si pone a metà strada tra l'art. 41 co. 1 e 3 e l'art. 41 co. 2 c.p.: quella che verrebbe definita nel codice penale spagnolo "un'esimente incompleta"[27].

Inoltre, sul punto, può essere ancora osservato che la norma non richiede una condotta della vittima ai fini dell'applicazione del comma sette, anzi, parla genericamente dell'evento e richiede che questo non sia la conseguenza «esclusiva» della condotta dell'agente.

Per questo motivo si può essere portati a ritenere, ragionevolmente, che concausa dell'evento non sia solo la condotta della vittima, bensì anche fattori estranei al comportamento umano, quali, ad esempio, fattori meteorologici oppure di terzi.

Questa speciale attenuante, inoltre, sembra dare anche una risposta al rigore con cui la giurisprudenza negli ultimi anni ha letto il c.d. principio di affidamento[28], così, di fatto, innalzando l'onere di diligenza.

Molti sono i casi in cui, infatti, si rimprovera all'agente di non aver osservato ulteriori regole di prudenza, pur avendo rispettato le regole cautelari tipizzate[29].

---

[26] Come affermato dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 88 del 2019, si tratta di un'attenuante speciale nel panorama delle circostanze del reato, proprio perché afferisce al rapporto casuale, retto dal generale principio di equivalenza delle cause, il quale vuole che le concause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità tra l'azione od omissione e l'evento; e ciò è vero anche quando la causa preesistente, simultanea o sopravvenuta consista nel fatto illecito altrui. In questi termini, cfr. Corte cost., 19 febbraio 2019, n. 88.

[27] Cfr. Menghini, *op. cit.*, 94.

[28] Cfr. Cass. pen., 9 gennaio 2015, n. 12260, secondo cui «il principio di affidamento, nello specifico campo della circolazione stradale, trova opportuno temperamento nell'opposto principio secondo il quale l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché rientri nel limite della prevedibilità».

[29] A titolo esemplificativo si pensi alla casistica in tema di manovre di emergenza o attraversa-

Ciò non toglie, in ogni caso, che il nesso eziologico difetterebbe tutte le volte in cui la condotta della vittima si presenti come del tutto imprevedibile ed eccezionale da parte dell'agente, e, se così non fosse, tale ipotesi delittuosa si trasformerebbe in una malcelata forma di responsabilità oggettiva[30].

Questa fattispecie introdotta dal legislatore del 2016, quindi, ha un contenuto del tutto eterogeneo rispetto alle circostanze attenuanti conosciute dal codice penale.

Il legislatore ha poi però, forse per evitare l'eccessivo *favor* che da questa circostanza sarebbe derivato, sottratto l'attenuante in esame al bilanciamento con le aggravanti c.d. privilegiate, suscitando non poche perplessità sino al punto di sottoporre la questione alla Corte costituzionale.

In buona sostanza, coloro che ritenevano che l'attenuante afferisse all'area dell'offensività eccepivano un vizio di legittimità costituzionale laddove l'aggravante privilegiata finiva per essere nient'altro che la (più severa) punizione dell'agente per ciò che è e non per ciò che ha commesso.

Sulla questione è poi recentemente intervenuta la Corte costituzionale a specificare che l'attenuante non attiene al campo dell'offensività. Si afferma che l'omicidio stradale, così come le lesioni stradali, anche laddove vengano in rilievo nella loro forma attenuata, offendono in ogni caso il bene protetto. Il comma sette non identifica, quindi, un fatto meno offensivo, ma si colloca sul piano della causalità in cui non opera il principio di proporzionalità, bensì quello dell'equivalenza causale, quindi, la discrezionalità del legislatore sarebbe maggiore nel determinare l'incidenza della circostanza nel computo della pena[31].

In tema di circolazione stradale, quindi, questo tipo di attenuante ha uno specifico e ragionato scopo politico-criminale. E, infatti, se come osservato anche dalla Corte costituzionale l'attenuante non afferisce al piano dell'offensività perché i fatti commessi con il "concorso colposo" della vittima restano offensivi e meritevoli di pena, dall'altro lato, però, lo speciale regime sanzionatorio viene notevolmente modificato per controbilanciare il principio di affidamento in tema di circolazione stradale, che, in tal modo, "torna" a ritenere apprezzabile in termini favorevoli al reo anche le condotte della persona offesa del reato.

L'utilità politico-criminale del comma sette, dunque, in un settore in cui il principio di affidamento è interpretato in maniera ribaltata, non operando mai come limite della colpa, è quella di riportare in armonia la disciplina penalistica della circolazione stradale col principio secondo cui la responsabilità penale è personale a norma dell'art. 27 Cost.

La tendenza giurisprudenziale è, infatti, quella di escludere o limitare fortemente la possibilità di poter fare affidamento sul comportamento altrui, a differenza di

---

mento improvviso dei pedoni in prossimità delle strisce pedonali. Cfr. Cass. pen. 20 febbraio 2013, n. 10635.

30 Cfr. Padovani, *Codice penale. Tomo II. Artt. 414-734 bis.*

31 Cfr. Corte cost., 19 febbraio 2019 (dep. 17 aprile 2019), n. 88, secondo cui «il maggior rigore sanzionatorio conseguente al divieto di bilanciamento di tale circostanza attenuante a effetto speciale trova ragione nel più incisivo contrasto di condotte altamente pericolose e che da tempo – come già rilevato – creano diffuso allarme sociale per il grave pregiudizio che arrecano alla sicurezza stradale, quale appunto la guida di veicoli a motore in stato di ebrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope».

quanto accade, invece, ad esempio, nel settore sanitario in occasione dell'attività medico-chirurgica di equipe.

In buona sostanza, quindi, il comma sette funge da contraltare all'assenza del principio di affidamento in materia di circolazione stradale.

In altri termini, è come se si affermasse che in tale ambito non si può pressoché mai fare affidamento sulla condotta lecita altrui, ma, nondimeno, laddove tale condotta o qualsiasi altra circostanza abbia contribuito alla causazione dell'evento, la pena è diminuita della metà.

4. L'ipotesi "speciale" di concorso formale.

L'ultimo comma dell'art. 589-*bis* c.p., infine, disciplina l'ipotesi in cui l'agente cagioni la morte di più persone o la morte e le lesioni di più persone, prevedendo il cumulo giuridico della pena e stabilendo il tetto massimo di diciotto anni. La sanzione così stabilita appare fortemente elevata, e, forse, sperequata rispetto ad un reato base colposo.

Invero, il legislatore prevede un tetto massimo così elevato anche per l'omicidio preterintenzionale, e, poi, rispetto alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 589 *bis* potrebbe risultare finanche più favorevole la disciplina dell'art. 586 c.p.

L'irragionevolezza deriva dal fatto che con l'omicidio preterintenzionale si punisce con un massimo edittale uguale a quello dell'omicidio (colposo) stradale, chi, volendo ledere, anche gravemente, taluno, casualmente ne provoca la morte.

Sul punto, quindi, è opportuno svolgere qualche considerazione.

La prima deriva dal fatto che la formulazione della norma è tale da prevedere un simile massimo edittale anche per il fatto di chi cagioni la morte di una persona e le lesioni, anche lievissime, di un'altra persona. Il comma in esame fa riferimento genericamente alle lesioni[32].

Inoltre, almeno testualmente, non pare applicabile il limite del cumulo materiale previsto dall'art. 81, co. 3 c.p., laddove la norma si pone in rapporto di specialità con l'omicidio colposo. Ragioni di ragionevolezza e legittimità costituzionale della disciplina, nondimeno, impongono di ritenere insuperabile il limite della pena che si potrebbe applicare facendo ricorso al cumulo materiale dei delitti commessi, ad esempio, omicidio più lesione (magari lieve) stradale.

5. Conclusioni.

I brevi rilievi sin qui svolti offrono lo spunto per una riflessione in merito alla scelta del giudice *a quo* di non applicare l'attenuante speciale nel caso di specie.

Nel merito, infatti, l'interprete ha ritenuto non doversi applicare il comma sette dell'art. 589-*bis* c.p. laddove la serie causale che ha motivato la condotta delle vittime deve essere complessivamente valutata nel contesto della condotta illecita dell'imputato. In altri termini, è stata la stessa condotta illecita che ha determinato le vittime

[32] Cfr. Losappio, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali"*, in *www.dirittopenale contemporaneo.it,* 30 giugno 2016.

a tenere un comportamento che ha causalmente contribuito all'evento: l'attraversamento con il rosso pedonale[33].

Ora, anche in virtù delle considerazioni svolte in precedenza, ci si deve chiedere in primo luogo se la condotta illecita possa in qualche modo influire sulla condotta (che dovrebbe in ogni caso essere) lecita di terzi; e, poi, dato il tenore letterale del comma sette, se sia o meno corretto, al fine di non applicare l'attenuante, prendere in considerazione solo la condotta umana, e, in particolare, solo la condotta del colpevole che ha concausato l'evento infausto[34]: addossandogli così causa e concause dell'evento.

Ora, in primo luogo, in merito al comportamento che deve tenere il conducente al fine di salvaguardare i pedoni, si deve fare riferimento all'art. 191 c.d.s., e, in particolare, all'obbligo di «prevedere tutte le situazioni che la comune esperienza comprende», sì da non costituire intralcio e pericolo alla circolazione. In altri termini, la norma chiede al conducente di prestare attenzione sia ai comportamenti irregolari genericamente imprudenti (il pedone che si attarda nell'attraversamento), sia ai comportamenti irregolari specifici dettati dall'art. 190 c.d.s.

A questo punto, come il caso di specie richiederebbe, ci si deve domandare se la c.d. comune esperienza richieda all'automobilista anche di figurarsi la possibilità che un pedone attraversi una strada a traffico veloce, di notte, in un giorno di pioggia e nei pressi dell'ingresso di una tangenziale, inoltre, in presenza di due vicini sottopassaggi pedonali.

Non volendo certamente entrare nel merito della vicenda ci si limiterà sul punto solo ad osservare la più recente giurisprudenza in materia.

La Cassazione è conforme nel ritenere che una situazione del genere sia da considerarsi ragionevolmente prevedibile, e ciò, anche in virtù della lata interpretazione che spesso soffre il c.d. principio di affidamento, che, come detto, nello specifico campo della circolazione stradale trova il proprio limite nel principio secondo il quale l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui, purché rientri nel limite della prevedibilità[35]: altrimenti detto, nel campo della circolazione stradale non ci si può fidare degli altri fintantoché il loro comportamento sia prevedibile.

Tale ragionamento, però, appare essere assunto nelle aule dei tribunali in modo pressoché apodittico, laddove, invece, il limite al principio di affidamento è proprio la «prevedibilità» della condotta altrui.

Ora, la prevedibilità, in materia di colpa, attiene alla sfera soggettiva dell'agente: oltre alla violazione della regola cautelare (elemento normativo della colpa), quindi, è necessario che il fatto cagionato fosse anche prevedibile ed evitabile (oltre a che l'evento rappresenti la concretizzazione del rischio che la regola tendeva ad arginare).

---

[33] Cfr. G.U.P., *op. cit.*, in motivazione, 180.

[34] Nel caso di specie da cui prende spunto il contributo, si ricorda quanto riportato dalla ricostruzione in sentenza, il fatto è avvenuto in tarda notte, in un giorno di pioggia e in prossimità di una rampa di accesso alla tangenziale.

[35] Cfr. Cass. pen. sez. 4, 27 aprile 2017, secondo cui «in tema di responsabilità colposa da sinistri stradali, l'obbligo di moderare adeguatamente la velocità (...) va inteso ne senso che il conducente deve essere in grado di padroneggiare il veicolo in ogni situazione, tenendo altresì conto di eventuali imprudenze altrui, purché ragionevolmente prevedibili».

La prevedibilità dell'evento, però, non può rimanere una petizione di principio, necessita senz'altro di essere calata nel caso concreto in relazione al c.d. agente modello, ed è in questi termini che si parla di prevedibilità in concreto[36].

Date le premesse, con le quali la giurisprudenza è in armonia, quindi, residua qualche perplessità in merito alla «prevedibilità concreta» della condotta delle vittime nel caso che qui ci occupa.

Ancora, anche a voler ritenere prevedibile il comportamento delle vittime, poi, ci si deve chiedere se questo non fosse egualmente idoneo a inserirsi nella serie causale che ha condotto all'evento.

E, infatti, così parrebbe essere.

Invero, la giurisprudenza ritiene che in tema di omicidio stradale la circostanza attenuante di cui al co. 7 dell'art. 589-*bis* c.p., non ricorra nell'ipotesi in cui sia stato accertato un comportamento «perfettamente lecito e completamente estraneo al decorso causale dell'evento colposo»[37].

Inoltre, ancora sul punto, la circostanza attenuante ad effetto speciale ricorre «non solo nelle ipotesi costituite dal contributo concorrente fornito dalla vittima nella determinazione dell'evento, ma anche in ogni altra ipotesi che sia dipesa dalla condotta di altri conducenti e da altri fattori esterni da individuarsi di volta in volta»[38].

Poi, anche in merito all'accertamento del comportamento colposo che la vittima deve tenere affinché sia riconosciuta l'attenuante, è sempre la giurisprudenza a ritenere che in tema di omicidio stradale, il regime speciale di cui al comma sette ricorra nel caso in cui sia stato accertato un comportamento colposo, anche di minima rilevanza, della vittima o di terzi, o qualunque concorrente causa esterna, anche non costituita da condotta umana, al di fuori delle ipotesi di caso fortuito o forza maggiore[39].

Ora, il giudice del caso concreto ritiene che la condotta dell'imputato sia stata essa stessa a causare il comportamento imprudente delle vittime, che, per capire se «queste auto»[40], tra cui quella dell'imputato, avrebbero rallentato per fermarsi nel momento in cui era per loro verde pedonale, si sono attardate nell'attraversamento per poi decidere di eseguirlo durante il rosso pedonale, laddove una terza autovettura si era fermata al fine di dar loro la precedenza.

Ora, tralasciando la tragicità degli eventi che ne sono scaturiti e volendosi solo soffermare sui fatti come penalmente descrivibili, appare di tutta evidenza che nel caso concreto hanno contribuito all'evento morte una terza autovettura e il comportamento imprudente delle vittime.

In altri termini, se la macchina ignota non avesse deliberatamente frenato mentre era verde per le autovetture al fine di far attraversare le vittime nel momento in cui era rosso per i pedoni, e se queste non si fossero determinate in ogni caso in un com-

---

36 Cfr. Cass. pen., sez. 4, 29 novembre 2018, n. 53455, secondo cui «nei reati colposi l'accertamento della prevedibilità del fatto va effettuato in concreto, riportandosi al momento in cui la condotta, commissiva od omissiva, è stata posta in essere ed avendo riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno. ne consegue che tale giudizio deve essere fondato su tutte le circostanze in cui il soggetto si trova ad operare».

37 Cfr. Cass. pen., sez. 4, 26 febbraio 2019, n. 13587.

38 Cfr. Cass. pen., sez. 4, 21 dicembre 2018, n. 13103.

39 Cfr. Cass. pen., sez. 4, 7 novembre 2018, n. 54576.

40 G.U.P., sez. XII, (ud. 19.12.2020), sent. n.1934/20, dep. 17.02.21., 180.

portamento *contra legem*; nonostante il superamento del limite di velocità e l'assunzione di alcol prima di mettersi al volante, l'odierno imputato non avrebbe investito le vittime.

Il giudice che non ha riconosciuto l'attenuante speciale, in altri termini, ha ritenuto che l'agente fosse causa e concausa dell'evento addossandogli la responsabilità del comportamento (altrettanto) imprudente dell'autovettura ignota – ossia quello di fermarsi per lasciar attraversare i pedoni durante il rosso pedonale in una strada percorribile a velocità elevata, in tarda notte, nei pressi dell'ingresso di una tangenziale e in presenza di due vicini sottopassaggi pedonali –; e, non solo, addossandogli anche la responsabilità dell'autonoma scelta delle vittime di attraversare, nonostante il verde per le autovetture, perché una macchina si era fermata per dar loro questa possibilità.

Il giudice, inoltre, motiva la sua decisione sul punto affermando testualmente che «la condotta» delle vittime «non può essere inserita in un contesto di autonomia causale» perché il comportamento di queste appartiene all'esclusiva azione colposa dell'imputato, in quanto «ad avviso di questo Giudice, la condotta di questi è la scaturigine prima della gara di sorpassi che ha necessitato l'azione» delle vittime[41].

Anche qui, quindi, il giudice riconosce la presenza di un «gara» tra autovetture, poco conta chi vi abbia dato inizio, ché, d'altronde, equivarrebbe a dire che in una rissa il colpevole è solo chi vi dà inizio. Nel contesto di una gara tra autovetture, quindi, può certamente essere affermato che poco conta quale tra queste abbia dato l'inizio al comportamento illecito.

Quanto brevemente riassunto e, lo si ripete, senza entrare nel merito della questione ma soltanto attenendosi alla più recente impostazione giurisprudenziale sul tema, dunque, lascerebbe poco spazio a dubbi circa il positivo riconoscimento del comma sette dell'art. 589-*bis* c.p.

D'altronde se la stessa Cassazione riconosce l'attenuante in esame nell'ipotesi in cui a concorrere nell'evento infausto sia il fatto di un terzo od anche non umano, ci si chiede come sia possibile che in tale ipotesi non sia stato riconosciuto.

In conclusione, se da un lato ci si rende conto certo della drammaticità di taluni episodi che si consumano nell'ambito della circolazione stradale imprudente, dall'altro lato però ci si deve necessariamente chiedere se il diritto penale si presti ad essere uno strumento repressivo tutte le volte che la giustizia sociale ne invoca l'intervento. In altri termini, ritenere taluno responsabile per la gravità della condotta tenuta – guida ad alta velocità e a seguito dell'assunzione di alcol – senza però vagliarne la concreta influenza sull'accadimento concreto, oppure senza considerare la compresenza di accadimenti e circostanze che hanno contribuito indiscutibilmente all'evento infausto, vuol dire punire l'agente a mo' di esempio per scopi deterrenti da un lato, e per placare l'animo dell'opinione pubblica che vede soddisfatto l'atavico bisogno di giustizia dall'altro lato.

Inoltre, punire gravemente taluno anche per la condotta di terzi, rischia sicuramente di essere controproducente per la finalità rieducativa che la pena, invece, ha il compito di svolgere.

Si può dunque senz'altro apprezzare lo sforzo ricostruttivo, sia della vicenda che della disciplina, operato da questo Tribunale al fine di risolvere la delicatissima que-

[41] G.U.P., *op. cit.*, 180.

stione di cui è stato investito. Nondimeno però si può trascurare qualche rilievo critico nell'aver deciso il giudice di negare la speciale attenuante di cui poteva, si ritiene, senz'altro fare applicazione, e, paradossalmente, anche e soprattutto alla luce della ricostruzione giurisprudenziale che egli stesso ha fornito in sentenza.

Le brevi considerazioni sin qui svolte, in generale e in merito al caso concreto, dunque, offrono nuovamente lo spunto per chiedersi se la normativa sull'omicidio stradale sia o meno in grado di soddisfare al contempo esigenze di prevenzione generale e speciale, oppure, al contrario, sia maggiormente calibrata al soddisfacimento di esigenze di giustizia sostanziale suscitate dall'allarme sociale che il fenomeno delle c.d. vittime della strada ha suscitato.

A questo punto dovrebbero apparire chiare le motivazioni che hanno condotto all'approvazione della legge n. 46/2016 e alla creazione di una norma *ad hoc* dedicata all'omicidio e alle lesioni stradali.

Ragione per cui, se da un lato il legislatore ha sottratto la fattispecie alla critica dicotomia colpa cosciente-dolo eventuale, dall'altro lato ha certamente fatto maggiore attenzione al malcontento sociale che ai principi che reggono il diritto penale in generale e l'imputazione colposa in particolare, almeno per ciò che attiene alla dosimetria sanzionatoria.

Si è già avuto modo di osservare, inoltre, che tale decisione può risultare finanche positiva se guardata dall'angolo visuale di un legislatore che si sforza di ricalibrare il codice Rocco ponendo l'accento sul bene vita e sulla integrità fisica. Purtroppo, però, come spesso accade, l'obiettivo astrattamente positivo passa in secondo piano laddove lo strumento per raggiungerlo diventa la repressione, e, quindi, la sproporzione tra offensività del fatto e meritevolezza della pena.

Ciò nondimeno, volendo andare oltre l'astratta sproporzione che può verificarsi tra un fatto di omicidio stradale e la sua pena, senza quindi revocare in dubbio la riprovevolezza di determinate condotte tanto gravi, resta egualmente da chiedersi il motivo per cui ancora oggi esista uno iato sì evidente tra la colpa stradale e quella, ad esempio del medico, oppure rispetto alla responsabilità colposa in materia di sicurezza sul lavoro.

A titolo esemplificativo, infatti, si immagini la condotta di chi, non ubriaco conduca la sua autovettura rispettando i limiti di velocità, ma preso da un momento di distrazione, e, quindi, negligenza, investa un pedone che rispetta tutte le regole della circolazione stradale, provocandone la morte. Ora, per il fatto appena descritto il conducente sarà punito per omicidio stradale "semplice" con una sanzione che va da due a sette anni.

Si prenda ora ad esempio la condotta di un medico che, invece, ubriaco o a seguito di assunzione di sostanze stupefacenti (ipotesi assolutamente plausibile), azzardi nondimeno un'operazione chirurgica delicata, provocando così la morte del paziente. Per il fatto descritto, il sanitario, *ex* art 590-*sexies* c.p., sarà passibile di una pena che va da sei mesi a cinque anni.

Dagli esempi riportati ci si rende immediatamente conto di come tali scelte legislative siano state dettate più da esigenze morali che di reale allarme sociale.

Nell'immaginario collettivo, infatti, è più riprovevole la condotta di chi uccida taluno investendolo con l'autovettura per una distrazione, certo grave ma umanamente possibile; della condotta del medico che uccida il paziente perché azzardi un'operazione chirurgica in stato di alterazione psico-fisica: a ben vedere è una questione

morale (*rectius* di politica-criminale influenzata da esigenze elettorali) prima che di diritto penale.

Ancora una volta, quindi, il legislatore si è lasciato influenzare dalle pressioni politiche e dall'approvazione sociale che non da vere esigenze di giustizia, sia formale che sostanziale, nel rispetto della Costituzione come ha più volte ricordato la stessa Corte costituzionale.

La Consulta, invero, ha già esortato il legislatore a prestare particolare attenzione ai canoni di giusta proporzionalità e ragionevolezza della risposta sanzionatoria, sì da rispettare gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.

La Corte ha evidenziato come una sproporzione tra fatto e pena, e quindi l'irragionevolezza di quest'ultima, si apprezza proprio comparando situazioni omogenee o analoghe, richiamabili come *tertium comparationis*[42].

Un'eventuale questione di legittimità costituzionale riguardo alle scelte sanzionatorie interne al settore della circolazione stradale, quindi, avrebbe senz'altro fondamento[43].

Ci si deve chiedere poi, infine, se tale parcellizzazione del diritto penale non sia stata portata con tale ultima riforma alle estreme conseguenze, tanto che taluno in dottrina ha parlato del passaggio da un diritto penale «frammentario» a un diritto penale «frammentato»[44].

Rimandando ad altre sedi la disamina sulle possibili alternative che potevano essere vagliate dal legislatore in tema di omicidio stradale, si può concludere osservando che il giudice del caso concreto che ci ha occupato, stante il considerevole sforzo ricostruttivo sia della normativa che della giurisprudenza, avrebbe certamente potuto prendere in considerazione in modo più coerente la possibilità di applicare in concreto l'attenuante di cui al comma sette dell'art. 589 *bis* c.p.

Il problema sta proprio nel fatto che, se da un lato il comma sette dell'art. 589 *bis* c.p. pare dare ampio spazio all'astratta riconoscibilità dell'attenuante in parola, dall'altro lato, in concreto, però, troppo spesso quest'ultima è disconosciuta nelle aule dei tribunali per dare spazio a esigenze di repressione avvertite dall'opinione pubblica.

L'attenuante in parola, però, a ben guardare, è il solo strumento di cui oggi il giudice disporrebbe per riportare la fattispecie concreta nei parametri della proporzione e della ragionevolezza rispetto al fatto.

Invero, la mancata applicazione di quest'ultima rischia di trasformare il fatto nient'altro che in una malcelata ipotesi di imputazione per il mero *versari in re illicita*.

Al fine di imputare l'evento morte a seguito di un incidente stradale, il giudice dovrebbe vagliare sempre tutti i principi dell'imputazione colposa, e, in particolare, il nesso di causalità che lega la condotta all'evento, senza ovviamente trascurare l'elemento soggettivo delle aggravanti e il nesso di causa che lega queste alla violazione della regola cautelare, per poi, infine, sempre considerare tutte ed ogni circostanza del caso concreto per stabilire se una qualsiasi concausa, umana o meno, abbia con-

[42] Cfr. Corte cost., 9 ottobre 2015, n. 198.
[43] Cfr. Amato, *Innalzamento delle punizioni poco proporzionato*, in *Guida al Diritto*, 9 aprile 2016.
[44] Cfr. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 maggio 2016.

tribuito all'accadimento infausto: solo così, infatti, a dispetto della draconiana cornice edittale, i principi di prevenzione generale e speciale sarebbero rispettati.

Talvolta, però, e questa è forse stata una di quelle, l'interprete si sforza in una ricostruzione della fattispecie in grado di soddisfare più il malumore sociale che un accadimento, certo grave, ha provocato, che le esigenze di prevenzione speciale che l'applicazione del diritto penale sempre richiederebbero.

PAGINE SENZA TEMPO

Pensando ad Angelo

Giorgio Spangher*

È mancato Angelo Giarda, l'amico di una lunga stagione nell'Università e nella vita.

Oltre ai lavori scientifici, sono i sentimenti, i legami personali affettivi di condivisione e di solidarietà che ricordo in questo momento.

Avevamo appena condiviso una nuova avventura editoriale, una sfida culturale ardua tesa a correggere le disfunzioni di un sistema che ci sembrava avviato alla perdita di valori e principi.

I ricordi si accavallano: un'estate in vacanza, le telefonate per i lavori del Commentario al quale teneva in modo particolare, per i riscontri che riceveva nel foro, la comunità scientifica con suoi allievi, che ha sempre seguito con affetto totale.

La mia vita aveva incrociato la Sua quando fu chiamato a insegnare la procedura penale a Trieste ed io ottenni l'affidamento a Sassari alla cattedra che Lui aveva ricoperto.

Da quel momento le nostre strade di vita prima, di amicizia anche familiare poi, non si sono mai separate.

Su quella solida base di stima sono nate le iniziative editoriali e di ricerca che ci hanno visti impegnati con spirito sempre condiviso.

Fermo e sereno nei giudizi e nei comportamenti, nessun rancore.

Era strenuo difensore delle sue ricerche e del suo lavoro scientifico, di cui ha sempre rivendicato alcune intuizioni e la solidità.

Ho parlato dell'uomo, perché in questa Università che cambia, con Angelo eravamo consapevoli entrambi che, al di là della produzione scientifica, pur importante, quello che ritenevamo fondamentale siano ancora i valori della persona.

Uomo aperto, leale, generoso come pochi.

Era fiero delle sue origini, grato al collegio dove aveva studiato, guidato dalla fede, orgoglioso dei suoi figli.

---

* Professore emerito di Procedura penale - Sapienza Università di Roma.

PAGINE SENZA TEMPO

Vivat Libertas!

Ervin Rupnik*

"*Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, privato dei suoi diritti o dei suoi possedimenti, messo fuori legge, esiliato o altrimenti rimosso dalla sua posizione, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo a ciò altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del territorio*".

Interpretato alla lettera, ovvero non attribuendogli "*altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*" (art. 12 nostre preleggi), il famoso articolo 39 della *Magna Charta Libertatum* riveste un'attualità sconcertante.

E parliamo di una norma emanata, *rectius* concessa, nell'oscurità di secoli tenebrosi, giacché siamo nell'anno del Signore 1215, quando Re Giovanni Plantageneto, più conosciuto come "John Lackland" (Giovanni Senzaterra), viene costretto dai suoi baroni e dal popolo di Londra a porre sostanzialmente fine alla monarchia assoluta.

Curioso, ma neanche troppo: le grandi conquiste della civiltà giuridica, scolpite in norme che divengono storiche, costituiscono quasi sempre la reazione cristallizzata in legge a pratiche liberticide.

Esempi? Per restare in materia di *habeas corpus*, o inviolabilità personale che dir si voglia, sebbene si tenda a far risalire la nascita di questo istituto proprio alla *Magna Charta* di Re Giovanni, i primi albori si hanno già a Roma sul finire dell'età repubblicana con la *Lex de capite civis romani* di Caio Gracco (122 a.C.), reazione allo strapotere esercitato dai magistrati espressione del ceto ottimate e che costerà la vita al giovane tribuno, per giungere attraverso i secoli all'articolo 13 della nostra Costituzione Repubblicana.

Tornando al 1215, per la precisione al 15 giugno di quell'anno (cade dunque oggi 15 giugno 2021 l'ottocentoseiesimo anniversario), Giovanni Senzaterra è in grande, grandissima difficoltà.

Non solo è "Senzaterra", dato che ha perduto tutti i possedimenti di famiglia in Francia, ma ha tutti i baroni e gran parte del popolo d'Inghilterra contro perché, dopo averli tartassati a suon di imposte (il famigerato "*scutagium*") proprio per finanziare

---

* Avvocato del Foro di Roma.

la riconquista dei possedimenti oltremanica, è stato sonoramente sconfitto dal re francese.

I baroni, molti dei quali sono anche creditori personali del sovrano, arrivano in armi fino a Londra, Re Giovanni si terrorizza e chiede all'Arcivescovo di Canterbury, Stephen Langton, di elaborare un documento che venga incontro alle richieste dei rivoltosi, note come gli "articoli dei ribelli".

L'Arcivescovo riesce nella missione, elaborando quella che diverrà per i posteri la *Magna Charta Libertatum*, anche se il suo nome nell'immaginario collettivo resterà per sempre legato a quello di Re Giovanni.

Un documento, successivamente revocato e riemesso in innumerevoli versioni, davvero stupefacente per il carattere innovativo di molte sue disposizioni, non solo la celeberrima sancita dall'art. 39 e riportata all'inizio di questo breve commento.

Tra le altre, di natura garantista e processuale, oltre all'art. 39, meritano di essere ricordate:

"*Per una piccola trasgressione un uomo libero non potrà essere multato che con la dovuta proporzione; similmente dovrà essere per una trasgressione grave, senza però arrivar mai a privare completamente colui dei mezzi di sussistenza*" (art. 20);

"*Nessuno sceriffo, ufficiale reale od altri prenderà cavalli o carri ad alcun uomo libero, se non con il consenso dello stesso*" (art. 30);

"*Nulla sarà pagato od accettato per un mandato di inchiesta per omicidio o ferimento, esso sarà invece emesso gratuitamente e non sarà mai negato*" (art. 36);

"*Nessun balivo potrà portare in giudizio un uomo col solo sostegno della propria affermazione, senza produrre dei testimoni attendibili che ne provino la veridicità*" (art. 38);

"*Noi non venderemo, né differiremo, né rifiuteremo ad alcuno il diritto o la giustizia*" (art. 40).

Infine, visto il tema trattato mi si consenta l'uso dell'espressione in inglese *last but not the least*, proprio non posso omettere di riportare quanto prescritto dall'articolo 45:

"*Noi nomineremo giudici, conestabili, sceriffi od ufficiali di altro genere solo coloro che conoscano la legge del reame e siano intenzionati a rispettarla*".

Vivat Magna Charta Libertatum! Vivat Libertas!