

La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani



Anno 2023

N° 4

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocchio, Laura Scomparin, Antonio Vallini

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Pattera, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislationepennale.eu) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.



I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

Sommario

G. Balbi, <i>Legem Et Iustitiam Facere</i> . La Giurisprudenza E Il Delitto Di Violenza Sessuale	3
A. Savarino, Il Problema Causale Nelle Ipotesi Di “Contagio Epidemico”: Tra Adattamenti Ermeneutici E Modelli Alternativi Di Tutela Penale	23
M. Beconcini, Verso Il Potenziamiento Del Giudice Per Le Indagini Preliminari: Una Effettiva Ridefinizione Dei Controlli?	40
D. Bianchi, Risultati Attesi Ed Effetti Indesiderati Della “Autoregolazione Regolata” In Materia Penale	60
L. D'amico, Colpa, Precauzione E Rischio. Le Tensioni Penalistiche Nella Moderna Era Tecnologica.....	76
F. M. Damosso, La Traslazione Della Questione Civile Dal Processo Penale. Itinerari Giurisprudenziali E Assetto Normativo Alla Luce Della Riforma Cartabia	108
G. De Francesco, Note Brevi Sulla ‘Questione Ambientale’. Una Lettura Evolutiva Delle Esigenze E Dei Livelli Della Tutela	139
J. Della Torre, Gli <i>Standard</i> Di Prova Per La Condanna Penale Tra Storia E Attualità	150
E. Venafro, Giustizia Riparativa E Sistema Penale Alla Luce Della Riforma Cartabia	205
M. E. Florio, La Riscoperta Della <i>Poena Naturalis</i> : Note A Margine Di Una Recente Questione Di Costituzionalità	240
M. Grande, La Causa Di Improcedibilità Per Incapacità Irreversibile Dell'imputato: Note E Spunti A Margine Della Sentenza Della Corte Costituzionale N. 65/2023..	263
A. Madeo, Ambiguità Legislative E Applicazioni Evolutive Nella Tutela Penale Degli Animali	272
A. F. Masiero E F. Nicolichia, Il <i>Whistleblowing</i> Riformato: Risvolti Di Diritto Penale Sostanziale E Processuale	291
A. Merlo, “Chi Non Fa Non Falla”: La Pubblica Amministrazione Dinanzi Al Reato Di Abuso D'ufficio (*).....	310
N. Amore, Il Confine Disfunzionale. Qualifiche Pubbliche Ed Eternalità Negative Nel Controllo Penale Delle Attività Amministrative Ed Economiche	322
N. Pascucci, Il <i>Dies Ad Quem</i> Della Presunzione Di Innocenza In Caso Di Condanna: “Accertamento Legale Della Colpevolezza” E “Definitività Della Sentenza” Tra Atti Sopranazionali E Costituzione Italiana	334
D. Perrone, Opzioni Di Politica Criminale E Rischio Di Contagio: Ancora Qualche Riflessione In Tema Di Hiv.....	357

G. Ponteprino, “Violenza Sportiva” E Responsabilità Penale. Dalla Scriminante Tacita Del “Rischio Consenso” Ad Un Più Rigoroso Riscontro Della “Colpa”	369
A. Provera, La “ <i>Cultural Defense</i> ”: Dalle Origini Fino Ai “Nuovi Orizzonti” Resi Possibili Dalla Riforma Cartabia.....	393
R. Esser, R. Milles, Life Imprisonment In Extradition Cases In The Light Of The European Convention On Human Rights (Echr)	411
B. Romano, La Prospettiva Abrogazione Dell’abuso D’ufficio: Più Pro Che Contro	426
C. Ruga Riva, La Responsabilità Penale Degli Accompagnatori In Montagna: Anatomia Di Un Caso (Scialpinisti Travolti Da Una Valanga Durante Un Corso Cai)	440
E. Sacchetto, Selected Issues On The Role Of The European Public Prosecutor’s Office In Cross-Border Freezing Of Assets	449
L. Scollo, Ecodelitti Ed Ecomafie Nella Prospettiva Della Corte Penale Internazionale*	460
R. M. Vadalà, La Questione Penale Delle Auto A Guida Autonoma In Prospettiva Comparata.....	489
F. Venturi, Funzione Comunicativa Del Diritto Punitivo E Contronarrazione Mediatica In Materia Di Antisemitismo.....	519

LEGEM ET IUSTITIAM FACERE. LA GIURISPRUDENZA E IL DELITTO DI VIOLENZA SESSUALE

di Giuliano Balbi (Professore ordinario di diritto penale, Università della Campania Luigi Vanvitelli)

La violenza sessuale costituisce un banco di prova estremamente significativo per saggiare le modifiche all'essenza stessa del sistema determinate dal ruolo sempre più pregnante assunto dal diritto vivente. Stiamo assistendo, infatti, a un'evoluzione giurisprudenziale che incide in modo radicale non solo sulla struttura della fattispecie, attribuendo all'assenza di consenso quella funzione tipizzante che le era stata incongruamente negata dal legislatore, ma anche sugli stessi criteri di imputazione. Tuttavia, l'obiettivo di "fare Giustizia" ha finito non di rado per stravolgere la razionalità ermeneutica e il quadro dei principi e delle garanzie fondamentali.

The handling of sexual violence cases serves as a significant litmus test for evaluating the evolving role of the jurisprudential rulings in our criminal justice system. We are witnessing here a development that has radically changed not only the structure of the case – attributing to the absence of consent the typifying function that the legislator incongruously denied – but also the criteria of imputation itself. However, in pursuit of the noble aim of "doing justice", there have been instances where this pursuit has led to the distortion of hermeneutic rationality and strayed from the bedrock of fundamental principles and guarantees.

SOMMARIO: 1. La prassi giurisprudenziale in materia di violenza sessuale. Evoluzione o crisi del diritto vivente? – 2. L'art. 609-bis Cp: i consolidati limiti genetici e applicativi. – 3. La rielaborazione giurisprudenziale della fattispecie come epifenomeno di un mutato equilibrio tra i Poteri. – 3.1. – La mancanza di consenso come elemento portante del fatto tipico. – 4. L'obiettivo di "fare Giustizia" e i suoi costi in termini di regole e di garanzie: la presunzione di dissenso. – 4.1. La divaricazione tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva e il ricorso a un dolo eventuale "vecchia maniera". – 4.2. Al largo dei bastioni di Orione: l'errore sul consenso come errore sulla legge penale. – 5. Il lavoro del giudice Holmes.

1. Oggetto di queste riflessioni è l'evoluzione giurisprudenziale in tema di violenza sessuale – con particolare attenzione al ruolo riconosciuto al consenso nelle dinamiche d'illecito –, ambito in cui alcuni recenti orientamenti si mostrano di eccezionale interesse. Innanzitutto perché forniscono l'occasione di dedicare uno sguardo nuovo a una disposizione, l'art. 609-bis co. 1 Cp, cardine del sistema posto a tutela della libertà sessuale ma molto problematica in relazione sia alla sua formulazione sia alla sua applicazione; poi perché in questa materia stiamo assistendo, paradigmaticamente, a una totale sovrapposizione del diritto vivente – peraltro in costante mutamento – alla lettera della norma; infine, per la graduale affermazione, nella prassi, di principi di diritto in parte difficili da condividere, in parte fortemente distonici rispetto alle coordinate di un diritto penale costituzionalmente orientato, in parte *completamente errati*.

Quest'ultimo rilievo, per la verità, mi mette un po' a disagio. Ho sempre pensato, infatti, che i concetti – quasi puerili – di "giusto" e di "sbagliato" fossero tendenzialmente estranei alla razionalità ermeneutica ed epistemologica, che una conclusione potesse non convincere, non condividersi anche sulla scorta di ragioni solide, ma che qualificarla come *errata* costituisse, alla fin fine, la conseguenza dell'incapacità di cogliere l'intima complessità del sistema, ma anche gli inevitabili limiti (ne abbiamo tutti) che accompagnano la nostra capacità critica. Il diritto, d'altronde – ammesso che ne esistano –, non è una scienza esatta, e i diversi strumenti dell'ermeneutica, anche sulla base della

peculiare, inevitabile sensibilità culturale e intellettuale dell'interprete, possono ben condurre a conclusioni tra loro tutt'altro che coincidenti, eppure comunque sostenibili.

Devo ammettere, pur con una certa riluttanza, che – quantomeno su alcuni aspetti – la giurisprudenza con cui vado a confrontarmi mi ha fatto ricredere. Spero di sbagliare, ma se le cose stessero davvero così le conseguenze sarebbero di gravità inusitata, soprattutto perché siamo totalmente demuniti, in termini di garanzie ordinamentali e di contrappesi posti a tutela della democraticità del sistema, nei confronti dell'*errore di diritto* che dovesse connotare una decisione dei giudici di legittimità¹. Il problema, evidentemente, non attiene al solo piano formale. Il punto è che qualora tale errore costituisse il fondamento di una sentenza di condanna, ci troveremmo al cospetto di una privazione della libertà personale in nessun modo riconducibile a conformità a *ius*. In sintesi, verrebbe da pensare, *tipica, antigiuridica e colpevole*².

2. Tutto nasce, a ben vedere, dalla l. 15.2.1996 n. 66, dalla sua scelta, peraltro doverosa, di allontanarsi dalla disciplina originaria dei reati sessuali, mantenendone tuttavia inalterati taluni aspetti estremamente problematici, e nel contempo connotando la nuova disciplina di ulteriori, “inediti”, profili di criticità.

Non starò a ripetere cose ormai note, ricostruzioni già operate – spesso molto bene - o a muovere critiche al legislatore del '96 ampiamente consolidate o in qualche modo superate³. Mi limiterò a una sintesi veloce, con ampi rinvii, per poi soffermarmi sugli aspetti che attengono direttamente allo specifico di questo lavoro.

Evidentemente corretta, innanzitutto, la modifica della sede codicistica, con conseguente inquadramento della disciplina all'interno dei *Delitti contro la persona* e non del titolo (pressoché impresentabile) dedicato ai *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*⁴. Il legislatore, sul

¹ Se non nei limiti di cui all'art 2, l. 13.4.1988 n. 117, che sancisce la responsabilità civile dello Stato per i danni ingiusti subiti *per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave* (e costituisce colpa grave, tra l'altro, *la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea*).

² Che una privazione della libertà personale mancante di idonea base legale integri gli estremi dell'illecito di cui all'art. 605 Cp, è affermato da Cass. 25.7.2017 n. 36885, in merito ad alcuni militari della Guardia di Finanza che avevano trattenuto delle persone in caserma per circa 12 ore, sebbene mancassero le condizioni richieste dall'art. 349 Cpp. Cfr. anche Cass. 9.10.2014 n. 11071, in relazione alla condotta di alcuni poliziotti che, a seguito dei gravi incidenti avvenuti nel corso di una manifestazione di protesta, avevano “prelevato” i partecipanti e i loro accompagnatori dagli ospedali in cui si erano recati, per condurli in una caserma, ancora una volta in assenza dei requisiti richiesti dalla legge. Nella fase cautelare, Cass. 9.12.2002 n. 1808, in CP 2003, 2580 ss., aveva discutibilmente escluso la sussistenza dell'elemento psicologico del reato ritenendolo incompatibile con l'*erronea convinzione degli imputati circa la legittimità del loro comportamento*, sebbene provocata da un grave fraintendimento nella interpretazione delle norme che proprio gli indagati erano tenuti ad applicare: critico sul punto F. Viganò, *Il delitto di sequestro di persona (art. 605)*, in C. Piergallini, F. Viganò, M. Vizzardi, A. Verri, *I delitti contro la persona - Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, Padova 2015, 20 ss., il quale osserva che l'errore sulla legittimità della privazione della libertà debba essere ricondotto all'alveo di operatività dell'art. 5 Cp.

³ Nell'ambito di una vastissima letteratura, cfr. G. Balbi, *Violenza sessuale*, in EG, VII, Roma 1999, 1 ss.; Id., *Violenza e abuso sessuale*, in D. Pulitanò, a cura di, *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, Torino 2019, 281 ss.; M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in SI 1996, 401 ss.; A. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in DPP 2016, 1469 ss.; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, 115 ss.; A. Pecoraro-Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli 1997, 11 ss.; B. Romano, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano 2000, 47 ss.; S. Seminara, *I delitti contro la personalità sessuale*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino 2022, 173 ss. Sulle linee politico-criminali che avrebbero dovuto connotare la riforma, v. L. Monaco, *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, in *Surb* 1988-89/1989-90, 404 ss.

⁴ D'altronde, la scelta originaria era strettamente connessa a quell'annichilimento della funzione garantista del bene giuridico teorizzata con grande efficacia da Rocco (A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino 1913, 176 ss.), a quella sublimazione pubblicistica del bene

punto, incorre tuttavia nella grave ingenuità di inserire le nuove disposizioni in un ambito comunque incongruo⁵, quei *Delitti contro la libertà personale* in cui sono collocate le norme poste a tutela della libertà di movimento, della facoltà di scegliere liberamente il luogo in cui trovarsi⁶ - contesto che nulla ha a che fare con gli illeciti qui in oggetto -, e non della sezione intitolata ai *Delitti contro la libertà morale*, locus elettivo delle norme poste a tutela della libertà di autodeterminazione⁷. Quest'ultima sarebbe stata una collocazione sistematicamente corretta, ma forse neanche la migliore. Stante la peculiarità e la rilevanza delle ipotesi in esame, la specificità assiologica e funzionale del bene tutelato, si sarebbe potuto, forse dovuto, inserire le disposizioni nell'ambito di una nuova, autonoma sezione codicistica intitolata ai *Delitti contro la libertà sessuale*⁸.

Va anche detto che la soluzione apprestata, sebbene impropria, non è tuttavia foriera di danni particolarmente significativi⁹, se non in relazione all'evidente indebolimento di quell'elemento sistematico che – assumendo a riferimento un ideal-tipo razionale, o forse semplicemente “normale”, di ordinamento giuridico - dovrebbe giocare un ruolo significativo sul piano dell'ermeneutica.

La scelta più “rivoluzionaria” operata dal legislatore del '96, ma anche su questa andrò estremamente veloce, consiste nella proiezione nell'ambito della medesima fattispecie, con conseguente omologazione della cornice sanzionatoria, dei due originari illeciti di *violenza carnale* (art. 519 Cp) e di *atti di libidine violenti* (art. 521 Cp) – il primo originariamente sanzionato in modo decisamente più grave¹⁰ -, la cui differenza consisteva, essenzialmente, nell'essere avvenuta o meno la penetrazione. Non mi soffermo qui sulle ragioni, rinvenibili nei lavori preparatori, addotte a sostegno della “innovazione”¹¹, non sulla loro – a mio avviso sensibile - fragilità¹², non sull'epistemica

giuridico direttamente espressiva delle coordinate etico/paternalistico/autoritarie che caratterizzano non poche soluzioni approntate dal codice del '30. Sul punto, per tutti, cfr. T. Padovani, *Commento all'art. 1 della legge n. 66/1996*, in A. Cadoppi, a cura di, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova 2006, 7; D. Pulitanò, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino 2010, 52.

⁵ M. Bertolino, *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in L. Fioravanti, a cura di, *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano 2001, 159 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova 2019, 419 s.; T. Padovani, *Pre-Art. 609-bis c.p. Commento ad Art. 2 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. Cadoppi, a cura di, *Commentario*, cit., 431 ss.; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, 38 s.; S. Seminara, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 174.

⁶ Per tutti, D. Brunelli, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova 1995, 176 ss.; F. Viganò, *Il delitto di sequestro di persona (art. 605)*, cit., 2 ss.

⁷ M. Bertolino, *Libertà sessuale e blue-jeans*, in RIDPP 1999, 694 ss.; D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in F. Coppi, a cura di, *I reati sessuali*, Torino 2000, 55.

⁸ Tra gli altri, F. Mantovani, *Diritto penale*, p.s., I, *Delitti contro la persona*, cit., 419; S. Seminara, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 178.

⁹ D'altronde, il riferimento alla moralità pubblica, opportunamente eliminato, era già da tempo un mero residuo verbale dell'ideologia del legislatore del 1930, privo di qualsiasi ragionevole significato per l'interpretazione ed applicazione delle vecchie norme. Così, D. Pulitanò, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., 52.

¹⁰ La violenza carnale era punita con la reclusione da 3 a 10 anni. Per gli atti di libidine violenti era disposta la riduzione di un terzo di tale quadro sanzionatorio.

¹¹ Si tratta di ragioni agevolmente sintetizzabili: 1) mentre l'originaria funzione di “difesa” della moralità pubblica giustificava la posizione di plurime fattispecie (perché la stessa risultava maggiormente turbata dallo stupro che dagli atti di libidine violenti), la nuova polarizzazione delle scelte incriminatrici sulla libertà sessuale non legittimerebbe alcuna distinzione sul piano della tipicità che discendesse da una “parcellizzazione” del corpo della donna, costituendo anzi un ostacolo insormontabile a qualsiasi possibilità di tutela diversificata a seconda della tipologia di atto sessuale imposto; 2) la posizione di una fattispecie unitaria avrebbe finalmente impedito quell'odioso processo di vittimizzazione secondaria che frequentemente accompagnava la fase del giudizio: superando la necessità di porre alla vittima domande relative ai particolari più intimi, e mortificanti, dell'accaduto, si sarebbe infatti evitato il riaffiorare, alla luce della coscienza, di un vissuto traumatico e psichicamente patogeno, con il conseguente riacutizzarsi di laceranti ferite esistenziali.

¹² 1) Il fatto che ad esser tutelata sia la libertà sessuale non lascia inferire in alcun modo, evidentemente, la necessità di porre un'unica fattispecie *omnibus* a sua tutela; 2) l'omologazione normativa di atti profondamente diversi non risolve in alcun modo il problema della vittimizzazione secondaria: il giudice, infatti, non potrà esimersi dal ricostruire con

inadeguatezza di negazioni della complessità proiettate in approssimative operazioni di *reductio ad unum*¹³. Mi limito piuttosto a evidenziare la forte tensione con i principi di uguaglianza e proporzione determinata dall'equiparazione di fatti muniti di indici di offensività profondamente differenti tra loro¹⁴. La creazione di una fattispecie *omnibus* di violenza sessuale passa peraltro, inevitabilmente, per la proiezione della tipicità su di un concetto unico di “atti” che non si può essere costretti a compiere o a subire, definiti dal legislatore *atti sessuali*. Anche qui l'omologazione paga un prezzo elevato alla tenuta dei principi fondamentali, questa volta sotto il profilo della sufficiente determinatezza¹⁵. Quello di *atti sessuali*, infatti, è un paradigma ambiguo, innanzitutto declinabile in una prospettiva soggettiva – è sessuale ciò che appaga la libido, o il desiderio sessuale, del suo autore –, oppure oggettiva – è tale l'atto che sia sessuale *in obiecto*, tendenzialmente consistente in un contatto *corpore corpori* con zone erogene¹⁶ o comunque sessualmente pregnanti¹⁷. Se non c'è dubbio che in un diritto penale del fatto il primo modello non potrebbe trovare alcuno spazio di legittimazione¹⁸, è anche vero che, a dispetto di ciò, risulta anch'esso recepito, sia pur in modo minoritario, dalla nostra giurisprudenza¹⁹. Né può negarsi che anche il modello oggettivo appare connotato, in fondo, da una sensibile, intima ambiguità. Vuoi perché lo stesso concetto di *zone erogene* non è chiaramente definito dalla scienza²⁰ (per non parlare dell'assoluta vaghezza che avvolge quello di *zone sessualmente pregnanti*), vuoi perché il modello tende a essere declinato in modo ampiamente estemporaneo dalla prassi, che lo ha ad esempio ravvisato anche nel tocco

precisione il fatto oggetto del giudizio, tanto più in ragione dell'inserimento, all'ultimo comma del medesimo art. 609-bis, di una circostanza attenuante speciale relativa ai casi di *minore gravità*. Sul punto, sia consentito rinviare a G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 2 ss. Sulla necessità che gli Stati impediscano, in modo adeguato, l'insorgere di processi di vittimizzazione secondaria, v. l'art. 18 della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla *Prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, aperta alla firma l'11 maggio 2011, ratificata dall'Italia con l. 27.6.2013 n. 77 e entrata in vigore anche per l'Unione Europea il 1.10. 2023. Sul punto, ma anche, più ampiamente, per un'attenta ricostruzione del concetto di vittimizzazione secondaria, v. C. Cost., 21.2.2018 n. 92.

In generale, per una valutazione fortemente critica della riforma del 1996, per tutti, cfr. G. Fiandaca, *Violenza sessuale*, in *ED, Agg.* IV, 2000, 1153 ss.

¹³ V., ad es., A. Ales Bello, *L'impossibile “reductio ad unum” dell'essere umano*, in *Arch. fil.*, 1, 2010, 210 ss.

¹⁴ Cfr. A. Pecoraro-Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., 52 ss.; F. Macrì, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze 2010, 26; G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna 2023, 265 ss. Sul punto, cfr. anche A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa 2021, 97 ss.

¹⁵ M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, cit., 403; A. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, cit., 1474 ss. Per il ricorso, da parte della giurisprudenza, a uno schema di tipo sostanzialmente analogico nella ricostruzione del concetto di atti sessuali, v. G.J. Sicignano, *Analoga e circostanze attenuanti*, Napoli 2023, 113, nota 24. V. anche, da una prospettiva peculiare, A. Martini, *Il fatto tipico determinato e le forzature alla ricerca della giustizia: la nozione di atto sessuale*, in A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino, A. Vallini, a cura di, *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Per Giovannangelo De Francesco. Atti del convegno Pisa, 6 maggio 2022*, 211 ss.

¹⁶ In questo senso, ad esempio, Cass. 16.5.2007 n. 35617.

¹⁷ Si veda Cass. 18.9.2019 n. 43423, che qualifica come atto sessuale un bacio sul collo; oppure Cass. 14.12.2001 n. 6010, secondo cui la violenza sessuale si configura anche nel caso di *toccamenti fra le gambe che non attingono alle zone genitali od anali*.

¹⁸ In caso contrario, sanzioneremmo un soggetto in ragione della sua “sessualità disturbata”, e dunque, essenzialmente, per il suo modo di essere e non per il carattere offensivo di quanto da lui posto in essere. Sul punto, per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale. P.s.*, I, cit., 428 ss. In giurisprudenza, Cass. 12.3.2021 n. 13278.

¹⁹ Ad esempio, ritiene il fatto integrato quando *la violenza o minaccia coarta e limita la libertà sessuale altrui con la finalità di appagare la propria libido*, Cass. 9.9.2021 n. 41985. Secondo Cass., 5.11.2019 n. 10074, è da ritenersi “sessuale” qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a soddisfare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo.

²⁰ Sul punto, cfr. A. Cadoppi, *Art. 609 bis*, in *Id.*, a cura di, *Commentario*, cit., 483.

di un ginocchio²¹, in un abbraccio²², nel bacio a labbra chiuse su una guancia²³ o nel mero sfioramento del viso con le labbra²⁴. In taluni casi i due modelli tendono peraltro ad affiancarsi, o a sovrapporsi stranamente l'un l'altro, non essendosi mancato di ritenere, ad esempio, che la condotta tipica ai sensi dell'art. 609-bis co. 1 Cp, sia quella *finalizzata a soddisfare la concupiscenza dell'aggressore o a volontariamente invadere e compromettere la libertà sessuale della vittima*²⁵. D'altronde, la nostra giurisprudenza non ritiene neanche davvero necessaria, per la configurabilità della violenza sessuale, l'esistenza di un contatto fisico tra i soggetti coinvolti, assumendo – tramite una smaterializzazione dell'illecito²⁶ che gli dischiude orizzonti inaspettati anche nel metaverso²⁷ – che la fattispecie risulti integrata anche nel caso di chi, avendolo a ciò indotto, osservi un minore consenziente che compia atti di autoerotismo²⁸, o in quello dello scambio di messaggi Whatsapp *sessualmente espliciti* con una minorenne, seguiti dalla minaccia dell'agente di pubblicare la chat su un social network qualora la ragazza non avesse scattato a se stessa, inviandoglielle, fotografie intime²⁹.

In questa materia, in estrema sintesi, hanno finito per stratificarsi, consolidandosi, problemi discendenti dalla presenza nel sistema di una norma dalla *ratio* fragile e probabilmente incongrua, dal contenuto fortemente inadeguato e, nel contempo, non di rado applicata dalla prassi in modo molto spregiudicato, quasi casuale. Si pensi ad esempio, accanto alla ricordata tipicità riconosciuta al tocco di un ginocchio, che la Cassazione – pur in genere molto severa in questa materia - ha invece escluso la configurazione della violenza sessuale nel caso di un marito che aveva sodomizzato la moglie con una chiave lunga 11 cm. (perforandole, peraltro, il retto): nel comportamento dell'aggressore, scrive il Collegio, non ricorreva infatti *alcun fine di concupiscenza, essendo dettato dal proposito di arrecare alla vittima dolore e umiliazione*³⁰. Quasi inutile rilevare – a ulteriore indice della sua assoluta insostenibilità razionale - che seguendo questa impostazione dovrebbe negarsi la configurabilità della violenza sessuale anche nel caso di stupro etnico.

²¹ Per quanto seguito dal compimento, da parte dell'agente, di atti di autoerotismo non percepiti, né percepibili, dal - per così dire - titolare del ginocchio. Cfr. Cass. 26.11.2011 n. 45950.

²² Cass. 5.2.2021 n. 13816. Per la "tipicità" dell'*abbraccio repentino*, v. anche Cass., 30.10.2019 n. 378.

²³ In questo senso, da ultima, Cass. 11.1.2023 n. 22696. Più ampiamente, provare a dare un bacio senza riuscirci integra gli estremi della violenza sessuale tentata secondo Cass. 1.12.2016 n. 43802.

²⁴ T. Campobasso, 9.1.2013 n. 635, in *GD* 2013 (14), 82.

²⁵ Così, Cass. 12.4.2018 n. 38926. Cfr. anche, tra le altre, T. Lecce, 3.11.2022 n. 2650, che qualifica come sessuali *le condotte di concupiscente accarezzamento di organi sessuali e zone erogene della vittima, finalizzate all'appagamento del desiderio sessuale del soggetto agente*, o, per la giurisprudenza di legittimità, Cass. 12.4.2022 n. 19657, secondo cui integra il delitto di cui all'art. 609-bis Cp *la condotta dell'imputato che aveva leccato la bocca della vittima, essendosi proposto di darle un bacio, atteso che tale condotta, attingendo ad una zona erogena del corpo, si era perfezionata nella sua piena valenza erotica, considerando altresì che lo stesso gesto del leccamento rientra per le sue inequivoche connotazioni libidinose nella nozione di atto sessuale*. Il fine di soddisfare la propria libidine ha un ruolo significativo, ad esempio, anche in Cass. 18.9.2014 n. 39904.

²⁶ Cfr. M. Papa, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in G.A. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini, a cura di, *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*, Torino 2019, 145 ss.

²⁷ M. Martorana, Z. Sichi, *Il Metaverso e il reato di molestie sessuali nella realtà virtuale*, in *Altalex*, 23.2.2022; G. Alesci, *Meta-reato tra presente e futuro: alcune riflessioni critiche*, in M. Rubino De Ritis, A. Fuccillo, V. Nuzzo, a cura di, *Diritto e Universi paralleli*, Napoli 2023, 611 ss.

²⁸ Che non sia necessario il contatto fisico tra la vittima e l'agente, sussistendo il reato anche quando l'autore del delitto trovi *soddisfacimento sessuale dal fatto di assistere ... all'esecuzione di atti sessuali da parte della vittima e, dunque, nei casi in cui la condotta si perfezioni mediante una comunicazione telematica attraverso la quale il reo induca le vittime minorenne a compiere su se stesse atti sessuali di autoerotismo*, è ritenuto, tra le altre, da Cass. 25.3.2015 n. 16616; Cass. 6.11.2020 n. 11623. Contra, ad es., Cass. 29.10.2020 n. 33045. Né l'assenza di contatto fisico potrebbe, di per sé, condurre automaticamente alla qualificazione del fatto in termini di minore gravità (in questo senso, tra le altre, Cass. 25.3.2015 n. 16616).

²⁹ Cass. 2.7.2020 n. 25266.

³⁰ V. Cass. 1.6.2015 n. 24683. È anche vero che, normalmente, la specificità del fine perseguito dall'agente, qualora diverso da quello *concupiscente*, è ritenuta non rilevante dalla prassi. In questo senso, per tutte, Cass. 3.10.2017 n. 3648.

Eppure, è proprio l'assenza dell'*intento libidinoso o di concupiscenza generalmente richiesto dalla norma* a fondare la recentissima sentenza del Tribunale di Roma che ha assolto un collaboratore scolastico che aveva *repentinamente toccato i glutei* di una studentessa diciassettenne³¹. Qui, peraltro, merita attenzione anche l'avverbio *generalmente* che, a prescindere dal suo riferirsi a un'asserzione non vera, esprime bene lo stato di salute, quasi terminale, della tassatività.

Nel contempo, non si può non rilevare che l'esito casuale delle decisioni giurisprudenziali rischia, come nel caso di specie, di privare la vittima di un reato esistenzialmente devastante, anche se oggetto di prova indiscutibile, di qualsiasi forma di tutela ordinamentale, con l'ulteriore effetto, quasi inevitabile, di innescare ulteriori, plurime dinamiche di vittimizzazione, culturalmente intollerabili e psichicamente patogene.

In astratto, sarebbe stato plausibile ritenere che poche cose – in termini di compromissione di principi fondamentali – avrebbero potuto acuire i problemi determinati dal binomio, quasi psichedelico, atti sessuali/*animus concupiscendi* (quest'ultimo infidamente carsico, sempre pronto a riaffiorare soprattutto, ma non soltanto³², in tema di violenza sessuale tentata³³). Ho il timore che tale previsione, *a priori* ragionevole, non avrebbe tuttavia colto nel segno.

3. È necessario, sul punto, prendere le mosse da un'altra scelta, estremamente critica, operata dal legislatore del '96, questa volta in ampia continuità con le originarie soluzioni codicistiche: non strutturare la descrizione della fattispecie sul dissenso, o comunque sulla mancata prestazione di un valido consenso, implicito o esplicito, da parte della vittima, ma richiedere la presenza di peculiari indici di costrizione: violenza, minaccia o abuso di autorità³⁴.

Il punto è molto significativo. Basti pensare che proprio sulla presenza di tali requisiti si erano incentrate le critiche maggiormente radicali al dato normativo previgente, che proprio sulla opportunità del loro venir meno si strutturavano alcune delle più autorevoli proposte di riforma della materia³⁵. Perché mai, si rilevava, in ipotesi molto meno gravi, ad esempio nella violazione di domicilio, a integrare la tipicità è sufficiente il mero dissenso del *dominus* mentre qui viene posto a carico della vittima un insidiosissimo onere di resistenza, con la conseguenza di dover “guadagnare” la tutela penale sul campo mettendo a rischio la propria incolumità?³⁶ Perché proporre uno schema tanto insostenibile sul piano culturale – *infido crinale su cui si innestarono le tematiche della vis haud ingrata puellis, della vis modica, e, più in generale, la sovversione dei ruoli processuali*³⁷ – quanto

³¹ T. Roma 6.7.2023.

³² Secondo Cass. 12.2.2014 n. 10248, ricorre il delitto di violenza sessuale se l'agente ha agito al fine di trarre un soddisfacimento sessuale. Conformi, ad es., Cass. 17.2.2015 n. 24683; Cass. 2.3.2017 n. 51582.

³³ Qualifica come tentativo di violenza sessuale l'ipotesi di *contatto lascivo con il fondoschiena* – ipotesi non di rado ritenuta integrare, peraltro, la violenza sessuale consumata –, dove il *lascivo* è particolarmente espressivo del ruolo riconosciuto all'*animus concupiscendi*, Cass. 4.7.2019 n. 38606.

³⁴ Per quanto riguarda l'*abuso di autorità*, va detto che qui la continuità risulta più attenuata. La soluzione trova infatti un suo ascendente nell'originario art. 520 Cp, abrogato anch'esso dalla riforma del 1996, che incriminava la *Congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale*. La somiglianza tra tale disposizione e l'art. 609-bis co. 1 Cp è tuttavia più apparente che reale. Vuoi perché i concetti di “abuso di autorità” e di “abuso della qualità di pubblico ufficiale” sono significativamente diversi tra loro, vuoi perché l'abuso della qualità, pur richiamato nella rubrica dell'art. 520, di fatto non giocava alcun ruolo nelle dinamiche di un illecito che risultava modulato esclusivamente sull'avvenuta congiunzione carnale tra la persona arrestata, o detenuta, e il pubblico ufficiale che di questa avesse avuto la custodia. Il tratto di continuità significativa tra le due disposizioni riposa tuttavia nella scelta – comune al legislatore del '30 e a quello del '96 – di richiedere, per la configurazione dell'illecito, comunque la presenza di indici di costrizione.

³⁵ Per tutti, cfr. M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano 1993, 139 ss.; T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in RIDPP, 1989, 1312.

³⁶ In tema, G. Cazzetta, “*Colpevole col consentire*”. *Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'Ottocento*, in RIDPP, 1997, 424 ss. Cfr. anche L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1351611227Goisis_Violenza%20sessuale.pdf, 31.10.2012.

³⁷ T. Padovani, *Pre-Art. 609 bis c.p.*, in A. Cadoppi, a cura di, *Commentario*, cit., 421. Lo stesso Carrara riteneva, in

totalmente indifendibile su quello politico-criminale?³⁸ In questa prospettiva, l'originaria scelta codicistica era stata infatti stigmatizzata come l'insostenibile *retaggio storico di un'epoca che concepiva l'attività sessuale non già come espressione di libertà individuale, ma come vincolo al perseguimento di uno scopo, la procreazione legittima*³⁹, come un dovere contestualizzato da precisi limiti formali, e non come l'esercizio di un diritto primario.

Si auspicava, dunque, un preciso intervento del legislatore che rimuovesse dalla fattispecie, una volta per tutte, la necessaria presenza di indici di costrizione, rimodulandola, senza ambiguità, sulla esclusiva tutela della libertà di autodeterminazione, ponendo, come dato portante dell'illecito, l'assenza di un valido consenso al compimento di atti sessuali.

il legislatore del '96 - ignaro di tutto ciò, o forse indifferente, oppure incapace di comprendere la gravità politica e culturale della sua scelta - ripropone invece una fattispecie costruita, sul punto, nei termini originari, senza operare dunque alcun riferimento alla mancanza del consenso della vittima: un illecito ancora una volta a condotta vincolata, inevitabilmente produttivo di gravi vuoti di tutela, con plausibile violazione della necessità di approntare standard minimi di protezione a beni costituzionalmente primari⁴⁰. Da un lato mostrando l'incapacità di svincolarsi da retaggi culturali intrisi di odiosi *cliché* e di intollerabile sessismo, dall'altro producendo una disposizione connotata da forte irragionevolezza, con conseguenti - ulteriori - limiti di legittimità.

Non va dimenticato, tuttavia, che gli anni 2000 costituiscono un punto di svolta nell'approccio della nostra giurisprudenza nei confronti del vincolo alla lettera della legge. Sono gli anni, infatti, in cui si inaugura l'infelice stagione delle "leggi *ad personam*"⁴¹, connotata da un forte conflitto tra politica e magistratura. La prima tradusse tale tensione nell'introduzione - a volte doverosamente frustrata dalla Corte costituzionale - di normative volte a ostacolare l'azione dei giudici (lodo Alfano⁴², lodo Schifani⁴³, cd. *ex-Cirielli*⁴⁴, legge Cirami⁴⁵, e così via), la seconda nel sentirsi sempre meno vincolata da quanto formalizzato nelle scelte normative. Diciamo che si inizia ad assistere, da parte della prassi, alla rimozione - graduale ma sistemica - di quello che sino ad allora aveva costituito un argine dato

ragione della *naturale ritrosia femminile*, che la *vis grata* altro non fosse che la *seduzione ordinaria* (F. Carrara, *Programma del corso di Diritto criminale*, § 1520. Per la recezione giurisprudenziale del concetto di *vis grata puellis*, v., per tutte, Cass. 7.2.1934, in *GP* 1934, II, 1334 ss. V. anche, incredibilmente, T. Bolzano, 30.6.1982, in *GM* 1984, II, 135 ss.

³⁸ Il topos della *vis haud ingrata puellis* ritorna attraverso i secoli, davanti ai tribunali, nei commentari ai codici penali oppure nei trattati medico-psichiatrici; come sapienza consolidata funge da chiave di lettura, tra tecnici e specialisti, del comportamento sessuale femminile. Così, E. Höbenreich, *Stupro e Seduzione nella letteratura medico-giuridica in lingua tedesca tra la fine dell'ottocento e gli inizi del novecento*, in *El Cisne II. Violencia, proceso y discurso sobre género* (al cuidado de E. Höbenreich, V. Kühne, F. Lamberti), Lecce 2012, 126.

³⁹ Così, M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., 139. In generale, per una ricostruzione storica della materia, v., per tutti, G. Cazzetta, *"Colpevole col consentire"*, cit., 424 ss.; G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali*, cit., 39 ss.

⁴⁰ Sulla indefettibilità di tale parametro, da ultima, C. Cost., 2.3.2022 n. 50.

⁴¹ In tale contesto, sicuramente significativa la l. 7.4.2010 n. 51, laddove previsto un meccanismo che consentiva al Presidente del Consiglio e ai suoi ministri di invocare il "legittimo impedimento" a comparire nelle udienze per una durata di 6 mesi, prorogabili fino a 18.

⁴² L. 23.7.2008 n. 124, in vigore fino al 7.10.2009. Norma poi dichiarata illegittima da C. Cost. 19.10.2009 n. 262.

⁴³ Con "lodo Schifani" si indica comunemente una disposizione contenuta all'articolo 1, l. 20.6.2003 n. 140, secondo cui «Non possono essere sottoposti a processi penali, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione fino alla cessazione delle medesime, il Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, il Presidente della Camera dei Deputati, il Presidente del Consiglio dei Ministri, il Presidente della Corte costituzionale». Norma dichiarata illegittima da C. Cost., 20.1.2004 n.24.

⁴⁴ Si tratta della l. 5.12.2005 n. 251 che, per quanto qui interessa, ridefinisce in modo totalmente incongruo la disciplina della prescrizione. Sul punto sia consentito rinviare, per tutti, a G. Balbi, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, in V. de Francesco, M. del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco, a cura di, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, 131 ss.

⁴⁵ L. 7.11.2002 n. 248 di modifica degli articoli 45, 47, 48 e 49 Cpp.

per insuperabile sia sul piano culturale sia su quello costituzionale: il rispetto della legalità formale quale espressione del vincolo del giudice alla legge. Si tratta di un processo, oggi molto evidente⁴⁶, che ha mutato la stessa identità genetica del nostro ordinamento, conferendo al diritto vivente – non lo dico né con nostalgia né con entusiasmo – un ruolo di assoluta preminenza sul piano delle fonti⁴⁷, rendendo tuttavia estremamente sfumata la portata garantista dell’art. 101, co. 2, Cost.: nella sua splendida sintesi di tutela del potere giudiziario dall’arbitrio dell’esecutivo, e del corpo sociale dall’arbitrio del potere giudiziario⁴⁸, è questo secondo profilo, evidentemente, a uscirne molto fragilizzato. Non c’è dubbio che su questo processo si siano innestati anche altri fattori, dal costante scadimento qualitativo della legislazione al peso crescente della normativa e della giurisprudenza sovranazionali⁴⁹, e forse anche l’attività di supporto di una parte della dottrina che gli ha conferito basi – a volte solide, a volte meno – di legittimazione teorico-sistematica⁵⁰.

Fatto sta, tornando a noi, che i reati sessuali rappresentano un banco di prova straordinario per saggiare gli orizzonti infiniti, *senza limiti e confini*, in cui si muove oggi la nostra giurisprudenza. A quella più recente arriverò a breve. È però interessante rilevare come già prima della riforma del ’96 i nostri giudici avessero ben chiara la consapevolezza di doversi confrontare con scelte incriminatrici totalmente incongrue, proprio in ragione del loro richiedere come necessaria la presenza dei requisiti della violenza o della minaccia. La strada inizialmente seguita per ricondurre il quadro normativo a uno standard adeguato di ragionevolezza, per colmare le evidenti lacune di tutela che lo connotavano – pur senza quella radicale plasticità che avrebbe in seguito caratterizzato l’approccio della prassi –, consistette nella forte dilatazione del concetto di *violenza*. Non più intesa in termini di energia fisica da cui discenda un pregiudizio fisico su persone o cose⁵¹, ma ricostruita prescindendo da qualsiasi caratteristica modale della condotta posta in essere, purché adeguata a costringere, o comunque a eludere, la volontà della vittima. Non mi soffermo sul rilievo che questo argomentare si struttura, in fondo, su di un sillogismo errato, perché nelle due premesse non è comune il noema mediano – *la violenza costringe, la condotta X costringe, la condotta X è violenza*; un po’ come dire: *l’elicottero vola, il gabbiano vola, il gabbiano è un elicottero*. La critica sarebbe anche corretta se la saldezza logica delle motivazioni non costituisse un parametro ormai ampiamente desueto, totalmente sovrastato dalla asserita “bontà” delle conclusioni; in altre parole, se le motivazioni dovessero davvero condurre a una conclusione e non giustificarla in ragione della sua pre-data, eccellente qualità assiologica. Certo, se la logica non soccorre il discorso si fa estremamente complesso, ma ci sono

⁴⁶ In tema, tra gli altri, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 2014, 67 ss.; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *DPenCont*, 3, 2016, 14 ss.; L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018, 14 ss.; nonché i contributi raccolti in A. Cadoppi, a cura di, *Cassazione e legalità penale*, Roma 2017, e in V. Torre, a cura di, *Il principio di legalità tra legislatore e giudice*, Pisa 2020.

⁴⁷ Per G. Fidelbo, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *SP*, 12, 2022, 33, *con l’attività interpretativa i giudici danno concretezza alle fattispecie penali nel diritto vivente, non solo attraverso adattamenti alle modifiche intervenute nella società, nei tempi e con riferimento ai casi concreti, ma, soprattutto, fornendo letture costituzionalmente orientate ovvero rapportando le disposizioni interne ai principi desumibili dal diritto dell’Unione europea ovvero alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*.

⁴⁸ Su questa problematica, più in generale, cfr. V. Maiello, *Legalità della legge e dintorni. Tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *SP*, 12, 2022, 122.

⁴⁹ Sul punto, in questa peculiare prospettiva, cfr. per tutti A. Bernardi, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino 2004, 54 ss.

⁵⁰ V. R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell’analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *SP*, 28.6.2022, 3 ss. Cfr. anche M.N. Miletto, *Oltre la muraglia: la lezione di Paolo Grossi alla prova del penale*, in *Quaderni fiorentini* 52, 2023, *Il diritto come forma dell’esperienza (per Paolo Grossi)*, t. II, 813 ss.

⁵¹ Per tutti, A. Pecoraro-Albani, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano 1962, 44 ss.

contesti in cui rimpiangere la saldezza della Ragione sarebbe utile - Critone lo capì subito, eppure non servì a nulla -, quanto offrire un gallo ad Asclepio⁵².

È già a partire dagli anni '70, in effetti, che lo spostamento dell'analisi dalla tipicità della causa alla peculiarità dell'effetto tende, in qualche modo, a conferire a violenza e minaccia un ruolo essenzialmente esemplificativo, operazione condotta soprattutto attraverso l'elaborazione giurisprudenziale dei concetti di *violenza impropria* e di *violenza potenziale*⁵³, l'uno relativo a particolari circostanze di tempo e di luogo che avessero indotto la vittima a non opporre alcuna resistenza⁵⁴, l'altro ai casi in cui il fatto fosse stato realizzato in modo rapido o insidioso⁵⁵. Di qui il riconoscimento di tipicità agli *atti fugaci e repentini*⁵⁶, al caso in cui la vittima avesse *ceduto alle voglie dell'aggressore* per porre fine a una situazione divenuta *angosciosa e insopportabile*⁵⁷, a quello del medico che avesse approfittato dello stato di prostrazione e di soggezione in cui versava la parte offesa durante una visita ginecologica⁵⁸ o dell'infermiere che, nel corso di un esame elettroencefalografico, avesse palpato seno e vagina della paziente⁵⁹.

La strada inizialmente seguita dalla giurisprudenza per colmare i vuoti di tutela determinati dalla forte inadeguatezza delle scelte incriminatrici, non passò dunque per il disconoscimento formale del valore tassativizzante della previsione normativa, ma per una spiccata creatività semantica, consistente, essenzialmente, nell'elaborazione di nuove accezioni di *violenza* ampiamente estranee al suo consolidato nucleo di significato; e per il conseguente "indebolimento" di un concetto di costrizione inteso, in una pur sfumata recezione (non so quanto consapevole) dell'antico modello *ulpiano*⁶⁰, come lesione arrecata a una piena e consapevole libertà di autodeterminazione.

Un epigono dell'ermeneutica intesa come razionalità prammatica, teleologicamente orientata ma pur sempre rispettosa delle regole formali e dei principi, avrebbe forse potuto obiettare - pensiamo al caso del ginecologo che abbia ingannato la paziente circa la strumentalità di determinati atti alla visita medica - che qualificare l'inganno come violenza, sia pur *impropria*, sia un'operazione preclusa all'interprete per l'impossibilità filologica di ricondurre il nucleo di significato dell'uno a quello dell'altra, allo stesso modo in cui non si potrebbe sostenere - ad esempio - che la *persuasione*, comunque posta in essere, sia una *minaccia impropria*, che un *fulmine* sia un *tuono improprio* o un *cane* un *gatto improprio*. E non avrebbe mancato di rilevare che la trasformazione in via ermeneutica di un reato a condotta vincolata in un reato a forma libera, strutturato esclusivamente sulla causazione di un risultato - l'illecito, infatti, finisce per essere ritenuto integrato ogni qualvolta il soggetto passivo sia stato *costretto a subire atti sessuali contro la propria volontà*⁶¹ -, costituisca il frutto di una manipolazione del dato normativo tanto apprezzabile nelle intenzioni quanto distonico rispetto ai vincoli della legalità.

⁵² *Dateglielo e non ve ne dimenticate*. - Sì, disse Critone, sarà fatto: ma vedi se hai altro da dire -. A questa domanda egli non rispose più (Platone, *Fedone*, 118a).

⁵³ Cfr. G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 8 ss. Ora, ampiamente, G. Caletti, *Dalla violenza al consenso*, cit., 160 ss.

⁵⁴ Cass. 15.5.1986 n. 3796.

⁵⁵ V., ad es., Cass. 24.3.1976 n. 5873, in *RIDPP* 1980, 1408 ss., con nota di N. Lauro, *Note in tema di prova indiziaria e presunzioni*; Cass. 26.2.1980 n. 4678.

⁵⁶ Così, Cass. 5.4.2007 n. 19718; Cass. 30.3.2002 n. 1405, in *RP* 2000, 687, in tema di palpeggiamenti "repentini e silenziosi" delle natiche, tali da *non mettere i soggetti passivi in condizioni di poter tempestivamente esprimere il proprio dissenso*.

⁵⁷ Cass. 15.5.1986 n. 3796.

⁵⁸ Così Cass. 19.11.1991 n. 12784. Fa invece riferimento, in modo un po' plastico, all'*abuso di autorità del medico curante*, Cass. 24.3.2015 n. 16107.

⁵⁹ T. Arezzo, 22.1.1990, in *FI* 1990, II, 316.

⁶⁰ Per la definizione della costrizione come *necessitas imposita contraria voluntati*, v. D. 4.2.1., *Ulpianus libro undecimo ad edictum*.

⁶¹ Così, Cass. 5.2.2021 n. 13816.

Ma se quel ginecologo fosse stato assolto in ragione dell'inscindibile connessione della semantica con la tassatività, cosa ne sarebbe stato della *Giustizia*?

In effetti, si stava aprendo una strada che avrebbe condotto la nostra giurisprudenza, anche ai suoi massimi livelli⁶², a ritenere la *ratio* della norma prevalente sulla sua lettera, e la volontà della legge – sapientemente individuata dal giudice – prevalente su quella del legislatore (rimuovendo del tutto il problema che questo schema assomigli davvero molto a quello dell'analogia sfavorevole⁶³): in sintesi, e pur con una certa approssimazione, a ritenere la giustizia sostanziale prevalente su quella formale.

Non era ancora arrivato il momento, ma potevano già cogliersi nell'aria i primi segnali di una rivoluzione che avrebbe modificato profondamente l'identità genetica del nostro sistema ordinamentale, una rivoluzione il cui schema, a ben vedere, non era però del tutto nuovo: "... *Luigi può essere assolto; può essere innocente. Cosa dico? È supposto innocente fino a che non sia stato giudicato. Ma se Luigi viene assolto, se Luigi può essere supposto innocente, che ne è della rivoluzione?*"⁶⁴. Con buona pace di Luigi Capeto, e del nostro – disgustosamente intollerabile – ginecologo.

3.1. Non c'è dubbio, comunque, che già a partire dagli anni '80 esistessero chiari segnali da parte della dottrina, della giurisprudenza, di un contesto politico e socio-culturale ampiamente mutati, che quasi imponevano al legislatore di intervenire sulle fattispecie di criminalità sessuale espungendo i riferimenti alla necessaria presenza di violenza e minaccia, non più tollerabili sul piano culturale e totalmente estranei al rango costituzionale delle libertà fondamentali: in specie di quella libertà di autodeterminazione, alla cui stregua il baricentro delle incriminazioni avrebbe dovuto inevitabilmente gravitare sull'assenza di un valido consenso al compimento di atti sessualmente connotati.

Il legislatore, lo abbiamo visto, fece tutt'altro. Ma la strada giurisprudenziale volta all'erosione di tali requisiti era ormai segnata e, forte dell'autopoietica rimodulazione del sistema in termini di primato del diritto vivente sulla lettera della norma, sarebbe proseguita in modo sempre più radicale. Sulla conseguente ridefinizione del rapporto, vuoi sinergico vuoi conflittuale, tra *lex scripta* e *lex tradita* non mi soffermo, e ciascuno, in relazione all'ultimo termine del binomio, porrà l'accento dove lo riterrà più corretto.

Quello che mi interessa rilevare è che, per le ragioni evidenziate, nei passaggi successivi la prassi non ha più avvertito la necessità, per qualificare il fatto come tipico, di "mascherare" l'assenza della violenza (o della minaccia) dietro le immaginifiche accezioni cui sino ad allora aveva fatto riferimento. Inizia infatti ad apparire, e poi a consolidarsi, l'idea che per l'integrazione della violenza sessuale siano *del tutto irrilevanti le modalità ed i mezzi utilizzati*⁶⁵, e che nel contempo non sia necessario ravvisare un'effettiva, avvenuta, *costrizione* della vittima⁶⁶. Diciamo che nella *Violenza sessuale per costrizione* scompaiono – pur gradualmente e in modo non del tutto lineare⁶⁷ – sia la

⁶² V., per tutte, Cass. S.U. 31.3.2016 n. 22474.

⁶³ Ravvisava nella giurisprudenza esaminata un esempio di *interpretazione additiva*, tale da travalicare addirittura i confini dell'analogia, G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A. M. Stile, a cura di, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli 1991, 15.

⁶⁴ Così Maximilien de Robespierre davanti alla Convenzione nazionale il 3 dicembre 1792, nel dibattito sulla condanna di Luigi XVI (M. Robespierre, *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. Cerroni, Pordenone 1992, 80). Sul punto, di estremo interesse, M. Nobili, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: «Voi invocate le forme perché non avete principi»*, in CrD 1994, 66 ss.

⁶⁵ Per tutte, Cass. 11.6.2013 n. 980. Che questo modello ricostruttivo sembri effettivamente riferibile a quello dell'analogia *in malam partem*, è rilevato da A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati*, cit., 101 s.

⁶⁶ In giurisprudenza, è stata ritenuta tipica, ad esempio, anche la condotta di approfittamento di una generica condizione di vulnerabilità. Così, tra tante, Cass. 16.11.1988 n. 11243, in CP 1990, 66; Cass. 10.12.1990, in CP 1992, 1244.

⁶⁷ La necessità della costrizione "ritorna", alle volte, soprattutto nella giurisprudenza di merito. V., ad es., App. Taranto, 9.1.2023 n. 971. Molto sporadicamente in quella di legittimità: v., ad es., Cass. 24.3.2015 n. 16107; Cass. 23.1.2023 n.

violenza sia la *costrizione*⁶⁸. Costante, al contrario, la nebbia creativa che continua ad avvolgere il concetto di atti sessuali, tendenzialmente stabilizzatosi nel *genus* della *intrusione nella sfera sessuale della vittima*, secondo un modello declinato tuttavia nei modi più diversi⁶⁹. Certo, le continue oscillazioni, le applicazioni significativamente differenziate e mutevoli di ricostruzioni che solo in apparenza sembrerebbero riconducibili a paradigmi unitari, le frequenti, non di rado improvvise innovazioni, suscitano molti dubbi sulla tenuta di una legalità pur intesa in termini di accessibilità al precetto e di adeguata prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni⁷⁰.

È anche vero che questo processo si innesta, storicamente, su una grave crisi del potere legislativo, ormai quasi esclusivamente relegato a tradurre in norma le scelte politiche dell'esecutivo, vuoi con la ratifica di decreti vuoi con l'approvazione di disegni di legge di elaborazione comunque governativa⁷¹. In questo contesto, lo "spazio vuoto" determinato dall'evidente crisi del modello parlamentare⁷² è stato di fatto "occupato" - non so se Montesquieu ci perdonerà - dagli altri due poteri dello Stato, che hanno finito per sovrapporsi ampiamente a quello legislativo. Credo non abbia senso, in effetti, rimpiangere il simulacro di una legalità formale ormai disattesa dalla storia, o il "sacro rispetto" di norme spesso indecifrabili nella forma e/o indifendibili nel contenuto⁷³. Quello cui non possiamo legittimamente rinunciare, però, è la sostanziale tenuta del quadro di garanzie, pur legittimamente ridefinite e sviluppate secondo paradigmi nuovi, che la Costituzione pone a presidio della libertà personale. In caso contrario, nel baricentro mobile che segna il difficile equilibrio tra i

6596.

⁶⁸ L'inadeguatezza della scelta normativa non autorizzerebbe comunque la *giurisprudenza alla creazione, "pretoria", di un nuovo strumento che, rinunciando alla previa verifica del disvalore di condotta, valga a reprimere qualsiasi interferenza nella libertà corporea del soggetto passivo*, secondo A. Martini, *Il fatto tipico determinato*, cit., 207.

⁶⁹ Basti pensare, ad esempio, che la Cassazione, dopo aver sostenuto la - più che plausibile - tesi della necessità, per cogliere il carattere sessuale degli atti posti in essere dall'agente, di tenere conto dell'intero contesto in cui il contatto si è realizzato e della dinamica intersoggettiva che lo caratterizza, perviene a una soluzione affermativa, in un caso di toccamento delle cosce, in ragione delle *pratiche erotiche, risalenti quanto meno fino all'epoca della Grecia classica, riferite al cosiddetto "sesso intercrurale"*. Riferimento apprezzabilmente dotto, ritengo ai più incognito - sicuramente ignoto al sottoscritto -, assolutamente conferente essendo il fatto avvenuto a Catanzaro e dunque nel perimetro della Magna Grecia. Se non fosse per una certa diacronia di contesto che, in fondo, lo connota. V. Cass. 12.4.2018 n. 38926.

⁷⁰ Sulla nozione europea di legalità, la letteratura è estremamente vasta. Per tutti, cfr. A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando il diritto penale incontra i diritti umani*, Torino 2008, 301 ss.; Id., *Legalità come prevedibilità: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in RPDPE 2009, 107 ss.; V. Manes, Art. 7, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, a cura di, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2012, 258 ss. Il tema dei rapporti tra legalità formale e prevedibilità delle decisioni giudiziarie è al centro della riflessione dottrinale più recente: limitandosi ai contributi monografici, v. D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino 2019, 205 ss.; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli 2020, 152 ss.; A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli 2020, 123 ss.; P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino 2022; S. De Blasis, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità*, Napoli 2023, 160 ss.

⁷¹ Per un'ampia analisi del fenomeno cfr. C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli 2012, 15 ss.

⁷² V., ad es., P. Caretti, *La "crisi" della legge parlamentare*, in Osservatoriosullefonti.it, 1/2010, 1 ss. In una prospettiva non limitata ai nostri confini nazionali, H. Brunkhorst, *La crisi del potere legislativo in Europa*, in *Politica & Società*, 1, 2015, 27 ss.

⁷³ Nel confrontarsi con le conseguenze in termini di mancata tutela che gli usuali canoni ermeneutici andrebbero a determinare se applicati alla normativa in materia di violenza e abuso sessuale, F. Mantovani, *Diritto penale. P.s.*, cit., 476, si è spinto a formulare la seguente direttiva metodologica: *per determinare la reale portata applicativa di una fattispecie occorre sempre più guardare alla voluntas del legislatore e sempre meno alla lettera della legge, invocando il divieto dell'analogia in malam partem solo nei casi in cui ampliamenti di tale portata siano contrari a tale volontà*. Sulla complessiva problematica, cfr. anche, in una letteratura molto vasta, F. Palazzo, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini* 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, 1279 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli 2008, 14 ss.

diritti fondamentali e le istanze del controllo e della difesa sociale, dovrà prendersi atto che si sta fornendo un contributo significativo – per quanto probabilmente inconsapevole e con imprevista eterogenesi dei fini - a quel crepuscolo della democrazia che accompagna tristemente i nostri giorni. Tornando all’oggetto più specifico di questo lavoro, va detto che il “nuovo” approccio giurisprudenziale all’art. 609-bis Cp si segnala per un dato peculiare: l’irrompere del consenso, più esattamente della sua assenza, nella struttura della fattispecie, prima come elemento implicito poi come suo asse portante – al punto da determinare perfino la ridefinizione “*on the road*” del *nomen iuris* dell’illecito: *violenza sessuale per costrizione e/o assenza di consenso*⁷⁴ -, con una sublimazione della *ratio* di tutela direttamente proiettata sulla rimodulazione della tipicità. La violenza sessuale, superati gli originari “scrupoli” di vincolo formale alla legge, abbandonati i conseguenti *escamotage* sintattici, semantici e motivazionali, inizia infatti ad essere ricostruita dalla nostra giurisprudenza sulla base dell’esclusivo binomio assenza di consenso/lesione al diritto di autodeterminazione sessuale⁷⁵. Sul punto sarò sintetico, rinviando volentieri a un recente lavoro monografico che, con accuratezza di indagine e di analisi, ne ha efficacemente ricostruito i caratteri⁷⁶.

A ben vedere, il consenso assolveva tradizionalmente un ruolo fondamentale, in realtà mai dismesso, nelle ipotesi caratterizzate dalla sua revoca in costanza del compimento di atti sessuali. In relazione a tali fattispecie, infatti, la giurisprudenza ha affermato costantemente che il consenso deve sussistere per tutta la durata del rapporto, senza soluzione di continuità, e che qualora venga revocato *in itinere*, il partner, da quel momento, debba astenersi dal proseguire. In caso contrario, il fatto acquisterà rilevanza penale⁷⁷. Si tratta di una dinamica peculiare, eppure significativa in ragione della sua astratta potenzialità ad attribuire al consenso un ruolo dirimente nello scriminare tra atti sessuali conformi o difforni a *ius*.

È solo a partire dall’inizio degli anni 2000, però, che tale schema inizia ad essere esteso dalla prassi a ogni tipologia di interazione sessualmente connotata, con la precisazione che debba trattarsi di un consenso *validamente prestato*⁷⁸. Anche all’interno di questo nuovo modello – che si caratterizza per l’applicazione esplicita di un paradigma di violenza sessuale molto diverso, seppur migliore, rispetto a quello tipizzato dal legislatore -, può individuarsi una precisa linea evolutiva, caratterizzata dalla tensione, in una sempre più accentuata prospettiva vittimo-centrica, ad ampliare costantemente l’operatività della disposizione, sia ridisegnandone i confini sia rimuovendo gli ostacoli più insidiosi alla sua possibile applicazione.

Questo processo espansivo si articola in più fasi. Nella prima, per riconoscere rilevanza penale al compimento di atti sessuali – relegati ormai all’oblio *violenza*, *minaccia* e *costrizione* -, i nostri giudici iniziano a richiedere, come requisito pressoché totalizzante, la presenza del *dissenso* da parte di uno dei partner⁷⁹, di un dissenso non necessariamente esplicito purché chiaramente desumibile da atti concludenti⁸⁰.

Questo schema poneva, tuttavia, non pochi problemi sul piano probatorio. Siamo al cospetto di fattispecie, infatti, che – salvo rare eccezioni - tendono fisiologicamente a essere poste in essere in

⁷⁴ Così, testualmente, Cass. 20.11.2019 n. 7590.

⁷⁵ La polarizzazione dell’illecito sull’oggetto di tutela conduce infatti a ravvisarne l’integrazione *ogni qual volta sia stata lesa la libertà dell’individuo di poter compiere atti sessuali in assoluta autonomia*, del tutto a prescindere dal modo in cui ciò sia accaduto. Così, per tutte, Cass. 5.6.2015 n. 37364. E trattandosi di un diritto fondamentale, vengono assunte come irrilevanti (anche se non può negarsi che si tratterebbe di un contesto in teoria quasi elettivo) le differenze culturali. Così, ad es., Cass. 20.11.2019 n. 7590.

⁷⁶ G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso*, cit., 175 ss.

⁷⁷ Per tutte, Cass. 30.5.2023 n. 26497; Cass. 11.12.2018 n. 15010.

⁷⁸ E tale non è, per i nostri giudici, quello prestato da persona che abbia assunto sostanze alcoliche o stupefacenti. Di qui la riconduzione di tali ipotesi, in modo pressoché automatico, alla violenza sessuale per induzione di cui all’art. 609-bis co. 2 n. 1 Cp. Così, per tutte, Cass. 11.1.2017 n. 45589; Cass. 5.12.2019 n. 8981; Cass. 2.3.2022 n. 15659.

⁷⁹ In questo senso, ad es., Cass. 14.12.2001 n. 6010; Cass. 19.6.2002 n. 32513; Cass. 10.12.2003 n. 2969.

⁸⁰ Tra le altre, Cass. 4.2.2004 n. 7750.

contesti di intimità che rendono tutt'altro che agevole la possibilità di provare l'esistenza del dissenso, implementandosi su dinamiche fattuali ricostruibili quasi esclusivamente sulla base delle dichiarazioni, normalmente contrapposte, dei soggetti coinvolti. E tali dichiarazioni, in assenza di altri riscontri obiettivi, avrebbero dovuto sostanzialmente elidersi tra loro, frustrando così sul nascere l'obiettivo perseguito di *fare Giustizia*. Ma è un fine troppo nobile, e non c'è ostacolo, in fondo, che non possa essere superato. La strategia seguita dalla prassi si muove, a questo punto, su due fronti: da un lato riscrivere nuovamente la fattispecie, dall'altro attribuire alle dichiarazioni della "vittima" valore di prova privilegiata⁸¹.

In relazione a questo secondo punto, si afferma infatti gradualmente il principio – fortemente eccentrico rispetto ai consueti canoni di valutazione della prova⁸², e sicuramente incline a stressare fortemente il diritto di difesa - che in materia di reati sessuali la dichiarazione della vittima *possa essere anche da sola assunta come fonte di prova della colpevolezza del reo*⁸³, purché sottoposta a un'indagine positiva sulla credibilità soggettiva e oggettiva di chi l'ha resa, "principio" poi esteso anche alle dichiarazioni predibattimentali⁸⁴. La "regola" si evolve ulteriormente: anche se è possibile provare il carattere non veritiero di una parte delle dichiarazioni - cosa che, ragionevolmente, dovrebbe mettere in dubbio la complessiva credibilità del suo autore -, l'inattendibilità non va estesa alla dichiarazione nel suo intero, *perché in tema di reati sessuali, è legittima la valutazione frazionata delle dichiarazioni della parte offesa e l'eventuale giudizio di inattendibilità, riferito ad alcune circostanze, non inficia la credibilità delle altre parti del racconto*⁸⁵. Una sorta di *utile per inutile non vitiatur*, dove *utile* è quello che consente, a prescindere da ogni altro genere di valutazioni, di condurre alla condanna dell'imputato.

Sul piano della ridefinizione della fattispecie assistiamo, nel contempo, a una graduale "sostituzione" del dissenso con la *manca di consenso*⁸⁶, locuzione munita di un nucleo di significato sicuramente più ampio. Basti pensare, ad esempio, ai *toccamenti fugaci e repentini*, che vengono evidentemente subiti in assenza di un reale dissenso – se non ampliandone il significato in termini di mera potenzialità⁸⁷ -, difettando quella consapevolezza che è il presupposto ineludibile della possibilità di dissentire. Lo stesso vale, ad esempio, per gli atti sessuali realizzati con persona addormentata, ipotesi che, storicamente, ha peraltro svolto un ruolo importante in questa ulteriore rimodulazione della tipicità⁸⁸.

Va detto che questo rinnovato paradigma si accompagna frequentemente, nelle motivazioni dei provvedimenti giudiziari, all'esplicitazione del ruolo strutturale riconosciuto al mancato consenso nelle dinamiche di illecito: *La mancanza del consenso costituisce requisito esplicito di fattispecie*⁸⁹. Per la verità, proprio *esplicito* non è, dato che l'originario archetipo normativo – sebbene "raso al suolo" dall'ermeneutica giurisprudenziale - non ne fa alcuna menzione, e in fondo le parole hanno pur sempre un significato che dovrebbe impedire di usarne una fungibilmente al suo contrario.

⁸¹ Sul punto, ampiamente, E. Reccia, *L'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa da violenza sessuale: un precedente vincolante?*, in *Iura & Legal System*, 2022, 23 ss.

⁸² In tali ipotesi, infatti, non sussisterebbe la necessità di applicare le regole probatorie di cui all'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p. Così, Cass. 13.2.2020 n. 12920.

⁸³ Cass. 1.12.2011 n. 44644.

⁸⁴ Cass. 16.12.2020 n. 12045.

⁸⁵ Cass. 18.10.2012 n. 3256.

⁸⁶ V., ad es., Cass. 13.12.2007 n. 4538. Sul punto, il modello appare allo stato abbastanza consolidato. V., per tutte, Cass. 7.3.2023 n. 1334; Cass. 19.4.2023 n. 19599.

⁸⁷ Così, in effetti, Cass. 5.10.2006 n. 37561.

⁸⁸ V. Cass. 23.6.2016 n. 22127; Cass. 20.10.2017 n. 48335. Si tratta indubbiamente di un'ipotesi estremamente delicata, soprattutto perché priva di quella *induzione* - a rigore - necessaria per l'integrazione dell'ipotesi di cui al n. 1 del co. 2 dell'art. 609-bis. Sul punto, v. ad es., A. Cadoppi, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale* (L. N 66/1996), in *CritDir*, 1996, 138; G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 13.

⁸⁹ Così, tra le altre, Cass. 5.10.2017 n. 2400. Da ultima, Cass. 19.4.2023 n. 19599.

D'altronde, riconoscerne il carattere di requisito *implicito* non ne costituisce una *deminutio*, tanto più che proprio su di esso viene incentrata la rinnovata configurazione della fattispecie.

Da questa premessa, comunque, la prassi trae molteplici conseguenze. Talune condivisibili, altre a tal punto eccentriche rispetto alle regole del sistema da indurre il sospetto che lo stesso concetto di “quadro normativo di riferimento” – e non parlo dell'art. 609-bis, ormai disperso *sans aucun regret*, ma dei principi generali in tema di imputazione – risulti superato da una sorta di *case by case* improvvisato, tendenzialmente strumentale a sorreggere affermazioni di responsabilità senza che la mancanza di consenso sia stata adeguatamente provata, anche seguendo percorsi argomentativi non di rado incompatibili tra loro, ma che riescono tuttavia a convivere in ragione di tale comune identità di scopo. In questa prospettiva, la stessa ricostruzione giurisprudenziale della tipicità finisce tendenzialmente per discendere dalla suscettibilità di accertamento della singola fattispecie concreta. In uno strano, a suo modo affascinante, gioco di specchi, i diversi livelli di imputazione – su tutti tipicità e colpevolezza – tendono peraltro a confondersi l'uno con l'altro, smarrendo qualsiasi autonomia funzionale, teorica ed epistemica, in nome di un obiettivo prammatico da raggiungere “a qualsiasi costo”.

Con un copione totalmente riscritto, e denso di colpi scena, su questo rinnovato palcoscenico post-moderno ritroviamo alcuni comprimari occasionali – dall'irrelevanza del consenso simulato⁹⁰ alla costrizione ambientale⁹¹ – e alcuni protagonisti meritevoli del più attento confronto.

4. Dalla premessa, indiscutibilmente corretta, relativa all'impossibilità di evincere dal dato normativo – riesumato per l'occasione – l'esistenza di una presunzione di consenso, in alcune occasioni, anche estremamente recenti, la nostra giurisprudenza di legittimità ha tratto la conclusione che *nei reati contro la libertà sessuale il dissenso è sempre presunto, salva prova contraria*⁹².

A questo assunto, dall'inquietante anelito nomofilattico, possono muoversi numerose obiezioni, in termini sia logici sia – quel che è più grave – assiologici.

Innanzitutto, nella prima prospettiva, va rilevato come la premessa non risulti in alcun modo in grado di reggere la conseguenza che se ne trae. Il fatto che non sia normativamente presunto il dato “*x*” non inferisce in alcun modo, infatti, che sia presunto il dato “*non x*”. Salvo immaginare un bizzarro sistema ordinamentale pan-presuntivo, in cui dovunque non sia presente una esplicita *praesumptio legis*, cioè nella stragrande maggioranza dei casi, debba darsi per implicitamente presente la presunzione del suo contrario.

Dopodiché ci si potrebbe domandare, a fronte di due persone che si baciano, di quale delle due sia presunto il dissenso. Probabilmente di entrambe, perché in assenza di altri dati nulla potrebbe giustificare un'attribuzione selettiva. E allora quei due incauti sappiano che l'ordinamento li presumerà entrambi autori e al contempo vittime di violenza sessuale, che le loro dichiarazioni – pur in assenza di qualsiasi riscontro obiettivo – saranno adeguate a fondare la responsabilità dell'altro ma in nessun modo a escludere la propria, dando luogo a una sorta di concorso di fatti dolosi indipendenti, eppure convergenti, facilmente aggravati dalla continuazione (sempre che il bacio non sia stato soltanto uno): in sintesi, un caos giuridico-relazionale totale e arbitrario, senza uguali, senza senso e senza alcun costrutto.

Credo, tuttavia, che sia necessario cambiare prospettiva, senza perdersi troppo in *divertissement* un po' autoreferenziali, perché i problemi più gravi – quelli davvero gravi – si collocano su un altro piano.

⁹⁰ Cass. 26.10.2020 n. 3224.

⁹¹ Cass. 12.1.2010 n. 6643. Nella specie, è stato riconosciuto il delitto di violenza sessuale in ipotesi nelle quali la vittima aveva acconsentito ai desideri sessuali dell'agente in ragione di particolari “situazioni ambientali”.

⁹² Da ultima, Cass. 19.4.2023 n. 19599.

Rielaborata la fattispecie nei termini ricordati, l'unico elemento che le conferisce disvalore, infatti, è la mancanza del consenso da parte di uno dei soggetti coinvolti. Darne per presunto il dissenso finisce allora per determinare, in presenza di un fatto altrimenti neutro, una presunzione di tipicità, ma anche di contrarietà a *ius* e di colpevolezza - tornando indietro, con *nonchalance*, di alcuni secoli se non millenni⁹³ -, per un effetto domino fuori controllo determinato dalla densa nebbia dommatica che sta avvolgendo il nostro cammino⁹⁴. Il tutto, in assenza di qualsiasi dato probatorio, oggettivo, a sostegno. L'asserito carattere *iuris tantum*, con conseguente inversione dell'onere della prova⁹⁵ – perché a questo punto sarà l'imputato a dover dimostrare la propria “innocenza” e non l'accusa a doverne provare la responsabilità – mette bene in evidenza, nel contempo, il deciso contrasto di questo schema ricostruttivo con la presunzione di non colpevolezza di cui agli artt. 27 co. 2 Cost., 6 co. 2 CEDU⁹⁶ e 48 CDFUE⁹⁷. Che il principio, di note ed evidenti ascendenze illuministiche⁹⁸, si trovi oggi in difficoltà a causa della pressione sensazionalistica dei media⁹⁹, della crescente diffusione di un marcato populismo giustizialista, ma anche di strumenti di captazione del consenso politico totalmente indifferenti alle garanzie fondamentali¹⁰⁰, è probabilmente un motivo in più per porsi l'obiettivo di assicurarne al meglio la tenuta, anche in ragione del suo legame inscindibile con le coordinate di un sistema penale democratico.

Si tratta d'altronde di un parametro che la stessa Cassazione – direi in ogni altro ambito - fa normalmente suo, anche sulla base dell'art. 533 Cpp, disposizione di cui peraltro non sfuggirà la

⁹³ Già Deciano, *Responsa, Resp.* XLIII, n. 32, affermava infatti che *dolus non praesumitur nisi probatur*. Il diritto barbarico, al contrario, fece ampio uso delle presunzioni di dolo (v. ad es., la *Lex Visigothorum*, VI, 5, 6: *Si dum quis calce vel pugno aut quacumque percussione iniuriam conatur inferre, homicidium extiterit occasio, pro homicidio puniatur*, così come il diritto intermedio: *Ex quo constat aliquem alium vulnerasse vel occidisse, vel alia homicidium commississe, semper contra eum praesumitur, quod dolo et malo animo hoc commiserit ... unde ei incumbit onus probandi, quod non dolo hoc fecerit* (A. da Gandino, *Tractatus de maleficiis*, Cap. *De Homicidiariis et eorum poenis*, § 28, Venezia 1540, 202). Sul punto, ampiamente, G.P. Demuro, *Il dolo*. I. *Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, 79 ss. Le cose cambiano con la modernità. In proposito, va rilevato come il sistema delle presunzioni resista ancora nel codice bavarese del 1813, per poi essere smantellato nel 1848. Interessante ricordare come, nel contempo, il codice del Granducato di Hessen del 1843 prescrivesse espressamente di accertare il dolo sulla scorta *delle circostanze, del loro contesto e delle dichiarazioni dell'imputato*. Sulla complessiva problematica, e sulla sua significativa evoluzione storica, cfr. G. Gentile, *Il dolo alternativo. Un percorso storico-ricostruttivo*, Napoli 2023.

⁹⁴ Il consenso determinerebbe l'assenza di offensività, ad esempio, secondo Cass. 21.6.2022 n. 30684.

⁹⁵ E non lo si celi dietro un, qui del tutto inconferente, onere di allegazione. Lo stesso, infatti, ha come esclusivo oggetto *le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di fatti e circostanze ignoti che siano idonei, ove riscontrati, a volgere il giudizio a favore dell'imputato*, ma è del tutto estraneo a un onere probatorio a carico dell'imputato medesimo, che nell'ordinamento processuale penale non è ovviamente previsto. Così, per tutte, Cass. 10.6.2021 n. 22974.

⁹⁶ In tema, per tutti, P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009, 11 ss.

⁹⁷ Il principio è sancito anche dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'articolo 11 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. L'art. 6 della Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul *Rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, dispone: *Gli Stati membri assicurano che l'onere di provare la colpevolezza degli indagati e imputati incomba alla pubblica accusa, fatti salvi l'eventuale obbligo per il giudice o il tribunale competente di ricercare le prove sia a carico sia a discarico e il diritto della difesa di produrre prove in conformità del diritto nazionale applicabile*. 2. *Gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta*.

⁹⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XVI, *Della tortura*, ed. a cura di F. Venturi, Torino 1994, 38 ss. Per un interessante – e storicamente accattivante – riferimento al fatto che la difesa non fosse in alcun modo tenuta a provare l'innocenza dell'imputato – *dicendo probare* -, spettando esclusivamente alla pubblica accusa dimostrarne la responsabilità, v. Cicerone, *Pro Cluentio*, 1.3, in *Le orazioni*, II, Torino 1981, 340.

⁹⁹ V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna 2022.

¹⁰⁰ Sul tema, per tutti, M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena 2019, 7 ss.; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 73 ss.; E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020, 88 ss., nonché i saggi contenuti in S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Milano 2020.

connessione con il principio costituzionale del giusto processo¹⁰¹. I nostri giudici ripetono costantemente, infatti, che *spetta all'accusa provare tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato e la loro riconducibilità all'imputato senza che permanga in proposito alcun ragionevole dubbio*¹⁰², con la conseguenza che *la condanna è possibile soltanto quando vi sia la certezza processuale assoluta della responsabilità dell'imputato*¹⁰³.

Difficile immaginare che a questo principio – di rango estremamente elevato – possa legittimamente riconoscersi un'operatività soltanto eventuale, o comunque selettiva, tale da farlo dissolvere in relazione ai fatti sessualmente connotati. Perché nelle ipotesi caratterizzate dalla presenza di dichiarazioni discordanti da parte dei soggetti coinvolti e dall'assenza di riscontri obiettivi, vi è ben più che un *ragionevole dubbio* circa una responsabilità dell'imputato che, in realtà, non risulta minimamente provata. Qui il *dubbio*, peraltro, non investe *eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili* in rerum natura – ipotesi in cui, quantomeno ex art. 533 Cpp, per la prassi la condanna sarebbe ancora legittima –, ma si implementa, non di rado, su ricostruzioni alternative che, non ponendosi *al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana*¹⁰⁴, rientrano a pieno titolo nell'ambito di operatività della disposizione.

Per quanto plausibilmente mossa da intenzioni “nobili e cavalleresche” – il che da un lato sembra tuttavia un po' sessista, dall'altro si connota di singolari obiettivi di pedagogia morale –, qui la nostra giurisprudenza fa dunque prevalere istanze di difesa sociale su di una garanzia, di rango costituzionale, che finisce per essere totalmente disconosciuta. E la cosa è estremamente grave¹⁰⁵.

4.1. Per quanto attiene alla fattispecie soggettiva, i “principi di diritto” enunciati dalla Cassazione sono decisamente strani.

L'assenza del consenso, come elemento essenziale della fattispecie, dovrebbe infatti essere inevitabilmente oggetto del dolo, quantomeno sotto il profilo di quella sua dimensione cognitiva che deve investire tutti gli elementi che contribuiscono a definire la tipicità¹⁰⁶. Questo ai sensi degli art. 43, primo comma, Cp, dell'art. 47 Cp e dell'art. 27 co 1 Cost., ma direi – più ampiamente – di quei principi generali in tema di imputazione a tal punto consolidati da non meritare, di norma, neanche una esplicita menzione.

E infatti rilevarlo sembrerebbe a prima vista superfluo, e forse anche un po' ingenuo, se non fosse che nel “mondo a parte” della violenza sessuale, le cose assumono sempre connotati inaspettati: *Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico*¹⁰⁷.

¹⁰¹ Sul punto cfr. G. Carlizzi, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena 2018, 92 ss. Per la connessione della presunzione di innocenza di cui al § 2 dell'art. 6 CEDU con il *processo equo* di cui al § 1 della stessa disposizione, v. ad es. C. eur., 19.12.1989, *Kamasinski c. Austria*, § 62; C. eur., 10.10.2000, *Daktaras c. Lituania*, § 6 della parte sull'aspetto sostanziale (*The Law*).

¹⁰² Così, e per tutte, Cass. 3.5.2016 n. 41968.

¹⁰³ Cass. 2.4.2008 n. 16357.

¹⁰⁴ Cass. 19.12.2014 n. 2548.

¹⁰⁵ Non può nel contempo sottacersi che in uno dei provvedimenti che accedono alla tesi qui esaminata (Cass. 10.5.2023 n. 43220), si ritrova l'affermazione che la presunzione di dissenso risponda a quanto richiesto dalla Convenzione di Istanbul. Le cose non stanno così. La Convenzione, all'art. 36, impegna sì gli Stati a punire qualsiasi atto sessuale non consensuale con penetrazione, nonché qualsiasi altro atto sessuale posto in essere senza consenso, ma non fa alcuna menzione allo schema presuntivo cui fa riferimento la nostra giurisprudenza.

¹⁰⁶ Cfr., per tutti, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano 2004, 436.

¹⁰⁷ Così, ad es., Cass. 9.3.2016 n. 49597; Cass. 19.6.2018 n. 52399; Cass. 20.11.2019 n. 10372; Cass. 19.11.2021 n. 1559. Il delitto, secondo uno schema non dissimile, sarebbe integrato ogniqualvolta l'agente abbia posto in essere gli atti sessuali *senza accertarsi del consenso della persona destinataria*, secondo Cass. 18.7.2014 n. 46170.

Sorvolando sugli atti sessuali “a suo carico” – se non per ricordare che *le parole sono importanti* -, quello che viene subito in evidenza è che, secondo questo schema ricostruttivo, il dolo dovrebbe avere a oggetto un dato significativamente diverso da quello assunto come elemento essenziale del fatto: non la mancanza di consenso, infatti, ma un consenso non chiaramente prestato.

Ci troviamo nuovamente di fronte a un *unicum* sorprendente: la mancata corrispondenza tra la fattispecie oggettiva e quella soggettiva. In sintesi, per l'integrazione del dolo l'agente dovrebbe essere consapevole di porre in essere un fatto diverso da quello tipico.

Si potrebbe forse ipotizzare che, pur invertendosi l'ordine logico e sistematico, la ridefinizione dell'oggetto del dolo costituisca qui una via obliqua per rielaborare nuovamente la tipicità. Il fatto oggetto di incriminazione non sarebbe allora la realizzazione di atti sessuali *a carico* di persona che non vi abbia acconsentito, ma di chi non abbia prestato il consenso in modo chiaro.

In effetti, l'ambiguità potrebbe celare un consenso non realmente prestato, plausibilmente ritenuto esistente dall'agente solo a causa di un fraintendimento o di una valutazione superficiale dei dati di contesto. E questo inferirebbe, pur procedendo a ritroso e per approssimazioni successive, una vaga rassomiglianza tra la fattispecie oggettiva e quella soggettiva, tale da indurre a ritenere, con molta buona volontà, che questo schema ricostruttivo sia tutto sommato sostenibile.

Tale conclusione sarebbe però affrettata. Perché potrebbe anche darsi che la “disambiguazione” venga invece risolta in senso affermativo, e che dunque gli atti sessuali siano stati realizzati consensualmente. Seguendo lo schema delineato dovremmo ritenere, anche in questo caso, il fatto penalmente rilevante, perché il consenso era stato pur sempre prestato in maniera “poco chiara”, e dunque l'agente avrebbe dovuto comunque astenersi dal porli in essere.

Potremmo ritenerci appagati dall'aver ridefinito il bene giuridico in termini di *assoluta trasparenza delle interazioni umane*, abbandonando al suo destino l'obsoleta libertà di autodeterminazione sessuale; potremmo apprezzare l'assoluto rigore di tale modello, e l'encomiabile opera di pedagogia etico-relazionale che esso assolverebbe.

Oppure prendere atto che siamo finiti in un vicolo cieco, e che non c'è una strada per legittimare la divaricazione tra la fattispecie oggettiva e quella soggettiva.

Va detto che altra giurisprudenza giunge a conclusioni simili a quelle prospettate seguendo uno schema differente: se non è chiara la presenza del consenso, l'agente non può che avere un dubbio in proposito, e se nonostante ciò si risolve ad agire, si sta consapevolmente assumendo il rischio che il consenso non sia presente¹⁰⁸. Il *topos* del discorso diviene dunque il dolo eventuale, ricostruito tuttavia sulla base di un modello fortemente involuto, nel suo strutturarsi, in modo pressoché esclusivo, sul parametro dell'accettazione del rischio¹⁰⁹. A ben vedere, infatti, il dolo continuerebbe qui a sussistere anche se si dovesse giungere alla conclusione, ad esempio, che l'agente non avrebbe compiuto gli atti sessuali qualora avesse saputo con certezza del dissenso del “partner”. D'altronde la colpa cosciente non risulterebbe adeguata a fonderne la responsabilità, e tutti gli sforzi rigoristi della prassi – rielaborativi, assiologici, teleologici, latamente pedagogici, vagamente alchemici – risulterebbero frustrati *d'emblée*. Un esito, evidentemente, da scongiurare. Quel che resta, allora, è un dolo eventuale totalmente regressivo, non scalfito dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite¹¹⁰,

¹⁰⁸ In questo senso, ad es., Cass. 23.11.2018 n. 52835.

¹⁰⁹ Per una critica al modello dell'accettazione del rischio, con riferimento al profilo cognitivo del dolo, G.P. Demuro, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano 2010, 178 ss.

¹¹⁰ Cass. S. U. 24.4.2014 n. 38343, in *CP* 2015, 426 ss., con nota di K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*. Tra i tanti, autorevoli, commenti, G. Fiandaca, *Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *RIDPP* 2014, 1938 ss.; G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *RIDPP* 2015, 77 ss.; M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *RIDPP* 2015, 559 ss.

refrattario alle formule di Frank¹¹¹, del tutto estraneo a due secoli di evoluzione dommatica. D'altronde, *à la guerre comme à la guerre*.

4.2. Sempre in tema di fattispecie soggettiva, appaiono di estremo interesse talune recenti elaborazioni giurisprudenziali in tema di errore sul consenso del partner al compimento di atti sessuali.

In particolare, risulta sicuramente corretto – muovendo dalla premessa che la mancanza di consenso sia elemento essenziale della fattispecie - ritenere che l'erronea supposizione dello stesso da parte dell'agente non integri la figura scusante di cui all'art. 59 co 4 Cp¹¹². Qui il consenso, infatti, pur da intendersi nella sua dimensione negativa, è determinante per conferire al fatto tipicità, e l'errore sulla sua presenza ha davvero poco a che fare con l'erronea supposizione dell'esistenza di una causa di giustificazione. Nella violenza sessuale, in altre parole, il consenso non rende conforme *a ius* un fatto altrimenti illecito, ma rende a-tipico un fatto altrimenti conforme alla fattispecie astratta così come ridefinita dalla nostra giurisprudenza.

In effetti, se l'assenza di consenso costituisce il baricentro della violenza sessuale, ritenere erroneamente che il partner abbia acconsentito al compimento di atti sessuali significa aver commesso un errore sull'elemento del fatto che conferisce ad esso, in via pressoché esclusiva, il suo portato di disvalore, perché su di esso si implementa l'offesa nei confronti di quella *species* della libertà di autodeterminazione tutelata dalla scelta incriminatrice. Un errore, dunque, che cade su di un elemento assolutamente essenziale – se così si può dire – del fatto tipico e, come tale, evidentemente soggetto alla disciplina dell'art. 47 co 1 Cp.

Questi rilievi, quasi didascalici, sono in realtà di evidenza immediata, e dunque non sembrerebbero meritevoli di alcun approfondimento; allo stesso modo della conseguenza cui, inevitabilmente, conducono: nei fatti di violenza sessuale, l'errore sul consenso del partner, in quanto errore su di un elemento essenziale della fattispecie, escluderà la responsabilità dell'agente. Se l'errore è scusabile ne difetterà la colpevolezza, se è determinato da colpa verrà meno la tipicità, non essendo la violenza sessuale prevista dalla legge come delitto colposo¹¹³.

¹¹¹ Cfr. L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, 175 ss.; Id., *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U.*, 24 aprile 2014 (Thyssenkrupp), in RIDPP 2015, 623 ss.; M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1995, 321 ss.; Id., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in D. Brunelli, a cura di, *Il Mistero del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, Torino 2014, 79 ss.; G. Gentile, "Se io avessi previsto tutto questo...". *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in V. de Francesco, M. del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco, a cura di, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 643 ss.

¹¹² Per tutte, Cass. 19.1.2022 n. 7873.

¹¹³ Chi ritenesse, secondo una differente opzione ricostruttiva, che la colpa vada collocata esclusivamente sul piano della colpevolezza, non potrebbe comunque che concludere per l'assenza di rilevanza penale. Stante la mancata tipizzazione della violenza sessuale colposa, difetterebbero infatti adeguati coefficienti di colpevolezza.

Per l'esclusione della colpevolezza in caso di errore sul consenso, nella giurisprudenza di merito, v. ad es., T. Napoli 31.1.2001. In una prospettiva di riforma, vorrei ricordare che il gruppo di lavoro sui reati sessuali dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, coordinato dal prof. Sergio Seminara – e composto dai prof. Bertolino, Balbi e Bianchi, e dalle dott. Braschi e Ferla -, ha proposto un articolato di riordino della materia. Si riporta qui il testo dell'art. 1, che conferisce tipicità all'ipotesi di errore sul consenso, prevedendo per tale ipotesi una diminuzione della pena rispetto alla fattispecie base: Art. (1). *Violenza sessuale. Chiunque compie atti sessuali penetrativi nei confronti di taluno, senza il suo valido consenso, è punito con la reclusione [X] La pena è aumentata se il fatto è commesso: 1. 1) con violenza o minaccia; 2. 2) con abuso di un potere giuridicamente fondato; 3. 3) determinando nella persona offesa uno stato di incapacità. La pena è diminuita nel caso di errore evitabile sul consenso.* Il testo dell'articolato, e la relativa documentazione, è rinvenibile in *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, consultabile al link https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/225_AIPDP-DIPLAP_Riforma_reati_contro_la_persona_a_cura_di_AIPDP-DIPLAP.pdf. Sul punto, v. anche G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in SP, 3.3.2020. Cfr. anche B. Romano, *La tutela penale della sfera sessuale*, cit., 122 ss.

Ma stando così le cose, il modello tanto faticosamente, ma anche abilmente, elaborato dalla nostra giurisprudenza rischia di dissolversi improvvisamente, perché a questo punto Luigi può nuovamente essere assolto. Si tratta, tuttavia, di un'eventualità che non merita neanche di essere presa in considerazione, e comunque da scongiurare ad ogni costo.

Ecco, allora, che l'errore sul consenso viene ricondotto dalla prassi – pur se in modo non unanime¹¹⁴ - al *genus* dell'errore sulla legge penale¹¹⁵, come tale inescusabile (se non negli angusti spazi, qui evidentemente non conferenti, aperti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988¹¹⁶). Il risultato, in questo modo, è raggiunto, ma il costo pagato è veramente alto, determinando l'eversione delle regole generali in tema di imputazione soggettiva, nonché una manipolazione della realtà dalle radici pre-moderne – *facere de albo nigrum*¹¹⁷ -, declinate in un decisamente inquietante, forse post-moderno, *quod iudici placuit*.

Può essere utile, sul piano esemplificativo, operare un pur veloce riferimento alla fattispecie concreta oggetto di una delle richiamate decisioni di legittimità¹¹⁸.

In estrema sintesi, era accaduto che dopo molteplici litigi e tensioni una signora si fosse allontanata dalla casa coniugale per poi farvi ritorno, alcuni mesi dopo, esplicitando al marito la volontà di una riappacificazione. Quest'ultimo intendeva, erroneamente, che ciò sottendesse la volontà di riprendere il rapporto anche sul piano intimo, e dunque poneva in essere atti sessualmente connotati.

Il consenso al compimento di tali atti non c'era: il marito aveva dunque errato sul significato da riconoscere al ritorno a casa della moglie. L'errore sulle intenzioni della signora, per la Corte, costituisce un errore sulla legge penale.

La cosa è a tal punto indifendibile, da qualsiasi prospettiva la si osservi, che verrebbe quasi da sorridere, se non fosse che proprio per questa via la Corte perviene alla conferma¹¹⁹ di una severa sentenza di condanna del giudice di merito¹²⁰.

Neanche l'evocata esistenza di una presunzione di dissenso – che non è dato in alcun modo riscontrare, ma che se vi fosse renderebbe la disposizione illegittima per patente contrasto con gli artt. 27 co. 1, co. 2 e 111 Cost. – potrebbe sorreggere questa ricostruzione¹²¹: perché l'errore cade comunque sul consenso e non sulla presunzione, perché la presunzione determina sì un'inversione dell'onere della prova, ma non possiede l'antico potere di Ishtar¹²², qui declinabile nell'effetto

¹¹⁴ Cass. 19.6.2018 n. 52835, la cui massima recita: *In tema di violenza sessuale, ai fini dell'applicazione dell'art. 47 cod. pen., ricade sull'imputato l'onere di provare che egli ha agito sull'erroneo presupposto dell'esistenza del consenso della vittima o, quanto meno, di allegare elementi utili che consentano una verifica di tale assunto difensivo*. Secondo Cass. 22.2.2019 n. 18864, l'errore sulla sussistenza di un valido consenso, invece, costituirebbe un errore sul fatto, rilevante a norma dell'art. 59, comma quarto, cod. pen., mentre rientrerebbe nel *genus* dell'errore su legge penale quello del medico in ordine all'esistenza di un obbligo giuridico di acquisire il consenso del paziente prima di procedere al compimento di atti incidenti sulla sua sfera di autodeterminazione della libertà sessuale.

¹¹⁵ Così, ad es., Cass. 10.3.2011 n. 17210; Cass. 5.10.2017 n. 2400; Cass. 10.5.2023 n. 43220.

¹¹⁶ V. C. Cost., 23.3.1988 n. 364, in RIDPP 1988, 686 ss., con nota di D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*.

¹¹⁷ In effetti, secondo la canonistica classica, al Papa era consentito *mutare quadrata rotundis, et facere de albo nigrum, et de nigro album*. Ma la posizione è da tempo superata (v. A. Paleario, *Atto di Accusa contro i Papi di Roma ed i loro seguaci*, Torino 1861, 234), e riconoscere oggi tale potere ai nostri giudici sembrerebbe decisamente improprio, anche se qualche seguace di S. Scaccia, *Tractatus de sententia, et re iudicata*, Lione 1637, Glossa XIV, *Quaestio II*, 377, potrebbe apprezzarlo (*Res iudicata ... facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum ... mutat*).

¹¹⁸ V. Cass. 5.10.2017 n. 2400.

¹¹⁹ Questo in presenza di altri capi d'imputazione, ma decisamente meno gravi.

¹²⁰ App. Lecce, 5.10.2016.

¹²¹ La connessione non è chiaramente esplicitata, ma appare comunque desumibile in Cass. 19.4.2023 n. 43220.

¹²² V. *Nella mitologia sumera e babilonese, la dea Ishtar, in effetti, trasformò il suo amante in un uccello*. V. *L'Epopèa di Gilgamesh*, tavola 6.

“magico” di trasformare un elemento del fatto – l’elemento del fatto *par excellence* secondo la stessa giurisprudenza - in una legge penale.

Tutto viene in realtà orientato, dunque, allo scopo di *fare Giustizia* – qualsiasi cosa questo significhi, ma comunque assumendone l’essenza in esclusivi termini di valore –, indipendentemente dalle regole, dai principi e dalle garanzie del sistema, ma anche da eventuali istanze razionali che possano frapporsi al raggiungimento di questo obiettivo.

5. Ronald Dworkin apre l’introduzione di un suo scritto molto noto¹²³, in cui affronta il delicatissimo tema del rapporto – tutt’altro che superato dalla modernità¹²⁴ - tra diritto e morale, raccontando un aneddoto che vede come protagonista Il giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Oliver Wendell Holmes, sulla cui autorevolezza non è evidentemente necessario soffermarsi, ricordandone tuttavia l’orientamento spiccatamente progressista che lo colloca, a giusto titolo, tra i padri del *modernismo giuridico*¹²⁵.

*Una volta ..., mentre andava in carrozza alla Corte Suprema ..., dette un passaggio al giovane Learned Hand*¹²⁶. *Questi scese alla propria destinazione e, salutando la carrozza che ripartiva, urlò allegramente: «Fa’ giustizia, giudice!». Holmes fermò la vettura, fece invertire la marcia al conducente, e tornò indietro verso il sorpreso Hand. «Non è quello il mio lavoro», disse, sporgendosi dal finestrino*¹²⁷.

No, non era quello il suo lavoro.

¹²³ R. Dworkin, *La giustizia in toga* (2006), Roma–Bari 2010.

¹²⁴ Tra gli altri, O. Di Giovine, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna 2022, 29 ss.

¹²⁵ Sul pensiero, l’opera e le decisioni di O.W. Holmes (1841 – 1935), giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1902 al 1935, esiste un’amplissima letteratura. Da ultima, e anche per gli ampi riferimenti bibliografici, v. P. Chiarella, *The life of the law. Oliver Wendell Holmes tra scienza del diritto e professione legale*, Soveria Mannelli 2023.

¹²⁶ Anche Hand sarebbe divenuto giudice e noto filosofo del diritto. Per tutti, cfr. G. Gunther, *Learned Hand. The Man and the Judge*, New York 1994.

¹²⁷ R. Dworkin, *La giustizia*, cit., 3. Su questo aneddoto, v. A. Guardiano, *In memoria di Ronald Dworkin*, in *QuestG*, 22.2.2013.

IL PROBLEMA CAUSALE NELLE IPOTESI DI “CONTAGIO EPIDEMICO”: TRA ADATTAMENTI ERMENEUTICI E MODELLI ALTERNATIVI DI TUTELA PENALE¹

di Alice Savarino (*Dottoressa di ricerca in diritto penale - Research associate, University of Basel*)

Il contributo si sofferma sulle difficoltà di accertamento del nesso di causalità rispetto alle fattispecie di danno e di pericolo suscettibili di assumere rilievo penale nel contesto della vicenda pandemica. Nella prima parte, vengono messi a fuoco i principali aspetti problematici sul versante oggettivo dell'imputazione (qualificazione della condotta, descrizione dell'evento, struttura del giudizio casuale), richiamando, in chiave critica, i diversi percorsi ermeneutici elaborati a riguardo. Preso atto dei limiti di funzionalità dei modelli causali di evento rispetto all'imputazione di offese correlate alla diffusione del contagio, la riflessione si sposta su possibili paradigmi alternativi di tutela penale, valutando, anche in chiave comparata, la proposta di introdurre fattispecie anticipate incentrate su condotte pericolose di propagazione di malattie infettive.

The paper dwells on the difficulties of proving causation in relation to damage and danger crimes that may be relevant in the context of epidemic crisis. The first section focuses on the main critical aspects concerning certain “objective elements” of crimes (defining of conduct, description of event, requirements of causal enquiry), critically referring to some interpretive approaches developed in this field. Noted the limits of applicability of result-crimes to injuries caused by spread of the infection, the analysis moves on alternative models of criminal-law protection, considering, also from a comparative point of view, the proposal to introduce crimes that penalize dangerous conducts of spreading infectious diseases.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Esposizione al contagio e profili di responsabilità penale: i nodi critici sul versante oggettivo dell'imputazione. – 3. Tentativi ermeneutici di adattamento delle fattispecie d'evento: il giudizio di causalità su base epidemiologica. – 4. L'accertamento del nesso eziologico rispetto al fenomeno epidemico: (il riproporsi del) la questione sui limiti di praticabilità dei modelli causali. – 5. Uno sguardo all'esperienza comparata: l'emersione di fattispecie incentrate sul pericolo di diffusione del virus. – 6. Qualche osservazione conclusiva: irrinunciabilità, criticità e prospettive del ricorso a paradigmi di anticipazione della tutela.

1. L'improvviso ed inatteso dilagare del fenomeno pandemico ha prodotto scenari di eccezionale complessità, determinando trasformazioni epocali in ogni ambito della realtà sociale ed economica, di cui ciascuno di noi ha dovuto, volente o nolente, fare esperienza.

Prova ne è, tra l'altro, l'affermazione della tendenza a distinguere nel linguaggio comune tra ciò che era *prima* e ciò che è divenuto *dopo* la pandemia. C'è un *prima* e un *dopo* la pandemia quando si fa riferimento alle abitudini personali, alle relazioni sociali, ma anche alle dinamiche economiche, ai modelli organizzativi del lavoro, alle modalità di gestione dei servizi, e così via.

C'è un *prima* e un *dopo* anche rispetto al dibattito sulle scelte regolative nel campo della prevenzione e contenimento della diffusione di malattie infettive e sul ruolo del “diritto punitivo” nell'ambito di vicende epidemiche.

Invero, a fronte di un'emergenza sanitaria di portata globale, individui, comunità e istituzioni si sono trovati – specie nelle fasi iniziali – praticamente sforniti di strumenti in grado di fronteggiare

¹ Il testo della relazione presentata al Convegno *Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche* (Pisa, 14 dicembre 2022) è stato ampliato, aggiornato ed integrato con essenziali riferimenti bibliografici.

adeguatamente la capillare diffusione del virus e le gravi conseguenze ad essa correlate, vuoi per la straordinarietà del fenomeno in atto, vuoi per pregresse carenze strutturali nel sistema di gestione.

Le pressanti esigenze di prevenzione e contrasto del rischio-contagio hanno indotto gli ordinamenti a ricorrere ad interventi di carattere “emergenziale”, consistenti soprattutto, da un lato, nell’adozione di restrizioni e divieti fortemente limitativi per l’esercizio dei diritti e delle libertà personali e, dall’altro, nell’imposizione di una serie di misure precauzionali per la “gestione del rischio pandemico”, da osservare nello svolgimento delle ordinarie attività umane: dall’obbligo di indossare dispositivi di protezione individuale in determinati ambienti, al vincolo di quarantena per i soggetti positivi, al dovere di adottare procedure organizzative anti-contagio nei luoghi di lavoro, ecc.

Le misure di contenimento, invero, hanno riguardato tutti i membri della comunità, pur essendo differentemente “calibrate” a seconda che il destinatario fosse il comune cittadino, ovvero un soggetto titolare di una *posizione* di responsabilità *rafforzata* nei confronti della salute altrui o della salute pubblica (come nel caso di operatori sanitari, datori di lavoro, responsabili di strutture scolastiche, decisori politici)².

Per garantire l’osservanza (e reprimere l’inosservanza) delle regole di comportamento è stato messo in campo – sempre in via emergenziale – un apparato sanzionatorio di carattere sostanzialmente punitivo³ costituito da una serie di illeciti amministrativi, cui è stata affiancata la contravvenzione della c.d. violazione della quarantena⁴. Si è fatto richiamo, inoltre, al delitto di epidemia (artt. 438, 452 Cp.) o a più gravi reati nel caso in cui dalla violazione delle misure di contenimento fossero derivati eventi lesivi penalmente rilevanti a danno della vita o della salute individuale e collettiva.

Di riflesso, un nugolo di questioni problematiche si è sollevato attorno alla possibile configurazione di responsabilità penali per la produzione di offese legate al contagio da SARS-CoV-2.

Si è trattato di un dibattito in rapida evoluzione che, per un verso, ha risentito delle successive modifiche legislative subite dalle disposizioni sanzionatorie in questione, in dipendenza dell’evolversi e del graduale attenuarsi della situazione emergenziale, ma che, per un altro verso, continua ad essere alimentato dall’apertura di inchieste giudiziarie volte ad accertare (eventuali) responsabilità penali in merito a (presunte) anomalie e carenze nella gestione del rischio pandemico, dalle quali sarebbero derivati eventi di danno e di pericolo (basti pensare alle varie inchieste relative ai casi di contagio all’interno di RSA, al caso c.d. “Codogn0”, alla c.d. “inchiesta Bergamo”⁵).

Si è diffusa ben presto, tuttavia, la consapevolezza del carattere sostanzialmente ineffettivo e meramente simbolico della tutela penale nell’ambito della vicenda pandemica, sia in relazione alle norme incriminatrici introdotte dalla legislazione emergenziale, sia avuto riguardo alla possibile applicazione di fattispecie d’evento o di pericolo già presenti nell’ordinamento.

Quanto alla fattispecie contravvenzionale, pur a fronte delle numerose denunce all’autorità, i pochissimi procedimenti penali instaurati per la violazione del divieto di isolamento da parte del soggetto infetto hanno avuto generalmente esiti assolutori, in conseguenza del difetto di prova

² Come ha rilevato D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell’emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in www.lalegislazionepenale.eu 10.5.2020, 8 s., «ogni singolo cittadino, nel perimetro delle pretese cautelari che l’ordinamento gli rivolge, potrebbe assumere il ruolo di “garante” in senso ampio rispetto al rischio di diffusione del contagio».

³ Per un’analisi critica e dettagliata delle scelte punitive adottate dal nostro ordinamento nell’ambito dell’emergenza sanitaria, si veda il recente lavoro di A. Della Bella, *Il legislatore penale di fronte all’emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino 2023, spec. 41 ss.

⁴ Art. 4 co. 6 d.l. 25.3.2020 n. 19, convertito in l. dalla l. 22.5.2020 n. 35.

⁵ Sugli sviluppi e le implicazioni di quest’ultima risonante e controversa vicenda, con alcuni spunti di riflessione sul ricorso allo strumento penale in situazioni di emergenza e disastri “megaclici”, da ultimo, D. Amato, *Gestione di eventi calamitosi e responsabilità penale: spunti di riflessione a seguito dell’archiviazione del procedimento sull’epidemia in Val Seriana*, in *disCrimen* 30.11.2023.

dell'intimazione all'interessato (e, dunque, dell'effettiva conoscenza di quest'ultimo) del provvedimento amministrativo di quarantena (elemento ritenuto presupposto della condotta tipica)⁶. Sul versante dei delitti di evento, invece, è apparsa immediatamente evidente l'inadeguatezza delle fattispecie codicistiche di danno e di pericolo al cospetto della peculiare fenomenologia manifestata dalla diffusione della malattia epidemica, soprattutto in ragione della sostanziale impossibilità di raggiungere una rigorosa dimostrazione dei meccanismi eziologici di propagazione dell'infezione e del legame tra questi e la produzione degli eventi lesivi.

La presente indagine mira, per l'appunto, a fare luce su quest'ultime criticità.

Si tratta, in prima battuta, di mettere a fuoco i principali nodi problematici inerenti al piano dell'imputazione causale di eventi offensivi correlati alla trasmissione del virus, richiamando le tendenze ermeneutiche emerse nel vivace dibattito dottrinale.

Un dibattito che, per certi versi, sembra rievocare percorsi già delineatisi rispetto ad altre fenomenologie offensive tipiche della “post-moderna società del rischio”: ci si riferisce, in particolare, ad alcuni orientamenti consolidatisi nel settore delle patologie correlate ad esposizioni massive a sostanze tossiche. Un dibattito che ripropone, dunque, in certa misura, questioni di fondo non nuove, ma ancora aperte, concernenti i limiti di funzionalità del diritto penale d'evento in contesti empirici di iper-complessità, come quello indotto dal fenomeno epidemico⁷.

In ottica *post* pandemia, la riflessione si sposta sulle possibili prospettive di evoluzione dello strumento punitivo in tale ambito di rischio, considerato, peraltro, che scenari simili potrebbero ripresentarsi in futuro.

Nella seconda parte dell'intervento ci si confronterà, anche in chiave comparatistica, con la proposta di ricorrere a fattispecie anticipate incentrate sul paradigma del *pericolo*, quale schema di incriminazione alternativo per le condotte di *esposizione al contagio*.

2. Nella struttura oggettiva delle fattispecie di danno e di pericolo suscettibili di assumere rilievo nel contesto della vicenda epidemica – e, cioè i reati di epidemia, lesioni ed omicidio, specialmente nella forma colposa – predomina la funzione “tipicizzante”⁸ svolta dal rapporto di causalità tra la condotta e l'evento.

Un primo problema di imputazione eziologica rispetto all'applicazione dei reati di evento a tutela della persona e/o della salute collettiva attiene alla corretta individuazione dei termini della relazione causale.

Sul versante della condotta, si pone l'esigenza di valutare se il comportamento sia suscettibile di essere qualificato in termini di contributo *attivo* alla trasmissione del virus, ovvero di *mancato impedimento* della diffusione del contagio.

Si tratta di un aspetto che assume rilievo dirimente sotto diversi punti di vista. Nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica, si pone, innanzitutto, una “questione preliminare” circa la compatibilità tra il paradigma dell'omesso impedimento dell'evento e la struttura del reato di epidemia, profilo su cui si è soffermata ampiamente la relazione di Alberto Gargani (alla quale, pertanto, si rimanda per gli opportuni approfondimenti)⁹.

⁶ Si vedano, a riguardo, le sentenze T. Milano, G.i.p., 12.12.2022, in www.sistemapenale.it 25.1.2023, con commento di A. Della Bella, *Il Tribunale di Milano sulla violazione della quarantena da parte del positivo*; T. Pavia, G.i.p., 3.5.2023 n. 284, in www.sistemapenale.it 28.9.2023, con nota di A. Della Bella, *Violazione dell'isolamento domiciliare da parte di soggetto positivo al covid: ancora un'assoluzione. Quid iuris dopo la recente abolizione dell'obbligo di isolamento domiciliare?*. Per ulteriori approfondimenti in merito alla contravvenzione in esame, si rinvia a A. Della Bella, *Il legislatore penale*, cit., 44 ss.

⁷ Lo segnala anche S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in www.sistemapenale.it 20.4.2022, 2 s.

⁸ L'espressione è tratta da N. Mazzacupa, *Evento*, in *DigDPen.*, IV, Torino 1990, 462.

⁹ A. Gargani, *Emergenza “Covid-19” e “rischio penale”: osservazioni sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa*, in *Atti di convegno, 14.12.2022, Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche*, in www.la legislazione penale.eu 11.7.2023, 8 ss.

Ai nostri fini preme sottolineare come, nel dibattito insorto a proposito della crisi pandemica, la tendenza estensiva, favorevole alla configurabilità del delitto di epidemia nella forma omissiva impropria, sia stata espressamente legittimata in senso finalistico dall'emergente "istanza punitiva". Si è puntato, in altri termini, a garantire la "(ri)funzionalizzazione" della norma incriminatrice¹⁰ (e ad evitarne l'abrogazione tacita)¹¹ rispetto ai «principali referenti criminologici» delle «società contemporanee organizzate», costituiti dai «soggetti che omettono di prevenire epidemie o di adottare misure sanitarie di contrasto»¹².

Un espediente ermeneutico volto a trascendere, dunque, il dato sistematico, nell'ottica di estendere l'area di rilevanza penale del delitto alle condotte dei c.d. "gestori del rischio", specialmente datori di lavoro, responsabili di strutture pubbliche o private e, in generale, figure dotate di particolari ruoli di responsabilità in contesti organizzati.

In generale, bisogna notare come, anche nell'ambito della vicenda pandemica, abbia trovato spazio la recente tendenza a richiamare lo schema della posizione di garanzia non più quale categoria di imputazione del rimprovero per omesso impedimento dell'evento, quanto come generale paradigma di «responsabilità per la *gestione di una sfera di rischio*» nel cui ambito il garante è tenuto a governare le proprie condotte pericolose, ovvero ad attivarsi per evitare eventi lesivi¹³.

Con riguardo ad alcune categorie di soggetti, verrebbero, dunque, in rilievo non tanto possibili condotte *attive* di trasmissione del virus – la cui prevenzione rientrerebbe nei doveri di gestione del rischio gravanti su ciascun comune cittadino – quanto piuttosto l'eventualità di aver contribuito ad un "aumento del rischio" di contagio e/o di non aver *impedito* la propagazione dell'infezione (eventualmente anche nella forma del concorso omissivo nel reato commissivo altrui)¹⁴ all'interno del contesto in cui tali soggetti sono stati chiamati a rivestire *funzioni di garanzia*; in questi ultimi casi, la condotta (colposa) consisterebbe nell'*omessa* adozione di procedure organizzative di prevenzione e di controllo della diffusione virale rispetto all'attività esercitata¹⁵.

Di contro, gli autori che sostengono la necessità di mantenere interpretazioni aderenti al significato storico-sistematico della fattispecie ritengono che questo tipo di condotte siano del tutto estranee all'area di tipicità del delitto di epidemia, per la cui integrazione sarebbe richiesta all'agente come

¹⁰ Così A. Della Bella, *Il legislatore penale*, cit., 48, riferendosi, tuttavia, all'intento di rifunzionalizzazione della fattispecie di epidemia da parte del legislatore il quale, nel sanzionare la violazione della quarantena all'art. 4 co. 6 d.l. 25.3.2020 n. 19, fa espressamente richiamo in via sussidiaria al delitto colposo di epidemia previsto dall'art. 452 Cp.

¹¹ S. Tordini Cagli, *Epidemia colposa*, in *ED, I Tematici, II, Reato colposo*, a cura di M. Donini 2021, 487 s., pur riconoscendo l'inadeguatezza della fattispecie codicistica di epidemia rispetto alle nuove fenomenologie di emergenza sanitaria, ritiene superabili in via ermeneutica, senza sacrificio delle garanzie, alcuni dei profili controversi legati all'interpretazione della fattispecie, quale quello relativo alla configurabilità della condotta tipica in forma omissiva.

¹² In questi termini, S. Zirulia, *Nesso di causalità*, cit., 11.

¹³ S. Zirulia, *Nesso di causalità*, cit., 4. Sull'affermazione e concettualizzazione della nozione di garante come "gestore del rischio" in ambito giurisprudenziale, fondamentale il richiamo a Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343 (c.d. sentenza *Thyssenkrupp*), § 13 del considerato in diritto.

¹⁴ A. H. Bell, *Il reato di epidemia nel contrasto della pandemia da covid-19. Problemi ermeneutici e rapporti con le fattispecie di omicidio*, in www.sistemapenale.it 24.10.2022, 13 s., pur sostenendo che «ragioni di legalità impediscono di ritenere che una condotta omissiva possa di per sé integrare gli estremi del fatto tipico del delitto di epidemia», considera la possibilità di «dare rilievo alle condotte omissive facendo ricorso allo schema del concorso omissivo nel reato commissivo». Dunque, secondo l'autore, a fronte di una condotta attiva di diffusione di germi patogeni che funga da innesco di un fenomeno epidemico – condotta che nei casi di infezione da covid-19 può darsi per presupposta, a prescindere dall'individuazione dell'autore – per ritenere configurabile il concorso omissivo in un fatto di epidemia, occorrerà verificare che l'omissione abbia esercitato un'effettiva influenza causale, per esempio favorendo l'ulteriore diffusione del virus nella popolazione.

¹⁵ A sostegno di questa impostazione, S. Tordini Cagli, *Epidemia colposa*, cit., 480, secondo cui, anche a voler ritenere la causazione dell'epidemia una condotta vincolata alla diffusione di germi patogeni, il rilievo di comportamenti consistenti in un *non facere* potrebbe ammettersi inquadrandoli come "semplici" componenti omissive di fatti commissivi colposi. Secondo l'autrice, in definitiva «la mancata o inadeguata gestione del rischio, seguita dalla verifica dell'evento epidemico, non può non avere rilievo ai fini dell'art. 452 Cp.

forma vincolata della condotta, se non il “possesso” dei germi patogeni, quantomeno una sorta di “dominio del contagio”, la possibilità di controllarne, cioè, la diffusione: si tratterebbe, evidentemente di circostanze pressoché inverosimili rispetto alla situazione che si è determinata con la diffusione del Covid-19¹⁶.

E, del resto, pure nell’ipotesi in cui sia in discussione la trasmissione *attiva* del contagio da persona a persona, si è osservato, mancherebbe la «dimensione fenomenica propria della condotta di diffusione», la quale dovrebbe presupporre una propagazione sincronica e massiva delle sostanze patogene¹⁷.

In ogni caso, pure a volersi ammettere una relativizzazione del problema della qualificazione della condotta per estendere il concetto di garante oltre i confini della categoria tradizionalmente intesa, la questione in esame ritorna ad assumere piena rilevanza ai fini del giudizio causale, la cui struttura risulta, com’è noto, differentemente declinata dal punto di vista della verifica controfattuale a seconda che il collegamento con l’evento debba accertarsi in rapporto ad un contributo attivo di trasmissione del contagio, ovvero al mancato impedimento dell’evento, oppure ancora alla inadeguata gestione di una situazione di rischio dal punto di vista organizzativo.

Rispetto a quest’ultima ipotesi, un’eventuale qualificazione della condotta in termini omissivi richiederebbe – ai fini dell’imputazione causale – una valutazione di ragionevole certezza circa l’“efficacia salvifica” della condotta doverosa omessa. Dovrebbe dimostrarsi, dunque, che l’adozione delle misure di sicurezza avrebbe comunque impedito la diffusione del virus e che questa non sia avvenuta per l’intervento di fattori causali alternativi.

Sappiamo quanti aspetti di ambiguità sollevi in ambito omissivo l’impiego del metodo bifasico di accertamento causale e del procedimento di esclusione delle cause alternative, laddove si tratti di ipotizzare una condotta che non ha, in effetti, avuto luogo e rispetto alla quale non è possibile stimare i fattori causali concorrenti, se non in una dimensione anch’essa ipotetica¹⁸.

Il rischio, com’è noto, è quello di sovrapporre la verifica della rilevanza causale della condotta omissiva con l’accertamento del nesso tra colpa ed evento, facendo dipendere la prova del rapporto causale dalla mera violazione della regola cautelare, ovvero quello di ammettere valutazioni di correlazione causale fondate su parametri probabilistici di mero aumento/mancata diminuzione del rischio o su mere basi congetturali.

In effetti, il richiamo a simili canoni di giudizio, (formalmente) esclusi dallo statuto eziologico definito dalle Sezioni Unite *Franzese*, potrebbe consentire l’accertamento del nesso causale rispetto a fenomeni di mancato impedimento del contagio da Covid-19.

Di fatto, come è stato opportunamente sottolineato, i problemi di accertamento concernenti l’evitabilità “contro-fattuale” dell’evento per mezzo della condotta doverosa omessa derivano dal fatto che le regole anti-contagio non possono ritenersi misure propriamente *impeditive*, quanto piuttosto regole cautelari *improprie*¹⁹, volte alla riduzione del rischio entro il limite consentito dall’ordinamento per l’esercizio di una certa attività. Di conseguenza, il problema probatorio

¹⁶ Sul punto, tra gli altri, 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*, in *SP* 2020, 7, 89 s.

¹⁷ G. A. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del “principio di realtà”*, in *RIMedLeg* 2020, 2, 983 ss. *Contra*, S. Tordini Cagli, *Epidemia colposa*, cit., 483.

¹⁸ Così, per tutti, nella manualistica, G. A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*², Torino 2022, 279. Sui profili di criticità legati all’impiego del metodo bifasico di accertamento e del procedimento di eliminazione dei decorsi alternativi in ambito omissivo, *ex multis*, L. Masera, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *DPP* 2006, 4, 494 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *RIDPP* 2009, 4, 1679 ss.; P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, II, Milano 2006, 1985 ss.

¹⁹ Il riferimento è alla nota distinzione enucleata da P. Veneziani, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, 13 ss.

dell'evitabilità può risultare semplificato ovvero oltremodo acuito, a seconda che si ritenga di adottare il parametro della certezza logico-processuale dell'oltre ogni ragionevole dubbio, oppure il più probabile che non, ovvero il mero aumento del rischio²⁰.

Una prospettiva, quest'ultima, tuttavia, già respinta dalla giurisprudenza in una recente sentenza, in cui è stata esclusa la possibilità di pervenire ad un livello di cedibilità logica o razionale nell'ambito del giudizio controfattuale riguardante il nesso tra la mancata adozione di misure di prevenzione e gestione del rischio e la propagazione dell'epidemia all'interno di una casa di cura per anziani²¹.

Oltre alla necessità di una corretta qualificazione della condotta, si pone il problema della descrizione dell'evento costitutivo del fatto di reato.

A tal proposito, bisogna evidenziare come, riguardo al reato di epidemia, l'evento tipico non risulti pacificamente inquadrato in dottrina, venendo ricondotto alternativamente ad un'ipotesi di danno concreto – la causazione di una malattia a scapito di una moltitudine di vittime tramite la trasmissione del virus – ovvero di mero pericolo – l'incontrollata possibilità di propagazione della malattia – oppure, ancora, di “danno qualificato dal pericolo” – laddove, cioè si ritenga che l'evento oggetto di accertamento sia rappresentato da un danno alla salute per un determinato novero di soggetti cui si correla il pericolo di ulteriore trasmissione della malattia nei confronti di una cerchia ampia e indeterminata di potenziali vittime²².

Evidenti le implicazioni applicative di ciascuna posizione rispetto al profilo dell'accertamento causale: a seconda della configurazione strutturale assunta dalla fattispecie, muta sensibilmente il tipo di evento rispetto al quale verificare l'efficienza causale della condotta e, di conseguenza, anche il criterio di giudizio e lo standard probatorio con cui condurre tale valutazione sul piano processuale.

Va detto, peraltro, che alcune divergenze interpretative sono insorte in merito alla sussumibilità del fenomeno pandemico da Covid-19 nella nozione tipica di epidemia ex art. 438 Cp. Ferma la convergenza di opinioni circa il carattere di elevata diffusività della malattia infettiva, si è discusso, per esempio, a proposito dell'applicabilità della fattispecie a situazioni in cui il contagio sia rimasto tendenzialmente circoscritto dal punto di vista spaziale e la propagazione del virus abbia interessato una cerchia ristretta di soggetti (c.d. *cluster*, o focolaio)²³. Un altro profilo controverso ha riguardato la possibile estensione dell'ambito operativo della fattispecie alle ipotesi in cui la condotta non abbia determinato propriamente l'innescò del fenomeno epidemico, ma abbia contribuito all'ulteriore propagazione della malattia già in corso di diffusione²⁴.

Orbene, fatte queste specificazioni circa gli elementi della relazione eziologica, si tratta di soffermarsi, a questo punto, sulla struttura del giudizio di causalità.

²⁰ Così, V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *DPenCont* 2020, 2, 45 ss.

²¹ Cass. 4.3.2021 n. 20416, in *RIMedLeg* 2021, 4, 1133 ss. Ritiene possibile, rispetto a tale casistica, pervenire in alcuni casi alla prova del nesso causale tra il mancato rispetto delle regole anti-contagio e gli eventi lesivi da Covid-19, P. Piras, *Il nesso causale Sars-Cov-2 e le morti nelle R.S.A.: si può provare?*, in www.sistemapenale.it 14.4.2022, 7 ss.

²² Per una recente ricostruzione del dibattito, con ampi riferimenti bibliografici, v. S. Tordini Cagli, *L'epidemia come disastro? Considerazioni problematiche sulla rilevanza penale delle epidemie*, Torino 2023, 75 ss.

²³ Sul punto, con diversità di opinioni, M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 503 ss.; E. Perrotta, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated*, in *RIDPP* 2020, 1, 220 s.

²⁴ In senso favorevole, v. S. Zirulia, *Nesso di causalità*, cit., 11. Sul punto, tuttavia, A. Gargani, *Epidemia colposa e "Covid-19": interpretazioni 'emergenziali' e principi di garanzia*, in *St.Sen.* 2022, 1, 56 s., precisa come anche nei casi in cui si debba valutare l'efficienza causale della condotta in relazione all'aggravamento della situazione epidemica in corso, si pone «la necessità di dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la causazione di nuovi contagi e l'ulteriore diffusione del morbo dipenda proprio dalla condotta inosservante: se ci si accontentasse di accertare l'aumento del rischio di tali eventi sulla base di parametri epidemiologici, si finirebbe, infatti per trasformare un reato di evento (di pericolo comune) qual è l'epidemia in un reato da rischio epidemico, alterando la struttura dell'art. 438 Cp.».

Risulta chiaro, innanzitutto, che sul piano della causalità generale sia necessario valutare in astratto, alla luce del sapere scientifico disponibile, il meccanismo di trasmissione della malattia e di sviluppo della lesione.

Una parte della dottrina ritiene che riguardo la ricostruzione del *decorso reale* nell'eziologia del contagio da Covid-19, non si ponga tanto una questione di spiegazione scientifica astratta, «visto che siamo in grado di ricostruire scientificamente se una morte o una lesione è dovuta alla “attività” di questo virus»²⁵.

Anzi, si è sostenuto, «sul piano della teoria, lo schema causale nelle infezioni da SARS-CoV-2 appare, in linea di principio, semplice e lineare, perché risponde al modello microbiologico di stampo condizionalistico [...]: se non c'è esposizione al virus, se il virus non entra nell'organismo ospite, questo non si ammala. Il resto, e cioè le condizioni cliniche del corpo, l'eventuale co-morbilità, eventuali fattori predisponenti oppure ostativi ecc. sono concause»²⁶.

Altri autori, tuttavia, sottolineano il permanere di numerose incertezze suscettibili di mettere in dubbio anche il profilo della selezione della legge scientifica di copertura applicabile al caso di specie, non essendovi unanimità di vedute in merito alla capacità infettante del virus, alle modalità di interazione con l'organismo ospite, ai tempi di incubazione, alle diverse forme di trasmissione a seconda del tipo di vettore²⁷, all'eventuale carattere “dose-dipendente” della malattia rispetto al numero di esposizioni alle fonti di contagio²⁸.

Occorre, inoltre, tenere conto delle significative oscillazioni inerenti alla relazione probabilistica tra il contatto con il virus e lo sviluppo dell'infezione, ovvero alla comparsa di “effetti collaterali” a medio e lungo termine, o ancora al prodursi di un esito letale, stante l'estrema variabilità di manifestazione delle “malattie Covid-correlate”.

Rispetto all'accertamento di responsabilità a titolo di omicidio e lesioni personali per singoli episodi di contagio, si concorda, invece, circa la sostanziale impossibilità di effettuare un giudizio controfattuale che consenta di escludere con ragionevole certezza l'intervento di fattori causali alternativi nella produzione dell'evento in concreto.

Le principali asperità della verifica del nesso causale individuale tra esposizione al virus ed eventi di danno sono rappresentate, invero, sia dal carattere ubiquitario del fattore di rischio²⁹, ampiamente diffuso anche in soggetti asintomatici, sia dalle innumerevoli occasioni di entrarvi a contatto. Bisogna valutare, inoltre, il possibile processo multifattoriale di produzione della lesione, nelle ipotesi, molto frequenti, in cui l'infezione virale abbia interagito con situazioni di morbidità pregressa o con altri imponderabili fattori, rispetto ai quali si pone, quindi, un problema di “misurazione” del rilievo eziologico delle concause nella produzione dell'evento lesivo.

Questi fattori non consentono, nel caso concreto, di ricostruire gli anelli causali del processo di contaminazione individuale e impediscono la riferibilità dell'infezione subita da una determinata vittima alla trasmissione del contagio da parte di un determinato agente, fatta eccezione per situazioni di isolamento estremo più ipotetiche che reali.

Nondimeno, anche considerando l'imputazione causale degli eventi tipici del reato di epidemia, si riscontrano profili di criticità difficilmente superabili.

²⁵ R. Bartoli, *La responsabilità colposa*, cit., 91.

²⁶ O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in www.lalegislazionepenale.eu 27.1.2021, 4 ss.

²⁷ V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in www.archiviopenale.it 2020,1, 3 s.

²⁸ Sottolinea questo profilo, M. G. Marzano, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, in *CP* 2020, 9, 3108.

²⁹ *Ex multis*, P. Veneziani, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in www.sistemapenale.it 28.4.2022, 7.

Certo, la strada dei delitti di pericolo comune è già stata tentata come possibile via alternativa di imputazione quando il percorso di accertamento della causalità individuale rispetto a singoli eventi lesivi si è rivelato sostanzialmente impraticabile³⁰.

Così è avvenuto, com'è noto, nel settore delle offese correlate ad esposizioni a sostanze tossiche, laddove, proprio le difficoltà di pervenire alla ricostruzione del nesso di causalità individuale tra le condotte dei datori di lavoro in successione e le lesioni subite da una pluralità di vittime hanno indotto la giurisprudenza all'inquadramento unitario delle singole lesioni alla stregua di un unico *fenomeno*, di carattere *epidemico*. Quest'ultimo, ricondotto alla *perdurante attività di contaminazione ambientale* da parte dell'impresa, è stato ritenuto suscumbibile nell'evento di *disastro* tipico ai sensi delle fattispecie di pericolo comune di cui agli artt. 434 e 437 Cp.

Nell'ambito di tale casistica, invero, il diritto vivente favorisce una nuova prospettiva causale, volta a dare rilievo a macro-eventi a carattere collettivo, quali gli eccessi di mortalità tra i soggetti esposti ad attività di impresa ad alto rischio, rispetto ai quali il riferimento ad evidenze di carattere epidemiologico sarebbe dirimente ai fini dell'accertamento dell'evento costitutivo del disastro e del pericolo per l'incolumità pubblica.

Tuttavia, riguardo alla fattispecie di epidemia, aderendo all'impostazione, maggiormente accreditata in dottrina, che inquadra l'evento tipico del delitto come un'ipotesi di *danno qualificato dal pericolo*³¹, il fuoco dell'accertamento causale dovrebbe proiettarsi verso un duplice referente materiale: per la prova del danno pluripersonale si richiederebbe un giudizio condotto secondo lo schema bifasico della causalità generale-individuale (modello *Franzese*), e (solamente) rispetto al pericolo pluripersonale l'indagine eziologica potrebbe limitarsi ad una verifica in termini di *causabilità* (causalità generale)³².

Anche in questo caso, dunque, nel particolare contesto della vicenda pandemica, il giudizio controfattuale a carattere ipotetico risulterebbe a dir poco arduo rispetto all'evento di danno, dovendosi accertare – anche sul piano della causalità individuale – se la condotta dell'agente abbia avuto o meno efficienza causale rispetto all'insorgenza della malattia in un numero rilevante di persone determinate (evento di danno)³³.

A fronte dell'ubiquità del fattore di rischio, diviene, pressoché impossibile verificare oltre ogni ragionevole dubbio che la propagazione del virus – tanto in via principale, quanto come aggravamento dell'infezione in corso – a scapito della salute di un certo numero di vittime sia avvenuta in dipendenza della condotta dell'imputato ovvero dell'intervento di fattori causali alternativi³⁴.

3. Una parte della dottrina ritiene, tuttavia, che rispetto al reato di epidemia, «in ragione del carattere collettivo e impersonale dell'evento tipico, le difficoltà di prova della causalità individuale registrate con riferimento ai reati contro la persona siano qui destinate quanto meno a stemperarsi»³⁵.

Secondo quest'impostazione, invero, da un lato, l'evento di danno potrebbe essere descritto e accertato in termini aggregati e impersonali, potendo essere riferito ad una *popolazione* (e non ad un numero determinato di persone), anche nei termini di un significativo incremento dell'incidenza della patologia all'interno di un sotto-gruppo; dall'altro, e di conseguenza, bisognerebbe ammettere il

³⁰ Lo sottolinea anche A. Gargani, *Epidemia colposa e "Covid-19"*, cit., 37.

³¹ Per tutti, A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino 2005, 346 ss.

³² Così, A. Gargani, *Epidemia colposa e "Covid-19"*, cit., 46.

³³ Sul punto, v. M. Pelissero, *op. cit.*, § 4.1.; M. F. Carriero, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, in www.aarchiviopenale.it 2020, 3, 26 s.

³⁴ A. Gargani, *Epidemia colposa e "Covid-19"*, cit., 55.

³⁵ S. Zirulia, *Nesso di causalità*, cit., 9.

ricorso alla scienza epidemiologica come parametro di imputazione causale dell'evento, pur limitandosi questa a fornire indicazioni inerenti il piano della causalità generale³⁶.

Si propone, in altre parole, di condurre un accertamento del nesso eziologico dimostrando, in astratto, l'idoneità di una certa esposizione a determinare un processo patologico, e valutando, in concreto, l'eventuale eccedenza di morbidità/mortalità con riferimento ad uno specifico gruppo di soggetti³⁷.

In questo senso, l'accertamento epidemiologico della c.d. quota di rischio attribuibile dovrebbe ritenersi idoneo a fondare il giudizio di imputazione dell'evento, anche in ambito omissivo, consentendo la verifica del comportamento alternativo lecito: non si tratterebbe, infatti, di accertare «il mancato impedimento della morte di Tizio o di Caio, bensì il mancato impedimento di un determinato focolaio, anche in termini di riduzione dell'incidenza della patologia all'interno della comunità osservata», dovendosi valutare se «la realizzazione della condotta alternativa lecita avrebbe avuto *serie probabilità di frenare* la propagazione del virus nella popolazione di riferimento»³⁸.

Il ragionamento in questione si fonda, com'è noto, sullo schema del c.d. accertamento alternativo della vittima, già proposto nel settore delle esposizioni a sostanze tossiche come modello alternativo di verifica del nesso causale con riferimento ai reati di omicidio e lesioni personali³⁹.

Si ritiene che il metodo in questione, il quale non consente l'identificazione delle vittime e l'individuazione di nessi di correlazione causale a livello individuale, possa risultare *a fortiori* un criterio valido nell'ambito di un reato contro la salute pubblica, quale quello di epidemia, laddove la «carezza informativa sul piano dell'identità delle persone contagiate non sembra di particolare rilievo», posto che «il bene giuridico tutelato attiene a collettività indeterminate di persone»⁴⁰.

I sotto-eventi di lesioni, dunque, pur risultando elementi del tipo, non rileverebbero di per sé, quanto quali «sintomo del pericolo per la salute pubblica»⁴¹.

Così ragionando, si ammette implicitamente, a ben vedere, che nell'economia della fattispecie, la dimensione del pericolo assuma una portata assorbente rispetto al requisito del danno: il fulcro della tipicità viene ridotto alla causazione (o al mancato controllo) del pericolo di diffusione dell'agente patogeno nei confronti di vittime indeterminate, prescindendo, quindi, dalla prova dell'effettiva trasmissione del contagio a danno di soggetti determinati.

Come giustificare, tuttavia, la rinuncia alla prova del danno e della causalità individuale rispetto ad una fattispecie la cui tipicità è imperniata sulla produzione di un evento?

Attenta dottrina segnala, a riguardo, l'emersione di una *lettura emergenziale* della norma incriminatrice, volta a garantirne, *de jure condito*, la funzionalità rispetto alle istanze di penalizzazione pandemica; lettura che, tuttavia, nel tradire la struttura causale del delitto come reato di danno, trasformandola surrettiziamente in un modello di pericolo o addirittura di rischio, sembrerebbe spingersi oltre i confini tracciati dal principio di legalità⁴².

Un'altra autorevole opinione avverte come, pur prescindendo da quest'ultimo aspetto, il rilievo ostativo al ricorso al dato epidemiologico in materia di infezione da SARS-CoV-2 risiederebbe «nell'incertezza del dato numerico relativo alla classe dei “non esposti” allo specifico rischio Covid-19, incertezza suscettibile di inficiare le condizioni di validità dell'indagine»⁴³. Basti pensare alla

³⁶ S. Zirulia, *Nesso di causalità*, cit., 11.

³⁷ S. Zirulia, *Nesso di causalità*, cit., 15 s. In senso adesivo verso tale prospettiva anche D. Castronuovo, *op. cit.*, 11; S. Tordini Cagli, *Epidemia colposa*, cit., 485; A. H. Bell, *op. cit.*, 14.

³⁸ S. Zirulia, *Nesso di causalità*, cit., 14 s. (corsivi nostri).

³⁹ Si vedano, pur con le relative differenze di impostazione, L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano 2007 e S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018, 285 ss.

⁴⁰ S. Zirulia, *Nesso di causalità*, cit., 12.

⁴¹ Così, S. Tordini Cagli, *Epidemia colposa*, cit., 485.

⁴² Di questo avviso, A. Gargani, *Epidemia colposa e “Covid-19”*, cit., 57 s., segnalando, a riguardo, un tentativo di flessibilizzazione dell'accertamento della causalità di matrice dottrinale.

⁴³ O. Di Giovine, *op. cit.*, 7. Insiste sul punto anche M. G. Marzano, *op. cit.*, 3115.

sostanziale impossibilità di stimare il numero dei positivi asintomatici: in definitiva, ad essere messa in discussione sarebbe, in questo specifico ambito, l'esattezza dei dati epidemiologici, «condizione logica prioritaria perché si possa ricorrere a tale modello di ragionamento»⁴⁴.

4. La difficoltà se non l'impraticabilità delle fattispecie a disposizione dell'interprete, imperniate sul modello causale d'evento in contesti di iper-complessità come quello pandemico, richiamano una questione affatto nuova: «il diritto penale – scrive Ombretta Di Giovine – è oramai troppo arcaico e per questo non riesce a rincorrere e a inquadrare nelle sue rozze categorie antropomorfe la complessità e i problemi di sistema»⁴⁵.

Alla radice del problema causale in tale settore – definito *imperscrutabile* da Giovannangelo De Francesco – si pone l'inconciliabilità tra la necessità di fornire una spiegazione “mono-causale” dell'evento, fondata sull'eliminazione mentale della singola condotta e il particolare scenario empirico, espressivo di serie eziologiche plurime, sovrapposte, interagenti⁴⁶.

Guardando alla (drammatica) realtà indotta dall'impatto del Covid-19, il “*fenomeno epidemico*” sembra costituire, invero, un'ipotesi di danno esponenziale, la cui carica offensiva risulta evidentemente sproporzionata, per eccesso, rispetto ad un singolo contributo attivo od omissivo di trasmissione dell'infezione, ma anche alle possibilità individuali di gestione del rischio sanitario.

La dimensione globale assunta dalla malattia e l'ingovernabilità del fattore di rischio delineano una situazione empirica che sfugge, evidentemente, alla dimensione tipica delle norme incriminatrici vigenti, concepite, del resto, in relazione ad eventi circoscritti nello spazio e nel tempo e ad una nozione di causa penalmente rilevante perlopiù ancorata a logiche di tipo lineare e mono-fattoriale.

Appare un aspetto singolare, per la verità, che nell'ambito della vicenda epidemica, la giurisprudenza – la quale sovente si è trovata a sperimentare percorsi interpretativi di estensione ed adattamento del tipo penale – sembra aver preso atto delle difficoltà inerenti all'imputazione causale, vuoi per mancanza o incertezza di conoscenze scientifiche, vuoi per l'impossibilità di raggiungere la prova “particolaristica”; mentre, lo sforzo di elaborare strumenti ermeneutici volti a conformare la categoria causale alla particolare situazione empirico-criminologica e il tentativo di restituire funzionalità applicativa ai reati di evento, siano stati condotti, in questa occasione, da una parte della dottrina, convinta della configurabilità, *de jure condito*, di spazi di criminalizzazione per la mancata o inadeguata gestione del rischio sanitario.

Tuttavia, la necessità di “fare i conti” con situazioni emergenziali e l'esigenza di comprendere, *a posteriori*, eventuali carenze di gestione, non dovrebbero, di per sé, implicare una sorta di “caccia alle responsabilità penali”⁴⁷, che le aperture verso il superamento in via ermeneutica della segnalata inadeguatezza delle fattispecie vigenti potrebbero, anche indirettamente, finire per incoraggiare.

Già all'indomani dello scoppio della pandemia, un autorevole studioso invitava la comunità scientifica a riflettere, piuttosto, sulle possibili *lezioni* dall'emergenza sanitaria, in previsione di

⁴⁴ O. Di Giovine, *ibidem*.

⁴⁵ O. Di Giovine, *op. cit.*, 20.

⁴⁶ Rileva opportunamente E. Perrotta, *op. cit.*, 225 s., come in relazione alle dinamiche di diffusione del Covid-19, l'interazione di plurimi fattori causali, di matrice umana e naturale nella «realizzazione dell'evento epidemico e mortale richiama la costruzione scientifica della c.d. “rete causale” (*web of causation*), rispetto alla quale si pone un quesito di fondo: prescindendo dalle condotte individuali, l'evento di diffusione di una malattia infettiva a carattere pandemico si sarebbe ugualmente potuto – o dovuto – verificare? Se sì, ciò sarebbe dovuto accadere con la stessa portata epidemiologica, spaziale e temporale?».

⁴⁷ Sull'emersione della «inconscia necessità del capro espiatorio» nel contesto della vicenda epidemica, F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it 26.4.2020; G. Forti, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in DPU 10.6.2020. Sulla strumentalizzazione del processo penale per il perseguimento di finalità ulteriori, “extra-penali”, e sui suoi “esiti nefasti”, tanto per gli indagati, quanto per le persone offese, si veda, proprio in relazione ad un'emblematica vicenda emersa in tempi di pandemia, D. Amato, *Gestione di eventi calamitosi*, cit., 16 ss.

eventuali futuri scenari epidemici, considerando il rapporto tra la situazione emergenziale e il rischio di espansioni panpenalistiche : bisognerebbe interrogarsi, innanzitutto, su ciò che il diritto penale *può o non può* e, soprattutto, *non deve* fare⁴⁸.

Contrariamente a quanto da alcuni sostenuto, la torsione delle categorie di imputazione al fine di assicurare l'affermazione di responsabilità penali non sembra rappresentare una risposta di giustizia. Ciò non significa rinunciare ad affrontare il nodo della possibile interazione tra diritto penale e situazioni di rischio-epidemico. Tutt'altro.

Com'è stato osservato da Bernardi, la necessità di interrogarsi sui profili di responsabilità colposa correlati alla diffusione di epidemie come quella da Covid-19 è favorita dalla «felice disabitudine a confrontarsi con questo genere di rischi»⁴⁹, se non ad emergenza avvenuta.

Le problematiche sollevate intorno alla praticabilità dei modelli di incriminazione tradizionali dimostrano il fallimento di un approccio punitivo meramente orientato ad una logica *retrospettiva*.

Nella prospettiva *post-emergenza*, varrebbe la pena concentrarsi, invece, sull'esigenza di «un ripensamento complessivo dei modi con cui s'intenda operare per finalità preventive – rimanendo fedeli ai binari fissati in materia dalla carta costituzionale –, [anche, ma non solo] attraverso gli strumenti penalistici»⁵⁰. Occorrerebbe, in altri termini, come autorevolmente segnalato, una riflessione orientata a quella «progettazione politico-criminale troppe volte negletta, essendosi a lungo ritenute indiscutibili forme di mera corrispettività simbolica della risposta ai fatti illeciti, senza verifica alcuna in rapporto alla loro reale attitudine preventiva»⁵¹.

Dunque, lo sforzo di adattare il tipo penale e le categorie di imputazione ai moderni scenari empirici del rischio, quale quello della diffusione di malattie infettive a carattere pandemico, andrebbe condotto non già attraverso indebite flessibilizzazioni interpretative, bensì, nell'ottica del rinnovamento dei modelli di tutela vigenti, in una prospettiva *de lege ferenda*.

Alla luce delle problematiche di imputazione causale riscontrate nel settore delle malattie infettive, è emersa l'idea di valutare percorsi alternativi di tutela incentrati su tecniche di anticipazione della soglia di punibilità.

Una parte del dibattito si è incentrata, infatti, sulla opportunità che lo strumento punitivo venga ad incidere sull'evolversi della situazione di pericolo, colpendo condotte prodromiche al prodursi di conseguenze lesive, anticipando e prevenendo gli sviluppi offensivi attivati in direzione dell'evento da comportamenti potenzialmente dannosi.

In effetti, nel settore delle malattie infettive, il nostro ordinamento sembra, tutt'ora, sfornito di fattispecie incriminatrici di mera condotta incentrate sulla messa in pericolo della salute pubblica mediante esposizione al contagio.

5. Nella ricerca di possibili modelli alternativi al reato di evento, vale la pena rivolgere lo sguardo, pur sinteticamente, ad alcune soluzioni presenti nell'esperienza comparata. È interessante cercare di comprendere, in particolare, i termini del dibattito insorto in altri ordinamenti a proposito del possibile ricorso a fattispecie penali di pericolo – laddove previste – per sanzionare comportamenti di diffusione dell'infezione da Coronavirus.

L'art. 231 del Codice penale svizzero punisce chiunque con animo abietto propaga una malattia dell'essere umano pericolosa e trasmissibile. Guardando alla struttura tipica della fattispecie, appare

⁴⁸ D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it 28.4.2020, 13.

⁴⁹ A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, II, Ferrara 14.7.2020, 29.

⁵⁰ L. Eusebi, *L'esperienza della pandemia in quanto opportunità di progettazione politico-criminale*, in www.sistemapenale.it 20.4.2023.

⁵¹ L. Eusebi, *ibidem*, si esprime in questi termini, ritenendo che si possa apprezzabilmente ricondurre a questo fronte di riflessione il lavoro monografico di A. Della Bella, *Il legislatore penale*, cit.

immediatamente chiaro come, il principale limite alla sua possibile applicazione ai casi di trasmissione del contagio nel contesto pandemico sia rappresentato dalla configurazione dell'elemento soggettivo del reato.

Se il nesso psichico rilevante risulta, infatti, limitato alla forma dolosa, in capo all'autore si richiede, altresì, un atteggiamento intenzionale di diffusione della malattia connotato da uno spirito particolarmente "vile" e addirittura "malvagio"⁵².

Tralasciando questo profilo e soffermandoci, invece, per quanto di nostro interesse, sul versante oggettivo del reato, vale la pena richiamare innanzitutto la possibilità di ritenere in ogni caso la malattia ingenerata dal contagio del virus Covid-19 come "pericolosa"; ciò, in considerazione dell'estrema variabilità degli effetti a breve e lungo termine sulla salute umana e della frequenza dei decorsi gravi, tendenzialmente riscontrati in una minoranza di soggetti, particolarmente vulnerabili⁵³. Una parte della dottrina ha ritenuto, però, che il requisito della pericolosità debba essere considerato non solo in relazione alla gravità intrinseca della malattia e ai suoi possibili effetti lesivi, ma anche a fattori quali il potenziale di danno, il numero di persone colpite o i costi diretti o indiretti della diffusione dell'infezione. Secondo questa diversa prospettiva, dunque, il coronavirus dovrebbe essere considerata una malattia pericolosa ai sensi dell'art. 231 StGB⁵⁴.

Un altro profilo suscettibile di ingenerare contrasti interpretativi è costituito dalla condotta di propagazione: ci si è chiesti, infatti, se il comportamento tipico debba consistere nel contagio di una singola persona ovvero nella creazione di una potenziale fonte di ulteriore diffusione della malattia che non possa più essere controllata dal soggetto agente⁵⁵.

Quanto all'elemento del pericolo, l'interpretazione prevalente sembra orientata a ritenere che ai fini dell'integrazione della fattispecie sia sufficiente la trasmissione dell'agente patogeno ad almeno un'altra persona, cui si reputa indirettamente correlato il pericolo per la collettività: secondo la c.d. *Mittelbarkeitstheorie*, infatti, la situazione di pericolo (astratto) verrebbe ingenerata non direttamente dalla condotta dell'autore, quanto invece dal rischio che la persona infetta contagi altre persone⁵⁶.

In ogni caso, si ritiene pacificamente il reato di cui all'art. 231 *ein Verletzungsdelikt*⁵⁷.

Alla luce di tale lettura, dunque, sembrerebbe sollevarsi inevitabilmente – rispetto alle infezioni da Covid-19 – il problema causale di provare a livello particolaristico il nesso tra la condotta di propagazione e l'effettiva trasmissione del virus nei confronti di almeno una persona determinata (evento di danno)⁵⁸.

Diversamente configurata risulta, invece, la struttura tipica della fattispecie prevista in materia di diffusione di malattie infettive nell'ordinamento penale austriaco (§ 178 StGB - *Vorsätzliche*

⁵² Dal 1° gennaio 2016 è in vigore una nuova versione dell'art. 231 StGB, notevolmente modificata rispetto alla precedente in senso limitativo della responsabilità penale: la condotta colposa non è più punibile e possono rispondere del reato solo coloro che agiscono con intenzione diretta e animo abietto; dunque, la norma non risulta più applicabile, per esempio, alle ipotesi in cui l'agente, prima della trasmissione, abbia informato la persona circa il rischio concreto di infezione. Sull'evoluzione della normativa, v. M. A. Niggli, H. Wiprächtiger, *Art. 231*, in *Basler Kommentar Strafrecht*⁴, Basel 2019, 1 ss.

⁵³ W. Wohlers, S. Heneghan, R. Peters, *Strafrecht in Zeiten der Pandemie. Der Einsatz strafrechtlichen Zwangs zur Bekämpfung normwidrigen Verhaltens in «ausserordentlichen» Lagen*, Zürich 2021, 16 s.

⁵⁴ U. Weder, *Art. 231*, in *StGB Kommentar*²¹, hrsg. von A. Donatsch, Zürich 2022, 591.

⁵⁵ Cfr. A. Donatsch, M. Thommen, W. Wohlers, *Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit*, 5. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2017, 79; W. Wohlers, *Art. 231*, in *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*⁴, Bern 2020, 643.

⁵⁶ Alla *Mittelbarkeitstheorie* si contrappone la *Unmittelbarkeitstheorie*: entrambe ritengono necessaria per l'integrazione del reato la trasmissione di una malattia umana pericolosa trasmissibile ad un'altra persona, ma mentre la seconda teoria richiede correlato alla trasmissione del contagio un pericolo di diffusione concreto, la prima inquadra il requisito come pericolo astratto. Per approfondimenti, M. A. Niggli, H. Wiprächtiger, *op. cit.*, 11 ss.

⁵⁷ Cfr., A. Coninx, § 231, in *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*⁴, hrsg. von S. Trechsel, M. Pieth, Zürich-St. Gallen 2021, 1223 s.

⁵⁸ Lo segnala, tra gli altri, W. Wohlers, *Strafrechtlicher Zwang in der «ausserordentlichen» Lage*, in *Symposium #iuscoronae. Rechtswissenschaft in der Corona-Krise*, hrsg. von K. Pärli, T. R. Weber-Fritsch, Basel 2021, 69.

Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten), laddove oggetto di incriminazione è un atto, commesso anche in forma colposa (§ 179), in grado di causare un pericolo di diffusione di una malattia trasmissibile tra gli esseri umani⁵⁹.

Si tratta, dunque, di un delitto di mero pericolo, che non richiede l'accertamento di un effettivo contagio, quanto piuttosto la prova circa l'idoneità astratta della condotta a determinare il pericolo di propagazione dell'infezione verso un numero considerevole di persone⁶⁰.

Riguardo tale fattispecie, la questione cruciale attiene al giudizio di *pericolosità potenziale* della condotta rispetto alla propagazione della malattia.

In rapporto alle possibili responsabilità per diffusione di Covid-19, alcuni autori hanno evidenziato come ai fini dell'integrazione del reato in esame non sia sufficiente la mera trasgressione delle misure di sicurezza stabilite dall'autorità, dovendosi accertare che il comportamento inosservante abbia ingenerato il rischio di un'ampia diffusione del virus; si ritiene, peraltro, che quest'ultimo debba essere valutato in un'ottica *ex ante* e secondo un giudizio a base parziale: non sarebbe richiesta, dunque, la dimostrazione che l'autore al momento del fatto fosse effettivamente contagiato dalla malattia, essendo rilevante il mero compimento dell'atto pericoloso⁶¹.

Se, dunque, una fattispecie così configurata sembra sottrarsi alle stringenti regole di accertamento del nesso eziologico nei reati d'evento, allo stesso tempo, in quanto costruita come *abstrakt potenzielles Gefährdungsdelikt*, la stessa finisce, però per essere viziata da un eccessivo affievolimento della dimensione offensiva della condotta tipica: è ciò che si verifica, per esempio, laddove si ritengano penalmente rilevanti comportamenti valutati *ex ante* come idonei a cagionare la propagazione del virus, che risultino però *ex post* inidonei perché nella specie, l'agente non era infetto al momento della condotta⁶², benché soffrisse i sintomi tipici della malattia o avesse quantomeno il sospetto di esserne contagiato.

In ambito tedesco, una fattispecie delittuosa riguardante la diffusione di malattie infettive si rinviene nella legislazione complementare laddove, ai §§ 74 e 75 della *Legge sulla prevenzione e il controllo delle malattie infettive nell'uomo* (IfSG), si punisce a titolo di responsabilità sussidiaria chi dolosamente commette alcune delle condotte sanzionate dalla legge in via amministrativa (ad esempio, l'omessa segnalazione della malattia o l'inosservanza di ordini di autorità), *propagando* così una delle malattie citate nella stessa normativa. Un primo aspetto che merita di essere segnalato è rappresentato dalla tecnica di tipizzazione delle modalità della condotta, vincolata alla violazione degli obblighi e delle misure di contenimento del contagio espressamente previsti dalla legge e imposti dalle autorità amministrative.

Per quanto attiene alla struttura tipica della fattispecie, viene in rilievo, ancora una volta, il problema di come debba intendersi la condotta di propagazione, se posta in correlazione con il solo pericolo di diffusione della malattia o se debba richiedersi, invece, il prodursi di un certo risultato, consistente nella trasmissione dell'infezione. La questione non è del tutto pacifica e una parte della dottrina sostiene che per l'integrazione del reato la malattia o l'agente patogeno debba essere trasmesso ad

⁵⁹ Il reato prevede un presupposto oggettivo di punibilità: la malattia trasmissibile deve appartenere alla categoria di malattie per cui è previsto un obbligo di comunicazione o di notifica sulla base della legislazione speciale pertinente.

⁶⁰ Si tratterebbe di un pericolo di diffusione e non di mera trasmissione della malattia, cfr. V. Murschetz, §§ 178-179, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*², hrsg. von F. Höpfel, E. Ratz, Wien 2020, 48 ss.

⁶¹ Cfr. E. E. Fabrizio, A. Michel-Kwapinski, B. Oshidari, § 178, in *Strafgesetzbuch (StGB). Kurzkomentar*¹⁴, Wien 2022, 628, con alcuni riferimenti giurisprudenziali a casi emersi nel contesto della pandemia da Coronavirus. Per una ricostruzione del dibattito dogmatico e giurisprudenziale sulla struttura del reato e una riflessione sulla praticabilità della fattispecie rispetto ai casi da Coronavirus, v. per tutti, N.M. Schallmoser-Schweiberer, *Corona-Sünder – „Geh't's noch?!“ oder schon strafbar? (Neu-)Betrachtung der §§ 178, 179 StGB (Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten)*, in *ALJ* 2021, 102 ss.; L. Cohen, *Isolation, Quarantäne, Coronapartys – Anwendbarkeit der §§ 178 f StGB bei Missachtung von COVID-19 Verkehrsbeschränkungen*, in *JSt* 2020, 204 ss.

⁶² Lo segnala, con opportuni richiami alla dottrina austriaca, S. Tordini Cagli, *L'epidemia come disastro?*, cit., 177.

almeno un'altra persona (evento di danno) e, in secondo luogo, che ci si possa aspettare una diffusione incontrollata a un numero indeterminato di potenziali destinatari (elemento del pericolo)⁶³.

Vale la pena segnalare, infine, che nell'ordinamento penale spagnolo, dove non è più previsto, come in passato, un delitto di pericolo di diffusione di malattie infettive⁶⁴, sia insorto un dibattito *de lege ferenda* a proposito dell'opportunità di (re)inserire tale ipotesi tra i reati contro la salute pubblica. Preso atto dei problemi di imputazione causale sollevati dall'applicazione dei reati di omicidio e lesioni alla casistica correlata alla vicenda pandemica, alcuni autori, reputando necessario colmare tale lacuna punitiva rispetto ai rischi ingenerati dalle nuove forme di epidemia, hanno proposto l'introduzione di un delitto di *pericolo potenziale di propagación de enfermedades, con dos variantes, la dolosa y la imprudente, y en el que el núcleo principal de la conducta estuviera constituido por el peligro de propagación o transmisión de una enfermedad infecciosa grave*⁶⁵.

Alla luce della sintetica ricognizione comparatistica, due sono le opzioni che emergono circa la previsione di un modello punitivo anticipato a tutela della salute – individuale e collettiva – nel settore delle malattie infettive⁶⁶.

La prima alternativa riguarda la struttura oggettiva della fattispecie e, in particolare, la possibile scelta tra un paradigma causale di risultato (contagio a danno di una o più persone determinate), correlato – direttamente o indirettamente – all'elemento del pericolo (diffusione incontrollata della malattia presso un novero di vittime indeterminate) e un paradigma incentrato sul mero compimento di un'azione di messa in pericolo del bene protetto mediante potenziale propagazione dell'infezione.

Qualora – per le ragioni già espresse a proposito della disfunzionalità del modello causale riguardo alla prova particolaristica dell'evento di contagio – si ritenesse legittimata la scelta di ricorrere al secondo modello, verrebbe in rilievo l'ulteriore alternativa politico-criminale riguardante la tipologia di pericolo – astratto o concreto – e i parametri cui conformare il giudizio di pericolosità: «un dilemma tale da far invidia all'enigma dello sventurato Principe di Danimarca»!⁶⁷

6. Orbene, nel dibattito *post-pandemia*, alcuni autori si sono direttamente confrontati con tali complessi interrogativi, formulando alcune proposte in merito alla possibile introduzione di fattispecie criminose incentrate sul compimento di atti idonei ad ingenerare il pericolo di contagio/diffusione di malattie trasmissibili.

È interessante notare come esse si distinguano principalmente per quanto riguarda il modello di pericolo adottato.

⁶³ Cfr., C. Hergenröder, § 74, in *Infektionsschutzgesetz mit Trinkwaserverordnung*, hrsg. von A. Sangs, H. Eibenstein, München 2022, 806 s.; H. Lorenz, M. Oğlakcioğlu, § 74, in *Infektionsschutzgesetz Kommentar*, hrsg. von A. Kließling, München 2020, 538 s. In entrambi i contributi viene sottolineata la difficoltà di dimostrare la causalità del comportamento rispetto ad un'infezione specifica nei casi di contagio da Covid-19. Per ulteriori approfondimenti in merito al modello punitivo tedesco in materia di malattie infettive, con ampi richiami bibliografici, L. Valera, *¿Necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas* in ADPCP 2021, LXXIV, 554 ss.

⁶⁴ Per approfondimenti in merito all'evoluzione normativa che ha interessato il delitto di propagazione di malattie infettive in ambito spagnolo, v. A. M^a Javato Martín, *Responsabilidad penal por el contagio y propagación de enfermedades infecciosas en tiempos de pandemia*, in RGDP 2022, 38, 3 ss.

⁶⁵ A. M^a Javato Martín, *op. cit.*, 36 s. Sul punto, v., tra gli altri, S. Valmaña Ochaíta, *El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos*, in ADPCP 2021, LXXIV, 199 ss.; A. Nieto Martín, *El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global*, in *Almacén de Derecho* 15.4.2020.

⁶⁶ Con riferimento al dibattito politico-criminale nel settore del contagio da malattie infettive sessualmente trasmissibili, si rimanda al contributo di Daria Perrone, *Opzioni di politica criminale e rischio di contagio: ancora qualche riflessione in tema di HIV*, in *Atti di convegno, 14.12.2022, Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche*, in www.la legislazione penale.eu 5.10.2023, 1 ss.

⁶⁷ Così, G. A. De Francesco, *Considerazioni introduttive a Atti di convegno, 14.12.2022, Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche*, in www.la legislazione penale.eu 23.5.2023, 4.

Nell'ambito di un'articolata elaborazione di un sistema di illeciti punitivi a tutela della salute pubblica in contesti di emergenza sanitaria, un'autrice ha proposto l'introduzione di un *reato di pericolo concreto di contagio*. Tale fattispecie, da collocarsi in una posizione intermedia nel sistema di tutela – tra gli illeciti contravvenzionali di pericolo astratto e il delitto di epidemia – dovrebbe essere finalizzata a punire le violazioni più gravi delle misure di contenimento del contagio, quando da esse derivi un serio pericolo di diffusione dello stesso, prescindendo, dunque, dalla sua causazione ovvero dall'omesso impedimento⁶⁸. Si tratterebbe, in altri termini, di un "reato di pericolo qualificato a forma vincolata", laddove il pericolo derivi dalla violazione di specifiche ed individuate misure di contenimento, di carattere preventivo e non meramente precauzionale. Per «garantire la determinatezza della fattispecie ed evitare semplificazioni probatorie», si propone, inoltre, la tipizzazione di alcuni indici di pericolosità della condotta al cui positivo accertamento in concreto subordinare la sussistenza del fatto, come ad esempio l'esposizione al contagio di un numero rilevante di persone, la capacità di diffusione dell'agente patogeno e la severità della malattia derivante dal contagio⁶⁹.

Senonché, nella prospettiva dell'autrice, il bene giuridico tutelato dalla fattispecie, da "attivare" solo in situazioni di emergenza sanitaria, sarebbe costituito dalla «salvaguardia della funzionalità del sistema sanitario» rispetto a condotte che possano mettere «sotto stress la capacità del sistema di approntare cure adeguate alla collettività»⁷⁰.

In un'altra recente e ampia riflessione sui profili di responsabilità penali in contesti epidemici, si prospetta, *de lege ferenda*, l'ipotesi di riformare la vigente fattispecie di epidemia, destinandola a punire il compimento di atti commessi con dolo intenzionale, idonei a cagionare la diffusione, nei confronti di più persone, di una malattia infettiva, contagiosa e pericolosa per la salute pubblica, con aggravamento di pena in caso di verifica dell'evento⁷¹. Accanto a tale delitto, si ritiene che per le fenomenologie di minore gravità, possano introdursi «due diverse ipotesi di fattispecie di condotta, l'una incentrata sulla esposizione al contagio di una o più persone determinate e l'altra sul pericolo – "comune" collettivo – di propagazione (diffusione *in incertas personas*) di una malattia infettiva contagiosa, punibili entrambe sia a titolo di dolo che di colpa». Mentre la prima potrebbe configurarsi come reato di pericolo concreto, per la seconda sarebbe necessario il ricorso al paradigma del pericolo astratto: «l'idoneità offensiva della condotta dovrebbe quindi fondarsi su di una sicura base scientifica ed esperienziale rispetto alla pericolosità *standard* di determinate situazioni, di particolari modalità di aggressione, del tipo di malattia, etc.», che richiederebbe comunque di essere provata⁷².

Entrambe le proposte, suggestive, presentano rilevanti profili di interesse, ma sembrano sollevare anche alcuni aspetti problematici.

Nel primo caso, particolarmente apprezzabile ci sembra sia lo sforzo di soddisfare le esigenze di determinatezza della fattispecie delineata, selezionando le modalità della condotta tipica e vincolandole alla violazione di misure cautelari di contenimento del rischio, sia la tipizzazione degli indici di pericolosità del comportamento penalmente rilevante, utile ad orientare il giudice nell'accertamento dell'elemento del pericolo. Piuttosto sfuggente, ci appare, invece, la conformazione della dimensione offensiva del pericolo, proiettato verso la lesione di un bene intermedio rappresentato dalla funzionalità del sistema sanitario: tale opzione, infatti, coerente con l'impianto complessivo della riflessione elaborata, implicherebbe, tuttavia, una verifica di *causabilità* dotata di fondamento scientifico che ci pare piuttosto ardua da attuare in concreto.

Altrettanto problematica ci sembra la scelta di riferire il pericolo al contagio e non alla diffusione/propagazione della malattia. Il primo concetto parrebbe, infatti, restringere il raggio del

⁶⁸ A. Della Bella, *Il legislatore penale*, cit., 227 ss.

⁶⁹ A. Della Bella, *Il legislatore penale*, cit., 210.

⁷⁰ A. Della Bella, *Il legislatore penale*, cit., 208.

⁷¹ S. Tordini Cagli, *L'epidemia come disastro?*, cit., 181 s.

⁷² S. Tordini Cagli, *L'epidemia come disastro?*, cit., 184 ss.

pericolo alla possibilità di singoli eventi di trasmissione dell'infezione (contagio da persona a persona) piuttosto che alla massiva propagazione della stessa e, per questo, non risulterebbe propriamente confacente alla prospettiva della messa in pericolo del funzionamento del sistema sanitario.

Quanto alla seconda soluzione, invece, meritevole di considerazione risulta la scelta di valorizzare la duplice dimensione del pericolo, *personale* e *comune*, e di “sganciarlo” dal problematico elemento dell'epidemia. Discutibile, invece, la proposta di differenziare i due modelli: pericolo concreto per quanto riguarda la condotta di esposizione al contagio di persone determinate e astratto rispetto alla propagazione *in incertam persona*. Nel primo caso, infatti, la prova della probabilità dell'evento potrebbe risultare inficiata dalla valutazione delle circostanze concrete; nel secondo, invece, si porrebbe, tra l'altro, il problema di sottovalutare, dal punto di vista sanzionatorio, la portata offensiva di condotte pericolose cui possono correlarsi effetti lesivi a carattere massivo e di gran lunga più gravi.

In generale, quello che emerge dal dibattito non è altro che la conferma delle criticità intrinseche legate al ricorso al paradigma del pericolo: un modello attualmente irrinunciabile, specialmente nei settori interessati dalla protezione di interessi superindividuali, che presenta tuttavia profili di criticità strutturale, difficilmente eliminabili e suscettibili di ingenerare incertezze applicative, ovvero rischi di dematerializzazione del fatto e/o di squilibri sanzionatori.

Preso atto di tali riserve, ci limitiamo conclusivamente a proporre alcuni spunti di riflessione che potrebbero risultare utili nella ricerca di possibili soluzioni alternative.

Da un lato, deve osservarsi, come, ai fini dell'accertamento del pericolo concreto, la valutazione in termini di *causabilità* ben può fondarsi su un quadro di conoscenze nomologiche relativamente incerto in ordine ai singoli anelli della catena causale⁷³: possono risultare, per esempio, non del tutto note le modalità di diffusione dell'infezione, purché, tuttavia, acquisizioni statistiche o anche di carattere epidemiologico siano in grado di dimostrare la generale correlazione tra le condotte di inadeguata gestione del rischio sanitario e lo sviluppo incontrollato della malattia presso terzi e purché l'accertamento in concreto risulti supportato da idonei riscontri oggettivi, dai quali desumere la rilevante probabilità di verifica dell'evento dannoso per la salute pubblica.

Da un altro punto di vista, peraltro, la netta contrapposizione tra pericolo astratto e pericolo concreto potrebbe in qualche misura attenuarsi prendendo in considerazione una figura dogmatica intermedia di particolare interesse, il c.d. pericolo astratto-concreto. Tale categoria – non priva per vero di profili di ambiguità sistematica e concettuale – fa riferimento a quelle situazioni in cui il pericolo non viene in rilievo come una minaccia realmente *individualizzata* nei confronti di soggetti passivi determinati, ma come un'attitudine *generica*, un'*idoneità potenziale* dell'azione tipica a danneggiare beni di carattere collettivo o sovraindividuale⁷⁴.

Dunque, nell'ambito di tale paradigma, la situazione di pericolo rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie e come tale deve essere accertata dal giudice; la pericolosità deve, però, intendersi in

⁷³ Si vedano, sul punto, gli interessanti spunti offerti dalle riflessioni di G. A. De Francesco, *Dinamiche del rischio e modelli di incriminazione nel campo della circolazione dei prodotti alimentari*, in *RD Agr* 2010, 1, 3 ss.

⁷⁴ In questi termini, in riferimento alla progressiva relativizzazione della contrapposizione dogmatica tra pericolo astratto e pericolo concreto, nella manualistica, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 219. Sul modello di pericolo c.d. astratto-concreto, si vedano, nella nostra dottrina, con varietà di accenti, G. Fiandaca, *Note sui reati di pericolo presunto*, in *Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, in *Il Tommaso Natale* 1977, 1, 184; M. Parodi Giusino, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, 245 ss.; F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*², Milano 1994, 210 ss. Sull'opportunità di ricorrere allo schema del pericolo astratto-concreto nel settore della salute pubblica, M. Donini, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini e D. Castronuovo, Padova 2007, 271 ss.

senso generico ed astratto, secondo una valutazione che può prescindere dalla considerazione di alcune delle circostanze presenti nel caso concreto⁷⁵.

Il modello del pericolo astratto-concreto potrebbe rivelarsi confacente alla struttura di una fattispecie di condotta incentrata sul pericolo di propagazione dell'infezione. Si tratterebbe di valutare, in sostanza, l'idoneità del singolo contributo alla messa in pericolo del bene tutelato operando un giudizio prognostico che non tenga conto di tutte le circostanze obiettivamente esistenti, ma che rimanga incentrato sulla verifica di alcuni elementi previsti dalla fattispecie come indici di pericolosità (come, ad esempio, la gravità delle violazioni commesse, la reiterazione delle condotte, la pericolosità e il grado di contagiosità della malattia); elementi tali da consentire, al contempo, di escludere dall'area di rilevanza penale i comportamenti di esigua importanza.

In altre parole, sembra opportuno che la valutazione prognostica non richieda l'accertamento della concreta possibilità che il singolo contributo cagioni la compromissione del bene, quanto piuttosto la verifica dell'idoneità della stessa a fornire un apporto significativo rispetto all'eventualità che un simile pregiudizio si verifichi, così assumendo rilievo in termini di *esposizione a pericolo* dell'interesse protetto. Per restringere l'area di rilevanza penale si potrebbe inserire, inoltre, il requisito della gravità della situazione di pericolo, ovvero limitare la punibilità in dipendenza dell'elemento soggettivo e, in particolare, del grado della colpa.

Infine, particolarmente opportuna ci sembra l'idea di un intervento in grado di soddisfare quell'istanza, già sollevata da autorevole dottrina, di ritagliare nell'ambito dei delitti di pericolo comune, uno spazio di tutela specificamente destinato alla prevenzione di offese di spessore *individuale*, riguardanti cioè singole persone, sia pur considerate in prospettiva impersonale e in forma indeterminata⁷⁶.

La categoria degli illeciti di pericolo personale e individuale pare offrire, invero, significative potenzialità di implementazione nel settore della tutela penale della salute dalle malattie infettive, dove assumono rilievo non solo offese a carattere collettivo, ma anche possibili proiezioni lesive di interessi relativi all'individuo quale singola *persona* o quale *esponente della collettività*⁷⁷.

Sembrerebbe, tuttavia, che lo schema del pericolo individuale correlato ad una potenziale diffusione/propagazione della malattia a danno di singole vittime indeterminate ovvero di una cerchia ristretta di soggetti si presti maggiormente alla peculiarità empiriche della fenomenologia considerata, avuto riguardo alle incontrollate dinamiche di infezione manifestatesi nella recente esperienza pandemica, profondamente diverse da quelle che caratterizzano altre malattie infettive, come quelle a trasmissione sessuale.

⁷⁵ G. Fiandaca, *Note sui reati di pericolo presunto*, cit., *ibidem*.

⁷⁶ A. Gargani, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu 9.11.2020, 10 ss.

⁷⁷ Nella prospettiva politico-criminale delineata da A. Gargani, *Delitti di pericolo*, cit., 2, le categorie degli illeciti di pericolo *personale* e *individuale*, da affiancare alle ipotesi di *pericolo comune*, si distinguono a seconda del fatto che il destinatario della tutela sia un soggetto *determinato* ovvero *indeterminato*. L'idea è stata recepita e sviluppata nell'ambito delle proposte presentate dal gruppo di lavoro dell'AIPDP che, in occasione della ricerca sulla *Riforma dei reati contro la persona*, si è occupato di *Reati contro la salute privata e pubblica e contro l'incolumità privata e pubblica* (VIII Gruppo, coordinatore: M. Donini; componenti: D. Castronuovo, M. Gambardella, A. Gargani, L. Masera, D. Pulitanò, C. Ruga Riva, S. Zirulia). V. *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, a cura di AIPDP e DiPLaP, in www.aipdp.it 2023, 801 ss.

VERSO IL POTENZIAMENTO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI: UNA EFFETTIVA RIDEFINIZIONE DEI CONTROLLI?

di Margherita Beconcini (*Praticante avvocatessa del Foro di Prato*)

Lo scritto reca il proposito di analizzare le novità concernenti la funzione di controllo che il giudice per le indagini preliminari esercita sulle attività del pubblico ministero, intervenute ad opera della cd. riforma Cartabia (d.lgs. 10.10.2022 n. 150). È noto come, nel tempo, la fase investigativa sia andata caratterizzandosi per un gigantismo inquirente, alle cui *malpractices* non ha corrisposto un solido ed efficace presidio giurisdizionale. In questo modo il legislatore del 2022 porta a compimento tentativi legislativi e sforzi dottrinali che avevano tentato di porre rimedio ai *decisa* tramite i quali la giurisprudenza di legittimità potenziava il ruolo di giudice *a spot* del g.i.p., da un lato e, dall'altro, accresceva i casi di inoperosità o di smisurato impulso dell'attività inquirente. In definitiva, l'auspicio è quello per cui, in forza della recente operazione riformatrice, il g.i.p. recuperi un ruolo comprimario nella fase pre-processuale attraverso l'apertura di finestre di giurisdizione, spalancate le quali valutare la legalità del procedimento e, se del caso, rimediare alle disfunzioni procedurali, con l'utilizzo di poteri correttivi e integrativi di nuovo conio.

The paper has the purpose of analyzing the innovations concerning the control function that the judge for preliminary investigations exercises on the activities of the public prosecutor, which occurred thanks to the so-called Cartabia Reform (d. lgs. 10.10.2022, n. 150). It is known that over time the investigative phase has been characterized by investigative gigantism, whose malpractices have not been matched by solid and effective jurisdictional supervision. In this way, the legislator of 2022 carries out the legislative attempts and the doctrinal efforts, that had tried to remedy the decisions through which the jurisprudence strengthened the role of spot judge of the investigating judge, on the one hand and, on the other, increased cases of inactivity or excessive impulse of investigative activity. Ultimately, the hope is that, by virtue of the recent reform operation, the investigating judge recovers a supporting role in the pre-trial phase through the opening of jurisdictional windows, wide open to evaluate the legality of the proceedings and, if necessary, remedy procedural dysfunctions, with the use of newly minted corrective and integrative powers.

SOMMARIO: 1. Efficienza, garantismo ed efficientismo. Una sommaria, ma ineludibile premessa. – 2. Alcune considerazioni sparse sulla funzione di controllo del g.i.p. sulle attività del p.m. – 3. Il g.i.p. come presidio della legalità delle indagini preliminari: spalancate le “finestre di giurisdizione”. – 4. Il g.i.p. *post* Cartabia: giudice dotato di braccia, ma (ancora) sprovvisto di occhi.

1. Di patologica e cronica lentezza del sistema-giustizia nostrano se n'è fatto un gran parlare, allo stesso modo tanto si è detto (e si continua a dire) dell'efficienza come rimedio alle storture della prima. Non stupisce dunque che i contributi che costellano la letteratura processualpenalistica sul punto siano standardizzati da formulette di stile, per cui la cd. riforma Cartabia¹ costituisce l'*occasio*

¹ La riforma Cartabia ha trovato il suo punto di partenza nella l. 27.9.2021 n. 134, attuata poi dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150. La riforma è entrata in vigore dopo che il Governo ha approvato il d.l. 31.10.2022 n. 162 (convertito con modificazioni dalla l. 30.12.2022 n. 199) con il quale, all'art. 6, l'ordinario termine della *vacatio legis*, già fissato per il 1.11.2022, è stato prorogato al 30.12.2022. Cfr. G. Spangher, *Processo penale, il nuovo scenario e l'impatto con le scelte riformatrici*, in AA.VV., *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale*, Milano 2023, 20-21. Cfr., altresì, E. Dolcini, *La riforma Cartabia: un (quasi) miracolo che non ha nulla di sovranaturale*, in *RDPP* 2023, 665 ss.

legis perché il sistema-giustizia venga ricondotto entro un contesto ossequioso del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Una dichiarazione di intenti, quella racchiusa nell'intitolazione della legge delega e avverata dal legislatore tecnico, che certamente non è estranea alla sensibilità di chi si sia ritrovato a doversi confrontare con le lungaggini dei procedimenti, quale che sia il ruolo all'interno del quale era collocato.

Orbene, considerati gli indici sovranazionali e le condanne alsaziane, la comunità scientifica è stata chiamata a ridisegnare i contorni del rito criminale, divenendo anch'essa permeabile al disincanto con cui oggi si guarda alla connotazione metafisica e salvifica della giustizia. Questa, piuttosto, è come attraversata da una catarsi in forza della quale diviene un «servizio pubblico»² da erogare in modo oculato³: si impone il raggiungimento degli *standards* indicati dalla piccola Europa, attraverso un cronoprogramma quinquennale⁴ che intende rendere più stringente la scansione temporale dei diversi moduli procedurali, già a partire dalla fase delle indagini preliminari.

Più precisamente, la recente operazione riformatrice consegna un'architettura che è andata irrobustendo (per numero e per intensità) le occasioni di controllo giurisdizionale sulle iniziative e sulle scelte del pubblico ministero: la fase pre-processuale è ora percorsa da attività investigative che sono assoggettate ad un controllo non più affidato all'*intraneus* (*id est* le procure della Repubblica) o comunque rimesso a conseguenze di natura disciplinare, ma attribuito ad un organo adesso dotato di non pochi poteri di controllo e di intervento: il giudice per le indagini preliminari⁵.

Riscoperto e attualizzato, il suo ruolo di controllore⁶ assume una nuova veste in tre segmenti temporali: l'esordio del procedimento, qui rimediando all'incompletezza e all'intempestività dell'iscrizione della notizia di reato; al termine delle investigazioni, qui svolgendo un inedito ruolo propulsivo nel caso di stallo procedimentale; infine, nella procedura d'archiviazione, qui valutando l'istanza di inazione alla luce di una più stringente regola di giudizio.

2. Lungi dal riprodurre il modello *carneluttiano* e *corderiano* di inchiesta di parte⁷, la fase delle indagini preliminari deve ora confrontarsi con una spaventosa quantità di notizie di reato, riflesso di

² M. Gialuz, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la riforma Cartabia*, in *DPP* 2023, 357 ss.; C. Morselli, la definisce «prerogativa statale (extraindividuale)», *Chiusura delle indagini preliminari o definitiva chiusura del processo con la Riforma Cartabia*, ex art. 408 c.p.p.? Per i «laboratori del crimine»? *La mala gestio dei "compilatori"*, in *RP* 2023, 350.

³ Al riguardo si è parlato di interesse strategico, finanche esistenziale. G. Galluccio Mezio, *Efficienza e oralità: la riorganizzazione dei ruoli delle udienze penali*, in *CP* 2023, 1340.

⁴ Si prevede una riduzione della durata media dei processi penali predeterminata nella misura del 25% nell'arco di 5 anni.

⁵ La giurisdizione preposta alle indagini viene sagomata in termini di garanzia di diritti fondamentali e di controllo. Essi costituiscono i due poli di aggregazione attorno ai quali concentrare le varie ipotesi di intervento del g.i.p. Il controllo è, *de facto*, una forma di garanzia che si esprime attraverso il monitoraggio della legalità delle indagini preliminari durante il correlativo svolgimento, sino alla loro chiusura o, più esattamente, sino alla formulazione dell'imputazione. Nella distinta categoria della garanzia rientrano, al contrario, le verifiche giurisdizionali sulle iniziative degli organi dell'investigazione che attingono le libertà fondamentali dell'individuo sottoposto alle indagini. Sul punto v. M. Ferraioli, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova 2014; F. Ruggieri, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano 1996.

⁶ Con riferimento al ruolo di garante doveroso è il richiamo al novello art. 252-bis Cpp che disciplina un rimedio (*id est* opposizione) *ad hoc* avverso il decreto di perquisizione e stimola, di riflesso, un controllo giurisdizionale sulla legittimità della perquisizione non seguita da sequestro. La disposizione in parola soddisfa il bisogno di colmare un vuoto normativo in ragione del quale la Corte di Strasburgo aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 par. 2 C.e.d.u. Il *vulnus ante Cartabia* si attestava sulla presenza di un mezzo di impugnazione – il riesame – valevole per la sola perquisizione seguita da sequestro, sebbene temperamenti giurisprudenziali si fossero registrati in ordine al ricorso per cassazione, nell'ipotesi di perquisizione personale (Cass. 4.2.2000 n. 562). V. O. Calavita, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2.5.2023.

⁷ Si veda recentemente E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio e il ritorno all'istruzione sommaria*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.8.2023; in senso analogo V. Maffeo, a mente della quale l'indagine preliminare avrebbe

un'era segnata dal più recente fenomeno della pan-penalizzazione e, dall'altro, dal tralaticio automatismo repressivo insito nell'assioma dell'obbligatorietà dell'azione penale⁸. E dall'espansione ipertrofica di una fase – per usare un'espressione assai cara alla dottrina – che conta e [come se] pesa⁹, è andato senza dubbio accentuandosi il procedere egemonico e monologante del titolare della domanda penale, alla cui «bulimia conoscitiva»¹⁰ non ha fatto da contrappeso una piena e reale esplicazione dei poteri giurisdizionali. I controlli previsti dall'ordito codicistico si sono rivelati, tutto sommato, mediocri rispetto al fine per il quale erano stati immaginati, alimentando una giurisdizione senza fascicolo, ossia esercitata in forme di monitoraggio, perlopiù, sui singoli atti investigativi¹¹. A ciò si contrappone un p.m. che, al contrario, i fascicoli di indagine li filtra, secondo un fenomeno – come taluni usano definirlo – di privatizzazione del materiale di indagine¹².

Che la debolezza del giudice per le indagini preliminari sia, anzitutto, una debolezza strutturale non v'è dubbio: è un giudice che delle indagini non ne ha *plena cognitio* se non per la parte indispensabile all'esercizio dei poteri che gli competono (art. 328 Cpp); non a caso, il *nomen* affibbiatogli ben ci restituisce l'idea di giudice che interviene *ad acta*, in un segmento procedimentale che nella sua interezza è sfuggente al suo controllo. Allora, non sbagliava la dottrina a definirlo giudice «senza occhi», non essendo difficile immaginare delle investigazioni delle quali ha conoscenza soltanto nel momento in cui l'inquirente gli sottopone le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale¹³, «senza braccia»¹⁴, operando egli in assenza di poteri integrativi e correttivi (se non per le ipotesi circoscritte, rispettivamente, all'art. 409 co. 4 e 5 Cpp) e – mi sia consentito di aggiungere – senza orecchie, provvedendo perlopiù *inaudita altera parte*¹⁵.

dovuto essere un momento ben definito sia nei tempi che nei contenuti, per dare spazio e centralità alla fase processuale, invertendo il rapporto che nel sistema previgente aveva legato l'istruzione formale e il dibattimento. *Potenzialità del pubblico ministero e 'finestre giurisdizionali'*, in PPG 2020, 1.

⁸ O. Mazza, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in PPG 2014, 39.

⁹ A. Camon, *La fase che non conta e non pesa: indagini governate dalla legge?*, in DPP 2017, atualizzando M. Nobili, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1988, 34.

¹⁰ F. Cassiba, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 605.

¹¹ In tal senso A. Leopizzi, a tenore del quale, durante la fase delle indagini, la figura di giudice terzo e imparziale, pure sistematicamente indispensabile, assume connotati del tutto peculiari, estrinsecando i propri poteri in maniera puntuale, come giudice dell'atto più che come giudice dell'intera vicenda investigativa. *Le indagini preliminari, I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale. Aggiornato alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Milano 2017, 130.

¹² In maniera non poco critica, S. Fùrfaro, *Pensieri di uno scettico (prima parte: tra indagini preliminari e processo)*, in www.archiviopenale.it, 20.8.2014, 9.

¹³ Fuor di dubbio è che l'attribuzione della titolarità esclusiva delle indagini al magistrato del p.m. e alla p.g. abbia escluso una «compartecipazione investigativa» del giudice che potrebbe anche non avere occasione di intervenire in alcun modo nella fase preliminare, se non sollecitato a norma dell'art. 328 Cpp. I. Ghitti, *Prospettive di rafforzamento del ruolo del giudice per le indagini preliminari*, in FI 1994, 442.

¹⁴ Atualizzando la metafora di M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 192, a proposito della figura del g.i.p. nell'originario assetto codicistico.

¹⁵ Il g.i.p., in materia di provvedimenti restrittivi della libertà personale, «non può ascoltare l'interessato e la sua difesa, ma è solo caricato della grave responsabilità di non vanificare il lavoro investigativo con una decisione di rigetto che, se intempestiva, produrrebbe effetti nefasti sull'ulteriore svolgimento delle indagini» M. Ferraioli, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova 2006, 148.

In proposito riserve sono state avanzate anche con riguardo alla predisposizione culturale¹⁶ – dirimpettaia è stata definita¹⁷ – di un giudice che proprio dalla sua lontananza dai problemi contingenti dell'inchiesta avrebbe dovuto trarre argomento e supporto per la sua autorevolezza¹⁸.

Stupisce però che un'ambigua e imperdonabile interpretazione del suo ruolo sia provenuta dai giudici di Palazzo della Consulta che non hanno mancato di definirlo «giudice [...] a funzione intermittente»¹⁹ (*sic!*). Non pare, infatti, che i *conditores* avessero immaginato un giudice insicuro, un giudice definibile solo in negativo, un giudice claudicante perché schiacciato dal p.m.

Tuttavia, lo sforzo, da un lato, di imprimere un *pedigree* riconoscibile a un giudice, fino a quel momento «ignoto al *theatrum iustiae* italiano»²⁰ (tale da affrancarlo dal suo predecessore), assieme alla speranza ingenuamente confidata nel *self-restraint* dell'organo dell'accusa²¹ hanno sortito un risultato opposto a quello auspicato.

L'attività pretoria, dal canto suo, non ha mai fatto mistero di investire – in modo certamente eccentrico – il p.m. di un potere sull'iscrizione della *notitia criminis*²² e di frustrare irreversibilmente le potenzialità di un «giudice concettualmente nuovo»²³, caratterizzato proprio da funzioni di garanzia e di controllo.

Attesa l'assenza di una definizione di notizia di reato²⁴ e la vaghezza semantico-temporale dell'avverbio «immediatamente»²⁵, inserito nella previsione di cui all'art. 335 Cpp, la Suprema Corte ha avuto buon gioco nel riconoscere al magistrato inquirente un *ius inscriptionis* svincolato da qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale²⁶. Con un primo *decisum*²⁷ si affermava che l'iscrizione costituisse un obbligo nascente solo ove a carico di una persona fosse emersa l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti²⁸; valutazione, questa, che rientrava nell'esclusiva discrezionalità del p.m. ed era sottratta in ordine all'*an* e al *quando* al sindacato del giudice.

¹⁶ Tra i tanti fattori: la granitica opposizione alla separazione tra magistratura requirente e giudicante; la frequenza di messaggi e interventi politici dell'A.n.m., nei quali emerge l'assenza di sostegni rivolti a magistrati giudicanti che abbiano disatteso le costruzioni accusatorie e, per questa ragione, sono stati gettati nella pista del circo mediatico. Questo le parole (e l'opinione) di G. Insolera, *È l'epoca dei giudici o dei pubblici ministeri?*, in www.dirittodidifesa.eu 2021.

¹⁷ C. Valori, *Pubblico ministero e giurisdizione nelle indagini e nell'esercizio dell'azione penale: il punto di vista del giudice per le indagini preliminari*, in www.questionegiustizia.it 2018, 30.

¹⁸ V. Grevi, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano 1989, 50.

¹⁹ Così C. cost. 25.3.1998 n. 89, § 3 *Considerato in diritto*.

²⁰ F. Cordero, *Strutture d'un codice*, in *IP* 1989, 22.

²¹ In senso critico E. Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *CP* 2003, 1425.

²² «Non è dato [...] individuare nel sistema [...] né un principio generale di sindacabilità degli atti del pubblico ministero, né un altrettanto generalizzato compito di garanzia affidato in particolare al giudice per le indagini preliminari, il quale non governa l'indagine né è chiamato a controllarla». Cass. 24.9.2009 n. 40538.

²³ G. Spangher, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione. Atti del convegno presso l'Università di Bari, Mattinata, 23-25 settembre 1994*, Milano 1996, 87.

²⁴ Che è «concetto estremamente ambiguo e tendenzialmente polivalente», così T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *IP* 1999, 531.

²⁵ Avverbio «scaturigine di vischiose deformazioni procedurali» F. Zaccaria, *L'utilizzabilità degli atti d'indagine ante notitiam criminis: profili cronologici e tutela della difesa*, nota a Cass. 2.10.2006 n. 2818, in *CP* 2008, 645.

²⁶ Pronunce di segno contrario – a dire il vero – c'erano state, ma si trattava di un indirizzo minoritario, secondo il quale la tardiva iscrizione del nome dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 Cpp non determinava alcuna invalidità delle indagini preliminari, ma *consentiva al giudice di rideterminare il termine iniziale*, in riferimento al momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia di reato. Di conseguenza, la tardiva iscrizione poteva incidere sull'utilizzabilità delle indagini finali, ma non sull'utilizzabilità di quelle svolte prima dell'iscrizione e il relativo accertamento non era censurabile in sede di legittimità, qualora fosse stato sorretto da congrua e logica motivazione. (Cass. 21.09.2006 n. 1410; Cass. 8.10.2003 n. 41131).

²⁷ Cass. 17.6.2000 n. 16.

²⁸ In modo conforme Cass. 24.9.2019 n. 40500; Cass. 22.5.2013 n. 34637; Cass. 26.6.1996 n. 4384.

In un secondo arresto²⁹, posteriore di circa una decade rispetto a quello *supra* richiamato, la Cassazione tornava a pronunciarsi sulla *vexata quaestio*, escludendo, dalla lettura congiunta degli artt. 328 e 415 co. 2, ultimo periodo Cpp, un'intromissione del giudice nell'atto di iscrizione: «è un giudice “per” le indagini, e non “delle” indagini preliminari, il quale – proprio per impedire la riproduzione di funzioni lato sensu “istruttorie” – non governa l'attività di indagine né è chiamato a controllarla, svolgendo funzioni [...] “intermittenti”, che sono soltanto quelle previste dall'ordinamento»³⁰. A queste condizioni, pure quei ritardi abnormi, frutto di malizia nell'acquisizione di materiali che sarebbero stati poi utilizzati per il giudizio³¹, erano rimessi alla coscienza e allo scrupolo dell'organo investigativo³² che molto poco verosimilmente sarebbe potuto incorrere nel delitto di cui all'art. 328 Cp³³ o anche solo essere esposto a conseguenze di natura disciplinare³⁴.

Si trattava, a ben guardare, di *decisa* rispondenti all'indirizzo formalistico di una giurisprudenza oltre modo prevalente³⁵ che dava grande sfoggio di escludere il principio di legalità processuale dalle dinamiche proprie dell'iscrizione³⁶.

Senonché lo *standard* richiesto dalla giurisprudenza di legittimità è stato recepito largamente dalle procure che, con strumenti di *soft-law*, hanno riproposto con più decisione il fenomeno di postergazione dell'indagine nominativa³⁷, forgiandone, da un lato, la natura dispositiva e, dall'altro, giustificando i poteri deliberativi³⁸ di quel soggetto chiamato ad assicurarne l'immediatezza. In siffatto scenario, l'immediata iscrizione veniva considerata un mito da sfatare³⁹ e la tragedia dell'«atto disponibile»⁴⁰ uno spettacolo da inscenare.

Ciò premesso, destreggiarsi tra dato normativo – spoglio com'era – e giurisprudenza ostile non era cosa da poco, anche perché la migliore dottrina aveva qualificato come fisiologica la dilatazione delle iniziative pre-procedimentali, quale conseguenza della delimitazione cronologica del segmento delle indagini preliminari. Stando così le cose, diveniva naturale per il p.m. e la p.g. sfruttare al meglio questa fase per acquisire il maggior numero di dati utili alla costruzione della *notitia criminis*⁴¹.

²⁹ Cass. n. 40538/2009.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ V. Maffeo, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari*. L'incertezza del controllo, Bari 2020, 50.

³² V. Daniele, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, in M. Bargis (a cura di), *Il decreto “antiscarcerazioni”*, Torino 2001, 85.

³³ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012, 432; è di questa idea anche C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova 1994, 163.

³⁴ L'inadempimento da parte del p.m. dell'obbligo di procedere all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, previsto dall'art. 335 Cpp integra la fattispecie prevista dal d.lgs. 109/2006, art. 2 co. 1 lett. g. Detto obbligo, tuttavia, si configura in presenza non già di un generico e personale sospetto, bensì dell'acquisizione di una notizia idonea, sotto il profilo oggettivo, a configurare un fatto come ascrivibile ad una determinata fattispecie di reato. Cass. 12.4.2021 n. 9548.

³⁵ Le S.U. Tammaro e le S.U. Lattanti giungevano, sostanzialmente, al medesimo esito; ad evolvere era, al contrario, il percorso argomentativo: mentre la motivazione offerta nella pronuncia del 2000 si sostanzialmente nel riconoscimento, in capo al magistrato inquirente, di un ampio margine di discrezionalità in ordine al *tempus inscriptionis*, la successiva sentenza ne confutava l'esistenza, statuendo, piuttosto, un ruolo neutro del p.m., volto al mero riscontro dei presupposti che impongono l'iscrizione stessa. In questo senso R. Del Coco, *Il controllo sui tempi delle indagini: tra lacune normative e ritrosie giurisprudenziali*, in *Procedura penale in action. Materiali per una critica della giurisprudenza*, a cura di L. Marafioti, G. Fiorelli, F. Centorame, Torino 2022, 8-9.

³⁶ F. Vergine, *La riforma della fase delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare*, in *ILP* 2021, 636.

³⁷ V. le considerazioni di C. Valentini, *The untouchables*, cit., 22-23.

³⁸ G. Schena, *La registrazione della notizia di reato alla luce della circolare Pignatone*, in *RIDPP* 2018, 791.

³⁹ D. Stasio, «No a iscrizioni frettolose». Pignatone sfata la leggenda dell'«atto dovuto», in www.questionegiustizia.it, 17.10.2017 commentando la Circolare n. 3225 emessa in data 2.10.2017.

⁴⁰ G. Schena, *op. cit.*, 799.

⁴¹ P. Ferrua, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notitia criminis*, in *LP* 1986, 320; in senso conforme N. Restivo, a parere del quale, posta la fisiologica insopprimibilità, nel futuro processo, di un momento preprocessuale, dedicato all'investigazione della p.g. ed all'indagine preliminare del p.m., «non appare congruo modificarlo in uno

Del resto, è stato sempre il formante giurisprudenziale a ridurre l'istituto di cui all'art. 406 Cpp⁴² ad un incessante automatismo tra la formulazione della richiesta e la concessione della proroga medesima: la prima, in particolar modo, elargita *by default*, senza che quella «giusta causa» venisse effettivamente sondata, ovvero motivandola nelle ragioni di ordine strutturale, personale ed organizzativo delle procure⁴³. Questo perché – invocata l'obbligatorietà dell'azione penale⁴⁴ – non poteva dirsi fondata quell'archiviazione basata su indagini insoddisfacenti, in quanto ultimate in un lasso temporale cronologicamente insufficiente⁴⁵. In questo modo si voleva evitare l'assurdo nel quale il g.i.p. si sarebbe ritrovato: negata la proroga, egli avrebbe dovuto rimediare all'insufficienza del compendio investigativo (tale non sarebbe stato qualora l'inquirente avesse fruito della *chance* investigativa ulteriore) con l'ordine di procedere a nuove indagini⁴⁶; fattispecie, quella di cui all'art. 409 co. 4 Cpp, che finiva per configurarsi quale vera e propria proroga *sui generis*⁴⁷. Infine, un controllo meramente endogeno rimane quello riservato alla procedura di cestinazione che coinvolge fatti iscritti a mod. 45⁴⁸, qua riproponendosi *tout court* l'assetto caratterizzante la stesura originaria del codice previgente (art. 74 co. 3 Cpp abr.) e presente pure nell'attuale art. 58 d.lgs.

schema macroscopicamente insufficiente, la cui matrice va trovata nell'erroneo postulato di subvalenza – rispetto al momento valutativo delle prove – del momento di ricerca dell'autore del reato e della scoperta e raccolta degli elementi utili in mezzo al coacervo di dati ancora informi o depistanti». *L'accusa nel nuovo codice di procedura penale: rapporti tra il pubblico ministero e il giudice istruttore*, in GP 1978, 355.

⁴² Illustre dottrina affermava come «poiché nel sistema codicistico il g.i.p. è il garante della ragionevole durata delle indagini, dal momento che allo stesso sono attribuiti i controlli sulle richieste di proroga, sussiste innegabilmente un vuoto di tutela là dove, esaurite le indagini, il pubblico ministero ritarda senza motivo la formulazione della richiesta di archiviazione che l'indagato ragionevolmente si attende alla luce di investigazioni infruttuose». E. Amodio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in DPP 2003, 797 ss.

⁴³ Quanto al concetto di giusta causa vi era chi riteneva che la nozione fosse onnicomprensiva di qualsiasi situazione idonea ad impedire la tempestiva ed efficace conclusione delle indagini. In tal senso G. Conti, *La chiusura delle indagini preliminari*, in CP 1989, 927. Mentre per A. Bernardi, la giusta causa poteva essere integrata da una situazione di eccessivo carico di lavoro del p.m., per cui si parlava di una situazione di particolare complessità investigativa. *Sub art. 406 Cpp*, coordinato da M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare. Norme di coordinamento e transitorie*, vol. II, Torino 1992, 517. Altri sostenevano che «se non si adottasse questa soluzione “liberale”, ma pragmaticamente attenta allo stato in cui versano molte procure della Repubblica, la maggior parte delle proroghe richieste sarebbe illegittima, siccome relative a fascicoli in cui, nei sei mesi dall'iscrizione, o le indagini hanno appena mosso i primi passi o, addirittura, non sono ancora sostanzialmente iniziate» G. Amato, *Si allunga la durata delle indagini preliminari*, in Guida al Diritto 2000, n. 45, 65 ss.

⁴⁴ Per F. Alonzi, quando il g.i.p. rigetta la richiesta ex art. 406 Cpp preclude il compimento da parte del p.m. di ciò a cui è tenuto per espressa previsione costituzionale (art. 112 Cost.). *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova 2011, 278-279.

⁴⁵ «Perché, se è vero che la fase dell'inchiesta è l'unica ad essere scandita da termini espliciti, è altrettanto vero che gli stessi hanno faticato ad imporsi, mostrando tutti i limiti di un sistema in cui controllore e controllato si sovrappongono in un'unica figura, ossia il p.m.» W. Nocerino, *La durata delle indagini e il controllo giurisdizionale sui tempi del procedimento*, in CP 2023, 2617.

⁴⁶ F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005, 221.

⁴⁷ G. Garuti, *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in AA.VV., *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, Torino 1999, 447.

⁴⁸ In termini non poco polemici C. Valentini, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in www.archiviopenale.it, 25.8.2022, 9: «il numero delle (presunte) non-notizie iscritte nel registro modello 45 è esso pure elevatissimo – oltre 300 mila casi ogni anno [...] – ed è un vasto mare sommerso, perché sempre la Direzione Generale di Statistica assevera che non esiste alcun vaglio “contabile” in merito alla sorte di questi 300 mila e rotti casi, alcuni dei quali esitano in autoarchiviazione ad opera della procura, priva di controllo giudiziale; mentre per altri il transito nel modello 45 è solo un momento di passaggio, ben fornito di istruttorie occulte che poi determinano l'iscrizione della notizia nel registro noti, oppure no, sempre a giudizio del pubblico ministero, *de facto* insindacabile»; cfr., altresì, G. Tessitore, *Le ricerche investigative condotte all'ombra del modello 45 (“registro atti non costituenti notizia di reato”)*, a cura di A. Scalfati, *Pre-investigazioni (espediti e mezzi)*, Torino 2020, 60.

8.6.2001 n. 231⁴⁹. In ambo le ipotesi la natura non penale del fatto esclude il rischio di compromissione del principio di cui all'art. 112 Cost. al cui presidio si pone l'intervento del g.i.p. che – com'è noto – prevede uno scrutinio assai penetrante, tanto nel rito, quanto nel merito, che concerne la legalità dell'intera procedura archiviativa. Ben diverse, infatti, le prerogative di cui agli artt. 409 co. 4 e 5 Cpp: qui il g.i.p. giunge sino a “pilotare” la direzione verso la quale orientare l'attività investigativa, laddove non sia stata svolta *funditus* (art. 409 co. 4 Cpp), poiché quelle che il p.m. gli propina sono investigazioni troppo superficiali, monche e lacunose, (per dirla con le parole dei giudici di Palazzo della Consulta)⁵⁰; in caso contrario, laddove la valutazione del g.i.p. converga nel senso di ritenere non solo sufficiente il sapere predibattimentale, ma tale da prevedere, ragionevolmente, una condanna, si dà luogo a un'imputazione *manu iudicis* (art. 409 co. 5 Cpp). Da qui la censura di una parte degli Studiosi che ha ritenuto tali prerogative poco in linea con un sistema prevalentemente *adversary*⁵¹.

Ciononostante, i risvolti pratici – sempre assai multiformi e sempre poco coincidenti con la *law in the books* – hanno presto smentito una simile posizione. Capita, e non di rado, che il p.m. non dia seguito ai compiti investigativi assegnatigli: nella migliore delle ipotesi ribadendo la propria richiesta di archiviazione a valle di un'attività investigativa incardinata in senso diverso, se non addirittura contrario, rispetto a quella suggerito dal giudice⁵²; nella peggiore richiedendo immediatamente il rinvio a giudizio in assenza del compimento del supplemento *iussu iudicis* che rimane, dunque, miseramente inadempito.

Spiegata, dunque, la genesi dell'imputazione giudiziale: rimedio a una situazione di stallo che si determina nell'ipotesi in cui il p.m. persista nella richiesta di archiviazione⁵³. *Ex adverso*, a

⁴⁹ L. Pistorelli, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, Milano 2002, 308.

⁵⁰ C. cost. 28.1.1991 n. 88, in www.cortecostituzionale.it, § 4 Considerato in diritto.

⁵¹ Invero, dal punto di vista sistematico, il riconoscimento in capo al g.i.p. della facoltà di pronunciare i provvedimenti officiosi di cui all'art. 409 co. 4 e 5, rappresenta la soluzione di compromesso elaborata dal nuovo codice di rito per conciliare il disposto dell'art. 112 Cost. (il cui rispetto – si badi – impone che il controllo sulle scelte abdicative dell'accusa sia effettivo e, dunque, che il soggetto controllore abbia la titolarità di poteri adeguati alla funzione assegnata) con i principi del processo accusatorio (particolarmente, quello della terzietà del giudice, intesa come netta distinzione di funzioni tra organo inquirente e organo giudicante).

V. Grevi, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano 1989, 34; *contra* G. Tranchina, secondo il quale dette prerogative avrebbe formato uno strumento capace di determinare un accentuato equilibrio tra regole accusatorie ed architettura processuale, minando alla terzietà del g.i.p. *Nostalgie inquisitorie nel «sistema accusatorio» del nuovo codice di procedura penale*, in LP 1989, 390.

⁵² Parte della dottrina ritiene che il p.m. – anche nel caso in cui abbia svolto indagini diverse da quelle comandate dal g.i.p. – possa sempre esercitare l'azione penale, in linea con l'assioma del *favor actionis*, G. Giostra, voce *Archiviazione*, Enc. Giur., vol. II, Roma 1988, 86; «di talché, se il pubblico ministero dovesse determinarsi ad esercitare l'azione penale in mancanza dei presupposti di legge, l'atto di impulso (per giunta non ritraffabile, giusta la previsione dell'art. 50 co. 3 Cpp) non risulta inficiato da alcuna invalidità, venendo il giudice investito dalla regidicanda sulla quale dovrà adottare i più opportuni provvedimenti definitivi, senza la necessità di censurare formalmente l'iniziativa del pubblico ministero» E. Aprile, *Osservazioni a C. cost.*, 9 aprile 2014, n. 96, nota a C. cost. 15.4.2014 n. 96, in CP 2014, 2473.

⁵³ La direttiva n. 50 della legge delega 16.2.1987 n. 81 prevedeva sì la possibilità per il g.i.p. di richiedere al p.m. ulteriori indagini, sottaceva però, e radicalmente, sulla eventualità che il giudice emettesse un atto dispositivo e coercitivo nei confronti del p.m. Neppure l'art. 406 del progetto preliminare disciplinava siffatta ipotesi. L'imputazione coatta, difatti, è stata introdotta nel progetto definitivo, su impulso della commissione parlamentare, proprio «allo scopo di risolvere il problema rappresentato dalla situazione di stasi che si determina, in particolare, nel caso in cui, prescindendo dalla necessità di ulteriori indagini, il giudice non concordi con la richiesta di archiviazione: situazione che, ove non espressamente disciplinata, consentirebbe di configurare l'archiviazione nella ipotesi suddetta come una sorta di atto dovuto». G. Spangher, *L'imputazione coatta: controllo o esercizio dell'azione penale?*, in AA.VV., *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, Padova 1991, 148. Cfr., inoltre, S. Ramajoli, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Padova 1992, 19.

determinarsi sarebbe un'insindacabile discrezionalità in ordine al promovimento dell'azione penale, rispetto alla quale il dovere di investigare ne rappresenta naturale prosecuzione⁵⁴. In proposito giova rammentare che quello in parola è un istituto volto a garantire l'adempimento da parte del p.m. dell'obbligo di esercitare l'azione penale e [giammai] a privarlo della sua prerogativa⁵⁵! Eppure, resta il fatto che dalla sua violazione non discende alcuna conseguenza processualmente rilevante: tolta la possibilità di un conflitto di competenza⁵⁶, a rimanere è, ancora una volta, la sola configurabilità di una responsabilità disciplinare e/o penale a carico dell'organo inadempiente. Giostra lo aveva capito bene quando causticamente sosteneva: «la soluzione [...] non è scevra da un certo bizantinismo legislativo [...]; l'ossessiva preoccupazione di allontanare persino il sospetto che il giudice per le indagini preliminari “reincarni”, *mutato nomine*, il vecchio giudice istruttore, ha spinto il legislatore verso un prodotto normativo macchinoso nella forma e farisaico nella sostanza»⁵⁷.

E allora, quantomeno per onestà intellettuale, non si dica che ad autorizzare queste prassi distorte è l'*horror hereditatis* del passato giudice istruttore (*leitmotiv* inflazionato⁵⁸) o, peggio ancora, soluzioni *voyeuristiche* che vedono g.i.p. e p.m. «partners»⁵⁹ affiatati, secondo una comune cultura della giurisdizione. Si dica piuttosto che lo sforzo di esorcizzare la natura bifronte di inquirente-giudicante cela il meno nobile intento di legittimare talune usanze procedurali disfunzionali (ahinoi incancrenitesi), con la creazione di vere e proprie zone franche dove il titolare della domanda penale si sveste della sua dimensione giurisdizionale e il g.i.p. rimane abbarbicato sulla propria posizione⁶⁰.

3. Così, la manovra riformista – pur affannata nel raggiungimento dello *speedy trial* – introduce degli “istituti-paratie” in grado di arginare le deviazioni da un incontrollato sviluppo del procedimento⁶¹.

⁵⁴ F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 535.

⁵⁵ E. Marzaduri, voce *Azione* (*Dir. proc. pen.*), Enc. giur. Treccani, vol. IV, Roma 1996, 23.

⁵⁶ Le uniche soluzioni poggiano sulla saggezza del capo dell'ufficio di procura (che potrebbe sostituire il titolare del fascicolo, quando non dia buon esito un approccio ispirato alla *moral suasion*) e, *de lege ferenda*, su un auspicabile intervento del legislatore (che potrebbe prevedere ipotesi specifiche di avocazione). In dottrina A. Leopizzi, *Le indagini preliminari, I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale. Aggiornato alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Milano 2017, 710. L'art. 28 Cpp deve essere letto nel senso che il conflitto, di giurisdizione o di competenza, si può configurare solo tra giudici che prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona; sicché, secondo il tenore letterale della disposizione, il conflitto è configurabile solo tra organi giurisdizionali. È vero che al co. 2 si fa riferimento ai cd. «casi analoghi», ma al riguardo è già stato osservato che l'analogia va comunque circoscritta ai contrasti tra organi giurisdizionali: il p.m. non può che prendere atto della decisione del giudice e adeguarvisi, a meno che il provvedimento non sia abnorme e, come tale, ricorribile per Cassazione. Deve quindi ribadirsi il principio di diritto secondo cui non è configurabile, neppure come caso analogo, un conflitto di competenza tra il p.m. – che è una parte, anche se pubblica, del processo – e il giudice. In giurisprudenza Cass. 27.2.2014 n. 9605; *contra* R. Ceniccola, *Il giudice delle indagini preliminari*, Incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale. Relazioni e contributi, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, vol. I, n. 27, settembre 1989, 314-315.

⁵⁷ G. Giostra, *op. ult. cit.*, 80.

⁵⁸ Appropriatosi delle funzioni tipiche dell'organo inquirente, il g.i.p. si sarebbe «atteggia[to] alla stregua di un epigone del giudice istruttore napoleonico». F. Cassiba, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, nota a Cass. 31.5.2005 n. 22909, in *CP* 2005, 2868 ss.

⁵⁹ L'espressione è di F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 195.

⁶⁰ «Se si immaginasse di ricreare gli equilibri delle indagini preliminari utilizzando un antico gioco di strategia, si potrebbe sicuramente paragonare il pubblico ministero alla donna negli scacchi: il pezzo più potente dello schieramento in virtù della sua capacità di controllo dello spazio, totale e completa sulle sessantaquattro caselle della scacchiera, senza limitazioni di lunghezza né di direzione, domina indiscussa tra i pezzi. L'iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro delle notizie di reato è come la prima mossa: il bianco ha giocato, la partita ha inizio». V. Virga, *Fenomenologie inquisitorie o guarantee costituzionali nelle dinamiche dei poteri ex art. 409, 4° comma, c.p.p. del g.i.p. sull'inazione del p.m.*?, in *FI* 2022, 532.

⁶¹ Del resto, è stata proprio la fragilità degli argini normativi e, in particolare, la mancanza di efficaci controlli giurisdizionali che ha assicurato una «posizione di supremazia incontrollata» al p.m., protagonista del sistema penale. A. Gaito, *L'iscrizione della notizia di reato tra diritto scritto e diritto vivente*, a cura di Id., *Materiali di esercitazione per un*

A riportare a un accettabile tasso di legalità la fase più dirimente dell'intero rito è, difatti, l'apertura delle cc.dd. "finestre di giurisdizione", «espressione entrata in voga»⁶² per connotare l'intervento del g.i.p. in funzione di scrutatore su alcuni momenti investigativi, nei quali la compressione dei diritti (in via di principio) inviolabili è tranquillizzata dal monitoraggio di un organo di controllo e di garanzia⁶³.

Per questo, meritano particolare attenzione le novità intervenute in tema di notizia di reato⁶⁴, per le quali occorre procedere seguendo la collocazione topografica della novella disciplina codicistica, la quale pare essere cadenzata da un *escalation* crescente⁶⁵.

Un'opera di riedificazione che si rispetti non può che prendere avvio dalle fondamenta: non stupisce, dunque, che la novella intervenga *in nuce*, a risanare il momento genetico del procedimento, cedevole a causa dell'assenza di una definizione sostanziale di *notitia criminis*⁶⁶. L'art. 335 Cpp concepisce l'embrione⁶⁷ dell'ipotetica domanda penale quale «[...] rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice». La notizia di reato di "impronta cartabiana" – «chiave di volta»⁶⁸ del sistema – viene arricchita dei caratteri che ineriscono alla specificità del fatto, alla sua verosimiglianza e alla sussumibilità all'interno di una fattispecie incriminatrice⁶⁹, di cui già la p.g. deve tener conto⁷⁰. Da qui, evidente la propensione per una prospettiva dogmatica del concetto di notizia di reato⁷¹, che – seppur con qualche aggiustamento linguistico⁷² – ricorre alla definizione che era stata elaborata dalla commissione Riccio⁷³. Si

corso di procedura penale, Padova 1995, 55.

⁶² Si esprimono con toni critici rispetto alle finestre di giurisdizione. G. Ruta, *Il nuovo volto delle indagini preliminari ed il rischio della fuga dalla giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it, 14.4.2023, 24; C. Valori, a mente della quale l'apertura di spazi nei quali inserire l'intervento del g.i.p. provoca un ritorno al famigerato giudice istruttore, in netto contrasto con l'art. 111 Cost., *op. cit.*, 31.

⁶³ Diverse erano state, a dire il vero, i disegni e le proposte di legge a partire dal d.d.l. C. 323 di "Riforma del Codice di procedura penale" presentato il 2.5.2006. Sul punto cfr. A. Zappulla, *Le modifiche in tema di notitia criminis*, in *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, a cura di A. Pennisi, Milano 2008, 189 ss. Una seconda proposta era quella che proveniva dal "Progetto di legge Alfano" dal nome del Guardasigilli proponente, *Relazione al d.d.l. n. 1440/S, Atti parlamentari, Senato della Repubblica - n. 1440, XVI Legislatura - Disegni di legge e relazioni - Documenti*, 8. Da ultimo la commissione Canzio, istituita con d.m. del 10.6.2013 proponeva l'attribuzione al giudice del potere di retrodatazione dell'iscrizione con la conseguente inutilizzabilità degli atti compiuti oltre detto termine, anche per il reato commesso da persone ignote. V. G. Canzio, *Verso una mini-riforma del processo penale*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 27.10.2014, 4.

⁶⁴ «Uno dei temi più delicati e rilevanti del sistema regolato dall'art. 335 c.p.p.», così A. Marandola, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova 2001, 283.

⁶⁵ La disciplina esordisce con un autocorrettivo che viene, perciò, affidato al p.m. (art. 335 co. 1-ter Cpp), passa poi ad introdurre un ordine di iscrizione, attribuito al g.i.p. a norma dell'art. 335-ter Cpp (il quale, ha una portata ben diversa dal precedente che trovava la propria disciplina all'art. 415 co. 2 e 2-bis Cpp, previsto, infatti, per il solo procedimento a carico di ignoti), fino ad inserire il potere di retrodatazione all'art. 335-quater Cpp.

⁶⁶ La scelta del codice del 1988 fu quella valorizzare il profilo processualistico della nozione; scelta che, a ben guardare, era da imputare all'ansia di spogliare la *notitia criminis* di quei connotati di compiutezza, tipici del codice del 1930, in linea con l'esaltazione della centralità della fase istruttoria. L. Bresciani, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, in AA.VV., *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, Torino 1999, 10.

⁶⁷ F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli 1960, 87; F. Cordero, *op. ult. cit.*, 402.

⁶⁸ F. Cassiba, *op. ult. cit.*, 608.

⁶⁹ Solo al ricorrere di tali congiunti requisiti è possibile distinguere il mero ed astratto sospetto di reato di cui all'art. 116 disp. att. Cpp dalla notizia di reato quale ipotesi concreta. F. Di Vizio, *Il nuovo regime delle iscrizioni delle notizie di reato al tempo dell'inutilità dei processi senza condanna*, in www.discremen.it, 2.11.2022, 11.

⁷⁰ S. De Flammineis, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in www.sistemapenale.it, 23.5.2023, 2.

⁷¹ C. Valentini, *op. ult. cit.*, 21.

⁷² M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in www.sistemapenale.it, 2.11.2022, 39.

⁷³ Così la *Relazione illustrativa al d. lgs. n. 150/2022*, 19.10.2022, 79.

tralasciano però pastoie terminologiche (qual era l'espressione di «accadimento storico»⁷⁴) e si evitano attributi pleonastici (l'inverosimiglianza viene spogliata dell'aggettivo «manifesta»). Le coordinate spazio-temporali (didascalicamente intese come «circostanze di tempo e di luogo del fatto»), non sono indispensabili per integrare il requisito della determinatezza, anche se laddove emergano successivamente («ove risultino»), l'iscrizione dovrà essere integrata in tal senso. Dunque, nessun fraintendimento circa il fatto che, a seguito all'iscrizione della notizia di reato, le indagini preliminari debbano essere orientate all'individuazione delle fonti di prova idonee a integrare il contenuto descrittivo della notizia di reato⁷⁵.

La novella poi inserisce il co. 1-bis all'art. 335 Cpp, il quale prevede che «Il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico».

Non si corre il rischio di essere smentiti se si afferma che l'elusione dell'obbligo di iscrizione nominativa abbia camuffato – nel tempo e, più o meno, vistosamente – un'attività di occultamento a carico di persone in buona sostanza già individuate, ma formalmente coperte dallo “schermo” del procedimento contro ignoti⁷⁶. A ben guardare però l'espressione adottata apre, ancora una volta, a scenari ermeneutici quantomai conflittuali, non essendo ancora chiaro che indizi non significa specifici elementi indizianti⁷⁷ (*quid iuris* non voluto dalla legge, ma solo da ben note circolari e, prima ancora, frutto di letture asettiche della giurisprudenza di legittimità⁷⁸) e, *quid minus*, neppure meri sospetti⁷⁹.

In definitiva, questa formulazione dimostra che il legislatore continua ad esaltare l'iscrizione nominativa quale adempimento di natura ricognitiva e non costitutiva⁸⁰, con la conseguenza che il tardivo espletamento dell'annotazione non può essere considerato fonte di pregiudizio al diritto di difesa.

Al netto di tali considerazioni critiche, tuttavia, chiaro è il merito della novella che, mercè la somministrazione di una definizione di *notitia criminis*⁸¹, scongiura il rischio che la tempestività e la

⁷⁴ Art. 55. 1 proposta di legge delega «per la riforma del codice di procedura penale» depositata il 27.7.2006.

⁷⁵ F. Cassiba, *op. ult. cit.*, 609; Anche perché, qualora al concetto di notizia di reato si attribuisse il significato di fatto costituente reato, l'effetto sarebbe quello di contraddire le finalità e l'oggetto stesso del procedimento penale, la cui sola conclusione consente, per l'appunto, l'accertamento dell'esistenza di quel fatto di reato. E. Aprile, P. Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano 2011, 30.

⁷⁶ F. Cassiba, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p., cit.*, 2868 ss.; A. Gaito parla di «poteri di istruttoria occulta che non stanno né in cielo né in terra», *L'iscrizione della notizia di reato, tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di A. Gaito, Padova 1995, 53 ss.

⁷⁷ A tal proposito, il C.s.m. ha ritenuto che «l'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito si impone, invece, quando gli elementi a carico della stessa abbiano un grado di consistenza tale da attingere la soglia della probabilità di fondatezza dell'accusa», *Parere C.s.m. reso sullo schema di decreto legislativo n. 150/2022*, 22.9.2022, 9.

⁷⁸ Nella nota congiunta trasmessa in data 25.11.2022 (all'ufficio della procura generale della Corte di Cassazione) i procuratori generali hanno sottolineato come il riferimento al concetto di indizi sostanzialmente confermerebbe il precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 16/2000), secondo il quale l'obbligo insorge in presenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti. *Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs. n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*, 19.1.2023, 5; C. Valentini, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *www.archiviopenale.it*, 22.11.2022, 4-5.

⁷⁹ Questa la soluzione più che condivisibile di C. Valentini, *op. ult. cit.*, 4; Ead., *The untouchables*, *cit.*, 21.

⁸⁰ C. cost. 7.7.2005 n. 307, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁸¹ In questo senso, può giovare il ricordo di una classica definizione che la migliore dottrina ha generalmente accolto e talora riprodotto, secondo la quale «notizia del reato è l'informazione, ricevuta dal pubblico ministero o dai dipendenti organi di polizia giudiziaria, di un fatto costituente reato» G. Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli 1988, 359. Ad ogni modo, era stato notato come, nel linguaggio tecnico, l'espressione si caricasse di una certa ambiguità, in quanto, aldilà del suo significato più immediato di «cognizione o conoscenza dell'essersi verificato un reato» tale espressione veniva spesso usata per indicare il veicolo tramite il quale quella conoscenza (vera o supposta) giungeva a determinate autorità. Tale ambiguità balzava agli occhi già all'art. 330 Cpp dove, a una proposizione in cui il concetto di

certezza della fissazione del *dies a quo* di durata delle indagini⁸² vengano rimesse all'autistica discrezionalità inquirente, che la giurisprudenza più autorevole ha icasticamente battezzato «munus»⁸³.

Vieppiù che la disposizione di cui all'art. 335-bis Cpp statuisce che «la mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito». Manifesto, dunque, il substrato garantista (e logico-sistematico) sul quale la norma poggia: posta la fisiologica valenza endofasica degli accertamenti condotti in sede investigativa, cui si accompagna l'ontologica instabilità delle valutazioni operate a valle di quelli stessi accertamenti, l'iscrizione nominativa – per sé sola – non può essere scaturigine di effetti sfavorevoli per l'indagato. In questo modo – preme anticiparlo già ora – viene sciolto positivamente il “nodo gordiano” circa l'annotazione nominativa⁸⁴ che, in virtù della disposizione in commento, diviene attività assai più garantista rispetto all'iscrizione a mod. 44⁸⁵, dalla quale – si sa – il decorso dei termini di durata massima delle indagini è cristallizzato dal tasso di opinabilità delle procure. A sostegno dell'iscrizione a carico di ignoti non potrà più valere, nel dubbio, la stigmatizzazione che l'indagato subisce nel corso delle investigazioni⁸⁶, potendo lui accedere ad attività che prima gli erano precluse in forza di disposizioni extrapenali⁸⁷. Né potrebbe valere – nel costante bilanciamento tra l'iscrizione a mod. 21 e quella a mod. 44 – la strumentalizzazione mediatica che dell'attività di iscrizione se ne può fare, posto che quest'ultima non rappresenta la premessa logica della seconda: piuttosto, il circuito mediatico-giudiziario prescinde (e sovente) da un'operazione di materiale annotazione in un registro, quale che sia.

Ma non solo, alla luce del recente innesto normativo, il *tòpos* dell'iscrizione della *notitia criminis* custodisce e, se del caso, sprigiona un controllo giurisdizionale. Quest'ultimo, più precisamente, è suscettibile di essere declinato in una *summa divisio* che si articola nelle novelle disposizioni di cui all'art. 335-ter Cpp e 335-quater Cpp. Il primo, rubricato “Ordine di iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini”, rappresenta l’“evoluzione garantista” dell'art. 415 co. 2, ult. periodo Cpp, concernendo espressamente la problematica della correttezza dell'iscrizione anche nel procedimento contro noti, il quale viene ad essere soggettivamente esteso in forza di un intervento del giudice che, in deroga al principio della domanda, agisce *ex officio*. A tal proposito giova rammentare che già la Corte di Cassazione⁸⁸, nella sua composizione più autorevole, avesse affidato

notizia è impiegato nel primo dei significati, «il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa», fa seguito una seconda dalla quale traspare, invece, il riferimento al secondo «[...] e ricevono notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti» M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Torino 1990, 560.

⁸² D. Curtotti, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 198.

⁸³ Cass. n. 40538/2009.

⁸⁴ E. Bruti Liberati chiedeva: «è più garantista, nel dubbio, iscrivere comunque ed immediatamente a modello 21 noti?», *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in www.questionegiustizia.it, 2018, 16.

⁸⁵ Rispetto alle notizie di reato iscritte a modello 44, le rinunce dell'azione rappresentano invece «una cifra abnorme», tanto che «nel solo 2019, i pubblici ministeri hanno rappresentato ben 1.044.692 richieste archiviate *ex art.* 415 bis c.p.p. per essere rimasti ignoti gli autori del reato» cfr. M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 94-95.

⁸⁶ Cfr. C. Conti, M. Cassano, le quali evidenziano come «il rafforzamento dei presupposti per l'attività d'iscrizione anziché tutelare la presunzione di innocenza, scongiurando altresì la gogna del processo mediatico, finirebbe per dare la stura ad una pre-indagine addirittura più deleteria delle degenerazioni derivanti dall'abuso delle iscrizioni a modello 45», *Due opposte letture della riforma Cartabia: mero efficientismo o ritorno al sistema?*, in *DPP* 2023, 1257 ss.

⁸⁷ A. De Caro, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in www.archiviopenale.it, 7.12.2022, 6-7.

⁸⁸ Cass. 28.11.2013 n. 4319; Cass. 31.5.2005 n. 22909.

al g.i.p. la possibilità di ordinare l'iscrizione a carico di soggetti non iscritti in precedenza a registro⁸⁹, prerogativa in passato circoscritta all'ipotesi *specialis* del procedimento a carico di ignoti.

L'ordine di iscrizione coattiva può dirsi, oggi, canonico⁹⁰: non solo perché consente al giudice di individuare ulteriori persone da iscrivere nel registro oltre a quelle che già vi figurano⁹¹, ma pure perché si tratta di un «potere diffuso»⁹² che il giudice può esercitare tutte le volte che in cui è chiamato a «compiere un atto del procedimento»⁹³.

Al contrario, l'art. 335-*quater* Cpp, sotto il nome di «Accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato», prevede che su impulso della persona sottoposta ad indagine⁹⁴ il giudice possa disporre – sul presupposto della ingiustificata e inequivocabile intempestività (art. 335-*quater* co. 2 Cpp) – la retrodatazione dell'iscrizione medesima⁹⁵. Pertanto, si tratta di un controllo che concerne la tempestività dell'iscrizione; sindacato «temporale» – si rammenti – che non era escluso in base all'originaria disciplina codicistica, ma si era invece affermato in forza di un «intervento ortopedico» del massimo consesso nomofilattico⁹⁶.

Mentre, l'art. 335 co. 1-*ter* Cpp prevede l'intervento in *autodikia* del p.m., il quale – in autotutela, per l'appunto – «può» indicare la data anteriore a partire dalla quale l'iscrizione deve intendersi effettuata⁹⁷. Si tratta di una retrodatazione officiosa che all'inquirente viene riconosciuta qualora non abbia provveduto «tempestivamente» alle iscrizioni. Emblematico, in proposito, è l'utilizzo del verbo modale, il quale milita in favore di una ricostruzione del potere *de quo* quale garanzia⁹⁸; diverso sarebbe stato se il delegato fosse ricorso – si perdoni la ripetizione cacofonica – all'indicativo presente «indica»⁹⁹.

Interessante è, invece, l'inedito intervento del g.i.p. che, su impulso dell'indagato e dell'offeso «vigile», può ordinare al p.m. – nel limbo tra rimanere organo di giustizia o erigersi, se del caso, a pubblico accusatore – «di assumere le determinazioni sull'azione penale» (art. 415-*bis* co. 5-*quater* Cpp) ovvero «di provvedere» (art. 415-*ter* co. 3 Cpp)¹⁰⁰. A discriminare i due interventi è, difatti,

⁸⁹ La Consulta aveva avallato un accostamento tra la disciplina del procedimento contro ignoti e quello contro noti (C. cost. 10.5.1999 n. 176, in www.cortecostituzionale.it).

⁹⁰ Ad ogni modo, in passato si era già registrata un'opinione in forza della quale la *ratio* dell'art. 415 co. 2 Cpp «non presenta[va] carattere tale da assumere valore e significato solo con riferimento al procedimento contro ignoti, ma, per alcuni aspetti, possed[eva] una valenza generalizzante tale da poter essere estesa anche all'archiviazione «ordinaria»». F. Alonzi, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in RDPP 2006, 976.

⁹¹ *Relazione illustrativa*, cit., 250.

⁹² K. La Regina, *Notizia di reato: priorità, struttura, iscrizione e controlli*, in GI 2023, 1190.

⁹³ Si pensi anche alla richiesta di tabulati, alla richiesta di incidente probatorio, al sequestro preventivo, alla richiesta di proroga del termine per le indagini preliminari. *Relazione illustrativa*, cit., 251.

⁹⁴ Nella delega era, invece, contenuto il termine fraintendibile di «interessato» (art. 1 co. 9 lett. q della l. 134/2021). Cfr. F. Vergine, *op. cit.*, 638-639.

⁹⁵ C. Morselli, *Emendabile l'iscrizione tardiva con la retrodatazione, insindacabile/non sanzionabile l'erronea iscrizione indiziaria (art.335- quater Cpp). Rimedi*, in www.archiviopenale.it 2023, 30.8.2023.

⁹⁶ G. Insolera, *È l'epoca dei giudici o dei pubblici ministeri?*, in www.dirittodidifesa.eu, 7.12.2021. Cass. 17.6.2000 n. 16; Cass. n. 40538/2009.

⁹⁷ L'art. 335 co. 1-*ter* Cpp «traduce in norma di legge una prassi già attualmente seguita da alcune Procure...[e]... ha l'obiettivo di consentire al pubblico ministero, ove riconosca un ritardo nelle iscrizioni, di porvi rimedio senza la necessità di attendere l'attivazione del meccanismo giurisdizionale previsto dalle lettere q) ed r) della delega». *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022*, cit., 247.

⁹⁸ D. Curtotti, *op. et loc. supra cit.*; Contra A. Camon, *Registrazione della notizia di reato e tempi dell'indagine*, in www.archiviopenale.it, 22.3.2023, 11; R. Bricchetti, *Diritto di difesa. Iscrizione della notizia di reato senza effetti civili e amministrativi*, in www.ilsole24ore.com, 12.10.2022.

⁹⁹ Si è detto, infatti, che tale istituto intende prevenire l'eccezione di parte, *Parere Csm reso sullo schema di decreto legislativo n. 150/2022*, cit., 9.

¹⁰⁰ Cfr. G. Coretti che riporta le «Statistiche relative all'attività della Procura generale in materia disciplinare», in www.archiviopenale.it, nota 69, 5.8.2022, 14.

l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, alla cui notifica il p.m. ha provveduto nel caso per prima richiamato, mentre detto obbligo rimane inadempito nel secondo¹⁰¹.

Il mutamento di destinazione, intrapreso dalla l. 134/2021 e realizzato con il decreto legislativo in parola, muove dalla consapevolezza che perpetuare un meccanismo marchiato dall'assenza di presidi giurisdizionali significhi trasformare il segmento terminale delle indagini in un insidioso «viatico all'ingiustificata inerzia del p.m.»¹⁰². In questo modo, si spiega pure la previsione di cui all'art. 415-ter Cpp che amplia, da un lato, le garanzie difensive (vocazione garantista¹⁰³) dei soggetti privati e, dall'altro, concorre a infierire speditezza al procedimento¹⁰⁴ (funzione sollecitatoria¹⁰⁵). Lo strumento di «messa in mora»¹⁰⁶ *de quo* prevede che indagato ed offeso, destinatari dell'avviso di deposito degli atti, possano fruire della documentazione relativa alle indagini.

Quanto alla procedura di archiviazione, essa è percorsa, com'è noto, da una nuova *regula iudicii* poco in linea con l'impianto sistematico del codice¹⁰⁷ e con i principi consacrati nella Legge fondamentale¹⁰⁸: si assiste, in buona sostanza, a una degenerazione inquisitoria che provoca un'inversione di tendenza: «dall'indagine che prepara l'azione» si torna «all'istruzione che prepara il processo»¹⁰⁹. Ma all'alterazione del fisiologico rapporto tra le fasi procedurali¹¹⁰ non può che accompagnarsi, di riflesso, quella del rapporto tra p.m. e g.i.p.¹¹¹ O meglio, si assiste a un

¹⁰¹ R. Aprati, distingue l'ipotesi di inerzia parziale (art. 415-bis co. 5-quater Cpp) da quella di inerzia totale (art. 415-ter co. 3 Cpp) *Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, in www.giustiziainsieme.it, 20.12.2022, 24.

¹⁰² *Relazione finale alle proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, 24.5.2021, 20.

¹⁰³ E. M. Mancuso afferma che l'articolo è interamente dedicato all'esercizio delle prerogative dei soggetti portatori di interesse in fase conclusiva dell'inchiesta preliminare, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, cit., 625.

¹⁰⁴ L. D'Ancona, *Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari*, in www.questionegiustizia.it, 9.11.2021, 129.

¹⁰⁵ A. Cabiale, *I nuovi controlli giudiziali sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4.3.2022, 33; Analogamente C. Valentini per cui «la costrizione ad una *discovery* anticipata, ridonderebbe positivamente sulla ragionevole durata complessiva delle indagini, visto che la sua esistenza compulserrebbe gli inquirenti ad una maggiore celerità», *The untouchables*, cit., 32.

¹⁰⁶ A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *DPP* 2021, 1579.

¹⁰⁷ *In primis*, se una valutazione positiva di ragionevole previsione di condanna fosse percepita come un'anticipazione del giudizio di colpevolezza, per esercitare l'azione con le forme ordinarie, si creerebbe un risultato inadeguato rispetto alle forme alternative delle richieste di rito immediato o direttissimo, le quali finirebbero per avere presupposti (la valutazione di evidenza della prova ovvero la confessione) meno esigenti di quello, invece, richiesto per l'azione ordinaria. S. Ruggeri, *Azione e inazione*, in *Riforma Cartabia*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso, G. Varraso, cit., 646 ss.

¹⁰⁸ Il timore è che il diritto dell'imputato a essere presunto innocente (art. 27 Cost.) deponga in favore di un accertamento di colpevolezza già nella fase delle indagini preliminari. O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia: la Procedura penale del nemico*, in *DPP* 2023, 485.

¹⁰⁹ G. Conti, A. Macchia, voce *Indagini preliminari*, Enc. giur. Treccani, vol. XVI, Roma 1989, 1.

¹¹⁰ Nell'originaria previsione codicistica, la predeterminazione legale della durata massima della fase preliminare costituiva l'inevitabile corollario della scelta di focalizzare nel dibattimento l'attività probatoria di ricostruzione dei fatti, considerata l'esigenza di ridurre quanto più possibilmente l'escussione dibattimentale della prova alla data di accadimento delle vicende oggetto del processo. G. Conso, *Conclusioni*, in AA.VV., *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni e prospettive. Atti del convegno presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 23-24 ottobre 1992*, Milano 1994, 366.

¹¹¹ Non si verifica un cambiamento nel controllo di legalità del giudice, se non per il fatto che egli non potrà più rigettare richieste di archiviazioni avanzate per notizie di reato fondate (stante la scomparsa della formula dell'infondatezza), ma inidonee, pronosticamente, a condurre alla pronuncia di condanna, stante la prescrivibilità del fatto. In questo senso G. Amato, *Valutazioni di "merito" sull'accusa alla prova dell'udienza preliminare*, in AA.VV., *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale*, cit., 81; *Contra* F. Alvino per il quale sono da escludere prognosi circa il futuro verificarsi di cause estintive del reato, per le quali vale l'art. 411 co. 1 Cpp. *Il controllo giudiziale dell'azione penale. Appunti a margine della "riforma Cartabia"*, in www.sistemapenale.it, 10.3.2022, 31; R. Aprati, op. ult. cit., 31.

irrobustimento dello sforzo fattivo e decisionale dell'inquirente¹¹², il quale deve ricercare un materiale indiziario capace più che mai di resistere all'urto del contraddittorio, non rilevando, a tal fine, lo statuto epistemologico del materiale investigativo che, più correttamente, si ascrive a quello gnoseologico della fase dibattimentale, ultimando le indagini con la maggiore completezza (*recte*: esaustività) possibile.

4. Presentate, *per apices*, le novità che inseriscono i nuovi controlli nella fase preliminare, va detto che le questioni esegetiche che questi sollevano non sono poche: la definizione di *notitia criminis*, all'apparenza semanticamente e sintatticamente lineare¹¹³, non convince concettualmente. Per come è costruito l'art. 335 Cpp, il *locus* e il *tempus commissi delicti* sono reputati elementi puramente accessori, financo accidentali, integrati solo «ove risultino».

Mi spiego meglio: a rendere *verosimile* l'ipotesi di reato può essere il fatto in sé, il quale somiglia al vero quando non tradisce i principi basilari della logica e gli assunti scientifici, ovvero si concilia con fatti noti; così si può pure prescindere dalle coordinate spazio-temporali. Più semplicemente, questo è ciò che succede quando si fa ricorso ai casi di scuola.

All'opposto, a rendere *determinato* un fatto è un processo di circoscrizione storica che, sul presupposto della ritenuta congruità scientifica e logica del medesimo, simula l'episodio penalmente rilevante calandolo in un quadro fatto di dinamiche operative solo talora contingenti e, molto più spesso, dirimenti.

Vero è, dunque, che in virtù del requisito della verosimiglianza i registri degli atti non costituenti reato verranno, *verosimilmente*, depurati di episodi penalmente rilevanti, ma è sul fronte opposto che val la pena di chiedersi se abbia davvero senso favorire un'iscrizione oggettiva la cui stabilità – per forza di cose –, verrà alterata da stravolgimenti di non poco conto, dovuti, giustappunto, alla fluidità della nozione implementata dalla normativa¹¹⁴.

Telescopica – verrebbe da dire – la distanza tra l'evanescente parametro oggettivo e quello soggettivo che, all'opposto, richiede una più rigorosa "identificazione", tanto da spingere una parte della dottrina a considerare la formula in parola espediente per mezzo del quale perpetrare la ritardata iscrizione del nominativo dell'indagato¹¹⁵. Questo si è già precisato, ma val la pena ribadirlo: le conseguenze che in termini di *reputational aspect*¹¹⁶ discendono da un'iscrizione soggettiva *ante tempus* sono note e certamente deleterie; altrettanto note sono, tuttavia, le ragioni della intempestiva qualifica dell'indagato: di fatto vengono legittimate investigazioni svolte solo formalmente contro ignoti¹¹⁷. E infatti, che l'iscrizione a registro dispieghi non soltanto effettivi negativi ne è ben consapevole la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, senza *arrière pensée* alcuno, insegna che è dalla (pronta) soggettivizzazione dell'indagine che scaturiscono le garanzie dell'art. 6 C.e.d.u.¹¹⁸

¹¹² E. Marzaduri parla di «ipervalorizzazione dei compiti investigativi», *Il declino del paradigma accusatorio*, cit., 9.

¹¹³ A. Gaito, R. Landi, "L'altare e le (forse inevitabili) vittime". Osservazioni sul processo penale a la Cartabia, in www.archiviopenale.it, 23.9.2022, 4; C. Valentini, *op. ult. cit.*, 21; G. Gaeta, *Inseguendo l'Europa. La riforma delle indagini preliminari tra problemi risolti e irrisolti*, in www.archiviopenale.it, 31.8.2022, 7.

¹¹⁴ Pensiamo – ad esempio – a quanto lo spazio-tempo giochi un ruolo di primaria importanza nell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 609-bis Cp, così come aggravata dalle circostanze di cui all'art. 609-ter Cp.

¹¹⁵ F. Cassiba, *op. ult. cit.*, 611; O. Mazza, *op. ult. cit.*, 488.

¹¹⁶ A tal riguardo, parte della dottrina affermava come già il legislatore pre-repubblicano, nel disciplinare la manifesta infondatezza di cui all'art. 74, co. 3 Cpp 1930, avesse perseguito lo scopo di evitare che «[si potesse] produrre un danno, anche soltanto riflesso, alla reputazione, alla dignità, alla libertà dell'individuo»: così A.A. Dalia, *Il decreto di archiviazione*, Milano 1968, 91.

¹¹⁷ F. Cassiba, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, cit., 2868 ss.

¹¹⁸ Giurisprudenza richiamata dalla *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, 24.5.2021, 19. In dottrina L. Carli che asseriva come una corretta registrazione risultasse funzionale all'indagato nell'esercizio del diritto di difesa e al diritto di essere informato in termini brevi circa la natura ed i motivi dell'accusa, come riconosciuto a livello

Da qui, è legittimo chiedersi se la disciplina in tema di retrodatazione riuscirà a contenere il fenomeno delle cc.dd. istruttorie occulte¹¹⁹. Ma, a ben vedere, il *punctum dolens* del meccanismo di cui all'art. 335-*quater* Cpp risiede proprio nella sua attivazione, posto che soltanto l'impulso dell'indagato promuove il controllo di tempestività, di guisa che il potere di retrodatazione *ex officio* rimane un «*tabu*»¹²⁰ non ancora sconfitto¹²¹. Dunque, né l'esperienza maturata in seno alla commissione Canzio, né tantomeno la massiccia letteratura processualpenalistica¹²² sul tema, hanno favorito una più decisa presa di posizione del legislatore, il quale avrebbe inserito una disposizione solo «apparentemente [...] liberale di garanzia»¹²³. Non si tratta di una lettura polemica della previsione, ma il semplice riflesso di una prerogativa censitaria, il cui esercizio verrà precluso a coloro i quali non avranno la possibilità economica di affidarsi a professionisti capaci¹²⁴. Controlli che vengono resi ancor più difficoltosi dalla necessità di dimostrare che la procrastinazione inquirente nell'iscrizione della notizia di reato è «inequivocabile» e «ingiustificata» (art. 335-*quater* co. 2 Cpp). Il legislatore non ha evidentemente preso in debita considerazione la giurisprudenza formatasi sulla proroga delle indagini, a tenore della quale espressioni come quelle di «giusta causa» ben si prestano ad essere attagliate alle «endemiche esigenze di sovraccarico del lavoro investigativo»¹²⁵, finanche ad ogni possibile interpretazione¹²⁶. E anche laddove l'indagato e il suo difensore riescano a dimostrare i presupposti per la retrodatazione¹²⁷, gli atti compiuti a monte dell'iscrizione¹²⁸ saranno pienamente utilizzabili, mentre quelli a valle – sul presupposto del principio di continuità investigativa e della loro ripetibilità – ben potrebbero essere rinnovati¹²⁹.

internazionale dall'art. 6 § 3 lett. a C.e.d.u. e all'art. 14 n. 3 lett. a del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici e, a livello nazionale, dall'art. 111 co. 3 Cost. L'autore richiamava poi l'art. 335 co. 3 Cpp che, in combinato disposto con l'art. 110-*bis* disp. att. Cpp, rappresenta(va) una *species* di «autodifesa dell'inquisito». *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Milano 2005, 127.

¹¹⁹ L. Marafioti parla di «quotidiano calpestio delle garanzie delle persone» e definisce la procedura di cui all'art. 335-*quater* Cpp «arzigogolata», *Nel labirinto*, in F. Petrelli, L. Marafioti, O. Mazza, N. Mazzacupa, *Processo penale, incertezza e fastidio*, in www.dirittodidifesa.eu, 22.11.2022, 4.

¹²⁰ A. Marandola, *Il permanente dibattito sulla riforma del processo penale*, in *DPP* 2019, 1330.

¹²¹ M. Merolla, *La notizia di reato nella riforma Cartabia: contenuti della delega e scenari futuri*, in *CP* 2022, 2000; A. Camon, *op. ult. cit.*, 33.

¹²² R. Aprati, *Intorno all'immediatezza dell'iscrizione della notizia di reato: sindacabilità del giudice e inutilizzabilità degli atti investigativi tardivi*, nota a Cass. 8.10.2003 n. 41131, in *CP* 2005, 1331; A. Marandola, *Mancata iscrizione della notizia criminis*, nota a Cass. 21.6.2000 n. 16, in *CP* 2001; Ead., *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova 2001; M.M. Monaco, *Ritardata iscrizione della notizia di reato: quid iuris?*, in *GI* 2000; A. Gaito, *È consentito scrivere "a catena" procedimenti per lo stesso fatto?*, in *DPP* 1998; E. Gironi, *I termini di durata massima delle indagini preliminari tra disciplina legale ed esigenze della pratica*, in *FI* 1994; O. Dominioni, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *AA.VV.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, cit.

¹²³ O. Mazza, *op. ult. cit.*, 488; analogamente A. Camon, *op. et loc. ult. cit.*; M. Merolla, *op. cit.*, 2000.

¹²⁴ M. Merolla, *op. cit.*, 1999.

¹²⁵ O. Mazza, *op. ult. cit.*, 487.

¹²⁶ C. Valentini, *op. ult. cit.*, 5.

¹²⁷ Assai difficile è che la dimostrazione del ritardo nell'iscrizione possa sorreggersi sul singolo atto, piuttosto l'integrale deposito ex art. 415-*bis* Cpp e 415-*ter* Cpp pone l'indagato nelle condizioni di soddisfare l'onere di cui alla richiesta di retrodatazione. F. Cassiba, *Le indagini preliminari*, cit., 616.

¹²⁸ Al riguardo – si rammenti – che le S.U. della Cassazione affermarono che «è incongruo sostenere che gli atti compiuti prima della iscrizione "formale" siano solo perciò inutilizzabili, coinvolgendo così nella stessa sanzione di inutilizzabilità gli atti compiuti "a monte" (pur nei limiti temporali individuati) e quelli compiuti "a valle" (oltre quegli stessi limiti)», così, testualmente, Cass. 23.4.2009 n. 23868.

¹²⁹ «E se l'atto fosse irripetibile, pensiamo a una perquisizione sfociata nel sequestro del corpo del reato, l'inutilizzabilità sarebbe agevolmente sterilizzata dal principio giurisprudenziale del *male captum, bene retentum*» O. Mazza, *op. et loc. ult. cit.*; G. Murone, *Il controllo giurisdizionale sulla legittimità della perquisizione*, in *DPP* 2023, 203 ss.; M. S. Chelo, *Male captum bene retentum: la Corte Costituzionale non cambia idea*, nota a C. cost. 7.4.2022 n. 116, in www.ilpenalista.it, 24.6.2022

Abbandonata la felice intuizione di chi suggeriva di collocare il potere di retrodatazione *ex officio* in tutti i casi in cui il giudice, nell'impartire coattivamente l'ordine di iscrizione, ai sensi dell'art. 415 co. 2, ult. periodo Cpp, avesse accertato che il magistrato inquirente fosse già a conoscenza dell'identità dell'indagato¹³⁰, si è pure esclusa quella ancor più radicale che attribuiva al g.i.p. la possibilità di dichiarare la perdita di legittimazione del p.m. a compiere gli atti di indagine¹³¹, financo quella che ancorava il *dies a quo computatur* al compimento del primo atto di indagine¹³². Rimane però incomprensibile l'esclusione dalla sanzione dell'inutilizzabilità *ex art.* 407 co. 3 Cpp degli atti *ante inscriptionem*¹³³.

Gli interrogativi che poi solleva l'art. 335-ter Cpp sono più d'uno: il primo d'ordine puramente procedimentale, il secondo di portata assai più ampia. Con riguardo al primo profilo, la questione può essere liquidata in modo abbastanza rapido: ossia che, essendo stata disposta l'abrogazione del co. 2-bis dell'art. 415 Cpp, il termine dell'iscrizione *iussu iudicis* non prenderà più a decorrere a partire dal provvedimento del giudice. Si rammenti che la riforma Orlando¹³⁴ valorizzava l'ordine di iscrizione coattiva del giudice – seppur nel solo procedimento a carico di ignoti – a dispetto dell'operazione materiale di iscrizione del nominativo ad opera dell'organo inquirente¹³⁵. Mentre, con riguardo al secondo profilo di carattere “sistematico” è stato osservato come la dicitura «sentito il pubblico ministero» (art. 335-ter co. 1 Cpp) esprima un'interlocuzione che ha lo scopo di prevenire il rischio di ordini adottati su temi non riguardati dalle investigazioni ovvero su temi e soggetti che il p.m. ha consapevolmente scelto di trattare separatamente. Questo, quantomeno, è il pensiero di quanti coloro¹³⁶ ritengono che, ove il giudice accerti che dagli atti emergano fatti illeciti diversi, costui dovrà segnalarli alla competente procura della Repubblica, «senza poter agire nell'ambito del medesimo procedimento», in conformità a quell'orientamento giurisprudenziale per cui è abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p., nel respingere la richiesta di archiviazione, ordini al p.m. l'imputazione coatta anche per un reato diverso in alternativa a quello oggetto della richiesta¹³⁷.

Arduo è negare la cogenza dell'argomento testuale, poiché la disposizione, *verbatim*, si limita a disciplinare l'ordine coattivo di iscrizione soggettiva, mentre nulla viene detto circa quello di iscrizione oggettiva. Non sfugga, a tal riguardo, che in una materia quale quella attenzionata, è sovente reputato apodittico l'argomento interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Quello che però appare un fraintendimento sistematico importante è confortare siffatta esegesi sulla base della giurisprudenza della Cassazione in merito all'abnormità dell'istituto di cui all'art. 409 co. 5 Cpp.

¹³⁰ F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimenti contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 253 ss.; M. Bilancetti, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *GP* 1989, 306.

¹³¹ O. Dominioni, *op. cit.*, 66.

¹³² M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, Torino 2015, 457-458; R. Aprati al «giudice è sufficiente verificare le date degli atti inseriti nel fascicolo delle indagini e compararli alle date delle iscrizioni» *op. ult. cit.*, 1331; R. Adorno, *Decorrenza dei termini per le indagini e sanzione di inutilizzabilità ex art. 407, comma 3 c.p.p.*, in *CP* 1996, 3719, che richiama il «primo atto di investigazione in relazione a determinata e soggettivamente qualificata notizia di reato». Si era suggerita poi una ridefinizione dell'art. 335 Cpp in questi termini: «Il pubblico ministero è tenuto all'iscrizione fin dal primo atto d'indagine», così A. Marandola, *Mancata iscrizione della notizia criminis*, *cit.*, 423.

¹³³ A. Gaito, *op. ult. cit.*, 100.

¹³⁴ Il co. 2-bis dell'art. 415 Cpp era stato inserito dall'art. 1 co. 35 l. 23.6.2017 n. 103, ora abrogato dall'art. 98 co. 1 lett. a d.lgs. 150/2022.

¹³⁵ A. Marandola, *Le novità in tema di indagini preliminari*, *Il libro dell'anno del diritto* 2018, Enc. Treccani (online), 2018.

¹³⁶ G. Amato, *La correttezza dell'iscrizione: stop a quelle tipo “atto dovuto”*, in AA.VV., *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale*, *cit.*, 47-48; C. Santoriello, *La nuova disciplina in tema di indagini e udienza preliminare. Commento operativo alle norme della riforma del processo penale (D. L. vo. 10 ottobre 2022, n. 150)*, Piacenza 2022, 5; *Primi orientamenti*, *cit.* 16 ss., secondo cui un ordine di iscrizione per fatti diversi dovrebbe considerarsi abnorme.

¹³⁷ Cass. 28.9.2021 n. 44926.

A onor del vero, la Corte di legittimità – per ben due volte e in sedi autorevoli¹³⁸ – aveva attribuito in capo al giudice un potere coattivo di iscrizione, tanto soggettivo, quanto oggettivo, poiché l’abnormità riguarda non già l’ordine giudiziale di iscrizione, bensì l’ordine giudiziale di imputazione a carico di persona non già formalmente indagata e per reati diversi da quelli per i quali il p.m. richiede l’archiviazione¹³⁹. In altri termini, il fatto che il g.i.p. possa – nell’ambito della richiesta di archiviazione – ordinare l’iscrizione rispetto a un fatto di reato non contemplato dall’organo inquirente, non significa che lo stesso possa poi immediatamente disporre l’imputazione¹⁴⁰. Nell’*iter* logico-argomentativo della Suprema Corte ben si discrimina l’ordine giudiziale di iscrizione¹⁴¹ da quello d’imputazione¹⁴²: la possibilità di adottare decisioni *ultrapetita* nell’ambito della procedura di archiviazione vale solo nel primo caso, mentre nel secondo il principio devolutivo confina la decisione del g.i.p. al *thema probandum* del magistrato inquirente, altrimenti integrandosi la violazione del principio di ripartizione dei ruoli tra gli operatori procedurali.

Chiarito questo, si potrebbe fare un coraggioso (ma prudente) passo in avanti e sottoporre ad una interpretazione estensiva la disposizione di cui all’art. 335 *ter* Cpp, così da includere il *novum* oggettivo¹⁴³.

Il rischio – a parere di chi scrive – è che verrà presto smentito il virtuoso epilogo esegetico cui, con non poca fatica, si era approdati. In particolare, verrà obiettato che il controllo che il g.i.p. è chiamato ad effettuare in materia di archiviazione, materia nella quale la cognizione e, di riflesso, il controllo giurisdizionale raggiungono l’apice, trova la sua *ratio* nella tutela dell’obbligatorietà dell’azione penale, al cui presidio non è posta (almeno direttamente) la disposizione di cui all’art. 335-*ter* Cpp¹⁴⁴. D’altro canto, la stessa relazione tecnica al decreto legislativo ha inteso precisare che la prerogativa giudiziale deve riguardare unicamente a soggetti a cui venga addebitato «quello stesso fatto» che forma oggetto della richiesta indirizzata al giudice¹⁴⁵.

¹³⁸ Cass. n. 4319/2013; Cass. n. 22909/2005.

¹³⁹ «Si deve pertanto affermare che è inibito al giudice per le indagini preliminari ordinare al pubblico ministero la formulazione della imputazione nei confronti della persona indagata per ipotesi di reato diverse da quelle per le quali è stata richiesta l’archiviazione, dovendo in tal caso il giudice limitarsi a ordinare l’iscrizione nel registro di cui all’art. 335», Cass. n. 4319/2013. In caso contrario l’imputazione coatta, da strumento di controllo sull’inazione, diventa un mezzo surrettizio per “accaparrarsi” la *potestas agendi* di competenza esclusiva del suo titolare. B. Nacar, *Una ricostruzione sistematica degli spazi di intervento del g.i.p. in sede di archiviazione*, nota a Cass. 22.3.2018 n. 40984, in *GI* 2019, 434 ss.; Cass. n. 22909/2005.

¹⁴⁰ Anche perché non necessariamente quella notizia di reato si presenta nominata ovvero, più semplicemente, soggettivizzata.

¹⁴¹ La Corte di Cassazione lo faceva rientrare nei poteri di cui all’art. 409 co. 4 Cpp (Cass. n. 22909/2005).

¹⁴² V. Virga, *op. cit.*, 531.

¹⁴³ E allietati dal fatto che ermeneutiche del genere siano confortate dall’interprete *maximo*, quanto meno in relazione alla materia dell’archiviazione C. Conti, *L’iscrizione della notizia di reato nel prisma dell’azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *DPP* 2023, 149-150 ss.; ma anche L. D’Ancona che precisa che il g.i.p. sente il p.m. per comprendere le ragioni in base alle quali non ha iscritto un certo soggetto o – si badi – un certo *fatto*, *La riforma penale e la stretta sui tempi delle indagini*, in *www.questionegiustizia.it*, 18.1.2023, 6.

A tal riguardo si osservava, correttamente, come all’attribuzione del g.i.p. del potere di iscrizione “soggettivo” e “oggettivo”, avrebbe dovuto fare seguito una previsione analoga a quella che esiste per l’estensione dell’incidente probatorio. Così facendo, con la fissazione di un’apposita udienza «[sarebbe stata] quantomeno fornita al nuovo accusato o a quello colpito da una nuova ipotesi di reato la possibilità di esercitare il suo inviolabile diritto di difesa». A. Zampaglione, *I poteri “coatti” del giudice dell’archiviazione nelle ipotesi di nuove notizie di reato “soggettive” ed “oggettive”*, in *DPP* 2014, 1130 ss.

¹⁴⁴ A questa conclusione giunge, altresì, A. Camon, *op. ult. cit.*, 13-14. Brillante, sul punto, la considerazione di F. Di Vizio a mente del quale «L’adempimento [dell’iscrizione] costituisce la premessa imprescindibile dell’esercizio dell’azione penale e dunque concorre a salvaguardarne l’obbligatorietà, chiaramente elusa in presenza di eventuali omissioni», *L’obbligatorietà dell’azione penale efficiente ai tempi del PNRR. La Procura tra prospettive organizzative, temi istituzionali e scelte comportamentali*, in *www.questionegiustizia.it*, 13.10.2021, 63.

¹⁴⁵ *Relazione illustrativa*, cit., 250.

È il caso poi di osservare come rispetto al meccanismo della proroga, la manovra non appresti un rimedio al rapporto squilibrato fra g.i.p. e p.m.¹⁴⁶ Il primo continua a non avere cognizione alcuna del fascicolo nel suo complesso, così appare difficile sterilizzare la possibilità che l'organo inquirente riconduca all'eccessivo carico di lavoro o alle generiche ragioni di carattere strutturale, personale ed organizzativo le sue omissioni¹⁴⁷. Bizzarro che il Collegio nomofilattico avesse ritenuto proprio la procedura di cui art. 406 Cpp la sola nella quale valutare, pur incidentalmente, la correttezza temporale dell'iscrizione¹⁴⁸.

Deve essere, pertanto, letta in un'ottica meramente deflattiva la modifica intervenuta a elidere la clausola della giusta causa in favore di una *reductio ad unum* che prevede la possibilità per il titolare della domanda penale di poter fruire di un'opportunità investigativa in più, solo se in grado di motivare detta proroga nella «complessità delle indagini»¹⁴⁹.

Con riguardo poi ai rimedi avverso la stasi del p.m., la normativa sembra risolversi in una mera *aporia*: l'intervento cumulativo costituito dal ruolo propulsivo endogeno (svolto dalle procure) unito a quello esogeno (attribuito al g.i.p.) non ha fatto altro che appesantire ulteriormente il segmento conclusivo delle indagini. O meglio, le nuove finestre di giurisdizione sono state neutralizzate dall'intervento delle procure generali, tantoché è da segnalare tra le proposte dell'Unione delle camere penali italiane quella volta all'eliminazione dell'intervento del procuratore gerarchicamente superiore¹⁵⁰.

In definitiva, gran parte dell'argomentare che si è fatto può sintetizzarsi nell'esortazione a che il g.i.p. recuperi un ruolo comprimario nella fase investigativa che passa necessariamente attraverso l'utilizzo di poteri correttivi, finanche di orientamento delle indagini, senza che ciò implichi una intromissione nello *ius investigandi*¹⁵¹. D'altro canto, a che scopo edificare un organo giurisdizionale nella fase pre-processuale, se poi la sua funzione – del tutto scollegata dall'andamento e dalle risultanze delle indagini – si rivela priva di concreta incidenza? Il g.i.p. che rimane del tutto estromesso dall'evoluzione delle indagini finisce per precludersi ogni reale possibilità di controllo giurisdizionale su di esse.

Pertanto, quello che la riforma Cartabia ci restituisce è un giudice la cui «debolezza genetica»¹⁵² viene senza dubbio rivitalizzata e che ottiene la sua “rivalsa”, in forza di non poche e non trascurabili

¹⁴⁶ F. Cassiba, *op. ult. cit.*, 618.

¹⁴⁷ Senza dubbio la proroga dovrebbe essere concessa unicamente per difficoltà oggettive e non per l'inerzia volontaria di p.m. o p.g. che sia. G. Garuti, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e “nuova” regola di giudizio*, in www.archiviopenale.it, 28.10.2022, 5.

¹⁴⁸ Cfr. E. Guido, *Disfunzioni e possibili rimedi in tema di durata delle indagini preliminari: a proposito del sindacato giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione della notizia criminis*, nota a Cass. 24.9.2009 n. 40538, in *RIDPP* 2010, 437 ss.

¹⁴⁹ Per L. D'Ancona, sul piano applicativo, tra «complessità» e «particolare complessità» delle indagini potrebbe non cogliersi la differenza. *Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari*, cit., 128; anche perché non sembra che il riferimento alla complessità dell'attività investigativa possa effettivamente comprimere i casi di prolungamento dei termini, per via della perdurante genericità della formula utilizzata. G. Gaeta, *op. cit.*, 10. Si rammenti che, in proposito, parte della dottrina riteneva che per le richieste di proroghe ulteriori rispetto alla prima fosse richiesto un *quid pluris* rispetto alla giusta causa. G. Garuti, *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in AA.VV., *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, Torino 1999, 405.

¹⁵⁰ Nel documento si propone l'abrogazione dei co. 2 e 4 dell'art. 415-ter Cpp, oltre che dell'intera procedura di differimento di cui al co. 5-bis e 5-ter dell'art. 415-bis Cpp, *Proposte UCPI di emendamenti al d. lgs. 150/2022, al d. lgs. 150/2022*, in www.camerepenali.it, 7.2.2023, 8-10.

¹⁵¹ C. Taormina osservava che «la difficoltà di dare attuazione normativa all'intervento giurisdizionale risiede, dal punto di vista concreto, nella necessità di costruire i relativi congegni in modo tale da impedire un coinvolgimento della giurisdizione nella logica della investigazione o dell'elaborazione dei dati investigativi, giacché ciò comporterebbe automaticamente una prevaricazione della giurisdizione rispetto alle parti» in *Diritto processuale penale*, Torino 1991, 334.

¹⁵² O. Mazza, *La fase delle indagini preliminari nel “Progetto Alfano”, La fase delle indagini preliminari nel “Progetto Alfano” e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *CP* 2009, 3272.

occasioni di controllo. Si ha a che fare, peraltro, con prerogative capaci di scardinare le tradizionali categorie della garanzia e del controllo¹⁵³, potendosi definire istituti “a doppia vocazione” quelli che, *prima facie*, promuovono un monitoraggio sulla bontà temporale e strutturale dell’annotazione a registro, finanche di rimedio all’irrisolutezza del p.m., ma che indirettamente producono riflessi sulla persona sottoposta ad indagine, se non restringendosi, quantomeno conferendo certezza, al periodo nel quale detta persona veste i «panni scomodi» dell’indagato¹⁵⁴.

Ciononostante, si tratta di un controllore *in fieri* che non può ancora dirsi capace di assicurare la legalità del procedimento¹⁵⁵, né tantomeno lo si può immaginare autorevole interlocutore del p.m. Con riguardo al primo profilo, le prerogative che gli vengono affidate rimangono sorrette da un’«essenziale frammentarietà»¹⁵⁶ e vanificate dal fatto che la sua rimane una «giurisdizione senza cognizione»¹⁵⁷, qual è il caso del procedimento di proroga¹⁵⁸. Insomma, inutile dotarlo di mani per intervenire, se poi continua a rimanere senza occhi¹⁵⁹.

Rispetto all’ultimo aspetto, può dirsi oramai completamente smarrito l’ossimoro-valore di parte imparziale¹⁶⁰ del p.m., in luogo di un’acutizzazione dei tratti riferibili alla qualifica di organo della pubblica accusa, eretto a «primo giudice del materiale investigativo raccolto»¹⁶¹. Egli è ora tenuto alla ricerca di una ragionevole verità preprocessuale¹⁶², redivivo l’art. 299 Cpp abr.: la completezza delle indagini viene esasperata, ma niente muta in ordine alla qualità del compendio indiziario e, dunque, rispetto all’onere di raccolta del materiale *pro* “inquisito”¹⁶³, in un sistema di unilateralità investigativa nel quale le sorti di chi vi è assoggettato sembrano essere già scritte¹⁶⁴. Ad emergere con prepotenza sono – proprio sotto questo profilo – le contraddittorietà di una norma, quella di cui all’art. 358 Cpp, «altamente sintomatica di “falsa coscienza” di questo legislatore, che a un certo

¹⁵³ Ancora – si legge in dottrina – che la figura del g.i.p. è quella di un giudice «polifunzionale». V. Grevi, *La garanzia dell’intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in GP 1988, 353.

¹⁵⁴ P.M. Corso, *Le indagini preliminari*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino 2021, 471.

¹⁵⁵ Com’è stato osservato, il controllo finalizzato alla retrodatazione sarà inattuabile nel momento in cui sarebbe stato più proficuo, ovvero durante le indagini preliminari – ancora a causa della mancata conoscenza del fascicolo – e resterà affidato all’«ipotesi favolistica», presente nella relazione, in cui il deposito di un atto ex art. 366 Cpp insospettisca la persona sottoposta ad indagine nel senso di ritenere che l’iscrizione debba essere anticipata. C. Valentini, *The untouchables*, cit., 26.

¹⁵⁶ G. Di Chiara, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in RDP 2003, 233.

¹⁵⁷ A. Ciavola, *Il rafforzamento delle garanzie dell’indagato sottoposto a custodia cautelare*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 15.11.2013, 133.

¹⁵⁸ Condivisibili le perplessità avanzate da C. Valentini, *Grandi speranze*, cit., 5.

¹⁵⁹ Come potrebbe, allora, la persona sottoposta ad indagine eccepire la retrodatazione dell’iscrizione (che avrebbe come effetto quello di sterilizzare la concessione della proroga per essere esauriti i termini investigativi), stante la mancata conoscenza del fascicolo? Allo stesso modo, dubbi sorgono rispetto all’effettività dell’ordine di iscrizione *ex officio* di cui all’art. 335-ter Cpp. Il rischio – in buona sostanza – è che il p.m., nel selezionare il materiale di indagine («la richiesta contiene l’indicazione della notizia di reato e l’esposizione dei motivi che la giustificano» ex art. 406 co. 1 Cpp) da sottoporre alla valutazione del g.i.p., “accantoni” gli elementi dai quali è dato desumere un’incompletezza e una tardività dell’iscrizione.

¹⁶⁰ «Il pubblico ministero parte imparziale è una contraddizione in termini. Ma condizione della sua imparzialità è ch’egli abbia un avversario; se non lo ha, umanamente, si avvicina al giudice e tradisce, inconsapevolmente, il suo ufficio» F. Carnelutti, *op. cit.*, 46-47; più recentemente G.M. Flora che animatamente puntualizza «A proposito del Pubblico Ministero “parte imparziale”, un ossimoro? Ma per carità!», *A proposito di “apologetica dell’incomparabile”*, in www.dirittodidifesa.eu, 18.10.2020, 1.

¹⁶¹ *Parere C.s.m. d.d.l. A.C. n. 2435*, 29.7.2021, 3.

¹⁶² *Contra* F. Tondin a mente della quale la novella, nel richiedere al p.m. di osservare – nella propria scelta tra agire e archiviare – la stessa regola imposta al g.u.p., contribuisce a correttamente definirne il ruolo nell’alveo della giurisdizione: non solo pubblica accusa ma anche, e prima di tutto, «garante dell’interesse generale all’osservanza della legge», onerato nella ricerca di tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, *ivi* compresi gli elementi *pro* indagato (F. Tondin, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in CP 2023, 416).

¹⁶³ C. Valentini, *op. ult. cit.*, 9-10.

¹⁶⁴ Ead., *The untouchables*, cit., 9.

punto si rende conto di aver consegnato l'intera fase iniziale del processo nelle mani dell'accusa» e, in tale contesto, «il pubblico ministero a tutti gli effetti subentra nelle funzioni del vecchio giudice istruttore»¹⁶⁵.

Non a caso, l'introduzione del g.i.p., quale simbolo della separazione dei ruoli, era stato il riflesso della separazione funzionale delle fasi¹⁶⁶: espunta, difatti, ogni contaminazione tra investigazione e giurisdizione¹⁶⁷, l'indagine preliminare è stata impegnata nella costruzione del fatto e la successiva istruzione dibattimentale nella sua rappresentazione. Oggi però – alla stregua della ragionevole previsione di condanna – non pare che l'atto d'indagine si ponga in funzione servente l'agire.

Più facilmente, un giudizio [...] a «lunga gittata», come quello vagheggiato all'art. 115 del progetto preliminare¹⁶⁸ e cristallizzato oggi all'art. 408 Cpp comporta una «spersonalizzazione» del ruolo di parte del p.m. funzionalmente trasmutato in quello di giudice¹⁶⁹.

Certamente l'atteggiamento non deve essere quello di rassegnato abbandono, ma, piuttosto, consapevoli che la subalternità del giudicante rispetto al magistrato inquirente null'altro rappresenti se non il retaggio dell'odio teologico¹⁷⁰ nutrito nei confronti del famigerato giudice istruttore, dovremmo contribuire a un ripensamento – culturale, anzitutto – dei rapporti di forza della fase più delicata di tutto il procedimento¹⁷¹. Non pare, infatti, che in una fase che ha acquisito “*nuances istruttorie*”¹⁷² possa essere più tollerata l'assenza di un solido presidio giurisdizionale a garantire la (tendenziale) parità delle parti¹⁷³.

Solo allora si potrà sperare di ottenere – *melius re perpensa* – la definizione del ruolo dei soggetti coinvolti: p.m. organo controllato, g.i.p. organo controllore.

¹⁶⁵ E. De Lalla, *Idee per un «completamento istruttorio» del giudice nelle indagini preliminari*, in RIDPP 1994, 68.

¹⁶⁶ L'introduzione del g.i.p. «costituisce l'espressione di maggior discontinuità con il passato sistema» (F. Alonzi, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Milano 2011, I).

¹⁶⁷ M. Chiavario, voce *Codice di procedura penale*, Dig. disc. pen., vol. II, Torino 1988, 261 ss.

¹⁶⁸ L'art. 115 progetto preliminare delle norme di attuazione e di coordinamento imponeva al titolare dell'azione penale di chiedere l'archiviazione nel caso i cui «gli elementi raccolti non fossero risultati sufficienti ai fini della condanna dell'imputato». Cfr. E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri pre-dibattimentali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25.1.2022, 13-14.

¹⁶⁹ V. Grevi, *Archiviazione per “inidoneità probatoria” ed obbligatorietà dell'azione penale*, in RIDPP 1990, 1294.

¹⁷⁰ M. Pisani, “*Italian style*”: *figure e forme del nuovo processo penale*, Padova 1998, 95 ss. in G. Di Chiara, *op. cit.*, 246.

¹⁷¹ La stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto che «un sistema imperniato sul controllo esterno da parte del giudice» è da considerarsi «più realmente rispondente alle esigenze di una reale democrazia e di un effettivo controllo sull'esercizio dei pubblici poteri e, quindi, di un rispetto sostanziale e non solo formale del principio di obbligatorietà dell'azione penale». C. cost. n. 88/1991, § 4 *Considerato in diritto*.

¹⁷² F. Cordero, *La sentenza Andreotti e i mali della giustizia*, in LR 2002, 12. Il rischio è che la fase dibattimentale si svuoti di contenuto e ritorni a svolgere «il ruolo di monotono rituale di letture degli atti formati in sede istruttoria». M. Boschi, *Dal vecchio al nuovo processo penale*, in FI 1974, 206.

¹⁷³ F. Caprioli, *L'archiviazione*, cit., 518. Tuttavia, anche ai livelli più alti della giurisdizione si ravvisano grossolanità preoccupanti; il riferimento è ad una sentenza della Corte di Cassazione nella quale vengono comparate due consulenze tecniche extraperitali: l'una del difensore, l'altra del p.m. La conclusione cui si perviene è che, indipendentemente dai contenuti, dal merito scientifico, dalle metodologie privilegiate, le valutazioni introdotte dal consulente del titolare della domanda penale debbano prevalere su quelle invece asserite dalla difesa, in ragione della provenienza dell'investitura. Si tratta – com'è chiaro – di una distorsione sistematica rispetto a quelli che sono gli aspetti elementari della procedura penale moderna, considerando, per l'appunto, che di detta superiorità non si trova nessuna traccia all'interno degli artt. 230 e 233 Cpp. V. R. Kistoris, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*, nota a Cass. 18.2.2020 n. 16458, in www.sistemapenale.it, 28.9.2020; C. Bonzano definisce la decisione «perversa». *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all'efficientismo emergenziale*, in DPP 2020, 1413.

RISULTATI ATTESI ED EFFETTI INDESIDERATI DELLA “AUTOREGOLAZIONE REGOLATA” IN MATERIA PENALE (*)

di Davide Bianchi (*Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Torino*)

Il contributo affronta il tema dell'autoregolazione privata “preordinata” dallo Stato alla prevenzione dei reati, secondo una chiave di lettura pragmatica e per così dire “effettuale”. Si analizzano infatti, in primo luogo, i “risultati attesi” dal legislatore penale da questa peculiare forma di condivisione della funzione di prevenzione criminale e i meccanismi tramite i quali tale prevenzione partecipata dai privati dovrebbe svolgersi e produrre i suoi frutti in termini di riduzione dei tassi di criminalità. In secondo luogo, si indagano gli “effetti indesiderati” di questa *partnership* pubblico-privato, ossia gli *outputs* negativi inintenzionali e solitamente nemmeno previsti da decisore pubblico, i quali vanno ad incidere sia su di un piano socio-economico più generale sia, in via diretta, sulle stesse istanze politico-criminali e sul sistema giuridico-penale. Si tratta di effetti collaterali numerosi ed eterogenei, risultato di dinamiche distorsive talvolta manifeste ma spesso sotterranee, che occorre sviscerare e gestire se si vuol garantire la funzionalità della co-regolazione in materia penale e la sua coerenza con i principi fondamentali dell'ordinamento.

The paper addresses the issue of regulated self-regulation in criminal matter, i.e. self-regulation "directed" by the state to the crime prevention, according to a pragmatic and "result-oriented" viewpoint. Indeed, the paper analyses, firstly, the “expected results” of this peculiar form of sharing the crime prevention function and the mechanisms through which such “shared” crime prevention should take place and achieve its goals. Secondly, the paper investigates the “undesirable effects” of this public-private partnership, i.e. the negative unintentional (usually not even foreseen by public decision-makers) outputs which can affect the general socio-economic structures as well the criminal justice system. These are numerous and heterogeneous side effects, the result of sometimes overt but often subterranean distorting dynamics, which should be dissected and managed in order to ensure functioning of co-regulation in criminal matters and its consistency with the fundamental principles of the legal system.

SOMMARIO: 1. Autoregolamento di confini. 2. I risultati attesi. 3. Gli effetti indesiderati. 3.1. Effetti a livello generale. 3.2. Effetti a livello penalistico. 3.2.1. Il rischio *scapegoating*. 3.2.2. Il rischio *decoupling*. 3.2.3. Eticismo, *rationalization processes* e impoverimento etico-sociale.

1. S'impone immediatamente un'esigenza di delimitazione e chiarificazione del campo d'indagine. La c.d. autoregolazione regolata, sommariamente identificabile come quella dimensione del – vastissimo e articolatissimo – fenomeno autonormativo che abbraccia le molteplici forme di autonormazione che sono variamente condizionate, indirizzate ma al tempo stesso riconosciute dall'ordinamento statuale, presenta plurimi e complessi rapporti con il diritto punitivo, ivi incluso quello *stricto sensu* penale¹.

(*) Il presente contributo, con minime variazioni, è destinato alla pubblicazione nel volume collettaneo che raccoglie gli Atti del Convegno “Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione”, tenutosi presso l'Università degli Studi della Tuscia il 26 maggio 2023. Si ringraziano i Curatori, Martina Galli e Nicola Recchia, per aver consentito di anticiparne la pubblicazione in *questa Rivista*.

¹ La letteratura sul tema è altrettanto ampia; limitandoci ad un campione meramente esemplificativo della dottrina che ha studiato i rapporti tra autoregolazione e diritto punitivo: I. Ayres-J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending the Regulation Debate*, Oxford 1992; J. Braithwaite-B. Fisse, *Self-Regulation and the Control of Corporate Crime*, in *Private Policing*, a cura di C. Shearing-P. Stenning, Newbury Park-Beverly Hills-Londra-Nuova Delhi 1987, 221 ss.; F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e “agency problems”*. *I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in

In questa sede ci limiteremo ad osservare in chiave (auspicabilmente) realistica e pragmatica i “risultati attesi” – gli *outputs* positivi divisati dal legislatore – e gli “effetti indesiderati” – gli *outputs* negativi più o meno previsti e prevedibili ma comunque non cercati dal legislatore – derivanti da un tipo ben preciso di autonormazione intersecante l’ordinamento punitivo pubblico, ossia l’autoregolazione delle imprese preordinata dallo Stato alla prevenzione dei reati, a mezzo di norme esse stesse punitive. Si tratta di un fenomeno peculiare, che pare caratterizzare l’evo post-moderno in discontinuità con quello precedente: Stati-nazione, vieppiù infraliti nelle loro capacità cognitive ed economiche, coinvolgono gli enti privati nell’espletamento di una funzione a lungo monopolizzata dai primi, la prevenzione (e repressione) criminale². La leva di tale coinvolgimento è il medesimo diritto penale: l’atteggiamento “renitente” delle organizzazioni private, pur in varia guisa a seconda e dell’ordinamento nazionale e del settore ordinamentale, trova comunque un sanzionamento da parte delle norme punitive pubblicistiche, come ad esempio in tutti i sistemi in cui l’omessa autoregolazione dell’ente collettivo (preventiva o reattiva che sia rispetto al fatto-reato) comporta conseguenze giuridiche negative per l’ente omettente (o conseguenze giuridiche positive per quello adempiente) inscrivibili nella *matière pénale*.

Proprio per la (relativa) novità del fenomeno e per la sua palmare problematicità conviene concentrare l’attenzione su di esso.

2. Il risultato finale atteso dal legislatore penale è che il suo *partner* privato dispieghi un’attività autoregolativa efficace nella riduzione dei tassi di criminalità *lato sensu* economica: grazie all’autonormazione delle imprese “stimolata” dalla legge penale dovrebbero diminuire i reati commessi da membri delle stesse imprese nell’interesse (anche) di queste ultime.

L’ente collettivo privato, cioè, dovrebbe riuscire a indirizzare i fattori “corporativi” – organizzazione, politica e cultura d’impresa – che di per sé possono risultare criminogeni in senso diametralmente opposto, ossia nel senso della tutela della legalità. L’ente è chiamato a plasmare la propria struttura, i propri processi, le proprie prassi, il proprio codice valoriale, ad autoregolarsi appunto, in modo tale

Riv. it. dir. proc. pen. 2017, 945 ss.; M. Colacurci, *L’illecito “riparato” dell’ente*, Torino 2023, *passim*; G. De Francesco, *Uno sguardo fugace sulla c.d. autonormazione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17.4.2023; V. Mongillo, *La privatizzazione delle fonti: criteri di autonormazione e di autocontrollo*, in *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, a cura di A. Gargani, Torino 2021, 49 ss.; A. Nieto Martín, *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*, in *Política Criminal* 2008, 1 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.lgs. n. 231/2001)*, parte I, in *Cass. pen.* 2013, 376 ss.; Id., *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.lgs. n. 231/2001)*, parte II, in *Cass. pen.* 2013, 842 ss.; Id., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 261 ss.; Id., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero-S. Moccia-G. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Risicato, Napoli 2016, 117 ss.; U. Sieber, *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*, in *El derecho penal económico en la era compliance*, a cura di L. Arroyo Zapatero-A. Nieto Martín, Valencia 2013, 63 ss.; S.B. Taverri, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 1931 ss.; Id., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell’autonormazione nelle pieghe dell’ordinamento penale statale*, in *DisCrimen*, 15.6.2022; V. Torre, *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale. Un’analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell’esercizio dell’attività di impresa*, Bologna 2013; F. Venturi, *Per una balistica regolatoria dell’autonormazione in materia penale*, in *DisCrimen*, 17.10.2022, nonché, volendo, D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale*, Torino 2021.

² F. Centonze, *op. cit.*, 949 ss., ricostruisce tale interazione pubblico-privato come «una relazione di agenzia nella quale un soggetto (il “principal”) ingaggia un altro soggetto (l’“agent”), al quale delega poteri decisionali per eseguire un compito nel proprio interesse [...] lo Stato incarna il ruolo del *principal* che arruola le organizzazioni private (i suoi *agents*) per lo svolgimento di attività di prevenzione dell’illecito economico». Laddove il legislatore penale coinvolga intenzionalmente ed esplicitamente le imprese nel contrasto di comportamenti penalmente rilevanti (quali gli illeciti-presupposto della responsabilità punitiva degli enti), tale interazione può esser vista come una “delega penale propria”; sia consentito il rinvio a D. Bianchi, *op. cit.*, 276 ss.

da minimizzare i rischi d'infrazione legale e, in particolare, di violazione delle norme penali dirette in prima battuta ai propri partecipi in carne ed ossa.

Più precisamente, l'ente privato può cooperare alla missione di contrasto al crimine approntando meccanismi o "anticipatori" o "concomitanti" rispetto all'attivazione della funzione preventiva dei precetti penali statali e alla concreta azione repressiva degli organi statali.

In primo luogo, infatti, sotto il profilo "anticipatorio", l'ente, sfruttando le proprie capacità d'auto-analisi, dovrebbe individuare gli snodi operativi e gli apparati organizzativi maggiormente esposti al rischio-reato e, conseguentemente, normarli e controllarli in maniera tale da ridurre "alla fonte" le occasioni di *misconduct*. Si tratta di irregimentare e vigilare e talora di escludere, vietare del tutto – con annesso corredo sanzionatorio – singoli atti o intere attività che, a seguito di un rigoroso *risk assessment*, sono risultate un potenziale innesco di dinamiche criminose. Ad esempio, una certa impresa potrebbe proibire *tout court* l'uso del contante nelle proprie transazioni commerciali, avendo rilevato il rischio che, a prescindere dall'osservanza del limite legale, il maneggio della cartamoneta possa favorire irregolarità nelle scritture contabili e quindi illeciti fiscali o addirittura la costituzione di fondi neri funzionali alla realizzazione di svariati reati. Ancora, potrebbe esser completamente dismessa l'attività di conferimento dei propri rifiuti a impianti di smaltimento o recupero situati fuori dall'Unione europea, così da eliminare in radice i rischi legati alla difficoltà di comprendere e applicare la normativa estera e di verificare identità e titoli abilitativi delle controparti contrattuali. In tali casi l'impresa va ad escludere o comunque a disciplinare situazioni di rischio "indiretto" che chiaramente lo Stato non può fare oggetto di divieti penalmente sanzionati³. In altri termini, si chiede all'ordinamento privato di intervenire su aree di rischio-reato dove non si riscontrano fattori di pericolo concreto, ben lontane da qualsiasi inizio di esecuzione di condotte delittuose e come tali insuscettibili di un controllo penale pubblico "diretto" e appunto affidate all'autonormazione dei *particulares*⁴.

In secondo luogo, l'autoregolazione dell'ente privato può andare a compenetrare la stessa funzione preventiva delle norme penali statali e può perfino combinarsi all'attività di accertamento e punizione dei reati condotta dall'Autorità giudiziaria. L'impresa ben può esser richiesta di monitorare l'operato del proprio personale (ed eventualmente dei propri *partners* commerciali) al fine di intercettare eventuali condotte direttamente integranti fattispecie criminose e, una volta scoperto il reato, essa è solitamente chiamata ad attivare i propri meccanismi sanzionatori autonormati – essenzialmente, le sanzioni disciplinari nei confronti dei propri dipendenti e le sanzioni negoziali nei confronti di professionisti o altri enti ad essa legati contrattualmente – che quindi vanno ad aggiungersi alla punizione statale. Ma, secondo una tendenza che pare sempre più affermarsi anche al di qua dell'Atlantico, all'impresa può esser richiesta una vera e propria collaborazione giudiziaria, sia nel senso della cooperazione all'attività inquirente tramite l'espletamento e la condivisione delle investigazioni interne, così da arricchire il paniere probatorio dell'Autorità giudiziaria con elementi di prova a carico dei singoli *wrongdoers* (intranei all'ente o a questo legati da contratti di durata), sia nel senso della veicolazione di una *notitia criminis* non ancora pervenuta alle pubbliche istituzioni, la quale, ove abbia ad oggetto reati suscettivi di generare una responsabilità punitiva dell'impresa stessa, equivale ad una auto-denuncia. In tal modo l'autoregolazione privata sembra incrementare significativamente l'efficacia preventiva e repressiva del sistema penale statale: per un verso, in prospettiva *ex ante*, la funzione di prevenzione criminale risulta potenziata dall'aumento del "rischio

³ Quest'ottica prevenzionistica è fatta propria, ad esempio, dal d.lgs. n. 231/2001; v., *ex multis*, C.E. Paliero-C- Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. soc. enti* 2006, 167 ss.; M. Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 160 ss.; A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Torino 2020, 244 s. e 250 ss.; V. Mongillo, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in *Cass. pen.* 2023, 704 ss.; R. Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi*, Torino 2022, 113 s.

⁴ Sia consentito il rinvio a D. Bianchi, *op. cit.*, 313 ss., in particolare 316.

penale” (il rischio di subire conseguenze punitive) per i singoli potenziali trasgressori; per altro verso, a reato ormai avvenuto, la reazione punitiva pubblica, potendo contare sul supporto privato, risulta più agevole, tempestiva, incisiva. Infatti, l’allestimento di apparati di monitoraggio e di sanzionamento autonormati, coniugati con l’apparato repressivo statale, va ad aumentare entrambe le grandezze-base del suddetto “rischio penale”: da un lato, gli strumenti di *detection* aziendali accrescono le probabilità di emersione dell’illecito e dunque di punizione; dall’altro, aumentano anche la magnitudo del rischio aggiungendo alla risposta punitiva pubblica quella privata (disciplinare o contrattuale)⁵. Chiaramente, poi, l’effettivo funzionamento di tali apparati di monitoraggio e sanzionamento autoregolati – in connessione all’azione repressiva statale – è indispensabile per concretizzare il “rischio penale” a carico dei singoli rei, confermando l’istanza preventiva tramite la persecuzione della singola violazione della norma penale.

In terzo luogo, sia in chiave “anticipatoria” che “concomitante”, l’ordinamento autonormato può assumere un ruolo pedagogico, funzionale in definitiva alla prevenzione di tipo positivo. Infatti, sia tramite strumenti “coattivi” (come i meccanismi sanzionatori disciplinari) sia tramite strumenti “persuasivi” (come possono essere certi eventi formativi), l’impresa può contribuire all’accreditamento presso i propri *shareholders* e *stakeholders* interni (ma eventualmente anche presso clienti e fornitori) sia degli stessi valori sottesi alle norme punitive pubbliche rispetto alle quali l’autoregolazione risulta sinergica, sia di valori per così dire “prodromici” a questi ultimi, esorbitanti dal fuoco della tutela penale ma idonei a costituire una barriera etico-culturale alle condotte propriamente criminose⁶. In prospettiva “concomitante”, appare evidente che l’assunzione da parte dell’impresa di un ruolo totalmente “collaborativo” con la pubblica autorità nella scoperta, prova e punizione di certi illeciti ha un’efficacia anche “comunicativa”: l’impresa si mostra schierata a difesa degli interessi tutelati dalla legge, li riconosce e li fa propri agli occhi dei propri partecipi e dei propri *partners*. In prospettiva “anticipatoria”, invece, l’impresa può aderire a standard etici elevati, di per sé non pretesi dalla normativa pubblicistica, nel tentativo di plasmare una *corporate culture* che è nettamente orientata al rispetto degli interessi extra-societari e rifiuta categoricamente ogni mezzo illecito nel perseguimento dello scopo sociale; fa qui capolino il tema della responsabilità sociale

⁵ Cfr. J. Arlen-R. Kraakman, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, in *New York University Law Review* 1997, 692 ss.; H. First, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, in *North Carolina Law Review* 2010, 25 ss.; J. Arlen, *Economic Analysis of Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, in *Research Handbook on Criminal Law*, a cura di A. Harel-K.N. Hylton, Northampton 2012, 147 ss.; J. Arlen-S.W. Buell, *L’importanza della regolamentazione delle indagini interne nella giustizia negoziata degli enti*, in *Internal Investigations*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Torino 2021, 4 ss.; v. anche U. Sieber, *Programas de compliance*, cit., 96 s. Nella dottrina italiana il modello “collaborativo” è meno esplorato, visto che il nostro sistema è essenzialmente informato al paradigma prevenzionistico, anche se non mancano elementi del primo, come la circostanza attenuante ad effetto speciale introdotta al comma 5 bis dell’art. 25 d.lgs. n. 231/2001 dalla l. n. 3/2019; si vedano gli studi comparatistici di V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 374 ss.; F. Centonze, *op. cit.*, specialmente 950 ss.; Fed. Mazzacuva, *L’ente premiato*, Torino 2020, 161 ss. e 291 ss.

⁶ Negli Stati Uniti la dimensione etico-culturale della prevenzione criminale mediante autoregolazione è ritenuta fondamentale: basti il richiamo del *Memorandum* stilato dal *Deputy Attorney General* Lisa Monaco nel settembre 2022 (d’ora in poi *Monaco Memo*), ove viene riconfermato come primario elemento di valutazione «*the corporation's commitment to fostering a strong culture of compliance at all levels of the corporation*» (p. 9). L’aspetto etico-culturale è parimenti fondamentale nella visione delle autorità inquirenti spagnole: la *Circular de la Fiscalía General del Estado* n. 1/2016 individua quale obiettivo fondamentale del Modello organizzativo la promozione di «*una verdadera cultura ética empresarial*» (punto 5.1 ss.); visione che trova un riflesso anche nel peso attribuito dalla UNE 19601 : 2017 al “*Liderazgo y compromiso*”, alla “*Política de compliance penal*” e alla “*Cultura de compliance*”. Nella dottrina italiana cfr., tra gli altri, M. Colacurci, *op. cit.*, 79 ss.; O. Di Giovine, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Torino 2020, 210 s.; G. Morgante, *Criminal law and Risk Management: From Tradition to Innovation*, in *Global Jurist* 2016, 329; nonché Fed. Mazzacuva, *op. cit.*, 214, che rileva criticamente la radicata tendenza «eticizzante» del sistema di responsabilità penale corporativa statunitense (in particolare dei meccanismi di *diversion*). V. anche *infra*, par. 3.2.3.

d'impresa⁷, che, al di là delle sue eventuali ricadute civilistiche, potrebbe esser vista come un grande ingranaggio dei meccanismi culturali aziendali che possono fungere da schermo molto anticipato rispetto a forme di devianza propriamente criminale.

In definitiva, almeno da un'angolatura funzionalistica, questa preordinazione dell'autoregolazione alla prevenzione dei reati appare del tutto giustificata, specie in riferimento alle *large corporations*: essendo di per sé scarsamente decifrabili dall'esterno, pare perfettamente logico chiedere che si auto-analizzino, si auto-disciplinino e collaborino con le autorità statali; essendo spesso distribuite in vari Paesi e potendo influenzare vaste catene di fornitura, la loro cooperazione nella lotta al crimine consente di estendere – pur indirettamente – il raggio d'azione dei sistemi penali nazionali; potendo contare su imponenti mezzi finanziari, possono assorbire i costi di progettazione, implementazione, manutenzione e aggiornamento di complessi sistemi di *compliance* anti-reato. Ma, restando in un'ottica statalistica, le ragioni pragmatiche esposte nella trattazione dei meccanismi autoregolativi “anticipatori” e “concomitanti” rispetto alla prevenzione criminale statuale valgono pure per le medie e piccole imprese: seppur con un'efficacia minore, anch'esse possono individuare e contenere i rischi-reato in esse allignanti, anch'esse possono corroborare la forza intimidativa ed educativa delle norme penali, monitorando l'operato dei propri membri, sanzionando le condotte illecite, collaborando con le autorità pubbliche⁸.

3. Dietro tale ventaglio di effetti vantaggiosi conseguibili tramite l'autoregolazione funzionalizzata alla prevenzione criminale, si nascondono però numerosi effetti collaterali, tutt'altro che positivi. Tali ultimi effetti sembrano dispiegarsi su più piani: per comodità d'esposizione si distingueranno anzitutto un livello “generale”, non direttamente connesso alla “questione criminale”, e un livello invece “penalistico”, attinente ai meccanismi di funzionamento del sistema penale e ai presidi garantistici che lo connotano; all'interno dei due piani, affatto irrelati, risulterà poi utile leggere i vari *side effects* alla luce della distinzione enucleata da Martina Galli tra «effetti disfunzionali» ed «effetti indesiderabili»⁹.

3.1. È banale rilevare che la richiesta – connessa ad una responsabilità di carattere punitivo – agli enti collettivi privati di autoregolarsi per scopi *per se* estranei ai loro fini istituzionali, quali sono la prevenzione e la repressione dei reati, ha come primo necessario tangibile effetto quello di incrementare il numero di norme circolanti all'interno del “sistema-impresa”. L'autoregolazione, specie quella derivante da questa peculiare alleanza nel contrasto al crimine, si esprime necessariamente e primariamente in norme, sostanziali o procedurali, tassative o vaghe, organizzatorie o sanzionatorie, ma comunque norme, per lo più debitamente formalizzate così da poter dimostrare al *partner* pubblico che il compito da questo assegnato è stato svolto. È un effetto questo ovviamente voluto, essendo consustanziale alla stessa prevenzione criminale tramite strumenti

⁷ Ormai ampiamente arato anche dalla dottrina giuridica italiana: v., per tutti, G. Bevivino, *La responsabilità sociale delle imprese*, Napoli 2018; F. Denozza-A. Stabilini, *The Shortcomings of Voluntary Conceptions of CSR*, in *Orizzonti di diritto commerciale* 2013, 1 ss.; S. Rossi, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, ivi 2021, 99 ss.

⁸ Cfr. V. Mongillo, *Ai confini della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001: la sfida della compliance penale negli enti imprenditoriali di piccole dimensioni*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5.7.2023, che, nell'espone le ragioni per cui è opportuno mantenere la responsabilità da reato delle PMI e i modi con cui queste possono adempiere all'onere autoregolativo, evidenzia la loro capacità di costruire una *corporate culture* coerente con l'obiettivo di prevenzione criminale: «poiché la sorgente della cultura etica e della *compliance* risiede nella persona fisica al vertice, questa per certi aspetti può sprigionare una capacità di plasmare i comportamenti dei dipendenti ancora più incisiva, data la prossimità tra la *leadership* e l'operatività di base. Ciò può anche compensare la mancanza di strumenti di vigilanza più complessi e di livelli di controllo diversificati» (p. 30).

⁹ I primi minano la stessa funzionalità delle norme penali, i secondi impattano su interessi diversi da quelli alla cui protezione sono protese in via diretta le norme penali: M. Galli, *Gli effetti collaterali del diritto penale: panoramica e concettualizzazione*, in Aa. Vv., *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, a cura di M. Galli-N. Recchia, Napoli, in corso di pubblicazione (Atti del citato Convegno viterbese del 26.5.23).

autonormativi, tuttavia appaiono inintenzionali e indesiderabili¹⁰ le ripercussioni di tale incremento della produzione normativa dovute alle “circostanze ambientali”.

Bisogna infatti considerare che l'età contemporanea è segnata da una inarrestabile pandemia normativa, una *nomodemia* si potrebbe definirla: come è palese la c.d. infodemia, il profluvio incessante di informazioni da cui siamo quotidianamente investiti, senza reali possibilità di discernimento, organizzazione, assorbimento delle informazioni stesse, parimenti risulta evidente il profluvio incessante di norme, sgorganti dalle fonti più disparate e caoticamente filtranti in ogni dimensione della vita sociale, con un effetto finale di spaesamento esattamente antitetico alla finalità ordinante del diritto¹¹. In questi tempi d'inflazione normativa, dunque, l'incremento della produzione giuridica sembra comportare un rischio di (ulteriore) disorientamento dei consociati, a cui non è affatto estranea la produzione di tipo autonormativo, soprattutto se, come nel nostro caso, si tratta di autonormazione con «funzione additiva» (e non «suppletiva») rispetto alla legislazione statale, la quale cioè si aggiunge e si intreccia a quest'ultima, senza sostituirla¹². Seppur su di un livello non esclusivamente penalistico, questo effetto d'incremento del caos normativo, derivante dal continuo sovrapporsi e mescolarsi di norme sempre meno intelleggibili nella loro portata e nel loro rango (e non di rado nei loro stessi contenuti), appare non semplicemente «indesiderabile» ma addirittura «disfunzionale», proprio perché si pone in antitesi con la funzione tipica, basilare del giuridico: ordinare secondo ragione i rapporti sociali. Si noti peraltro che, con precipuo riferimento all'autonormazione in materia penale, il rischio di affastellamento, se non di vero e proprio conflitto, tra norme non si limita ai rapporti tra principi e precetti dell'ordinamento “generale”¹³, da un lato, e regole autonormate, dall'altro, ma si estende anche ai rapporti tra regole tutte autonormate ma fomentate da differenti plessi normativi dell'ordinamento “generale” scarsamente coordinati e spesso incongruenti tra loro. Le tensioni e frizioni interne all'ordinamento “generale”, cioè, vengono scaricate all'interno degli ordinamenti “particolari” a mezzo delle deleghe autonormative agli enti privati, cosicché questi ultimi corrono il serio rischio di produrre norme contraddittorie tra loro, generando confusione al proprio interno, ed altresì poco congruenti con le stesse norme statuali da cui proviene l'incentivo o il comando all'autoregolazione, data appunto l'ambiguità e incoerenza di tali norme statuali. Ci sembra di poter ravvisare un esempio di tale dinamica “nomodemica” nel (non)rapporto tra *data compliance* e *criminal compliance*: la normativa in materia di riservatezza e il sistema di responsabilità corporativa da reato presentano una tensione di fondo derivante dalla loro netta divaricazione teleologica, poiché la prima mira a proceduralizzare, limitare, ostendere il trattamento dei dati personali e in taluni casi a vietarlo *tout court*, mentre il secondo chiede agli enti collettivi di raccogliere e analizzare grandi quantità di dati (anche personali) al fine di identificare, misurare e minimizzare i rischi-reato e di captare e sanzionare le condotte illecite; a ciò si unisce, almeno in Italia, una forte incertezza sui rapporti tra l'una e l'altra normativa (e sui loro stessi contenuti) e, soprattutto, su come debbano essere effettivamente configurati e articolati i prodotti autoregolativi richiesti agli enti privati per adempiere all'una e all'altra¹⁴. Sembra che alla fine la

¹⁰ V. ancora M. Galli, *Gli effetti collaterali del diritto penale*, cit.

¹¹ In fondo le norme sono informazioni presidiate da sanzioni (esplicite o implicite, obbligatorie o discrezionali, punitive o ripristinatorie) e la nomodemia potrebbe esser considerata parte della più generale infodemia e dunque concorrente a quella «entropia informativa» che «con la sua rapidissima crescita [alfine] ci scaraventa in una società post-fattuale che pialla la differenziazione tra vero e falso» (B.-C. Han, *Le non cose*, trad. it. a cura di S. Aglan-Buttazzi, Torino 2022, 11) e, con specifico riferimento alla sfera giuridica, tra lecito e illecito.

¹² Per la distinzione delle due forme di «autonormazione ausiliaria al diritto penale» v. S.B. Taveriti, *Che cosa genera il sonno del Leviatano?*, cit., 36 s.; sul tema v. anche F. Venturi, *Per una balistica regolatoria*, cit., 21 s.

¹³ Quello statuale, che può ancora definirsi tale per la generalità dei suoi fini.

¹⁴ Si pensi al delicato profilo della raccolta di dati giudiziari di lavoratori e fornitori, la quale s'imbatte in severe limitazioni derivanti dal vigente Codice della *privacy* ma è indispensabile per effettuare una adeguata selezione – anzitutto in termini di prevenzione del rischio-reato – dei soggetti da inserire nella propria compagine organizzativa o con cui stringere rapporti contrattuali duraturi; v. sul punto V. Ferrante, *Controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa e rispetto della privacy dei lavoratori*, in *Internal Investigations*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Torino 2021, 236 ss.

coperta autonormativa sia destinata ad essere sempre troppo corta, poiché l'efficacia dell'autocontrollo penale pare scarsamente compatibile con la piena implementazione delle misure di sicurezza a garanzia della *privacy*, così che l'investimento autonormativo sul primo sarà suscettibile di censure da parte delle agenzie preposte alla tutela dei dati personali (*in primis* il Garante) e, viceversa, l'investimento sulle seconde esporrà l'ente al rischio di valutazioni negative sull'adeguatezza delle misure di prevenzione del rischio-reato (*in primis* da parte della Procura della Repubblica in caso di emersione di un reato-presupposto).

La proliferazione incontrollata delle regole autonormate comporta inoltre seri rischi di "burocratizzazione", con specifici effetti negativi in relazione agli enti economici. Da un lato, nell'assoggettare l'attività d'impresa a vincoli ulteriori a quelli legali e in definitiva fondati su logiche iper-cautelative¹⁵, possono ridursi irragionevolmente non solo le possibilità di profitto ma anche le capacità dell'organizzazione di reagire di fronte alla complessità e alla novità¹⁶. Dall'altro lato, l'appesantimento burocratico, specie se corredato da misure di carattere punitivo (come le sanzioni disciplinari), rischia di inaridire e sfilacciare i rapporti sociali all'interno dell'organizzazione (e tra organizzazioni, laddove si tratti di congegni regolativi di tipo negoziale) con conseguenze esiziali non solo sulla qualità degli ambienti lavorativi e sulla produttività del personale ma anche sulla stessa efficacia preventiva dei sistemi di *compliance*, come vedremo meglio nel prossimo paragrafo. Insomma, non è così peregrino il rischio di imbrigliare l'impresa in vetusti schemi fordisti, peraltro piegati ad obiettivi di politica criminale (di per sé alieni allo scopo "esistenziale" dell'impresa: produrre ricchezza)¹⁷, con l'effetto ultimo di snaturare l'organizzazione privata e di minarne la capacità di abitare la contemporaneità¹⁸. Tali effetti collaterali, ricadenti sull'economicità e sulla natura stessa dell'attività aziendale, almeno in prima battuta, sono ascrivibili alla categoria degli effetti «indesiderabili» ma, come vedremo più avanti, si riconnettono ad effetti ulteriori che risultano propriamente «disfunzionali» in relazione alle stesse finalità del legislatore penale.

Non mancano poi possibili effetti collaterali sul piano economico "generale": al di là dell'ovvia possibilità di uno scarico dei costi dell'autonormazione su utenti e consumatori, affiora pure un duplice rischio di distorsione della concorrenza. Da un lato, le imprese "diligenti", ossia quelle che si sono effettivamente impegnate nell'attività autoregolativa, potrebbero essere pesantemente sfavorite rispetto agli immancabili *free riders*, ossia le imprese che decidono di disinteressarsi completamente del compito autoregolativo affidatogli dallo Stato (cosa ben possibile laddove l'elaborazione e attuazione del sistema di *criminal compliance* sia un mero onere) o che lo assolvono solo in apparenza

Non è certo un caso che il citato *Monaco Memo* velatamente suggerisca alle imprese che vogliano collaborare con le autorità statunitensi di "aggrare" (senza incorrere in violazioni frontali) le normative straniere in materia di riservatezza: «*the cooperating corporation bears the burden of establishing the existence of any restriction on production and of identifying reasonable alternatives to provide the requested facts and evidence*» (p. 8).

¹⁵ V. gli strumenti di autoregolazione "anticipatoria" di cui al par. 2.

¹⁶ V. F. Centonze, *op. cit.*, 971 ss., il quale sottolinea, accanto ai «costi monetari diretti» della *compliance*, i «mancati guadagni» implicati dai vincoli autonormati all'attività d'impresa, cui si aggiungono «i costi (poco visibili) relativi all'incertezza della normativa di riferimento», come ad esempio quelli derivanti dall'incessante ricorso a pareri legali nel tentativo di superare i dubbi interpretativi e così minimizzare il rischio di subire azioni giudiziarie.

¹⁷ M. Catino-S. Rocchi-L. Verzelli, *L'impatto del D.lgs. 231/2001 sul sistema concreto d'azione delle imprese italiane*, 2022, in www.cnpds.it, 58 s., rilevano che «gli operatori che svolgono la loro attività in un'impresa fortemente gerarchizzata e in cui le procedure sono altamente standardizzate saranno più facilmente controllabili [...] Viceversa, nelle aziende in cui gli operatori non sono né sottoposti a rigidi vincoli gerarchici né tenuti a seguire delle procedure standardizzate potrebbero esserci zone d'ombra» che facilitano la concretizzazione del rischio-reato.

¹⁸ Basti il richiamo di E. Rullani, *La conoscenza e l'organizzazione. Promesse e minacce dei sistemi incompiuti*, in *Rassegna italiana di sociologia* 2010, 305 ss.: nel mondo post-fordista «Non ci sono più forme organizzative "ottimali", ma un percorso a zig zag che si muove sull'«orlo del caos» [...] esponendo l'esperienza fatta a eventi ed idee emergenti, non previste e non programmate in anticipo, in modo da stimolare la sperimentazione del nuovo, ma evitando, al tempo stesso, di «cadere nel caos»»; dalle nebbie della pre-modernità riaffiora «un concetto dualistico di organizzazione, che intreccia replicazione e creazione» sotto la spinta di una «intelligenza fluida».

(è il classicissimo caso della *cosmetic compliance*)¹⁹; e ciò sia perché le prime sostengono costi – diretti e indiretti – che le seconde evitano sia perché la presumibile maggiore trasparenza delle prime aumenta le possibilità di emersione di illeciti ad esse imputabili, mentre la maggiore opacità delle seconde potrebbe paradossalmente preservarle dagli accertamenti delle autorità statali. Dall’altro lato, la pretesa da parte degli Stati (o di enti sovranazionali) o delle associazioni di categoria di standard autoregolativi particolarmente elevati potrebbe essere il viatico di malcelate politiche protezionistiche, volte ad escludere dal mercato certe imprese straniere o le imprese di minori dimensioni e minori capacità finanziarie²⁰. Tali possibili effetti negativi a livello economico generale non hanno un’attinenza diretta con la funzione di *criminal prevention* e, pertanto, paiono da annoverare tra gli effetti «indesiderabili», peraltro solo eventuali.

3.2. Entrando nella “questione criminale”, risguardata sia nella sua dimensione politico-criminale sia in quella costituzionale, si rinviene una molteplicità di possibili effetti collaterali dell’autonormazione finalizzata alla prevenzione criminale, alcuni «indesiderabili» altri «disfunzionali».

3.2.1. Risalta, anzitutto, un rischio – molto concreto e ben conosciuto – legato ad una certa forma di autoregolazione in materia penale, ossia quella modellata sul paradigma “collaborativo”, il quale privilegia quelli che abbiamo chiamato meccanismi “concomitanti” alla prevenzione e repressione statutale. In taluni sistemi giuridici, di cui è esempio preclaro quello statunitense²¹, lo sforzo autoregolativo prioritariamente richiesto all’ente consiste nell’approntamento di strutture di *compliance* capaci di rilevare gli illeciti commessi dal personale dell’ente, di raccogliere prove esaurienti di questi illeciti e di sanzionarli adeguatamente. La prima funzionalità di siffatti meccanismi autoregolativi non è quella di prevenire l’insorgenza di fattori di pericolo intervenendo su aree di rischio lontane dall’avvio dell’*iter criminis*, bensì di affiancare gli organi di polizia nella captazione della notizia dei reati, nell’impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, nell’identificarne gli autori, nell’assicurare le fonti di prova, sia dichiarative che documentali; tale attività di *detection* ed *evidence collection* a supporto delle autorità inquirenti pubbliche si coniuga, a monte, ad una politica di *voluntary self-disclosure*, ossia di vera e propria auto-denuncia in assenza di una «*imminent threat of disclosure or government investigation*»²², e, a valle, all’irrogazione di «*appropriate disciplinary measures*»²³ per reprimere le violazioni riscontrate. Più precisamente, mentre la presenza e l’effettivo funzionamento di un incisivo apparato sanzionatorio autonormato è componente essenziale di ogni *compliance program* anti-reato²⁴ e dunque assume tratti di

¹⁹ Molto chiaro sul punto il Rapporto dell’O.C.S.E., *Industry Self-regulation: Role and Use in Supporting Consumer Interests*, 2015, 7 ss.

²⁰ Si veda ancora il citato Rapporto O.C.S.E., loc. cit.; v. anche V. Mongillo, *Ai confini della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., 28, che rileva un ulteriore rischio economico: il trasferimento da parte delle imprese maggiori verso i fornitori di minori dimensioni di una quota dei «costi di conformità», imponendo loro oneri organizzativi eccessivi tramite le c.d. clausole etiche.

²¹ V. *supra*, nota 5.

²² *Monaco Memo*, cit., 7.

²³ *U.S. Federal Sentencing Guidelines, Sentencing of Organizations*, § 8B2.1 (*Effective Compliance and Ethics Program*).

²⁴ Anche negli ordinamenti prevalentemente orientati in senso “prevenzionistico”, come quello italiano, dove il legislatore comunque pone quali elementi indefettibili d’un idoneo Modello d’organizzazione gestione e controllo il sistema delle sanzioni disciplinari, che è un apparato punitivo, e il sistema delle segnalazioni riservate, che di fatto è un raffinato strumento di delazione, peraltro recentemente potenziato dal d.lgs. n. 24/2023. Quest’ultimo intervento normativo, nell’imporre ad una vasta platea di enti pubblici e privati (tra cui tutti quelli che hanno adottato un Modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001) l’istituzione di canali di *whistleblowing* protetti «anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia», nel prevedere la possibilità di utilizzo – pur in via sussidiaria – di un canale di segnalazione esterno facente capo all’ANAC (e nei casi estremi la possibilità di «divulgazione pubblica») e nel definire obblighi di dar «seguito» alla segnalazione e di correlato «riscontro» al segnalante, sembra irrobustire significativamente gli elementi “collaborativi” all’interno del sistema italiano, che comunque resta animato da una *ratio* “preventiva”. Sulla riforma dei meccanismi di

doverosità²⁵, il *self-reporting* e la *full cooperation* sarebbero al più inscrivibili nella categoria dell'onere ma negli ordinamenti in cui si è deciso di puntare sul modello “collaborativo”, come appunto negli U.S.A., la facoltatività di tale collaborazione tende a sfumare in una obbligatorietà *de facto*, poiché se la *corporation* sceglie la strada dell'immobilismo, resta tagliata fuori dai percorsi giudiziari più vantaggiosi – i *non-prosecution agreements* e i *deferred prosecution agreements* per restare all'esempio americano – e va incontro a pene draconiane, potenzialmente mortifere²⁶.

Orbene, in sistemi marcatamente sbilanciati sulla “collaborazione”, è palese il rischio di *scapegoating*: se è in gioco la stessa sopravvivenza della persona giuridica, è ben possibile che questa faccia di tutto pur di servire qualche “testa” all'Autorità giudiziaria come contropartita di sanzioni tollerabili. E qui gli effetti collaterali dell’“ansia collaborativa” dell'ente collettivo si tripartiscono. Infatti, specie se vi sono lotte intestine nell'ente collettivo o se sono coinvolti negli illeciti soggetti apicali, è possibile che le *internal investigations* individuino solo una minima parte dei colpevoli o, addirittura, designino come colpevoli soggetti non responsabili (caso estremo) o marginali nella complessiva vicenda criminosa (caso maggiormente probabile); in altri termini, non è affatto escluso che le indagini aziendali costituiscano uno strumento difensivo di taluni intranei a scapito di altri²⁷.

whistleblowing (e delle tutele per il segnalante) v. A. Provera, *Il 'soffiatore di fischietto'. Considerazioni sul recepimento della direttiva sul whistleblowing*, in www.compliancehub.it; T.E. Romolotti-L. Marretta, *Whistleblowing tra 231 e privacy: prime note al D.lgs. 24/2023*, in *La resp. amm. soc. enti* 2023, 31 ss.; M. Pansarella, *Il D.lgs. 24 del 10 marzo 2023 per il recepimento della direttiva sul whistleblowing (Prima parte)*, ivi, 9 ss.; tra i contributi ante-riforma, si veda per tutti il volume collettaneo interdisciplinare Aa.Vv., *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. Della Bella-S. Zorzetto, Milano 2020.

²⁵ Almeno dove l'auto-organizzazione abbia un peso nell'attribuzione o commisurazione della responsabilità da reato dell'ente.

²⁶ Non riducibili nemmeno in sede di commisurazione giudiziale, proprio per il rifiuto della collaborazione: l'ente che abbia trovato preclusa la strada della *diversion* processuale per la mancata collaborazione, nemmeno riceverà “sconti” dal giudice penale. Le *U.S. Federal Sentencing Guidelines*, addirittura, subordinano gli effetti d'attenuazione della pena discendenti dalla previa implementazione del *Compliance program* alla tempestiva segnalazione del reato alla competente autorità governativa (§ 8C2.5, subsection f2). Peculiare il sistema argentino, che combina elementi “preventivi” ed elementi “collaborativi” subordinando la «*exención de pena*» alla triplice condizione che la persona giuridica «a) *Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna*; b) *Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado [...], con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito*; c) *Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido*» (Art. 9° della *Ley* 27401 del 2017).

In Spagna la tempestiva auto-denuncia della *infracción* alle autorità competenti e la fattiva collaborazione processuale, mediante l'apporto di prove nuove e decisive per acclarare le responsabilità discendenti dai fatti criminosi ipotizzati, sono previste come circostanze attenuanti (art. 31 *quater*, lett. a e lett. b, *Código Penal*) e sono valorizzate ben al di là del testo legislativo dalla *Fiscalía* (v. *Circular de la Fiscalía General del Estado* n. 1/2016, in particolare punto 5.6).

In Italia, come noto, al di là del già richiamato comma 5 *bis* dell'art. 25 d.lgs. n. 231/2001, non viene attribuita un'esplicita rilevanza al *self-reporting* e alla *cooperation*, tuttavia tali condotte collaborative ben possono rilevare a livello di commisurazione intra-edittale (come “circostanze improprie”) e, soprattutto, potrebbero convincere il pubblico ministero dell'opportunità di un esito archiviatorio: su questo possibile (invero non così piano) impiego “all'americana” dell'art. 58 d.lgs. n. 231/2001, v. per tutti C. Santoriello, *Conclusioni, L'importanza delle Investigazioni Interne*, in *Investigazioni interne*, a cura di E. Di Fiorino-G. Fornari, Pisa 2022, 214.

²⁷ Cfr. W.S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, Chicago 2006, 137 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., 380 s. e 489 s.; v. anche Fed. Mazzacupa, *op. cit.*, 215; K. Moosmayer, *Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales*, in *El derecho penal económico en la era compliance*, a cura di L. Arroyo Zapatero-A. Nieto Martín, Valencia 2013, 140 ss. Sul punto sembra interessante quanto affermato, in ottica “difensiva”, da N. Bigliotti, *Ragioni, finalità, team e action plan*, in *Investigazioni interne*, a cura di E. Di Fiorino-G. Fornari, Pisa 2022, 4: «Ragion d'essere (e beneficio utilitaristico) dell'attività di *internal investigations* è quella di anticipare l'organo inquirente nello svolgimento di indagini. Di evitare la propalazione dell'attività di indagine per mano della Pubblica Accusa: audizione generalizzata dei soggetti informati o sequestro ad ampio spettro della documentazione aziendale [...] Di limitare il perimetro di indagine a quello tracciato dagli originari spunti investigativi [...] Di contestualizzare ogni eventuale fatto illecito nel suo corretto bacino di responsabilità personale, impedendo ingiustificate diramazioni dell'addebito verso il vertice dell'ente».

In secondo luogo, una volta emersa la *notitia criminis*, la pressione a cui è sottoposta l'*organization* potrebbe condurre a raccogliere elementi di prova del reato in violazione di garanzie fondamentali e casomai proprio commettendo ulteriori reati (si pensi ad un accesso abusivo a sistema informatico), sicché le investigazioni interne, seppur dirette verso gli effettivi colpevoli, potrebbero rappresentare esse stesse l'occasione di ulteriori illeciti, tanto più probabili laddove le autorità pubbliche siano disposte a tollerare questi ultimi e l'ordinamento processuale sia ispirato al principio *male captum bene retentum*²⁸.

In terzo luogo, si staglia un rischio di «capro espiatorio organizzativo» trasversale all'intero paradigma «collaborativo»: quest'ultimo è proteso alla persecuzione dei singoli rei in carne ed ossa, offrendo agli enti collettivi un trattamento benevolo o comunque sopportabile in cambio del supporto nella repressione degli illeciti individuali²⁹. Tuttavia, tale concentrazione sulle responsabilità individuali e il correlativo ridimensionamento della responsabilità corporativa rischia di oscurare le matrici «olistiche» del *corporate crime* – organizzazione, politica e cultura d'impresa – e di risultare, se non propriamente criminogeno, quantomeno fortemente disfunzionale rispetto ad una delle ragioni portanti della gran parte dei sistemi di responsabilità *ex crimine* degli enti meta-individuali: attingere le dimensioni fondamentali dell'impresa pluripersonale di fronte all'insufficienza della punizione dei singoli – sostituibili – autori del reato³⁰. Certo è che al decrescere della fiducia nell'efficacia dei meccanismi «anticipatori» acquista plausibilità la scommessa sul modello «collaborativo»; occorre però esser coerenti nella configurazione del sistema.

Tra i profili di coerenza che debbono necessariamente esser tenuti in conto vi è l'efficacia delle investigazioni interne, in rapporto all'efficacia di quelle condotte dagli organi statali. Infatti, ha davvero poco senso concedere robusti sconti sanzionatori o persino l'impunità all'ente collettivo come «moneta di scambio» per un'attività accertativa d'illeciti individuali che le pubbliche autorità possono compiere in maniera maggiormente od ugualmente incisiva³¹. Se, per ragioni empiriche (scarsità di risorse umane ed economiche) o per ragioni giuridiche (oneri e divieti posti dall'ordinamento statuale a garanzia dei possibili indagati o di terzi), la capacità dell'impresa di scovare, conservare e veicolare elementi di prova risulta inferiore a quella degli organi inquirenti

²⁸ Le condotte astrattamente tipiche che vengono tollerate o giustificate in quanto forme di collaborazione *pro republica* potrebbe vedere come soggetto passivo la stessa persona giuridica. Appare ad esempio significativo che la giurisprudenza convenzionale abbia affermato che la libertà di espressione di cui all'art. 10 C.E.D.U. copre anche le ipotesi di *whistleblowing* e che, laddove l'informazione rivelata all'esterno sia veridica e d'interesse pubblico, essa prevale su eventuali norme incriminatrici della rivelazione di dati coperti da segreto professionale (tali norme incriminatrici vengono bollate come un'interferenza indebita nel godimento della libertà d'espressione): C. eur., GC, 14.2.2023, *Halet c. Lussemburgo*. Questa tutela rafforzata dei *whistleblowers* – espressa anche nel già richiamato d.lgs. n. 24/2023 – è un'altra faccia della tendenza più generale a coinvolgere i privati nel contrasto all'illegalità, anche mediante l'offerta di «regimi speciali» per chi si renda parte attiva della collaborazione con l'autorità. Tali «regimi speciali» hanno una loro logica e possono vantare fondamenti sovralegali (come esplicitato dalla Corte di Strasburgo) ma vi è appunto il rischio di una eccessiva compressione degli interessi contrapposti; sull'anonimato del segnalante e sul «testimone ad identità riservata» v. G.M. Evaristi, *Whistleblowing, tutela dell'anonimato e processo penale: tra limiti costituzionali e orizzonti convenzionali*, in *Dir. pen. proc.* 2021, 970 ss.

²⁹ Lo ha ribadito a chiare lettere il già citato *Monaco Memo* nel dare priorità alle azioni penali nei confronti dei singoli e nel riconfermare i procedimenti penali *de societate* come strumento per ottenere la collaborazione degli enti nella persecuzione dei singoli: v. in particolare p. 2 s.

³⁰ Si veda l'indagine monografica di M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna 2022; v. anche M. Colacurci, *op. cit.*, 328; D.C. Langevoort, *Global Behavioral Compliance*, in *Corporate Compliance on a Global Scale*, a cura di S. Manacorda-F. Centonze, Cham 2022, 228; L.G. Velani, *Contributo sul rapporto tra internal investigations e investigazioni preventive della difesa nell'ambito della disciplina prevista dal D.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti* 2023, 186. A. Nieto Martín, *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: the Struggle for Information in the Criminale Process*, in *Preventing Corporate Corruption, The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di S. Manacorda-F. Centonze-G. Forti, Cham 2014, 71, rileva come tra i «*perverse effects*» di forti incentivi alla *collaboration/reporting* vi sia quello d'incoraggiare la noncuranza delle imprese per l'autoregolazione preventiva.

³¹ Si vedano le lucidissime osservazioni di J. Arlen-S.W. Buell, *op. cit.*, 8 ss.

pubblici, ci si dovrebbe orientare verso il diverso paradigma “preventivo”, incentrato sull’individuazione e gestione *ex ante* delle aree a rischio-reato, oppure, a costo di piegare il sistema verso modelli inquisitori, si dovrebbe valorizzare l’auto-denuncia in sé e per sé (intercettato il sospetto d’illecito l’ente dovrebbe chiamare subito in causa l’Autorità giudiziaria, che resterebbe sostanzialmente monopolista della susseguente attività investigativa)³². Se invece si volesse implementare coerentemente un paradigma “collaborativo”, occorrerebbe, da un canto, selezionare gli enti che, per articolazione, transnazionalità e potenza economica e tecnologica, possano effettivamente competere con i mezzi investigativi pubblici e, dall’altro, ridurre a livello legislativo i vincoli alle indagini aziendali, di modo che queste possano sfruttare *iure* il loro potenziale “fattuale”³³. Il prezzo di tale coerenza appare però salato: il riconoscimento formale di autorità private da parte dello Stato che, allo scopo di fornire a questo prove di reità, vengono liceizzate a compiere attività investigative con una forza di penetrazione e una pervasività sconosciute e comunque giuridicamente precluse alle autorità pubbliche.

3.2.2. Altro effetto collaterale notissimo delle strategie co-regolative in materia penale è quello di dissociazione tra struttura formale di *compliance* e prassi reali dell’impresa. È ben possibile – e non mancano i riscontri empirici – che gli enti privati chiamati a impiegare le proprie risorse autoregolative per interessi pubblici (come la prevenzione dei reati) si limitino ad adempimenti di facciata, che non incidono né sul sostrato culturale dell’organizzazione né sulla sua concreta operatività, se non per aspetti del tutto marginali e comunque senza nessuna effettiva utilità per gli interessi pubblici perseguiti dal legislatore con la delega autonormativa. Questi apparati autoregolativi “cosmetici” possono apparire imponenti e possono effettivamente rappresentare un costo significativo per l’ente ma sono come polveri bagnate se non riflettono l’effettivo orientamento etico-culturale della *dominant coalition* dell’impresa, se sottotraccia prospera una politica aziendale incongruente o persino antitetica rispetto ad essi o se vengono percepiti come inutili, controproducenti, ridondanti, eccessivi da parte delle risorse umane che fanno marciare l’ente³⁴.

³² La proposta di privilegiare la *self-disclosure* è formulata da J. Arlen-S.W. Buell, *op. cit.*, 61 s., all’esito dell’analisi dei limiti, anzitutto giuridici (legati principalmente alla normativa lavoristica e a quella a tutela della riservatezza), che scontano le indagini aziendali negli ordinamenti continentali. In tal senso pare significativa la recente riforma spagnola in tema di *whistleblowing*, *Ley 2/2023, de 20 de febrero*, secondo cui i canali di segnalazione aziendali devono garantire la “*Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito*” (art. 9, apartado 2, lett. j).

³³ È ciò che avviene negli Stati Uniti, dove i dipendenti non hanno nessun diritto al silenzio né all’assistenza legale durante le interviste svolte nell’ambito delle *internal investigations* (il rifiuto di cooperare ad un’indagine aziendale può legittimare anche il licenziamento) e le imprese hanno la piena disponibilità dei dati e delle informazioni relativi allo svolgimento dell’attività lavorativa, potendo ad esempio accedere senza limiti alle e-mail dei dipendenti presenti sul server e sui computer aziendali; v. J. Arlen-S.W. Buell, *op. cit.*, 20 ss.; v. anche *Monaco Memo*, cit., 8 e 11. Ben maggiori i vincoli che incontrano le indagini interne negli ordinamenti europei; peraltro, dove manca una regolamentazione organica di siffatte investigazioni (come in Italia), il confine tra lecito ed illecito non è affatto nitido; si veda ad esempio l’incerto perimetro del *nemo tenetur se detegere* nell’ambito delle audizioni dei dipendenti o la difficoltà di individuazione dei limiti della raccolta di dati da strumenti e domicili informatici in uso agli stessi; v. F. Procopio, *Attività: le interviste*, in *Investigazioni interne*, a cura di E. Di Fiorino-G. Fornari, Pisa 2022, 25 ss.; S. Rocco, *Attività: ricerca e analisi documentale e altre attività*, ivi, 37 ss.; A. Del Ninno, *Data Protection*, ivi, 115 ss.; V. Ferrante, *op. cit.*, 215 ss.; E.M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in *Internal Investigations*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Torino 2021, 250 ss. A. Nieto Martín, *Internal Investigations*, cit., 73 ss., da tempo ha messo in guardia sui rischi di elusione delle garanzie fondamentali del giusto processo (penale) e di violazione del diritto alla riservatezza dei lavoratori comportati dalle indagini interne.

³⁴ Cfr. M. Catino-S. Rocchi-L. Verzelloni, *op. cit.*, 9 ss., 40 e 57, i quali però evidenziano come il processo di «managerializzazione della legge» non sia affatto ineluttabile (41 ss.); M. Colacurci, *op. cit.*, 95 ss.; T. Haugh, *Criminalized Compliance*, in *Kelley School of Business Research Paper No. 2021-31*, 140 ss.; C. Parker-S. Gilad, *Internal Corporate Compliance Management Systems: Structure, Culture and Agency*, in *Explaining Compliance*, a cura di C. Parker-V. Nielsen, Northampton 2011, 183 ss.; G. Rotolo, *Cognitive Dynamics of Compliance and Models of Self-regulations: In Search of Effectiveness in Strategies of Crime Prevention*, in *Corporate Compliance on a Global Scale*, a

È evidentemente un problema politico-culturale interno alle singole organizzazioni ma vi sono almeno tre fattori che paiono aumentare questo rischio di *decoupling*. In primo luogo, al crescere della pressione dello Stato per ottenere l'adempimento autoregolativo sembrano crescere pure le probabilità che l'ente produca un qualcosa che apparentemente soddisfa la richiesta statutale ma che nei fatti è scollegato dalle proprie dinamiche effettive; così ad esempio laddove fosse fissata una scadenza ravvicinata per l'approntamento di un prodotto autonormativo di una certa complessità, dietro la minaccia di una pesante sanzione conseguente alla specifica omissione autoregolativa in sé. In secondo luogo, parrebbe che più aumenta la distanza tra gli interessi propri e caratteristici dell'impresa (in sé leciti) e l'interesse pubblico alla cui cura il legislatore destina l'attività autonormativa, più aumenta il rischio che quest'ultima esprima congegni di *compliance* puramente formali; esiste cioè un limite di tollerabilità oltre il quale la funzionalizzazione dell'ente privato al perseguimento di fini pubblicistici risulta improduttiva nella stessa ottica statutale. In terzo luogo, sembrano decisive la qualità e la quantità dei controlli svolti dalle autorità pubbliche sugli apparati autoregolativi: se i controlli sono numericamente esigui, in rapporto al numero delle aziende, o se si riducono a rilevare l'adozione formale di certi presidi procedurali od organizzativi, è evidente che scemerà la propensione ad autoregolarsi in maniera sostanziale e fattiva³⁵. D'altro canto, non è nemmeno pensabile un controllo massivo sugli adempimenti autoregolativi: da un punto di vista economico, se lo Stato cerca l'alleanza con gli enti privati è perché non ha le risorse per gestire da solo certi rischi (nel nostro caso il rischio-reato) e quindi è dubitabile che abbia le risorse per controllare in modo capillare i propri alleati; da un punto di vista politico, questa *partnership* presuppone che lo Stato abbia un minimo di fiducia negli enti privati e quindi non può presumere che tutti i propri *partners* siano privi della capacità o volontà di autonormarsi e quindi debbano tutti esser sottoposti a controllo³⁶.

Questo effetto *decoupling*, all'evidenza, può riguardare i meccanismi autoregolativi "anticipatori", ispirati ad un paradigma schiettamente "preventivo", ma a ben vedere non è estraneo nemmeno ai meccanismi "concomitanti" di stampo "collaborativo". Per un verso, è ben possibile che vi siano sistemi di *detection* apparentemente articolati e penetranti che nei fatti non rilevano nulla o selezionano solo determinati illeciti riconducibili a determinate persone; per altro verso, anche una volta rilevato e rivelato l'illecito, può darsi che le indagini interne e le misure disciplinari siano indirizzate solo nei confronti di una parte dei responsabili, nel tentativo di frenare l'azione delle autorità pubbliche e perpetuare una politica d'impresa dissonante con l'apparente impegno collaborativo³⁷.

cura di S. Manacorda-F. Centonze, Cham 2022, 240 ss.

³⁵ Si pensi a controlli che si limitano a vagliare i documenti in cui s'esprime il Modello organizzativo "231", senza nessun accertamento sull'effettiva attuazione, come le valutazioni sugli enti che aspirano ad essere "accreditati" ai sensi delle varie normative regionali che subordinano tale "accreditamento" all'adozione di un Modello d'organizzazione gestione e controllo (sia consentito il rinvio a D. Bianchi, *L'autonormazione prevenzionistica dei reati nel settore sanitario*, in *Diritto e Salute* 2018, 68); si rammenti inoltre che anche in sede di valutazione del c.d. Modello reattivo ai sensi degli artt. 12 e 17 d.lgs. 231/2001 lo stesso giudice penale non è dotato di strumenti che consentono verifiche approfondite: soprattutto in caso di riti alternativi (su tutti il patteggiamento), il giudicante si limiterà per lo più ad un rapido riscontro documentale.

³⁶ In questo non pare errata la scelta del legislatore italiano di subordinare l'accertamento giudiziale dell'idoneità e concreta efficacia del Modello organizzativo (preventivo) alla prova del reato-presupposto, di legare cioè la valutazione degli sforzi autoregolativi dell'ente (e la sua responsabilità punitiva) ad un concreto fatto-reato storicamente realizzatosi. Naturalmente, il fatto che sia impraticabile l'alternativa di un controllo penale a tappeto sul Modello organizzativo, andando a prevedere un illecito punitivo corporativo "formale" consistente nella pura omissione autoregolativa (a prescindere quindi dall'esistenza di un qualche fatto criminoso), non significa che non siano opportuni controlli *ex ante* di diverso tipo, non giudiziali e su base volontaria, grazie ai quali l'ente possa ricevere un *feedback* positivo sul proprio prodotto autonormativo (sul punto, volendo, D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale*, cit., 374 ss.).

³⁷ V. *supra*.

3.2.3. Abbiamo accennato in apertura che la *corporate culture* può fungere da canale di accreditamento sociale (nel micro-cosmo impresa come nella platea degli *stakeholders* esterni) dei valori “incastonati” nelle norme incriminatrici ed anche di quelli in qualche modo “serventi” rispetto ai primi³⁸. Abbiamo poi rilevato che, affinché un sistema di *compliance* possa effettivamente attecchire all’interno d’una organizzazione, occorre che la dimensione culturale di questa sia in linea con le regole autonormate e con i loro scopi, incombendo altrimenti un elevato rischio di *decoupling*³⁹. Il sostrato etico-culturale della persona giuridica, insomma, gioca un ruolo protagonista; l’incontro tra *ethos* e *ius* però è sempre denso di problemi e, nella specifica materia che ci occupa, può rivelarsi una vera e propria miscela esplosiva.

Occorre, anzitutto, considerare che nelle strutture autoregolatrici fomentate dal legislatore penale il famoso Codice etico non rappresenta un lontano orizzonte valoriale cui tendere in via puramente ideale né ha una funzione meramente esornativa, esso piuttosto è parte integrante di quelle strutture, le connota e da esse riceve tutela sanzionatoria (tramite le misure disciplinari o contrattuali). Ciò significa che, da un lato, le violazioni di principi etici formulati in modo alquanto generico possono essere oggetto di sanzioni autonormate di carattere punitivo e che, dall’altro, la componente etico-culturale può accrescere il proprio “peso specifico” nel collegamento con la funzione di prevenzione criminale condivisa dallo Stato con gli enti privati. Se l’uniformazione a certi valori viene presentata non solo come “faccenda interna” all’ente che ha deciso di promuoverli ma anche come strumento per prevenire niente meno che i reati, cioè gli illeciti pubblici massimamente riprovati, è chiaro che quei valori vengono giuridificati e come tali muniti di sanzione giuridica – anche punitiva – da parte dell’ente. Ovviamente non è la legge penale ma l’ordinamento autonormato ad esigere in via diretta e immediata l’ossequio a quei valori, ma va sottolineato che l’ordinamento autonormato esige tale allineamento etico-culturale mediante misure sostanzialmente punitive (sanzioni disciplinari, risoluzioni e penali contrattuali) e all’ombra di sanzioni penali statali pronte a scattare in caso d’inottemperanza al dovere autonormativo, un dovere autonormativo che appunto contempla anche l’attivazione di strumenti etico-culturali. Secondo questa logica, i meccanismi punitivi e l’irrobustimento morale si alimenterebbero reciprocamente: il complessivo sistema di *compliance* aziendale viene ammantato di eticità, in quanto fondato su certi valori (quelli propri delle istituzioni pubbliche) e in quanto funzionale alla difesa della società dal crimine; la previsione e applicazione in via autoregolatrica di *penalties* per le trasgressioni ai principi e ai precetti autonormati viene posta come necessaria non solo su di un piano di prevenzione negativa (congegno intimidativo) ma anche su di un piano di prevenzione positiva (istanza pedagogica), in quanto indispensabile per cementare quella stessa etica che ispira il sistema di *compliance* e fa convergere la *corporate culture* verso gli scopi, gli interessi, i valori propri dell’ordinamento “generale”⁴⁰.

Questa *liaison* tra etica, autonormazione e diritto punitivo può avere tre effetti totalmente negativi. In primo luogo, se “punitivismo” ed “eticismo” vengono forzatamente immessi dallo Stato nell’ordinamento autonormativo (nell’intento di funzionalizzarlo alla prevenzione criminale), se cioè

³⁸ V. *supra*, par. 2.

³⁹ V. *supra*, par. 3.2.2.

⁴⁰ Nel più volte citato *Monaco Memo* emerge chiaramente l’intreccio tra *culture of ethics and compliance*, meccanismi punitivi e meccanismi remunerativi: «*prosecutors should consider how the corporation has incentivized or sanctioned employee, executive, and director behavior, including through compensation plans, as part of its efforts to create a culture of compliance [...] Corporations can help to deter criminal activity if they reward compliant behavior and penalize individuals who engage in misconduct. Compensation systems that clearly and effectively impose financial penalties for misconduct can incentivize compliant conduct, deter risky behavior, and instill a corporate culture in which employees follow the law and avoid legal “gray areas”*» (p. 9). Affiora in definitiva una – datata – visione di stampo economicistico, secondo cui l’osservanza delle norme e – in via mediata – la stessa formazione di una cultura incorporante il valore della “legalità” sarebbero una funzione dei costi e dei benefici che le persone associano all’osservanza (e all’inosservanza) delle norme. Tra gli altri, rilevano – criticamente – il fondamento vetero-razionalistico del “*command-and-control approach*” T.R. Tyler-S.L. Blader, *Can Businesses Effectively Regulate Employee Conduct? The Antecedents of Rule following in Work Settings*, in *The Academy of Management Journal*, 2005, Vol. 48, No. 6, 1144.

lo Stato pretende che le imprese introiettino schemi *command-and-control*, peraltro «*infused with moral content*», è ben possibile che si abbia una vera e propria crisi di rigetto e si cada nella c.d. *compliance trap*: gli enti privati potrebbero percepire questa strumentalizzazione in chiave etico-punitiva come eccessiva, irrazionale, troppo distante dalla loro natura e dalle loro dinamiche per essere realmente accettata, con un conseguente effetto *decoupling*⁴¹. Si adotterà una “doppia morale”: quella gradita al decisore pubblico, simboleggiata da ostentati apparati di *compliance*, e quella effettiva, che indisturbata continuerà a muovere gli ingranaggi sociali dell’organizzazione. Di più, è addirittura presente il rischio che si attivino i famigerati *rationalization processes*: se la spinta da parte delle istituzioni pubbliche ad assorbire certi schemi regolativi risultasse, almeno agli occhi del gruppo sociale autonormato, come sproporzionata e “aliena”, l’effetto paradossale – totalmente disfunzionale – potrebbe essere quello di innescare una logica oppositiva, di fomentare una “contro-cultura aziendale” tanto più pericolosa in quanto sotterranea, celata da fastose strutture autoregolatrici; tale “contro-cultura” potrebbe fornire ai partecipi dell’organizzazione i giustificativi “moralì” grazie ai quali “razionalizzare” non solo il richiamato *decoupling* ma persino le condotte violatrici della legge penale, essa stessa dequotata in quanto interconnessa ad una delega autonormativa percepita come ingiusta⁴².

Tale circolo vizioso potrebbe essere letto anche in termini “autopoietici”: le imprese sono micro-sistemi sociali che funzionano secondo codici comunicativi diversi da quelli propri dello Stato-istituzione e del magistero punitivo in particolare; se dunque si pretendesse che il tessuto etico-giuridico proprio dell’ente economico privato diventi uno specchio dei meccanismi punitivi statuali – peraltro deformato da venature moralistiche assai più marcate di quelle ostensibili da un diritto penale laico – non è affatto escluso che l’istituzione sociale particolare si limiti a mimare tali meccanismi in superficie, restando nella sostanza ancorata ai propri schemi, alle proprie logiche, alle proprie prospettive “autoreferenziali”⁴³.

Potrebbe però verificarsi una seconda diversa ipotesi, ossia una assimilazione parziale del “sistema-impresa” ai *patterns* punitivisti ed eticisti propugnati dal delegante pubblico. Una parte del gruppo sociale delegato all’autonormazione “penale”, cioè, potrebbe effettivamente aderire ad una autoregolazione di tipo coercitivo e moralistico; ad esempio l’alta direzione e i professionisti della *compliance* interni all’impresa. In questo caso, ovviamente, non si ha una reazione negativa compatta allo stimolo autonormativo ma può comunque esservi un effetto collaterale di carattere disfunzionale. Infatti, consimile appesantimento dell’ordinamento autonormato, come cennato⁴⁴, può incrinare se non distruggere i rapporti fiduciari tra i vari membri e inoltre può favorire la formazione di “sacche di resistenza (sub)culturale”. Se una parte dei destinatari dell’autoregolazione dell’ente non condivide i contenuti delle regole o le modalità con le quali vengono imposte, il fatto che vi sia un’altra parte che invece aderisce a tali regole e che ha il potere di sorvegliarne l’osservanza e di punirne l’inosservanza non assicura certo l’adeguamento del primo sotto-gruppo; anzi, è probabile che l’ossequio a quelle regole sussista esclusivamente nella misura in cui il secondo sotto-gruppo riesca a monitorare l’altro e ad assoggettare i trasgressori a sanzioni esemplari. Il probabile risultato finale è quello di una significativa cifra oscura di violazioni, poiché i membri appartenenti al primo sotto-gruppo non avranno nessuno stimolo ad una *willing deference*, ad una osservanza delle norme

⁴¹ La terminologia e l’idea della *compliance trap* sono riprese dallo studio di C. Parker, *The “Compliance” Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*, in *Law & Society Review*, 2006, Vol. 40, 591 ss., ma sono state riadattate al contesto autoregolativo (l’Autrice si riferiva al rapporto intercorrente tra *enforcement action* delle autorità amministrative e risposta delle imprese).

⁴² Si vedano le affilate riflessioni di T. Haugh, *op. cit.*, specialmente 140 ss.

⁴³ Quella esposta, chiaramente, non è una visione autopoietica “pura”, distaccandosi dalla concezione luhmanniana della società come insieme di sotto-sistemi comunicativi ontologicamente autonomi. Per la lettura in chiave autopoietica dei fenomeni autonormativi restano imprescindibili gli studi di G. Teubner: *inter alia*, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review* 1983, 239 ss.; *Law as an Autopoietic System*, Oxford-Cambridge 1993; *Recht und Sozialtheorie: Drei Probleme – Law and Social Theory: Three Problems*, in *Ancilla iuris* 2014, 183 ss.

⁴⁴ V. *supra*, par. 3.1

derivante dalla loro interiorizzazione, avendo piuttosto incentivi a “razionalizzare” l’inosservanza come risposta – occulta – ad un’autoregolazione coattiva, improntata a schemi *command-and-control* enfatizzati da afflatti moralistici⁴⁵. Peraltro, anche in questa ipotesi non è escludibile un “effetto rimbalzo”, per cui l’imposizione da parte del legislatore di modelli autoregolativi “esasperati”, in quanto ripetitivi di meccanismi coercitivi e infarciti di contenuti eticizzanti, provochi una (almeno) parziale crisi di rigetto nell’ente collettivo, la quale possa poi transitare da tali strumenti autoregolativi alla stessa legislazione penale al cui servizio questi vengono posti; tale rischio di “dequotazione” delle norme statuali come epifenomeno della reazione alle regole autonormate delegate si presenta tanto nel sopradetto caso di rifiuto compatto da parte dell’ente della *criminal(ized) compliance* quanto nel caso di suo accoglimento solo parziale.

Vi è infine un ultimo perniciosissimo effetto collaterale, discendente dal connubio tra diritto penale, autoregolazione ed eticismo: l’erosione del principio di laicità e la riduzione del pluralismo etico-sociale. Almeno negli ordinamenti democratici d’ispirazione liberale e personalista è vietata l’incriminazione della mera immoralità: l’offesa a valori etico-culturali che non passa per l’offesa concreta a beni giuridici “afferrabili” rimane – in via di principio – esclusa dalla rilevanza giuridico-penale; lo impongono garanzie “classiche” della materia penale – materialità, offensività, sussidiarietà – che vanno a saldarsi con le radici più profonde dello Stato costituzionale, laico e pluralista⁴⁶. La “delega penale” agli enti privati, se malevolmente o maldestramente indirizzata dal legislatore, rischia di esitare nell’aggiramento di quelle basilari garanzie, poiché l’ordinamento autonormato può essere indotto a fare ciò che è proibito a quello statale: punire la devianza dal costume sociale dominante. È vero che si tratterà di una punizione non criminale, ristretta alla sfera disciplinare o a quella negoziale, e che in via generale è perfettamente ammissibile che gli enti privati perseguano scopi puramente ideali, conformando a questi il proprio ordinamento interno. Tuttavia, non si può non considerare che qui non sono in gioco fenomeni d’autonormazione spontanea (*per se* espressivi del pluralismo etico-sociale) ma fenomeni di autonormazione preordinata dallo Stato a scopi politico-criminali mediante norme afferenti al sistema giuridico-penale. Il tipo di autoregolazione in questione, per un verso, è “nobilitato” dal perseguimento di un fine pubblico primario come la lotta al crimine e, per altro verso, è potentemente stimolato da forme di responsabilità punitiva dello stesso ente autonormativo legate ai casi di omissione autoregolativa. Come dire che a monte e a valle del processo autoregolativo sta la legge penale. Se questa legge penale chiede agli enti privati delegati di tutelare, anche mediante meccanismi coattivi autonormati, eteri valori etico-culturali sulla scorta dell’assimilazione di atteggiamenti, dichiarazioni e stili di vita puramente immorali a indici sintomatici di un rischio-reato, pare evidente che ne esca sfigurato non solo l’ordinamento “particolare” ma anche l’ordinamento “generale” delegante. Se la delega autonormativa in materia penale diviene l’occasione per spandere a largo raggio ondate moralizzatrici, contrabbandandole per prevenzione criminale, iniziano a scricchiolare le fondamenta dell’ordinamento costituzionale.

⁴⁵ Sui rapporti tra “*criminalized compliance*” e “*rationalization process*”, v. ancora T. Haugh, *op. cit.*, 140 ss.; sulla incapacità dei sistemi *command-and-control* di assicurare un diffuso e duraturo rispetto delle regole e sulla loro attitudine a prosciugare le risorse morali dei gruppi sociali, alimentando una «*culture of distrust*» e alfine le stesse tendenze devianti, v. T.R. Tyler, *Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crimes: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice*, in *The Criminology of White-Collar Crimes*, a cura di S.S. Simpson-D. Weisburd, Heidelberg-New York-Dordrecht 2009, 195 ss.; T.R. Tyler-S.L. Blader, *Can Businesses Effectively Regulate Employee Conduct?*, cit., 1143 ss.; R. Trinkner-T.R. Tyler, *Legal Socialization: Coercion versus Consent in a Era of Mistrust*, in *Annual Review of Law and Social Science* 2016, 417 ss.; sul pericolo della «fabbrica caserma», v. A. Sereni, *L’ente guardiano*, Torino 2016, 74 ss.

⁴⁶ Sono osservazioni elementari ma il rapporto tra diritto penale e laicità (non ridotta a mera a-confessionalità) è tutt’altro che semplice; ci limitiamo a richiamare i due volumi collettanei Aa. Vv., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010; Aa. Vv., *Laicità e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi-P. Veneziani-Fr. Mazzacupa, Bologna 2022.

Quest'ultimo effetto collaterale, assolutamente indesiderabile e infine disfunzionale, sembra un rischio tutto sommato remoto, ma forse non è del tutto obliabile⁴⁷. Si pensi ad un'impresa del settore del recupero dei rifiuti che, all'interno del suo Codice etico, vada a proscrivere ogni esternazione di "negazionismo climatico" inquadrandola come manifestazione di disprezzo delle esigenze di protezione ambientale e casomai come sintomo di un'inclinazione a commettere illeciti ambientali. Quest'ipotesi di fervoroso *commitment* aziendale non è poi così fantasiosa, mentre è certamente improbabile che un ordinamento statuale pretenda che le organizzazioni private dimostrino la loro fedeltà al diritto penale ambientale vietando a dipendenti e appaltatori di esprimere osservazioni critiche sulle politiche *green* adottate dai decisori pubblici o sugli studi climatologici che le supportano. Improbabile, ma non impossibile: la tentazione di piegare il diritto punitivo alla repressione delle idee che ci ripugnano è sempre presente ed è più insidiosa quando è possibile delegare qualcuno a farlo al posto nostro.

⁴⁷ D'altronde «l'uso salvifico delle leggi punitive o del controllo dell'ordine pubblico è assunto a religione di massa» e «Il fenomeno è mondiale»: M. Donini, *Il penale come religione e l'ennesima riforma della giustizia*, in *Sistema penale*, 18.7.2023. Se il "penale" è sacralizzato come sommo tutore dell'etica pubblica, è innegabile il rischio che la dimensione moralistica si espanda fino a sfornare i tipi criminosi esistenti e a legittimare la creazione di nuove incriminazioni sganciate da una reale offensività delle condotte, oltre che, appunto, la delega ai privati di funzioni punitive in chiave moralizzatrice.

COLPA, PRECAUZIONE E RISCHIO. LE TENSIONI PENALISTICHE NELLA MODERNA ERA TECNOLOGICA

di Laura D'Amico (*Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Messina*)

L'avvento dell'intelligenza artificiale è destinato a mettere sotto sforzo diverse categorie penalistiche. Prendendo le mosse dal rapporto fra diritto penale ed evoluzione scientifica, si cercherà di fornire una lettura critica del principio di precauzione, interrogandosi sulla sua legittima cittadinanza in ambito penalistico. Nel prosieguo si tenterà di vagliare l'influenza di tale ultimo principio sulla categoria del rischio consentito e, più in generale, sulla materia della responsabilità colposa, interrogandosi in particolar modo sul complesso rapporto fra regole cautelari aperte e incertezza scientifica. Da ultimo, si cercherà di declinare le suesposte riflessioni di carattere generale in chiave attualizzante e di analizzare il possibile impatto dell'intelligenza artificiale sui classici istituti penalistici.

The advent of artificial intelligence is bound to put under strain various penal categories. Starting from the relationship between criminal law and scientific evolution, an attempt will be made to provide a critical reading of the precautionary principle, questioning its legitimate citizenship in the field of criminal law. Later, an effort will be made to examine the influence of the latter principle on the category of permitted risk and, more generally, on the subject of negligent liability, questioning in particular the complex relationship between open precautionary rules and scientific uncertainty. Lastly, an attempt will be made to interpret the aforementioned general reflections in an actualizing key and to analyse the possible impact of artificial intelligence on classic penal categories.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto penale alla prova dell'evoluzione del sapere scientifico. – 3. Rischio e pericolo come fonti di tensione per il diritto penale. – 4. L'evoluzione del principio di precauzione: fisionomia e differenziazioni. – 5. Il complesso ruolo del principio di precauzione nel diritto penale. – 6. L'influenza del principio di precauzione sul rischio consentito e sulla responsabilità colposa. – 7. La (ossimorica) relazione fra regole cautelari e incertezza scientifica. – 8. Precauzione, colpa e intelligenza artificiale. – 9. Conclusioni.

1. Il rapporto tra l'uomo e le nuove tecnologie nella società del rischio¹ costituisce tema di particolare attualità, che trova nuova linfa nell'avvento dell'intelligenza artificiale (d'ora in avanti anche IA). Lo «shock da modernità»² ha, invero, già colpito il diritto penale, così aprendo la riflessione sul ruolo rivestito da quest'ultimo nella *Risikogesellschaft*. Al diritto penale, in quanto scienza sociale³, spetta

¹ U. Beck, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari 2011; U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma 2013; U. Beck, *La società globale del rischio*, Trieste 2018; H. Jonas, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Bologna 2009; C. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Francoforte 1993; L. Kuhlen, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, in GA, 1994, 347 ss.

² F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003, 292 s.

³ M. Donini, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in RIDPP, 2010, 1078. Distingue, invece, tra scienza penale e scienza sociale F. Schiaffo, *Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2021, 8, il quale, richiamando il pensiero di Baratta sul rapporto tra scienza penalistica e scienza sociale, evidenzia come egli proponga «un “nuovo modello” di scienza penalistica derivato da un nuovo modello di integrazione tra “scienza sociale” e discorso giuridico».

confrontarsi con fenomeni in continua evoluzione⁴. Al penalista, invece, tocca comprendere se tale branca del diritto sia idonea a fronteggiare i c.d. rischi della modernità⁵.

Lo stato di incertezza scientifica, che caratterizza la costante evoluzione tecnologica, apre le porte al c.d. «“diritto dell’anticipazione”», al quale viene richiesto di considerare oggi i possibili eventi lesivi di domani⁶ e che, tradotto in termini penalistici, può comportare un’anticipazione di tutela non sempre compatibile con un diritto penale minimo, basato sull’*extrema ratio*.

Con particolare riferimento all’intelligenza artificiale, essa dischiude una moltitudine di problemi penalistici, principalmente connessi alle sue intrinseche caratteristiche. Ci troviamo innanzi ad un concetto talmente ampio da non essere ad oggi compiutamente delineato⁷ e che, per esigenze di sintesi, potremmo definire come una materia interdisciplinare⁸ la cui attività consiste nell’«uso della tecnologia per automatizzare attività che “normalmente richiedono l’intelligenza umana”»⁹. A ben vedere si tratta, però, di una *simulazione* del comportamento umano¹⁰. Le forme di intelligenza artificiale più sviluppate si caratterizzano, poi, per la capacità di realizzare processi di apprendimento automatico, anche noto come *machine learning*: quest’ultimo si basa sull’idea per cui «l’algoritmo impara da solo a identificare relazioni precise nei dati osservati, senza avere regole e modelli espliciti pre-programmati. In questo modo, invece di scrivere algoritmi con milioni di istruzioni specifiche per svolgere un compito particolare, l’algoritmo apprende dai dati adattando sé stesso man mano che impara dalle informazioni che sta elaborando»¹¹. Tali sistemi, in altri termini, apprendono dalla loro esperienza, adeguandosi agli stimoli ricevuti e modificando di conseguenza il loro comportamento¹², anche in modo imprevedibile¹³.

⁴ Particolarmente interessanti le riflessioni svolte dalla dottrina tedesca circa il ruolo del diritto penale all’alba del nuovo millennio: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, a cura di A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt, Monaco di Baviera 2000.

⁵ Sull’inidoneità del diritto penale (del rischio) a risolvere i suddetti rischi della modernità v. F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino 2013, 72.

⁶ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 26.

⁷ L’Unione Europea ha fornito nel tempo una moltitudine di proposte definitorie per l’IA. A nostro avviso, quella più completa definisce le tecnologie dotate di intelligenza artificiale come quei «sistemi software (ed eventualmente hardware) progettati dall’uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l’acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l’obiettivo dato. I sistemi di IA possono usare regole simboliche o apprendere un modello numerico, e possono anche adattare il loro comportamento analizzando gli effetti che le loro azioni precedenti hanno avuto sull’ambiente. Come disciplina scientifica, l’IA comprende diversi approcci e diverse tecniche, come l’apprendimento automatico (di cui l’apprendimento profondo e l’apprendimento per rinforzo sono esempi specifici), il ragionamento meccanico (che include la pianificazione, la programmazione, la rappresentazione delle conoscenze e il ragionamento, la ricerca e l’ottimizzazione) e la robotica (che comprende il controllo, la percezione, i sensori e gli attuatori e l’integrazione di tutte le altre tecniche nei sistemi ciberfisici)»: *A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines. Definition developed for the purpose of the AI HLEG’s deliverables*, Bruxelles, 8.4.2019, 6.

⁸ Sulla natura interdisciplinare dell’intelligenza artificiale cfr. X. Yang, Y. Wang, R. Byrne, G. Schneider, S. Yang, *Concepts of Artificial Intelligence for Computer-Assisted Drug Discovery*, in *Chem. Rev.*, 2019, 10521; C. Zhang, Y. Lu, *Study on artificial intelligence: The state of the art and future prospects*, in *Journal of Industrial Information Integration*, 2021, 1.

⁹ H. Surden, *Artificial Intelligence and Law: An Overview*, in *Georgia State University Law Review*, 2019, 1307. Nello stesso senso si è affermato che «The word “AI” is used in general when a computer simulation works, like thinking and problem solving, which humans associate with another human mind»: così H. Varshney, R.A. Khan, U. Khan, R. Verma, *Approaches of Artificial Intelligence and Machine Learning in Smart Cities: Critical Review*, in *IOP Conf. Ser.: Mater. Sci. Eng.*, 2021, 1.

¹⁰ C. Zhang, Y. Lu, *op. cit.*, 1. Il concetto dell’“imitazione” delle funzioni cognitive umane viene ripreso da A. Vespignani, *L’algoritmo e l’oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano 2019, 65.

¹¹ A. Vespignani, *op. cit.*, 66. L’A. nel prosieguo distingue *supervised learning* (apprendimento supervisionato), *unsupervised learning* (apprendimento non supervisionato) e *reinforced learning* (apprendimento con rinforzo), 67 ss.

¹² A. Cappellini, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Crim.*, 2018, ora anche in *disCrimen*, 27.3.2019, 5.

¹³ Come è stato osservato in dottrina, l’imprevedibilità dell’agire dell’IA è un fattore che va considerato giuridicamente:

Se, da un lato, tali capacità rendono queste tecnologie reattive (stante la loro capacità di rispondere agli stimoli esterni), proattive (ossia capaci di determinare e realizzare il loro agire) e interattive (in grado, cioè, di interagire tra di loro e con gli uomini)¹⁴, per contro manifestano una considerevole mancanza di trasparenza. Tale problema è universalmente conosciuto come *black box*: questi sistemi «prendono un dato in entrata e ne producono uno in uscita, passando attraverso un processo di apprendimento che è una scatola nera non interpretabile dall'esterno»¹⁵. Tra i dati inseriti in *input* dall'uomo e gli esiti forniti in *output* dall'IA v'è un "vuoto di comprensione"¹⁶: il procedimento che li lega resta, dunque, avvolto da un alone di opacità¹⁷, incidendo significativamente sulla piena comprensione del sistema da parte dell'uomo¹⁸.

Il *black box effect* non solo rende estremamente arduo ricostruire il nesso causale tra un dato antecedente e la sua conseguenza (c.d. *black box causale*)¹⁹ ma impedisce, altresì, di individuare il responsabile di un potenziale evento lesivo cagionato dall'IA che, in astratto, potrebbe essere imputabile al programmatore, al costruttore, all'utente finale o, financo, alla macchina stessa. La mancanza di trasparenza di questi sistemi diventa tanto più pericolosa quando essi vengono utilizzati in contesti ove sono coinvolti diritti fondamentali della persona²⁰. Eppure, la trasparenza dovrebbe costituire un requisito fondamentale di tutte le possibili declinazioni dell'intelligenza artificiale: «la decisione, umana, di lasciare che macchine o algoritmi producano effetti su altri esseri umani dovrebbe essere condizionata all'intelligibilità del modo in cui agiscono e alla possibilità di ascrivere tali effetti alla responsabilità di esseri umani», pena la perdita di controllo e di prevedibilità di tali processi²¹.

Insomma, i c.d. *rischi da ignoto tecnologico*²² si fanno sempre più pressanti nella nostra società, chiamando conseguentemente in causa le questioni giuridico-penali tipiche che ad essi si accompagnano e che trovano terreno d'elezione nella materia della responsabilità colposa²³: ci riferiamo non soltanto al problema delle ricostruzioni giuridiche *retrospettive* della colpa²⁴ ma anche al ruolo delle innovazioni tecnologiche nell'individuazione delle *regole cautelari* da osservare²⁵.

«sarebbe profondamente iniquo, in tal caso, ritenere i creatori dell'algoritmo responsabili per i danni causati dalla loro invenzione ma, al contempo, una tale soluzione lascerebbe un delicato vuoto normativo, con i danneggiati non in grado di poter ottenere un adeguato risarcimento per il danno ingiusto»: così G. Romano, *Diritto, robotica e teoria dei giochi: riflessioni su una sinergia*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa 2020, 108 s.

¹⁴ P. Moro, *Biorobotica e diritti fondamentali. Problemi e limiti dell'intelligenza artificiale*, in *Genetics, robotics, law, punishment*, a cura di D. Provolò, S. Riondato, F. Yenisey, Padova 2014, 540. Sulla reattività e interattività di tali sistemi v. anche M.B. Magro, *Decisione umana e decisione robotica. Un'ipotesi di responsabilità da procreazione robotica*, in www.lalegislaZIONEpenale.eu, 10.5.2020, 2.

¹⁵ A. Vespignani, *op. cit.*, 74.

¹⁶ A. Cappellini, *Machina delinquere non potest?*, *cit.*, 7.

¹⁷ R. Borsari, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *MediaLaws*, 20.11.2019, 265.

¹⁸ I. Salvadori, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *RIDPP*, 2021, 89.

¹⁹ C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in *RIDPP*, 2020, 1760.

²⁰ A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2019, 21. Sulle conseguenze della *black box* in ambito processualpenalistico v. V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano 2020, 559 s.

²¹ D. Tafani, *Sulla moralità artificiale. Le decisioni delle macchine tra etica e diritto*, in *Rivista di filosofia*, 2020, 100.

²² L. Stortoni, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *RIDPP*, 2004, 74.

²³ In generale sul tema, nella letteratura tedesca, *inter alia*, L. Von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlino 1907; A. Köhler, *Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Monaco di Baviera 1912; W. Maihofer, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit. Die sog. vier Maßstäbe der Fahrlässigkeit als Grundelemente einer personalen Zurechnungslehre*, in *ZStW*, 1958, 159 ss.; A. Kaufmann, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1961; C. Roxin, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, 411 ss.; E.S. Binavince, *Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte*, Bielefeld 1969; G. Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlino 1972; I. Puppe, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, in *ZStW*, 1987, 595 ss.; C. Schmitt, *Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung*, Berlino 2017.

²⁴ C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *RIDPP*, 2005, 1685.

²⁵ G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*,

Sorge spontaneo chiedersi se il diritto penale sarà in grado di “dominare” fenomeni di rischio così complessi²⁶ senza cedere il passo alla sostituzione del “diritto penale dell’evento”, cui siamo abituati, con uno sfuggente “*diritto penale del rischio*”²⁷.

2. La legittimità formale di un precetto dipende dalla sua capacità di cogliere i fenomeni del mondo reale²⁸. Per tale ragione, nella moderna era tecnologica, la flessibilità delle nostre categorie penalistiche diventa fattore essenziale: pensiamo ai costanti rinvii del diritto penale alle più diverse forme del sapere scientifico, quasi si trattasse – in una sorta di apertura prospettica – di elementi normativi di fattispecie²⁹ chiamati ad etero-integrare una norma penale bisognosa di adeguamento. Tuttavia, l’inevitabile incompletezza del sapere scientifico, stante la sua costante evoluzione, lascia spazio a possibili sfasature del sistema³⁰.

È qui che il “diritto penale minimo” rischia di lasciare progressivamente spazio al c.d. “diritto penale totale”³¹ e che si ravvisa la tendenza a prediligere un approccio penalistico di tipo preventivo, foriero di una considerevole espansione delle fattispecie colpose – stante il contesto di base lecito³² – e di una conseguente implementazione della categoria del rischio consentito.

Dove i saperi da regolamentare non sono sufficientemente solidi, la discrezionalità politica si espande in un contesto caratterizzato dal dubbio: tanto maggiori sono i margini di incertezza nei giudizi concernenti la pericolosità di una determinata situazione, «tanto più le scelte del legislatore si rivelano come scelte di indirizzo politico, fortemente opinabili sul piano tecnico, e sostanzialmente influenzate da concezioni la cui forza sta nel radicamento sociale, peraltro anch’esso contrastato da concezioni di segno diverso»³³.

Questa “politicizzazione” e strumentalizzazione del mezzo penalistico ne tradisce la natura sussidiaria, estendendone l’area di operatività³⁴ con grave compromissione degli aspetti garantisti. Ed è così che la causalità tende progressivamente a scolorire verso un’imputazione basata sul mero aumento del rischio e che la colpa finisce per essere totalmente normativizzata, perdendo la sua (già non pervasiva) connotazione psicologica³⁵.

In questa “costruzione giuridica della scienza”, i temi della modernità non sembrano essere perfettamente “assimilati” dal diritto penale tradizionale³⁶, che rischia di mutare la propria fisionomia in una sorta di “diritto penale massimo” fortemente retributivo³⁷. Tuttavia, credere che il diritto penale possa prescindere da un vaglio socio-politico dei fenomeni che interessano il nostro vivere quotidiano

in RIDPP, 2005, 29.

²⁶ C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio”*, in RIDPP, 1997, 1475.

²⁷ G. Marinucci, *op. cit.*, 29.

²⁸ D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli 2007, 856.

²⁹ Sul tema, per tutti, L. Riscato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004.

³⁰ D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., 860-863.

³¹ «Totale perché ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall’intervento punitivo che vi si insinua. Totale perché anche il tempo della vita individuale e sociale è occupato dall’intervento punitivo che, quando colpisce una persona fisica o giuridica, genera una durata della contaminazione estremamente lunga, o addirittura indefinita, prima della sua risoluzione finale. Totale, soprattutto, perché è invalsa nella collettività e nell’ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale»: così F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, 23.

³² M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 104.

³³ D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., 868.

³⁴ M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 118.

³⁵ M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 111.

³⁶ D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., 874. Nella letteratura tedesca G. Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in ZStW, 1993, 679 ss.

³⁷ M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 134.

sarebbe una mistificazione della realtà: vi sono reati che rispondono a esigenze espressivo-simboliche provenienti dalla compagine sociale e, poi, altri reati (in un certo senso, “artificiali”) che, invece, non godono del medesimo consenso sociale. Un dato sembra dunque acquisito, ossia che «non esistono (...) reati immuni dalla ragione politica»³⁸.

Non resta dunque che sperare che l'intervento del legislatore in ambito penalistico sia quanto più misurato possibile e che rifugga da un uso “politico” del diritto penale che finisca per tramutarlo nel tanto criticato “diritto penale simbolico” che, «figlio dell'idea dello scopo, si converte in un diritto senza scopo»³⁹. Occorre, in altri termini, rifuggire da facili allarmismi verso ciò che non si conosce e promuovere un lavoro interdisciplinare che porti giuristi e tecnici a lavorare insieme per comprendere e regolamentare i fenomeni della modernità, di cui l'intelligenza artificiale costituisce soltanto l'ultimo (momentaneo) approdo.

3. La dimensione tecnico-scientifica è ormai penetrata non soltanto nel comune sentire della società ma anche nella prospettiva giuridica: al tempo del c.d. *diritto della modernità*, una rigida separazione del nostro quotidiano dal mondo delle scienze sarebbe, evidentemente, anacronistica⁴⁰. Nel presente contesto la parola “rischio” viene di frequente utilizzata in considerazione della sua particolare efficacia evocativa⁴¹, al punto da poter assumere – in prospettiva penalistica – il ruolo di «strumento politico-criminale diretto a sopperire all'incapacità del sapere scientifico di controllare e misurare i potenziali di offesa da esso stesso prodotti»⁴². Esso infatti, come evidenziato, «taglia trasversalmente l'intera teoria generale del reato»⁴³.

Affrontando il tema della società del rischio parte della dottrina ha individuato il suo *topos* principale nell'*insicurezza collettiva*, figura tutt'altro che unitaria, spesso associata al concetto affine di *vittimizzazione di massa*⁴⁴. La società dell'incertezza⁴⁵ in cui viviamo appare, infatti, caratterizzata dal c.d. “mito della modernità”, ossia la *sicurezza*⁴⁶: concetto, invero, connotato, a sua volta, da una intrinseca *insicurezza*, idoneo ad esporre «il giudice, ma anche il legislatore, alla tentazione di farsi carico di preoccupazioni ideologiche che accollano allo strumento penale una spesso impossibile capacità di tutela nei confronti dei pervasivi rischi delle odierne società tecnologiche. E per l'appunto ciò risulta particolarmente insidioso negli innumerevoli ambiti del sistema penale in cui assumono rilevanza le categorie del pericolo e del rischio»⁴⁷. In tale contesto di (in)sicurezza, i rischi innescati dal progresso tecnologico sono in grado di incrementare uno stato di paura e un istinto di protezione

³⁸ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 136.

³⁹ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 114 s.

⁴⁰ D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., 852.

⁴¹ C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., 1473. N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano 1998.

⁴² A. Gargani, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *CP*, 2017, 3885.

⁴³ V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 6. L'A. evidenzia altresì che «il rischio come criterio di responsabilità penale è relativo alla possibilità che esso sbilanci l'essenza materiale dell'illecito penale verso il polo del “disvalore di azione”», 4 s.

⁴⁴ C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella “società del rischio”*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.3.2018, 3.

⁴⁵ A. Evers, H. Nowotny, *Über den Umgang mit Unsicherheit: Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Francoforte 1987.

⁴⁶ Sul tema, *ex multis*, *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, Bologna 2011; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019; L. Ferrajoli, *L'abuso del diritto penale nella società della paura*, in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli 2016, 99 ss. Nella dottrina in lingua tedesca sul tema v. F.X., Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Stoccarda 1973; U. Kindhäuser, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, in *Universitas*, 1992, 227 ss.

⁴⁷ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *AA.VV., Scritti per Federico Stella*, cit., 588.

idoneo a porre il diritto penale – con particolare riferimento alle attività pericolose ma socialmente utili che connotano l'area del *rischio consentito* – in tensione fra istanze securitarie, da un lato, e tutela dei diritti inviolabili e della libertà di iniziativa economica, dall'altro⁴⁸.

A fronte delle istanze di tutela avanzate nella società del rischio, fortemente legate alle *dinamiche del consenso* dell'opinione pubblica⁴⁹, il legislatore penale tende a reagire in termini preventivi e repressivi⁵⁰. Così facendo, tuttavia, si rischia di prestare il fianco a problematiche forme di anticipazione della tutela penale che inducono a superare la classica distinzione tra *danno* e *pericolo*, per condurre, in ossequio al *principio di precauzione*, ad una altrettanto problematica differenziazione tra “*rischio presunto*” e “*rischio concreto*”⁵¹.

Come è possibile evincere da queste sintetiche battute, il diritto penale deve confrontarsi con concetti quali sicurezza, paura, rischio e pericolo che, stante la loro fumosità, mal si conciliano con un diritto penale del fatto, basato su parametri certi, necessari per muovere un rimprovero “oltre ogni ragionevole dubbio”.

Di particolare interesse per il penalista risultano gli ultimi due profili, ossia quelli del *rischio*⁵² e del *pericolo*, penetrati nel sistema penale ma non sempre in armonia con esso. A causa della loro affinità tali concetti vengono spesso utilizzati come sinonimi ma la loro assimilazione è tutt'altro che pacifica. V'è chi accoglie una differenziazione di tipo quantitativo, affermando che se il rischio consiste nella *possibilità* di verificazione dell'evento lesivo, il pericolo può definirsi come un rischio caratterizzato da una *alta possibilità* che l'evento infausto si realizzi⁵³. C'è, poi, chi ha rilevato come il pericolo si fonderebbe su una base scientifica sicura mentre il rischio, in quanto fondamento del principio di precauzione, si caratterizzerebbe per una situazione inversa⁵⁴. Ancora v'è chi, pur riconoscendo che entrambi i concetti possano ricondursi al timore di un danno, ritiene che essi si distinguano in quanto «il rischio si collega maggiormente con l'idea di “eventualità”, mentre il pericolo rinvia più frequentemente all'idea di “gravità”»⁵⁵.

In dottrina si è, altresì, registrata una difformità di vedute per quanto concerne la “fonte” del rischio e del pericolo come elemento di differenziazione. A fronte di chi ha ritenuto che il rischio possa essere identificato come un pericolo scaturente da una decisione dell'uomo, dovendo considerare il pericolo

⁴⁸ F. Diamanti, L. Messori, *La sicurezza agroalimentare fra danno da prodotto e principio di precauzione: dall'incertezza epistemica al buio scientifico, dalla scienza applicata alla post-normal science*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, a cura di G. De Francesco, G. Morgante, Torino 2018, 318.

⁴⁹ In dottrina è stato accuratamente evidenziato che, con riferimento alle forme di criminalità tipiche della società del rischio, l'opinione pubblica tende a identificarsi a volte con la vittima del reato e a volte con il suo autore. Nel primo caso i consociati si orienteranno verso la pretesa di una *tutela effettiva* che avvenga *attraverso* il diritto penale e nel secondo caso, invece, tenderanno a preferire un approccio più *garantista*, richiedendo una tutela *dal* diritto penale. «Il meccanismo di stigmatizzazione, in questo contesto, sembra operare in effetti con cadenze peculiari: la realizzazione di un fatto associato a un disvalore penale in ragione della qualificazione normativa dello stesso non determina, infatti, per ciò solo un effetto di stigmatizzazione *sostanziale*, da intendersi come capacità della condanna penale di declassare *inter cives* ed escludere l'autore del fatto dal consesso sociale»: così C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 6 s.

⁵⁰ C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 9.

⁵¹ C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 15.

⁵² Riferendosi in generale alla categoria del rischio, parte della dottrina ha evidenziato l'inutilità di una *nozione omnicomprensiva di rischio*, «il passo falso che si può compiere è quello appunto di isolare una delle sue applicazioni, magari storicamente o quantitativamente rilevante, e trascurare così altri significati che l'evoluzione del pensiero penalistico ha già dato o può ancora attribuire all'istituto, per fare fronte a particolari e sempre nuove esigenze»: così V. Militello, *op. cit.*, 12.

⁵³ G. Marini, “*Rischio consentito*” e *tipicità della condotta*. *Riflessioni*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari 1994, vol. II, 543 s.

⁵⁴ A. Massaro, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.5.2011, 5, la quale richiama a sua volta M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 120 s.

⁵⁵ E. Corni, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino 2013, 43.

tout court come un evento sopravvenuto e non governabile⁵⁶, v'è stato chi ha osservato come non si possa attribuire efficacia euristica all'origine "artificiale" dei rischi moderni: «se anche si volesse sottolineare il carattere di diretta ed esclusiva derivazione dei rischi moderni da una decisione dell'uomo, la precisazione non parrebbe andare oltre una valenza meramente descrittiva»⁵⁷.

Inoltre, la tradizionale distinzione semantica operata tra "reati di pericolo" (intesa come categoria contrapposta ai reati di danno) e "rischio consentito" (ossia uno dei limiti obiettivi al dovere di diligenza in materia colposa), si potrebbe assottigliare a favore di una più ravvicinata distinzione tra "illeciti di pericolo" e "illeciti di rischio".

La fisionomia di tale ultima figura di illecito è stata sviluppata nel contesto della responsabilità da prodotto, invero particolarmente confacente con la prospettiva dell'immissione sul mercato di un prodotto dotato di intelligenza artificiale in grado di cagionare un danno ai consumatori. Nel delineare l'illecito di rischio (come sub specie di un reato d'obbligo)⁵⁸, la dottrina chiarisce che esso non mira a sostituire le fattispecie di danno o di pericolo bensì a coesistere con esse, «trovando applicazione ogni qual volta l'indecifrabilità epistemologica degli anelli causali vanifica l'imputazione "certa" o "altamente probabile" dell'evento di danno o di pericolo all'autore»⁵⁹. I presupposti operativi di tale nuova tipologia di illecito sarebbero integrati, pertanto, da un'evidente propensione al danno di un determinato prodotto immesso sul mercato⁶⁰.

Tale modello di illecito, plasmato sul principio di precauzione, punterebbe a metabolizzare, in termini penalistici, le decisioni assunte in stato di incertezza e si baserebbe su una funzione profilattica, volta cioè a *disinnescare* il rischio, a sua volta, *innescato* dal prodotto⁶¹. Occorre, però, tenere presente che il diritto penale – anche in una sua versione moderna⁶² – non potrebbe predisporre forme di tutela meramente virtuali, pena la violazione del principio di offensività. Per tale ragione «il rischio, per potersi elevare al rango di fattore pre-giuridico di criminalizzazione, non può attestarsi sopra un livello di percezione unicamente "soggettiva"»⁶³.

Il medesimo risultato di tutela non potrebbe essere perseguito con le classiche figure dei reati di pericolo⁶⁴ in quanto esse poggiano su presupposti differenti. I reati di pericolo astratto presuppongono l'esistenza di conoscenze specifiche circa l'idoneità lesiva di un prodotto che, invece, difetterebbero nel contesto di un illecito di rischio. I reati di pericolo concreto, in più, mirano a reprimere condotte

⁵⁶ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 108.

⁵⁷ A. Massaro, *op. cit.*, 6.

⁵⁸ C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004, 449. In generale, sulla materia della responsabilità per danno da prodotto nella dottrina in lingua tedesca L. Kuhlen, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg 1989; E. Hilgendorf, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlino 1993; L. Kuhlen, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, in JZ, 1994, p. 1142 ss.; W. Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg 1996; B. Bock, *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aquisgrana 1997; A. Schmucker, *Die "Dogmatik" einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Francoforte 2001. Nella dottrina spagnola, per tutti, W. Hassemer, F. Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia 1995.

⁵⁹ C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 535.

⁶⁰ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 35.

⁶¹ Tale "metabolizzazione" sarebbe possibile mediante una triplice azione: riconoscere tempestivamente il rischio, intravedere la possibilità di controllare il rischio medesimo e, da ultimo, limitarlo e/o cauterizzarlo, così C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit. 603 s.

⁶² *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, a cura di K. Lüderssen, C. Nestler-Tremel, E. Weigend, Francoforte 1990; W. Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in ZRP, 1992, 378 ss.

⁶³ C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 614 s.

⁶⁴ Parte della dottrina spagnola sostiene che la differenza tra reati di pericolo astratto e concreto sia di natura probatoria: nei reati di pericolo concreto, deve essere dimostrato che l'imputato ha effettivamente creato una situazione di pericolo. Nei reati di pericolo astratto, è l'imputato che deve dimostrare di non aver creato alcun pericolo, nonostante la sua azione possa essere oggettivamente pericolosa. Tuttavia, sia nell'uno che nell'altro tipo di reato di pericolo, la possibilità del risultato dannoso si basa su una solida esperienza che invece, per definizione, difetta nel contesto precauzionale: così G. Quintero Olivares, *La robótica ante el derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, in *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2017, 20.

che hanno già innescato il rischio di un danno, essendo prossime alla ricognizione dei possibili effetti avversi. Per tale ragione la dottrina in esame insiste nel senso che, comunque, tale fattispecie penale debba fondarsi su indici di gravità «tali da lasciare percepire un ragguardevole *tasso di corrispondenza* ad una situazione di rischio effettivo» in modo da poter «*ratificare*» la presenza di un rischio per la sicurezza dei consumatori, che occorre tempestivamente rimuovere. La posticipazione dell'intervento penale esporrebbe il bene giuridico ad una tutela fortemente indebolita»⁶⁵.

La formulazione di tale tipologia di illecito dal marcato carattere anticipatorio⁶⁶, in realtà, non deve probabilmente sorprendere. Le moderne tecnologie espongono i consumatori a rischi sempre più pervasivi, dunque, in un certo senso, potrebbe non essere un caso che l'ambito della responsabilità penale si vada ampliando⁶⁷. Tale espansione penalistica, in realtà, costituisce cifra stilistica dell'applicazione del principio di precauzione⁶⁸ dalle cui derivate protezionistiche occorre, però, prendere le distanze.

4. Il principio di precauzione nasce e si sviluppa nel contesto della tutela ambientale⁶⁹, al punto da essere stato definito da parte della dottrina come un «principio ambientale di carattere paracostituzionale»⁷⁰.

Grazie alla Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2000⁷¹, esso ha assunto, inoltre, la natura di principio generale di diritto internazionale⁷². Nel suddetto testo si evidenzia come la scelta di ricorrere o meno al principio di precauzione avvenga, generalmente, in contesti in cui le informazioni scientifiche a disposizione siano insufficienti e sussistano fondati motivi per ritenere che i potenziali effetti di una determinata azione possano incidere negativamente sulla salute umana o sull'ambiente, in modo incompatibile con il prescelto livello di protezione. Posto che un immotivato ricorso al principio di precauzione porterebbe con sé il rischio di un *protezionismo*

⁶⁵ C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 631 s.

⁶⁶ A. Massaro, *op. cit.*, 5.

⁶⁷ E. Corn, *op. cit.*, 168.

⁶⁸ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 72 s.

⁶⁹ Ad oggi il principio di precauzione è espressamente riconosciuto dall'art. 191 par. 2 del TrFUE (ex art. 174 par. 2 Trattato CE). Tale articolo fonda la politica ambientale dell'Unione sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, della correzione in via prioritaria alla fonte, nonché sul principio «chi inquina paga». Per un approfondimento del rapporto tra il principio di correzione e il principio del «chi inquina paga» si rinvia a G. Forti, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*, cit., 634 ss. Merita di essere ricordato ai nostri fini il principio 15 della Conferenza delle Nazioni Unite di Rio de Janeiro sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992, il quale così recita: «Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale». Per un'analisi delle fonti sovranazionali che invocano il principio di precauzione (in materia ambientale e non) cfr. F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 37 s. In generale, sul tema della tutela ambientale nella dottrina penalistica, ex multis, C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino 2021; F. Palazzo, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, *DPenCont*, 2018, 329 ss.; M.L. Mattheudakis, *Opzioni legislative in tema di colpevolezza nei nuovi reati ambientali*, in *DPenCont*, 2018, 232 ss.; C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, in *SP*, 16.2.2023; L. Siracusa, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, in www.la legislazione penale.eu, 6.6.2023.

⁷⁰ E. Corn, *op. cit.*, 3.

⁷¹ Analizzano la Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 46; E. Corn, *op. cit.*, 10 ss.; G. Forti, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*, cit., 597 ss.

⁷² *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, Bruxelles, 2.2.2000, par. 4. La Commissione chiarisce che «anche se nel Trattato il principio di precauzione viene menzionato esplicitamente solo nel settore dell'ambiente, il suo campo d'applicazione è molto più vasto», 10.

dissimulato, la materia *de qua* impone la costante ricerca di un (non semplice) equilibrio tra i diritti dei produttori e quelli degli individui⁷³.

Ancora, per poter ricorrere al principio di precauzione (il quale, come anticipato, si colloca inevitabilmente in un contesto di incertezza scientifica)⁷⁴ è necessario, *in primis*, che sia stata effettuata una valutazione dei dati relativi ai rischi – con conseguente identificazione dei potenziali effetti negativi derivanti da un dato fenomeno – ed, *in secundis*, che sia stata svolta (sulla base delle conoscenze disponibili in un dato momento storico) una valutazione scientifica in ordine a tali potenziali effetti negativi⁷⁵.

A ben vedere il principio di precauzione non ha trovato espresso riconoscimento normativo soltanto a livello europeo ma anche a livello interno. Spicca in tal senso il Testo unico ambientale che, al proprio art. 3 *ter*, recepisce espressamente quanto disposto (ad oggi) dall'art. 191 par. 2 del TrFUE (il quale fonda la politica ambientale dell'UE), facendo del principio in esame non solo un criterio ispiratore ma anche una norma programmatica⁷⁶. Tale testo normativo appare, nel complesso, ispirato al principio di precauzione e non manca, tra l'altro, di prevedere specifiche sanzioni penali per chi violi le disposizioni del suddetto Testo Unico⁷⁷.

⁷³ *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., par. 1, 7-8. La Commissione individua, altresì, le tre fasi di analisi del rischio: 1. Valutazione del rischio 2. Scelta della strategia di gestione del rischio 3. Comunicazione del rischio. Il principio di precauzione sarebbe strettamente connesso alla fase della gestione del rischio in quanto, come evidenziato da parte della dottrina, invocarlo in fase di valutazione sarebbe, per certi versi, prematuro: in tal senso E. Corn, *op. cit.*, 10 s.

⁷⁴ «L'incertezza scientifica deriva di solito da cinque caratteristiche del metodo scientifico: le variabili prescelte, le misurazioni effettuate, i campioni individuati, i modelli utilizzati e le relazioni causali impiegate. L'incertezza scientifica può derivare inoltre da controversie sui dati esistenti o dalla mancanza di dati. L'incertezza può riguardare elementi qualitativi o quantitativi dell'analisi»: *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., 14.

⁷⁵ *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., 13. La valutazione del rischio consta di quattro componenti: l'identificazione del pericolo, la caratterizzazione del pericolo, la valutazione dell'esposizione e la caratterizzazione del rischio, concetti approfonditi nell'Allegato III della Comunicazione in esame, 29.

⁷⁶ Il riferimento, in realtà, non riguarda solo l'art. 191 par. 2 TrFUE (cfr. *supra* nota 69) richiamato dall'art. 3-*ter* del T.U. ambientale (d. lgs. 152/2006) ma anche l'art. 301 del medesimo Testo Unico, rubricato "Attuazione del principio di precauzione", il quale sancisce che: «1. In applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. 2. L'applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva. 3. L'operatore interessato, quando emerga il rischio suddetto, deve informarne senza indugio, indicando tutti gli aspetti pertinenti alla situazione, il comune, la provincia, la regione o la provincia autonoma nel cui territorio si prospetta l'evento lesivo, nonché il Prefetto della provincia che, nelle ventiquattro ore successive, informa il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. 4. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, ai sensi dell'articolo 304, che risultino: a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere; b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri; d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici. [...]». Con particolare riferimento al terzo comma dell'articolo in esame, che costituisce una specifica forma di attuazione del principio di precauzione sancito nei commi precedenti, ci si chiede se la mancata o intempestiva ottemperanza dell'obbligo di cui è investito l'operatore possa integrare gli estremi di una responsabilità penale. A ben vedere il comma in questione nulla dispone in ordine ad una espressa sanzione per tale omessa o tardiva comunicazione. È il caso di notare, infatti, che quando il legislatore ha inteso sanzionare (amministrativamente) l'operatore lo ha fatto espressamente, come sancito dall'art. 304 T.U. ambientale in caso di "minaccia imminente" (e non, pertanto, di mero rischio) di danno all'ambiente. Resta comunque aperta la questione concernente l'eventuale responsabilità colposa dell'operatore interessato nel caso in cui, dalla sua mancata o intempestiva comunicazione, sia derivato un evento penalmente rilevante previsto dalla legge anche in termini colposi. Sulla figura dell'operatore di cui al comma 3 dell'art. 301 T.U. ambientale v. I. Salvemmi, *Il ruolo del principio di precauzione nel "nuovo" diritto penale dell'ambiente*, in *DPenCont*, 2018, 250 s., la quale richiama a sua volta C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 37 ss.

⁷⁷ Il titolo V, Capo II del d. lgs. 152/2006 è espressamente dedicato alle Sanzioni penali, prevedendo ad esempio, all'art. 137, che «Chiunque apra o comunque effettui nuovi scarichi di acque reflue industriali, senza autorizzazione, oppure continui ad effettuare o mantenere detti scarichi dopo che l'autorizzazione sia stata sospesa o revocata, è punito con l'arresto da due mesi a due anni o con l'ammenda da millecinquecento euro a diecimila euro».

In realtà il T.U. ambientale non rappresenta un intervento isolato, essendo possibile rinvenire nell'ordinamento italiano diverse norme che hanno trovato nel principio di precauzione il fondamento per muovere un rimprovero di carattere (anche) penale: pensiamo, a titolo esemplificativo, al d. lgs. n. 206/2005, ossia il Codice del Consumo⁷⁸.

Quest'ultimo legittima l'adozione di misure precauzionali da parte delle autorità competenti volte a fronteggiare i possibili danni derivanti dai prodotti pericolosi (art. 107 co. 4), definendo questi ultimi come «qualsiasi prodotto che non risponda alla definizione di prodotto sicuro» (art. 103 co. 1 lett. b)⁷⁹. L'art. 112 cod. cons., in particolare il secondo comma, sanziona genericamente il produttore che immetta sul mercato “prodotti pericolosi”. Ad avviso di parte della dottrina, la lettura di tale comma in combinato disposto con l'art. 103 co. 1 lett. b «si presta potenzialmente a riguardare prodotti anche solo “sospettati” di essere pericolosi, a prescindere dalla disponibilità di prove scientifiche concrete»⁸⁰. Non a caso v'è chi ritiene che tale fattispecie codificherebbe un «nuovo modello di incriminazione» ovvero quello dei c.d. “reati di rischio”⁸¹, figura che già a prima vista palesa una difficile compatibilità con un diritto penale che, invece, necessita di solide e certe fondamenta.

Da quanto sin qui esplicitato è possibile notare come il principio di precauzione, originariamente relegato alla materia della tutela ambientale, non solo ad oggi ricopra il ruolo di principio internazionale di carattere generale – passando così da slogan politico a principio giuridico⁸² – ma sia stato altresì (a torto o a ragione) recepito da alcune (seppur settoriali) norme incriminatrici.

⁷⁸ L'art. 112 del d. lgs. n. 206/2005 è dedicato alle sanzioni e, in chiave evidentemente precauzionale, sancisce che: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il produttore o il distributore che immette sul mercato prodotti pericolosi in violazione del divieto di cui all'articolo 107, comma 2, lettera e), è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da 10.000 euro a 50.000 euro. 2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il produttore che immette sul mercato prodotti pericolosi, è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda da 10.000 euro a 50.000 euro. 3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il produttore o il distributore che non ottempera ai provvedimenti emanati a norma dell'articolo 107, comma 2, lettere b), numeri 1) e 2), c) e d), numeri 1) e 2), è punito con l'ammenda da 10.000 euro a 25.000 euro. 4. Il produttore o il distributore che non assicura la dovuta collaborazione ai fini dello svolgimento delle attività di cui all'articolo 107, comma 2, lettera a), è soggetto alla sanzione amministrativa da 2.500 euro a 40.000 euro. 5. Salvo che il fatto costituisca reato, il produttore che violi le disposizioni di cui all'articolo 104, commi 2, 3, 5, 7, 8 e 9, ed il distributore che violi le disposizioni di cui al medesimo art. 104, commi 6, 7, 8 e 9, sono soggetti ad una sanzione amministrativa compresa fra 1.500 euro e 30.000 euro».

Tra le altre disposizioni normative che sanzionano penalmente condotte ispirate al principio di precauzione si ricordano il d. lgs. 8.7.2003 n. 224 concernente l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e il d. lgs. 21.3.2005 n. 70 relativo agli alimenti ed ai mangimi geneticamente modificati.

⁷⁹ Il medesimo comma alla lett. a definisce il prodotto sicuro come «qualsiasi prodotto, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera e), che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone [...]».

⁸⁰ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 33.

⁸¹ «La differenza fra il modello (ormai tradizionale) dei reati di pericolo – anche nella forma del pericolo astratto – e questo nuovo modello del reato di rischio è assai significativa: il pericolo è probabilità della lesione del bene giuridico, basato sulla conoscenza positiva *ex ante* della catena causale che può provocare (o, per meglio dire, che potrebbe provocare, secondo l’*“id quod plerumque accidit”*) l’evento lesivo; il rischio – secondo la nozione fatta propria dal legislatore comunitario e sulla quale si è edificato questo nuovo sistema giuridico europeo di protezione dei consumatori – è un concetto differente e più sfumato, che sorge “qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d’incertezza sul piano scientifico”. Questa – come già si è visto – è la formulazione del “principio di precauzione” affermata dal diritto comunitario (art. 7, comma 1, reg. 178/2002): una situazione di “incertezza sul piano scientifico” che non sarebbe sufficiente per individuare un pericolo (nemmeno nella versione del pericolo astratto) secondo i criteri tradizionali della dogmatica penale e che tuttavia il legislatore comunitario considera sufficiente per l’adozione di “misure provvisorie di gestione del rischio”»: così L. Foffani, *Responsabilità per il prodotto e diritto comunitario: verso un nuovo diritto penale del rischio? Note comparatistiche sugli ordinamenti italiano e spagnolo*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini, D. Castronuovo, Padova 2007, 152 s.

⁸² C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza*

Nonostante ciò, ad oggi, fornire una definizione del principio in esame⁸³ non è certo compito semplice, specie alla luce della genericità, duttilità e relatività⁸⁴ che lo caratterizzano. In dottrina si è tentato di riassumere le linee guida del metodo precauzionale nei seguenti termini: «qualora una valutazione scientifica evidenzi la presenza di *rischi* connessi allo svolgimento di certe attività, anche se, vista l'*insufficienza* o la *contraddittorietà dei dati scientifici* a disposizione, gli stessi non possono essere interamente dimostrati, né può essere precisata con esattezza la loro portata, il principio di precauzione impone nondimeno di adottare tutte le misure necessarie per azzerare o contenere la *minaccia* in questione, giungendo, se necessario, all'*astensione* dallo svolgimento dell'attività rischiosa»⁸⁵.

Come abbiamo già avuto modo di anticipare, il principio di precauzione trova il proprio terreno d'elezione nell'incertezza scientifica. Essa si riferisce «a contesti in cui si avanzano serie congetture di gravi pericoli per beni fondamentali, pur in assenza di consolidate evidenze scientifiche circa l'effettiva pericolosità di date condotte, prodotti o sostanze, o in presenza di dati scientifici discordanti o comunque non pienamente corroborati»⁸⁶. Il concetto di incertezza scientifica porta con sé un duplice dubbio: il primo concerne la concreta verificabilità dell'evento nel mondo reale, mentre il secondo riguarda la plausibilità di una determinata congettura scientifica che funga da nesso tra condotta ed evento⁸⁷. In dottrina è stato fatto opportunamente notare che, affinché un'incertezza scientifica possa essere idonea a fondare un'azione precauzionale, essa deve derivare da una valutazione completa che evidenzi i punti in cui si annida l'incertezza. Tale riflessione potrebbe a prima vista apparire contraddittoria ma, ad uno sguardo più attento, si dimostra fondata.

La dottrina penalistica classica, infatti, nell'individuare i presupposti di interventi di tutela anticipati, ispirati al principio di precauzione, chiarisce che «i rischi o pericoli paventati non devono essere frutto di semplice sospetto o mera congettura: ancorché non riscontrabili con certezza, i rischi o pericoli in questione devono comunque poggiare su fondamenti seri, riconosciuti come tali dagli esperti»⁸⁸. In tal modo sembra che il principio di precauzione si sottragga ai casi di plateale incertezza⁸⁹, posto che la valutazione scientifica sui rischi di una data attività deve essere quantomeno tale da permettere alla pubblica autorità di decidere se il livello di rischio per la società possa dirsi accettabile (pena l'adozione di misure arbitrarie)⁹⁰. In altri termini, è l'incertezza scientifica *relativa* a potersi confrontare con il diritto penale, mentre l'incertezza scientifica *assoluta* non può legittimare un

scientifica, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano 2006, vol. II, 1744 s.

⁸³ Sulla distinzione tra il principio di precauzione e la semplice “idea di precauzione” e sulla diffidenza nei confronti dell'innovazione scientifica generata dalla confusione di questi due concetti cfr. E. Corn, *op. cit.*, 8.

⁸⁴ Ad esempio, nel confronto fra l'Europa e gli Stati Uniti d'America, parte della dottrina ha evidenziato come, in realtà, fra i due sistemi non esista una diversa concezione del principio di precauzione, bensì una semplice «mobilitazione selettiva dello stesso nei confronti di rischi che, presentando nelle due aree una diversa forza evocativa (...), scatenano reazioni e avversioni differenziate». Ad esempio, mentre in ambito europeo il principio di precauzione ha trovato terreno fertile nel campo della protezione ambientale, negli USA si sono invocate le logiche della precauzione per combattere il terrorismo: così G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 610 s.; nello stesso senso E. Corn, *op. cit.*, 84.

⁸⁵ A. Massaro, *op. cit.*, 1, corsivo nostro.

⁸⁶ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1743.

⁸⁷ C. Brusco, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”*, in *Crim*, 2012, 403, il quale richiama a sua volta C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1761.

⁸⁸ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna 2019, 222 s.

⁸⁹ L'ancoraggio dei precetti penali alla tutela di beni giuridici nel contesto dell'incertezza scientifica tipica del principio di precauzione, «può ritenersi salvaguardato, a condizione che il sapere disponibile, per quanto incerto, sia tale da porre seriamente il problema d'un eventuale grave pericolo per interessi importanti. In situazioni del genere il principio di precauzione è fondamento di legittimazione d'un eventuale intervento del legislatore»: così D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *DPP*, 2008, 652.

⁹⁰ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 653 s.

intervento penalistico che, altrimenti, risulterebbe basato non soltanto sul c.d. “buio scientifico” ma anche su una percezione del pericolo di matrice squisitamente collettivo-emotiva⁹¹.

L'estremizzazione del rapporto tra incertezza e precauzione può essere individuata nel c.d. criterio del *maximin*⁹² «secondo il quale ogni scelta da compiersi in condizioni di incertezza va valutata in base alla peggiore delle sue conseguenze possibili». Tale *forma mentis* conduce ad una significativa espansione degli elementi costitutivi della responsabilità colposa, segnatamente, riconoscibilità del rischio e prevedibilità dell'evento⁹³.

Il principio di precauzione, inoltre, al pari del criterio del *maximin*, esprime un approccio tutt'altro che neutro, collocandosi «sul precario crinale che separa il pendio dell'accertamento scientifico basato sui fatti da quello della valutazione discrezionale del legislatore e del giudice»⁹⁴. Il principio in esame, infatti, non solo non può considerarsi neutrale – proprio in quanto tutela determinati interessi e non anche altri⁹⁵ – ma, ad avviso di alcuni, dovrebbe altresì essere sostituito con il distinto “principio di priorità”, il quale garantirebbe la prevalenza della ragione scientifica sulle preoccupazioni emotive della società e sugli interessi di carattere politico⁹⁶. Il “sottofondo di insicurezza” che caratterizza la materia *de qua* risulta, infatti, condizionato da un costrutto sociale e mediatico che dovrebbe essere il più possibile tacitato e da cui spesso dipendono non soltanto le valutazioni *ex ante* concernenti la gravità di determinati rischi ma anche le valutazioni *ex post* circa l'imputazione degli eventi dannosi che ne costituiscano la concretizzazione⁹⁷.

In questa prospettiva interdisciplinare, risulta evidente che i soggetti più idonei ad affrontare l'incertezza che aleggia nella materia in esame siano proprio coloro i quali creano il rischio ad essa connesso. In una sorta di paradosso⁹⁸ logico, «sono proprio gli attori del progresso tecnico a doversi fare carico, nella società del rischio che essi concorrono a ingenerare, di tutte le cautele connesse alle loro attività»⁹⁹. Costoro, infatti, sono in grado di cogliere i primi segnali di rischio da fronteggiare – posto che hanno contribuito a determinarlo¹⁰⁰ – anche tramite obblighi di approfondimento e aggiornamento scientifico¹⁰¹.

La complessità del tipo di rischi innescati dalle nuove tecnologie, inoltre, porta con sé uno spostamento dalla responsabilità della persona fisica a quella della persona giuridica: l'ente si pone al centro «come produttore e moltiplicatore di rischi, ma – al tempo stesso – come soggetto privilegiato a giocare la partita della prevenzione e della minimizzazione degli stessi»¹⁰².

Il principio di precauzione necessita, infine, di essere distinto dal concetto di prevenzione. Mentre il c.d. diritto penale tradizionale della prevenzione si fonda sull'idea della previsione o della

⁹¹ C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 17. L'A. poco prima rileva l'esistenza di un «disallineamento della scienza penalistica rispetto alla concezione della precauzione accolta dagli altri campi del sapere. In sostanza, l'impostazione penalistica tradizionale confonderebbe l'incertezza scientifica *relativa*, che è oggi considerata fisiologica nel sapere scientifico, con la *precauzione*, che le altre discipline riferiscono invece ai casi di incertezza scientifica *assoluta*», 16. Traccia una distinzione tra “incertezza vera” e “incertezza relativa” anche G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 601 s.

⁹² Sul criterio del *maximin* v. anche F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 246 ss. la quale evidenzia come quest'ultimo attribuisca «il massimo peso (*maxi*) alla peggiore delle conseguenze possibili, per quanto improbabile essa possa essere (*min*)», 248.

⁹³ E. Corn, *op. cit.*, 136.

⁹⁴ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 594.

⁹⁵ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1754.

⁹⁶ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 100.

⁹⁷ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 591 s.

⁹⁸ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 29.

⁹⁹ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1766, l'A. prosegue affermando che «i datori di lavoro e i portatori di sapere tecnico-scientifico che hanno contribuito a creare nuovi prodotti e sostanze sono i soggetti che meglio e più da vicino possono cogliere i primi segnali di rischio».

¹⁰⁰ E. Corn, *op. cit.*, 173.

¹⁰¹ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1762.

¹⁰² C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 18.

prevedibilità, il sempre maggiore spazio guadagnato dall'incertezza scientifica porta ad un progressivo spostamento verso il modello dell'*incertezza del rischio*, all'interno del quale trova cittadinanza il principio di precauzione¹⁰³. Prevenzione e precauzione, infatti, sono concetti accomunati da un intervento preventivo rispetto alla lesione del bene giuridico ma si differenziano l'uno dall'altro¹⁰⁴. La "logica della *prevenzione*" sarebbe, infatti, sottesa alle "classiche" (per quanto problematiche) forme di anticipazione della tutela penale (es. reati di pericolo astratto). La "logica della *precauzione*", invece, tenderebbe ad assumere il ruolo ispiratore di risposte "moderne" orientate in direzione della *criminalizzazione preliminare*¹⁰⁵.

La traduzione penalistica del principio di prevenzione troverebbe corrispondenza nei reati di pericolo, a differenza del principio di precauzione, il quale darebbe vita a un vero e proprio «*ribaltamento delle premesse di legittimazione dell'intervento giuridico*»¹⁰⁶: ciò proprio in considerazione del fatto che il principio di prevenzione si confronterebbe solo con rischi "scientificamente dimostrati", mentre quello di precauzione si fonderebbe sull'incertezza scientifica concernente gli effetti di una data attività o di un determinato prodotto¹⁰⁷, anticipando ulteriormente la soglia di tutela rispetto al principio di prevenzione¹⁰⁸.

5. V'è chi, accostandosi al tema della precauzione, ha suggestivamente affermato come ad esso si richieda di minimizzare l'effetto sorpresa del c.d. "cigno nero", andando a considerare i possibili effetti negativi che possono derivare dal progresso tecnico-scientifico¹⁰⁹.

Il principio di precauzione, qui inteso come concetto normativo¹¹⁰, ha per lungo tempo suscitato scarso interesse presso i penalisti in quanto, operando in contesti connotati da incertezza scientifica, mal si concilierebbe con un sistema (quale quello penalistico) fondato su dati scientificamente valutabili e su fatti giuridicamente accertabili, quantomeno in termini di elevata credibilità razionale¹¹¹. La sua indeterminatezza genera non pochi problemi di coordinamento con i principi di legalità e di colpevolezza¹¹², proprio in considerazione dell'assenza di una disciplina legislativa che ne definisca compiutamente natura, presupposti ed effetti¹¹³. In quest'ottica, il principio di precauzione non potrebbe assurgere al rango di fondamento per l'imputazione penale di un fatto o come requisito dell'imputazione stessa: «proprio il raggio d'azione del principio, esteso al mero *sospetto* dell'esistenza di rischi per i beni giuridici, in campo penale lo porrebbe infatti in conflitto con le fiere riserve avanzate dalla dottrina verso forme eccessivamente spinte di anticipazione della tutela»¹¹⁴.

¹⁰³ C.M. Romeo Casabona, *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*, in *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, a cura di C.M. Romeo Casabona, Granada 2004, 388 s. Nello stesso volume si segnalano altresì i contributi di F.C. Schroeder, *Principio de precaución, derecho penal y riesgo*, 423 ss.; B. Mendoza, *Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro*, 435 ss.; E. Sola Reche, *Principio de precaución y tipicidad penal*, 475 ss.

¹⁰⁴ Sul rischio di confusione terminologica tra «*principio de cautela, de prudencia y de precaución*» S. Romero Melchor, *Principio de precaución: ¿principio de confusión?*, in *GJ*, 2000, 89.

¹⁰⁵ C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 16.

¹⁰⁶ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 120.

¹⁰⁷ A. Massaro, *op. cit.*, 4.

¹⁰⁸ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 71.

¹⁰⁹ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 25 s. L'A. propone questa suggestiva immagine spiegando come, prima della comparsa del cigno nero, tutti pensavano che i cigni potessero essere soltanto bianchi. La scoperta dell'esistenza del cigno nero dimostra come un singolo evento possa invalidare un'esperienza secolare. Il principio di precauzione, in questa metafora, si proporrebbe di trasformare il cigno da nero in grigio.

¹¹⁰ E. Corn, *op. cit.*, 1.

¹¹¹ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1748 s.

¹¹² F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 89.

¹¹³ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 45.

¹¹⁴ G. Forti, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo"*, cit., 618.

Ad avviso di parte degli studiosi, il principio di precauzione, alla luce della sua natura “prospettica e programmatica”¹¹⁵, sarebbe incompatibile con i criteri retrospettivi della responsabilità penale e con la necessità che questa si fondi su un sufficiente livello di certezza¹¹⁶. Siffatta prospettiva di «responsabilità per il da-farsi, più che per il già-fatto»¹¹⁷ mette a dura prova la c.d. postura mentale del penalista¹¹⁸, abituato a un diritto penale che sia, al contempo, strumento di orientamento delle condotte umane ed *extrema ratio* del potere punitivo.

L’influenza del principio di precauzione sulle decisioni giudiziarie¹¹⁹ sembra, inoltre, condurre ad una «flessibilizzazione» delle categorie classiche del reato», ossia ad una tendenza da parte dei giudici ad effettuare un’interpretazione meno stringente degli elementi costitutivi del reato (con particolare riferimento alla causalità¹²⁰ e alla colpa)¹²¹. Tale tendenza si è già palesata con riferimento alla materia della *product liability*, ove la giurisprudenza tende a considerare sufficienti «profili di tipicità oggettiva e soggettiva “affievoliti” per imputare il danno da prodotto»¹²².

Gli effetti del principio di precauzione sulla responsabilità penale, oltre a condurre ad un’espansione di quest’ultima¹²³, potrebbero, altresì, portare al paradosso di consentire, da un lato, pericoli scientificamente fondati (es. la nocività delle sigarette è nota a tutti ma il loro consumo è legalizzato sulla base di un mero consenso generalizzato) e, dall’altro, di attribuire rilevanza penale a pericoli soltanto sospettati, proprio alla luce del principio di precauzione¹²⁴.

¹¹⁵ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 72.

¹¹⁶ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”*, cit., 633.

¹¹⁷ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Crim*, 2006, 229.

¹¹⁸ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”*, cit., 619.

¹¹⁹ Fra le pronunce giurisprudenziali che si sono ispirate al principio di precauzione è opportuno ricordare il noto caso del Petrolchimico di Porto Marghera, Cass. 17.5.2006 n. 4675, in *DeJure*. Ripercorre le tappe essenziali del processo, ponendo particolare attenzione al problema delle regole cautelari “aperte”, L. Risicato, *Lezioni di diritto penale*, Pisa 2023, 348 ss.; si esprime in termini critici, circa l’approccio precauzionale adottato dalla Corte d’Appello di Venezia nel predetto caso, C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., 1694; la pronuncia della Corte di Cassazione si allineò all’orientamento della Corte d’appello, come evidenziato da E. Corn, *op. cit.*, 133 e da D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., 649. Per un’analisi dei casi di Porto Marghera e di Sarno (Cass. 12.3.2010 n. 16761, in *DeJure*) v. D. Castronuovo, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.7.2011, 35 ss., cui si rinvia per l’analisi di altre pronunce giurisprudenziali ispirate al principio di precauzione, 28 ss. Si concentra sui casi di Porto Marghera e di Seveso (Cass. Civ. S.U. 21.2.2002 n. 2515, in *DeJure*), C. Perini, *Rischio tecnologico e responsabilità penale. Una lettura criminologica del caso Seveso e del caso Marghera*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2002, 389 ss.

¹²⁰ Sul tema della causalità nella società del rischio E. Mezzetti, *Autore del reato e divieto di «regresso» nella società del rischio*, Napoli 2021; R. Blaiotta, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *CP*, 2007, 365 ss.

¹²¹ C. Brusco, *op. cit.*, 404.

¹²² A. Cappellini, *Profili penalistici delle self-driving cars*, in *DPenCont*, 2019, 339. La dottrina che si è occupata del tema della responsabilità per danno da prodotto ha evidenziato diverse problematiche, con riguardo tanto all’*elemento oggettivo* quanto all’*elemento soggettivo* del reato. Sotto il primo profilo l’aspetto più spinoso che si riscontra concerne l’accertamento eziologico. Stante la potenziale “diffusività” del danno da prodotto, nonché la consistente difficoltà di individuare il fattore produttivo del danno, la giurisprudenza sembra accontentarsi di un’“imputazione causale alternativa”, fondata da un lato sulla vicinanza temporale tra l’uso del prodotto e la verifica dell’evento dannoso e, dall’altro, sull’assenza di fattori causali alternativi (c.d. “causalità negativa”). In questi contesti, infatti, l’unica certezza sembra essere la causale riconducibilità del danno al prodotto, da cui però non deriva altrettanta certezza nell’individuazione del nesso causale e, conseguentemente, del soggetto responsabile. Quanto al secondo profilo, ossia quello concernente l’*elemento soggettivo*, l’illustre dottrina riscontra la seria difficoltà di formulare un giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell’evento dannoso, proprio in ragione della complessità, a monte, di determinare la pericolosità del prodotto. Si registra in tal senso un orientamento ondivago della giurisprudenza, volto a riconoscere, a volte, la sussistenza del dolo eventuale e, in altri casi, della colpa cosciente. I contorni tra i due elementi soggettivi si fanno in tal sede ancor più sfumati, dipendendo da quanto il giudice reputi elevato il livello di cognizione della situazione da parte dei produttori. In tal senso C. Piergallini, *La responsabilità del produttore: una nuova frontiera del diritto penale?*, in *DPP*, 2007, 1126 s.

¹²³ D. Castronuovo, *op. cit.*, 42 ss.

¹²⁴ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 71 s.

Conseguentemente, non sorprende che vi sia in dottrina chi rifiuta apertamente un modello punitivo basato su tale ultimo principio, affermando che «*non si può criminalizzare un comportamento sulla base della non conoscenza della sua pericolosità o della sua efficienza eziologica*»¹²⁵. Tale assunto apre l'annosa questione concernente la natura del principio di precauzione¹²⁶.

A tal proposito v'è chi ritiene che il principio in esame non avrebbe un'efficacia diretta nel diritto penale, essendo piuttosto volto ad ispirare le autorità pubbliche nella scelta concernente l'opportunità di vietare o regolamentare una certa attività potenzialmente pericolosa in ordine alla quale, tuttavia, non sussista ancora alcuna certezza di tipo empirico o scientifico¹²⁷. In questa prospettiva il principio di precauzione assume il ruolo di «strumento procedimentale per l'azione della pubblica amministrazione»¹²⁸ o, in altri termini, di criterio di buona amministrazione, i cui naturali destinatari non potrebbero che essere gli enti pubblici¹²⁹. L'assenza di conferme scientifiche e di evidenze empiriche che connota il principio di precauzione ne determinerebbe, in altri termini, l'estraneità alla materia della responsabilità penale¹³⁰.

Un approccio cauto indurrebbe a ritenere più confacente considerare il principio di precauzione non come criterio di dogmatica penale bensì come criterio di politica legislativa¹³¹. In tal senso il principio in esame avrebbe la funzione di orientare l'intervento legislativo nella regolamentazione di quelle attività rischiose che, al tempo della società del rischio, sono in continuo divenire¹³². Di fronte alle nuove sfide poste dall'innovazione tecnologica, potenzialmente foriere di pericoli, spetterà al legislatore compiere una scelta di tipo “pre-penale”, volta cioè a decidere se consentire lo svolgimento di una data attività oppure proibirlo a monte¹³³. Di tale avviso sembra anche parte della dottrina spagnola, la quale chiarisce che il principio di precauzione può essere utilizzato per creare regole amministrative volte a proibire l'esercizio di una determinata attività ma non potrebbe, del pari, essere invocato per legittimare una norma incriminatrice¹³⁴. In altri termini, «il principio di precauzione non può essere ragionevolmente considerato un principio sostantivo, che imponga limiti o divieti rigidi¹³⁵, ma è un *principio di legittimazione di interventi di pubbliche autorità*»¹³⁶.

In dottrina si sono, tuttavia, registrate delle aperture volte a dare uno spazio al principio in esame in funzione incriminatrice. Proprio in prospettiva *de iure condendo* ci si è chiesti se le “esigenze della modernità”, tipiche dell'odierna società, possano trovare una soluzione adeguata attraverso modelli d'incriminazione fondati sulla logica della precauzione¹³⁷ e se il principio si presti ad introdurre

¹²⁵ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 121.

¹²⁶ Sul punto F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 54 s.

¹²⁷ C. Brusco, *op. cit.*, 399. Poco più avanti l'Autore chiarisce che finché non si abbia conferma scientifica circa i possibili effetti dannosi di una data attività «il problema non riguarda il diritto penale ma le scelte politico-amministrative che possono essere o meno ispirate a rigore preventivo per evitare danni ad oggi non confermati trattandosi di ipotesi prive di conferma e quindi di concretezza», 402.

¹²⁸ E. Corn, *op. cit.*, 22.

¹²⁹ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 241.

¹³⁰ C. Brusco, *op. cit.*, 411.

¹³¹ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 229.

¹³² A. Massaro, *op. cit.*, 10.

¹³³ L. Stortoni, *op. cit.*, 83.

¹³⁴ G. Quintero Olivares, *op. cit.*, 20.

¹³⁵ In dottrina si è discusso circa la qualificazione del principio di precauzione come *facoltà* o *obbligo* di adottare determinate forme di tutela in un contesto di incertezza scientifica. Si tende ad escludere che tale principio possa fondare “obblighi di fare”, proprio in considerazione del fatto che, in contesti di incertezza scientifica, la scelta sulle azioni da intraprendere e sul livello di protezione da adottare è una scelta di tipo politico e, pertanto, discrezionale: cfr. F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 59 s.

¹³⁶ D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., 651 s.

¹³⁷ È stato, a tal uopo, proposto di servirsi di uno schema di reato a struttura ingiunzionale, il quale potrebbe garantire «la valutazione precauzionale delle amministrazioni competenti o delle agenzie di controllo appositamente costituite, alle quali affidare il compito del bilanciamento degli interessi, alla luce delle indicazioni provenienti dai soggetti interessati alle valutazioni di rischio (...). Nondimeno i reati a struttura ingiunzionale di cui si è detto sembrano potersi giustificare in ragione dell'esigenza di assicurare valutazioni di rischio concrete e partecipate. L'incriminazione sarebbe posta, cioè,

categorie sistematiche che, non essendo del tutto compatibili con le caratteristiche tipiche del diritto penale, siano volte a delineare il c.d. “volto attuale dell’illecito penale”¹³⁸.

Tale incriminazione rischierebbe, però, di assumere le vesti di un illecito di mera disobbedienza che, ad avviso di parte della dottrina, non appare sufficiente per giustificare un intervento penale¹³⁹, essendo ben possibile che una siffatta trasgressione penalmente rilevante sia talmente distante dal bene giuridico tutelato da violare il principio di necessaria offensività¹⁴⁰. Se è vero (come è vero) che l’attitudine offensiva di una condotta costituisce il «presupposto dell’ammissibilità della scelta di tutela preventiva sotto il profilo della ragionevolezza, si comprende come risulti estremamente problematico rintracciare uno spazio di legittimazione a fattispecie penali edificate sul *principio di precauzione*, che rispetto al percorso comunemente seguito nella verifica delle premesse di legittimazione dell’intervento punitivo, e dello stesso modello del pericolo astratto, sembra proporre un vero e proprio “ribaltamento epistemologico”, assumendo l’incertezza scientifica sulla pericolosità di talune condotte o situazioni come *starting point* per il relativo divieto penale». In altri termini, di fronte ad un rischio meramente potenziale ed ipotetico, ogni verifica circa la ragionevolezza della sua pericolosità o la sua efficienza eziologica andrebbe esclusa in partenza¹⁴¹.

Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre probabilmente prendere atto che, al fine di evitare un’indesiderabile elefantiasi del diritto penale, il c.d. *ius terribile* non deve costituire sempre e necessariamente la via maestra, potendo lasciare il campo a interventi sanzionatori di carattere amministrativo o civile¹⁴², riappropriandosi della sua natura frammentaria e sussidiaria. L’incertezza scientifica dovrebbe costituire una remora all’uso dello strumento penalistico e non un «incentivo ispirato dall’“ansia di sicurezza” generata dai nuovi rischi tecnologici» in quanto, probabilmente, il rischio costituisce una base troppo fragile sulla quale costruire un rimprovero di natura penale¹⁴³.

Per quanto il principio di precauzione possa essere inidoneo a fondare una norma penale, esso resta comunque un principio giuridico in grado di orientare le scelte del legislatore sull’*an* e sul *quomodo* dello svolgimento di una data attività pericolosa. Non sorprende, infatti, che il principio di precauzione, presente nell’analisi di qualsiasi nuova tecnologia, figuri anche nel campo dell’intelligenza artificiale e della robotica, in quanto «il rischio o l’ignoranza di ciò che può accadere vivono accanto all’evoluzione»¹⁴⁴.

Resta dunque da chiedersi come maneggiare il principio di precauzione per fronteggiare la suddetta evoluzione tecnologica. In dottrina è stata proposta una duplice concezione del principio in esame che potrebbe tornare utile ai nostri fini¹⁴⁵. Secondo una *concezione radicale* si dovrebbe perseguire

a tutela delle procedure di valutazione del rischio da parte del corpo sociale, confermando che il “precauzionismo” non rileva come principio assoluto, ma entra piuttosto in bilanciamento con l’utilità sociale dell’attività pericolosa. Anche *navigare necesse est*»: così F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 247. Tale precetto ingiunzionale verrebbe cucito su un soggetto determinato il quale diventerebbe destinatario dei relativi doveri di gestione di una data attività pericolosa. L’adozione di tale modello, a ben vedere, richiederebbe una struttura organizzativa complessa, nonché una «gestione partecipata dei rischi», maggiormente confacente con la struttura della responsabilità degli enti, all’interno dei quali vengono approvati modelli di organizzazione e gestione volti, altresì, al contenimento dei rischi e dei danni che possono derivare dallo svolgimento di una data attività, in tal senso C. Pongiluppi, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto “a distanza” tra disvalore d’azione e disvalore d’evento*, in *R.T.D.P.E.*, 2010, 256.

¹³⁸ A. Massaro, *op. cit.*, 3.

¹³⁹ E. Corn, *op. cit.*, 95.

¹⁴⁰ A. Massaro, *op. cit.*, 13.

¹⁴¹ V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 296.

¹⁴² F. Stella, *op. cit.*, 481 ss.

¹⁴³ A. Massaro, *op. cit.*, 14 s.

¹⁴⁴ G. Quintero Olivares, *op. cit.*, 20.

¹⁴⁵ In dottrina è stata altresì proposta una diversa differenziazione fra versioni deboli, forti e intermedie del principio di precauzione, cfr. F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 63 ss. Per una distinzione fra significato *débil* e *fuerte* del principio di precauzione nella dottrina spagnola A. Galán Muñoz, *La problemática utilización del principio*

la via dell'astensione ogniqualvolta ci si trovi in presenza di un fattore di rischio, anche solo potenziale, rispetto al quale non sussistano certezze scientifiche in ordine alle possibili conseguenze. Come è stato correttamente osservato, posto che ogni scoperta scientifica dischiude, a sua volta, nuovi territori inesplorati, una rigida applicazione del principio di precauzione porterebbe ad un effetto paralizzante. Nei settori emergenti e nel campo delle nuove tecnologie ogni condotta sarebbe potenzialmente illecita¹⁴⁶, con una conseguente preoccupante estensione della tendenza panpenalistica dei nostri giorni ed un azzeramento dell'ambito di operatività del rischio consentito¹⁴⁷. Le *concezioni moderate*, invece, propongono di «prevedere, di fronte a una data attività la cui pericolosità è scientificamente incerta, una alternativa al divieto tombale del suo svolgimento». A tal fine si concepisce l'alternativa inibitoria solo come un rimedio di carattere temporaneo e provvisorio, collegato alla c.d. soglia mobile dell'incertezza scientifica¹⁴⁸: è proprio in tale ambito di rischio (temporaneamente) non consentito che il diritto penale potrebbe rivestire un ruolo di *supporto*, al fine di garantirne la corretta gestione¹⁴⁹. Stante la maggiore gravità delle misure di contenimento precauzionale del rischio (attesa la loro applicazione nel contesto dell'incertezza scientifica), v'è chi ha ritenuto opportuno assicurare che le scelte relative a tale tipo di rischi siano caratterizzate da una marcata partecipazione democratica¹⁵⁰ e da una completa trasparenza nella relativa informazione pubblica¹⁵¹.

In questa prospettiva, dunque, il principio di precauzione non riveste il ruolo di «simbolo dell'anti-progresso»¹⁵² ma, al contrario, assurge al rango di “criterio metodologico” per adottare decisioni in ambiti caratterizzati da un certo margine di incertezza scientifica¹⁵³. Tale accezione moderata consente di riavvicinare il principio di precauzione all'esaminato principio di prevenzione, il quale continuerebbe a costituire il metodo ordinario di gestione del rischio, lasciando al principio di precauzione un ambito residuale ed eccezionale¹⁵⁴.

Il principio di precauzione si presenta, in definitiva, come una possibile risposta alla c.d. “incertezza del rischio”, ossia come un criterio per adottare misure di protezione prima che si raggiunga una prova scientifica circa il pericolo di danno di una data attività¹⁵⁵. Si rende a tal fine necessaria una delimitazione delle modalità operative del principio in esame, per evitare che da “formula magica” dei nostri tempi si riduca a mera “formula vuota”¹⁵⁶.

6. Tra i compiti dell'odierna *scienza penale integrata*, rientra quello della decostruzione del “rischio” nel contesto normativo penale. Solo una volta definita la base scientifica di riferimento sarà possibile individuare i criteri giuridici adeguati per la sua gestione che, normalmente, – posto che ci si muove

de precaución como referente de la política criminal del moderno derecho penal. ¿Hacia un derecho penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo?, in *Revista de Estudios de la Justicia*, 2015, 79 ss.

¹⁴⁶ Tale immagine, per certi versi, richiama alla memoria il fenomeno della c.d. *riflessività della scienza*, la quale si rende conto di «creare, con il progresso, sempre nuovi rischi ma di non saperli più fronteggiare adeguatamente»: così C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1694.

¹⁴⁷ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 232 ss.

¹⁴⁸ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 236.

¹⁴⁹ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 240.

¹⁵⁰ Sulla partecipazione democratica nella gestione del rischio C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 17; F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 253.

¹⁵¹ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 239.

¹⁵² E. Corn, *op. cit.*, 146.

¹⁵³ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 66.

¹⁵⁴ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 237.

¹⁵⁵ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 601.

¹⁵⁶ A. Massaro, *op. cit.*, 3. La suggestiva espressione della “formula magica” è attribuibile a G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 592 il quale cita a sua volta R. Wiethölter, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Roma-Bari 1975.

nel campo «dei potenziali d'offesa *leciti*»¹⁵⁷ – prendono le mosse dalla categoria del rischio consentito¹⁵⁸.

Analizzando il rapporto intercorrente tra quest'ultimo ed il principio di precauzione, parte della dottrina spagnola ha evidenziato che quando si parla di rischio consentito¹⁵⁹ ci si riferisce ad una situazione in cui si conoscono le possibili conseguenze di una certa attività, per quanto ad essa non si voglia rinunciare in quanto socialmente utile (basti pensare, a titolo esemplificativo, alla materia della circolazione stradale). Nell'invocare, invece, il principio di precauzione ci si muove in un ambito nel quale non si conoscono le possibili conseguenze lesive di una data attività, stante il contesto di incertezza che lo caratterizza¹⁶⁰. Nell'alveo del rischio consentito (*rectius*, adeguatezza sociale)¹⁶¹ vengono tradizionalmente annoverate tutte quelle attività lecite “pericolose” che l'ordinamento autorizza, in ragione della loro elevata utilità sociale, pur essendo caratterizzate da possibili eventi dannosi in larga misura prevedibili e non sempre evitabili.

La prevedibilità¹⁶² delle possibili conseguenze lesive consente di strutturare regole cautelari *ad hoc*, le quali, però, possono tendere ad una mera riduzione del pericolo e non alla sua totale eliminazione. La scelta delle attività pericolose da consentire avviene sulla base di un bilanciamento volto a individuare un equilibrio tra rischio assunto e benefici conseguibili. Tale regola di bilanciamento tra interessi contrapposti rappresenta l'elemento chiave per individuare l'eventuale superamento del rischio consentito¹⁶³ che, inevitabilmente, sfocerebbe nel penalmente rilevante¹⁶⁴.

Ci si chiede, tuttavia, se questa impostazione non finisca con l'essere messa in crisi dal costante sviluppo tecnologico dei nostri giorni, al punto da interrogarsi sull'attualità della categoria del rischio consentito dinnanzi alla sempre più pervasiva figura del c.d. “rischio ignoto”, basato su conoscenze scientifiche incerte e, pertanto, sospettato ma non prevedibile¹⁶⁵. Il rischio consentito appare, dunque, come un concetto dai confini mobili, la cui area di operatività non può «ritenersi definita una volta per tutte con l'avvenuta ammissione all'esercizio dell'attività, ma risulterà progressivamente modulata sulla base di un continuo processo di scambio di informazioni tra privato-produttore e autorità, nel corso del quale il primo, specie se particolarmente attrezzato di *know-how* tecnologico, si troverà gravato del dovere di rendere edotta l'istanza di controllo di tutte le conoscenze che potrebbero modificarne l'originaria valutazione»¹⁶⁶.

Il rischio consentito è stato considerato in dottrina come uno dei momenti fondamentali della teoria generale del reato, specie con riferimento alla materia colposa. L'evoluzione della società (nei termini dello sviluppo tecnologico che qui ci occupa) porta con sé una significativa espansione dell'ambito operativo della colpa, con particolare riferimento a tutte quelle attività pericolose ma socialmente utili che integrano il rischio consentito¹⁶⁷. Il punto è che nell'odierna società nessuna attività è a “rischio

¹⁵⁷ C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 20.

¹⁵⁸ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 589 s.

¹⁵⁹ Sul tema del rischio consentito nella dottrina tedesca classica si vedano i contributi di J. Rehberg, *Zur Lehre vom «Erlaubte Risiko»*, Zurigo 1962; D. Kienapfel, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht: zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff*, Francoforte 1966; W. Preuss, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlino 1974; U. Kindhäuser, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, in GA, 1994, 197 ss. Sul concetto affine di rischio socialmente appropriato H. Roeder, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau*, Berlino 1969.

¹⁶⁰ G. Quintero Olivares, *op. cit.*, 21.

¹⁶¹ L. Riscato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 354.

¹⁶² Sul tema della prevedibilità nella letteratura tedesca H.J. Rudolphi, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, in JuS, 1969, 549 ss.

¹⁶³ C. Brusco, *op. cit.*, 389 ss.

¹⁶⁴ «La condotta è penalmente illecita non esclusivamente perché ne è scaturito un evento tipico, ma anche in quanto (e nei limiti in cui) questo costituisca la realizzazione del rischio non lecito da essa creato»: così V. Militello, *op. cit.*, 15.

¹⁶⁵ F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., 71.

¹⁶⁶ G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 665 s.

¹⁶⁷ G. Marini, *op. cit.*, 539 s. Sulla responsabilità penale da comportamenti rischiosi, nella dottrina tedesca, H. Schweikert, *Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?*, in ZStW, 1958, 394 ss.; F. Meckel, *Die strafrechtliche Haftung für*

zero”: un evento dannoso o pericoloso può celarsi dietro ogni condotta umana, anche la più innocua¹⁶⁸. Per ovviare a tale *impasse*, si suole autorizzare «le condotte “a rischio”, ma prescrivendone determinate modalità di realizzazione, idonee ad abbassare il livello di “rischio” a limiti accettabili»¹⁶⁹.

Il giudizio per colpa, infatti, presuppone che sia stato oltrepassato il limite del rischio consentito e, al fine di verificare tale superamento, si procede ad un bilanciamento tra il livello di pericolosità di determinate attività e la libertà di realizzarle in ragione delle utilità da esse scaturenti¹⁷⁰. Il rischio consentito, dunque, consiste nel «superamento di un livello di pericolosità che travalichi i confini delle cautele esigibili in quel contesto dal *miglior* agente modello, dotato delle *migliori* conoscenze di fatto (la base del giudizio) e delle *migliori* conoscenze nomologiche (il metro del giudizio). Se da nessun possibile soggetto sarebbe stata esigibile la pretesa di una condotta più prudente o diligente, magari anche l’astensione da ogni azione, ciò significa che ci si è mossi in un’area ancora lecita, benché non priva di rischi»¹⁷¹.

Non versa, dunque, in colpa il soggetto che abbia agito nel rispetto delle soglie precauzionali, anche ove il rischio (fino a quel momento ipotetico) si tramuti in danno, poiché in tali ipotesi l’agente ha agito nell’ambito del rischio consentito normativizzato dal legislatore in termini prudenziali¹⁷². Al fine di evitare di rimettere esclusivamente al giudice una valutazione postuma del rischio consentito, parte della dottrina auspica un’ampia partecipazione sociale nella formazione delle regole cautelari¹⁷³ destinate ad integrare il giudizio sulla sussistenza della responsabilità colposa.

L’insicurezza tipica della società del rischio si connota, dunque, per una «*matrice criminologica colposa*», in un contesto in cui il c.d. rischio tecnologico è necessariamente prodotto da una società in cui quotidianamente si realizzano una moltitudine di attività utili ma pericolose¹⁷⁴. È forse il caso di chiedersi se, in considerazione della sensibilità sociale registrata rispetto ai possibili eventi dannosi della modernità, non sia forse il caso di riconsiderare alcuni equilibri propri del nostro diritto penale del fatto, fortemente legato al disvalore dell’evento¹⁷⁵.

Il principio di precauzione – specie in un contesto in cui le pressanti esigenze di tutela imposte dalla società moderna conducono ad una flessibilizzazione delle categorie penalistiche – ha la forza di incidere sull’elemento soggettivo colposo, deformandone il momento cognitivo e, segnatamente, riconoscibilità del rischio e prevedibilità del risultato¹⁷⁶. In quest’ottica il principio in esame andrebbe a fornire una peculiare accezione del concetto normativo di colpa¹⁷⁷ nei contesti caratterizzati dall’incertezza scientifica, andando ad arricchire il novero delle regole cautelari estrapolabili dal disposto dell’art. 43 Cp, in linea con l’evoluzione dei rischi tipici della moderna società¹⁷⁸.

Il principio di precauzione, in altri termini, si candiderebbe «a fornire legittimazione teorica all’obbligo di anticipare e affinare le cautele in situazioni di incertezza scientifica»¹⁷⁹ aprendo così la via ad un eccessivamente generico (e, pertanto, indesiderabile) dovere di diligenza di tipo

riskante Verhaltensweisen, Wiesbaden, 1968.

¹⁶⁸ G. Marini, *op. cit.*, 546.

¹⁶⁹ G. Marini, *op. cit.*, 560.

¹⁷⁰ G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 587.

¹⁷¹ M. Donini, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 52.

¹⁷² C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1756.

¹⁷³ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 244.

¹⁷⁴ C. Perini, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., 6 s.

¹⁷⁵ E. Corn, *op. cit.*, 145 s.

¹⁷⁶ D. Castronuovo, *op. cit.*, 32 s.

¹⁷⁷ L. Riscato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 361.

¹⁷⁸ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1758 s. In tal sede l’A. delinea una sorta di regola cautelare generica che si declinerebbe nei seguenti termini: «in presenza di serie congetture circa la pericolosità, a date condizioni, di date sostanze o prodotti, raccogli il maggior numero di informazioni e agisci al più presto, conformemente alle soglie di sicurezza ipotizzate, pur in assenza di leggi scientifiche di copertura, sulla base delle migliori tecnologie disponibili a costi economicamente sopportabili».

¹⁷⁹ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1753 s.

precauzionale. Se si affidasse alla categoria normativa della colpa la *forma mentis* precauzionistica, si finirebbe, però, per dilatare esponenzialmente l'ambito del penalmente rilevante, così vanificando il principio di frammentarietà¹⁸⁰.

L'ingresso del principio di precauzione nel terreno colposo avrebbe l'effetto primario di sovvertirne la *ratio*: la prevedibilità dell'evento tipica della responsabilità colposa è irrimediabilmente diversa dalla mera congettura di pericolosità che caratterizza, invece, il principio di precauzione. Inoltre, una forma di colpa generica fondata sull'inosservanza di regole precauzionali (altrettanto generiche) accentuerebbe la (già significativa) vaghezza della tipicità colposa, finendo per «camuffare per regola cautelare preesistente la norma di condotta che si staglia “a posteriori”»¹⁸¹. Se, da un lato, la descrizione di una regola cautelare eccessivamente aperta rischia di sacrificare la funzione oggettiva della colpa, dall'altro una descrizione eccessivamente particolareggiata dell'evento – che mirasse a ricomprendere tutte le peculiarità del caso concreto – rischierebbe di avere un effetto paralizzante¹⁸². Ad ogni modo, non sono mancate aperture sul punto, volte ad affermare che la pericolosità acclarata di una determinata condotta potrebbe costituire un idoneo “campanello d'allarme”, al punto da indurre il soggetto agente a tenere un'*attitude* precauzionale, a fronte di una moltitudine di possibili offese connesse ad uno specifico rischio, il che condurrebbe a non escludere del tutto la colpa dinnanzi ad un dubbio ancora scientificamente non risolto¹⁸³. Per certi versi, infatti, potrebbe non sembrare un fuor d'opera la proposta di parte della dottrina di ricorrere alla c.d. “precauzione specifica” come bussola per orientarsi all'interno dell'area della responsabilità per colpa (generica). Il ricorso alla colpa specifica¹⁸⁴ sarebbe, dunque, funzionale a delineare i confini di liceità delle condotte pericolose ma socialmente utili. In questi termini l'intervento giurisdizionale penale sarebbe «forse inevitabile e probabilmente non incoerente con la funzione di composizione degli interessi assegnata al diritto e con la funzione di tutela di beni fondamentali assegnata al diritto penale»¹⁸⁵.

Occorre a tal punto chiedersi quale forma dovrebbero assumere le regole cautelari costruite nel clima di incertezza scientifica che connota il principio di precauzione e che andrebbero a confluire nel giudizio di rimproverabilità colposo, tipico del rischio consentito.

¹⁸⁰ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 235.

¹⁸¹ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 242.

¹⁸² A. Massaro, *op. cit.*, 19 s.

¹⁸³ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1761-1764. L'A. più avanti chiarisce che «Si tratta allora di adottare le cautele strettamente necessarie ad evitare rischi congetturati in modo sufficientemente plausibile e metodologicamente rigoroso, pur in presenza di un quadro scientificamente ancora *in fieri*, in assenza cioè di risposte pienamente attendibili e unanimemente condivise dalla comunità scientifica», 1775. Anche altra parte della dottrina ha affermato che l'incertezza scientifica sussistente al momento della condotta, al ricorrere di determinate condizioni, non escluda la colpa. «La colpa verrà integrata: a) nel caso in cui vengano ignorati congrui indici fattuali di allarme; b) nel caso in cui, dopo la conferma del rischio da parte di seri studi scientifici (senza che siano necessarie né la riconduzione del caso sotto una legge scientifica, né la pronuncia nel senso del rischio della maggior parte del mondo scientifico), non vengano tempestivamente adottate le cautele che quegli stessi studi suggeriscono come idonee e sufficienti ad abbassare il rischio di danno o ad eliminarlo ove possibile, nei limiti delle tecnologie disponibili e dei costi sopportabili. In entrambi i casi occorre che, quanto a tipologia, gravità, irreversibilità e meccanismi di causazione, vi sia omogeneità tra l'evento cagionato e quello astrattamente prevedibile»: così E. Corn, *op. cit.*, 176.

¹⁸⁴ Con particolare riferimento al rapporto tra colpa generica e colpa specifica parte della dottrina ritiene che «se si concorda sul fatto che le norme cautelari scritte disciplinano una determinata classe di rischi, pare davvero difficile, e tutto sommato contraddittorio, sostenere che una volta esclusa la trasgressione della regola possa residuare uno spazio di operatività della colpa generica. Ogniquale volta l'esercizio di una determinata attività è disciplinato da regole cautelari (modali) scritte, siano esse di contenuto rigido o flessibile, la prevenzione del rischio è strettamente legata alla loro osservanza. Null'altro viene richiesto ai fini del giudizio di responsabilità colposa»: così C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., 1492. Altra parte della dottrina mostra un atteggiamento un po' più elastico, affermando che «occorre di volta in volta verificare se le norme “scritte” esauriscano la misura di diligenza richiesta all'agente nelle situazioni considerate: solo in questo caso l'osservanza di dette norme esclude la responsabilità penale. In caso contrario, ove residui cioè uno spazio di esigenze preventive non coperte dalla disposizione scritta, il giudizio di colpa può tornare a basarsi sulla inosservanza di una “generica” misura precauzionale»: così G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 582.

¹⁸⁵ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1767 s.

7. Il solido assunto per cui le regole di diligenza costituiscono la «“*crystallizzazione*” di giudizi di prevedibilità ed evitabilità ripetuti nel tempo»¹⁸⁶ rischia di vedere minate le proprie fondamenta quando ci si colloca nel contesto precauzionale. Non sembra auspicabile una «traduzione del “precauzionismo” in regola di condotta», pena il rischio di dar vita a regole cautelari prive di identità, nonché capaci di generare pretestuose istanze protezionistiche¹⁸⁷. Per converso occorre prendere atto che, specie nel contesto dell’evoluzione tecnologica, il rischio costituisce un’entità dinamica¹⁸⁸: l’innovazione scientifica crea nuovi prodotti e nuove modalità di produzione che portano con sé rischi che non sempre l’esperienza passata è in grado di gestire (come avviene, allo stato, per l’intelligenza artificiale).

Com’è noto, requisito fondamentale per la strutturazione di una regola cautelare è la prevedibilità. Essa ha il compito di colmare il vuoto esistente tra il disvalore d’azione e il disvalore d’evento dell’illecito colposo: in altri termini sarà possibile muovere un rimprovero a titolo di colpa ad un soggetto per la verifica di un evento infausto solo quando quest’ultimo fosse prevedibile come conseguenza della sua condotta. In caso contrario, il rimprovero penale non troverebbe una solida giustificazione. Tuttavia, quando la regola cautelare violata afferisce ad un contesto precauzionale, la prevedibilità si fa inevitabilmente più sfocata¹⁸⁹. Inoltre, parte della dottrina evidenzia come la prevedibilità si “infranga” innanzi a quelle attività pericolose con riferimento alle quali un possibile evento dannoso è sempre prevedibile. In tal senso ci si propone di procedere con maggiore cautela in un simile contesto: «la tesi della prevedibilità condurrebbe, di fatto, alla costante interdizione dell’attività pericolosa, posto che solo la regola dell’astensione può assicurare l’evitabilità dell’evento. In breve: la teoria della prevedibilità rischia di amplificare l’indeterminatezza della tipicità della colpa generica»¹⁹⁰.

L’assenza di leggi scientifiche di copertura certe, unita ad un’incompleta conoscenza dei meccanismi di derivazione causale – caratteristiche invero tipiche dell’evoluzione tecnologica – portano al rischio della summenzionata flessibilizzazione delle categorie penalistiche coinvolte nei reati colposi d’evento. La valorizzazione delle esigenze precauzionali nella ricostruzione della colpa rischia di condurre alla «formulazione di vere proprie regole cautelari “retroattive”, volte a colmare possibili vuoti di responsabilità derivanti dall’incompletezza del sapere scientifico in determinati momenti storici: per questa via si perverrebbe all’inammissibile indebolimento di un autentico architrave della responsabilità per colpa, consistente nella necessaria predeterminazione della regola cautelare e, dunque, nella sua riconoscibilità al momento della condotta»¹⁹¹.

Occorre infatti rimarcare non soltanto che la regola cautelare deve essere riconoscibile e preesistente rispetto al fatto concreto cui si collega, ma anche che «è la prevedibilità di un evento d’un certo tipo che rende riconoscibile la regola, e non viceversa»¹⁹². In altri termini, «la regola cautelare costituisce il risultato di un procedimento di inferenza: “data una certa conoscenza fattuale, si inferisce, per mezzo di cognizioni nomologiche, una certa probabilità di verifica del risultato”»¹⁹³. Insomma, il giudizio di prevedibilità è intrinseco nel disposto della norma cautelare e si lega ad essa a doppio filo, costituendo due momenti essenziali dello stesso fenomeno.

¹⁸⁶ G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 571.

¹⁸⁷ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 232.

¹⁸⁸ E. Corn, *op. cit.*, 173.

¹⁸⁹ E. Corn, *op. cit.*, 143.

¹⁹⁰ F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *RIDPP*, 1999, 95.

¹⁹¹ A. Massaro, *op. cit.*, 16 s.

¹⁹² D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., 648.

¹⁹³ C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., 1485, il quale cita a sua volta G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 499.

Se da un lato parte della dottrina ritiene ammissibile la formulazione di regole cautelari aperte¹⁹⁴, volte cioè a prevenire una tipologia di eventi non tutti preventivamente individuabili¹⁹⁵, dall'altro lato v'è chi sostiene che non possano esistere regole cautelari dotate di un'efficacia preventiva generale¹⁹⁶ poiché esse devono stabilire norme comportamentali volte a contrastare una specifica sfera di rischio e non la generica causazione di eventi lesivi¹⁹⁷.

Tale contrapposizione emerge tanto più chiaramente ponendo a confronto le regole afferenti alla colpa generica e alla colpa specifica: se, ad un primo sguardo, può sembrare che la positivizzazione delle regole cautelari¹⁹⁸ porti acqua al mulino della certezza giuridica, in realtà non è detto che ad una regola cautelare giuridica corrisponda una regola prudenziale certa, posto che essa dipende pur sempre dallo standard di determinatezza della regola positivizzata. Infatti, è ben possibile che vi siano norme cautelari di fonte giuridica che, però, rimandano sostanzialmente a regole di comune esperienza tipiche della colpa generica, il che rende la regola prudenziale giuridica sostanzialmente indeterminata. In questa prospettiva, «quanto più è indeterminata la regola, tanto più la colpa specifica scolora in quella generica». Tale riflessione risulta particolarmente adeguata ai nostri fini, in quanto, prescindendo dalle critiche che possono essere rivolte ad una regola cautelare giuridica sostanzialmente indeterminata, in generale «l'esigenza di una standardizzazione del dovere di diligenza si avverte nei casi in cui, per la spiccata pericolosità dell'attività intrapresa o per l'ancora insufficiente standard di esperienza maturata al riguardo, le regole di comune esperienza disponibili non risultano idonee a orientare, con adeguati margini di efficacia, il comportamento dell'agente nel modo richiesto»¹⁹⁹.

Ci si chiede, inoltre, se e quali regole cautelari potrebbero essere costruite sulla base di un sapere scientifico incerto²⁰⁰. Non si tratta di una questione da poco: ammettendo l'ingresso delle ipotesi di «mero rischio» nella formulazione di una regola di diligenza, si finirebbe per mutarne la natura che non sarebbe più cautelare, bensì cautelativa²⁰¹. Per quanto, ad avviso di parte della dottrina «anche le regole cautelari sperimentali sono un tipo di *leges artis*, ed hanno a che fare con giudizi di prevedibilità ed evitabilità»²⁰², soltanto un'approfondita conoscenza del rischio consente di formulare regole di disinnescamento efficaci e di effettuare un serio giudizio sulla possibilità del comportamento alternativo lecito di prevenire l'evento dannoso, in quanto una «curvatura dell'illecito colposo verso un paradigma di mero rischio»²⁰³ potrebbe minare irrimediabilmente la tipicità del fatto colposo.

Per quanto l'evoluzione tecnologica metta a dura prova la tenuta dei canoni di responsabilità colposa e la formulazione delle relative regole cautelari, non sembra ad oggi potersi prescindere dal fatto che la creazione delle suddette regole spetti alla legge: «potrà trattarsi di regole cautelari codificate per dati tipi di rischio; potrà anche trattarsi di regole non codificate, da concretizzare secondo i criteri della prevedibilità e prevenibilità di eventi di un dato tipo. In ogni caso, la costruzione del sistema di

¹⁹⁴ Autorevole dottrina ha recentemente evidenziato che, per quanto il rischio costituisca la base dell'imputazione colposa, ciò non significa che il baricentro di quest'ultima possa essere anticipato fino al generico pericolo di verifica dell'evento lesivo. Occorrerebbe cercare una soluzione interpretativa che vada a «conciliare la "previa riconoscibilità" della regola cautelare con il contenuto "aperto" della medesima»: così L. Risicato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 351.

¹⁹⁵ D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., 650.

¹⁹⁶ C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1692.

¹⁹⁷ C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., 1486. L'A. afferma altresì che «la punibilità del fatto colposo non può essere radicata sull'esclusiva tipicità dell'evento "finale"; occorrerà pregiudizialmente accertare se l'evento verificatosi risulti altresì tipico rispetto alle classi di rischio coperte dalla regola cautelare».

¹⁹⁸ Sulla distinzione tra regole cautelari a contenuto rigido ed elastico cfr. L. Risicato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 346.

¹⁹⁹ F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 92.

²⁰⁰ D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., 653. Sul rapporto fra certezza, norme tecniche e negligenza nella dottrina tedesca cfr. T. Lenckner, *Technische Normen und Fahrlässigkeit*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, a cura di P. Bockelmann, A. Kaufmann, U. Klug, Francoforte 1969, 490 ss.; J. Bohnert, *Das Bestimmtheitserfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand*, in *ZStW*, 1982, 68 ss.

²⁰¹ C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1692.

²⁰² D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., 654.

²⁰³ C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1701.

sicurezza richiede, da parte dei garanti, l'individuazione delle regole cautelari pertinenti alle situazioni di rischio rilevate, espressamente stabilite o implicitamente desumibili dall'ordinamento giuridico»²⁰⁴.

Le regole cautelari dotate di copertura scientifico-esperienziale, infatti, sono per lo più codificate, a differenza delle poc'anzi citate "regole cautelari sperimentali", le quali trovano il loro fondamento sostanziale nell'esigenza di non scoraggiare la ricerca e il progresso scientifico e a cui spetta il compito di fronteggiare i coefficienti di pericolosità di una determinata condotta²⁰⁵. Nel contesto precauzionale si potrebbe optare per regole cautelari che vietino a monte un dato contegno in ragione della sua eccessiva pericolosità o che, in alternativa, consentano una certa attività pericolosa ma lecita, subordinandone lo svolgimento al rispetto di specifiche regole cautelari volte a contenere il pericolo²⁰⁶.

Particolarmente problematica è l'ipotesi in cui la cautela sperimentale si ricolleggi allo svolgimento di un'attività che sia essa stessa sperimentale e, pertanto, non assistita da regole cautelari specifiche e consolidate²⁰⁷ (come, ad esempio, potrebbe avvenire nel caso dell'inevitabile implementazione delle possibili applicazioni dell'intelligenza artificiale). Le regole prudenziali che possono venire in rilievo in questo frangente sono destinate ad avere un modesto grado di affidabilità in quanto le conoscenze scientifiche da cui originano non sono ancora del tutto corroborate dall'esperienza. L'esigenza di conciliare il diritto alla sperimentazione e alla ricerca con il dovere solidaristico del *neminem laedere* conduce alla formulazione di un "protocollo di sperimentazione": detta sperimentazione, dunque, dovrà considerarsi lecita nella misura in cui sia assistita da regole cautelari utilizzate per attività pericolose analoghe o, in alternativa, valutate in base alla loro probabilità di successo, da considerare sempre alla luce di un parametro scientifico obiettivo²⁰⁸.

Proseguendo su questa strada, tuttavia, si rischia di perdere di vista un dato significativo, ossia quello secondo cui «le conoscenze rilevanti non sono quelle diffuse solo nella cerchia degli specialisti, e tanto meno le conoscenze avanzate di taluni centri di ricerca, bensì solo *le conoscenze che costituiscono un patrimonio diffuso a partire da una certa data*»²⁰⁹. Inoltre, nell'ottica della "doppia misura della colpa"²¹⁰, in sede di accertamento della colpevolezza, la violazione della regola cautelare doverosa non si considera sufficiente a fondare la responsabilità penale colposa, in quanto occorre verificare se l'agente concreto era in condizione di assicurare la misura della diligenza dovuta²¹¹.

L'immagine che emerge da queste nostre riflessioni, ossia quella di una colpa protesa verso il rischio, sembra soppiantare la figura dell'agente modello²¹² (già di per sé considerata di scarsa utilità da

²⁰⁴ D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., 887 s.

²⁰⁵ F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 102.

²⁰⁶ F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 88 s. L'A. trae due conseguenze dalla sua riflessione: «La prima può così riassumersi: essendo incompatibili con il dovere di diligenza, le attività vietate per la loro intrinseca pericolosità non possono dar luogo a una responsabilità penale a titolo di colpa. La seconda conseguenza riguarda la regola dell'astensione dallo svolgimento di una data attività pericolosa, quale tipologia largamente ammessa di norma cautelare, che opererebbe tutte le volte in cui l'agente non è in grado di fronteggiare adeguatamente i rischi insiti nell'attività intrapresa, dando luogo alla colpa per assunzione. Ebbene, se si conviene sul carattere modale della regola cautelare, è chiaro che essa non può consistere in un dovere di astensione, dato che altrimenti si finirebbe per trasformare la regola cautelare in un divieto, ovvero nel suo opposto logico».

²⁰⁷ F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 103.

²⁰⁸ F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 103 s.

²⁰⁹ G. Marinucci, *op. cit.*, 49. L'A. chiarisce più avanti che «il momento a partire dal quale le conoscenze specialistiche diventano conoscenze diffuse, e la cui trascuranza fonda la colpa, va desunto dalle informazioni che l'agente "modello" è in condizione di acquisire in un dato momento», 51.

²¹⁰ G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 587. Sulla "doppia misura del dovere di diligenza" si vedano anche L. Risicato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 361; G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 451 ss. L'A. torna sul tema della doppia misura della colpa (*rectius*, misura soggettiva della colpa) in G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5.2.2020, 21 ss.

²¹¹ F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 107.

²¹² Richiamando il pensiero di Burgstaller, parte della dottrina evidenzia come il modello di diligenza non possa arrestarsi

quella parte di dottrina che la definisce come «una riedizione affinata della teoria della prevedibilità-evitabilità»²¹³ con un soggetto in perenne allarme e alle prese con un sistema di “allerta informativo”, svincolato dai saperi preesistenti e gravato di oneri d’informazione superiori²¹⁴. Nel contesto della perenne evoluzione tecnologica, è ragionevole affermare che i principali destinatari di tali oneri siano proprio gli imprenditori, ai quali viene richiesto di stare al passo e di garantire la massima sicurezza tecnologicamente esigibile nel momento in cui si sta operando²¹⁵.

Occorre tuttavia rimanere saldamente ancorati ai capisaldi penalistici e ricordare che «*solo la conoscenza scientifica definitivamente penetrata nella comunità sociale*, cioè quella che ha oltrepassato il confine della fase formativa e sperimentale, potrà integrare quel patrimonio cognitivo sopra il quale ricostruire i nessi causali sottostanti alle regole prudenziali»²¹⁶.

8. Nonostante gli impressionanti progressi dell’intelligenza artificiale, tale tecnologia si connota ancora per un persistente grado di incertezza scientifica, specie in considerazione dell’opacità che ne caratterizza il funzionamento. Ciò condurrà, verosimilmente, ad orientamenti politici ispirati alla logica del c.d. “precauzionismo”²¹⁷. Un segnale in tal senso proviene già dall’Unione Europea la quale, affrontando il tema dell’intelligenza artificiale, propone un approccio ispirato al principio di precauzione e alla prevenzione dei possibili rischi connessi all’uso di tale avanzata tecnologia.

Ad esempio, con la Risoluzione “L’intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale”, il Parlamento europeo si dice consapevole delle sfide connesse al riparto di responsabilità per i possibili danni riconducibili ai sistemi intelligenti, rimarcando la necessità di un regime normativo chiaro ed equo al fine di attribuire la responsabilità giuridica per le potenziali conseguenze negative prodotte da tali avanzate tecnologie, la quale dovrà sempre ricadere su una persona fisica o giuridica. Il Parlamento, inoltre, sottolinea che «il primo e principale scopo deve innanzi tutto essere la *prevenzione* di tali conseguenze; invita, pertanto, ad applicare con coerenza il *principio di precauzione* per tutte le applicazioni di IA nel contesto delle attività di contrasto»²¹⁸.

La Proposta di Regolamento europea sull’intelligenza artificiale, anche nota come *AI Act*, elegge, poi, un *risk-based approach*. Essa distingue pratiche di intelligenza artificiale vietate, sistemi ad alto rischio e sistemi a rischio basso o minimo. Con particolare riferimento ai sistemi ad alto rischio, l’art. 14 della Proposta di Regolamento chiarisce che essi debbano essere sviluppati in modo tale da poter

all’uomo medio, stante la trascuratezza che normalmente caratterizza l’agire umano. Per la stessa ragione non possono essere gli usi a determinare lo standard di diligenza, poiché ciò potrebbe condurre a convalidare prassi assolutamente scorrette. Richiamando tanto la dottrina tedesca quanto quella italiana, l’A. chiarisce che ad essere decisiva non è la diligenza usuale ma ciò che, invece, può essere preteso nella quotidianità: «*la diligenza doverosa è ciò che deve essere fatto da un uomo accorto e ragionevole, non ciò che usualmente viene fatto*»: così G. Marinucci, *op. cit.*, 34 s.

²¹³ F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 96.

²¹⁴ C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., 1701.

²¹⁵ G. Marinucci, *op. cit.*, 52. L’A. più avanti si concentra sulle conseguenze derivanti dal passaggio dalla responsabilità della persona fisica a quella della persona giuridica, segnatamente 57 ss. In senso analogo si esprime G. de Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 556, il quale afferma che «il riferimento al progresso scientifico e tecnologico e ai rischi inediti da esso promossi, non ancora precisamente individuabili allo stato delle conoscenze scientifiche, richiama il tema dello “statuto” delle corrispondenti attività, sospettate di determinare pericoli a carico dei più rilevanti beni personali: sono da considerare “consentite” dall’ordinamento, oppure l’adesione ad un generale principio di precauzione ne dovrebbe suggerire l’interdizione o quanto meno l’adozione, in sede legislativa e/o amministrativa, di misure preventive a carattere coattivo? L’interrogativo, particolarmente drammatico nell’odierna società del rischio, va probabilmente risolto nel senso del rafforzamento dei doveri di vigilanza che comunque gravano (...) su coloro che affrontano attività in senso ampio “di sperimentazione”».

²¹⁶ C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., 1490.

²¹⁷ B. Panattoni, *Intelligenza Artificiale: le sfide per il diritto penale nel passaggio dall’automazione tecnologica all’autonomia artificiale*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2021, 354.

²¹⁸ *Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull’intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale*, par. 13, corsivi nostri.

essere supervisionati dall'uomo, sì da «prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile»²¹⁹. A testimonianza del cauto approccio della Proposta, l'art. 53 menziona i c.d. “spazi di sperimentazione normativa”, ossia ambienti controllati volti a facilitare lo sviluppo dei sistemi di IA prima dell'immissione sul mercato. La Proposta evidenzia, inoltre, che coloro i quali partecipano ai suddetti spazi di sperimentazione restano responsabili per i danni ivi arrecati, chiarendo altresì che al loro interno permane il controllo delle autorità competenti e che, nel caso di individuazione di rischi per la sicurezza e per i diritti fondamentali, questi devono essere prontamente fronteggiati con adeguate misure o, in *extremis*, con la sospensione della sperimentazione²²⁰.

V'è chi ha sostenuto che la creazione di tali *regulatory sandboxes* sia sintomatica dell'accoglimento di una concezione moderata del principio di precauzione, il quale mostrerebbe tutta la sua utilità nella fase di creazione e sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio²²¹. In altri termini, pur ammettendo la possibilità che vengano posti limiti all'autonomia tecnologica (la cui violazione potrebbe, altresì, essere sanzionata), tale limitazione non può costituire regola generale nella disciplina delle possibili conseguenze dannose che possono derivare dal funzionamento dei sistemi intelligenti.

Prediligere un approccio stringente del principio di precauzione comporterebbe un divieto generalizzato dell'uso di tali sistemi astrattamente in grado di generare eventi dannosi o pericolosi. Ciò condurrebbe, da un lato, a rinunciare ai benefici derivanti dal loro uso²²² e, dall'altro, a rallentarne considerevolmente lo sviluppo tecnologico²²³: davanti all'incertezza che può caratterizzare gli *outputs* prodotti dai sistemi artificiali capaci di ledere beni giuridici di primaria importanza, il legislatore potrebbe decidere di limitarne le funzioni o l'autonomia, anche mediante appositi

²¹⁹ *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, Bruxelles, 21.4.2021, art. 14, corsivi nostri.

²²⁰ Tali *regulatory sandboxes* sono stati pensati sulla falsariga della pionieristica esperienza giapponese, ove sono stati creati degli appositi spazi giuridicamente deregolamentati ove poter svolgere in libertà diversi esperimenti con un certo margine di tolleranza. Tale innovativo laboratorio è stato soprannominato *Tokku* e, invero, ne sono stati dislocati diversi in tutto il Paese: in questi spazi viene consentito sia agli scienziati che ai comuni cittadini di operare in sinergia sperimentando una preliminare coesistenza tra uomini e macchine, anche al fine di prevenire e risolvere le potenziali controversie giuridiche che potrebbero sorgere. Tale meccanismo porta con sé diversi vantaggi, tra cui migliorare la comprensione di questi sistemi e di come possano reagire in diversi contesti, individuare e prevenire i rischi che la possibile perdita di controllo su di essi può generare nonché i relativi comportamenti indesiderati, definire lo spazio operativo di futuri sistemi intelligenti nonché, da ultimo, affrontare razionalmente gli aspetti burocratici di questo tipo di sperimentazione per evitare che essi ostacolino lo sviluppo dell'IA. Ciò potrebbe anche incentivare la creazione di uno “spazio giuridico europeo” che, partendo da una sperimentazione a livello locale, sfrutti un sistema di cooperazione rafforzata per implementare quelli che risultano essere, a tutti gli effetti, luoghi dove si esercita il futuro. Sul punto U. Pagallo, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 631; E. Stradella, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *MediaLaws*, 10.3.2019, 89-92.

²²¹ B. Panattoni, *AI and criminal law: the myth of “control” in a data-driven society*, in *Artificial Intelligence, Big Data and Automated Decision-Making in Criminal Justice*, a cura di G. Vermeulen, N. Peršak, N. Recchia, Anversa 2021, 136.

²²² A. Cappellini, *Machina delinquere non potest?*, cit., 19; P. Severino, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 536; R. Borsari, *op. cit.*, 268; M. Bassini, L. Liguori, O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino 2018, 353, ove si mette a confronto un approccio paternalistico volto a vietare ogni tecnologia potenzialmente foriera di rischi, e un approccio liberale propenso a consentire la diffusione dei sistemi intelligenti indipendentemente dai rischi in essi insiti. Gli stessi AA. più avanti esplicitano l'importanza che la «tutela elevata dei diritti individuali non paralizzi l'evoluzione e il miglioramento dei sistemi intelligenti, che sono forieri di grandi benefici per la collettività», 370.

²²³ A. Amidei, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, a cura di U. Ruffolo, Milano 2018, 70.

interventi di criminalizzazione²²⁴. Trattandosi di territori ancora da esplorare, sorge spontaneo chiedersi quale potrebbe essere il ruolo del diritto penale in caso di danni causati dai c.d. “comportamenti emergenti”²²⁵ dell’IA, magari valutando di adeguare le categorie penalistiche esistenti a tali progressi tecnologici, ad esempio, adattando il concetto di negligenza²²⁶.

Ci sentiamo in tal sede di condividere l’opinione di quella parte di dottrina la quale ritiene che «la condizione di incertezza a riguardo dei possibili effetti negativi dell’impiego di una tecnologia (inclusa l’intelligenza artificiale) non può essere utilizzata come una ragione legittima per non regolare e limitare tale sviluppo»²²⁷. In altri termini, il timore dei possibili danni derivabili dall’impiego dell’IA non può esimere il legislatore, *in primis*, e i giuristi, *in secundis*, dal regolamentare e interpretare le possibili conseguenze giuridiche della materia.

Piuttosto che porre limiti penalistici alla ricerca scientifica²²⁸ e alla libertà di iniziativa economica, occorrerebbe effettuare un bilanciamento tra pericoli e benefici delimitando l’area del rischio consentito²²⁹ e definendo i rischi “accettabili” in base al tipo di utilità che è possibile trarre dall’impiego dell’intelligenza artificiale. Evidentemente la ricerca di tale equilibrio non può passare per divieti incondizionati di produzione di sistemi intelligenti (salvo che i pericoli non superino i benefici attesi) ma, anzi, dovrà procedere per un’accurata delimitazione delle aree di rischio ammissibile²³⁰. Non è probabilmente un caso che diversi sistemi intelligenti siano già impiegati in

²²⁴ B. Panattoni, *Intelligenza Artificiale: le sfide per il diritto penale*, cit., 356. L’A. parla in altro scritto di *scientific-skeptical approach*, cfr. B. Panattoni, *AI and criminal law*, cit., 135.

²²⁵ L’“emergenza” si riferisce, per l’appunto, alla capacità o alla tendenza di questi sistemi di comportarsi in modi complessi e imprevedibili, alla loro capacità di imparare dall’esperienza e risolvere problemi in modi che i loro creatori non avrebbero mai immaginato, in tal senso R. Calo, *Robots in American Law*, in *University of Washington School of Law Research Paper*, 2016, 40. Lo stesso A., in altro scritto, afferma che un «emergent behavior can lead to solutions no human would have come to on her own»: R. Calo, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, in *California Law Review*, 2015, 539.

²²⁶ B. Panattoni, *AI and criminal law*, cit., 135.

²²⁷ A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 86.

²²⁸ M.B. Magro, *Decisione umana e decisione robotica*, cit., 20.

²²⁹ P. Severino, *op. cit.*, 536.

²³⁰ D. Piva, *Machina discere, (deinde) et puniri potest*, in *Il diritto nell’era digitale*, a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, Milano 2022, 683 s.

attività appartenenti alle succitate aree di “rischio consentito”: si pensi al settore sanitario²³¹ o a quello dei trasporti²³².

Si tratta di ambiti in cui esistono già regole cautelari volte a ridurre il rischio di verifica di un pericolo, invero, ineliminabile. Ci sarebbe, tuttavia, da chiedersi «se la nostra società sia o meno in possesso al momento della corretta conoscenza tecnico-scientifica per applicare regole di condotta preesistenti specificatamente alle nuove casistiche che questi sistemi causeranno, o addirittura per svilupparne di nuove. La risposta a tale quesito parrebbe, per il momento, negativa». Non è, tuttavia, il caso di escludere che un domani si possa assistere alla creazione di nuove regole cautelari specificamente costruite per far fronte alle peculiarità dei sistemi intelligenti²³³. Tali regole di diligenza, infatti, hanno il compito di stabilire i limiti delle attività cui si riferiscono, al fine prevenire un ventaglio di prospettive lesive che, specie nel settore dell'intelligenza artificiale, si fa particolarmente ampio e variegato. A ben vedere l'avvento dell'intelligenza artificiale non fa che

²³¹ Sulle possibili applicazioni dell'intelligenza artificiale nel settore sanitario v. A. Spina, *La medicina degli algoritmi: Intelligenza Artificiale, medicina digitale e regolazione dei dati personali*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 319 ss.; V. De Berardinis, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 489 ss.; U. Ruffolo, *Le responsabilità da intelligenza artificiale nel settore medico e farmaceutico*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., 53 ss.; C. Iagnemma, *I “robot medici”: profili problematici in tema di alleanza terapeutica e di responsabilità penale*, in *Corti supreme e salute*, 2020; A. Perin, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *BioLaw Journal*, 2019, 207 ss.; F.C. La Vattiat, *Artificial Intelligence in Healthcare: Risk Assessment and Criminal Law*, in *DPU*, 2.12.2020; E. Macrì, A. Furlanetto, *I robot tra mito e realtà nell'interazione con le persone, negli ambienti sociali e negli ospedali. Un approccio tra risk management e diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1045 ss.; U. Ruffolo, A. Amidei, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del “transumanesimo”*, in *GI*, 2019, 1658 ss.; U. Ruffolo, A. Amidei, *Intelligenza artificiale, biotecnologie e potenziamento: verso nuovi diritti della persona?*, in *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Torino 2021, 101 ss.; U. Ruffolo, A. Amidei, *Intelligenza Artificiale, human enhancement e diritti della persona*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 179 ss. Nella letteratura straniera V. Harish, F. Morgado, A. Stern, S. Das, *Artificial Intelligence and Clinical Decision Making: The New Nature of Medical Uncertainty*, in *Academic Medicine*, 2021, 31 ss.; N. Simaan, R.M. Yasin, L. Wang, *Medical Technologies and Challenges of Robot Assisted Minimally Invasive Intervention and Diagnostics*, in *Annual Review of Control, Robotics, and Autonomous Systems*, 2018, 465 ss.; H. Liang, B. Tsui, H. Ni, et al., *Evaluation and accurate diagnoses of pediatric diseases using artificial intelligence*, in *Nature Medicine*, 2019, 433 ss.; E.H. Shortliffe, M.J. Sepúlveda, *Clinical Decision Support in the Era of Artificial Intelligence*, in *JAMA*, 2018, 2199 s.; D.A. Hashimoto et al., *Artificial Intelligence in Surgery: Promises and Perils*, in *Annals of Surgery*, 2018, 70 ss.; G.Z. Yang et al., *Medical robotics-Regulatory, ethical, and legal considerations for increasing levels of autonomy*, in *Science Robotics*, 2017.

²³² Sul tema della circolazione automatizzata in dottrina A. Cappellini, *Profili penalistici delle self-driving cars*, cit., 325 ss.; L. Picotti, *Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di M. Catenacci, V. D'Ascola, R. Rampioni, Roma 2021, 813 ss.; M. Giuca, *Disciplinare l'intelligenza artificiale. La riforma francese sulla responsabilità penale da uso di auto a guida autonoma*, in *www.archiviopenale.it*, 20.5.2022; U. Ruffolo, *Self-driving car, auto driverless e responsabilità*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., 31 ss.; U. Ruffolo, E. Al Mureden, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *GI*, 2019, 1704 ss.; U. Ruffolo, *Intelligenza Artificiale ed automotive: le responsabilità da veicoli self-driving e driverless*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 153 ss.; U. Ruffolo, *Le responsabilità da produzione, proprietà e “conduzione” di veicoli autonomi*, in *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 163 ss.; G.F. Simonini, *L'intelligenza artificiale guida le nostre vetture*, Modena 2018. Sia consentito un rinvio anche a L. D'Amico, *Intelligenza artificiale e auto a guida autonoma. Tra prevenzione primaria, colpa penale e rischio consentito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2022, 593 ss. Nella letteratura straniera H. Prakken, *On the problem of making autonomous vehicles conform to traffic law*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2017, 341 ss.; S. Gless, E. Silverman, T. Weigend, *If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability*, in *New Criminal Law Review*, 2016, 412 ss.; H. Surden, M.A. Williams, *Technological opacity, predictability, and Self-Driving Cars*, in *Cardozo Law Review*, 2016, 121 ss. Sempre nella letteratura straniera, sul tema dell'etica delle auto autonome, v. E. Awad, S. Dsouza, R. Kim, J. Schulz, J. Henrich, A. Shariff, J.F. Bonnefon, I. Rahwan, *The Moral Machine experiment*, in *Nature*, 2018, 59 ss.; J.D. Greene, *Our driverless dilemma. When should your car be willing to kill you?*, in *Science*, 2016, 1514 ss.; J.F. Bonnefon, A. Shariff, I. Rahwan, *The social dilemma of autonomous vehicles*, in *Science*, 2016, 1573 ss.

²³³ A. Giannini, *Intelligenza artificiale, human oversight e responsabilità penale: prove d'impatto a livello europeo*, in *Crim*, 2021, ora anche in *disCrimen*, 21.11.2021, 22 s.

riproporre alcune problematiche di fondo della colpa penale che, invero, caratterizzano da sempre (come si è cercato di evidenziare nelle pagine precedenti) l'evoluzione tecnologica²³⁴.

Per quanto l'imputazione di responsabilità a titolo colposo sia probabilmente destinata a primeggiare nel settore della responsabilità penale connessa al funzionamento dell'intelligenza artificiale, l'autonomia di cui quest'ultima può essere dotata è destinata a complicare (non poco) l'applicazione dei classici canoni della colpa: «il ruolo della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento, quali criteri di individuazione delle regole cautelari di condotta, si incrina dunque di fronte all'intromissione del funzionamento tecnico autonomo dell'agente artificiale, la cui complessità ed opacità rende ancor più difficoltosa la ricostruzione della correlazione normativa che deve legare la violazione cautelare e l'evento verificatosi»²³⁵.

Con particolare riferimento alla materia dell'intelligenza artificiale, le regole che ne governano l'uso devono considerarsi non soltanto nella loro funzione “cautelare” ma anche in ottica “permissiva”. Il parametro della colpa sarebbe, infatti, ricondotto a legittimità nella misura in cui venga chiamato a rispondere l'operatore per non aver osservato le regole cautelari preposte o per aver oltrepassato il confine del rischio lecito. Occorre, però, constatare che in questo ambito il soggetto agente si confronta non soltanto con un rischio non agevolmente dominabile²³⁶ ma anche con un (ancora) incompleto novero di regole cautelari cui fare riferimento.

In dottrina è stata già evidenziata la necessità di dar vita ad un insieme dettagliato di regole cautelari e permissive – che prevedano protocolli operativi chiari ed una precisa ripartizione di competenze nella gestione dei sistemi intelligenti²³⁷ – nonché ad una definizione dell'area del controllo umano da imputare ad uno specifico garante²³⁸.

²³⁴ A. Cappellini, *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, in www.archiviopenale.it, 24.12.2022, 4 s.

²³⁵ B. Panattoni, *Intelligenza Artificiale: le sfide per il diritto penale*, cit., 350. L'A. prosegue affermando che «se inoltre legghiamo tali considerazioni alla realtà plurisoggettiva su cui si intendono costruire forme di responsabilità è, come per le altre fenomenologie di gestione dei rischi legati alle innovazioni tecnologiche, il contenuto e la struttura dell'attribuibilità del fatto di reato ad un singolo operatore a rappresentare un nodo ancora insoluto: da un lato non è possibile fare completo affidamento a regole giuridicamente predeterminate o alla definizione e consolidazione delle *leges artis*, dall'altro il parametro dell'agente-modello implode ed esplode di fronte ad attività complesse ingeneranti fenomeni atipici ed un “agire collettivo” delle organizzazioni complesse».

²³⁶ A. Fiorella, *Responsabilità penale del Tutor e dominabilità dell'Intelligenza Artificiale. Rischio permesso e limiti di autonomia dell'Intelligenza Artificiale*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., 657. L'A. prosegue affermando che «visto il perimetro oggettivo del rischio permesso, solo il “di più” di rischio, che esondi da tale perimetro e che sia eventualmente assunto dal professionista, potrebbe concretare l'elemento materiale del reato; e solo in rapporto a tale “eccedenza” di rischio si porrebbe poi il tema della “colpa” in senso stretto. L'evento ascrivibile a colpa sarebbe solo quello che, frutto dell'eccesso, risultasse al contempo “prevedibile” in concreto da parte del professionista che lo avesse causato», 658.

²³⁷ A. Fiorella, op. cit., 659.

²³⁸ Di particolare interesse ai nostri fini la proposta di introdurre una disposizione normativa rubricata “*Limiti dell'autonomia ammissibile dell'IA. La colpa punibile del garante*” del seguente tenore: «La condotta è facoltizzata e l'imperizia è oggettivamente esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dai protocolli sull'IA come definiti e pubblicati ai sensi di legge ovvero, in mancanza di questi, secondo le buone pratiche operative, sempre che le raccomandazioni previste dai predetti protocolli o le buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto. La responsabilità è esclusa se, tenendo conto della speciale difficoltà dell'attività di controllo dell'IA, l'errore, in cui il garante sia incorso, non sia stato determinato da colpa grave. Parimenti è esclusa la responsabilità del garante, per i fatti medesimi, salvo il caso di colpa grave, se la speciale difficoltà del controllo abbia cagionato una inadeguata comprensione delle specificità del fatto concreto, una individuazione non corretta dei protocolli o delle buone pratiche operative. È esclusa la responsabilità del garante se, in mancanza di raccomandazioni previste dai protocolli e di buone pratiche operative, i fatti indicati siano stati causati da un errore scusabile per la speciale difficoltà tecnica dell'intervento tenuto anche in considerazione della mancanza di supporti esperienziali. Parimenti non sono ascrivibili a colpa forme lievi di imprudenza o negligenza strettamente connesse alle difficoltà speciali dell'intervento tecnico. L'autonomia dell'IA è ammessa solo se controllabile anche in considerazione dei tempi possibili dell'intervento correttivo del comportamento rischioso dell'IA. Sono inammissibili forme antropomorfizzate di controllo sul comportamento autonomo dell'IA. La colpa è senz'altro grave se il garante trascuri di mantenere costantemente monitorati i possibili margini di autonomia non dominabile dell'IA»: così A. Fiorella, op. cit., 662 s.

Un approccio *human-centered* nella gestione dei sistemi intelligenti assume, infatti, importanza fondamentale. L'operatore che si "affida" all'intelligenza artificiale può incorrere in inconsci meccanismi di disimpegno morale, idonei a condurre al fenomeno della c.d. "deresponsabilizzazione" nei riguardi delle conseguenze lesive che possono essere prodotte dall'uso del sistema²³⁹. Se questi effetti distorsivi sembrano essere più confacenti con una prospettiva dolosa²⁴⁰, maggiori problemi si pongono nel caso dell'interazione con sistemi intelligenti in cui il soggetto agente non si rappresenti i possibili esiti di rilievo penalistico derivanti dall'interazione con l'IA, dovendosi stabilire se, in simili casi, sussistono gli estremi per un rimprovero a titolo di colpa²⁴¹. All'attenzione del giurista si pone la spinosa questione concernente l'opportunità di esonerare da responsabilità colposa – ed, eventualmente, in che misura – gli utilizzatori dei sistemi intelligenti, senza imporre loro un onnicomprensivo obbligo di controllo²⁴².

Come anticipato, l'agire autonomo e imprevedibile²⁴³ di cui l'IA è (e sarà sempre più) capace è destinato a complicare non poco le possibilità di imputazione a titolo di colpa. Infatti, se è vero che la tipicità del reato colposo si delinea in base ad un'area di rischio (non) consentito e che la responsabilità colposa sussiste in caso di superamento di tale soglia, pretendere di tracciare un'area di rischio consentito sulla scorta della capacità d'agire in autonomia dei sistemi intelligenti costituirebbe una vera e propria finzione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento²⁴⁴. Parte della dottrina, in proposito, chiosa in termini perentori affermando che «l'imprevedibilità degli eventi dovuti all'auto-apprendimento del sistema di IA (...) paralizza il giudizio di imputazione per colpa»²⁴⁵.

Altra parte della dottrina mostra una qualche apertura, evidenziando come la colpa, nel settore dell'intelligenza artificiale, sia un capitolo in evoluzione. Con riferimento a tale ambito, si potrebbe pensare di non intendere più la colpa come un'imputazione per la causazione di un evento bensì come un rimprovero per la perdita del controllo (*rectius*, per l'omesso controllo) di una fonte di rischio²⁴⁶.

²³⁹ S. Massi, *Affidamento sull'intelligenza artificiale e "disimpegno morale" nella definizione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., 671.

²⁴⁰ Sulla spersonalizzazione connessa all'uso di sistemi dotati di intelligenza artificiale (con particolare riferimento ai *drone crimes*) v. C. Cucco, *La partita del diritto penale nell'epoca dei "drone-crimes"*, in *DPenCont*, 2019, 307 ss.

²⁴¹ S. Massi, *op. cit.*, 675.

²⁴² A. Cappellini, *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, cit., 14.

²⁴³ È stato sostenuto in dottrina che l'imprevedibilità dei risultati dell'apprendimento autonomo renderebbe prevedibile, a sua volta, la possibilità che l'IA ponga in essere attività dannose, cfr. S. Gless, E. Silverman, T. Weigend, *op. cit.*, 430. È proprio questa imprevedibilità a porre i più consistenti problemi di attribuzione della responsabilità penale in capo agli operatori dell'IA, programmatori o utilizzatori che siano. Tuttavia, occorre rilevare come l'imprevedibilità del sistema intelligente sia nota al suo stesso produttore, rendendola pertanto, in un certo senso, "preprogrammata". Nello stesso senso è stata paventata la possibilità di ritenere che chiunque metta in circolazione un sistema intelligente debba, per ciò stesso, prendere in considerazione ogni evento lesivo astrattamente possibile, anche in assenza di leggi scientifiche certe. Sarebbe dunque sufficiente la mera prevedibilità astratta del possibile evento lesivo a incardinare la responsabilità per colpa, anche in assenza di una sicura ricostruzione di tutti i passaggi del nesso di causalità. Secondo questo schema sarebbe «colposo il comportamento del progettista, programmatore o utilizzatore che non preveda l'imprevedibilità del robot intelligente»: così M.B. Magro, *Robot, cyborg e intelligenze artificiali*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2019, 1208 s., corsivi nostri.

²⁴⁴ S. Preziosi, *La responsabilità penale per eventi generati da sistemi di IA o da processi automatizzati*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., 719 s.

²⁴⁵ C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, cit., 1762. Sulla stessa scia altra parte della dottrina afferma che i futuri sistemi di intelligenza artificiale sono destinati a condurre ad una contrazione del perimetro dei casi di responsabilità per colpa e non ad una loro estensione affermando che se un soggetto utilizza «un sistema di intelligenza artificiale regolarmente autorizzato e testato con esito positivo dalle competenti autorità regolatorie si ridurranno evidentemente gli spazi per l'affermazione di una sua responsabilità penale a titolo di colpa, anche nel caso ove dall'esercizio della suddetta attività derivino conseguenze lesive non volute, a meno che non risulti provato che l'evento lesivo sia chiaramente riconducibile ad un suo errore nell'installazione, nell'uso o nella manutenzione del sistema»: così R. Borgogno, *La responsabilità penale nei processi ad elevata automazione*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., 737 s.

²⁴⁶ F. Consulich, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*,

La commistione tra colpa e omissione non costituisce un problema di nuovo conio, posto che i confini tra azione e omissione tendono a sfumare in ambito colposo, non solo alla luce del carattere normativo della colpa e dell'omissione²⁴⁷ ma anche in considerazione del fatto che, com'è noto, esiste un momento omissivo in ogni condotta colposa²⁴⁸.

Per quanto la dottrina riconosca che «questa rimodulazione *complessiva* della categoria rischia di stravolgere il peso che il disvalore di evento deve possedere nel diritto penale liberale, è altrettanto vero che *nei contesti tecnologici* l'evento avverso può essere spesso una variabile indipendente dall'implementazione della cautela, giungendo così alla creazione di *rischi illeciti* anche quando siano rispettate *tutte le misure di sicurezza*»²⁴⁹.

Il problema della responsabilità colposa non riguarda soltanto l'errato utilizzo del sistema intelligente ma anche i difetti di costruzione di quest'ultimo. Nella misura in cui la responsabilità per i danni cagionati da un sistema artificiale non possa che ricadere su un soggetto umano, occorre chiedersi se, ad esempio, debba essere considerato «responsabile a titolo di colpa l'operatore che ha programmato il sistema di IA per non averlo costruito con un'architettura tale da ostacolare ogni possibilità, per l'agente artificiale, di sviluppare un comportamento “criminale”». Tale prospettiva finirebbe per ampliare pericolosamente il rimprovero colposo, espandendo i confini cognitivi della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, sfociando così, inevitabilmente, in inammissibili forme di responsabilità oggettiva²⁵⁰.

Il tema del rapporto fra comportamenti emergenti e responsabilità del programmatore (*rectius*, dei programmatori) è destinato ad una esponente implementazione: anche ove si riuscissero a superare le difficoltà concernenti l'individuazione del soggetto responsabile all'interno di una compagine plurisoggettiva di produzione e programmazione, il comportamento imprevedibile del sistema non potrebbe comunque essere rimproverato per colpa al programmatore, ravvisandosi nella materia *de qua* una «sostanziale impossibilità di individuare soggetti umani la cui “colpa” possa colmare il vuoto di responsabilità di matrice tecnologica»²⁵¹.

Non è mancato chi, in dottrina, ha già iniziato a parlare di una nuova “colpa da programmazione”, categoria all'interno della quale si potrebbero prevedere specifiche cause di esclusione della colpevolezza consistenti nella predisposizione di misure di sicurezza volte a prevenire la consumazione di fattispecie delittuose commesse da sistemi intelligenti²⁵². Rifuggendo da una possibile formulazione in termini di “colpa eventuale”²⁵³, un'alternativa potrebbe essere quella di limitare le ipotesi di responsabilità colposa dell'operatore “dietro” l'intelligenza artificiale nel caso in cui quest'ultima, a causa del suo apprendimento autonomo, cagioni danni non prevedibili, ciò chiaramente muovendosi nell'ambito di un rischio consentito ed accettato alla luce dei benefici dell'impiego di quella determinata IA per la società²⁵⁴.

in RIDPP, 2022, 1053.

²⁴⁷ L. Riscato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 359.

²⁴⁸ F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *Fattispecie*, Padova 1993, 90 ss. Sulla combinazione tra colpa e omissione, nella dottrina tedesca, E. Struensee, *Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte*, in JZ, 1977, 217 ss.; H. Fünfsinn, *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, Francoforte 1985.

²⁴⁹ F. Consulich, *op. cit.*, 1053.

²⁵⁰ B. Panattoni, *Intelligenza Artificiale: le sfide per il diritto penale*, cit., 348.

²⁵¹ A. Cappellini, *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, cit., 9.

²⁵² M.B. Magro, *Biorobotica, robotica e diritto penale*, in *Genetics*, cit., 516.

²⁵³ Tale tipologia di colpa non richiederebbe la prevedibilità dell'evento concretamente verificatosi, essendo sufficiente la mera prevedibilità astratta del rischio o, meglio, «l'impossibilità di escludere la verifica di un qualsiasi evento di danno, anche concretamente imprevedibile»: così M.B. Magro, *Decisione umana e decisione robotica*, cit., 19. Più in generale sul tema G. Civello, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino 2013.

²⁵⁴ B. Panattoni, *Intelligenza Artificiale: le sfide per il diritto penale*, cit., 353 s.

Vediamo dunque come non sembri possibile escludere la responsabilità degli operatori dell'IA per gli eventuali danni causati da quest'ultima. Si pensi, ancora, ad esempio, ai casi in cui tali danni siano riconducibili a un omesso adempimento del dovere di monitoraggio²⁵⁵ oppure dipendano da un'asimmetria informativa tra il programmatore e il soggetto danneggiato²⁵⁶.

Al fine di fronteggiare le problematiche suesposte si potrebbe meditare – quantomeno in una fase preliminare e senza voler arginare lo sviluppo dell'autonomia dei sistemi intelligenti – di porre un generale divieto di produzione di sistemi i cui possibili rischi superino con un certo distacco i potenziali benefici, così limitando l'accesso sul mercato a forme di IA meno evolute ma maggiormente controllabili²⁵⁷. Potrebbe, a tal fine, immaginarsi un meccanismo che imponga il rispetto di alcuni “valori soglia” di automazione, individuando un livello di autonomia oltre il quale al programmatore non è consentito spingersi, poiché si ridurrebbe eccessivamente il controllo esercitabile dall'uomo su di esso. In questa direzione è, infatti, stato osservato che «se le misure tecniche non consentono di progettare sistemi completamente sicuri, sarà sempre possibile limitarne l'autonomia e le capacità»²⁵⁸.

Con particolare riferimento alla figura del produttore, per evitare di dar vita ad inammissibili ipotesi di *responsabilità per posizione* in capo a quest'ultimo, si potrebbe valutare di delimitarne lo standard di diligenza, introducendo un certo margine di tolleranza²⁵⁹ per alcuni errori commessi in fase di progettazione o di programmazione, riducendo il dovere di diligenza all'impiego delle migliori conoscenze e tecnologie disponibili al momento della produzione, mantenendo sempre fermo il dovere di monitorare il prodotto e di ritirarlo tempestivamente dal mercato una volta palesata la sua difettosità²⁶⁰.

A prescindere dalla via che si riterrà più opportuno percorrere, ciò che appare indubbio è l'indifferibilità di una ragionata regolamentazione dei più sofisticati sistemi intelligenti al fine di tutelare i consociati che con essi verranno in contatto, valutando (a nostro avviso, in *extremis*) l'opportunità di imporre limiti etici e giuridici alle diverse applicazioni della ricerca tecnologica²⁶¹.

9. Il diritto non può confrontarsi esclusivamente con fenomeni ormai radicati nella società e non può astenersi dal tentare di fornire risposte a situazioni di nuovo conio: «ogni nuova scoperta origina nuovi interrogativi e le nuove zone d'ombra sono sempre più vaste rispetto a ciò su cui si è fatto luce»²⁶². L'alternativa di prediligere il “vivere necesse” al “navigare necesse” non sembra percorribile, in quanto avrebbe, sì, l'effetto di azzerare totalmente i rischi di verifica di eventi dannosi, ma tramite una generale astensione da qualsivoglia attività potenzialmente utile ma pericolosa²⁶³. La responsabilità colposa ed il principio di precauzione giocheranno un ruolo chiave nell'accompagnare l'ingresso delle nuove tecnologie e, in particolare, dell'intelligenza artificiale,

²⁵⁵ G. Uberris, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *DPenCont*, 2020, 81.

²⁵⁶ Chiudendo idealmente il cerchio e tornando al principio di precauzione da cui abbiamo preso le mosse, con riferimento al c.d. “differenziale di conoscenza” in dottrina è stato affermato che «l'interesse penalistico del principio di precauzione può risiedere principalmente nella sua attitudine a conferire rilievo al *differenziale di conoscenza*, alla *signoria esclusiva* sulle situazioni pregne di rischio di cui disponga chi intraprenda, specie se in forma organizzata, certe attività produttive aventi un potenziale impatto sui beni giuridici. *Non sarà di per sé dunque la prospettabilità di rischi che potrà generare un dovere all'astensione dalla condotta pericolosa (...), almeno laddove la condotta possa iscriversi nell'alveo di rischi “autorizzati”*, bensì un insieme di elementi più complessi scaturenti dal *confronto tra i livelli di conoscenza* di cui disponeva l'agente *al momento del fatto* e di quelli a (o messi a) disposizione delle istanze *lato sensu* pubbliche»: così G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., 637 s., corsivo nostro.

²⁵⁷ M.B. Magro, *Robot, cyborg e intelligenze artificiali*, cit., 1210.

²⁵⁸ M. Bassini, L. Liguori, O. Pollicino, *op. cit.*, 359.

²⁵⁹ S. Gless, E. Silverman, T. Weigend, *op. cit.*, 431.

²⁶⁰ S. Gless, E. Silverman, T. Weigend, *op. cit.*, 434.

²⁶¹ P. Moro, *Macchine come noi. Natura e limiti della soggettività robotica*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 53.

²⁶² E. Corn, *op. cit.*, 176 s.

²⁶³ C. Piergallini, *La responsabilità del produttore*, cit., 1129.

nell'area penalistica, dovendosi scontrare però (inevitabilmente) con la percezione sociale del fenomeno.

Con particolare riferimento al principio di precauzione, v'è chi ha ritenuto che quest'ultimo affondi le proprie radici nell'«euristica della paura»²⁶⁴ e che non si possa non tener conto «del ruolo capitale che la paura dell'ignoto tecnologico ha nel determinare le scelte compiute a livello regolativo, e in particolare del potere di piegarle a logiche ispirate a criteri, anche estremi, di precauzione»²⁶⁵. Altra parte della dottrina, tuttavia, ha affermato che il principio di precauzione «avrà un futuro se servirà ad accrescere lo studio *scientifico* dei rischi, e non a dare legittimazione culturale e risposta giuridica alle paure dei cittadini o peggio alle isterie collettive. Se fonderà un'ermeneutica precauzionale, e non un'ermeneutica della paura»²⁶⁶.

L'influenza che le «altre scienze» hanno avuto sul diritto penale e che ha condotto all'odierna società del rischio potrebbe far propendere per un abbandono del vecchio diritto penale liberale per lasciare spazio ad una «scienza penale integrata» che conduca a «verificare la capacità del sistema di sopportare l'impatto della modernità, non già quello di plasmarlo in vista del raggiungimento del risultato di volta in volta ritenuto «più giusto»»²⁶⁷.

Da nuove opportunità derivano nuovi rischi²⁶⁸, al punto da tramutare questi ultimi in bussola per orientare il giudizio sulla responsabilità penale. Un'errata lettura di questa bussola, però, può condurre ad una destrutturazione della colpa, ad uno snaturamento delle regole cautelari e a un disincentivo per il soggetto agente, «chiamato a sopportare rischi penali che gravitano al di fuori della sua sfera di riconoscibilità»²⁶⁹.

Cercare di affrontare il futuro senza perdere di vista i principi generali ispiratori del diritto penale che siamo abituati a conoscere rappresenterà, probabilmente, la miglior opzione, senza dimenticare che «tra i compiti del diritto vi è anche quello di disciplinare la scienza, in nome del riaffermato (ancorché precario) primato del *nomos* sulla *téchne*»²⁷⁰.

Sono in tale contesto quantomai attuali le parole di Domenico Pulitanò, il quale ci ha insegnato che «possiamo essere studiosi (anche) di norme, solo se sappiamo partire dai problemi, quelli posti dal mondo reale, legati alla conoscenza del mondo, attinenti ad una dimensione normativa che intende valere per il mondo dell'esperienza»²⁷¹.

²⁶⁴ F. Stella, *op. cit.*, 548 ss.; F. Consorte, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2007, 269. Altra parte della dottrina afferma che il principio di precauzione, nell'odierna *tecnocrazia*, propone un'euristica della paura che «riflette una visione della modernità preoccupata, ma non apocalittica»: così F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 228.

²⁶⁵ A. Cappellini, *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, cit., 14.

²⁶⁶ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1776.

²⁶⁷ A. Massaro, *op. cit.*, 22 s.

²⁶⁸ C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1767.

²⁶⁹ C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1701 s. L'A. afferma altresì che sotto la bandiera della riduzione del rischio «cresce un modello di attribuzione della responsabilità che prende congedo dalla colpa e che punta, opportunisticamente, a redistribuire il rischio con criteri estranei agli irrinunciabili principi del sistema penale».

²⁷⁰ F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 229.

²⁷¹ D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., 889.

LA TRASLAZIONE DELLA QUESTIONE CIVILE DAL PROCESSO PENALE. ITINERARI GIURISPRUDENZIALI E ASSETTO NORMATIVO ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA

di Francesco Maria Damosso (*Dottorando in Diritto dei mercati europei e globali - profilo processualpenalistico, Università degli Studi della Tuscia*)

Una riflessione sullo spazio della questione civile nel processo penale può essere articolata solo a partire dall'inquadramento sistematico del suo fondamento giuridico. L'autore, dunque, svolge dapprima una premessa riguardo alla fattispecie dell'illecito civile risultante dagli artt. 2043 c.c. e 185 c.p. sul piano sostanziale. Per poi trattare della disciplina processuale applicabile nell'ipotesi in cui, in sede penale, rimanga aperta la sola questione civile. A tal fine, si rende necessario considerare l'assetto normativo – naturalmente comprensivo del diritto vivente e dei suoi corollari teorici e pratici – previgente e successivo alla l. 27 settembre 2021, n. 134 e d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia). Gli istituti d'interesse sono quelli dell'impugnazione proposta o decisa ai soli effetti civili, e dell'annullamento con rinvio ai soli effetti civili. Quanto al primo, i nuovi commi 1-bis degli artt. 573 e 578 c.p.p. hanno inciso sulla portata del principio di accessorialità dell'azione riparatoria rispetto all'azione penale; portata che da relativa diventa pressoché assoluta. Quanto al secondo, cioè all'ambito applicativo dell'art. 622 c.p.p., esso per effetto della riforma viene a restringersi considerevolmente, sebbene non direttamente modificato; la relativa giurisprudenza pregressa, inoltre, deve essere coordinata con le disposizioni di recente introduzione.

A study of the space of the civil issue in the criminal proceedings can only be developed starting from the systematic framing of its legal basis. Firstly, the author carries out an introduction concerning the civil tort resulting from Articles 2043 of the Civil Code and 185 of the Criminal Code on the substantive level. He then deals with the procedural discipline applicable when only the civil matter remains open in criminal proceedings. To this end, it is necessary to consider the legal framework before and after Act no. 134 of 27 September 2021 and Legislative Decree no. 150 of 10 October 2022 (the so-called Cartabia reform). The topics covered are the appellate remedy submitted or decided for civil effects only, and the annulment of the judgment for civil effects only. As regards the former, the new paragraphs 1-bis of Articles 573 and 578 of the Code of Criminal Procedure have impacted on the scope of the principle of the ancillary nature of the civil action. Its scope becomes from relative to almost absolute. As regards the second, the range of application of Article 622 of the Code of Criminal Procedure is considerably narrowed after the reform, although it was not directly modified; moreover, the relevant previous case law has to be aligned with the new legal provisions.

SOMMARIO: 1. Il reato nella fattispecie dell'illecito civile. – 2. Impugnazione ai soli effetti civili *ante* riforma Cartabia: la dimensione relativa dell'accessorialità. – 3. Regime *post* riforma Cartabia: il principio di accessorialità (quasi) assoluta. – 4. Annullamento ai soli effetti civili. – 5. Regime *ante* riforma Cartabia. – 6. Disformità interpretative. – 7. La posizione delle Sezioni unite Cremonini. – 8. Regime *post* riforma Cartabia: sorte della giurisprudenza pregressa e nuovo ambito applicativo dell'art. 622 Cpp.

1. Una riflessione sullo spazio della questione civile nel processo penale può essere articolata solo a partire dall'inquadramento sistematico del suo fondamento giuridico.

Come si sa, la legittimazione del danneggiato dal reato a esercitare l'azione riparatoria¹ costituendosi parte civile si basa sugli artt. 74 ss. Cpp e 185 Cp. A mente di quest'ultimo, «ogni reato obbliga alle restituzioni» e, in quanto «abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale..., al risarcimento»². Il discorso interessa dunque alcune delle conseguenze civili dell'illecito penale, in particolare quelle di portata generale e che maturano come obbligazioni nei confronti della vittima³. Sempre avendo però chiara, a tale ultimo riguardo, la distinzione tra danneggiato e persona offesa dal reato: il primo non coincide necessariamente con la seconda, e solo il primo ha azione nel processo penale.

La presenza di una disposizione come quella contenuta nell'art. 185 Cp, deve essere detto con chiarezza, non significa che quando la parte civile chiede i danni da reato non venga pur sempre a rilevare la fattispecie dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 Cc (ovvero le altre figure speciali, se ancora s'intende affermarne la specialità, descritte anzitutto negli artt. 2049 ss. Cc). Piuttosto, uno degli elementi costitutivi di essa – il fatto – non è un fatto «qualunque», cioè atipico, ma un fatto tipico, da sussumere oggettivamente entro la fattispecie incriminatrice per cui si procede; compreso ovviamente il nesso causale tra condotta ed evento criminoso, da accertare secondo lo *standard* penalistico dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» ex artt. 27 co. 2 Cost. e 533 co. 1 Cpp. Anche sotto il profilo soggettivo, derivando da «reato», e in particolare dal reato per cui si procede, l'illecito civile si configura solo in quanto tutti gli elementi del reato sussistano. Non conta dunque indifferentemente il dolo o la colpa, ma serve il dolo o la colpa che sorregge il fatto come descritto nell'imputazione.

Inoltre, perché la pretesa riparatoria sia accolta in primo grado, il danneggiante deve di regola risultare anche punibile in concreto, essendo solitamente necessaria una condanna penale. Va precisato: «anche» punibile, se non si vuole annoverare la punibilità tra gli elementi del reato⁴; essa, inoltre, deve sussistere solo «di regola», in quanto a seguito della recente declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 538 Cpp la condanna civile può avere luogo contestualmente al proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis Cpp.⁵

¹ Oltre agli Autori citati nel prosieguo della trattazione, in argomento v. G. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, Milano 2003, 71; E. Amodio, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Commentario Amodio-Dominioni*, I, Milano 1989, 433 ss.; A. Anceschi, *L'azione civile nel processo penale*, Milano 2012; A. Chiliberti, *L'azione civile nel processo penale*³, a cura di C. Brusco, Milano 2017; L.P. Comoglio, *L'azione civile nel processo penale e le strategie di tutela del diritto al risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2001, 161 ss.; G. De Roberto, *Responsabilità civile nel processo penale*, Milano 1990, 99 ss.; M.G. Falzea, voce *Danno - iv) Risarcimento del danno civile nascente da reato*, in *EG* 1988; D. Fondaroli, voce *Danno da reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 1703 ss.; A. Guarneri, voce *Restituzione e risarcimento del danno da reato*, in *NssDI* 1968; A. Giarda, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano 1971; A. Pennisi, *L'accessorietà dell'azione civile nel processo penale*, Milano 1981; F. Dassano, *Il danno da reato. Profili sostanziali e processuali*, Milano 1992, 72 ss.; M. Maniscalco, *L'azione civile nel processo penale*, Padova 2006; M. Romano, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *RIDPP* 1993, 865 ss.; G. Spangher, *Relazione*, in AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, “Atti del Convegno di studio, Trento, 18 e 19 giugno 1993”, Milano 1995, 64 ss.; F. Stella, *Il diritto penale, il diritto civile, il diritto amministrativo di fronte ai danni legati allo sviluppo scientifico e tecnologico*, in *Iustitia* 2003, 2, 167 ss.; V. Zeno Zencovich, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova 1989; M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino 2001.

² In prospettiva anche storica, v. L. Bartoli, *Tendenze recenti sulle impugnazioni della parte civile: tra garbugli giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *AP* 2022, 3 ss., la quale dà conto dei caratteri che l'azione civile esercitata nel processo penale ha assunto nei codici di procedura penale del 1865, del 1930 e infine del 1988.

³ La ricostruzione è comunemente condivisa. In argomento può rinviarsi a F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Milano 2020, 955 ss.

⁴ La teoria c.d. quadripartita, come si sa, è accolta per esempio nell'impostazione di G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano 2023, 243 ss.

⁵ C. cost. 12.7.2022 n. 173, in *GCos* 2022, 1943 ss., con nota di A. Ciavola, *La ricerca di efficienza del sistema giudiziario spinge la Corte costituzionale a dare maggiore centralità all'azione civile nel processo penale per ragioni di economia processuale*; sulla pronuncia v. *infra*, § 5, nonché V. Bontempelli, *Nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale e sui rapporti fra azione civile e decisione penale*, in *PPG* 2023, 159 ss.

In questi termini – inquadrando cioè il reato nell'illecito civile, quale fatto produttivo di un certo danno-evento – si può spiegare la funzione «integrativa» dell'art. 185 Cp rispetto all'art. 2043 Cc⁶; ancora più appropriato sarebbe probabilmente riferirsi alla suddetta funzione come specificativa del disposto codicistico civile⁷.

Il sicuro corollario logico e giuridico è che una volta accertato l'illecito penale nella sua sede naturale, quello civile non consegue automaticamente al primo: devono essere dimostrati pure gli altri elementi richiesti dall'art. 2043 Cc, tra i quali anzitutto il danno risarcibile. Quest'ultimo è conseguenza solo eventuale del reato: la c.d. doppia valutazione dello stesso fatto non risulta di regola necessitata. Appropriatamente l'art. 185 co. 2 Cp parla non di qualsiasi reato ma di reato «che abbia cagionato un danno», in quanto vi possono ben essere reati senza la produzione di pregiudizi civilisticamente rilevanti⁸. Constatando ciò si ritiene oggi insostenibile la tesi del Carnelutti, il quale faceva coincidere il c.d. danno criminale, ossia l'offesa penalmente rilevante, con un danno risarcibile sul piano civile; così ogni reato sarebbe al contempo illecito civile⁹, finendo per tradire la lettera della legge, sul fraintendimento che «secondo l'art. 185 c.p. è lo stesso reato che fa sorgere la conseguenza penale come la conseguenza civile»¹⁰. Quest'ultima impostazione, più di recente, pare riecheggiare in una parte autorevole della dottrina civilistica, ove si rinviene nella norma penale il fondamento di un «obbligo pubblicistico» verso lo Stato e al contempo di un «obbligo privatistico» verso il danneggiato¹¹, coerentemente ravvisando nell'illecito penale «per ciò stesso» un illecito civile¹².

È altrettanto vero che non sempre il danno risarcibile può dirsi estrinseco rispetto alla fattispecie incriminatrice. Talvolta il danno è senz'altro elemento costitutivo di quest'ultima, come per esempio accade nella truffa, e in questi casi i confini del reato coincidono con quelli dell'illecito civile di cui in sede penale si chiede la riparazione¹³. Ove un danno sia richiesto per la perfezione di un reato e di esso si ha la dimostrazione ai fini penali, giustamente la giurisprudenza riconosce che il danno ai fini civili è a sua volta dimostrato implicitamente¹⁴.

Quanto appena illustrato non scalfisce il rilievo circa la funzione specificativa dell'art. 185 Cp, il quale esprime una relazione giuridicamente già in essere tra fatto illecito e sue conseguenze soggettivamente pregiudizievoli; tant'è che se la disposizione non fosse prevista, quello stesso fatto rimarrebbe pacificamente sanzionato sul piano civilistico, se del caso pure in sede penale a seguito della costituzione ex artt. 74 ss. Cpp. L'art. 185 Cp detiene piuttosto natura costitutiva sul terreno sostanziale nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale ogni qual volta esso derivi da un reato. Serve quindi a sancire il diritto alla integrale riparazione di ogni tipologia di danno

⁶ Fa un cenno in tal senso G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano 1955, 105, nt. 65.

⁷ Sulla base di ciò si dovrebbe concludere che entrambe le disposizioni concorrono a formare un diritto risarcitorio o restitutorio, il quale detiene un particolare fondamento sostanziale – da cogliersi appunto nella presenza del reato all'interno della fattispecie di illecito aquiliano – allorché il danneggiato scelga di esercitare l'azione civile in sede penale. A un tale diritto si affianca quello che come fondamento sostanziale ha il solo art. 2043 Cc – non rilevando cioè il reato –, e che si esercita azionando la pretesa riparatoria in sede civile. In ordine alla questione dell'alternativa esegetica, sul terreno sostanziale, tra un «concorso astratto di fattispecie normative applicabili al medesimo diritto risarcitorio» e un «concorso di diritti» a seconda della sede prescelta dal (o comunque nella quale si ritrovi il) danneggiato, v. tra gli altri V. Zeno Zencovich, *op. cit.*, 75; E. D'Alessandro, *Cordero e il lapsus normativo di cui all'art. 622 c.p.p.*, in www.la-legislazione-penale.eu, 28.6.2021, 8, nt. 23; G. Paolozzi, *Giurisdizioni fuori asse*, in *Processo penale e giurisdizione civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, Id., Torino 2020, 19; L. Bartoli, *op. cit.*, 13, nt. 49.

⁸ Analogamente argomenta F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁵, Milano 1963, 615 ss.; nello stesso senso, V. Manzini, *Istituzioni di diritto processuale penale*¹², Padova 1960, 63.

⁹ F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova 1926, 66 ss.

¹⁰ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, IV, Roma 1959, 80.

¹¹ M.C. Bianca, *Diritto civile*², I, Milano 2002, 44.

¹² M.C. Bianca, *op. cit.*³, V, Milano 2021, 597.

¹³ Su quest'ultimo punto, v. R.A. Frosali, *Reato, danno e sanzione*, Padova 1932, 106 ss.; F. Mantovani, *op. cit.*, 962 s.; E. Mezzetti, *Diritto penale. dottrina, casi e materiali*³, Bologna 2020, 821 s.

¹⁴ Cass. civ. S.U. 25.2.2010 n. 4549, in *CedCass.*, m. 611796.

derivabile da un fatto dannoso e al contempo criminoso, e dunque più grave del comune illecito in quanto offensivo di un bene massimamente tutelato dall'ordinamento¹⁵. Conviene al riguardo rammentare che ogni illecito civile è di per sé idoneo a fondare l'obbligo risarcitorio attinente al danno patrimoniale, sotto forma di danno emergente e di lucro cessante. Non ogni illecito fa invece sorgere l'obbligo di riparare gli eventuali danni non patrimoniali che ne siano derivati. Per come la oramai consolidata giurisprudenza civile interpreta l'art. 2059 Cc, a tal fine è cioè necessaria una espressa previsione di legge – per esempio l'art. 185 Cp – ovvero la lesione di un diritto fondamentale della persona tutelato nella Costituzione¹⁶. Il valore odierno della disposizione sul danno da reato si coglie dunque nell'ammettere la risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali conseguenti in potenza a qualunque illecito penale; e ciò pure se manchi, a livello di danno-evento, la lesione di un diritto fondamentale.

Più oltre si vedrà come la ricostruzione finora delineata – il reato si colloca all'interno dell'illecito civile – rimanga oggi valida, a seguito della riforma Cartabia, solo nella misura in cui nel processo penale la questione penale risulti aperta, cioè non definita con sentenza parzialmente irrevocabile oppure suscettibile di essere esaminata in quanto non sono nel frattempo maturate cause di estinzione del reato.

Qui invece preme ancora domandarsi se l'operatività dell'art. 185 Cp si riduca al processo penale, ovvero generi effetti anche nel processo civile quando l'attore intenda chiedere nella sede naturale il danno non patrimoniale derivante da reato. Sul punto si dovrebbe concludere senza dubbio nel secondo senso; a rigore dovendone discendere l'obbligo in capo al giudice di accertare *incidenter tantum* il reato da cui il suddetto danno deriva, e quindi tutti i suoi elementi costitutivi. Così si è espressa una parte della recente giurisprudenza¹⁷, risultando peraltro congruente con quanto l'indirizzo preferibile ha dichiarato in tema di fatto-reato rilevante per la prescrizione civile¹⁸ ex art. 2947 co. 3 Cc¹⁹. Certo il soggetto danneggiante potrebbe pure risultare non punibile in concreto, giacché la necessità di una sentenza di condanna deriva dal principio di accessorialità dell'azione civile in sede penale, il quale solo nel processo penale si applica.

A prevalere appare tuttavia il diverso orientamento per cui sarebbe solo l'elemento oggettivo della fattispecie criminosa a doversi ritenere integrato: sul piano soggettivo, invece, si potrebbe per esempio applicare la presunzione di colpa ex art. 2054 Cc²⁰.

In tutto questo rimane comunque ferma la disciplina di cui agli artt. 651 ss. Cpp: allorquando un giudicato penale sia già formato e sussistano le condizioni ivi previste, una precedente sentenza per esempio assolutoria perché il fatto non sussiste impedirà al giudice civile di ritenere successivamente integrato l'elemento oggettivo del reato.

Ma a ben vedere, pure quando la disciplina sull'efficacia extrapenale del giudicato non possa operare – per esempio qualora il danneggiato non sia stato nelle condizioni di costituirsi parte civile – la

¹⁵ Si spiega pure così il particolare *status* di cui il relativo credito risarcitorio gode, privilegiato ex art. 2768 Cc.

¹⁶ Nella giurisprudenza di legittimità, la svolta in questi termini si è avuta con Cass. civ. 31.5.2003 n. 8828, in *FI* 2003, 2272 s.

¹⁷ Cass. civ. 20.3.2017 n. 7110, in *CedCass.*, m. 644822-02.

¹⁸ In ordine all'incidenza della c.d. riforma Bonafede sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno, si vedano le riflessioni e la proposta di F. Vergine, *Effetti della riforma della prescrizione sull'illecito civile*, in *op. cit.*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, 387 ss., le quali parrebbero rimanere valide anche a seguito dell'introduzione dell'art. 161-bis Cp ad opera della l. 27.9.2021 n. 134.

¹⁹ Cass. civ. S.U. 18.11.2008 n. 27337, in *FI* 2009, 767 ss. In quella occasione si è appunto affermata la necessità di verificare pure l'elemento soggettivo del reato, ove si debba determinare il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno: quando il fatto fonte di danno è previsto dalla legge come reato, la menzionata disposizione civile stabilisce l'allungamento del termine in misura corrispondente a quello di prescrizione dell'illecito penale. Con l'arresto in parola, le Sezioni unite civili hanno altresì affermato la possibilità di accertare incidentalmente la sussistenza della fattispecie criminosa riferibile al soggetto danneggiante sebbene l'azione penale non sia stata esercitata. L'evenienza tipica è quella della mancata presentazione della querela da parte della persona offesa dal reato.

²⁰ In questo senso, Cass. civ. 12.5.2003 n. 7283, in *DR* 2003, 715 ss. Conformemente a questo secondo indirizzo si era espressa C. cost. 11.7.2003 n. 233.

configurabilità di un accertamento incidentale del reato in determinate ipotesi è problematica. Stando cioè all'attuale giurisprudenza europea e costituzionale²¹, come più oltre si dirà, qualunque accertamento anche solo virtuale della sussistenza di un reato ascrivibile a un determinato soggetto dovrebbe rimanere precluso a seguito di un giudizio penale che abbia negato la responsabilità ovvero che non abbia potuto entrare nel merito. L'alternativa sarebbe incorrere in una violazione della presunzione d'innocenza; a più forte ragione, si direbbe, qualora si consenta al giudice civile di accertare l'obbligo risarcitorio *ex crimine* in virtù di una presunzione di colpa.

Peraltro, se la *ratio* dell'orientamento sovranazionale e costituzionale risiede nell'evitare all'innocente di soffrire lo stigma penale apparendo socialmente come colpevole, essa dovrebbe estendersi alle ipotesi nelle quali il giudice civile sia chiamato a decidere sul danno non patrimoniale senza che un giudicato penale vi sia; e a più forte ragione, ancora, se si ammette di ritenere un reato integrato sulla base di meccanismi presuntivi *in malam partem*.

Sia come sia, in questa visione osservare l'art. 198 Cp ai fini dell'applicazione dell'art. 185 Cp reca sempre qualche perplessità: se l'estinzione del reato non estingue le obbligazioni civili da esso derivanti, non si vede come – ai fini dell'accertamento dell'obbligazione ex artt. 2043 Cc e 185 Cp – quel reato possa essere anche solo incidentalmente accertato con la contestuale garanzia della presunzione d'innocenza.

Da ultimo si consideri, per esplicitare l'ovvio, il difetto di corrispondenza biunivoca tra potere di liquidare il danno non patrimoniale e insieme dei presupposti indicati nell'art. 185 Cp. La mancanza di questi ultimi, nelle ipotesi appunto in cui il giudice civile non possa ritenere integrato un «reato», non esclude che il danno non patrimoniale sia comunque risarcibile a causa della lesione di un diritto fondamentale della persona, ai sensi e per gli effetti dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 Cc.

2. Forti dei rilievi introduttivi, possiamo ora tornare nella sede penale per discutere del significato di un principio cardine, quando la questione civile venga a rilevare. È quello che suole denominarsi principio di accessorialità, la cui portata ha indirettamente subito modificazioni a seguito della riforma Cartabia; dapprima con la l. 27.9.2021 n. 134 e poi con il d. lgs. 10.10.2022 n. 150.

Come si avrà modo di osservare, prima della riforma il principio di accessorialità viveva difatti in una dimensione relativa, mentre alla luce della nuova disciplina gli è stata attribuita una valenza praticamente assoluta²².

Su di un piano generale è noto come l'accessorialità sia intesa nell'ambito che ci occupa, ossia quale concetto di relazione, per indicare che l'azione civile riparatrice ex artt. 74 ss. Cpp e 185 Cp è accessoria rispetto all'azione penale²³. In buona sostanza ciò indica il rapporto di dipendenza unilaterale della prima rispetto alla seconda, e in quanto la seconda rimanga funzionale all'accertamento del reato. Che l'azione civile sia dipendente *ab origine* da quella penale lo si comprende leggendo l'art. 79 co. 1 Cpp, a mente del quale la costituzione del danneggiato può avvenire «per» l'udienza preliminare, essendo quindi necessario – nell'iter giurisdizionale ordinario – da parte del pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale mediante richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato. La sicura funzionalità dell'azione penale rispetto all'accertamento del reato, la quale va appunto inclusa nella messa in opera del principio, si coglie per esempio nella disciplina del c.d. patteggiamento: la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti non implica la verifica della sussistenza dell'illecito penale riferibile all'imputato, perciò non ne può giuridicamente discendere neppure la condanna al risarcimento del danno da reato. L'art. 444 co. 2 Cpp nella sua penultima parte riconosce questo stato delle cose, specificando che se le parti patteggiano il giudice

²¹ C. eur. 20.10.2020, *Pasquini c. San Marino*; C. cost. 30.7.2021 n. 182.

²² Come si vedrà *infra*, § 3, continua a fare eccezione, nel senso che continua a costituire una nota di relatività del principio in esame, l'art. 578 co. 1 Cpp nella parte in cui contempla la trattazione della sola questione civile quando sia intervenuta l'amnistia del reato per cui si procede. Fa analogamente eccezione l'art. 448 co. 3 Cpp.

²³ Si veda, tra i molti, G. Bellavista, voce *Azione civile nel processo penale*, in *NssDI* 1958, II, 55.

rimane sprovvisto del potere di decidere sulla pretesa riparatoria. L'azione penale nel frattempo non ha esaurito i suoi effetti – lo dimostra la ricorribilità per cassazione della sentenza, seppure entro certi limiti, e dunque un procedimento eventualmente in progressione –, ma oramai per quella deficienza di funzionalità il rapporto con l'azione civile è stato reciso. Ciò costituisce in definitiva la ragione per cui l'eventuale condanna risarcitoria presuppone come regola generale la condanna penale, ai sensi dell'art. 538 Cpp.

In forza del rapporto di dipendenza nei termini appena descritti, accessorietà implica al contempo fuoriuscita dell'azione civile dal processo penale per trasmigrare presso la sede naturale alle condizioni di legge²⁴. È sicuramente il caso dell'annullamento ai soli effetti civili di cui all'art. 622 Cpp²⁵: lì, a ben vedere, l'azione penale ha esaurito i propri effetti²⁶.

A questo punto, guardando all'impianto codicistico *ante* riforma²⁷, si può afferrare il perché una tale accessorietà debba intendersi quale relativa. La disciplina dell'impugnazione «ai soli effetti civili» – intesa tanto come impugnazione proposta esclusivamente per le questioni riparatorie, quanto come giudizio di impugnazione suscettibile di proseguire e di concludersi esclusivamente per tali questioni – consente cioè all'azione del danneggiato di permanere autonoma nel processo, nonostante i capi penali siano passati in giudicato ex art. 573 Cpp²⁸ (ovvero il giudice non possa decidere nel merito la questione penale per la maturazione di una causa estintiva del reato ex art. 578 Cpp). In ipotesi siffatte l'azione penale ha in concreto esaurito completamente i suoi effetti²⁹; eppure resta la (sola) questione civile a essere trattata.

²⁴ Questo aspetto è valorizzato da G. Leone, *Azione civile nel processo penale*, in *ED* 1959, IV, 838, il quale sotto il codice del 1930 vedeva concretizzazione di ciò nell'istituto dell'annullamento della sentenza ai soli effetti civili (art. 541; sul quale v. *infra*, nt. 78).

²⁵ Dell'istituto in discorso si dirà *infra*, § 4.

²⁶ Tale ultima disposizione, lungi dall'avere natura eccezionale, risulta dunque espressione di un principio generale; che poi la sua applicazione analogica rimanga comunque preclusa è un altro discorso, riguardante la mancanza di lacune legislative c.d. non intenzionali da colmare.

²⁷ All'interno del presente paragrafo, dunque, i riferimenti agli articoli del codice indicheranno le disposizioni nel loro tenore vigente prima delle modifiche normative.

²⁸ I successivi artt. 574-576 Cpp attribuiscono specificamente alle parti private il diritto di impugnare ai soli effetti civili. Ricordiamo tra l'altro che l'imputato rientra tra i legittimati attivi, potendo mettere in discussione l'*an* come il *quantum* della responsabilità limitatamente ai profili riparatori. Se poi costui impugna solo agli effetti penali una condanna e il giudizio di impugnazione si conclude in suo favore, la pronuncia opera necessariamente anche in relazione ai profili riparatori: se viene meno il reato, viene difatti meno un elemento della fattispecie dell'illecito civile. Sulla base di ciò si spiega l'art. 574 co. 4 Cpp, avente dunque natura ricognitiva. Ovviamente non può valere il contrario di quanto previsto in quest'ultima disposizione, perché se l'appello o il ricorso di una condanna viene presentato ai soli effetti civili e il giudice d'appello o di cassazione nega l'*an* della responsabilità, una tale pronuncia non si può estendere anche al relativo capo penale, il quale è oramai passato in giudicato e soprattutto non dipende da quello civile.

²⁹ Ciò si comprende in quanto si comprenda la fattispecie di cui all'art. 578 co. 1 Cpp alla luce della consolidata giurisprudenza di legittimità e del più recente orientamento costituzionale. A partire da Cass. S.U. 25.5.2009 n. 35490, in *CP* 2010, 4091 ss., con nota di S. Beltrani, *Estinzione del reato e assoluzione nel giudizio di impugnazione*, quando il giudice d'appello deve decidere sulla sola questione civile ai sensi della disposizione in parola, e dunque valutare a tal fine le prove, il proscioglimento nel merito – anche dovuto a insufficienza o contraddittorietà del compendio probatorio – prevale sulla declaratoria di estinzione del reato pur non sussistendo le condizioni di cui all'art. 129 co. 2 Cpp. In altri termini, decidere sull'impugnazione solo agli effetti civili non equivale a ritenere senz'altro definita la questione penale: se all'esito della compiuta valutazione delle prove si desume l'innocenza dell'imputato, a quel punto costui va assolto nel merito; e non invece prosciolti mediante sentenza di non doversi procedere, come a tutta prima suggerirebbe l'art. 129 co. 1 Cpp. Ampiamente conformi le successive decisioni: v. Cass. 7.1.2010 n. 4855, in *CedCass*, m. 246138; Cass. 20.3.2013 n. 16155, *ivi*, m. 255666; Cass. 11.4.2018 n. 20568, *ivi*, m. 273259; Cass. 21.11.2018 n. 53354, *ivi*, m. 274497. Da ultimo, Cass. 11.2.2020 n. 11626, *ivi*, m. 278963-01, con nota di F.M. Damosso in *RTrimDPenEc* 2020, 942 ss., ha confermato l'impostazione della sentenza Tettamanti escludendone al contempo l'applicazione analogica a fattispecie processuali differenti.

Sulla base della menzionata giurisprudenza non è dunque vero che se matura la prescrizione in appello l'azione penale ha esaurito i suoi effetti, in quanto il tema penale rimane concretamente aperto. Il precedente Tettamanti non è però compatibile con il contenuto di C. cost. 30.7.2021 n. 182, della quale si dirà a breve nel testo. Per ora basti il seguente punto fermo: il risultato di quanto stabilito dal Giudice delle leggi implica l'effettivo esaurimento dell'azione penale in

L'assolutezza dell'accessorietà, bisogna riconoscere, si flette per assicurare una risposta di giustizia al danneggiato, il quale dopotutto ha scelto come proprio interlocutore il giudice penale (ed entro certi limiti deve pure accettarne le relative conseguenze: l'art. 75 co. 3 Cpp in tal senso è un indicatore); si flette poi per soddisfare intuitive esigenze di economia processuale e di economia dei mezzi giuridici. Ma soprattutto la suddetta flessione si spiega in base alla natura della pretesa riparatoria oggetto di accertamento: se infatti deve essere verificata la sussistenza dell'obbligazione civile dipendente da reato, è bene lasciare al giudice penale il relativo potere. Coerentemente «è con le forme... del processo penale», a essere «proposta, trattata e decisa» l'impugnazione, ai sensi dell'art. 573 co. 1 Cpp.

Non c'è invece più spazio per la questione civile in sede di impugnazione quando sin dal corso del primo grado il rapporto di accessorietà non funziona più, per dir così.

Di recente, le Sezioni unite³⁰ hanno infatti stabilito che la decisione ai soli effetti civili *ex art.* 578 co. 1 Cpp in appello non può avere luogo qualora la prescrizione del reato sia già maturata nel giudizio di prime cure e il tribunale non l'abbia dichiarata. La mancata dichiarazione, beninteso, può indifferentemente derivare da un errore di calcolo in ordine al tempo necessario a prescrivere, come pure da una diversa valutazione del giudice d'appello in ordine alla sussistenza di circostanze o al relativo giudizio di bilanciamento. La questione controversa, rimessa alle Sezioni unite, riguardava la seconda delle ipotesi richiamate. In simili evenienze, si è affermato, il giudice deve senz'altro riformare la sentenza di condanna impugnata, revocando altresì le statuizioni civili in essa contenute. La ragione primaria di un tale esito³¹ risiede nella carenza di potere del giudice di primo grado nel decidere sulla questione civile.

A tutta prima, si potrebbe osservare che suddetta carenza non poteva dirsi attuale al momento della sentenza impugnata; ma diversamente che soltanto *ex post*, e cioè in forza di una diversa valutazione del giudice d'appello (da cui discende che la prescrizione avrebbe dovuto essere dichiarata in primo grado), quel potere non può più dirsi sussistente; e dunque che il rispetto di esigenze sistematiche – compendiate nella regola generale di cui all'art. 538 Cpp – superi qui il costo da sopportare nel fare ricorso a una finzione giuridica. Nondimeno, il massimo collegio ha avallato l'orientamento per cui la decisione sulla questione civile è subordinata a una condanna penale validamente emessa³². E qualunque ne sia la causa, se il giudice di appello – la cui pronuncia si sostituisce a quella del giudice di primo grado – ritiene che la prescrizione avrebbe dovuto essere a suo tempo dichiarata, allora *ab origine* il potere di decidere sull'azione civile non può dirsi sussistente, in quanto una condanna penale validamente emessa è appunto mancata.

La linearità dell'impianto teorico e pratico qui esaminato si è venuta parzialmente a spezzare con una recente sentenza del Giudice delle leggi: interpretativa di rigetto in virtù della quale l'art. 578 co. 1 Cpp è stato reputato costituzionalmente legittimo³³.

appello allorché la causa estintiva del reato maturi, non potendosi più pervenire a un proscioglimento nel merito. La questione è stata recentemente approfondita nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite di Cass. 8.6.2023 n. 30386.

³⁰ Cass. S.U. 28.4.2022 n. 39614, in *CP* 2023, 1116 ss., con nota di A. Macchia, *Per le Sezioni unite l'art. 578 c.p.p. è inapplicabile se la prescrizione è maturata in primo grado*.

³¹ Sulla quale cfr. il § 9, in diritto.

³² V. in particolare Cass. S.U. 13.7.1998 n. 10086, in *CedCass*, m. 211191; nonché Cass. 22.3.2018 n. 27393, in *CedCass*, m. 273726.

³³ C. cost. 30.7.2021 n. 182, in *CP* 2021, 3432 ss., con nota di P. Ferrua, *La Corte costituzionale detta le regole per l'azione civile in caso di sopravvenuta estinzione del reato: la probabile illegittimità costituzionale dell'art. 578, comma 1-bis, c.p.p. introdotto dalla riforma "Cartabia"*; e di E. Aprile, *La Corte costituzionale definisce i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione penale chiamato a decidere ex art. 578 c.p.p. sull'azione civile in presenza di estinzione del reato*. In argomento, v. altresì G. De Marzo, *Innesto della pretesa civilistica nel processo penale, prescrizione e presunzione di innocenza*, in *FI* 2021, 2962 ss. Non condividono l'iter argomentativo della Corte, G. Cricenti, G. D'Alessandro, *Il danno da reato e la fraintesa dialettica tra fatto di reato e danno risarcibile: osservazioni critiche alla sentenza n. 182 del 2021 della Corte costituzionale*, in *GCos* 2021, 1775 ss.; in senso critico anche B. Lavarini, *Presunzione di innocenza «europea» e azione civile nel processo penale: un difficile compromesso fra tutela del proscioglimento e salvaguardia del danneggiato*, *GCos* 2021, 1789 ss.

La questione riguardava la compatibilità della norma codicistica con la presunzione d'innocenza dell'imputato per come intesa dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte di Lussemburgo³⁴. Il giudice *a quo*, in particolare, riteneva che nel decidere sull'impugnazione ai soli effetti civili ex art. 578 co. 1 Cpp, qualora la corte d'appello fosse dell'avviso di confermare la condanna al risarcimento o alle restituzioni nei confronti dell'imputato, avrebbe logicamente finito per formulare una implicita dichiarazione di colpevolezza penale nonostante l'intervenuta estinzione del reato. Se infatti il secondo grado si fosse concluso con la conferma della condanna civilistica, ribadendo l'esistenza di quel danno risarcibile si sarebbe affermata la sussistenza di un fatto criminoso ascrivibile all'imputato, seppure solo virtualmente.

Un tale risultato si sarebbe posto in insanabile contrasto con quanto ancora di recente affermato dalla Corte Edu, giacché la formulazione di un tale giudizio implicito di colpevolezza a fronte della preclusione a esaminare nel merito la questione penale avrebbe rischiato di alimentare, anche presso la pubblica opinione, l'inaccettabile sospetto della colpevolezza dell'accusato nonostante l'insussistenza di un formale riconoscimento di penale responsabilità³⁵. La garanzia in parola, riguarda difatti ogni ipotesi di procedimento penale non conclusosi con una condanna³⁶: all'interno del nostro sistema, dunque, la garanzia va osservata in ogni giudizio successivo a un'assoluzione come pure a una sentenza di non doversi procedere.

Circa il versante eurounitario, poi, l'art. 4 dir. 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza³⁷ impedisce «che fino a quando la colpevolezza di un indagato o un imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza... presentino la persona come colpevole»³⁸.

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha escluso i dubbi di legittimità in quanto ha escluso che nel decidere l'impugnazione ai soli effetti civili il giudice di seconde cure possa giungere a formulare un implicito giudizio di colpevolezza nei confronti dell'imputato. Per sostenere questo, è stato affermato che la corte d'appello non debba né possa in alcun modo accertare *incidenter tantum* la responsabilità penale di costui. Oggetto del processo deve piuttosto divenire – nella visione della Corte – l'accertamento dell'obbligo risarcitorio ex art. 2043 Cc, del tutto sganciato dal presupposto del fatto criminoso. Giocoforza conseguendone l'applicazione del criterio civilistico del più probabile che non, in punto di nesso causale tra fatto del danneggiante e danno-evento; e inoltre la rilevanza dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano, potendo per esempio essere sufficiente la colpa ai fini della condanna³⁹, nonostante per ipotesi l'azione penale sia stata originariamente esercitata contestando un reato previsto esclusivamente nella forma dolosa. L'unico luogo della motivazione del Giudice delle leggi in cui si accenna a quest'ultimo punto è il § 14.1, in diritto, là dove è scritto che «la natura civilistica dell'accertamento richiesto dalla disposizione censurata al giudice penale

³⁴ La compatibilità, cioè, con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 6 § 2 Cedu, nonché in relazione agli artt. 3 e 4 dir. 2016/343/UE e all'art. 48 Cdfue.

³⁵ Si vedano i rilievi di C. eur. 20.10.2020, cit., § 48 s., a cui si rinvia anche per la giurisprudenza ivi citata.

³⁶ Di recente, cfr. C. eur. 18.11.2021, *Marinoni c. Italia*, § 48-49.

³⁷ Sulla quale, in dottrina, si può rinviare a N. Canestrini, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Un'introduzione*, in CP 2016, 2224 ss.; S. Cras, A. Erbežnik, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial. Genesis and Description of the New EU-Measure*, in *Eucrim* 2016, 1, 25 ss.; J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *RIDPP* 2016, 1835 ss.; C. Valentini, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE*: per aspera ad astra, in *PPG* 2016, 193 ss.

³⁸ A ciò si aggiunga che, in forza della clausola c.d. di equivalenza ex art. 52 paragrafo 3 Cdfue, dalla presunzione d'innocenza prevista dall'art. 48 Cdfue deve desumersi un livello di tutela almeno pari a quello garantito dal corrispondente diritto convenzionale ex art. 6 § 2 Cedu, come interpretato dalla Corte Edu: nella giurisprudenza eurounitaria, cfr. C.G. UE 5.9.2019 C-377/18, *Ah e altri*, § 41-42.

³⁹ Se sul piano civilistico rileva una fattispecie di illecito diversa da quella dell'art. 2043 Cc, potrebbe essere sufficiente anche una presunzione di colpa.

dell'impugnazione, differenziato dall'(ormai precluso) accertamento della responsabilità penale quanto alle pretese risarcitorie e restitutorie della parte civile, emerge riguardo sia al nesso causale, «sia» – ecco quanto ora ci interessa – «all'elemento soggettivo dell'illecito». L'inciso va peraltro coordinato con quanto si dichiara subito prima, nel § 14, in diritto: il fatto da accertare è cioè il «fatto... come storicamente considerato nell'imputazione penale». Ma se il pubblico ministero nell'imputazione non descrive una condotta colposa, e se ai sensi dell'art. 578 co. 1 Cpp in sede d'appello il giudice deve accertare il fatto per come si presenta cristallizzato nell'accusa, allora per una responsabilità civile colposa non vi dovrebbe essere spazio; salvo ritenere che il riferimento all'atto di imputazione vada inteso in termini esclusivamente oggettivi, e non anche soggettivi.

Si tratta di una lettura, quella promossa mediante la pronuncia n. 182/2021 ora in discorso, che complessivamente strida con le coordinate teoriche più sopra fissate⁴⁰, e non meno con lo stesso senso di far permanere la questione civile nel processo penale, e in definitiva con la giustificazione della dimensione relativa dell'accessorietà nelle ipotesi descritte dall'art. 578 co. 1 Cpp. Si tratta però, al contempo, di una lettura ritenuta necessitata ai fini dell'osservanza delle garanzie elaborate in sede europea⁴¹.

Desta in ogni caso sicure perplessità il risultato interpretativo della Corte, nella parte in cui, a valle del richiamo al criterio del più probabile che non, sempre ai fini della decisione agli effetti civili, conclude per la piena applicazione delle «regole processuali e probatorie» del codice di rito penale⁴². Si sarebbe dovuto piuttosto considerare come queste ultime siano strutturalmente e concretamente funzionali all'emissione di una decisione penale, emessa proprio in virtù dell'accertata o no colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Infatti applicarle era naturale quando il giudice doveva accertare il «reato» ex art. 185 Cp per decidere sulla domanda del danneggiato. Venendo invece meno un tale presupposto logico e giuridico, appare difficilmente giustificabile lo sradicamento – nella medesima sede – delle regole processuali e probatorie da una regola di giudizio di rilevanza cardinale. Per questo si mostra di gran lunga preferibile la soluzione introdotta, per i procedimenti futuri, dal d.lgs. n. 150/2022: traslazione della domanda civile direttamente presso la sede civile, con la conseguente applicazione della relativa disciplina, quando in sede penale il tema penale non sia più in discussione.

3. Con le ultime novelle normative il principio di accessorietà è stato appunto drasticamente rafforzato, e la legislazione è stata resa più coerente con il suo fondamento.

Più sopra è stato difatti chiarito che la dimensione relativa dell'accessorietà in tanto poteva dirsi giustificata in quanto si ammetteva, come a rigore dovrebbe essere, il dovere di accertare incidentalmente il reato quando la sola questione civile fosse residua; quando cioè l'impugnazione fosse proposta o decisa esclusivamente per le pretese riparatorie di chi avesse subito il danno.

Se però dobbiamo ritenere la suddetta valutazione incidentale incompatibile con la presunzione d'innocenza⁴³, e dunque trattare sul piano sostanziale la domanda civilistica senza alcuna connotazione penalistica⁴⁴, la soluzione più adeguata è disporre la prosecuzione del giudizio in sede

⁴⁰ *Supra*, § 1.

⁴¹ Dubita, nondimeno, che la giurisprudenza della Corte Edu possa ritenersi sul punto vincolante per l'ordinamento nazionale; e inoltre argomenta dalle «peculiarità del modello italiano dei rapporti fra azione civile e penale», B. Lavarini, *Presunzione di innocenza «europea»*, cit., 1793.

⁴² C. cost. 30.7.2021 n. 182, cit. (§ 14.2, in diritto).

⁴³ Il contenuto della pronuncia n. 182/2021 della Corte costituzionale è stato recepito dalla giurisprudenza, per esempio da Cass. 14.1.2022 n. 11808, in *CedCass*, m. 283377-01; Cass. 15.9.2022, n. 37193, *ivi*, m. 283739-01; Cass. ord. 2.2.2023, n. 6690; Cass. ord. 8.6.2023, n. 30386.

⁴⁴ Il che – se pare costituire un punto attualmente fermo in seno alla giurisprudenza nazionale – non pare essere una conclusione altrettanto necessitata nella prospettiva del giudice di Strasburgo. Di recente, ai fini del sindacato sull'osservanza della presunzione d'innocenza ex art. 6 § 2 Cedu, la Corte ha piuttosto ribadito l'«importanza cruciale» delle parole impiegate nella motivazione del provvedimento: C. eur. 18.11.2021, cit., § 50 e 59, trad. nostra; la medesima Corte sembra quindi affermare, al § 58, l'insussistenza di criticità *a priori* conseguenti all'accertamento *incidenter tantum*

civile. E dunque fare corrispondere a una tale trattazione la relativa disciplina processuale. In questo modo l'azione civile nel processo penale torna accessoria nel senso più pieno del termine, giacché vi si sgancia *in toto* quando l'azione del pubblico ministero non possa più produrre concretamente effetti.

Al riguardo bisogna considerare che in sede di riforma il legislatore delegato ha preso le mosse da quanto stabilito nella ricordata sentenza costituzionale n. 182/2021, per «sviluppar(ne) il percorso esegetico» e portarlo «alle logiche conseguenze»⁴⁵. Il risultato è quello di avere introdotto modificazioni normative idonee a osservare la *ratio decidendi* di quella sentenza, non soltanto in relazione all'ipotesi ivi espressamente presa in esame (intervenuta prescrizione in appello e decisione agli effetti civili ex art. 578 co. 1 Cpp), ma in relazione a quasi tutte le ipotesi potenzialmente rilevanti. Venendo a illustrare gli interventi effettuati⁴⁶, notiamo anzitutto come non si sia toccato l'art. 578 co. 1 Cpp. Quindi se matura la prescrizione in appello, rimane ferma quella giurisprudenza costituzionale con le relative criticità più sopra evidenziate. Non si tratta però di una circostanza realmente problematica, in quanto ai sensi dell'art. 161-bis Cp il corso della prescrizione cesserà definitivamente con la sentenza di primo grado, e quindi in sede di impugnazione non potrà più maturare, per tale via impedendo il residuare della sola questione civile.

È stato invece *ex novo* disciplinato – già in occasione della l. 21.9.2021 n. 134 – lo scenario suscettibile di avere effettivamente luogo da qui in avanti, ossia la maturazione della c.d. prescrizione processuale in rapporto alla questione civile rimasta aperta. Quando l'azione penale divenga improcedibile per superamento dei termini di durata massima del giudizio d'appello o di cassazione ai sensi dell'art. 344-bis Cpp, e la pretesa riparatoria sia in discussione, si deve rinviare «per la prosecuzione al giudice o alla sezione civile competente nello stesso grado», affinché nella sede naturale si decida sul risarcimento o le restituzioni «utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile» (art. 578 co. 1-bis Cpp)⁴⁷.

Anche per la sopravvenuta improcedibilità dell'azione, come in ipotesi di estinzione del reato per prescrizione, al giudice penale è precluso l'esame nel merito della responsabilità dell'imputato. Se allora la questione civile fosse rimasta pendente dinanzi a questo giudice, al fine di scongiurare frizioni con la presunzione d'innocenza si sarebbero dovuti applicare i principi espressi nella pronuncia costituzionale n. 182/2021⁴⁸; in luogo di una tale evenienza, il legislatore ha disposto la *translatio iudicii*.

della fattispecie penale ai soli effetti civili. Già antecedentemente alla pronuncia da ultimo citata, B. Lavarini, *Presunzione di innocenza «europea»*, cit., 1793, nt. 33, si soffermava su di ulteriori arresti della Corte Edu non sempre coerenti in materia, e in virtù di essi concludeva per la non vincolatività della giurisprudenza di Strasburgo: v. anche *supra*, nt. 41. Proseguendo su questa linea di pensiero, argomenta nella direzione di promuovere il valore della «“continuità delle regole”» – nell'opinione dell'A., dalla sede penale a quella civile il fondamento sostanziale della domanda riparatoria non dovrebbe mutare – sempre B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali e rinvio ad altra sede della decisione agli effetti civili e sulla confisca*, in *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati*, III. *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*, a cura di M. Bargis, H. Belluta, Torino 2023, 100 ss.

⁴⁵ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», in *G.U.*, supplemento straordinario n. 5, serie generale n. 245, 19 ottobre 2022, 330. In dottrina, sulla scia di una certa giurisprudenza di merito, era stata prefigurata l'estensione della disciplina di cui all'art. 578 co. 1-bis Cpp – nella versione introdotta dall'art. 2 l. 27.9.2021, n. 134 – alle altre ipotesi di impugnazione ai soli effetti civili: cfr. L. Bartoli, *op. cit.*, 22 s.

⁴⁶ Una panoramica al riguardo è offerta da A. Bassi, *Impugnazioni. L'appello*, in Id., C. Parodi, *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Milano 2022, 266 ss.

⁴⁷ Sulla versione del citato co. 1-bis introdotta dalla l. 21.9.2021, n. 134, e le varie questioni interpretative ad essa connesse, si rinvia a G. Todaro, *Prescrizione processuale e azione civile risarcitoria*, in *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati*, I. *Nuovi limiti temporali per l'accertamento penale. Fra prescrizione del reato e improseguibilità dell'azione penale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino 2022, 60 ss.

⁴⁸ La logica valenza dei principi espressi dalla Corte costituzionale anche in ordine all'ipotesi dell'improcedibilità era

Il medesimo impedimento a trattare la questione penale, e la medesima necessità di evitare accertamenti incidentali di penale responsabilità, si pongono quando l'impugnazione sia presentata ai soli effetti civili⁴⁹. Per questo in ogni ipotesi di tal genere è stata prevista analoga *translatio*, con analoga prescrizione in punto di prove da utilizzare (art. 573 co. 1-bis Cpp)⁵⁰.

Fine della sola questione civile nel processo penale, dunque⁵¹. E il danneggiato *ab origine* dovrà tenere in considerazione che l'esito possa appunto essere l'attrazione della domanda riparatoria nella sua sede naturale, a seguito di un proscioglimento nei gradi di merito⁵². La consapevolezza di questo influenzerà senz'altro la sua strategia processuale, anche perché il tenore dell'art. 78 co. 1 lett. d Cpp è stato modificato con l'intenzione di far fissare a costui le ragioni giustificanti la domanda «agli effetti civili», e cioè pure in previsione della prosecuzione del processo dinanzi al giudice civile⁵³.

Per quanto, una tale responsabilizzazione di chi intenda chiedere la riparazione del danno *ex crimine*⁵⁴ non dovrebbe pesare al punto da impedire all'attore in sede civile – seppure nei limiti propri di quel processo⁵⁵ – di indicare ulteriori fatti a dimostrazione dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano, prima di quel momento non rilevante, così modificando la domanda⁵⁶ nella parte della *causa petendi*. Se per esempio nel processo penale si sia proceduto per un reato nella forma dolosa, e successivamente ci si trasferisca nel processo civile dovendo trattare la pretesa attorea entro i più ampi confini dell'atipico art. 2043 Cc, allora è possibile che nella nuova sede pure l'elemento della colpa sia idoneo a fondare l'obbligo risarcitorio. L'attore dovrebbe quindi avere il diritto di fare valere la propria pretesa valorizzando gli estremi della responsabilità del convenuto per come attualmente debbono essere verificati: dalla sede penale alla sede civile in questi termini avviene dopotutto una modifica del *thema decidendum*, seppure oggetto di gravame o di impugnativa rimanga la sentenza penale.

stata a suo tempo rilevata da P. Ferrua, *op. cit.*, 3447 ss.; il punto veniva condiviso da G. Todaro, *op. cit.*, 69.

⁴⁹ Ciò vale pure se appellante ai soli effetti civili sia il solo imputato, giacché la natura eccezionale dell'art. 597 co. 3 Cpp impedisce di estendere il divieto di *reformatio in peius* alle statuizioni circa risarcimento o restituzioni.

⁵⁰ Anche se nella lettera dell'art. 573 co. 1-bis Cpp non viene espressamente ripetuto, si deve ritenere che il rinvio vada operato al giudice civile nello stesso grado, analogamente a quanto è stato disposto nell'art. 578 co. 1-bis Cpp: cfr. in tal senso G. Varraso, *Le impugnazioni agli effetti civili dopo la riforma "Cartabia": la "nuova" accessorietà dell'azione risarcitoria da reato*, in PPG 2023, 984 e giurisprudenza ivi citata.

⁵¹ È stato conseguentemente modificato il testo dell'art. 573 co. 1 Cpp, che parla ora di impugnazione «(anche) per gli» interessi civili, e non più di impugnazione «per i soli» interessi civili.

⁵² Una parte della giurisprudenza penale ha condivisibilmente inteso l'effetto dell'atipica prosecuzione come automatico all'atto del rinvio, senza cioè la necessità di una riassunzione del processo civile: v. Cass. 20.1.2023 n. 3990, in *CedCass*, m. 284019; sulla stessa scia, M. Bontempelli, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali per i soli interessi civili*, in SPen 5/2023, 161.; adesivamente, M. Toriello, *Riforma "Cartabia" ed impugnazioni per i soli interessi civili: le Sezioni Unite sulla non immediata applicabilità dell'art. 573, comma 1-bis, c.p.p.*, in www.sistemapenale.it, 12.10.2021, § 2, il quale argomenta dalla ritenuta significativa differenza tra il rinvio ai sensi dei commi 1-bis degli artt. 573 e 578 Cpp e il rinvio ai sensi dell'art. 622 Cpp. Sul punto, v. anche *infra*, § 8. Ha nondimeno argomentato in senso contrario, per cui invece servirebbe un atto di riassunzione, Cass. ord. 16.2.2023 n. 6690 (§ 5, in diritto). Sulla questione, v. altresì G. Biondi, *La riforma Cartabia e le impugnazioni: le prime questioni di diritto intertemporale sull'applicabilità dell'art. 573, comma 1-bis, c.p.p. ai giudizi in corso*, in www.sistemapenale.it, 10.2.2023; B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali*, cit., 114 ss. Sostengono la necessità di un atto di riassunzione della parte interessata, tra gli altri, G. Varraso, *op. cit.*, 984 ss.; nonché C. Citterio, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio di appello (ex d.lgs. 150/2022)*, in www.giustiziainsieme.it, 13.1.2023, § 10.3. Da ultimo, ha affermato la prosecuzione del giudizio senza soluzione di continuità Cass. S.U. 21.10.2023 n. 38481, in www.sistemapenale.it, 21.9.2023 (§ 2.6, in diritto).

⁵³ V. sul punto la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 331. B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali*, cit., 103, parla in proposito di costituzione di parte civile «“a futura memoria”».

⁵⁴ Richiama una tale finalità, evidentemente perseguita in sede di riforma, E.N. La Rocca, *Improcedibilità, impugnazione per gli interessi risarcitori e rinvio al giudice civile*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 571.

⁵⁵ Anzitutto cioè dell'art. 345 Cpc, sull'operatività del quale si sofferma B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali*, cit., 109 e nt. 73.

⁵⁶ Così, tra gli altri, G. Varraso, *op. cit.*, 986, il quale discorre di un «potere-dovere» in tal senso; C. Citterio, *op. cit.*, § 10.3.

L'alternativa potrebbe essere ritenere vincolante quanto a tempo debito indicato nell'atto di costituzione di parte civile, nel senso di considerare onerata quest'ultima – proprio perché sta proponendo una domanda «agli effetti civili» globalmente considerati – a ragionare come se si trovasse anche nella sede naturale, vista la successiva eventualità⁵⁷. Se quindi, in ipotesi perduta qualsivoglia connotazione penalistica del fatto, sussistesse la possibilità di valutare il suddetto fatto come illecito civile per esempio dimostrando la colpa del danneggiante (e non necessariamente il dolo, come invece dovrebbe in ipotesi avvenire in sede penale), il danneggiato avrebbe appunto l'onere di contemplarlo nell'atto di costituzione. Allegando cioè – e poi se del caso provando, in sede civile⁵⁸ – l'episodio di inosservanza del grado di diligenza dovuta da parte del futuro convenuto, alla luce di determinate regole normative e sociali calate nel contesto d'interesse. A ragionare così, forzando la lettera dell'art. 78 co. 1 lett. d Cpp per attribuirle efficacia precettiva, in difetto di una simile prospettazione la successiva modifica della domanda attorea non dovrebbe essere consentita. Nel quadro di questa immodificabilità successiva della domanda, e dunque sostenendo che la materia del contendere in sede civile debba essere già circoscritta in sede penale⁵⁹, con qualche sforzo si potrebbe probabilmente intendere un passaggio della relazione governativa, nella parte in cui è scritto che a seguito della traslazione del giudizio «l'oggetto di accertamento non muterebbe, ma si restringerebbe», in quanto «la domanda risarcitoria da illecito civile è... implicita alla domanda risarcitoria da illecito penale... l'illecito penale implica l'illecito civile»⁶⁰. Un tale inciso, difatti, in mancanza dell'anzidetto correttivo risulta tecnicamente scorretto. Primariamente perché i confini dell'illecito civile ben possono risultare più ampi rispetto a quelli dell'illecito penale: basti pensare, in relazione a un medesimo fatto, alla possibile rilevanza esclusivamente civilistica dell'elemento soggettivo della colpa⁶¹. In secondo luogo, l'implicare l'illecito civile da parte dell'illecito penale non è scontato, in quanto a seguito della commissione di un reato non si producono necessariamente danni-conseguenza⁶².

Al di là del significato da ascrivere alla disposizione da ultimo menzionata, sul piano intertemporale si è reso necessario l'intervento delle Sezioni unite circa l'immediata applicabilità o meno dell'art. 573 co. 1-bis Cpp⁶³. Queste ultime, a fronte del contrasto maturato in seno alla giurisprudenza di legittimità⁶⁴ e fermo comunque il principio del *tempus regit actum* discendente dall'art. 11 prel., hanno condivisibilmente stabilito che il regime di nuovo conio si applica alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile è intervenuta in epoca successiva al 30.12.2022, data di entrata in vigore del citato co. 1-bis⁶⁵. La soluzione è

⁵⁷ In questo senso, M. Toriello, *op. cit.*, § 2; dello stesso avviso parrebbe anche Cass. S.U. 21.9.2023 n. 38481, cit., sul quale v. anche *infra*, in particolare nt. 66.

⁵⁸ A parte i casi di fatto non contestato e quelli in cui possono rilevare presunzioni di colpa, in virtù del principio di acquisizione può altresì accadere che a fronte della relativa domanda di parte il giudice ritenga la colpa già provata, senza necessità di ulteriori dimostrazioni.

⁵⁹ Si raccoglie così uno spunto offerto da M. Bontempelli, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali*, cit., 161.

⁶⁰ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 331.

⁶¹ Sulla base di ciò, B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali*, cit., 103, condivisibilmente dissente rispetto al passaggio della relazione in esame.

⁶² V. anche quanto premesso *supra*, § 1.

⁶³ Cass. S.U. 21.9.2023 n. 38481, cit.

⁶⁴ In particolare, tra le altre, Cass. 20.1.2023 n. 3990, in *CP* 2023, 1177 ss. aveva concluso per l'applicabilità della disciplina alle impugnazioni proposte avverso le sentenze emesse a partire dal 30.12.2022, che è la data di entrata in vigore del menzionato nuovo co. 1-bis dell'art. 573 Cpp. Diversamente, tra le altre, Cass. 11.1.2023 n. 2854, *ivi*, 1184 ss. aveva sostenuto l'immediata applicabilità di quest'ultimo. Per una puntuale disamina delle singole pronunzie, si veda M. Toriello, *op. cit.*, § 4-5.

⁶⁵ In senso contrario aveva argomentato M. Bontempelli, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali*, cit., 163 s. Aveva invece auspicato la soluzione adottata dal massimo collegio G. Biondi, *La riforma Cartabia*, cit., § 5 s.; già in *Id.*, *Il giudizio di appello penale dopo la "Riforma Cartabia"*, in *Giur. pen.* 2022, 12, 11. L'A. aveva precisato, appunto, che l'*actus* da considerare per risolvere la questione di diritto intertemporale avrebbe dovuto essere l'atto di

appunto condivisibile perché tutela l'affidamento maturato dal danneggiato al momento del suo ingresso nella sede penale, come pure quello del danneggiante, precisamente in ordine ad un determinato sviluppo dell'*iter* giurisdizionale; con tutto ciò che ne segue in punto di regole sostanziali e processuali applicabili. Affidamento da tutelare con rigore ancor più intenso, se invalesse l'ipotesi di ritenere imm modificabile la domanda attorea in sede civile, a seguito della *translatio iudicii*⁶⁶.

Quanto ai restanti profili di disciplina da esaminare – contemplati da entrambi i commi 1-bis dell'art. 573 e dell'art. 578 Cpp –, il vaglio di ammissibilità dell'impugnazione sarà condotto dal giudice penale logicamente pure in caso di successiva prosecuzione del giudizio presso la sede naturale. Al momento della presentazione dell'atto di gravame o di impugnativa, infatti, la parte civile non può sapere se il processo proseguirà anche agli effetti penali⁶⁷: dovrà quindi redigere un atto idoneo a fare proseguire il giudizio presso la sede in cui attualmente si trova⁶⁸. Per adeguare le richieste del danneggiato all'eventuale circuito civile, si dovrà ragionare intorno all'art. 78 co. 1 lett. d Cpp, probabilmente nei termini espressi più sopra. Sicuramente non si potranno invece applicare le cause

costituzione di parte civile, in ciò dunque distanziandosi tanto dalla tesi che rinveniva il suddetto atto nella sentenza oggetto d'impugnazione (assunto alla base dell'orientamento per cui si è richiamata Cass. 20.1.2023 n. 3990, cit., in nt. precedente), quanto dalla tesi che lo individuava nel rinvio del giudice penale al giudice civile a seguito del positivo vaglio di ammissibilità dell'impugnazione (assunto alla base dell'orientamento per cui si è richiamata Cass. 11.1.2023 n. 2854, cit., in nt. precedente). Adesivamente all'opinione dottrinale da ultimo menzionata, e antecedentemente al deposito delle motivazioni di Cass. S.U. 21.9.2023 n. 38481, cit., si è espressa B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali*, cit., 116 s.

⁶⁶ Le Sezioni unite da ultimo citate hanno argomentato la decisione in modo parzialmente diverso, pur discorrendo di valorizzazione della tutela dell'affidamento delle parti e sembrando andare nella direzione di ritenere imm modificabile la domanda civile per come strutturata nell'atto di costituzione all'interno del processo penale. Si pone in termini critici, al riguardo, A. Nappi, *Petizioni di principio sull'art. 573 comma 1-bis c.p.p.*, in www.giustiziasieme.it, 25.9.2023, § 3. La «petizione di principio» – secondo l'A., al quale si riferiscono pure le citazioni tra virgolette a seguire nella nota – risiede nel non ritenere più sufficiente, da parte delle Sezioni unite, che l'asserito danneggiato si costituisca parte civile indicando la *causa petendi* attraverso il contenuto dell'atto di imputazione del pubblico ministero, come invece si è finora ritenuto presso la giurisprudenza di legittimità (tra le molte, di recente, v. Cass. 15.7.2020 n. 23940, in *CedCass.*, m. 279490). Al riguardo, pur volendo concepire il suddetto atto di costituzione come un atto di citazione ex art. 163 Cpc in virtù del novellato art. 78 co. 1 lett. d Cpp, non si vede in effetti il motivo per cui il riferimento all'imputazione non possa risultare idoneo all'esposizione delle ragioni che giustificano la proposizione della domanda: è questo cioè a essere processualmente richiesto mediante l'indicazione della *causa petendi*, non già l'elencazione «delle ragioni che possano determinar(e) l'accoglimento» nel merito della pretesa. E l'imputazione del pubblico ministero, dal canto suo, ex art. 417 Cpp si fonda sull'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge; essa dunque detenendo, come conclude l'A., un contenuto idoneo a evidenziare il rapporto tra il fatto illecito e i danni-conseguenza di cui si chiede il risarcimento, almeno nei casi in cui si tratti di un «rapporto... immediato». Da quanto precede, F. Cagnola, G. Papa, *I requisiti dell'atto di costituzione di parte civile a seguito della riforma Cartabia: l'atto di citazione fa il suo ingresso nel processo penale*, in www.sistemapenale.it, 31.10.2023, § 3, deducono che il nuovo assetto normativo, alla luce della decisione delle Sezioni unite in discorso, richieda un qualcosa di ulteriore rispetto alla *causa petendi*. Prendono in esame il recente arresto del massimo collegio, tra gli altri, anche M. Toriello, *op. cit.*, § 6 s., il quale, in conclusione del § 7, rileva anche la pronta ricezione della decisione – fin dalla circolazione della relativa informazione provvisoria – da parte della giurisprudenza di legittimità penale; L. Pelli, *Il nuovo comma 1-bis dell'art. 573 c.p.p. non può essere applicato retroattivamente*, in *PPG* 2023, 1307 ss.; F. Cagnola, G. Papa, *op. cit.*, § 3 s.

⁶⁷ Cfr., in tal senso, la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, cit., 331.

⁶⁸ Nel consolidarsi del condivisibile e necessitato intendimento per cui in sede civile vanno applicate solo le regole sostanziali e processuali civili, bisogna considerare pure il seguente scenario. Allorquando, cioè, la parte civile impugnasse dolendosi esclusivamente di un *error in procedendo* rilevante solo nel processo penale poiché fondato sulla violazione di disposizione processuale non applicabile in sede civile, e il grado di impugnazione risultasse instaurato esclusivamente agli effetti civili, in mancanza di una previsione *ad hoc* l'appello o il ricorso dovrebbero essere dichiarati inammissibili per carenza d'interesse ex art. 591 co. 1 lett. a Cpp. Se infatti ci si lamentasse della violazione di una disposizione comunque inapplicabile in un momento successivo, all'impugnazione della parte civile non sarebbe collegabile alcun effetto utile, né astrattamente né concretamente. Un problema parzialmente diverso, concernente più in generale l'impugnazione oggi proposta ai soli effetti civili e basata sull'erronea applicazione di norme processualpenalistiche, è stato evidenziato in dottrina da M. Toriello, *op. cit.*, § 1, al quale si rinvia anche per le indicazioni giurisprudenziali d'interesse.

di inammissibilità proprie del sistema processualciviltistico, perché si tratta di una impugnazione penale, avente comunque per oggetto una sentenza penale, e non si può chiedere al danneggiato di impugnare quella medesima sentenza alla luce di due procedure diverse; e perché non si può aggravare ulteriormente il carico della giustizia civile imponendo un ulteriore sindacato sui profili di ammissibilità.

In ordine al versante probatorio, infine, sono stati già richiamati entrambi i commi 1-*bis* dell'art. 573 e dell'art. 578 Cpp nelle parti in cui dispongono, ai fini della decisione del giudice civile, l'utilizzo delle prove acquisite nel processo penale. Si tratta evidentemente di un obbligo, per il giudice, e non di una facoltà: il tenore della lettera è piano al riguardo; ma soprattutto l'interpretazione risulta funzionale a scongiurare l'inutilità degli atti già compiuti, e a valorizzare l'affidamento maturato in capo al danneggiato in ordine a questi ultimi. È peraltro un bene che il legislatore abbia risolto *expressis verbis* la questione, rilevante per esempio ove in sede penale del danneggiato si sia acquisita la testimonianza⁶⁹, il quale in sede civile non potrebbe invece essere esaminato (art. 246 Cpc)⁷⁰.

Come vedremo, la soluzione adottata rimane assai vicina a quella elaborata dalle Sezioni unite Cremonini in relazione alla sorte delle prove penali dopo il rinvio al giudice civile *ex art.* 622 Cpp⁷¹. Avere regolato l'ipotesi sul piano del diritto positivo è stato nondimeno opportuno perché nulla avrebbe garantito la forza di un precedente del massimo collegio penale anche presso la giurisprudenza civile⁷².

Sul piano degli obiettivi perseguiti, si può senz'altro registrare la complessiva strumentalità degli interventi a garantire la presunzione d'innocenza per come intesa a livello europeo e affermata ora dalla nostra Corte costituzionale. Una siffatta esigenza è del resto resa palese dallo stesso legislatore⁷³. È poi un rilievo del tutto scontato quello attinente alla velocizzazione dei processi, cioè alla loro definizione anticipata rispetto al regime previgente, promuovendo un recupero pure quantitativo attraverso l'alleggerimento del carico penale. Nell'economia della riforma, tra l'altro, se i nuovi ingranaggi funzioneranno realmente si registreranno meno proscioglimenti dibattimentali. Si tratterebbe di un risultato conseguente all'avere reso il filtro dell'udienza preliminare a maglie più

⁶⁹ Come è previsto ai sensi dell'art. 193 Cpp, i limiti relativi alla prova testimoniale stabiliti in ambito civile non si applicano nel processo penale. In argomento, e per alcune riflessioni critiche con particolare riferimento alla testimonianza della parte civile, v. B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino 2009, 45 ss. L'A., fra le altre, tratta la questione del rapporto tra la testimonianza della parte civile e il suo esame come parte *ex art.* 208 Cpp; raffrontando, altresì, il valore probatorio dell'eventuale esame come parte nel processo penale e dell'eventuale interrogatorio libero nel processo civile *ex artt.* 116 co. 2 e 117 Cpp.

⁷⁰ Nel senso dell'obbligo di valutazione delle prove formatesi nel processo penale in capo al giudice civile, cfr. tra gli altri G. Todaro, *op. cit.*, 84 ss.; M. Bontempelli, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali*, cit., 160; B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali*, cit., 107 s., la quale valorizza il ricorso, da parte del legislatore, al tempo indicativo; e altresì – terminologicamente più che tecnicamente – il richiamo all'«utilizzo», in luogo della «valutazione» del materiale probatorio. Cfr. anche A. Nappi, *Petizioni di principio*, cit., § 1, secondo cui fa tuttavia eccezione l'ipotesi della testimonianza del danneggiato eventualmente avvenuta in sede penale, la quale proprio in forza del divieto *ex art.* 246 Cpc dovrebbe ritenersi solo facoltativamente valutabile in sede civile. Dalla stessa potrebbero cioè essere ricavati meri «argomenti di prova» ai sensi dell'art. 116 Cpc. Del medesimo avviso, G. Varraso, *op. cit.*, 985, nt. 55. *Infra*, § 7, si vedrà che in questi termini, *ante* riforma, si erano espresse le Sezioni unite Cremonini – almeno per come i relativi *dicta* avrebbero dovuto essere interpretati da una parte della dottrina processualciviltistica – in tema di annullamento ai soli effetti civili di cui all'art. 622 Cpp. Sull'applicazione dell'art. 116 Cpc antecedentemente alle Sezioni unite Cremonini, nell'ambito del giudizio civile di rinvio, v. G. Canale, *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili ex art. 622 c.p.p.*, in *RDPr* 2018, 1021 ss.

⁷¹ Con la precisazione che, secondo una parte della dottrina, dalle disposizioni sulle prove contenute nei commi 1-*bis* degli artt. 573 e 578 Cpp dovrebbe discendere – tra l'altro – l'inutilizzabilità in sede civile delle prove inutilizzabili in sede penale: cfr. al riguardo B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali*, cit., 108 s. L'A. precisa altresì che in questo senso dovrebbe rilevare tanto l'inutilizzabilità c.d. fisiologica quanto quella c.d. patologica; e, in nt. 70, che dovrebbe coerentemente mutarsi la giurisprudenza maturata sull'art. 622 Cpp, nella parte in cui rimane di contrario avviso.

⁷² Della questione si tratterà *infra*, § 6 e 7.

⁷³ Cfr. la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 330.

strette rispetto al passato, almeno in teoria; lo stesso sappiamo valere a proposito del criterio in base al quale chiedere l'archiviazione da parte del pubblico ministero.

In questa ottica, da un minor numero di proscioglimenti deriverebbe un minor numero di impugnazioni presentate dalla parte civile; dunque pure un minor numero di impugnazioni ai soli effetti civili⁷⁴; e dunque una complessiva riduzione dei casi in cui la sola questione civile nel processo penale debba essere gestita⁷⁵. Inoltre, proprio in virtù di quel filtro più ristretto – richiedendosi cioè la «ragionevole previsione di condanna» ex artt. 408 co. 1 e 425 co. 3 Cpp – risulta a monte meno agevole che la pretesa riparatoria in sede penale venga effettivamente discussa in giudizio, con il risultato di scoraggiare fin dall'inizio il danneggiato a costituirsi. Ulteriormente disincentivante, con ulteriore riduzione del carico giurisdizionale, sarebbe l'invalidità della tesi dell'immodificabilità della domanda nell'eventuale futura sede civile, della quale più sopra si è detto.

Fermo tutto quanto precede, nella cornice del principio di accessorietà – il quale abbiamo visto oggi pienamente giustificato nella sua assolutezza – appare per certi versi dissonante quanto ancora discende dall'art. 578 co. 1 Cpp, là dove ammette la decisione agli esclusivi fini risarcitori o restitutori quando a seguito di una condanna intervenga l'amnistia in sede d'impugnazione. Estinto il reato, dovrebbero infatti trovare applicazione i principi della sentenza costituzionale n. 182/2021, e dunque le relative criticità.

Deroga inoltre all'accessorietà – che anche per questo abbiamo inteso come quasi assoluta – l'art. 448 co. 3 Cpp, ove dispone la decisione sulla questione civile quando il giudice emetta sentenza di applicazione su richiesta delle parti in sede d'impugnazione. La deroga si coglie ponendo a mente la coesistenza di un accertamento penale solo incompleto⁷⁶ con l'accertamento pieno dell'obbligo risarcitorio da reato. Se però il reato ai fini penali non può essere verificato, allora sempre alla luce della sentenza n. 182/2021 ciò non potrebbe avvenire nemmeno incidentalmente ai fini risarcitori o restitutori. Ne dovrebbe discendere l'irrelevanza, nel decidere sulla pretesa riparatoria, della fattispecie criminosa; e invece la rilevanza di un illecito civile atipico, ai sensi dell'art. 2043 Cc. Sono stati già osservati i difetti della soluzione in parola, la quale è nondimeno parsa da sempre adeguata per scongiurare un'ingiustizia a detrimento del danneggiato: se il patteggiamento avviene in sede d'impugnazione significa che lo stesso ha immotivatamente mancato di avere luogo in un momento precedente, risultando appunto iniqua la ricaduta del ritardo sulla parte civile, pure considerata l'oramai avvenuta verifica dell'esistenza di un reato a seguito del dibattimento di primo grado.

La circostanza che il patteggiamento avvenga appunto nel giudizio di impugnazione, e dunque cronologicamente a seguito di una fase dibattimentale di primo grado volta all'accertamento del reato a tutti gli effetti, anche civili, non pare far venire meno la ricostruzione dell'art. 448 co. 3 Cpp come deroga al principio di accessorietà. Per quanto potenzialmente fuorviante, cioè, la suddetta circostanza non escluderebbe che, sebbene non potendosi giungere all'accertamento costitutivo del reato a fini penali mediante condanna (o all'accertamento della fattispecie criminosa riferibile all'imputato contestualmente al proscioglimento ex art. 131-bis Cp), comunque la questione civile dipendente da reato venga decisa in sede penale. In altri termini, qui non abbiamo più a che fare con un'azione penale attualmente funzionale all'accertamento del reato, e ciononostante – in virtù delle esigenze di giustizia nei confronti del danneggiato e di economia processuale prima ricordate – il rapporto tra quest'ultima e l'azione civile non viene reciso.

⁷⁴ Stiamo lasciando fuori dalla riflessione i casi di impugnazione solo agli effettivi civili dell'imputato avverso una condanna, senz'altro meno frequenti.

⁷⁵ Dovrebbero semmai aumentare i numeri delle impugnazioni delle condanne agli effetti penali, e insieme necessariamente agli effetti civili.

⁷⁶ Come già ricordato, con la sentenza di patteggiamento non si accerta la penale responsabilità dell'imputato. Si usa nondimeno discorrere di accertamento incompleto in quanto ai sensi dell'art. 444 co. 2 Cpp avviene pur sempre un accertamento negativo in ordine all'insussistenza di determinate cause di non punibilità ex art. 129 Cpp.

4. La disciplina della materia civile rinviene il suo completamento nell'art. 622 Cpp⁷⁷, i cui precedenti normativi si trovano tanto nel codice del 1913 quanto nel codice del 1930⁷⁸. Ove cioè la materia penale non sia più in discussione – perché è stata annullata la sentenza di condanna limitatamente ai capi o alle disposizioni che concernono la responsabilità civile o perché è stato accolto il ricorso della sola parte civile avverso la sentenza di proscioglimento dell'imputato – e sia necessario il rinvio («quando occorre», per l'appunto⁷⁹), la legge ragionevolmente dispone che subentri il giudice civile a decidere delle questioni di sua competenza (danni e restituzioni). In favore di quest'ultimo, a seguito della fase rescindente del giudizio di legittimità, avviene difatti un singolare rinvio.

La preclusione a discutere sui profili penali di responsabilità deriva dall'avvenuta formazione del giudicato, a seconda dei casi, sulla sentenza di proscioglimento o di condanna: l'*incipit* della disposizione del resto presuppone già «fermi» gli «effetti penali della sentenza»⁸⁰. Il che evidentemente non equivale – come pure hanno avuto modo di chiarire le Sezioni unite – a necessario definitivo accertamento della responsabilità, ben potendo questi effetti derivare pure dal non doversi procedere per estinzione del reato⁸¹.

Su di un piano più generale, cioè su quello della tenuta tecnico-sistematica dell'istituto, è stato denunciato il «*lapsus normativo*», per dir così, in cui sarebbe incorso il legislatore: «*pastiche*» da cui deriverebbero «*paradossi*»⁸². Anzitutto perché quando il meccanismo abbia luogo a seguito del ricorso della parte civile avverso la sentenza di assoluzione – ricorso vittoriosamente esperito e fondato sull'interesse a impedire l'efficacia extrapenale della sentenza di assoluzione *ex art.* 652 co.

⁷⁷ Il quale, rubricato «annullamento della sentenza ai soli effetti civili», dispone che «fermi gli effetti penali della sentenza, la Corte di cassazione, se ne annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile ovvero se accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, rinvia quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile».

⁷⁸ Il meccanismo non era difatti previsto sotto il codice del 1865: l'art. 675, in ipotesi di annullamento della Cassazione ai soli effetti civili, stabiliva il rinvio al giudice penale. Per l'art. 525 Cpp 1913, invece, «se la Corte di cassazione annulla(va) solamente le disposizioni o i capi della sentenza che concernono l'azione civile, proposta a norma dell'art. 7, rinvia(va) la causa al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento abbia per oggetto una sentenza della Corte di assise». Per l'art. 541 Cpp 1930, «la Corte di cassazione, se annulla(va) solamente le disposizioni o i capi della sentenza che riguardano l'azione civile proposta a norma dell'art. 23, rinvia(va) la causa quando occorre(va) al giudice civile competente per valore in grado d'appello anche se l'annullamento (aveva) per oggetto per oggetto una sentenza inappellabile»: v. G.P. Voena, sub art. 541, in *Commentario Conso-Grevi*, Padova 1987, 1469 ss.; si sofferma, tra l'altro, sull'assetto codicistico del 1930, A. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Milano 2011, 271 ss. L'odierno art. 622 Cpp, dunque, contempla un *incipit* precedentemente mancante, così espressamente subordinando l'operatività dell'istituto al passaggio in giudicato delle questioni penali; inoltre, aggiunge l'eventualità del rinvio a seguito di ricorso proposto dalla parte civile avverso il proscioglimento dell'imputato.

⁷⁹ In particolare, quando non si ritengano «necessari ulteriori accertamenti di fatto»: nel medesimo senso, cfr. G. Ruffini, *La giurisprudenza civile in tema di giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p.*, in *op. cit.*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, 296; altrimenti il rinvio non ha luogo ai sensi dell'art. 620 co. 1 lett. I Cpp. Sul rapporto tra quest'ultima disposizione e l'art. 622 Cpp, v. altresì A. Diddi, *op. cit.*, 276 s.

⁸⁰ F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova 2002, 229, connette l'inciso iniziale dell'art. 622 Cpp a quanto disposto dall'art. 573 co. 2 Cpp, a mente del quale l'impugnazione per i soli effetti civili – oggi, come si è visto, proponibile ma non trattabile in sede penale – non sospende l'esecuzione delle disposizioni penali del provvedimento impugnato.

⁸¹ In particolare, quando il giudice di appello dichiara il non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (o per intervenuta amnistia) senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili, l'eventuale accoglimento del ricorso per cassazione proposto dall'imputato solo agli effetti civili impone l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello: Cass. S.U. 18.7.2013 n. 40109, in *CP* 2014, 831 ss., con nota di C. Musio, *Ambito di operatività dell'art. 622 c.p.p. e individuazione del giudice del rinvio*. La Cassazione – § 6 e 9, in diritto – in quell'occasione ha pure argomentato in ordine alla compatibilità della *regula iuris* in discorso con quella affermata da Cass. S.U. 28.5.2009 n. 35490, in *CP* 2010, 4106 ss. Quanto deciso dalle Sezioni unite Sciortino è stato in seguito ribadito, *ex multis*, da Cass. 21.9.2020 n. 28848, in *CedCass.*, m. 279599; nonché da Cass. S.U. 28.1.2021 n. 22065 (§ 10.1, in diritto), in *CP* 2021, 2694 ss., con nota di F.M. Damosso, *Rinnovazione e rinvio ai soli effetti civili. Tra soluzioni necessitate e incongruenze processuali*. Si rinvia al § 3.2, in *fatto* delle motivazioni di quest'ultima pronuncia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁸² F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 1166.

1 Cpp –, ai sensi dell'art. 622 Cpp avviene un rinvio. Ma tecnicamente un rinvio «implica un annullamento: e qui manca l'annullabile», giacché la questione penale ha forza di giudicato e una pronuncia sul danno manca⁸³. E poi, ecco l'ulteriore asserito paradosso, perché il rinvio ha luogo per legge dinanzi al giudice civile competente in grado d'appello: ciò per la parte civile significherebbe, esperito vittoriosamente il ricorso, «perdere... un grado» nel caso in cui il tribunale o la corte d'appello non abbiano mai condannato o comunque deciso sui danni⁸⁴.

I rilievi critici appena riportati sono superabili. Il primo lo è se s'intende il rinvio ai soli effetti civili come un rinvio *sui generis*, in quanto non è funzionale a fare proseguire – provocandone una regressione – il processo penale, bensì a una *translatio iudicii*; e comunque la Cassazione in tali ipotesi rinvia sostanzialmente annullando il proscioglimento dell'imputato, seppure solo agli effetti civili. Il secondo rilievo si supera considerando che in realtà la parte civile non perde nessun grado, neppure se vince il ricorso a seguito di due proscioglimenti. È vero: di regola, non condannando, il giudice penale testualmente non può decidere sulla questione civile (art. 538 Cpp). Ma se proscioglie vuol giuridicamente dire che nega la sussistenza di un elemento costitutivo della fattispecie *ex art. 2043 Cc* per cui il danneggiato chiede tutela: quel «fatto» commesso *contra ius* e *non iure* deve essere un fatto-reato, proprio secondo le intenzioni della parte civile, che si è costituita nel processo penale non per chiedere un danno qualunque bensì un danno *ex art. 185 Cp*.

5. La sentenza *ex art. 622 Cpp*, e dunque il giudizio rescindente della Cassazione ai soli effetti civili, può discendere dalla realizzazione processuale di diversi scenari. Ci si appresta ora a discorrere di quelli ipotizzabili nei casi in cui la costituzione di parte civile abbia avuto luogo in data anteriore al 30.12.2022, ossia all'entrata in vigore dell'art. 573 co. 1-*bis* Cpp.⁸⁵ A suo tempo⁸⁶, invece, si dirà del nuovo ambito applicativo dell'istituto.

Anzitutto, dunque, il rinvio ai soli effetti civili può scaturire dal ricorso dell'imputato (o del responsabile civile) avverso la condanna al risarcimento del danno o alle restituzioni. Come noto, i motivi dell'impugnativa possono riguardare l'*an* ovvero il *quantum debeatur*; correlativamente, l'art. 622 Cpp parla di annullamento dei «capi» ovvero delle «disposizioni» concernenti l'azione civile. L'imputato, in simili evenienze, intende mettere in discussione che dall'accertamento del fatto-reato sia derivato anche l'accertamento di un obbligo risarcitorio o restitutorio; ovvero si duole dell'entità economica del suddetto obbligo.

A monte, come ricordiamo, nella generalità dei casi il giudice penale ha potuto accogliere le pretese della parte civile in quanto il fatto-reato è stato ritenuto sussistente e a carico dell'imputato-danneggiante⁸⁷: lo si ricava dagli artt. 185 Cp e 538 Cpp. Non importa, beninteso, che esso non possa più dirsi sussistente – ad esempio perché il reato risulta oramai prescritto –, in quanto è sufficiente che all'esito del primo grado lo sia stato, come consente l'art. 578 co. 1 Cpp.

Proprio in ragione della dipendenza dell'accoglimento della domanda civile dall'accertamento del fatto-reato, la Corte costituzionale ha condivisibilmente dichiarato illegittimo l'art. 538 Cpp nella parte in cui non prevede che il giudice si pronunzi sulla questione civile anche quando emetta sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis Cp*⁸⁸. È apparso in effetti irragionevole, nonché in contrasto con il diritto di difesa e con le garanzie del giusto processo in capo alla parte civile, non attribuire al giudice il potere di accertare la pretesa riparatoria una volta accertato

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Un tale parametro temporale è considerato alla luce della decisione delle Sezioni unite sull'efficacia non retroattiva, rispetto all'atto di costituzione di parte civile, del menzionato co. 1-*bis*: v. *supra*, § 3.

⁸⁶ *Infra*, § 8.

⁸⁷ Fa eccezione l'evenienza della condanna ai soli effetti civili emessa dal giudice penale a seguito di impugnazione della parte civile *ex art. 576 co. 1 Cpp*. Nonché l'evenienza della medesima condanna nonostante il proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis Cp*, di cui si sta per dire.

⁸⁸ C. cost. 12.7.2022 n. 173.

un fatto penalmente tipico, antigiusuridico e colpevole⁸⁹. Tanto più alla luce dell'efficacia extrapenale della sentenza in discorso ai sensi dell'art. 651-bis Cpp, disciplinata analogamente a una sentenza di condanna. Come pure della *intentio legis* esplicitata dall'art. 1 co. 1 lett. m l. 28.4.2014 n. 67, che delegava il Governo da una parte a «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento; e dall'altra – ecco ciò che qui interessa – a introdurre una tale causa di non punibilità «senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale»⁹⁰. La lettera della disposizione contenuta nell'art. 538 Cpp, dal canto suo, costituiva un limite invalicabile in via interpretativa, configurando il potere di decidere la questione civile di regola solo in occasione di una sentenza di condanna. L'intervento del Giudice delle leggi è stato dunque necessario per evitare che la parte civile, a seguito di proscioglimento per particolare tenuità, seguitasse a essere forzosamente indotta a riesercitare l'azione in sede civile anziché poter permanere in sede penale; con l'ulteriore pregiudizio del pagamento delle spese processuali, in mancanza di una formale soccombenza dell'imputato⁹¹.

Ai fini del presente lavoro, dunque, si deve rilevare come – dopo la pronuncia costituzionale n. 173/2022 – la sentenza ex art. 622 Cpp può conseguire pure al ricorso dell'imputato (o del responsabile civile) avverso la condanna risarcitoria emessa al netto del proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto.

Pertanto, non si rinvengono ostacoli nel ritenere che teoricamente la sentenza ex art. 622 Cpp possa avere luogo pure previo ricorso dell'imputato (o del responsabile civile) avverso le disposizioni della sentenza di assoluzione relative alle domande da lui proposte per il risarcimento del danno e la rifusione delle spese processuali ai sensi dell'art. 574 co. 2 Cpp, ossia nell'ipotesi in cui costui intenda impugnare la decisione concernente le proprie pretese civilistiche. Eventualmente, difatti, la Cassazione annullerebbe pur sempre «disposizioni... che riguardano l'azione civile», ossia questioni civilistiche sebbene non riguardanti le pretese del danneggiato⁹².

Fermo quanto concerne l'impugnazione dell'imputato, il rinvio ai sensi dell'art. 622 Cpp naturalmente può derivare dal ricorso della parte civile, vittoriosamente esperito.

In primo luogo avverso l'assoluzione, seppure limitatamente agli effetti civili; dunque in relazione all'*an debeatur*.

In secondo luogo – a seguito della summenzionata C. cost. n. 173/2022 – avverso il proscioglimento ex art. 131-bis Cp: e sia in relazione all'*an*, allorché il giudice di merito non abbia ritenuto perfezionata la fattispecie dell'illecito di cui agli artt. 2043 Cc e 185 Cp nonostante l'accertamento del fatto-reato; che in relazione al *quantum*. Il proscioglimento per particolare tenuità – si vuole *per incidens* precisare – dovrebbe tecnicamente qualificarsi come un'assoluzione ai sensi dell'art. 530 co. 1 Cpp⁹³: l'imputato risulta difatti «non punibile» per ragioni di opportunità politico-criminale a valle dell'accertamento del fatto criminoso a costui riferibile⁹⁴, come del resto avviene negli altri casi

⁸⁹ Quest'ultimo punto è largamente consolidato in giurisprudenza: da ultimo, v. Cass. S.U. 27.1.2022 n. 18891, in *CedCass.*, m. 283064 (§ 3, in diritto).

⁹⁰ C. cost. 12.7.2022 n. 173 (§ 4 s., in diritto).

⁹¹ La questione delle spese è stata risolta in questo senso da Cass. 13.11.2020 n. 5423, in *CedCass.*, m. 280567.

⁹² Giunge a un esito analogo, F.R. Dinacci, *op. cit.*, 232. Diversamente, A. Diddi, *op. cit.*, 272, per il quale l'«azione civile» dovrebbe invece essere intesa solo nei termini dell'art. 74 Cpp, analogamente a quanto si desumeva dal sistema codicistico del 1930. Aderendo all'opinione dell'A., peraltro, il medesimo riferimento all'azione appare idoneo a escludere l'applicazione dell'art. 622 Cpp quando l'impugnazione abbia per oggetto solo la questione delle spese. Esclude l'applicabilità dell'istituto in commento quando rilevi la pretesa risarcitoria dell'imputato, anche B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale*, cit., 146.

⁹³ Una tale ricostruzione, ritenuta preferibile, è accolta tra gli altri da S. Quattrocchio, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in *Strategie di deflazione penale rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele, P.P. Paulesu, Torino 2015, 127 ss.

⁹⁴ Oltre che dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, la natura di causa di non punibilità dell'istituto è stata di recente

di assoluzione per la stessa causa. In senso contrario non sembra potersi invocare la rubrica dell'art. 651-*bis* Cpp; e non tanto perché essa costituisce una porzione di testo collocata al di fuori della disposizione, e dunque priva di valore direttamente cogente, quanto perché la *ratio* del richiamo al «proscioglimento» va probabilmente rinvenuta nell'esigenza di differenziare terminologicamente l'efficacia del giudicato della sentenza in discorso. La quale, nonostante l'effetto assolutorio penale, già si è detto che in altre sedi vale senz'altro al pari di una condanna. L'art. 651-*bis* Cpp, peraltro, riflette la logica cui è tenuto il giudice ogni volta si trovi ad assolvere per una causa di esclusione della punibilità: quest'ultima formula terminativa, difatti, può essere adottata ove si verifichi la sussistenza di un fatto penalmente illecito commesso dall'imputato.

In terzo luogo, la parte civile può anche ricorrere avverso la stessa condanna civile; va da sé, limitatamente al *quantum*, in quei non frequenti casi di liquidazione già effettuata dal giudice penale. In quarto luogo, sempre al fine di prospettare gli scenari che possano condurre a una sentenza *ex art.* 622 Cpp, bisogna domandarsi se la parte civile sia legittimata e abbia interesse a impugnare una pronuncia di non doversi procedere, indifferentemente per improcedibilità dell'azione penale ovvero per estinzione del reato. A tale riguardo, la formulazione della regola per cui il proscioglimento deve essere «pronunciato(o) nel giudizio» ai sensi dell'art. 576 co. 1 Cpp, sebbene possa far propendere ad affermare l'esigenza di un accertamento nel merito, e dunque per la carenza di legittimazione⁹⁵ ai nostri fini, non appare sufficientemente precisa da escludere il diritto all'impugnazione. L'interesse poi dovrebbe ritenersi sussistente, in quanto la parte civile è nella sede penale che ha scelto di chiedere giustizia: dunque, salvo divieti di legge dovrebbe esserle assicurata piena tutela in quella sede.

Peraltro, ammettere l'impugnazione in parola risulterebbe coerente con la *ratio decidendi* espressa dalle recenti Sezioni unite n. 39614/2022, di cui si è parlato più sopra⁹⁶. Si tratterebbe infatti, qui, di consentire la doglianza afferente a una situazione inversa ma in potenza speculare a quella che abbiamo visto trattare dal massimo collegio: la parte civile, naturalmente solo agli effetti civili, si dolerebbe per esempio dell'erronea dichiarazione di prescrizione del reato, e dunque che il giudice – non decidendo sulla questione civile – non abbia esercitato un potere che avrebbe dovuto esercitare qualora avesse affermato la responsabilità penale. L'impugnazione sarebbe allora funzionale all'accertamento del fatto-reato, ed eventualmente all'obbligo risarcitorio o restitutorio che ne consegua, solo agli effetti della responsabilità civile⁹⁷.

Ricostruite dunque le ipotesi impugnatorie anche dal lato della parte civile, da ultimo appare bene chiarire come l'esito di cui all'art. 622 Cpp non sia necessariamente determinato da un'impugnazione a monte valevole ai soli effetti civili. L'istituto in parola si caratterizza piuttosto per il suo effetto rescindente, questo sì, ai soli effetti civili. Ma ciò non significa che in sede di legittimità non possa essersi dibattuto pure sul tema penale, per esempio nell'ipotesi in cui ricorrano sia il pubblico ministero che l'imputato. Il primo avverso la condanna in appello; il secondo solo o anche avverso la conseguente condanna civile, lamentando i danni erroneamente liquidati. In casi siffatti ben può avere luogo il rinvio dinanzi al giudice civile *ex art.* 622 Cpp, ove il ricorso del pubblico ministero venga rigettato, rimando dunque «fermi gli effetti penali della sentenza» impugnata; e invece venga accolto il ricorso dell'imputato, «annulla(ndo) solamente le disposizioni... che riguardano l'azione civile».

6. Venendo ora alle questioni interpretative più salienti a proposito dell'istituto in commento, la giurisprudenza ha dibattuto fundamentalmente intorno al perimetro operativo dell'art. 622 Cpp,

affermata da C. cost. 5.3.2021 n. 30.

⁹⁵ Per la carenza di legittimazione conclude A. Marandola, *Le disposizioni generali*, in *Le impugnazioni*, a cura di G. Spangher, V, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Id., Milano 2009, 112, rilevando come il riferimento alla sentenza di proscioglimento «pronunciata nel giudizio», di cui al menzionato art. 576 co. 1 Cpp, valga a ritenere configurabile il diritto all'impugnazione solo avverso il proscioglimento suscettibile di detenere efficacia di giudicato extrapenale.

⁹⁶ § 2.

⁹⁷ Una tale impugnazione – salvo che sia contestualmente in discussione pure il tema penale – non dovrebbe poter avere luogo, invece, se si applicano i principi desumibili da C. cost. 30.7.2021 n. 182, cit., di cui si è già trattato.

giacché non si è registrata unanimità di vedute in relazione a determinate fattispecie processuali, secondo un indirizzo ritenute provocare necessariamente la prosecuzione dinanzi al giudice penale ai sensi dell'art. 623 Cpp. La medesima giurisprudenza ha dibattuto intorno alle regole processuali e sostanziali applicabili dinanzi al giudice del rinvio, e quindi sulla natura del giudizio che dinanzi a questo si avvia.

Di seguito si darà dunque conto dei termini del contrasto⁹⁸, evidenziandone i corollari teorici e pratici. Lo stesso, come pure si vedrà, ha trovato recentemente composizione nell'intervento delle Sezioni unite.

Cominciamo dalle disformità sul perimetro operativo dell'art. 622 Cpp.

In seno alla Corte di cassazione⁹⁹, tanto penale quanto civile, conformemente al dettato della legge prevaleva l'intendimento per il quale il rinvio dovesse sempre essere disposto dinanzi al giudice civile, ogni volta che all'esito del giudizio penale di legittimità a residuare fosse soltanto la questione riparatoria. Insomma, quando la decisione penale avesse acquistato autorità di cosa giudicata, la stessa giurisdizione penale sarebbe dovuta venire meno, così restituendo l'azione civile alla sua sede naturale. A tal fine, l'argomentazione veniva a ruotare attorno al tenore testuale della disposizione d'interesse; nonché al carattere accessorio dell'azione civile nel processo penale. In particolare, l'irrevocabilità dei capi concernenti la responsabilità penale dell'imputato avrebbe sancito l'eliminazione di qualsivoglia connotazione penalistica della vicenda. Pure considerando comprensibili esigenze di economia processuale, quindi, in ipotesi siffatte la competenza promiscua del giudice penale non avrebbe avuto più ragione di essere.

La regola codicistica, in questa visione, non poteva soffrire eccezioni¹⁰⁰: il rinvio al giudice civile va ordinato a prescindere dalla tipologia di vizio che conduce il giudice penale all'annullamento della sentenza. Ne conseguiva logicamente la competenza del giudice civile del rinvio a conoscere non solo del *quantum*, ma pure dello stesso *an* della responsabilità dell'imputato-danneggiante ai sensi dell'art. 2043 Cc; il che rimaneva coerente con il posizionamento delle Sezioni unite Sciortino più sopra ricordato, tra gli «effetti penali della sentenza» ex art. 622 Cpp dovendo senz'altro annoverarsi quelli derivanti dalle pronunzie che non abbiano accertato la responsabilità penale.

Per una impostazione alternativa e restrittiva più di recente diffusasi¹⁰¹, invece, in determinate ipotesi il processo avrebbe dovuto proseguire presso il giudice penale, anziché presso quello civile. Precisamente, avrebbero rilevato in tal senso i casi di annullamento ai soli effetti civili della sentenza d'appello che avesse rovesciato una sentenza assolutoria di primo grado sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa, senza previamente rinnovare l'istruzione dibattimentale riesaminando i soggetti fonte delle dichiarazioni. Qui difatti secondo alcuni permaneva una sicura connotazione penalistica della vicenda, nonostante il tema civile fosse l'unico ancora in discussione¹⁰²: lo avrebbe imposto la necessità di accertare, sebbene solo in via incidentale, il fatto-

⁹⁸ A causa del quale, cioè del disorientamento che ne derivava, in dottrina si era auspicato l'intervento del legislatore: cfr. F. Centorame, *Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze*, in *PPG* 2019, 425.

⁹⁹ In tempi recenti, la pronunzia più autorevole seppure non precisamente in termini è quella di Cass. S.U. 18.7. 2013 n. 40109, *cit.*

¹⁰⁰ Piuttosto, nel sistema *ante* riforma Cartabia, era l'art. 622 Cpp a porsi quale deroga al disposto di cui all'art. 573 co. 1 Cpp: ciò è rilevato pure da B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale*, *cit.*, 144; nonché da A. Diddi, *op. cit.*, 269. Alla luce del nuovo assetto, peraltro, una tale deroga non può più dirsi sussistente: v. *supra*, nt. 51. In ogni caso, il valore derogatorio dell'art. 622 Cpp ora precisato non tocca la questione della natura eccezionale della disposizione, nei termini di cui *supra*, nt. 26.

¹⁰¹ V., da ultimo, Cass. 25.9.2020 n. 28215, in *CedCass.*, m. 279574; si rinvia al § 3.2, in diritto, per ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Per un contributo in merito all'indirizzo interpretativo in discorso, v. G. Pecchioli, *Ai soli effetti civili il rinvio si fa (anche) al giudice penale: carsici ripensamenti in giurisprudenza*, in *DPP* 2/2021, 246 ss.

¹⁰² La difficoltà di individuare precisamente e univocamente le ipotesi in cui il suddetto interesse penalistico permanga o meno, e la inevitabile incertezza applicativa che ne deriva, costituiscono parte dei rilievi critici di G. De Liberis, *Sentenze di proscioglimento irrevocabili e regime delle impugnazioni della parte civile*, in *op. cit.*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, 311 s. L'A., peraltro, riflette sull'orientamento in discorso nel quadro di ulteriori opzioni interpretative favorevoli all'imputato, sempre in tema azione civile esercitata nel processo penale: è il caso della

reato ai sensi dell'art. 185 Cp, ai sensi del quale le pretese della parte civile nel processo penale direttamente ed esclusivamente si fondano¹⁰³. Ne sarebbe conseguentemente discesa l'inapplicabilità dell'art. 622 Cpp, e dunque il rinvio al giudice civile, quando fosse stato ancora da accertare l'*an debeat*, e non soltanto il *quantum*: il complesso delle inderogabili garanzie penali, sostanzianti nelle relative regole probatorie e decisorie in favore dell'imputato, sarebbe dotato di una *vis expansiva* tale da imporre l'accertamento penale per valutare l'esistenza di un fatto-reato, considerando evidentemente irrilevante che nel frattempo sul capo penale si sia formato il giudicato. L'opposta soluzione – rinvio dinanzi al giudice civile e applicazione della disciplina civile – sarebbe su queste basi da evitare.

S'intende bene che per tale via, con riguardo a quella determinata fattispecie processuale, si sarebbe voluta assicurare la obbligatoria rinnovazione della prova dichiarativa in sede di rinvio. Rinnovazione – lo si si chiarirà a breve¹⁰⁴ – la quale dinanzi al giudice civile non sarebbe potuta avvenire, o sarebbe potuta avvenire a condizioni significativamente più stringenti.

La suddetta ricostruzione, aggiungeva una corrente minoritaria di pensiero, avrebbe potuto rinvenire un riscontro letterale nell'art. 622 Cpp: il sintagma «quando occorre...» avrebbe difatti potuto significare che la Cassazione rinvia al giudice civile solo quando occorre, rimanendo salve determinate ipotesi in cui, ferma la non superfluità del rinvio, quest'ultimo andrebbe disposto al giudice penale¹⁰⁵.

Con la questione di cui si è appena dato conto – quale fosse il giudice del rinvio – risultava legata a doppio filo quella afferente alle regole da applicare nel giudizio a seguito dell'annullamento. Ci si domandava cioè se la disciplina pertinente seguitasse a essere quella penale ovvero dovesse ritenersi applicabile quella civile, valorizzando l'avvenuto mutamento della sede processuale.

Al riguardo, presso l'articolazione civile della Cassazione l'orientamento senz'altro prevalente fino al 2019 era nel primo senso. Il giudizio dinanzi al giudice civile, instaurato ai sensi dell'art. 622 Cpp, veniva difatti ritenuto come fase tecnicamente rescissoria di quello iniziato in sede penale, pur solo in relazione alle pretese civilistiche¹⁰⁶. Ne conseguiva allora la vincolatività di ogni punto di diritto risolto all'esito della fase rescindente penale ai sensi dell'art. 627 co. 3 Cpp, perché solo la sentenza penale avrebbe potuto statuire «i limiti e l'oggetto del giudizio di rinvio»¹⁰⁷. Coerentemente con le premesse, si concludeva per la natura chiusa – come si usava dire – di un simile giudizio: all'atto della prosecuzione dinanzi al giudice civile non era cioè ritenuta ammissibile, a fondamento della pretesa del danneggiante, l'allegazione di fatti costitutivi dell'illecito civile diversi da quelli integranti la fattispecie di reato contestata nel processo penale; diversi, quindi, da quelli posti a fondamento della costituzione di parte civile. Qui il presupposto teorico era evidentemente quello già richiamato nell'esaminare l'orientamento restrittivo sull'operatività dell'art. 622 Cpp, e cioè che dopo il rinvio l'oggetto originario della domanda della parte civile all'interno del processo penale non muta, dovendosi decidere su danni e restituzioni discendenti dal pregiudiziale accertamento di un fatto-reato ex art. 185 Cp¹⁰⁸. In quest'ordine di idee, non si faticava a riconoscere la necessità di osservare,

giurisprudenza che ha ampliato i contenuti delle nozioni di «condanna» e «condannato» ai sensi dell'art. 629 Cpp.

¹⁰³ Come si è visto *supra*, § 2, questa impostazione contrasta oggi irrimediabilmente anche con quanto affermato da C. cost. 30.7.2021 n. 182, almeno nelle ipotesi in cui a essere passato in giudicato sia il proscioglimento; sebbene si è pure chiarito che si tratta di sentenza interpretativa di rigetto, con le relative conseguenze in punto di vincolatività.

¹⁰⁴ *Infra*, § 7.

¹⁰⁵ Cfr. sul punto P. Proto Pisani, *Note in tema di annullamento della sentenza ai soli effetti civili*, in *FI* 2020, I, 679 ss., par. 4. Nondimeno, appare sintatticamente preferibile l'opposta lettura, in quanto la disposizione prevede che il giudice penale «rinvia quando occorre» al giudice civile, e non «quando occorre... rinvia».

¹⁰⁶ Da ultimo, v. Cass. civ. 10.12.2018 n. 32929, in *CedCass*, m. 652072.

¹⁰⁷ Così, già Cass. civ. 28.6.1997 n. 5800, in *CedCass*, m. 505545; conf., Cass. civ. 10.12.2018 n. 32929, cit.

¹⁰⁸ Analogamente a quanto poc'anzi osservato in relazione all'orientamento sull'applicazione della disciplina civile – v. *supra*, nt. 103 –, per le medesime ragioni anche l'orientamento in esame non è compatibile con la sentenza di C. cost. 30.7.2021 n. 182.

seppure dinanzi al giudice civile, la disciplina sostanziale e processuale penale¹⁰⁹: dunque, in tema di nesso causale, per attribuire sul piano oggettivo il fatto(-reato) al convenuto danneggiante avrebbe dovuto farsi ricorso allo *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio, compendiato nel canone dell'elevato grado di probabilità logica e credibilità razionale; le prove inutilizzabili nel processo penale non avrebbero potuto acquisire alcun valore probatorio ai fini della decisione¹¹⁰; la testimonianza dell'attore danneggiato, già parte civile nel processo penale, resa in quest'ultimo contesto, veniva riconosciuta senz'altro idonea a ricostruire il fatto dannoso¹¹¹, come più in generale lo erano tutte le prove acquisite nel processo penale¹¹².

L'indirizzo di segno opposto, successivamente maturato sempre all'interno della Cassazione civile e peraltro confortato dalle passate Sezioni unite penali¹¹³, era invece nel senso di affermare la necessaria applicazione, a seguito del rinvio *ex art.* 622 Cpp, di tutte le regole sostanziali e processuali civili¹¹⁴. Ciò poiché a seguito della *translatio iudicii* dinanzi al giudice civile prenderebbe avvio una fase del tutto autonoma dal processo penale, ossia un nuovo giudizio e una diversa *regiudicanda*¹¹⁵. A cui conseguirebbe, specularmente a quanto si affermava *ante* 2019: l'inefficacia del principio di diritto affermato dalla Cassazione penale, data l'inapplicabilità dell'art. 627 Cpp in un processo diverso da quello penale; la natura per così dire aperta del giudizio civile, con tutto ciò che ne deriva in punto di allegazione di fatti costitutivi diversi, in forza del carattere atipico dell'illecito aquiliano *ex art.* 2043 Cc (il fatto-fonte di danno non è più un fatto-reato); il mutare del metodo di accertamento del nesso di causalità, da condurre pur sempre ai sensi degli artt. 40 e 41 Cp ma in virtù del meno stringente criterio civilistico del più probabile che non; la libera valutazione, da parte del giudice civile, del materiale probatorio ritenuto a suo tempo non utilizzabile nel processo penale, essendo l'inutilizzabilità categoria conosciuta solo all'interno di quest'ultimo¹¹⁶; la sicura inidoneità della testimonianza dell'attore danneggiato resa nel processo penale a ricostruire il fatto dannoso in sede civile, posto l'esplicito divieto ai sensi dell'art. 246 Cpc¹¹⁷; la non configurabilità di qualsivoglia obbligo di rinnovazione istruttoria, trattandosi di regola processualpenalistica giustificata dall'esigenza di pronunziare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, anche in armonia con i

¹⁰⁹ Al riguardo, come riporta E. D'Alessandro, *op. cit.*, 10, una parte degli interpreti aveva criticato la soluzione in parola poiché il giudice civile veniva messo nelle condizioni di applicare regole e principi di un sistema – quello processualpenalistico – fondamentalmente estraneo: cfr. A. Cabiale, *La parte civile nei giudizi penali di impugnazione: una presenza sempre gradita (almeno per la Corte costituzionale)*, in www.laegislazionepenale.eu 15.1.2020, 13. Rileva inoltre E. D'Alessandro, *ivi*, la distonia sistemica dell'eventualità che a seguito del giudizio di legittimità penale venga instaurato quello d'appello civile con applicazione della disciplina penale; e a seguito di quello d'appello civile venga esperito ricorso per cassazione, nella cui sede dovrebbe tornare a osservarsi la disciplina civile.

¹¹⁰ Come aveva precisato Cass. 8.2.2018 n. 43896, sulla cui decisione si è soffermata in senso critico F. Centorame, *op. cit.*, 418 ss.; in argomento v. anche G. Paolozzi, *op. cit.*, 14 ss.

¹¹¹ Cass. civ. 14.7.2004 n. 13068, in *CedCass*, m. 574569.

¹¹² Sul punto, cfr. G. Canale, *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili*, cit., 1019 ss. e le relative indicazioni bibliografiche.

¹¹³ Cass. S.U. 18.7.2013 n. 40109, cit. (§ 11, in diritto).

¹¹⁴ Tra le varie, più di recente, Cass. civ. 15.1.2020 n. 655811; per ulteriori indicazioni giurisprudenziali, si rinvia a Cass. S.U. 28.1.2021, n. 22065, cit. (§ 16.2, in diritto). Si segnala altresì, per l'autorevolezza dell'arresto, denso di argomenti ed esaustivo nelle implicazioni, Cass. civ. 25.6.2019 n. 16916, in *CedCass*, m. 654433. Per un commento sugli effetti e le possibili soluzioni al mutamento di giurisprudenza in discorso, v. P. Proto Pisani, *op. cit.*, 679 ss. Articolano rilievi critici nei confronti del nuovo orientamento, tra gli altri, G. Canzio, G. Iadecola, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole di giudizio in sede di rinvio?*, in www.sistemapenale.it, 20.4.2020, § 3.

¹¹⁵ Non condivide una tale premessa, argomentando nel senso del giudizio civile come un giudizio tecnicamente di rinvio, G. Ruffini, *op. cit.*, 294 ss.

¹¹⁶ Sul punto veniva a concordare G. Canale, *Aspetti critici del giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p.*, in *op. cit.*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, 282 ss., precisando anche le eccezioni dell'estraneità dell'inutilizzabilità processualpenalistica al processo civile.

¹¹⁷ L'art. 246 Cpc, rubricato «incapacità a testimoniare» dispone che «non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio». Nel nostro caso l'attore che si afferma danneggiato è il primo «interessato», e peraltro già «partecipa» al giudizio in corso.

principi di oralità e immediatezza, rispetto al contesto processualciviltistico invero relativamente estranei.

Se questi erano i termini della *querelle*, bisogna ora chiarire come l'orientamento restrittivo della Cassazione penale sulla portata dell'art. 622 Cpp si fosse affermato proprio con l'intento di gestire una supposta criticità che in relazione alle regole applicabili in sede di rinvio (dinanzi al giudice civile) era sorta; criticità, lo si è appena visto, generata da un recente mutamento di giurisprudenza ad opera della terza sezione civile della Corte. In particolare, quell'orientamento era andato formandosi allo scopo di sottrarre talune fattispecie all'applicazione della nuova giurisprudenza: se da quel momento in poi davanti al giudice civile si sarebbero dovute seguire le regole del processo civile, allora avrebbe dovuto necessariamente essere il giudice penale a governare la prosecuzione del processo, quando si fosse dovuto ancora controversare sull'*an* della responsabilità. Si è difatti inteso che in questa prospettiva il fatto continuava a essere un fatto-reato, sì da ritenere imprescindibile assecondare tutte le logiche e i presidi che attengono all'accertamento dei profili penali di responsabilità. Senza trascurare che l'insussistenza per il giudice civile dell'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa avrebbe determinato l'effetto – senz'altro distonico rispetto al sistema¹¹⁸ – per cui, annullata in sede penale la sentenza per violazione di una regola probatoria, nel successivo giudizio civile nulla avrebbe garantito l'effettiva osservanza di quella regola¹¹⁹.

È pure da dire, in ultimo, che l'esigenza di reazione¹²⁰ al suddetto indirizzo civile aveva condotto una parte della Cassazione penale a precisare quanto fino a quel momento non vi era mai stato bisogno di precisare: ossia che il giudice di rinvio ex art. 622 Cpp, individuato in quello civile, avrebbe dovuto rispettare i canoni probatori e decisorii penali. Nondimeno, in occasione degli arresti citati la Cassazione civile aveva perentoriamente escluso che a determinare quali regole vadano seguite dinanzi ai propri collegi possano essere le sezioni penali della Corte.

Invero, le stesse Sezioni unite penali si erano già espresse nel senso che rimane prerogativa del giudice civile stabilire l'interpretazione delle disposizioni disciplinanti «gli effetti nei giudizi civili delle decisioni adottate in altre sedi, compresa quella penale». In quel caso si discuteva di un problema diverso, ossia della lettura da prediligere per l'art. 652 Cpp, e dunque dell'ambito di efficacia extrapenale del giudicato. Ai nostri fini, certo non si può dire che l'art. 622 Cpp concerna gli effetti della decisione penale. Ma se ammettiamo che il giudice civile debba avere voce in capitolo al riguardo, potendo praticamente determinare l'efficacia di una sentenza definitiva (penale) nell'ambito del processo di sua competenza, *a fortiori* dovremmo ammettere il potere del medesimo giudice di chiarire la disciplina applicabile nel processo di propria competenza allorché a sentenza definitiva (civile) si debba ancora giungere.

Sia come sia, in occasione dell'arresto in parola il massimo collegio aveva ribadito in via generale l'opportunità di tenere in conto, da parte del giudice penale, il diritto vivente formatosi in sede civile, sì da minimizzare il rischio di contrasti interpretativi fra le diverse articolazioni della Corte. Anche considerato che nel nostro sistema non esiste un organo deputato alla composizione di questi ultimi¹²¹. A tal proposito è difatti auspicabile l'introduzione di un super-collegio di composizione mista, penale e civile, sulla scorta del modello tedesco – un *Vereinigte Grosse Senate*, cioè¹²² –, che si pronunzi sulle questioni oggetto di simili difformità o disallineamenti¹²³, allo scopo di aumentare i livelli di

¹¹⁸ Su questo si concorda con quanto affermato da Cass. 6.6.2019 n. 31921, in *CedCass.*, m. 277285.

¹¹⁹ Nello stesso senso, A. Nappi, *Paradossi giurisprudenziali*, in www.giustiziainsieme.it, 9.6.2021: è questo il «paradosso» cui fa riferimento il titolo del contributo.

¹²⁰ G. Canzio, G. Iadecola, *op. cit.*, § 5.

¹²¹ Cass. S.U. 28.10.2008 n. 40049, in *CP* 2009, 883 ss., con nota di G. Santalucia, *La formula di assoluzione in presenza di una causa di giustificazione* (§ 11, in diritto).

¹²² Sull'istituto, cfr. R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione “politica” delle Corti di legittimità*, in *CP* 2017, 2603.

¹²³ Nello stesso senso, e proprio con riferimento alla questione dell'art. 622 Cpp, cfr. G. Canzio, G. Iadecola, *op. cit.*, § 6.

effettività della funzione nomofilattica del giudice di legittimità, e dunque di prevedibilità delle decisioni.

7. Con la sentenza n. 22065/2021¹²⁴ le Sezioni unite hanno seguito il solco già dettagliatamente tracciato dallo stesso massimo collegio¹²⁵, affermando un principio che va espressamente oltre alla specifica ipotesi d'interesse, cioè all'annullamento ai soli effetti civili per violazione dell'obbligo di rinnovazione in appello. In tutti i casi di annullamento ai soli effetti civili, difatti, deve osservarsi l'art. 622 Cpp: il processo deve essere riassunto dinanzi al giudice civile. Le regole processuali e sostanziali applicabili dinanzi al giudice dell'atipico rinvio, poi, dovranno essere quelle proprie dell'ordinamento civile, perché il giudizio che si va instaurando è in realtà un *novum iudicium*; così assecondando l'*overruling* della terza sezione civile sul punto, con tutto ciò che ne consegue¹²⁶.

L'opzione sistematica sullo sfondo della pronuncia in commento è quella in forza della quale «la materia degli interessi civili» rimane, di per sé, «tutto sommato estranea al processo penale vero e proprio»¹²⁷. Il richiamo all'estraneità fa concettualmente il paio col principio di accessorietà: di talché, in tutti i casi di annullamento ai soli effetti civili non vi è ragione per non restituire la decisione sulla pretesa civilistica alla sua sede naturale. In ciò va appunto rivenuta la *ratio* dell'art. 622 Cpp, il quale è pertanto espressione di un principio generale e non invece munito di natura eccezionale.

Fermi tutti gli effetti penali della sentenza, quando cioè la vicenda penale sia irrevocabilmente chiusa, la decisione sulle residue questioni riparatorie andrà poi coerentemente presa in forza delle regole che governano quel tipo di giudizio: è decisione che col tema penale non presenta oramai più alcun punto di aderenza. In questa ottica – e per destituire di fondamento normativo l'orientamento contrario – è parso opportuno valorizzare il tenore testuale dell'art. 622 Cpp, il quale «si riferisce senza eccezione ai casi di annullamento di capi o disposizioni riguardanti la responsabilità civile»¹²⁸. Sul punto si era già espressa nello stesso senso una parte della dottrina¹²⁹ e della giurisprudenza¹³⁰. È poi immediatamente conseguente che il giudice civile si pronunzierà, ove occorra, non solo sul *quantum*, ma pure sullo stesso *an debeatur*.

A prescindere dall'argomento fondato sulla portata della disposizione, bisogna peraltro domandarsi se l'opposto indirizzo dato per superato sia immune da ulteriori fallacie. Rammentando infatti come esso abbia preso piede in risposta all'*overruling* della terza sezione civile in punto di regole applicabili dinanzi al giudice di rinvio, viene in sostanza da riflettere sul se risulti logicamente, metodologicamente e giuridicamente condivisibile interpretare una certa disposizione (art. 622 Cpp) sulla base delle scelte interpretative di altro giudice, affermate con riguardo a una questione diversa (quali regole applicabili in sede di rinvio). Probabilmente, nel caso di specie, il giudice penale non può determinarsi a interpretare la disposizione oltre il relativo significato, naturalmente comprensivo del diritto vivente, in ragione e in dipendenza dell'orientamento che il giudice civile ha maturato sulla diversa questione di cui s'è detto. Il contrario equivarrebbe a legittimare un'opzione esegetica che sposta il proprio baricentro dalla legge agli effetti¹³¹ potenzialmente derivanti da un'interpretazione alternativa (e da scongiurare, nell'opinione del giudicante). La disposizione, allora, dovrebbe essere sempre interpretata disinteressandosi da come una questione diversa, pur se direttamente correlata, venga risolta: altro è il problema dell'applicabilità o meno dell'art. 622 Cpp, altro è quello

¹²⁴ Cass. Sez. un. 28.1.2021 n. 22065, cit. Sviluppa argomenti critici nei confronti della decisione, E. D'Alessandro, *op. cit.*, 14 ss.

¹²⁵ Il riferimento è ancora a Cass. S.U. 18.7.2013 n. 40109, cit.

¹²⁶ V. *supra*, § 6.

¹²⁷ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U., n. 250 del 24 ottobre 1988 - s. gen., suppl. ord. n. 2, 130.

¹²⁸ Cass. S.U. 28.1.2021 n. 22065, cit. (§ 8, in diritto).

¹²⁹ Evidenzia la «categoricità» del disposto normativo, F.R. Dinacci, *op. cit.*, 237.

¹³⁰ Cass. S.U. 18.7.2013 n. 40109, cit.

¹³¹ Più in generale, sulla rilevanza e la gestione degli effetti della decisione penale, v. M. Galli, *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla Convention judiciaire d'«intérêt public»*, in RIDPP 2018, 1285 ss.

concernente quale disciplina vada eventualmente applicata dinanzi al giudice civile¹³². E piegare il dettato normativo a seconda degli effetti che, volta a volta, la giurisprudenza ne fa derivare, non pare una via percorribile.

Inoltre, i confini di quel medesimo dettato normativo non possono essere legittimamente travalicati nemmeno da un supposto carattere «deteriore» dell'accertamento condotto attraverso le regole che governano il processo civile, rispetto all'accertamento mediante gli *standard* penalistici¹³³. Non si potrebbe sostenere, cioè, che l'applicazione delle regole probatorie e decisorie civili andrebbe a svantaggio dell'effettività e della pienezza dell'accertamento del fatto, concretizzandosi così in un indebito pregiudizio per una delle parti in causa.

A militare in favore dell'applicabilità del regime penale in luogo di quello civile (o in favore del rinvio al giudice penale *tout court*), difatti, non sussistono nemmeno in astratto ragioni di garanzia: non è dato stabilire con nettezza quale disciplina sia più favorevole per l'una o l'altra parte in sede di giudizio atipico di rinvio. Ipotizzando l'applicazione delle regole civili, per esempio, la testimonianza della parte attrice, già parte civile nel processo penale, rimane inderogabilmente vietata ex art. 246 Cpc; il che alleggerisce senz'altro la posizione del convenuto, a suo tempo imputato nel processo penale. D'altro canto, per esperire vittoriosamente l'azione di danni all'attore è sufficiente provare, sotto il profilo del nesso causale, la derivazione del danno-evento dal fatto della controparte secondo il criterio del più probabile che non; il che favorisce senza dubbio l'attore, il quale in sede penale vedrebbe di regola riconosciuta la propria pretesa risarcitoria solo quando la colpevolezza dell'imputato – e dunque anche il nesso causale – venisse provata oltre ogni ragionevole dubbio.

Senza trascurare, altresì, che pure nei casi di annullamento con rinvio al giudice civile della sentenza d'appello che ha condannato l'imputato al risarcimento sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa senza previamente rinnovare l'istruzione dibattimentale, nel successivo giudizio civile la rinnovazione dell'esame testimoniale (va da sé, escluso quello della parte attrice) può sempre essere disposta ai sensi dell'art. 257 co. 2 Cpc¹³⁴. In relazione a quest'ultimo punto, per vero, le Sezioni unite sono apparse meno nette nell'esposizione, finendo per stemperare l'assolutezza del divieto di cui al codice di rito civile poc'anzi ricordato. Si è riconosciuto, cioè, in ogni caso sussistente un «onere» per il giudice civile di «tener conto» delle prove acquisite nel processo penale, pur potendo (meglio: dovendo) riaccertare *in toto* il fatto controverso¹³⁵. Parrebbe, così, che – fermo il divieto di riassumere la testimonianza della persona offesa – il giudice civile possa (debba?) nondimeno prendere in considerazione quanto da essa già dichiarato in sede penale alla stregua di un elemento di giudizio di contorno, come si usa dire in quella giurisprudenza, pure in virtù del principio della atipicità dei mezzi di prova che nel contesto processuale civile si ritiene vigere¹³⁶. A tutta prima, in effetti, il divieto di cui all'art. 246 Cpc si presenta riferito alla testimonianza del soggetto interessato in termini di prova costituenda.

¹³² Una parte della giurisprudenza si è condivisibilmente espressa nel senso che l'interpretazione dell'art. 622 Cpp, e la conseguente individuazione del giudice competente, è preliminare e perciò va tenuta distinta dalla questione delle regole applicabili in sede di rinvio: cfr. Cass. 21.9.2020 n. 28848, cit. (§ 13.5, in diritto).

¹³³ Le Sezioni unite Cremonini riportano l'argomento in discorso (§ 3.1, in diritto) nel dare conto delle motivazioni di Cass. S.U. 18.7.2013 n. 40109, cit., alle quali nel prosieguo massimamente aderiscono; pur senza riprenderlo esplicitamente, inoltre, fanno derivare tutte le conclusioni che da esso necessariamente derivano.

¹³⁴ A norma dell'art. 257 co. 2 Cpc, «il giudice può» – è dunque sempre facoltativo – «disporre che siano nuovamente esaminati i testimoni già interrogati, al fine di chiarire la loro deposizione...».

¹³⁵ Si cita, in proposito, la stessa giurisprudenza civile: tra le altre, Cass. civ. S.U. 26.1.2011 n. 1768, in *CedCass*, m. 616366; il principio è stato affermato con riguardo all'inefficacia extrapenale della sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato.

¹³⁶ Presso la dottrina processualcivile, bisogna però dire, come anticipato *supra*, nt. 70, è stato sostenuto che la suddetta testimonianza precostituita non potrebbe in ogni caso essere assunta quale prova atipica, ma solo valutata nei limiti dell'art. 116 Cpc: della questione dà conto E. D'Alessandro, *op. cit.*, 17. Sul valore degli «argomenti di prova» ai fini della decisione nel processo civile, si era soffermata B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale*, cit., 46, nt. 63.

Ancora sulle regole proprie del giudizio civile a seguito dell'annullamento *ex art.* 622 Cpp, il massimo collegio ha implicitamente preso posizione su di un'altra questione oggetto di disputa: se cioè, divenuto irrevocabile il capo penale, il danno che si assume subito dall'attore debba continuare a considerarsi un danno da reato rilevante ai sensi dell'art. 185 Cp, ovvero se possa assumere (più ampia) rilevanza come danno da illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 Cc¹³⁷.

L'alternativa non è di poco momento e viene sciolta nel secondo senso¹³⁸: l'accessorietà dell'azione civile nel processo penale, unitamente ai principi di separazione e autonomia delle giurisdizioni e dei giudizi, depone per la necessitata operatività dell'art. 2043 Cc. Questo evidentemente perché, venendo obbligatoriamente meno il sindacato del giudice penale sul fatto, qualsiasi eco di penale rilevanza dello stesso si ritiene dissolta. L'azione civile non può più accedere a un'azione penale funzionalmente idonea all'accertamento del reato. Il danneggiato viene infine a trovarsi praticamente nelle medesime condizioni in cui si sarebbe trovato se *ab origine* non avesse potuto costituirsi, per esempio a seguito dell'archiviazione del procedimento. Il quel caso, del pari, avrebbe dovuto adire la sede naturale e chiedere i danni senza discutere di alcun profilo penalistico.

Se si constata questo, devono di conseguenza registrarsi almeno due immediate implicazioni di rilevanza pratica significativa. La prima è che, posto il carattere atipico dell'illecito aquiliano, in sede di danno potranno essere allegati a fondamento della domanda pure fatti diversi da quelli che hanno a suo tempo fondato la costituzione di parte civile, potendo per esempio attribuire rilevanza all'elemento soggettivo della colpa, nonostante in origine si sia fatto ingresso nel processo penale per far valere un danno derivante da un reato previsto nell'esclusiva forma dolosa. La seconda implicazione è che non potendosi più applicare il disposto di cui all'art. 185 Cp, espressamente attributivo del diritto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, quest'ultimo non potrà essere riconosciuto dal giudice civile¹³⁹, a meno di non ritenere sussistenti gli ulteriori requisiti di legge, come precisati dalla consolidata interpretazione evolutiva dell'art. 2059 Cc¹⁴⁰.

Nel decidere per la netta separazione e la reciproca impermeabilità dei giudizi penale e civile a seguito di annullamento *ex art.* 622 Cpp, le Sezioni unite comprensibilmente conducono la questione su di un livello più generale, attinente al rapporto che tra azione civile e processo penale intercorre¹⁴¹. È bene, difatti, rammentare che vi sono anche altri casi – oltre a quello di cui all'art. 622 Cpp – in cui civile e penale prendono pacificamente due strade diverse. Si guardi anzitutto alla disciplina del giudicato penale nel giudizio civile di danno di cui agli artt. 651 ss. Cpp, in virtù della quale, come si sa, le sentenze di condanna e di assoluzione fanno stato nel giudizio civile – a certe condizioni – solo

¹³⁷ A suo tempo è stato comunque chiarito che la medesima fattispecie di illecito descritta dall'art. 2043 Cc rileva pure in sede penale; rimanendo però specificata, quanto al fatto da considerare e all'elemento soggettivo, dall'art. 185 Cp: v. *supra*, § 1.

¹³⁸ Cass. S.U. 28.1.2021 n. 22065, cit. (§ 17.2, in diritto).

¹³⁹ A volere rimanere coerenti con i principi della giurisprudenza europea e anche costituzionale – si veda sempre C. cost. 30.7.2021 n. 182, a suo tempo presa in esame –, infatti, dovrebbe concludersi per l'impossibilità di verificare incidentalmente la sussistenza di un reato a valle di un proscioglimento irrevocabile. Una tale verifica potrebbe essere consentita, al più, quando il passaggio in giudicato in sede penale abbia riguardato una condanna: ciò avviene per esempio quando l'annullamento ai soli effetti civili sia pronunciato a seguito del ricorso dell'imputato avverso la sentenza di condanna ai soli effetti civili. Il discorso intorno all'art. 2059 Cc, che a seguito dell'annullamento *ex art.* 622 Cpp dovrebbe dunque rimanere inapplicabile ove invocato in combinato disposto con la norma incriminatrice, vale in tutti i casi di giudizio che prosegue solo agli effetti civili. V. anche *infra*, § 8.

¹⁴⁰ Singolarmente, è la medesima C. cost. 30.7.2021 n. 182 – si veda la nt. precedente –, invece, ad ammettere un accertamento incidentale del reato al fine di decidere sui danni non patrimoniali *ex art.* 2059 Cc. È una contraddizione logica e giuridica, sebbene non faccia parte della *ratio decidendi* della sentenza. Il punto è stato evidenziato da P. Ferrua, *op. cit.*, 3446; nello stesso senso, B. Lavarini, *Presunzione di innocenza «europea»*, cit., 1788, nt. 10. Conclude che un tale accertamento incidentale è necessario ai fini dell'art. 2059 Cc, A. Capone, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, in *DPP* 2023, 186, nt. 14; v. pure G. Cricenti, G. D'Alessandro, *op. cit.*, 1777 s. Il tema, giova ripeterlo, si pone negli stessi termini in tutti i casi di giudizio che prosegue solo agli effetti civili.

¹⁴¹ Cass. S.U. 28.1.2021 n. 22065, cit. (§ 4.1, in diritto).

a patto che non si tratti di sentenza di assoluzione¹⁴² divenuta irrevocabile a seguito di rito abbreviato quando la parte civile non l'abbia accettato; e soprattutto, sempre in relazione al giudicato assoluzione, a patto che l'azione civile non sia iniziata o proseguita autonomamente in sede civile ex art. 75 co. 2 Cpp.

C'è poi ovviamente l'ipotesi di optare *ab origine* per l'azione civile nella sua sede propria, *ab origine* rimanendo i due giudizi in tutto e per tutto separati.

Apertamente smentito il principio di unità della giurisdizione¹⁴³ in favore di quello d'autonomia, e assodata l'accessorietà dell'azione civile all'interno del processo penale¹⁴⁴, l'eventuale esistenza di «giudicati contrastanti» rientra nella fisiologica del sistema. Anzi, la sospensione del processo civile di cui all'art. 75 co. 3 Cpp costituisce l'eccezione al generale principio del *favor separationis*, calato nel sistema dal legislatore del 1988¹⁴⁵. Il codice d'altra parte si limita a offrire in via preventiva uno strumento per assicurare l'uniformità dell'accertamento (certo, in assoluto non è bene che giudice penale e giudice civile dicano due cose diverse) attraverso la disciplina di cui agli artt. 74 ss. Cpp; ma niente esclude eventuali disformità (originarie o successive), quando siano dovute a scelte della parte interessata o a esigenze di coerenza sistematica e di economia processuale.

L'idea cardine che in definitiva pare trasparire dal tessuto motivazionale è quella per cui, in confronto all'accertamento in sede penale, l'accertamento in sede civile non è un accertamento debole, ma un tipo di accertamento: tra penale e civile, insomma, cambiano gli strumenti ma il fine è lo stesso, e cioè accertare il fatto controverso. Non soltanto. Se le regole dell'accertamento sono sempre funzionali al tipo di pronuncia che il giudice è chiamato a emettere, applicare le regole civili è davvero un esito necessitato, essendo queste le uniche – quando il giudice penale non possa più intervenire in merito – idonee a condurre verso una decisione su pretese di ordine risarcitorio o restitutorio. Coerentemente, come rilevato a suo tempo, il massimo collegio implicitamente ha chiarito pure che il fatto asseritamente dannoso, dinanzi al giudice di rinvio, cessa di essere un fatto-reato per divenire un semplice «fatto doloso o colposo» ex art. 2043 Cc¹⁴⁶.

Al contempo, le peculiarità dell'*iter* processuale in discorso possono giustificare la valutazione in sede civile delle prove – di tutte le prove – acquisite in sede penale. L'alternativa, oltretutto giuridicamente diseconomica dato lo spreco di risorse che ne deriverebbe, risulterebbe senz'altro lesiva dell'affidamento maturato in capo al danneggiato dal reato nel momento in cui si è costituito parte civile. Consentire una tale conservazione degli elementi conoscitivi, in altri termini, serve pure a assicurare il danneggiato che quanto accaduto nel contesto penale, come costui voleva fosse quando vi ha fatto ingresso, non è stato in ogni caso inutile. A queste ragioni paiono ispirati i commi 1-bis degli artt. 573 e 578 Cpp, di recente conio e dei quali si è più sopra detto, nella loro ultima parte; non mancando, il legislatore delegato, di aggiungere nell'art. 78 co. 1 lett. d Cpp la già richiamata

¹⁴² Si menziona solo la sentenza di assoluzione perché la sentenza di condanna fa sempre stato, anche quando la parte civile non ha accettato il rito abbreviato, a meno che quest'ultima non si opponga.

¹⁴³ Cfr. E. Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli 1934, 75; L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano s.d. (anni '20), § 589 s. Il potere giurisdizionale dello Stato è unico in tutto l'ordinamento, indifferentemente rilevando la materia penale, civile o amministrativa. Ogni singolo giudice esercita quel medesimo potere, e non un potere afferente alla giurisdizione penale, civile o amministrativa a seconda delle funzioni svolte. Un potere unico in questi termini non si può contraddire mediante giudicati contrastanti: G. Leone, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli 1958, 180.

¹⁴⁴ Che *supra*, § 3 abbiamo visto affermata in termini quasi assoluti, alla luce della riforma Cartabia.

¹⁴⁵ Nel medesimo senso va inteso pure l'art. 3 co. 1 Cpp, a norma del quale «quando la decisione dipende dalla risoluzione di una controversia sullo stato di famiglia o di cittadinanza, il giudice, se la questione è seria e se l'azione a norma delle leggi civili è già in corso, può sospendere il processo fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce la questione». In questo caso, però, a sospendersi è il processo penale e la disposizione non è costruita in termini di obbligo; inoltre, la stessa può operare solo ove il procedimento civile sia stato già azionato.

¹⁴⁶ Questo non significa, giova ripeterlo, che quando la parte civile chiede i danni da reato non venga pur sempre a rilevare la fattispecie dell'illecito aquilano: v. quanto premesso *supra*, § 1.

locuzione funzionale a rendere ancora più consapevole la parte civile dei possibili esiti processuali a seguito della sua costituzione.

Nel prosieguo ci si appresta dunque a considerare, tra l'altro, il rapporto tra quanto deciso dalle Sezioni unite Cremonini e le norme appena richiamate.

8. Nel tentativo di superare *per tabulas* le incertezze, la Commissione Lattanzi aveva proposto di inserire tra gli emendamenti presentati dal Governo al disegno di legge A.C. 2435 sulla riforma del processo penale una disposizione ai sensi della quale «prevedere che, in caso di annullamento della sentenza ai soli effetti civili, la Corte di cassazione annulli con rinvio al giudice civile ai sensi dell'art. 622 c.p.p.», precisando «l'obbligo da parte di quest'ultimo di valutare le prove raccolte nel processo penale» (art. 7 lett. *h-quinquies*)¹⁴⁷. La proposta non era stata però accolta, non comparendo tra gli emendamenti presentati dal Governo in data 14 luglio 2021. In ogni caso, la modifica non avrebbe sciolto definitivamente le ambiguità. Da un lato infatti avrebbe senz'altro confermato ancora più incisivamente l'interpretazione letterale dell'art. 622 Cpp; nonché autorizzato a ritenere consentita la ricostruzione del fatto, ad opera del giudice civile, sulla base della testimonianza (già) resa dall'attore danneggiato, a suo tempo parte civile nel processo penale. Ma dall'altro sarebbe appunto rimasta prescrizione circoscritta al novero delle prove precostituite rispetto al giudizio civile, non ricomprendendo quelle costituenti: e dunque mancando di disciplinare proprio la problematica ipotesi posta all'attenzione delle Sezioni unite Cremonini.

Pur ritenendo in massima parte condivisibili i rilievi argomentativi della pronuncia appena richiamata, altrove¹⁴⁸ si è dovuto riflettere appunto in senso problematizzante circa l'esito pratico derivante dalla decisione del massimo collegio. Era cioè indubbio il verificarsi di una sorta di cortocircuito processuale ogni qual volta l'annullamento ai soli effetti civili fosse determinato dal non aver adempiuto, da parte del giudice di seconde cure, all'obbligo di rinnovazione istruttoria in appello. Dovendosi applicare, nel successivo giudizio dinanzi al giudice civile, le regole proprie di quest'ultimo, naturalmente in quel contesto non vi sarebbe stato spazio per la configurabilità di un obbligo probatorio (e decisorio) di matrice esclusivamente processualpenalistica. Finendo così per annullare con rinvio una sentenza in ragione della violazione di una regola che, in seguito, non avrebbe potuto in ogni caso essere osservata; mai, almeno, in forza della sua obbligatorietà, e rimanendo sempre esclusa la nuova assunzione della testimonianza della persona offesa. Avrebbe infatti dovuto essere promossa un'altra lettura dell'art. 603 co. 3-*bis* Cpp: la quale, beninteso, non si sarebbe giustificata per l'esigenza di superare l'*empasse* in discorso; ma si sarebbe imposta invece a prescindere, per esigenze di coerenza sistematica¹⁴⁹. Il silenzio della modifica sul punto avrebbe perciò determinato l'inidoneità della disposizione a stabilire se avesse potuto dirsi obbligatorio – a certe condizioni e superato, eventualmente, il divieto di cui all'art. 246 Cpc – assumere *ex novo* la prova dichiarativa di cui trattasi.

Ad ogni modo, nell'assetto normativo *post* Cartabia la questione è stata risolta alla radice: tranne che a seguito di estinzione del reato per amnistia, ex artt. 573 co. 1-*bis* e 578 co. 1-*bis* Cpp la trattazione della sola questione civile nel processo penale non potrà più avere luogo. E dunque non potrà più avere luogo la specifica ipotesi dalla quale la decisione delle Sezioni unite Cremonini è originata. Ciò tra l'altro significa che l'art. 603 co. 3-*bis* Cpp finirà per applicarsi solo nei casi espressamente

¹⁴⁷ Il riferimento è all'art. 7 lett. *h-quinquies* del testo delle proposte di emendamenti della Commissione pubblicato in data 25.5.2021, e consultabile su www.giustizia.it; nonché in www.sistemapenale.it, 27.5.2021. Per un commento, v. M. Bargis, *Nuovi orizzonti per le impugnazioni penali nello schema di legge delega proposto dalla commissione ministeriale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 31.5.2021; v. anche G. Fiandaca, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.sistemapenale.it, 21.6.2021.

¹⁴⁸ V., se del caso, F.M. Damosso, *Rinnovazione e rinvio ai soli effetti civili*, cit., 2732 ss.

¹⁴⁹ Per il contenuto della relativa proposta, *ibid*.

previsti, e cioè solo in quanto appellante avverso il proscioglimento sia (perlomeno anche) il pubblico ministero, così debitamente osservando pure l'esigenza di tassatività dei poteri probatori d'ufficio¹⁵⁰. L'obbligo di rinnovazione in appello non potrà valere neppure in caso di amnistia intervenuta in pendenza del giudizio di seconde cure, giacché l'art. 603 co. 3-bis Cpp presuppone un precedente proscioglimento, mentre l'art. 578 co. 1 Cpp presuppone una precedente condanna. Ciò vale almeno nella generalità dei casi: l'unica possibilità che l'art. 603 co. 3-bis Cpp come interpretato dal diritto vivente operi ai soli effetti civili parrebbe risiedere nell'ipotesi di impugnazione anche agli effetti civili avverso una sentenza di proscioglimento pronunciato ex art. 131-bis Cp, con successiva estinzione del reato per amnistia in appello.

Ancora, sul versante probatorio bisogna promuovere una interpretazione sistematica dell'art. 622 Cpp alla luce dei nuovi commi 1-bis degli artt. 573 e 578 Cpp. Questi ultimi, che nella loro ultima parte prevedono l'obbligo – sempre nei limiti della pertinenza, si deve ritenere – in capo al giudice civile di valutare le prove acquisite durante il processo penale, impongono di applicare la medesima regola in sede di rinvio a seguito dell'annullamento ai soli effetti civili. L'alternativa appare in effetti irragionevole, non sussistendo tra le differenti fattispecie un differenziale idoneo a giustificare l'inapplicabilità dello stesso criterio.

In questi termini la disciplina dell'annullamento ai soli effetti civili dovrebbe rimanere conformata dalle novelle appena menzionate. E a sua volta appare destinata a conformare la disciplina delle relative novelle, nel senso che in ogni ipotesi di traslazione del giudizio dalla sede penale a quella civile andrebbero applicati i principi delle Sezioni unite Cremonini¹⁵¹: operatività delle regole sostanziali e processuali civili e negazione dell'accertamento incidentale del fatto sussumibile entro una determinata fattispecie criminosa; almeno fino all'eventuale superamento del precedente del massimo collegio. Ma a ben vedere, alla luce della sentenza costituzionale n. 182/2021 di cui s'è detto, un simile accertamento incidentale rimarrebbe comunque precluso.

Una disformità della giurisprudenza pregressa rispetto alla terminologia delle nuove disposizioni, piuttosto, si rinviene tra l'affermata natura autonoma del giudizio a seguito dell'annullamento ai soli effetti civili e la «prosecuzione» del giudizio ai sensi dei commi 1-bis degli artt. 573 e 578 Cpp. Il disallineamento è tuttavia solo apparente: nelle ipotesi descritte dalle normative di recente introduzione il giudizio «prosegue», è vero, ma solo perché si tratta di impugnazioni proposte nella sede penale e pure dichiarate ammissibili sulla base del relativo codice di procedura, epperò in seguito decise nella sede civile¹⁵²; una volta pervenute lì, come è stato detto, il giudizio è chiamato ad autonomizzarsi pur sempre nei termini stabiliti dalle Sezioni unite Cremonini, e resi necessari dalla presunzione d'innocenza garantita a livello europeo.

Una reale disformità della giurisprudenza pregressa rispetto a quanto recentemente riformato, invece, si deve evidenziare tra la facoltà di emendare la domanda civile a seguito del rinvio ex art. 622 Cpp e il disposto dell'art. 78 co. 1 lett. d Cpp. Qualora infatti dovesse affermarsi una lettura di quest'ultima disposizione nel senso della immodificabilità successiva della domanda attorea¹⁵³, non vi sarebbe ragione per negare la medesima immodificabilità a seguito di annullamento ai soli effetti civili¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Questa circostanza risulta consonante con il principio affermato in un recente arresto della C. eur. 15.6.2023, *Roccella c. Italia*, § 48 s., per cui la giurisprudenza convenzionale sull'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa in appello nell'ipotesi di c.d. *overturning* sfavorevole (sulla quale v. C. eur., 5.7.2011, *Dan c. Moldavia*; C. eur., 28.2.2017, *Manoli c. Moldavia*; C. eur., 29.6. 2017, *Lorefice c. Italia*; C. eur. 10.11.2020, *Dan c. Moldavia* 2) varrebbe limitatamente all'accertamento penale. Il diritto a un «processo equo» ex art. 6 Cedu, dunque, non implicherebbe l'osservanza della medesima regola istruttoria quando nel processo penale si discuta solo dei profili civilistici di responsabilità; ferma restando la legittimità – dall'angolo visuale del giudice di Strasburgo – di una giurisprudenza nazionale che determini un ampliamento delle tutele. Sulla pronunzia in parola cfr. altresì B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali*, cit., nt. 46, là dove segnala profili di contrasto fra la medesima e la precedente C. eur. 18.11.2021, cit., § 60.

¹⁵¹ Che le Sezioni unite abbiano delineato un «paradigma» in questi termini, lo rileva anche G. Todaro, *op. cit.*, 82.

¹⁵² Cfr., nel medesimo senso, M. Bontempelli, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali*, cit., 158 s.

¹⁵³ Questa la direzione che sembra intraprendere Cass. S.U. 21.9.2023 n. 38481, cit., (§ 2.5, in diritto).

¹⁵⁴ La questione è stata articolata *supra*, § 3.

Quanto all'ambito applicativo dell'art. 622 Cpp, si deve poi osservare che seppure non direttamente modificato in sede di riforma, per effetto di quest'ultima esso viene a mutare. In particolare, è destinato a restringersi in modo considerevole una volta giunte a pieno regime le discipline dell'impugnazione ai soli effetti civili, nonché della prescrizione sostanziale e processuale.

Anzitutto, cioè, nei processi in cui la costituzione del danneggiato dal reato sia avvenuta dopo il 30.12.2022¹⁵⁵, non potrà più accadere che nel giudizio d'appello o in quello di cassazione si discuta esclusivamente di profili civilistici di responsabilità. Come si è visto, l'impugnazione ex art. 573 Cpp prosegue dinanzi al giudice civile competente ai sensi del nuovo co. 1-bis. Ciò vuol dire che la suddetta impugnazione non potrà più innescare un *iter* giurisdizionale sfociante nella pronunzia ex art. 622 Cpp.

Quanto alla disciplina della prescrizione sostanziale e processuale, si è già detto che ex art. 161-bis Cp la prima non potrà più maturare in sede di appello o di cassazione. Quindi non potrà più permanere la sola questione civile in sede penale nonostante l'estinzione del reato, come oggi può ancora avvenire ai sensi dell'art. 578 co. 1 Cpp. Dunque, non potrà più avere luogo una pronunzia ex art. 622 Cpp a seguito di tale evenienza. In ipotesi di maturata prescrizione processuale ai sensi dell'art. 344-bis Cpp, poi, vale la nuova disposizione di cui all'art. 578 co. 1-bis Cpp, per la quale il giudizio eventualmente prosegue dinanzi al giudice civile. Nemmeno a seguito di tale circostanza, dunque, l'art. 622 Cpp potrà applicarsi.

Per un annullamento ai sensi di quest'ultima disposizione potrà rimanere spazio allorquando in sede penale permanga esclusivamente la questione civile a seguito di dichiarazione di estinzione del reato – nel giudizio di appello o di cassazione – per amnistia ex art. 578 co. 1 Cpp. Come si è già avuto modo di precisare, tale ipotesi, senz'altro non frequente¹⁵⁶, sarà l'unica per cui possa residuare la sola questione civile nel processo penale. Ferma restando l'applicabilità dell'art. 573 co. 1-bis Cpp se, intervenuta l'amnistia in appello ed emessa sentenza sulla pretesa riparatoria, si ricorra ai soli effetti civili.

Ancora, l'art. 622 Cpp potrà seguitare a operare quando abbia luogo una pronunzia rescindente della Cassazione ai soli effetti civili a valle di un ricorso presentato anche agli effetti penali, ove i capi penali non vengano annullati passando in giudicato. Si pensi al ricorso dell'imputato avverso la condanna penale – il quale, se accolto, farebbe annullare anche l'eventuale condanna civile –, e in subordine avverso la condanna civile limitatamente al *quantum debeatur*: il rinvio ai soli effetti civili potrebbe operare nel caso in cui la Cassazione rigetti il primo motivo e accolga quello formulato in via subordinata.

Come si comprende, il restringimento dell'ambito applicativo dell'istituto è necessariamente conseguente all'affermazione dell'accessorietà pressoché assoluta dell'azione civile, voluta con la riforma Cartabia. Che toccando disciplina delle pretese risarcitorie e restitutorie e regime della prescrizione sostanziale e processuale complessivamente restituisce un ingranaggio coerente, non solo internamente ma pure rispetto alla già ricordata opzione di fondo – logica e assiologica insieme – del codice del 1988, per cui «la materia degli interessi civili» risulta «tutto sommato estranea al processo penale vero e proprio»¹⁵⁷. Rispetto al principale obiettivo della stessa riforma, poi, non pare davvero trattarsi di efficienza (meglio: speditezza) “a ogni costo”, ma di soluzioni ragionevoli in quanto, oltretutto coerenti, complessivamente appropriate e assicuranti un adeguato *standard* di tutela alle parti coinvolte.

È vero: disincentivare a monte l'ingresso del danneggiato nella sede penale, o comunque da quest'ultima farlo dipartire ex artt. 573 co. 1-bis e 578 co. 1-bis Cpp, potrebbe al contempo aggravare

¹⁵⁵ Alla luce della decisione di Cass. S.U. 21.9.2023 n. 38481, cit., di cui si è detto *supra*, § 3.

¹⁵⁶ Sulle ragioni di un'amnistia per la gestione dell'arretrato all'uscita della pandemia da Covid-19, v. peraltro i suggerimenti di M. Gialuz, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la “riforma Cartabia”*, in DPP 2023, 362 s.

¹⁵⁷ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U., n. 250 del 24 ottobre 1988 - s. gen., suppl. ord. n. 2, 130.

ulteriormente il processo civile. Il quale è nondimeno la sede naturale per decidere sulle domande risarcitorie o restitutorie; ed è la sede in cui possono avere più facilmente luogo meccanismi di soluzione della controversia alternativi a quello contenzioso (artt. 2 e 5 commi 1 e 3 d.lgs. 4.3.2010, n. 28), almeno sulla carta¹⁵⁸. Senza considerare – stavolta nello stesso circuito penale – le possibilità della c.d. giustizia riparativa, deputata anche alla sistemazione degli interessi civili, ove si giunga a un «esito riparativo... materiale» (art. 56 co. 1 d.lgs. n. 150/2022) avente per oggetto il risarcimento o le restituzioni (art. 56 co. 3 d.lgs. cit.). Va da sé che eventualmente ottenuto il risarcimento del danno in quella sede, in qualunque altra sede, civile o penale, l'esercizio dell'azione civile risulterà successivamente precluso, non potendo il danneggiato ottenere più del necessario per il ristoro del pregiudizio sofferto; *idem* com'è ovvio per quanto concerne l'avvenuta restituzione in sede conciliativa, ché non vi sarebbe più ragione di chiedere indietro un bene già recuperato¹⁵⁹. Orizzonte massimamente auspicabile, pure nella misura in cui minimizzerebbe il sovraccarico del giudice civile di cui si è detto. Quello della giustizia riparativa è però un terreno la cui fertilità rimane tutta da verificare.

¹⁵⁸ A tale ultimo riguardo, l'art. 42 co. 1 d.lgs. 10.10.2022 n. 149 dispone che decorsi cinque anni da quest'ultimo il Ministero della Giustizia, alla luce delle risultanze statistiche, verifica l'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità dell'azione civile. Il riferimento è alle ipotesi di mediazione obbligatoria ex art. 5 co. 1 d.lgs. 4.3.2010 n. 28.

¹⁵⁹ Fermo restando che quando si tratti di restituzione in senso stretto, per esempio della cosa oggetto di furto, la restituzione costituisce risarcimento in forma specifica, attuandosi una rimozione diretta del pregiudizio sofferto. Questo peraltro non implica la necessaria insussistenza di danni ulteriori da liquidarsi a titolo di risarcimento per equivalente, come possono essere quelli derivanti dal non uso della cosa a seguito della sottrazione e dell'impossessamento altrui.

NOTE BREVI SULLA ‘QUESTIONE AMBIENTALE’. UNA LETTURA EVOLUTIVA DELLE ESIGENZE E DEI LIVELLI DELLA TUTELA

di Giovannangelo De Francesco

Privilegiando una visione dell’ambiente ispirata ai programmi più evoluti dell’Unione Europea e alla recente riforma costituzionale, lo scritto si propone di ricondurre l’ecosistema ad un piano di rilevanza più intenso e penetrante, ossia volto ad impedirne la decrescita qualitativa prima ancora che a prevenire un esito concreto di inquinamento. In questa prospettiva, l’analisi si concentra sul significato dei c.d. ‘limiti soglia’ e della relativa violazione, operando una netta distinzione tra il livello proprio di quest’ultima e i coefficienti d’imputazione collegati al verificarsi di effetti nocivi. Segue l’analisi della soluzione da adottare – in particolare, nell’ottica della colpa - laddove al rispetto dei limiti stabiliti vengano tuttavia ad accompagnarsi sviluppi indesiderati. A tale riguardo, ci si sofferma sulla dimensione dialogica e ‘comunicativa’ del rapporto fra operatori ed agenzie di controllo, anche alla luce del ruolo crescente degli enti collettivi nell’attuale panorama giuridico-penale.

Favouring a vision of the environment inspired by the most evolved programmes of the European Union and the recent constitutional reform, the paper proposes to bring the ecosystem back to a more intense and penetrating level of relevance, i.e. aimed at preventing its qualitative decline even before preventing a concrete outcome of pollution. In this perspective, the analysis focuses on the meaning of the so-called ‘threshold limits’ and the relative violation, making a clear distinction between the level proper to the latter and the imputation coefficients linked to the occurrence of harmful effects. This is followed by an analysis of the solution to be adopted - in particular, from the point of view of culpability - when compliance with the established limits is nevertheless accompanied by undesirable developments. In this regard, we dwell on the dialogical and ‘communicative’ dimension of the relationship between operators and control agencies, also in light of the growing role of collective bodies in the current legal-criminal landscape.

SOMMARIO: 1. L’ambiente e la sua autonoma rilevanza. L’interesse delle generazioni future. – 2. L’idea della ‘precauzione’: cenni e rinvio. Il significato della riforma costituzionale. – 3. Incertezza scientifica e logiche della paura. Una lettura della qualità dell’ambiente e dei limiti-soglia quali parametri distinti dal rapporto con eventi dannosi. – 4. Corollari sistematici sui diversi livelli della responsabilità. – 5. L’inquinamento ambientale e la sua imputazione. – 6. Il ruolo degli elementi di contesto e dei richiami alla ‘significatività’ ed ‘abusività’. – 7. Rispetto dei limiti-soglia e conseguenze nocive; il significato euristico di un giudizio di colpa ‘proceduralizzato’. Ambiente ed enti collettivi. – 8. Chiosa finale: la questione ambientale come universo multidisciplinare.

1. L’essere umano entra in relazione con diverse ‘entità’ o grandezze destinate ad interagire con la sua esistenza e con i suoi comportamenti. Si pensi al rapporto con l’Altro inteso come singolo individuo, a quello con soggetti di natura collettiva, a quello con la comunità nel suo complesso, a quello con lo Stato in guisa di soggetto dotato di poteri pubblicistici, a quello, infine – e per l’appunto – con l’ambiente.

Ebbene, la relazione con l’ambiente presenta alcune caratteristiche peculiari, che esigono di venire sottoposte ad un’analisi più approfondita. L’ambiente rappresenta la misura della qualità della vita, e postula, pertanto, la necessità di far sì che le condotte umane si mantengano in un rapporto di costante equilibrio con l’esigenza di preservarla e possibilmente di migliorarla. Alla luce di tale premessa, la tendenza a ricondurre l’ambiente alla fisionomia di altri ‘beni giuridici’ – e al di là del problema se il

primo debba rivestire una dimensione ‘ecocentrica’ ovvero ‘antropocentrica’¹ – corre il rischio di trascurarne le sostanziali differenze. Quella tendenza non tiene conto, per vero, che i beni diversi dall’ambiente evocano un carattere ‘discontinuo’, per così dire, delle forme di aggressione all’interesse che ne è alla base: così, ad es., la vita, l’incolumità, l’onore, la libertà, i beni ‘economici’, la sicurezza dello Stato – per limitarsi alle ipotesi più significative ed emblematiche – restano ‘silenti’ nel loro spessore valutativo finché non venga intrapresa un’azione (o, correlativamente, un’omissione, in guisa di mancanza di una condotta volta ad impedirne un analogo pregiudizio) suscettibile di danneggiarli o porli in pericolo. Se così è, non è difficile accorgersi, allora, come, rispetto all’ambiente, un approccio del genere non possa offrire una chiave di lettura in grado di illuminare la portata del fenomeno. L’ambiente circonda costantemente, ed in ogni luogo, qualsiasi momento dell’esistenza, e il senso del suo riconoscimento si coglie nel far sì che una siffatta ‘condizione esistenziale’ non risulti intaccata. Ad esso viene immediatamente ad associarsi, di conseguenza, l’idea di un ‘dovere’ continuo di preservarlo. Decisivo si rivela, a tale proposito, il richiamo – oggi costituzionalmente sancito² – all’ ‘interesse delle generazioni future’³. E’ stato ben detto⁴ che il senso della tutela non può che ritenersi ‘ontologicamente’ collegato a tale proiezione finalistica: il carattere tipicamente ‘perdurante’ dell’esigenza della salvaguardia ambientale evoca, in effetti, “una indefettibile dimensione intergenerazionale, che impone innegabilmente, se non altro per ragioni di effettività, di progettare” le scelte in materia oltre i confini del presente, sembrando assurda, d’altronde, già la sola ipotesi di arrivare a circoscriverne, sia pure approssimativamente, il limite di

¹ In merito a tali interrogativi cfr., tra gli altri, G. Azzali, *La tutela penale dell’ambiente*, Padova 2001, 7 ss.; C. Bernasconi, *Il reato ambientale*, Pisa 2008, 15 ss.; M. Catenacci, *La tutela penale dell’ambiente*, Padova 1996, 38 ss.; M. Caterini, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell’ambiente*, Napoli 2017, 32 ss.; F. Giunta, *Il diritto penale dell’ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *RIDPP* 1997, 1108 ss., 1119; E. Lo Monte, *Diritto penale e tutela dell’ambiente*, Milano 2004, 299 ss.; M. Pierdonati, *La confisca nel sistema dei delitti contro l’ambiente*, Milano 2020, 18 ss.; G. Rotolo, *‘Riconoscibilità’ del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, Torino 2018, 146 ss.; C. Ruga Riva, in *Reati contro l’ambiente e il territorio*, a cura di M. Pelissero, Torino 2019, 9 ss.; L. Siracusa, *La tutela penale dell’ambiente*, Milano 2007, 30 ss.

² Sulle scaturigini e sui contenuti della riforma costituzionale cfr., in vario senso, L. Cassetti, *Riformare l’art. 41 della Costituzione: alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *federalismi.it*, 2022 (4), 188 ss.; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021 (3), 285 ss.; A. Cincotta, *Note minime in occasione di alcune recenti riforme. L’integrazione dell’art. 9 Cost., una riforma davvero necessaria? La tutela penale del patrimonio culturale come materia codicistica “riservata”*, in www.sistemapenale.it, 26.5.2023; G. Rotolo, *Beni comuni come beni giuridici: una prospettiva critica*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13.2.2023; C. Ruga Riva, *L’ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino 2022, 185 ss.; L. Siracusa, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 6.6.2023.

³ Promotore dell’esigenza in questione è, come noto, il filosofo tedesco Hans Jonas; ci piace qui menzionare, per il confronto dialettico con altri studiosi, il volume *Sull’orlo dell’abisso*, Torino 2000. E’ il caso di osservare come, attorno ad una simile tematica, e più in generale al problema del contributo umano al decadimento ambientale, si siano andate sviluppando col tempo alcune controversie, non sempre ispirate, per la verità, da atteggiamenti del tutto ‘disinteressati’. Ne ricordiamo due. Si è detto che le future generazioni potrebbero mostrarsi indifferenti e perfino contrarie ad un programma attuale in chiave ‘ambientalista’: con ciò trascurando, tuttavia, la circostanza che, data la difficoltà di rimuovere situazioni di degrado ambientale divenute particolarmente gravi e consistenti, si finirebbe (ove si rinunciassero a tale programma) col precludere già in partenza ai futuri abitanti della Terra la possibilità di beneficiare, ove lo desiderino, di una condizione esistenziale ‘ecologicamente’ appagante. V’è poi chi osserva come il nostro pianeta sia andato già incontro a mutamenti climatici, talora imponenti, a prescindere dall’azione dell’uomo; ma appare evidente che, una volta ammesso che quest’ultima possa contribuire all’alterazione del clima – come pure, per altro verso, a limitarne la portata, laddove essa sia imputabile a fenomeni ‘naturali’ – la rinuncia ad impegnarsi a favore della qualità degli ecosistemi non possa non rivelarsi del tutto ingiustificata (sull’argomento cfr. le perspicue riflessioni di N. Tocci, *Fuori dal tunnel*, Milano 2023, 12, 27 s., 89 e *passim*).

⁴ Cfr. M. Cecchetti, *La revisione*, cit., 310.

durata (salvo che non si arrivi ad ipotizzare, come si è argutamente osservato, una relazione temporale con la presumibile durata dei governi).

2. In questa prospettiva, anche i problemi collegati – e i dibattiti dedicati – al ruolo che dovrebbe rivestire in materia il c.d. ‘principio di precauzione’⁵ sembrerebbero esigere, avendo riguardo all’ambiente, una più accorta tematizzazione. In verità, l’idea sottesa ad un simile paradigma, generalmente riferito a contesti d’incertezza scientifica (sulla cui rilevanza dovremo tornare), dovrebbe assumere, nella prospettiva ambientale, un significato ineludibile già nel momento di definire l’oggetto della tutela. Se è vero che la qualità della vita non ammette ‘soluzioni di continuità’ – e richiama inoltre l’obiettivo di garantire anche il benessere delle future generazioni – è difficile pensare che i fattori di salvaguardia ambientale non debbano attingere uno spessore ed una consistenza particolarmente significativi. Ed anzi, anticipando quanto si dirà tra breve, se di precauzione si voglia parlare, essa dovrebbe, più propriamente, essere riferita, non già ad una valutazione connessa (sia pure in forma vieppiù anticipata) all’impedimento di possibili ‘danni’ agli ecosistemi, quanto piuttosto ad accorgimenti volti ad assicurare, in via prioritaria, la permanenza di un *habitat* naturale il migliore possibile, sia per quanto esso è già in grado di offrire, sia dal punto di vista delle ‘tecniche’ più adeguate a valorizzarne e rivitalizzarne i contesti (né si dimentichi, sia pur detto *en passant*, che grandi antropologi hanno da tempo mostrato le interferenze dialettiche tra natura e cultura, come pure tra natura e ‘tecnica’⁶, a dimostrazione del fatto che quanto andiamo affermando non coincide con una visione ‘mitica’ dell’ambiente come entità primordiale, alla quale debba rimanere estranea la stessa opera dell’uomo, quand’anche appaia utile a ricostituirne gli equilibri). L’attenzione rivolta all’ambiente si rivela ben diversa, da questo punto di vista, da quella sorta di ‘ecoansia’ o di logica della paura collegata alla prospettazione di esiti catastrofici⁷ e foriera di un’angoscia sul ‘che fare’ in bilico tra fatalismo ed attivismo sovrumano. Se è pur vero che l’attuale situazione climatica non giustifica facili ottimismo, l’unica strada è quella di perseguire con rigore un programma che, senza poter garantire effetti ‘miracolosi’ (e senza poter escludere in maniera

⁵ Su tale principio, cfr., *ex multis*, D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma 2012; F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione*, Torino 2013; E. Corni, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, Torino 2013; F. D’Alessandro, voce *Precauzione (principio di)*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, dir. da M. Donini, Milano 2021, 975 ss.; G. Forti, *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli 2007, 573 ss.; Id., *“Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia* 2006, 155 ss.; F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia* 2006, 227 ss.; M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli 2012; D. Notaro, *Scienza, rischio e precauzione. L’accertamento del nesso causale colposo all’interno di dinamiche “incerte” e “complesse”: spunti critici dal processo per il terremoto dell’Aquila*, in *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell’Unione Europea e in ambito penale*, a cura di M. Gestri, Milano 2016, 241 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale dell’ambiente*, Torino 2021, 38 ss.; Id., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano 2006, 1743 ss. V. anche il III Panel dedicato a *Principio di precauzione e colpevolezza*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”*, a cura di G.A. De Francesco – G. Morgante, Torino 2017, 157 ss.

⁶ Si veda in proposito il quadro tratteggiato da M. Iofrida, *Forma e materia*, Pisa 1988, 141 ss. Quanto al rapporto con la tecnica, senza pretendere in alcun modo di confrontarsi con l’immensa produzione scientifica sull’argomento, interessa qui rimarcare come l’attitudine – frutto di un lungo processo di incivilimento – ad instaurare una relazione non meramente strumentale con le componenti extraumane del nostro mondo dovrebbe condurre a far propria l’esigenza di dare ascolto in qualsiasi momento al “senso sotteso allo stesso impiego tecnico delle cose” (così, con particolare incisività, U. Galimberti, *Invito al pensiero di Martin Heidegger*, Milano 1989, 107).

⁷ Il che non significa che questi non possano verificarsi (sul tema, con ampie visioni prospettiche, cfr. le note opere di U. Beck, tra le quali il dialogo su *Libertà o capitalismo?*, Roma 2001, e, con distinti sviluppi, di C.R. Sunstein, *Il diritto della paura*, Bologna 2010); significa invece che il compito del diritto non può che limitarsi all’elaborazione di regole in funzione di una cura appropriata di determinate sfere di interessi, pur nella consapevolezza del carattere relativistico e inevitabilmente provvisorio dei risultati ottenibili mediante il ricorso ad un simile strumento.

definitiva ulteriori eventi dannosi), venga piuttosto ad atteggiarsi come una forma di ‘cura’ permanente della ‘salute ambientale’ dell’ecosistema: e da questo punto di vista, la fissazione di *standard* di tutela particolarmente elevati, prima ancora di fungere da baluardo contro il verificarsi di conseguenze allarmanti, parrebbe suggerita da una ‘cultura’ dell’ambiente tale da esaltarne il carattere ‘immanente’ in qualsiasi orizzonte di programmazione e di estrinsecazione quotidiana del vivere e dell’operare.

Di grandissimo rilievo appare, a tale riguardo, anche il recente inserimento in Costituzione di alcune proposizioni dedicate all’ambiente, con le quali si è provveduto ad ampliare il tenore precettivo dell’art. 41: non soltanto, in particolare, quella del secondo comma, dove si stabilisce che la libertà d’iniziativa economica non possa mai risolversi in un pregiudizio all’ambiente, ma anche, e soprattutto, quella del terzo comma, che sottolinea la necessità di coltivare programmi – e di espletare controlli - volti a far sì che l’attività economica possa essere coordinata e indirizzata “*ai fini ambientali*”. Alla base di una simile statuizione è dato invero ravvisare due esigenze fondamentali: da un lato, quella di far sì che gli investimenti sul piano economico vengano ad estendersi anche a quelli rivolti al miglioramento delle condizioni generali dell’ambiente (si pensi alle strategie rivolte ad incentivare le tecniche di impiego dell’ ‘energia pulita’ od ai procedimenti di ‘rigenerazione’ degli ecosistemi⁸), dall’altro quella di approntare meccanismi aggiornati di verifica, di controllo, di monitoraggio circa la compatibilità dell’attività esercitata con la salvaguardia dei contesti ambientali su cui essa è destinata ad incidere. La proiezione ‘intergenerazionale’ richiamata dall’art. 9 Cost. viene dunque a trovare un puntuale riscontro – sotto forma di un impegno ‘strumentale’ alla sua concreta efficacia - nella prescrizione di un dovere d’intervento riferito soprattutto a quelle attività (di carattere economico, per l’appunto) maggiormente segnate da un ‘rapporto di tensione’ e di potenziale conflitto tra le logiche della produzione e dello sviluppo industriale e la necessità di garantire un assetto duraturo degli equilibri ambientali.

3. Dopo simili chiarimenti, è opportuno tuttavia riesaminare, sviluppando la tematica dianzi accennata, il significato di quel paradigma di ‘incertezza scientifica’ che domina da tempo le riflessioni in materia.

In effetti, sarebbe difficile negare come l’ambiente risulti impregnato, intriso, permeato da una situazione d’incertezza: come dimostra la ben nota circostanza che gli sviluppi delle acquisizioni scientifiche e delle indagini a livello sperimentale conducono a ‘variare’ di continuo l’apprezzamento della natura e delle ‘proprietà’ dei fenomeni e delle componenti della biosfera, anche nell’ottica dei loro rapporti di reciproca interazione. Simile incertezza lascia tuttavia emergere la possibilità di valutare diversamente le possibili alternative che vi sono sottese: mentre in un’ottica meramente ‘transattiva’ o di ‘compromesso’ tra gli interessi economici e quelli ambientali, le decisioni verranno a tradursi in un parziale ‘sacrificio’ (talora consistente) della rilevanza di questi ultimi, in una prospettiva più decisamente orientata in chiave ‘ecologica’, l’incertezza verrà tendenzialmente a sfociare nella fissazione di limiti all’attività economica ben più stringenti e rigorosi, in guisa da accentuare una logica di rispetto della qualità degli ecosistemi, in linea con quel modello di ‘neutralità climatica’ che trova oggi un’ esplicita consacrazione nei programmi dell’ Unione Europea⁹.

⁸ V. in proposito le considerazioni di N. Tocci, *Fuori dal tunnel*, cit., 23 ss, 35 s., 111 ss., 166.

⁹ Al riguardo cfr. ancora N. Tocci, *Fuori dal tunnel*, cit., 165 ss. Sui problemi della transizione ecologica cfr. l’importante opera di J. Rifkin, *Green New Deal*, Milano 2021, come pure G. Cordini (a cura di), *L’ Europa e l’ambiente*, Napoli 2021. Di grande interesse anche l’esame condotto da B. Onofrj, *Proposta per una direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale: nuove frontiere nella lotta ai crimini ambientali in Europa*, in www.sistemapenale.it, 5.7.2022.

Da tale angolo visuale, uno sguardo più attento merita allora di essere rivolto alla tematica dei c.d. ‘limiti-soglia’¹⁰, che, come ben si sa, si pone da tempo al centro delle soluzioni normative – e delle tendenze dottrinali e giurisprudenziali – nel nostro settore disciplinare.

A tale proposito, ci preme sin d’ora sottolineare che il nostro discorso, pur tenendo conto della normativa esistente, mirerà a privilegiare gli scenari collegati al *trend* evolutivo suggerito dalle recenti riforme costituzionali, come pure dal manifestarsi delle suddette tendenze a livello europeo verso un programma di più accentuata protezione e valorizzazione della qualità dell’ambiente.

Ragionando in questi termini, è allora opportuno riallacciarsi allo spunto evocato in apertura: sottolineando, cioè, più in particolare, come il significato di tali soglie venga - o dovrebbe - comunque attingere il ruolo di una garanzia volta ad impedire che la qualità dell’ambiente possa venire svilita o ‘minorata’ rispetto ad un livello complessivo da ritenersi ‘ecologicamente’ adeguato. Ne deriva che il frequente richiamo all’idea di un bilanciamento e di un ‘contemperamento’ tra le esigenze in campo¹¹, pur alludendo allo schema valutativo alla base di tali soglie, parrebbe tuttavia meritevole, ancora una volta, di essere opportunamente ridimensionato: nonostante si tratti di attività economiche in potenziale tensione con le esigenze ambientali, sembrerebbe, invero, di poter dire che tale circostanza non dovrebbe essere di ostacolo ad un programma volto a far sì che i limiti stabiliti lascino emergere un più consistente ‘abbattimento’ dei fattori contrastanti con la qualità degli ecosistemi.

4. La crescente importanza del ruolo attribuito all’ambiente – e nello specifico, la predetta fisionomia dei limiti-soglia che ne rappresenta il corollario – non dovrebbe, tuttavia, suonare come un motivo di allarme per quanti nutrono da tempo il timore che il perseguimento di scelte ispirate a logiche ‘ipercautelative’ eccentriche rispetto al piano dell’offesa possa vanificare le garanzie fondamentali alla base dell’intervento penale¹².

A questo riguardo, occorre muovere da un chiarimento preliminare. Se è vero, in particolare, che il profilo ‘finalistico’ dei suddetti valori-soglia consiste nell’obiettivo di garantire la persistenza della qualità delle condizioni ambientali (ed anzi, se possibile, di migliorarle, come già suggerisce, sia pure in un’ottica generale, lo stesso Testo Unico del 2006), non sembra propriamente delinearsi un nesso funzionale di siffatti limiti con il possibile verificarsi – come normalmente si afferma – di ‘eventi nocivi’. L’equivoco, a ben guardare, dipende essenzialmente dal fatto che, ragionando in termini di ‘precauzione’, si tende per lo più a confondere la prospettiva del rispetto della qualità della vita cui mirano le condizioni ambientali con quella di un pericolo o di un rischio rispetto ad un possibile nocumento (alla salute o) agli ecosistemi. A tale proposito, sintomatico di simili difficoltà appare il frequente ricorso alla categoria del c.d. ‘rischio consentito’¹³. Invero, tale formula induce subito a

¹⁰ In argomento cfr. le panoramiche offerte da F. Stella, *Giustizia e modernità*, Milano 2003, 556 ss.; come pure da F. D’Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, Milano 2012; D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino 2007; E. Penco, *Limiti-soglia e responsabilità colposa*, in RIDPP 2019, 195 ss. In tempi meno recenti cfr. G. Fiandaca – G. Tessitore, *Diritto penale e tutela dell’ambiente*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano 1984, 38 ss., 56 ss.; G. Schiesaro, *Il reato ambientale: verso una più adeguata tecnica di tutela penale dell’ambiente*, in *La riforma del diritto penale*, a cura di L. Pepino, Milano 1993, 468 ss. E’ appena il caso di segnalare come ulteriori riflessioni in proposito figurino in numerosi scritti degli Autori richiamati nelle note 1 e 5.

¹¹ Tale diffuso riconoscimento giustifica l’omissione di puntuali riferimenti alla letteratura in materia.

¹² Sotto molteplici angolazioni (non di rado riferite anche ai temi della causalità e/o della colpa) cfr., *ex pluribus*, D. Castronuovo, *Principio di precauzione*, cit., 39 ss., 49 ss., e *passim*; F. D’Alessandro, *Pericolo astratto*, cit., 265 ss. e *passim*; F. Giunta, *Il diritto penale*, cit., 240 ss.; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano 2004, 511 ss.; F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 528 ss., 558 ss. Più possibiliste, sia pure con determinate avvertenze, le posizioni di C. Bernasconi, *Il difficile equilibrio tra legalità e offensività nella tutela penale dell’ambiente*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.* 2003, 101 ss.; A. Gargani, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell’ambiente*, in www.disCrimen.it, 11.2.2020, 5 ss.; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, 340 ss., 627 ss., 669 ss.; E. Penco, *Limiti-soglia*, cit., 209 ss.; L. Siracusa, *La tutela penale*, cit., 416 ss.

¹³ Tale categoria, non senza alcuni distinguo, è evocata, ad es., da F. Consulich, voce *Rischio consentito*, in *ED – I tematici*, II, cit., 1112 ss.; M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell’evento (diritto penale)*, in *ED, Annali III*, Milano

domandarsi: rischio rispetto a che cosa? Ebbene, muovendo dal presupposto che l'evento temuto si presenti sotto forma di un inquinamento, ci si dovrebbe allora misurare con il rilievo che lo stesso Testo Unico sopra ricordato configuri quest'ultimo come potenzialità di un nocumento all'ambiente; con la conseguenza che l'idea di un intervento in via 'cautelativa' rispetto ad un fenomeno *a sua volta* concepito in termini potenziali finirebbe con l'evocare un coefficiente di 'rischio' sprovvisto di una sufficiente base prognostica, e tale, pertanto, da rendere problematica anche l'eventuale pretesa di qualificarlo come permesso o 'consentito'.

Di fronte a simili difficoltà, si può ben comprendere, allora, come il finalismo intrinseco e la portata sul piano deontologico dianzi attribuiti ai parametri-soglia inducano a valutare in termini più plausibili e sistematicamente convincenti il problema relativo alla responsabilità conseguente alla loro violazione.

Non è questa la sede per svolgere un esame approfondito circa l'annosa questione se tali violazioni meritino una risposta penale o non, piuttosto, in misura maggiore di quanto oggi non accada, una sanzione di tipo amministrativo¹⁴: una questione, per vero, che appare tuttora in bilico tra la particolare rilevanza dell'interesse protetto e una concezione dell'offensività dell'illecito (penale) tesa ad accentuare un criterio di *extrema ratio* particolarmente intenso e penetrante.

Ciò che preme sottolineare è, soprattutto, la circostanza che, alla luce delle indicazioni che precedono, la direzione della tutela sembra proiettare sulla violazione (in quanto tale) dei predetti valori soglia un significato apprezzabile in una dimensione sostanzialmente autonoma; un significato, in particolare, che al di là delle qualificazioni formali, spinge a declinarne la portata sul piano di un addebito tale da riecheggiare la fisionomia di un disvalore di tipo omissivo: quella consistente, cioè, nell'aver disatteso il compito di provvedere affinché l'ambiente – prima ancora di venire 'offeso' o posto in pericolo - non venga a subire una 'decrescita' di valore (si pensi soltanto ai pur non eclatanti fenomeni di degrado urbano o relativo alla fruizione e al godimento di 'siti naturali', anche se non specificamente protetti) rispetto ad un livello da ritenersi ecologicamente appropriato. La prospettiva di un eventuale esito di vero e proprio 'inquinamento' pare allora delinearsi, da questo punto di vista, come una questione meritevole di essere affrontata in un secondo momento, in modo da impedire che i problemi di responsabilità connessi a tale sviluppo ulteriore vadano a sovrapporsi a quelli concernenti il primo stadio delle valutazioni normative.

5. Certo: come la dottrina ha avuto modo di sottolineare¹⁵, “non è agevole misurare l'apporto delle singole emissioni sullo stato della biosfera, poiché esso dipende da moltissimi fattori, la cui interazione” con la condotta si sottrae a valutazioni del tutto attendibili; né si è mancato di segnalare come, in una situazione di incertezza scientifica, le prescrizioni adottate potrebbero alla fine rivelarsi meno idonee rispetto ad altre possibili indicazioni rispetto alla finalità di evitare pregiudizi all'interesse protetto¹⁶. Significativa al riguardo è anche l'avvertenza secondo la quale la fissazione di

2010, 653; A. Gargani, *Jus in latenti*, cit., 4 ss.; E. Penco, *Limiti-soglia*, cit., 230 ss.; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018, 365.

¹⁴ Riflessioni e spunti al riguardo in C. Bernasconi, *Il reato ambientale*, cit., 73 s. 244 s.; E. Lo Monte, *Diritto penale*, cit., 414 ss., 459 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale*, cit., 19 ss.; L. Siracusa, *La tutela penale*, cit., 418 ss., con richiami anche alla dottrina straniera. Si soffermano sulla dimensione 'scalare' degli illeciti ambientali anche penali, in vario senso, F. Consulich, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27.7.2018; A. Gargani, *Jus in latenti*, cit., 6 ss.; E. Mazzanti, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25.6.2019, 10 ss.; M. Poggi D'Angelo, *L'offesa scalare all'ambiente: contravvenzioni, eco-delitti, ecocidio. Spunti comparatistici con il nuovo reato di mise en danger ambientale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.3.2023, 7 ss.

¹⁵ Cfr. C. Ruga Riva, *Diritto penale*, cit., 18.

¹⁶ V., ad es., F. Consorte, *La disciplina in materia di microrganismi e organismi geneticamente modificati nella prospettiva penalistica*, in *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, a cura di L. Foffani – A. Doval Pais – D. Castronuovo, coord. C. Pongiluppi, Milano 2014, 580 s.

limiti alle emissioni verrebbe a corrispondere, al di là delle apparenze, ad un valore di riferimento postulato secondo un parametro essenzialmente ‘convenzionale’¹⁷.

Deve osservarsi, nondimeno, come simili rilievi, per quanto dettati da un’indubbia sensibilità verso le tecniche di tutela in materia ambientale, esigano, a loro volta, di essere più attentamente meditati. Nessuno intende negare, in effetti, che, di fronte a situazioni di persistente incertezza, la scelta finale adottata finisca col ‘comprimere’ in uno schema prefissato dei fenomeni esposti a possibili variazioni. Ciò non impedisce, tuttavia, di cogliere in simili scelte un obiettivo di chiara impronta sostanziale, sia pur perseguito (né potrebbe essere diversamente) mediante un vincolo normativo funzionale al suo soddisfacimento: e ciò, malgrado tale obiettivo non si diriga propriamente a scongiurare un esito di inquinamento, quanto piuttosto, come si diceva, ad inibire e ‘paralizzare’ un decremento del livello qualitativo delle condizioni ambientali.

Ove quanto detto possa ritenersi fondato, sembrerebbe allora confermato il motivo per il quale i suddetti valori soglia non dovrebbero poter incidere direttamente sulla definizione della responsabilità per un eventuale inquinamento. Se il percorso da compiere, in questa dimensione ulteriore, è destinato a mutare, è infatti evidente come tutti i problemi connessi a tale cambiamento – dalla causalità, alla colpa (ed, ovviamente, allo stesso dolo, per lo più eventuale) – dovranno venire discussi e tematizzati nell’alveo di un approccio sul piano ermeneutico (come pure a livello probatorio) congeniale al differente quadro prospettico che un simile mutamento induce appunto a configurare. Non si tratta, insomma, di alzare il tiro contro una (temuta) logica ‘precauzionale’ anche a causa del sua possibile influenza sull’attribuzione (generalmente, per colpa) di esiti offensivi ulteriori; si tratta invece di fare proprio il postulato in base al quale la stessa *struttura* (e dimensione assiologica) del quadro di riferimento viene a denotare, in questa materia, la presenza di un duplice campo di indagine con cui confrontarsi, risultandone in tal modo garantita, fin da principio, l’autonomia dei rispettivi ambiti di valutazione.

Se così è, sembra dunque dissolversi il timore che i limiti-soglia arrivino a condizionare – non solo la presenza di un nesso causale rispetto all’ evento-inquinamento – ma anche la verifica circa l’esistenza della colpa riguardo a quest’ultimo¹⁸. Ma è bene insistere sul fatto che, proprio per evitare che da premesse inadeguate possano derivare risultati contraddittori, decisamente preferibile si rivela la scelta di impostare il problema secondo la prospettiva più radicale che si è cercato finora di tratteggiare: riconoscendo, cioè, che, una volta che i predetti limiti risultino superati, e una volta che si neghi, tuttavia, che tale violazione sottenda di per se stessa un fenomeno di ‘inquinamento’, sarebbe del tutto incongruo, laddove esso si verifici, collegare lo spettro teleologico di una simile inosservanza al piano dell’imputazione (oggettiva e) soggettiva del risultato ulteriore.

6. E’ un problema, quest’ultimo – è il caso adesso di precisarlo – da affrontare allargando l’orizzonte dell’indagine verso un giudizio relativo al particolare modo di atteggiarsi degli ‘elementi di contesto’, per così dire, dell’attività concretamente esplicata: nel senso che proprio dalla specifica conformazione di simili circostanze potrà dipendere l’eventualità che il superamento dei limiti stabiliti lasci emergere l’esistenza di un rapporto di connessione con l’ esito ulteriore dell’ inquinamento. Da tale punto di vista, se non si può escludere la sussistenza di una colpa, essa andrà dunque desunta, in linea con le premesse, dalla concreta – e personalmente imputabile - possibilità di rappresentarsi i fattori che hanno appunto contribuito all’avverarsi del risultato in questione.

In particolare, una volta esclusa, per i motivi poc’anzi illustrati, la traducibilità della violazione delle ‘soglie’ in quanto tali in un parametro di ‘colpa specifica’, dovrebbe, semmai, essere valorizzato un giudizio in termini di colpa generica. Con l’avvertenza, peraltro, che la stima relativa a quest’ultima – proprio a causa delle incertezze più volte accennate – mal si presta ad essere operata sulla base di

¹⁷ Cfr. A. Gargani, *Jus in latenti*, 2.

¹⁸ V. in proposito le avvertenze di D. Castronuovo, *Principio*, cit., 61 ss.; F. D’ Alessandro, *Pericolo astratto*, cit., 283 ss.; E. Penco, *Limiti-soglia*, cit., 213 ss., 224 ss.

una verifica condotta *illico et immediate*: quei contesti sono invero mutevoli, variabili, esposti all'influenza di 'agenti' sovente casuali e comunque non facilmente ponderabili; per non dire¹⁹ dei possibili effetti 'cumulativi' di ulteriori immissioni ad opera di altri soggetti esercenti l'attività, che sarebbe francamente discutibile chiamare a comporre il quadro valutativo e 'rappresentativo' del soggetto da giudicare.

L'intervento della normativa del 2015 sugli eco-delitti²⁰, a parte non pochi aspetti notevolmente problematici, sembra, nondimeno, lasciar emergere degli spazi di riflessione atti a lumeggiare ulteriormente il problema. Il pensiero corre, in primo luogo, al richiamo (certo, parzialmente indeterminato, ma nondimeno dotato di un forte potenziale 'espressivo'²¹) al carattere 'significativo' dell'inquinamento: una circostanza che, anche nell'ottica della colpa, si presta a costituire un termine di relazione suscettibile di svolgere una più accentuata *appelfunktion* rispetto agli sviluppi 'percepibili' delle dinamiche operative dell'autore del fatto. Ma, in secondo luogo, e soprattutto, offre un'interessante chiave interpretativa il rilievo di un acuto studioso volto a far leva sul connotato 'abusivo'²² della condotta di inquinamento di cui all'art. 452-ter c.p.: un connotato, si osserva²³, che esige un'adeguata 'contestualizzazione' della vicenda lesiva, in base alla quale un simile attributo esige che il soggetto "immetta nell'ambiente una quantità" di sostanze "largamente superiore al consentito, o che immetta sostanze diverse da quelle autorizzate"; non potendo negarsi – così viene precisato – che l' 'abuso' implichi un 'significativo trasmodare' dai limiti imposti, dal quale, aggiungiamo, si potrà eventualmente arguire una base di valutazione più consistente per poter cogliere, ed apprezzare in concreto, il sostrato teleologico di un eventuale addebito (anche) per colpa.

7. Tutto ciò considerato, una breve disamina merita, tuttavia, l'ipotesi 'inversa' rispetto a quella esaminata, ossia quella prospettabile nei casi in cui i limiti dell'attività esercitata non siano stati travalicati.

A tale proposito, il dibattito in materia registra opinioni non sempre omogenee: affermandosi, da parte di alcuni, che i limiti stabiliti sono destinati a fungere da garanzia - come tale inderogabile alla luce dei principi – volta a permettere la conoscenza dell'ambito entro il quale l'attività deve ritenersi

¹⁹ Il rilievo è pressoché costantemente formulato; già a suo tempo, autorevolmente, C. Pedrazzi, *Profili penalistici della tutela dell'ambiente*, in IP 1991, 619. V. anche A. Gargani, *La protezione immediata dell'ambiente tra obblighi comunitari di incriminazione e tutela giudiziaria*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra – F. Dassano, Napoli 2010, 405 s.

²⁰ Sulla quale cfr. L. Cornacchia – N. Pisani (dir., coll. F. Barresi), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna 2018; G. De Santis, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma 2017; A. Manna, *I delitti ambientali tra storia, dogmatica e politica criminale*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di M. Catenacci – V.N. D'Ascola – R. Rampioni, II, Roma 2021, 1304 ss.; M. Riccardi, *L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico*, in *Riv.trim.dir.pen.cont.* 2017, 101 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale*, cit.; M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente*, Torino 2016. Ma v. pure T. Padovani, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 2015 (32), 10 ss., nonché D. Perrone, *Diritto penale ambientale e "ticking time bombs" interpretative: tra tensioni nuove ed antiche, sotto il profilo della prevedibilità ex art. 7 CEDU*, www.lalegislazonelepenale.eu, 30.12.2021; L. Siracusa, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.7.2015., in

²¹ Cfr. al riguardo C. Ruga Riva, *Diritto penale*, cit., 263 ss.

²² In merito ad un simile requisito, alquanto controverso, cfr., tra gli altri, G.P. Accinni, *Disastro ambientale*, Milano 2018, 143 ss.; C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale*, Napoli 2019, 75; M. Bosi, *Rilevanza delle condotte realizzate abusivamente tra rischio ed evento ambientali*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide*, 60 ss.; M. Catenacci, *Il "caso ILVA" nel difficile rapporto fra governo e tutela penale dell'ambiente*, in *Itinerari di diritto penale dell'economia*, a cura di R. Borsari, Padova 2018, 64 s.; A. Gargani, *Jus in latenti*, cit., 21 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale*, cit., 257 ss.; M. Telesca, *La tutela penale*, cit., 47 ss.

²³ Così L. Bisori, *Linee interpretative e nodi problematici della abusività della condotta nei nuovi reati ambientali*, in *Criminalia*, 2015, 323.

comunque autorizzata²⁴; mentre, secondo una diversa tendenza²⁵, si dovrebbe tener conto di quelle situazioni in cui si delinei con chiara evidenza che le valutazioni effettuate dall' autorità risultano ormai superate e scientificamente obsolete, ovvero nelle quali maggiori conoscenze in capo all' agente possano consentirgli di antivedere sviluppi lesivi pur allo stato improbabili, e tali, dunque, da rendere irragionevole un criterio di 'affidamento' senza limiti nelle prescrizioni in vigore. Una scelta senza riserve tra queste due scuole di pensiero non può non apparire quanto meno ardua, presentando entrambe ragioni plausibili a sostegno delle rispettive conclusioni; anche se, per uscire dal dilemma, non parrebbe del tutto esclusa la possibilità di una soluzione che le renda tra loro compatibili, restringendo, magari, entro margini fortemente circoscritti l' ammissibilità di eccezioni alla garanzia poc' anzi richiamata.

Al di là di una simile controversia, non dovrebbe tuttavia dimenticarsi che, come abbiamo più volte ribadito, il quadro in cui si collocano le valutazioni inerenti ai limiti stabiliti va tenuto distinto dalla prospettiva concernente il verificarsi effettivo di un inquinamento.

Non si può escludere – certo – che le immissioni 'regolari', come pure si è osservato, producano, in realtà, complice lo stato di incertezza e l' influenza di fattori e circostanze di vario tipo, gli effetti ulteriori connessi all' inquinamento. Ma, a ben guardare, appare significativa in proposito la circostanza che una simile eventualità non sia sfuggita alle previsioni dello stesso legislatore.

In particolare, deve osservarsi come lo schema emergente dalle disposizioni in materia – per quanto tuttora meritevole di essere arricchito e perfezionato – sembri sempre più orientato verso un' ottica di tipo 'dialogico' e collaborativo tra i singoli operatori e le agenzie competenti in materia. Già lo stesso paradigma dell' 'autorizzazione' svela l' intento di poter sottoporre a sindacato una 'domanda' (congruamente motivata) volta a consentire l' esercizio dell' attività; ma sono, poi – e dovrebbero sempre più essere – soprattutto i controlli, le richieste di notizie e di aggiornamenti, ed un assiduo 'monitoraggio' *in itinere* (anche in relazione ai possibili effetti 'cumulativi' di reiterate emissioni) a caratterizzare lo scenario concomitante agli sviluppi dei fenomeni da 'governare'. L' eventuale giudizio di colpa – così come della sua esclusione – dovrebbe, in questa prospettiva, essere forgiato e 'plasmato' proprio in base allo snodarsi di un simile percorso, restando condizionato, per l' appunto, dalle modalità con cui esso si svolge e dalle 'risposte' conseguenti alle diverse fasi di 'contatto' con le autorità preposte alla tutela ambientale. Il giudizio circa la 'colpa ambientale' – si potrebbe dire – viene a risulterne, di conseguenza, in certo qual modo guidato e 'proceduralizzato', finendo esso col dipendere da una sequenza di atti volti a fornire le basi, a livello tecnico-scientifico ed empirico-cognitivo, per valutare l' andamento dell' attività, e per verificare al contempo l' assunzione di scelte conformi all' analisi degli sviluppi e delle reazioni (variabili e talora inattese) di volta in volta riscontrate nell' ambito dei corrispondenti ecosistemi.

Non è un caso, a tale riguardo, che una corrente dottrinale²⁶, sia pure con diversità di accenti, abbia opportunamente insistito sull' esigenza di evitare processi di 'responsabilizzazione' tali da eludere la

²⁴ V., ad es., C. Bernasconi, *La metafora*, cit., 75; M. Bosi, *Rilevanza*, cit., 68 s.; A. Gargani, *Jus in latenti*, cit., 25 ss., giustamente critici nei confronti delle intemperanze di un settore della giurisprudenza. E' tuttavia da aggiungere come, traendo spunto dall' esperienza di altri sistemi, A. Gargani, *Jus in latenti*, cit., 28 ss. (sulla scia di A. R. Di Landro, *La responsabilità per l' attività autorizzata nei settori dell' ambiente e del territorio*, Torino 2018, 166 ss., 197 ss.) non escluda l' ammissibilità di particolari deroghe alla 'cogenza' delle regole prefissate, a condizione che tali deroghe vengano espressamente stabilite in forma tassativa dallo stesso legislatore.

²⁵ In tema cfr. G. Forti, *"Accesso"*, cit., 221 ss.; E. Penco, *Limiti-soglia*, cit., 234 ss. (rivendicando, tuttavia, il ruolo delimitativo della responsabilità proprio dei valori-soglia, ed auspicandone una maggiore consonanza con affidabili giudizi prognostici); C. Ruga Riva, *Diritto penale*, cit., 73 ss.; S. Zirulia, *Esposizione*, cit., 378 ss. Una svalutazione profonda dei requisiti formali di abilitazione all' attività si rinviene, viceversa, in G. Amendola, *Delitti contro l' ambiente: arriva il disastro ambientale 'abusivo'*, in www.lexambiente.it, 17.3.2015.

²⁶ Prescindendo dal manifestare o meno adesione alle soluzioni più decisamente orientate in chiave 'depenalizzatrice', v., a partire dalle riflessioni di F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 593 ss., gli approfonditi rilievi di F. Centonze, *La normalità di disastri tecnologici*, Milano 2004, 400 ss.; F. Consorte, *Tutela penale*, cit., 163 ss. e nt.150, 323 ss.; F. D'

‘mediazione’ dei soggetti pubblici incaricati di vigilare sulla qualità dell’ambiente, come pure di attingere e di rendere disponibile un adeguato corredo informativo a beneficio degli operatori interessati. Il che non esclude – ma viene anzi ad armonizzarsi – con l’impegno da parte di questi ultimi ad agire essi stessi ‘in modo informato’²⁷, anche, eventualmente, segnalando l’emersione di circostanze tali da ampliare il quadro cognitivo (e le possibilità di intervento) da parte delle autorità di settore, in modo da scongiurare il più possibile il verificarsi di effetti indesiderati, ed, al contempo, da preconstituire le basi per evitare un addebito penale per aver ‘lasciato correre’ rinunciando ad attivarsi tempestivamente.

Ed in questa prospettiva, non può farsi a meno di rimarcare, altresì, come il ‘luogo’ privilegiato per siffatte dinamiche ‘relazionali’ sia rappresentato dalle prestazioni esigibili da parte di enti di carattere collettivo. La pratica della ‘sequela’, per così dire, delle situazioni da vigilare si presta, in effetti, a venire più efficacemente espletata – per la sua complessità, per i suoi ‘costi’, per la necessità di disporre di un più ampio novero di ‘competenze’ – da parte di strutture a carattere societario, tanto più se fornite, come postula la normativa in vigore, di modelli organizzativi suscettibili di venire progressivamente adattati e resi congeniali alle circostanze via via emergenti nel corso dell’attività esercitata; non senza aggiungere, in guisa di ‘complemento’ ulteriore di un simile profilo, che, come già notato in altre sedi, all’imputazione riferita all’ente vieppiù si addice una reazione dell’ordinamento che, ancor prima di esaurirsi nel ‘fuoco fatuo’ di una sanzione, venga piuttosto ad esprimersi in un monito continuo ad adeguarsi alle esigenze di tutela, dando corpo a quelle azioni ‘riparative’ la cui importanza viene ad essere sempre più spesso riconosciuta (anche) nell’ambito della materia qui considerata²⁸.

8. La tematica ambientale, più di ogni altra, rappresenta l’emblema e il ‘precipitato’ della formidabile complessità del mondo attuale²⁹: naturalismo e ‘psicologia sociale’, visioni storico-filosofiche e strategie a livello politico, economia ed ‘etica di una vita buona’, pensiero scientifico e risorse della tecnica, non ultimo, per finire, il problema scottante della responsabilità penale e del suo accertamento, tutto cospira verso una prospettiva d’insieme che soltanto il tentativo di definire singoli

Alessandro, *Pericolo astratto*, cit., 341 ss.; G. Forti, “Accesso”, cit., 223 ss. Importanti gli studi di F. Giunta, *il diritto penale*, cit., 243 ss.; L. Maldonato, *Il crimine ambientale come crimine delle corporations: cooperazione pubblico-privato e responsabilità indipendente dell’ente*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.* 2021, 566 ss.; G. Rotolo, “Riconoscibilità” del precepto, cit., 235 ss.

²⁷ V. ancora G. Forti, “Accesso”, cit., 212 ss.

²⁸ Oltre alle opere indicate nelle due note precedenti, cfr., *inter alia*, le vaste indagini di M. Colacurci, *L’illecito “riparato” dell’ente*, Torino 2022; M. Donini, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta, II, Milano 2018, 590 ss.; M. Maspero, *Le vittime di crimini ambientali fra percorsi di tutela e condotte rieducative degli enti*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.* 2023, 128 ss., 189 ss.; A.M. Maugeri, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs.n. 231/2001*, Torino 2022, 69 ss., 84 ss. e passim; Fed. Mazzacuva, *L’ente premiato*, Torino 2020; V. Mongillo, *Il sistema delle sanzioni applicabili all’ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.* 2022, 564 ss.; L. Ricci - A. Savarino, *Limiti e potenzialità della restorative justice nel sistema “231”. Spunti per una riflessione sulla scia della riforma Cartabia*, in www.lalegislazonepenale.eu, 29.3.2022, 13 ss.; G. Toscano, *Post crimen patratum*, Torino 2022, 349 ss. Si deve peraltro ricordare come tenda sempre più ad affermarsi l’idea che un’eventuale responsabilità dovrebbe essere preferibilmente addossata all’ente in quanto tale; cfr., tra gli altri, F. Consulich, *Il giudice e il mosaico*, cit., 38 ss.; G. De Vero, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G. A. De Francesco - A. Gargani, Milano 2017, 55 ss.; A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa*, Pisa 2022, 238 ss.; M. Mossa Verre, *I reati ambientali nella giurisprudenza del Tribunale di Milano in materia di d.lgs. 231/2001 (2016-2021)*, in www.sistemapenale.it, 19.4.2023, 31 s.; F. Palazzo, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell’ente*, in *Riv.trim.dir.pen.cont.* 2018, 331 ss.; M. Pelissero, *L’estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs.231/2001*, in *Studi in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di A. Castaldo - V. De Francesco - M. Del Tufo - S. Manacorda - L. Monaco, Napoli 2013, 1219.

²⁹ Cfr. in proposito le suggestive pagine di E. Morin, *Introduzione ad una politica dell’uomo*, Roma 2000, 120 ss.

problemi autorizza a ‘scomporre’ e ad esaminare alla luce delle basi concettuali e delle convenzioni linguistiche attinenti ai rispettivi ambiti di riferimento.

La sensazione di disagio che può derivare da una simile opera di selezione denota, tuttavia, in chi non riesca a sottrarvisi, la disponibilità verso un approccio più maturo e consapevole alle tematiche dell’ambiente: essendo invero sconsigliabile un atteggiamento di chiusura verso la dimensione ‘globale’ di simili tematiche anche per coloro, come i cultori di diritto penale, che sono impegnati nella ricerca di una base di legittimazione per le proprie costruzioni o proposte riformatrici; le quali, per vero, risulteranno tanto più feconde e lungimiranti, nella misura in cui saranno in grado di nutrirsi della densità problematica e delle implicazioni a vasto raggio che i diversi ‘campi del sapere’ proiettano sui futuri orizzonti della qualità dell’esistenza umana - e non soltanto di questa - nella nostra vecchia e (poco) amata Terra.

GLI STANDARD DI PROVA PER LA CONDANNA PENALE TRA STORIA E ATTUALITÀ

di Jacopo Della Torre (*Ricercatore di diritto processuale penale, Università di Genova*)

Il saggio propone un'analisi diacronica e comparata degli *standard* di prova per la condanna penale. La prima parte del lavoro si concentra sul tentativo, compiuto dai sistemi giuridici premoderni romano-canonici, di "oggettivizzare" questa categoria normativa, attraverso una rete di prove legali. La seconda parte si sofferma sulle origini e sull'evoluzione avuta dai principali *standard* di prova per irrogare una pena ancora oggi utilizzati nei sistemi giuridici occidentali: la certezza morale, l'al di là di ogni ragionevole dubbio e, infine, l'*intime conviction*. Nelle conclusioni, lo sguardo è rivolto al futuro e ci si interroga sull'opportunità di mantenere in vita i criteri decisori tradizionali, oppure se sostituirli con nuove norme, fondate sui principi dell'epistemologia contemporanea.

The essay presents a diachronic and comparative analysis of the standards of proof for criminal conviction. The first part of the paper focuses on the attempt of the pre-modern Roman-canonical legal systems to "objectify" these rules through a system of legal proof. The second part focuses on the origins and development of the main standards for imposing punishment still used in Western legal systems: moral certainty, beyond any reasonable doubt, and, finally, "intime conviction". The conclusion looks to the future, asking whether traditional standards should be kept alive, or whether it is preferable to replace them with new standards based on the principles of contemporary epistemology.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Chiarimenti concettuali e terminologici. – 3. Il sogno (infranto) dei sistemi premoderni romano-germanici: la razionalizzazione degli *standard* attraverso le prove legali. – 4. La genesi della certezza morale e dell'oltre ogni ragionevole dubbio. – 5. La critica degli illuministi nei confronti del sistema delle prove legali e la nascita dell'"*intime conviction*". – 6. L'esperienza americana e la deviazione inglese. – 7. Lo sviluppo globale del *BARD*. – 8. Conclusioni: quali *standard* per il futuro della giustizia penale?

1. Negli ultimi anni, il tema degli *standard* di prova ha ricevuto un'attenzione crescente, tanto negli ordinamenti giuridici di *common law*, quanto in quelli di tradizione romano-canonica¹.

¹ In prima battuta, si vedano, da diverse prospettive, R.J. Allen, *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*, in *Estándares de prueba y prueba científica*, a cura di C. Vázquez, Madrid 2013, 43 ss.; K. Ambos, «Intime conviction» in *Germany. Conceptual foundations, historical development and current meaning*, in *Quaestio facti* 2023, 167 ss.; J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid 2021; Id., *Verso una teoria degli standard di prova*, in *CP* 2021, 2214 ss.; F. Caprioli, voce *Condanna* (*dir. proc. pen.*), in *ED*, Annali II, t. 1, Milano 2008, 102 ss.; E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, Milano 2016; K.M. Clermont, *Standard of Decision in Law*, Durham 2013; M. Daniele, voce *Proscioglimento* (*dir. proc. pen.*), in *ED*, Annali II, t. 1, Milano 2008, 899 ss.; P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I. *Struttura e procedimento*, Torino 2017, 87 ss.; L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge 2006; X.A. Lluch, *La dosis de prueba: entre el common law y el civil law*, in *Doxa* 2012, 173 ss.; J. Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, 85 ss.; F. Picinali, *The threshold lies in the method: Instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt*, in *The international Journal of Evidence & Proof* 2015, 139 ss.; F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003³, 116 ss.; M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, 218 ss.; F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano 2013, 307 ss.; L. Tichý (a cura di), *Standard of Proof in Europe*, Tübingen 2019; G. Tuzet, *La prova ragionata*, Milano 2023, 226-247 e 264-274. Si ricordino ancora i commenti di G. Canzio, M. Taruffo e G. Ubetis, dal titolo *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia* 2009, 305-329.

Le ragioni di questo interesse trasversale sono molteplici. In alcuni Paesi, il fenomeno è stato favorito dai tentativi della giurisprudenza di meglio perimetrare le regole da applicare, onde poter ritenere provata un'ipotesi su un fatto². In altri casi, è stato direttamente il legislatore a codificare, in norme giuridiche espresse, “traguardi probatori” prima solo impliciti e/o a crearne di nuovi, al fine di assicurare un funzionamento più efficiente della giustizia³. Infine, pure alcune istituzioni sovranazionali – come la Corte europea dei diritti dell'uomo – hanno giocato un ruolo rilevante al riguardo⁴. Tenuto conto di ciò, non può stupire che dell'argomento abbiano iniziato a occuparsi studiosi delle più disparate discipline giuridiche e non solo.

Tuttavia, a fronte dell'ampiezza del dibattito oramai sviluppatosi in materia, va rilevato come i risultati raggiunti dalla letteratura siano finora alquanto eterogenei e non privi di punti oscuri. A riprova di ciò, basti pensare che non vi è unanimità di vedute neppure su alcuni aspetti di base, come la definizione da attribuire al concetto di *standard* di prova, oppure in merito alla loro effettiva capacità di contribuire al corretto funzionamento degli ordinamenti giuridici. Se vi è chi sostiene il rilievo primario della categoria⁵, vi è anche chi ritiene che queste norme rappresentino una reliquia del passato, di cui ben si potrebbe fare a meno⁶.

Il presente lavoro si propone di rendere meno frastagliato questo quadro di fondo, attraverso uno studio diacronico e comparato, dedicato a una categoria particolarmente problematica di criteri decisori: quelli volti a stabilire il *quantum* di prova da raggiungere per condannare un imputato in sede penale. Onde rendersi conto di quanto si tratti di un argomento delicato, basti pensare che, qualche decennio fa, una delle più autorevoli studiose continentali ammise apertamente che «*la dégré de certitude qui conditionne la décision de culpabilité est une des questions les plus obscures du droit pénal*»⁷.

La struttura del saggio è la seguente: dopo aver fornito alcuni chiarimenti introduttivi sul concetto di *standard* di prova (par. 2), la prima parte si concentrerà sui sistemi giuridici premoderni di matrice romano-canonica (par. 3). Tale analisi ha uno scopo specifico: essa intende focalizzare l'attenzione sul tentativo storicamente più ambizioso di “oggettivizzare” questa categoria normativa, onde renderla meno soggetta all'arbitrio dei giudici, perpetuato mediante la creazione, a monte, di una complessa rete di prove legali⁸. Si tratta di un'esperienza che, a lungo andare, si è dimostrata

² È questo il caso della Spagna, dove il dibattito, particolarmente fiorente, in tema di *standard* probatori (di cui si può trovare una sintesi in J. Ferrer Beltrán, *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, in *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 2007, 15) è stato favorito dall'utilizzo da parte, tanto del *Tribunal Constitucional* (v., ad esempio, TC, Sala Primera, 16.6.1998, n. 129), quanto del *Tribunal Supremo* (v., da ultimo, TS, Sala de lo Penal, 21.9.2023, n. 2254, in www.poderjudicial.es) dello *standard*, non codificato, del *más allá de toda duda razonable*.

³ Come vedremo, *sub par.* 7, ciò vale non solo per l'Italia, dove, come noto, il legislatore è, negli ultimi vent'anni, intervenuto da molteplici prospettive (per una sintesi sul punto, si consenta il rinvio, anche alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150, a J. Della Torre, *Standard probatori, efficienza e giustizia penale*, in corso di pubblicazione in *PD* 2023, 327 ss.), ma pure per molti altri Paesi europei ed extraeuropei.

⁴ Si veda, sul punto, *sub par.* 7.

⁵ Al riguardo, cfr., ad esempio, la posizione espressa da J. Ferrer Beltrán e G. Tuzet, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in *Dir. e questioni pubbliche* 2018, 455 ss., sviluppata poi *amplius* da J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., *passim*.

⁶ In questo senso, v. J. Nieva Fenoll, *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*, in *Estudios de Derecho* 2020, 119 ss.

⁷ Sono parole di M. Delmas-Marty, *La preuve pénale*, in *Droits* 1996, 59.

⁸ Per un quadro di sintesi del sistema delle prove legali, v., *ex multis*, G. Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo Medio e Moderno*, Napoli 1971; F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1981, 555 ss.; M. Damaška, *Evaluation of Evidence. Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge 2019; M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino 2009, 71 ss.; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*, Parigi 1882, 260 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, 114 ss.; L. Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del Tribunale di Brescia (1831-1851)*, Milano 2008, 119 ss.; M.F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Parigi 1866, vol. I, 418 ss.; J.P. Levy, *La Hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age, depuis la Renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle*, Parigi 1939; P. Marchetti, *Testis contra se*.

fallimentare, ma non per questo incapace di fornire insegnamenti preziosi anche per il giurista contemporaneo.

La parte centrale (parr. 4-7) racchiude, invece, un'analisi diacronica concernente le origini e lo sviluppo avuto dai principali *standard* di prova per irrogare una pena ancora oggi utilizzati nei sistemi giuridici occidentali: la certezza morale, il *beyond any reasonable doubt* (d'ora in avanti *BARD*) e, infine, l'*intime conviction*. Si avrà così modo di dimostrare come queste regole non abbiano solo origini molto lontane nel tempo, ma risultino, del pari, strettamente connesse tra loro. Ed è anche perché tali norme rappresentano il frutto di mutamenti culturali e giuridici avvenuti oramai diversi secoli or sono che – come vedremo – gli interpreti faticano oggi così tanto a individuarne un significato minimo condiviso. La consapevolezza di tale fondamentale dato storico costituirà lo spunto per le conclusioni (par. 8), nelle quali si volgerà lo sguardo al futuro e ci si chiederà se, nelle società attuali, sia opportuno continuare a mantenere in vita i criteri decisori tradizionali, oppure se, come affermato da una parte autorevole della dottrina, sia preferibile sostituirli con nuove norme, fondate sui principi dell'epistemologia contemporanea.

2. Come noto, le affermazioni relative ai fatti, sostenute dalle parti nell'ambito di un procedimento giudiziario, rappresentano delle mere ipotesi, che possono essere vere o false⁹. Alle prove giuridiche spetta il delicato compito di ridurre tale situazione di incertezza di fondo: esse, supportando «*the factual claims made by the parties and the findings of fact made by the decision-makers*»¹⁰, fanno sì che la verità rimanga comunque «il Nord ossia il punto di riferimento che orienta la direzione»¹¹, a cui deve tendere il procedimento giudiziario¹².

Ma quando può dirsi che un'ipotesi su un fatto abbia raggiunto un livello di conferma tale da poter essere considerata provata a sufficienza e, dunque, posta alla base di una decisione da cui discendano effetti giuridici? Onde fornire una risposta, allo stesso tempo uniforme e prevedibile, a tale complesso quesito molti ordinamenti hanno ideato una tipologia specifica di regole: gli *standard* di prova¹³. Quanto appena osservato ci permette di fornire una prima definizione – necessariamente ampia, perché volta a coniugare opinioni tra loro eterogenee – del concetto in campo processuale: si tratta di norme, a seconda dei casi espresse o implicite, che indicano delle soglie minime di supporto da raggiungere, affinché un'ipotesi su un fatto possa essere accettata come provata a sufficienza da un soggetto del procedimento¹⁴.

L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna, Milano 1994, 27 ss.; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, 105 ss.; P. Rondini, *Ex sententia animi tui: la prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano 2012; I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età moderna medievale e moderna*, Milano 1995, 73 ss.; G. Salvio, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, a cura di P. Del Giudice, vol. III, parte II, Milano 1927, 472 ss.

⁹ In proposito, v. M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 218.

¹⁰ La citazione è tratta da G. Tuzet, *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*, in *Artificial Intelligence and Law* 2020, 91.

¹¹ Sono parole di M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., 317.

¹² Per una forte valorizzazione del concetto di verità, in ambito processuale, cfr., di recente, F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.* 2017, 317 ss., nonché J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, Bologna 2004, 63 ss.; G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano 2015, 2, il quale ricorda che la ricerca della verità non rappresenta, di per sé, il fine ultimo del rito, ma un «fondamento indefettibile per l'emanazione di una decisione giusta».

¹³ Vale la pena di precisare che espressioni analoghe a quella oggi maggioritaria di «*standard di prova*» si sono, nel tempo, diffuse, tanto negli ordinamenti di stampo angloamericano, quanto in quelli di *civil law*. A riprova di ciò, basti pensare che, nell'ambito dei sistemi romano-canonici medievali e degli Antichi Regimi, è stata lungo utilizzata la locuzione latina «*gradus probationis*», la quale si ritrova già in Bartolo da Sassoferrato, *In Ius Universum Civile, Commentaria: Digestum veterum*, libro XII, tit. II *De iureiurando sive voluntario, sine necessario, sine iudiciali, lex XXXI*, Basilea 1557, 564, § 20 e ss.

¹⁴ Da questa prospettiva, gli *standard*, indicando quando una determinata pronuncia può essere presa, forniscono «*a decision rule to the triers of fact*» (così L. Laudan, *Is it Finally Time to Put 'Proof Beyond a Reasonable Doubt' Out to Pasture?*, in *The University of Texas School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 194, 1). Ed

Pur a fronte della genericità della definizione appena suggerita, essa risulta comunque utile per comprendere quali siano le principali funzioni a cui queste previsioni sono preposte.

La prima è quella di fungere da scudo avverso limitazioni arbitrarie dei diritti dell'individuo da parte dell'autorità¹⁵. In presenza di uno *standard* da rispettare, gli organi giudicanti non sono, infatti, liberi di assumere la loro decisione a piacimento o in modo meramente intuitivo, ma sono tenuti a muoversi nel perimetro di una "discrezionalità vincolata", dovendo verificare, prima di intaccare la sfera giuridica della persona, se sia stato soddisfatto il livello di conferma specificato dalla singola norma di riferimento. Da questa prospettiva, tali regole costituiscono, evidentemente, una garanzia significativa, sia per l'individuo, sia per l'intera collettività, in quanto solo il loro superamento fa sorgere in capo agli apparati statali il potere di punire¹⁶.

Gli *standard* non servono, tuttavia, solo da presidio contro l'arbitrio, ma anche da importante mezzo di giustificazione delle scelte degli organi giurisdizionali. Grazie a queste norme, i decisori dovrebbero, infatti, essere messi nelle condizioni di scegliere logicamente *ex ante* e, se del caso, di giustificare *ex post*, il perché, tra le ipotesi sostenibili a partire dal compendio probatorio, ne vada accolta una anziché un'altra. Non è dunque un caso che la dottrina abbia posto l'accento sul rapporto privilegiato esistente tra *standard* e motivazione in fatto delle sentenze¹⁷.

Il contributo di siffatta categoria normativa non si esaurisce, tuttavia, qui: se adeguatamente formulati, i criteri decisori assumono, del pari, una funzione "euristica" di primaria importanza, di stimolo nei confronti dei singoli soggetti del procedimento, pubblici o privati, a ricercare e a produrre elementi sufficienti a soddisfare i singoli "traguardi probatori" previsti per le diverse fasi del rito. Si tratta di un effetto "pungolo"¹⁸, che assume, in ambito penale, un rilievo peculiare per gli organi titolari del potere di investigare: tali norme sono, infatti, in grado di favorire lo svolgimento di indagini complete¹⁹, tanto a livello quantitativo, quanto qualitativo. Ma non va tralasciato come queste previsioni assumano un ruolo significativo pure da una prospettiva più strettamente legata alla difesa dei prevenuti: difatti, conoscere quante prove dovrà portare l'accusa per ottenere una decisione a sé favorevole rappresenta un'informazione essenziale per decidere, razionalmente, se articolare, in modo passivo o attivo, la strategia difensiva, manifestando, ad esempio, il consenso a essere giudicati sulla base di un rito alternativo premiale²⁰.

Quanto osservato rende chiaro come gli *standard* si riconnettano, a doppio filo, con le norme che ripartiscono tra le parti il c.d. rischio per la mancata prova dei fatti allegati²¹. Più in particolare, essi consentono all'individuo e all'autorità di sapere quando gli oneri probatori possono considerarsi soddisfatti²². Il che fa ben comprendere il perché nella letteratura anglosassone, accanto al concetto di *burden of production* (onere di produzione delle prove) si utilizzi pure quello di *burden of*

è proprio per questo motivo che le locuzioni "*standard di prova*" e "*standard di decisione*", pur cogliendo, a rigore, profili diversi della stessa categoria di norme, sono spesso impiegate come sinonimiche, esattamente come avverrà nel corso del presente lavoro.

¹⁵ Cfr. L. Laudan, *op. ult. cit.*, 1, nonché J. Ferrer Beltrán e G. Tuzet, *op. cit.*, 462.

¹⁶ Sul ruolo di garanzia degli *standard* di prova, v., in particolare, J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., 112 s.

¹⁷ Nella letteratura di *common-law*, v., in particolare, M. Damaska, *op. cit.*, 143, in quella di *civil law*, v., diffusamente, J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 109 ss.

¹⁸ In merito al c.d. "effetto *nudge*", cfr., *mutatis mutandis*, R.H. Thaler e C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Milano 2014.

¹⁹ Sul principio di completezza delle indagini, valorizzato sin da C. cost. 15.2.1991 n. 88, v. E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in www.sistemapenale.it, 14.5.2020; F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005; C. Valentini, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *AP web* 2019, n. 3.

²⁰ In questo senso, v. anche J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 113.

²¹ Sul rapporto tra oneri e *standard* di prova, cfr. R.J. Allen, *Burdens of proof*, in *Law, Probability and Risk* 2014, 195 ss., nonché A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxford 2005, 118 ss.

²² Per una recente analisi di tale concetto in ambito processualpenalistico, cfr. L. Tavassi, *L'onere della prova nel processo penale*, Milano 2020.

persuasion: espressione, quest'ultima, con la quale si indica l'onere attribuito alle parti di convincere il giudice al livello imposto da uno *standard*²³. Al contempo, gli *standard* fissano le condizioni materiali di operatività delle c.d. “regole di giudizio in senso stretto”²⁴; ovvero di quelle norme che risolvono l'incertezza processuale – e cioè la mancata prova secondo il *quantum* richiesto – in modo favorevole a una o a un'altra parte del procedimento²⁵. Da questo angolo visuale, si può, insomma, ben dire che la corretta determinazione delle soglie di sufficienza probatoria rappresenta un presupposto per il buon funzionamento delle previsioni che distribuiscono tra le parti gli oneri probatori.

Detto ciò, è opportuno chiarire che, come vedremo meglio in seguito, nulla impone la presenza di un unico *standard* di prova all'interno di un determinato ordinamento o nell'ambito di un medesimo procedimento giudiziario²⁶. A questo proposito, merita, infatti, precisare che tale tipologia di regole non opera solo nel momento in cui va presa la decisione giudiziaria finale sui fatti controversi, ma in tutte le fasi in cui sia necessario verificare, anche provvisoriamente, se sia stato raggiunto un livello minimo di supporto per compiere un determinato atto del procedimento. L'esperienza insegna, più in particolare, che, se osservati da questa prospettiva, gli *standard* possono essere suddivisi in almeno tre macrocategorie. Esistono, infatti: a) *standard* propulsivi, che hanno il compito di indicare i requisiti da soddisfare per iniziare o per far proseguire il procedimento/processo²⁷; b) *standard* incidentali, che servono per decidere se accogliere o meno come provata una tesi nel corso di una determinata sottofase del rito²⁸; e, infine, c) *standard* di decisione in senso stretto, volti a guidare i giudicanti nello stabilire se sussistano elementi sufficienti perché sia emanata una condanna²⁹.

²³ A questo riguardo, v., per tutti, R.J. Allen, *op. cit.*, 195 ss.

²⁴ Per un approfondimento sul concetto di regola di giudizio, v. P. Ferrua, voce *Regole di giudizio*, in *ED*, Ann. X, Milano 2017, 725 ss., nonché F.R. Dinacci, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *DP*, Agg. VIII, Torino 2014, 644 s.; P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009², 179 ss.

²⁵ Come ricorda P. Ferrua, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen*, 9.12.2021, 2 «la regola di giudizio è la regola che riguarda il rapporto tra i due termini di un'alternativa decisoria e dice quale sia il provvedimento da adottare in caso di dubbi».

²⁶ Al riguardo, v., nella letteratura italiana, tra i molti, F. Caprioli, voce *Condanna (diritto processuale penale)*, cit., 112; G. Garofalo, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*, *CP* 2020, 3891 ss.; F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 307 ss.; A. Nappi, *Processo penale e accertamento della causalità agli effetti civili*, in *www.giustiziainsieme.it* 8.9.2021; G. Tuzet, *La prova ragionata*, cit., 226 ss.; D. Vigoni, *Giudizi prognostici e ragionevole dubbio*, in *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura di A. Incampo e A. Scalfati, Bari 2017, 378 ss. Per un'autorevole opinione contraria, v., però, P. Ferrua, *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in *CP* 2020, 2639 ss., a detta del quale l'unico *standard* di prova sarebbe quello dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, posto che al di sotto di tale soglia salterebbe il concetto stesso di provare. Come avremo modo di vedere, tale tesi da una prospettiva storica non convince: difatti, i giuristi, sin dall'epoca medievale, hanno sempre concepito l'esistenza di diversi *standard* di prova, più o meno esigenti, a seconda della fase del procedimento in cui ci si trovava, nonché del *thema decidendum*.

²⁷ Si pensi, ad esempio, allo *standard* della “ragionevole previsione di condanna” (per un'analisi del quale cfr. M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *www.sistemapenale.it*, 16.1.2023, 7 ss., a cui si rinvia anche per i cospicui riferimenti dottrinali ivi contenuti), codificato dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150 per dirimere la scelta tra esercizio dell'azione o archiviazione (art. 408 Cpp), nonché tra attivazione del giudizio e sentenza di non luogo a procedere (artt. 425 e 554-ter Cpp), il quale trova referenti simili pure in altri ordinamenti, come quello del Canada (cfr., in proposito, il documento del *Public Prosecution Service of Canada*, *Decision to Prosecute*, in *www.ppsc-sppc.gc.ca*, § 4.1), oppure il sistema della Corte penale internazionale (cfr. *ICC, Policy paper on case selection and prioritisation*, in *icc-cpi.int*, 15.9.2016, 9), dove vige il criterio della *reasonable prospect of conviction*.

²⁸ L'esempio paradigmatico è costituito dallo *standard* dei gravi indizi di colpevolezza per l'applicazione di una misura cautelare, previsto dall'art. 273 Cpp. Per un interessante parallelo linguistico tra tale criterio e quelli impiegati in altri ordinamenti giuridici, v. R. Orlandi, *Introduction. The protection of the right to liberty and security in the field of pre-trial precautionary measures in criminal matters*, in *Liberty and Security in Europe: A Comparative Analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, a cura di S. Ruggeri, Göttingen 2012, 12.

²⁹ Si pensi proprio al *BARD*, alla certezza morale o all'*intime conviction*, che saranno oggetto della presente analisi, oppure agli *standard* civilistici della *preponderance of evidence* o della *clear and convincing evidence*. Per una distinzione tra criteri decisorii penalistici e civilistici, cfr. la recente sintesi di G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 230 ss.

Comunque sia, la presa d'atto della possibile esistenza di plurimi *standard* porta a domandarsi a quale livello sia opportuno collocarne uno. La risposta che viene, tradizionalmente, data a questa domanda è che la natura più o meno esigente di queste regole dipende dalla gravità degli effetti giuridici conseguenti all'assunzione di una determinata scelta processuale e, in particolare, dal valore sociale dei beni giuridici che sarebbero sacrificati nel caso in cui la stessa venisse presa³⁰. Ed è proprio perché in ambito penale rischiano di essere compromessi diritti e interessi di rilievo essenziale dei prevenuti che gli *standard* da raggiungere per condannare all'esito di un procedimento penale sono, storicamente, concepiti come i più esigenti rispetto a quelli impiegati in altri rami del diritto e, in particolare, rispetto a quelli utilizzati in campo civile³¹.

Ciò ci permette di focalizzare l'attenzione su una delle ulteriori funzioni cruciali svolte da siffatte norme: quella di distribuire il rischio dell'assunzione di decisioni giudiziarie errate³². Onde approcciarsi alla tematica, è utile compiere una notazione preliminare. Possiamo chiamare: a) “falso negativo”, una pronuncia che consideri non provata un'ipotesi vera; b) “falso positivo”, una che consideri provata un'ipotesi falsa. Ebbene, è facile rendersi conto di come, man mano che si decida di alzare l'asticella di uno *standard* diventerà fisiologicamente più difficile raggiungerlo in concreto. Il che ha una duplice conseguenza logica: ciò, da un lato, aumenterà il pericolo del verificarsi di un “falso negativo” (ovvero di non riuscire a provare a sufficienza un'ipotesi in realtà vera) e, da un altro lato, ridurrà quello del concretizzarsi di un “falso positivo” (ossia di ritenere provata un'ipotesi falsa). Avere a mente tale proprietà è utile per comprendere, da un ulteriore angolo di visuale, il perché gli *standard* previsti per la decisione finale nell'ambito del procedimento penale siano configurati come i più esigenti. Ciò si deve al fatto che, mediante questa tipologia di norme, gli ordinamenti non cercano tanto di minimizzare il numero totale degli errori nella ricostruzione dei fatti³³, quanto piuttosto di limitare il rischio del verificarsi della categoria ritenuta più grave: la condanna di un innocente (falso positivo)³⁴. Non è, del resto, difficile rendersi conto di come, laddove si verifichi un esito di questo tipo, le conseguenze siano peggiori rispetto a quando un colpevole venga assolto. In tale evenienza, oltre a determinarsi un palese spreco delle risorse a disposizione della giustizia per perseguire i fatti di reato (ipotesi che si concretizzerebbe anche in caso di falso negativo), si verifica pure la limitazione indebita da parte dello Stato di diritti e libertà fondamentali dell'individuo; il che finisce per frustrare alla radice il raggiungimento di svariati scopi super-primari degli ordinamenti penali, connessi tanto alla presunzione d'innocenza³⁵, quanto, in tempi moderni, all'attribuzione delle pene di obiettivi tendenzialmente rieducativi, posto che le sanzioni si troverebbero a essere irrogate nei confronti di soggetti non meritevoli delle medesime.

Se un tanto è vero, il passo successivo è quello di chiedersi quanti esiti liberatori falsi sia disposto a sopportare un ordinamento al fine di evitare una condanna erronea. Si tratta di una domanda, che ha avuto, nei secoli, risposte eterogenee³⁶. Una delle posizioni più note assunte in proposito è quella di William Blackstone, il quale affermò: «*the law holds [...] that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer*»³⁷. Ma altri si sono spinti ancora oltre, sostenendo sia preferibile

³⁰ Cfr., in proposito, per tutti, J. Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale della prova*, Milano 2012, 145.

³¹ V., al riguardo, il par. seguente.

³² Per una diffusa analisi del tema cfr. J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., 115 ss.; L. Laudan, *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes 2016, 103 ss.; A. Stein, *op. cit.*, 118 ss.

³³ Cfr. G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 226, il quale giustamente precisa che lo scopo di ridurre il numero totale di errori dovrebbe essere perseguito non tanto tramite gli *standard* di prova, ma soprattutto mediante le regole che presiedono l'ammissione, l'acquisizione e la valutazione delle prove.

³⁴ Si veda, sul punto, G. Ubertis, *Fatto, prova e verità*, cit., 317.

³⁵ Come giustamente rilevano J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *op. cit.*, 457, «se non conosciamo quando la presunzione di innocenza, come regola di giudizio, può considerarsi superata a causa delle prove disponibili, nemmeno possiamo sapere se è stata violata».

³⁶ Per un'analisi diacronica in proposito, cfr. la nota sentenza della Corte suprema degli USA *Coffin et al. v. United States*, 4.3.1895, 156 U.S. 432.

³⁷ La citazione testuale è tratta da W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, Oxford 1770, 352.

assolvere un numero più elevato di colpevoli (finanche svariate centinaia), pur di evitare la condanna di un innocente³⁸. Al di là della retorica, è evidente che, al fondo di queste difformità, vi siano visioni, più o meno garantiste, circa la soglia in cui collocare l'ombrello di sufficienza probatoria per pronunciare una condanna.

Sul punto è, peraltro, opportuno precisare che, laddove si tenesse a mente il solo raggiungimento di obiettivi di protezione dell'innocente, si sarebbe portati a fissare uno *standard* pari alla certezza assoluta, onde irrogare una pena. Tuttavia, è bene chiarire fin da subito che fissare una regola di questo tipo produrrebbe gravi problemi di funzionalità per gli ordinamenti penali³⁹. Il principale è costituito dalla circostanza per cui, vista la natura logicamente non deduttiva, ma induttiva e abduttiva e, dunque, soggetta a margini di errore, del ragionamento probatorio⁴⁰, un tale criterio decisivo sarebbe, a rigore, irraggiungibile⁴¹. Ne consegue, pertanto, che tale opzione di politica normativa non farebbe altro che aumentare, in modo esponenziale, il numero delle false assoluzioni, impedendo ai sistemi penali di perseguire due ulteriori loro obiettivi irrinunciabili: cioè, quello di assicurare una repressione effettiva dei fatti di reato e, conseguentemente, una protezione adeguata della collettività e delle vittime dai comportamenti criminali. Non è dunque un caso che, per mettere in guardia da una scelta del genere, Gaetano Filangieri arrivò ad affermare, già alla fine del Settecento, che «cinque gradi di più di sicurezza nei giudizj costerebbero cento gradi di meno di sicurezza nella società»⁴².

Ma non va tralasciato che fissare delle soglie di sufficienza probatoria eccessivamente elevate rischia di dimostrarsi un paradossale *boomerang* anche da una prospettiva garantista. Come si avrà modo di osservare nel prossimo paragrafo, l'esperienza storica dei Paesi continentali dimostra che, pur di non far precipitare la capacità repressiva degli apparati penali, a causa di *standard* di prova difficilmente raggiungibili, i sistemi giuridici europei hanno tollerato la presenza di scorciatoie, tanto processuali, quanto sostanziali, lesive dei più basilari diritti fondamentali dell'individuo. Ne consegue che l'ideazione di tali norme costituisce un'attività estremamente delicata, anche perché ciò impone di raggiungere un complesso equilibrio tra esigenze di sicurezza sociale e di protezione dell'innocente. Comunque sia, la presa d'atto delle funzioni di rilievo primario, a cui sono preposti gli *standard*, fa comprendere quanto sia importante che essi siano formulati nel modo più preciso possibile, così da poter essere utilizzati agevolmente dagli operatori giuridici. È evidente, infatti, che i compiti affidati ai criteri decisori potranno essere svolti tanto meglio quanto più le parti e il giudice saranno capaci di identificare, senza incertezze di sorta, quando la singola soglia di sufficienza probatoria sia raggiunta o meno. In caso contrario, infatti, tali previsioni rischiano di risultare incapaci di guidare, in modo adeguato, i soggetti del procedimento.

Se ciò è vero, va, peraltro, rilevato come esista al riguardo una grave *impasse*: si allude al fatto che non vi è un'unanimità di vedute circa la strategia migliore da seguire, onde creare degli *standard* di prova davvero "efficienti", cioè capaci di adempiere, in modo economicamente appropriato, le

³⁸ Per ulteriori riferimenti sul punto, v. J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 126.

³⁹ V., in proposito, J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *op. cit.*, 460.

⁴⁰ Sulla natura probabilistica, in quanto fondata su una catena di inferenze induttive e abduttive, del ragionamento probatorio, v., per tutti, F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 106; P. Ferrua, *La prova*, cit., 84 ss.; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 166 ss.; G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 80 ss.

⁴¹ Come ricorda P. Ferrua, *op. ult. cit.*, 86, «le prove, per solide che siano, non determinano mai la colpevolezza, possono esclusivamente sotto-determinarla; nel linguaggio della scienza, le prove sotto-determinano le teorie, nel senso che, mentre una teoria implica certe conseguenze, queste ultime sono compatibili con una pluralità di teorie concorrenti. Altrettanto accade nel processo: quali che siano le prove, in linea puramente logica, è sempre possibile ipotizzare una spiegazione diversa della colpevolezza dell'imputato».

⁴² Cfr. G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, t. I, Venezia 1806, 157. Nello stesso senso, v. anche F. Foramiti, *Della forza legale delle prove ne giudizj criminali. Secondo il codice penale di S.M. Francesco II*, Venezia 1814, 4.

finalità loro assegnate⁴³. In proposito, è, infatti, riscontrabile una grande divisione, non priva di sfumature, tra concezioni “soggettive” e “oggettive” dei criteri decisori⁴⁴.

In estrema sintesi, ai sostenitori della prima categoria appartengono coloro che ritengono che il modo più adeguato, onde concepire gli *standard*, sarebbe quello di intenderli come norme che indichino delle soglie di persuasione o di convincimento, che le prove devono produrre nella mente del giudicante, affinché lo stesso possa considerare provata un’ipotesi sul fatto⁴⁵. In buona sostanza, secondo i fautori di questa interpretazione, che, come vedremo, è risultata negli ultimi secoli dominante, essi andrebbero costruiti facendo riferimento a una scala graduata di convinzioni dell’individuo, che dai livelli inferiori – la piena incertezza, il sospetto e il dubbio – sale, progressivamente, fino al massimo grado di persuasione, mai effettivamente raggiungibile: la certezza assoluta circa la verità di un’ipotesi.

Senonché, diversi autori, sia nell’ambito dei sistemi di *common law*, sia di tradizione continentale, hanno negli ultimi decenni sottoposto a dura critica siffatta concezione “soggettiva”⁴⁶. Al riguardo, si è, in particolare, osservato che, se così concepite, queste norme sarebbero incapaci, sia di limitare in modo adeguato la discrezionalità dei giudicanti, sia di mettere nelle condizioni le parti di prevedere *ex ante*, con una sufficiente dose di affidabilità, quando le stesse potranno essere soddisfatte onde ottenere una decisione loro favorevole. E ciò in particolare perché, fondandosi su un determinato livello di “credenza” interna da raggiungere, gli *standard* finirebbero per dipendere da un dato spesso imprevedibile: l’idoneità del singolo decisore a essere persuaso, più o meno facilmente, dalle prove. Il che finirebbe per provocare il rischio di una moltiplicazione esponenziale del novero dei criteri applicati in concreto, dipendendo gli stessi dalla sensibilità, più o meno marcata, del giudice.

Come si vedrà meglio in seguito, al fine di risolvere l’*impasse* sono state percorse strade eterogenee. Per un verso, vi è chi ha cercato di interpretare in chiave maggiormente “oggettiva” *standard* tradizionali, legando i medesimi a parametri di matrice epistemica e non al convincimento, più o meno fermo, del decisore⁴⁷. Una via ancora più netta è stata, invece, quella di proporre la loro totale sostituzione, con nuove norme depurate a livello linguistico da riferimenti alle credenze soggettive⁴⁸. Qualunque di queste opzioni sia stata prescelta, l’effetto comune è stato quello di porre l’accento su un’impostazione “oggettiva” nei confronti degli *standard*, tesa a concepirli quali norme che si fondano sul grado di conferma o di giustificazione razionale che le prove debbono fornire a un’ipotesi su un fatto, affinché la stessa possa essere accettata come provata⁴⁹.

⁴³ In merito al concetto di “efficienza”, v. l’ampia analisi semantica di G. Tuzet, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *MSCG* 2016, 217 ss.

⁴⁴ Cfr., in proposito, J. Della Torre, *Standard di prova e condanna penale: una ricostruzione metateorica e metagiurisprudenziale*, in *MSCG* 2015, 387 ss.

⁴⁵ In questo senso, v., ad esempio, K.M. Clermont, *op. cit.*, 4, il quale parla di *standard of persuasion*, definendoli come «*this particular measure of persuasion, of degree of belief, specifies the sureness required of a factfinder to decide that a contested fact exists*».

⁴⁶ Tra i molti, v. J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *op. cit.*, 456; S. Haack, *Evidence Matters, Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge 2014, 48 ss.; L. Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, in *Doxa* 2005, 95 ss.; Id., *Truth, Error and Criminal Law*, cit., *passim*; M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., 310.

⁴⁷ Come vedremo *infra*, par. 7, un percorso analogo è stato intrapreso sia in Italia, sia in altri Paesi appartenenti alla tradizione di *civil law* e di *common law*.

⁴⁸ Il rinvio va, ad esempio, alle proposte di J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 208 ss. e di L. Laudan, *Truth, Error and Criminal Law*, cit., 82 s.

⁴⁹ Non va, peraltro, tralasciato che alcuni autori hanno messo in dubbio la possibilità di formulare *standard* di prova davvero oggettivi: cfr., in proposito, le acute considerazioni espresse da D. Dei Vecchi, *Prueba sin convicción en su justa medida. The Objectivist Conception of Standards of Proof: Problems and Projects*, in *Doxa* 2022, 337 ss. e da D. González Lagier, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 2020, 79 ss. Per un’accurata difesa delle posizioni “oggettiviste”, v., invece, oltre a J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 203 ss., E.R. Aguilera, *Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídicos (razonablemente) objetivos*, in *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, a cura di C. Vázquez Rojas, Città del Messico 2021, 403 ss.

Giunti a questo punto, è, a ogni modo, il caso di rilevare che lo scontro tra concezioni “soggettive” e “oggettive” di tali norme non rappresenta una novità dell’epoca contemporanea, quanto piuttosto una questione storicamente irrisolta. Nel corso del tempo, si sono, infatti, susseguiti periodi in cui ha prevalso l’una o l’altra tra queste impostazioni. Onde rendersi conto di ciò, è, tuttavia, indispensabile adottare un approccio diacronico-descrittivo, volto a indagare più da vicino l’evoluzione avuta dai principali *standard* utilizzati negli ordinamenti giuridici occidentali, quale presupposto per emanare una condanna penale.

3. Una norma del Codice di Giustiniano invitava a non proporre un’accusa pubblica che non fosse fondata «su idonee testimonianze, chiarissimi documenti o indizi indubitati e più chiari della luce stessa»⁵⁰. Questa fonte ha rappresentato un punto di riferimento primario per la dottrina tardomedievale, la quale l’ha utilizzata come modello per stabilire il *gradus probationis* da raggiungere per emanare una condanna all’esito di un processo penale romano-canonico⁵¹. La regola generale, ribadita dai criminalisti dei maggiori Paesi europei sino all’epoca delle codificazioni⁵², era quella per cui, per accertare la responsabilità dell’inquisito, la sua colpevolezza doveva emergere in modo “più chiaro della luce di mezzogiorno” («*luce meridiana clariores*»)⁵³. Attraverso questa formula si intendeva indicare una situazione di particolare evidenza, che poteva dirsi soddisfatta solo se, all’esito del procedimento, la prova del crimine risultasse, a seconda della terminologia impiegata dai singoli autori, “*plena*”, “*indubitata*”, “*apertissima*” o “*liquidissima*”⁵⁴.

Un altro importante punto di riferimento, tratto dal diritto romano, a sostegno della necessità di raggiungere una particolare pienezza della prova, era costituito da un rescritto dell’imperatore Traiano, raccolto all’interno del Digesto⁵⁵. Ci si riferisce alla cosiddetta *lex absentem*, all’interno della quale compariva il principio garantista secondo cui «*satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*»⁵⁶. La valorizzazione di questa massima – che, secondo alcuni,

⁵⁰ Il riferimento va a C. 4.19.25, ove, più precisamente, si affermava: «*sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita*». Una versione precedente della medesima regola, sviluppata a partire da una costituzione degli imperatori Graziano, Teodosio e Valentiniano, era inserita nel Codice Teodosiano (C. Th. 9.37.3).

⁵¹ Cfr., ad esempio, il *Tractatus Universi Iuris, Duce, et Auspice Gregorius XIII, in unum congesti*, Venezia 1554, t. XI, parte I, 264, § 10, ove si afferma che «*alius gradus probationis, quando procedendum est ad sententiam, & condemnationem, nam tunc luce meridiana clariores requiruntur*». Nella letteratura contemporanea, v. G. Alessi, *op. cit.*, 3-6; L. Garlati, *Il diabolico intreccio. Reo convinto e indizi indubitati nel commento di Bartolomeo da Saliceto (C. 4.19.25): alle radici di un problema*, in “*Panta rei*”. Studi dedicati a Manlio Bellomo, t. II, Roma, 2004, 395 s.; I. Rosoni, *op. cit.*, 70 s.

⁵² Si vedano, tra i tanti, E. Bossi, *Tractatus varii, tit. de Oppositionibus contra testes*, Lugduni 1566, 449, § 90; G. Claro, *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis, Liber V, quae. LXVI*, Lugduni 1575, 455, § 3; A. Conciolo, *Resolutiones criminales, resolutio III*, Macerata 1688, 514, § 1; B. Carpzov, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium, pars. III, quae. CXIV*, Francoforte 1658, 128, § 5; T. Deciani, *Tractatus criminalis, tit. De probationibus*, Francoforte 1613, 358; A.-M. Poullain-Duparc, *Principe du droit français, suivant les maximes de Bretagne*, Rennes 1771, t. XI, 112, § 41; P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis, pars. III, quae. 86*, Lugduni 1616, § 78 ss.; C. Le Brun de La Rochette, *Le Procès criminel divisé en deux livres*, Lione 1683, vol. II, § 141; G. Mascardi, *De probationibus*, vol. I, conclusio 459, Francoforte 1585, 284, § 2 e 14; I. Menochio, *Consiliorum sive Responsorum, Liber V, Consilium CDXXXI*, Francoforte 1625, 71, § 41; A. Merenda, *Controversiarum Iuris*, t. IV, p. II, Bruxelles 1746, 489, § 17; Baldo degli Ubaldi, *In Quartum et Quintum Codicis Libr., tit. De Probation., Lex XXV, Sciant cuncti*, Lugduni 1585, § 1.

⁵³ Il concetto desumibile dalla costituzione *sciant cuncti* è stato enfatizzato dai glossatori, mediante l’interpolazione dell’aggettivo “*meridiana*”: su questo aspetto, v. G. Alessi, *op. cit.*, 5, nonché Garlati, *op. ult. cit.*, 397, nt. 25.

⁵⁴ Cfr., al riguardo, A. Allard, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Gand e Parigi 1868, 244.

⁵⁵ Il rinvio va a D 48.19.5, sul quale v. G. Alessi, *op. cit.*, 5, nt. 5.

⁵⁶ Tale massima è stata costantemente ribadita dalla dottrina del diritto comune: cfr., per tutti, Azzone, *Lectura sive Commentarius in Codicem iustinianum*, Parigi 1611, t. I, 286; G. Durante, *Speculum II.2, tit. de presumptionibus*, Lugduni 1547, 150. Il principio in questione ha avuto talmente successo, da trovarsi codificato anche in alcuni testi della prima età moderna, come l’Ordinanza di Bamberg del 1507 (art. 13). Sul punto, v. E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia 2013, 41 s. Come ricorda Id., «*Sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem*

rappresenterebbe la prima proclamazione ufficiale della regola di giudizio della presunzione d'innocenza, cioè l'*in dubio pro reo*⁵⁷ – consente di comprendere come anche gli ordinamenti romano-canonici avvertissero chiaramente l'esigenza, sopra menzionata, di strutturare gli *standard* penalistici, in modo da favorire le false assoluzioni rispetto alle erronee condanne⁵⁸.

Le analogie non si fermano però qui. I criminalisti continentali si giovarono dell'inciso "*luce clarioribus*" anche al fine di sottolineare il maggior rigore probatorio richiesto per condannare un soggetto in ambito penale rispetto a quello civile⁵⁹. Prendiamo, in proposito, quale esempio uno dei più noti giuristi italiani del Trecento: Baldo degli Ubaldi. Ebbene, non è un caso che egli sentisse la necessità di dedicare ampio spazio a questa tematica all'interno del proprio commento alla costituzione *sciant cuncti*, arrivando alla conclusione per cui le prove penali dovesse superare quelle civili, non solo per quanto concerne il metodo attraverso cui venivano formate, ma anche per la loro più elevata capacità dimostrativa⁶⁰. Così facendo, Baldo sviluppò una linea di pensiero che, tanto prima⁶¹, quanto dopo di lui⁶², rappresentò una costante per i giuristi europei, i quali erano fermi nel ritenere che «*maius est periculum ibi cautius est providendum*»⁶³. Il che fa comprendere come gli ordinamenti romano-canonici avessero già instaurato un ben definito legame proporzionale tra valore dei beni giuridici in gioco in un determinato procedimento e natura più o meno esigente degli *standard* probatori. Nel penale, specie allorquando doveva essere emanata la "pena ordinaria", cioè quella determinata dalla normativa o dalla consuetudine, di norma costituita da gravi pene corporali o dalla pena di morte⁶⁴, la regola generale era quella per cui il livello probatorio da raggiungere dovesse essere il più alto possibile.

La natura assai esigente dei criteri decisori da rispettare si coglie anche esaminando le classificazioni più marcatamente "soggettive" del fenomeno probatorio, sviluppate da alcuni importanti giuristi. Assumiamo, questa volta, come punto di riferimento il più celebre dei postglossatori: Bartolo da Sassoferrato. Impiegando i raffinati metodi di classificazione della logica aristotelico-tomistica e della scolastica, egli costruì una scala progressiva dei "gradi della prova", la quale partiva dal "dubbio" e, passando per il "sospetto" e l'"opinione", trovava il suo culmine nella "*perfecta credulitas*"; locuzione, questa, ritenuta sinonimica rispetto a quella di "*perfecta probatio*"⁶⁵. Tale

damnare». *I dubbi del giudice e le risposte del giurista nel consilium I, 133 di Giasone del Maino*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia* 2020, 123 s. anche tale formula giustiniana fu enfatizzata ulteriormente nell'ambito del diritto comune, venendo trasformata in «*sanctius est impunitum relinqui*».

⁵⁷ Si allude all'opinione di F. Fasolino, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino 2016, 45 ss. Più in generale, in merito alla regola di giudizio della presunzione d'innocenza, v., per tutti, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, *passim* e P.P. Paulesu, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁸ Cfr., al riguardo, l'autorevole opinione di J. de Coras, In aliquot titulos & capita legum Secundi ac tertii tomi Pandectarum, Lugduni 1568, 373, § 11 e di A. von Gail, *Practicarum observationum*, Coloniae Agrippinae 1678, 45, § 7, ove si legge che «*in dubio melius est nocentem absolvere, quam innocentem codemnare*».

⁵⁹ Si veda, in proposito, G. Alessi, *op. cit.*, 4, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

⁶⁰ Baldo degli Ubaldi, *op. cit.*, § 8, il quale più precisamente affermava che le prove penali dovevano superare quelle civili per la loro «*qualitate demonstrativa*».

⁶¹ V., ad esempio, Alberto da Gandino, *Tractatus de Maleficiis*, tit. *De Praesump. et indicis*, in *Tractatus diversi super maleficiis*, Lugduni 1555, 67.

⁶² Cfr., tra i molti, B. Carpzov, *op. cit.*, 128 e P. Farinacci, *Tractatus integer de testibus*, Norimberga 1677, 129, § 31.

⁶³ In argomento, v. Bartolomeo da Saliceto, In Tertium & Quartum Codicis Libros, De probationibus, lex XXV, Francoforte 1615, 654. A detta di A. Allard, *op. cit.*, 244 sarebbe stata, infatti, già diffusa a quel tempo l'idea per cui «*quo gravior poena imminet, eo fortiolem probationem desiderari*».

⁶⁴ Cfr., al riguardo, in modo particolarmente chiaro, A. Borghi, *Istituzioni criminali*, tit. *Delle Pene*, Pisa 1768, in www.idr.unipi.it, 162, il quale alla metà del Settecento affermava ancora che «secondo l'uso del foro la pena ordinaria s'intende la pena della morte».

⁶⁵ Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in Secundum Digesti Veteris Partem*, ad D. 12.2.31, Basilea 1562, 564, 23. In merito a tale definizione di Bartolo, cfr. M. Damaška, *op. cit.*, 33 e R.M. Fraher, *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*, in *Law and History Review* 1989, 51 s.

soglia era, a suo dire, soddisfatta solo nel caso in cui le prove fossero in grado di far sì che il decisore non avesse più alcun dubbio circa il fatto che le cose fossero potute andare diversamente⁶⁶. Quanto appena osservato permette di comprendere come, già in questo periodo, fosse iniziata la prassi, che sta alla base dei cosiddetti *standard* “soggettivi”, di rapportare la tipologia e la quantità delle prove raccolte a diversi livelli di convincimento del giudice.

In proposito, va inoltre precisato che Bartolo collocava la *perfecta probatio* a un livello inferiore rispetto alla *scientia vera*, cioè alla piena certezza circa la verità di un’ipotesi⁶⁷. E ciò in quanto egli era ben conscio di come, vista la fallibilità del ragionamento probatorio, un tale criterio non sarebbe stato concretamente raggiungibile nell’ambito di un procedimento giudiziario. Così facendo, si pose in una linea di continuità con quanto affermato, pochi decenni prima, dal più celebre teologo del tempo: Tommaso d’Aquino, il quale era giunto alla conclusione per cui, per quanto riguarda le vicende umane, non si potesse raggiungere una certezza “dimostrativa”, ma fosse necessario accontentarsi di una «*probabilis certitudo, quae ut in pluribus veritatem attingat, etsi in paucioribus a veritate deficiat*»⁶⁸. Come vedremo nel prossimo paragrafo, teorie analoghe a questa costituirono il punto di partenza da cui, con il passare dei secoli, si sviluppò il movimento di pensiero che diede vita agli *standard* di prova utilizzati negli ordinamenti penali contemporanei.

Poste queste premesse, si può ora concentrare l’attenzione su quella che, per la presente analisi, risulta essere la peculiarità principale dell’esperienza degli ordinamenti romano-canonici: l’aver cercato di “oggettivizzare” il ragionamento probatorio in generale e gli *standard* di prova in particolare, tramite la fissazione di una serie di criteri di valutazione “positivi” della prova⁶⁹, ovvero norme la cui specificità più evidente è quella di indicare *ex ante* quale valore conoscitivo sia necessario attribuire a una dato elemento probatorio, nel caso in cui esso presenti determinate caratteristiche⁷⁰. Il riferimento va allo sviluppo del più generale “sistema delle prove legali”⁷¹, concepito inizialmente a livello dottrinale a partire dall’epoca tardomedievale⁷², cristallizzato, in seguito, in alcuni importanti testi normativi cinquecenteschi⁷³, e poi rimasto in vigore nei principali sistemi giuridici europei sino all’epoca delle codificazioni⁷⁴, il quale si articolò nella minuziosa predeterminazione dei caratteri e

⁶⁶ Bartolo da Sassoferrato, *op. cit.*, 564, § 23, ove si afferma testualmente che «*si iudici appareat tantu, & firmiter adhererat uni parti, abseque aliquo dubio alicuius contrarii, tunc dicitur perfecta credulitas seu perfecta probatio, nec est tunc causa dubia*». Nello stesso senso, v., tra i molti, S. Bertrandi, *Consiliorum Sive Responsorum, Consilium CXLII*, Francoforte 1603, 159; L. de Molina, *De Iustitia et Iure*, t. III, parte I, Moguntiae 1659, 1249. Vale la pena di precisare che una spiegazione di questo tipo non può stupire, dal momento che essa rispecchia appieno una diffusa linea di tendenza tra i giuristi romano-canonici, improntata a ricollegare la definizione stessa del concetto di prova a un *quid* che consente di fare luce su una situazione dubbia. Si vedano, ad esempio, le molteplici definizioni (come «*probatio est rei dubiae per argumenta obstensio*», oppure «*rei dubiae certa fides & indubitabilis demonstratio*») riportate da F. Pacciani, *De Probationibus. Libri duo*, Francoforte e Lipsia 1709, 6, § 1-12.

⁶⁷ Bartolo da Sassoferrato, *op. cit.*, 563, § 16-18.

⁶⁸ Tommaso D’Aquino, *Summa Theologiae*, II, II, 70, art. 2, n. 1. In argomento, cfr. M. Pifferi, *Le insanabili antinomie della tortura. Modelli di verità e significato del dolore nella quaestio per tormenta medievale*, in *questa Rivista*, 9.9.2019, 12.

⁶⁹ Per la distinzione tra criteri di valutazione positivi e negativi, cfr., per tutti, M. Daniele, *Regole di esclusione*, cit., 65 ss. e 119 ss.

⁷⁰ Si veda, in proposito, ancora M. Daniele, *op. ult. cit.*, 66.

⁷¹ Come ricordato da M. Damaška, *op. cit.*, 92 ss. non va tralasciato come il sistema delle prove legali non ricomprendesse al suo interno solo regole di valutazione, ma anche norme riguardanti l’ammissibilità delle prove. Cfr., in proposito, nella letteratura italiana, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 66.

⁷² Sul ruolo giocato in particolare dalla dottrina canonistica a questo riguardo, v. G. Alessi, *op. cit.*, 8 e, in particolare, la nt. 8. Per un’accurata ricostruzione delle diverse teorie esistenti sulle origini del sistema delle prove legali, cfr. il recente studio di M. Damaška, *op. cit.*, 10-26.

⁷³ L’articolato *corpus* delle regole di valutazione romano-canoniche si trovano, ad esempio, cristallizzate nella *Constitutio criminalis Carolina* del 1532, di cui si può ritrovare una traduzione in lingua inglese in J. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge (MA) 1974, 259 ss.

⁷⁴ Si veda, sul punto, M. Damaška, *op. cit.*, 7, il quale ricorda come in alcuni Paesi continentali la teorica delle prove legali è durata fino al ventesimo secolo. A ben vedere, si può in proposito osservare che in certi Stati del Sud America le

del valore di ogni prova o indizio e nella loro classificazione in un complicato modello gerarchico⁷⁵. Come noto, tale modello probatorio fu istituito onde perseguire un duplice scopo: da un lato, «esso si pose come una sorta di contrappeso al potere del giudice, costituendo, in tal senso, “un rispettabile tentativo di sradicare l’arbitrio dal giudizio di fatto”»; da un altro lato, questo sistema «mirava a razionalizzare le tecniche del conoscere giudiziale, attraverso un metodo forgiato sulla base di una secolare esperienza»⁷⁶.

Al riguardo, è, anzitutto, utile notare come le regole di valutazione della prova di stampo romano-canonico presentassero, a livello strutturale, uno schema ricorrente, essendo formate da due elementi distinti, pur tra loro collegati⁷⁷. Più in particolare, queste norme indicavano, per un verso, le proprietà numeriche e/o qualitative che un determinato mezzo di prova doveva possedere e, per un altro, il valore probatorio da attribuire allo stesso, nel caso in cui il giudice ritenesse in concreto soddisfatte le condizioni prestabilite dalla singola norma. Il ponte tra questi due elementi era costituito da un’inferenza predeterminata a livello legale, fondata sulla generalizzazione di elementi ritenuti, secondo la logica del tempo, un valido fondamento gnoseologico per il conoscere giudiziale, quali principi religiosi, frammenti romanistici oppure, ancora, massime di esperienza ritenute consolidate. Prendiamo ad esempio una delle più classiche regole di prova legale: cioè, quella per cui la deposizione di due testimoni diretti, concordi e degni di fede era idonea a provare una determinata affermazione su un fatto⁷⁸. Ebbene, una regola di questo tipo era scomponibile in due parti: la prima indicava il numero e la qualità che i testimoni dovevano possedere (ad esempio essere più di uno, aver visto direttamente l’inquisito commettere l’azione, non trovarsi in una delle numerose situazioni di incapacità a testimoniare stabilire dalle fonti del tempo, risultare pienamente concordi nella narrazione) e la seconda predefiniva il valore da attribuire alle loro dichiarazioni, laddove tutti i requisiti fissati nella prima parte della fattispecie fossero accertati in concreto dal decisore (ovvero il fatto che esse costituissero congiuntamente una “prova piena”⁷⁹). Infine, va notato come al fondo dell’inferenza normativa, che collegava tali elementi, stessero, sia una massima contenuta nella Bibbia⁸⁰, sia indicazioni contenute in fonti romanistiche⁸¹.

Ciò posto, è possibile ora concentrare l’attenzione sulla stretta correlazione, che esisteva tra il criterio della *luce meridiana clariores* e le norme di prova legale. In proposito, va, anzitutto, rilevato che tale *standard* si limitava, per parte sua, a fissare una soglia da raggiungere all’esito del procedimento probatorio, onde condannare, mentre non indicava le caratteristiche che le singole prove dovessero possedere, al fine di addivenire a un tale risultato. Ebbene, uno degli scopi principali per cui molti criteri di valutazione vennero elaborati fu proprio quello di creare un regime di «certezza legale»⁸² sul punto: mediante queste norme si cercò, infatti, di stabilire *ex ante* quali e quanti elementi probatori fossero in grado di dar vita alla situazione di evidenza richiesta dalla costituzione *sciant cuncti*⁸³.

relique del vecchio modello sono ancora osservabili: cfr., ad esempio, l’esperienza dell’Uruguay dove l’antica categoria della “prova semipiena” compare finanche all’art. 15 della Carta costituzionale.

⁷⁵ Cfr., sul punto, J.P. Levy, *op. cit.*, 7, il quale precisa che il termine “gerarchia” in questo contesto «signifie évidemment que toutes les preuves n’ont pas une autorité égale: les unes suffisent pour décider du procès, les autres doivent être complétées, ou encore certaines l’emportent sur les autres».

⁷⁶ Entrambe le citazioni testuali sono tratte da M. Nobili, *op. cit.*, 108-110.

⁷⁷ Si veda, al riguardo, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 72.

⁷⁸ Cfr. l’art. 67 della *Constitutio criminalis Carolina*. Per una compiuta analisi di tale regola: cfr. M. Damaška, *op. cit.*, 59-65, nonché il classico studio di A. Padoa-Schioppa, «Unus testis nullus testis», *note sulla scomparsa di una regola processuale*, in *Studia ghisleriana*, Pavia 1967, vol. IV, 334 ss.

⁷⁹ In merito a tale categoria, cfr. più avanti nel testo.

⁸⁰ *Deuteronomio*, 19:15-17 e il *Vangelo secondo Giovanni* 8: 17-18.

⁸¹ Il riferimento va alla Costituzione di Costantino, contenuta in C Th. 11.39.3.1 e ripresa in C. 4.20.9.

⁸² Circa questa nozione, diffusa soprattutto nella trattatistica Ottocentesca, v. C.J.A. Mittermaier, *Trattato della pruova in materia penale*, Napoli 1850, 100 s., nonché, nella dottrina italiana, F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. II, Firenze 1897, 404 s. e G. Salvio, *op. cit.*, 473.

⁸³ In proposito, cfr., ad esempio, J. de Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, cap. XLIX, Antwerp 15546, § 6; A. von Gail, *op. cit.*, 45, § 5 ss.; D. Toschi, *Practicarum conclusionum iuris*, *Concl.* DCCLXXXIX, Roma 1606, 616, § 4 ss.

L'obiettivo dei criteri positivi di valutazione della prova fu, in altre parole, quello di risolvere il problema dell'indeterminatezza della soglia da raggiungere per condannare «col compasso della legge»⁸⁴ e, cioè, attraverso la predeterminazione normativa del valore probatorio da attribuire agli elementi conoscitivi, che potessero giungere all'attenzione del decisore. Si pensi, ancora una volta, alla tradizionale «regola dei due testimoni»: si trattava di una norma sulla qualità e sulla quantità delle testimonianze e, allo stesso tempo, fissava una soglia, ritenuta in grado di soddisfare il relativo *standard* della *luce meridiana clariores*. Il che è utile, in definitiva, per comprendere, da una prospettiva concreta, come, nel sistema in questione, *standard* di prova e criteri di valutazione positivi, pur costituendo, a rigore, istituti diversi, fossero inscindibilmente connessi a livello funzionale⁸⁵, dal momento che i secondi servivano per capire quando fossero soddisfatti i primi.

Quanto appena osservato non deve, tuttavia, far pensare che il regime probatorio romano-canonico «abbia funzionato – anche nel momento della sua più compiuta formulazione – in virtù di un rigido automatismo»⁸⁶. Al riguardo, autorevole dottrina⁸⁷ ha, infatti, messo in dubbio l'idea tradizionale, frutto delle idee dei riformatori settecenteschi⁸⁸, per cui le regole di prova legale avrebbero obbligato il giudice a condannare in modo del tutto indipendente dal proprio convincimento⁸⁹. Questi studi hanno, più in particolare, sostenuto che l'inferenza normativa, sottostante ai singoli criteri di valutazione, scattasse solo nel caso in cui il giudice ritenesse che il singolo mezzo di prova acquisito rispettasse, in concreto, una serie di requisiti, tanto formali, quanto sostanziali, i quali finivano per lasciare al medesimo non trascurabili margini di autonomia di giudizio⁹⁰. Ecco perché alcuni autori hanno relativizzato la distanza che separa gli ordinamenti continentali attuali, ispirati al principio

Nella letteratura contemporanea, v., in proposito, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 72.

⁸⁴ L'espressione è mutuata da F. Arrivabene, *Della certezza morale nei giudicj penali*, Brescia 1814, 24, il quale definisce il sistema delle prove legali come «quel criterio, che misura le prove col compasso della legge, che va in traccia della verità colla fiaccola della giurisprudenza, che nega l'esistenza di quanto non sia giudizialmente allegato e provato».

⁸⁵ In merito alla connessione funzionale esistente tra *standard* di prova e criteri di valutazione, cfr. G. Tuzet, *Assessment criteria*, cit., 105, il quale osserva che «*criteria indicate how to assess evidence and standards indicate how to make a decision once the evidence at disposal has been assessed*».

⁸⁶ Sono parole di M. Nobili, *op. cit.*, 113.

⁸⁷ Si allude, in particolare, all'ampio studio di M. Damaška, *op. cit.*, 113, il quale sostiene che il sistema probatorio romano-canonico avrebbe prodotto al massimo l'effetto "negativo" di vietare al giudice di condannare alla pena ordinaria, se la propria convinzione interna non fosse sostenuta dall'acquisizione di una prova legale idonea a sostenere un tale esito. In termini ancora più netti, cfr. R.M. Fraher, *op. cit.*, 23 ss. e J. Franklin, *The Science of Conjecture. Evidence and Probability Before Pascal*, Baltimora 2001, 19. Anche nella dottrina italiana è stata sostenuta la necessità di rigettare «la lettura del regime di prove legali effettuata dai riformatori del Settecento, che per criticarlo lo ingabbiano in una struttura [...] artificiale [...] non sempre corrispondente a quella che emerge da una più libera analisi». Cfr., in questo senso, L. Garlati, *op. ult. cit.*, 391, la quale ritiene che «ciò che non è consentito al giudice dal meccanismo di prove legali è di pronunciarsi se la certezza morale da lui raggiunta non è al contempo corredata da prove rituali e necessarie per dare spessore alla convinzione acquisita "in coscienza"». Circa la necessità di interpretare in modo più flessibile il modello probatorio romano-canonico, in precedenza, v. già G. Alessi, *op. cit.*, 7, nt. 7 e I. Rosoni, *op. cit.*, 40.

⁸⁸ Si legga, ad esempio, il discorso di J.G. Thouret, pronunciato l'11.1.1791, in seno all'Assemblea costituente francese, nell'ambito dei lavori preparatori del *Décret* sull'istituzione delle giurie e sull'introduzione dell'*intime conviction* (sul punto, v. *sub par.* 5), in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Recueil Complet des Débats Législatifs and Politiques des Chambres Françaises*, diretti da M.J. Mavidal e da M.E. Laurent, *Première Série*, t. XXII, Parigi 1885, 132, il quale riporta un caso, deciso dal *Tournelle* di Parigi, in cui un giudice era stato rimproverato dal presidente del collegio perché, invocando la propria convinzione morale, si rifiutava di condannare dei prevenuti.

⁸⁹ A questo proposito è rimasta celebre l'immagine di A. Esmein, *op. cit.*, 260, a detta del quale il giudice nel sistema romano-canonico sarebbe stato trasformato in «*un clavier, qui répond inévitablement lorsqu'on frappe certaines touches*». L'opinione tradizionale si può ritrovare ben espressa in G. Salvio, *op. cit.*, 473, secondo cui in tale sistema il giudice sarebbe stato tenuto ad «applicare la pena a colui che la legge in tal guisa dichiarava *autore cognito* di un misfatto, anche quando la convinzione del giudice fosse diversa». Cfr., nello stesso senso, F. Carrara, *op. cit.*, 404 e C.J.A. Mittermaier, *Teoria della prova nel processo penale*, Milano 1859, 109, nonché, più di recente, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 72.

⁹⁰ Cfr., in proposito, l'analisi di M. Damaška, *op. cit.*, 59-81. Nella dottrina italiana, cfr., per considerazioni simili, F.M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano 1997, 29 e G. Uberti, *Principi*, cit., 39.

generale della libera valutazione delle prove, da quelli del passato, fondati sulle prove legali, giungendo alla conclusione per cui i secondi non avrebbero davvero trasformato del tutto il giudice in un automa, ma realizzato una certa sintesi tra libertà del decisore e rispetto delle regole astratte⁹¹. Per quanto qui rileva, va, in ogni caso, osservato che vi è un aspetto con riferimento al quale i sistemi romano-canonici furono caratterizzati da una notevole dose di rigidità: ci si riferisce, in particolare, al tentativo di stabilire *ex ante* quali e quante prove fossero necessarie per condannare l'inquisito alla "pena ordinaria". A questo proposito, viene in rilievo la celebre sotto-classificazione⁹², anch'essa oggetto di feroci polemiche da parte degli illuministi⁹³, tra lo *standard* della "prova piena"⁹⁴, ossia quella che «*tantum fides facit, quantum ad finiendum controversiam sufficit*»⁹⁵, e della "prova semipiena", cioè incompleta⁹⁶. Da siffatta distinzione derivavano conseguenze di rilievo primario sul piano giuridico: solo le prime erano, infatti, ritenute sicuramente capaci di soddisfare l'ideale della *luce meridiana clariores*, giustificando così l'applicazione delle sanzioni penali più gravi⁹⁷.

Al riguardo, va, tuttavia, precisato che i sistemi romano-canonici manifestarono la tendenza a circoscrivere la qualifica di "*plena probatio*", mediante un novero di criteri di valutazione positivi, a una ristretta cerchia di tipologie di prove⁹⁸, idonee a rappresentare direttamente il fatto di reato – come la già menzionata ipotesi della duplice testimonianza, ovvero, ancora, i documenti sottoscritti o comunque autenticati dall'inquisito⁹⁹ – oppure, in ogni caso, riconducibili a una categoria dell'evidenza – e qui il riferimento primario va alla confessione che in origine veniva fatta rientrare nella categoria del *notorium*¹⁰⁰. Per contro, le prove rappresentative mancanti di qualche requisito, o, semplicemente, quelle indiziarie vennero classificate come "minori"¹⁰¹: per tale motivo, esse vennero collocate tra le "prove semipiene"¹⁰², oppure persino in categorie inferiori¹⁰³, e furono ritenute, di regola, inadeguate a costituire il fondamento per l'applicazione delle più gravi sanzioni corporali o

⁹¹ Si leggano, al riguardo, nella dottrina italiana le considerazioni di L. Garlati, *op. ult. cit.*, 391, secondo la quale in tale modello probatorio «il giurista indica al giudice il valore vincolante dei differenti strumenti di prova e gli effetti che ne derivano, ma senza ridurlo ad un automa, mero esecutore delle indicazioni dottrinali. Nella concreta dinamica processuale il giudice continua a godere di margini più o meno ampi di libertà e sono quelli a garantire, alla fine, il buon funzionamento del sistema». A sostegno di questa tesi, si possono portare le parole di P. Farinacci, *Consilia sive responsa atque decisiones causarum criminalium*, Colonia 1649, vol. I, 430, *concl.* 70, § 63, a detta del quale «*probationes omnes sunt iudici arbitrarie, potestque iudex ex variis & diversis animi motibus ad perfectam probationem, & credulitatem induci*».

⁹² Sulla quale v., ampiamente, nella letteratura contemporanea, I. Rosoni, *op. cit.*, 73 ss.

⁹³ Cfr., ad esempio, Voltaire, *Oeuvres complètes*, t. XIX, Parigi 1860, 488, che critica la categoria delle "prove semipiene", affermando che le stesse «*ne sont que des doutes; car on sait qu'il n'y a point de demi-vérités*».

⁹⁴ Circa la classificazione di tale categoria come *standard* di prova, cfr., condivisibilmente, J.N. Fenoll, *op. cit.*, 129, il quale ricorda come alcuni autori (tra cui, ad esempio, Azzone) utilizzassero anche la categoria della "*probatio plenissima*".

⁹⁵ Sono parole di G. Mascardi, *op. cit.*, *quae*. IV, 4, § 16. Nello stesso senso, v., autorevolmente, P. Farinacci, *Praxis et theoria criminalis, pars. primae*, t. II, *quaest.* XXXVI, Venezia 1609, 103, § 20.

⁹⁶ In proposito, v. G. Mascardi, *op. cit.*, 4, § 17, secondo cui la prova semipiena sarebbe stata quella che «*per quam rei gestae fides aliqua fit iudici, non tamen tanta, ut iure eam debeat sequi in sententia dicenda*». In termini analoghi, v. pure P. Farinacci, *op. ult. cit.*, 103, § 21.

⁹⁷ Si veda, al riguardo, con particolare chiarezza, G. Alessi, *op. cit.*, 43, secondo cui «la massima pena richiedeva una massima colpevolezza ed una piena prova».

⁹⁸ Sul punto v. l'autorevole opinione di J. de Damhouder, *op. cit.*, 128, il quale faceva rientrare in tale categoria solo le fattispecie della duplice testimonianza, della confessione giudiziale e dell'*evidentia facti*.

⁹⁹ In merito a tale categoria, v. M. Daniele, *op. ult. cit.*, 75.

¹⁰⁰ Cfr., a questo proposito, J.P. Levy, *op. cit.*, 53 ss., nonché P. Marchetti, *op. cit.*, 27 s. e I. Rosoni, *op. cit.*, 75.

¹⁰¹ Cfr. ancora J. de Damhouder, *op. cit.*, 128, § 4-7.

¹⁰² Sul punto, v. I. Rosoni, *op. cit.*, 81.

¹⁰³ Vedi, ad esempio, G. Claro, *op. cit.*, 298, § 1 «*et hoc credo proprie in hac materia appellari posse indicium, quod scilicet sit plus quam simplex praesumptio, et minus quam semiplena probatio*». In senso critico rispetto alla svalutazione della categoria dell'indizio, cfr., seppur in epoca più tarda, T. Nani, *De indiciis, eorumque usu in cognoscendis criminibus*, Ticini Regii 1781, 9 s. Nella letteratura contemporanea, con riguardo a tale opera, v., in particolare, E. Dezza, *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano 1992.

capitali¹⁰⁴. Dalle opere dottrinali, questa classificazione trovò poi eco in alcuni importanti testi normativi dell'età moderna. Non è, ad esempio, un caso che l'art. 22 della *Constitutio criminalis Carolina* vietasse, per parte sua, la possibilità di condannare sulla base di indizi¹⁰⁵. Così facendo, infatti, tale testo non fece altro che recepire, estremizzandola, la sfiducia già manifestata dai giuristi medievali nei confronti delle *probationes artificiales*.

Ciò posto, non è difficile rendersi conto di come questa costruzione gerarchica potesse produrre non trascurabili problemi di ordine pratico. Difatti, non essendo sempre facile acquisire delle prove caratterizzate da tutti i requisiti per essere considerate “piene”, un regime di questo tipo, se inteso rigidamente, rischiava di impedire, in un numero significativo di casi, la punizione dei colpevoli, pur in presenza di gravi evidenze della loro colpevolezza¹⁰⁶; con tutto ciò che ne sarebbe conseguito in termini di perdita di capacità repressiva dei sistemi penali e di incremento del rischio, sempre presente, del propagarsi di spirali di vendetta da parte delle vittime. Ed è stata anche la volontà di limitare questi rischi – sommata ad altri elementi, quale la progressiva diffusione di un modello processuale generale di stampo inquisitorio, prevalentemente scritto e segreto¹⁰⁷ – ad aver portato i sistemi romano-canonici a focalizzare sempre più l'attenzione su una categoria di prove piene, considerata più facilmente reperibile rispetto alle altre: la confessione giudiziale, la quale, con il tempo, è stata posta a tal punto al centro dei sistemi continentali da assurgere al ruolo di *regina probationis*¹⁰⁸. Come è risaputo, la volontà di ottenere un alto numero di confessioni ha prodotto, poi, a cascata, “frutti avvelenati”. Ciò ha, in particolare, contribuito alla diffusione di quel metodo, eticamente inaccettabile, di “estorsione” delle dichiarazioni *contra se*, impiegato, con alterne fortune, dai sistemi romano-canonici fino all'Illuminismo: la tortura giudiziale¹⁰⁹. Il che fa comprendere, da una prospettiva concreta, quanto la scelta di porre *standard* probatori troppo elevati rispetto alle capacità effettive del sistema giuridico si sia, in questo caso, trasformata in un pericoloso *boomerang* per i diritti fondamentali dei prevenuti: essa ha rappresentato, infatti, uno dei motori che hanno favorito lo sviluppo di alcuni degli strumenti più terribili della macchina inquisitoria.

A questi problemi si andavano poi a sommare delicate questioni teoriche, derivanti dalla difficoltà di conciliare la svalutazione della prova indiziaria, a cui si è fatto cenno, con le indicazioni di segno opposto, provenienti dal diritto romano¹¹⁰. In proposito, anche a tacere di altre fonti, basti rammentare la già citata costituzione *sciunt cuncti*, la quale, come si è visto, oltre ad attribuire anche agli indizi, purché fossero “indubitati”, la qualifica di prove “*luce clarioribus*”, li parificava a due categorie di prove piene, cioè le testimonianze e la prova scritta. Il che rendeva, evidentemente, difficile giustificare la tendenza a negare un peso, anche decisivo, a questa categoria, dal momento che la stessa fonte, da cui era derivato il principale *standard* penalistico, la valorizzava.

Tenuto conto di ciò, non stupirà che il quesito circa il ruolo da attribuire agli “indizi indubitati”, all'interno del processo penale romano-canonico, abbia rappresentato una delle tematiche più dibattute della letteratura europea sino all'epoca delle codificazioni¹¹¹.

¹⁰⁴ Al riguardo, v. G. Alessi, *op. cit.*, 14; E. Dezza, *op. ult. cit.*, 63; I. Rosoni, *op. cit.*, 124 ss.

¹⁰⁵ Cfr. J. Langbein, *op. cit.*, 273.

¹⁰⁶ Si leggano, in proposito, le considerazioni di G. Alessi, *op. cit.*, 55 e di I. Rosoni, *op. cit.*, 81.

¹⁰⁷ In merito alla connessione tra criteri di valutazione positivi e sviluppo della procedura romano-canonica, cfr., per tutti, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 67-71.

¹⁰⁸ Per uno studio analitico della parabola avuta dalla confessione nei sistemi continentali, cfr. P. Marchetti, *op. cit.*, *passim*. Nella letteratura processualpenalistica, cfr. A. Giarda, *Persistendo l'reo nella negativa*, Milano 1980 e L. Lupária, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano 2006, 2 s.

¹⁰⁹ Cfr. C.J.A. Mittermaier, *op. ult. cit.*, 291, il quale ricorda che «quanto più si diffondeva l'uso della tortura, tanto più s'accresceva il valore della confessione». In merito alle eterogenee cause che hanno portato prima a uno sviluppo e poi a un progressivo declino della tortura giudiziaria nel diritto comune, cfr. l'insuperato lavoro di P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, voll. I e II, Milano 1953-1954. Nella letteratura anglosassone, v. J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago 1976.

¹¹⁰ In proposito, v. G. Alessi, *op. cit.*, 55.

¹¹¹ Per un'ampia ricostruzione, anche dottrinale, dell'argomento, v. I. Grassetti, *Anatome necis proditoriae, continens*

Un primo profilo problematico riguardò già, a monte, la definizione da attribuire a questo concetto. Si trattò di una questione tanto cruciale, quanto di difficile soluzione¹¹², anche in ragione del fatto che il tentativo, pur compiuto, di risolverla attraverso un'enumerazione analitica di tutte le ipotesi tipiche di indizi indubitati, non riuscì, come prevedibile, a fornire delle risposte davvero soddisfacenti¹¹³. A tale quesito, molti criminalisti cercarono, pertanto, di rispondere in via teorica, ricollegando la nozione in esame al grado di convincimento che gli indizi dovevano produrre nella mente del giudice, onde assumere la qualifica di indubitati. Così, ad esempio, in questa prospettiva può essere letta la nota definizione di Baldo, a detta della quale gli “indizi indubitati” sarebbero stati quelli capaci di indurre nell'animo del giudice uno stato di acquiescenza così perfetta, da portarlo a smettere di investigare oltre¹¹⁴. Nella stessa scia, si pose Farinacci, secondo cui potevano dirsi “indubitati” solo quegli indizi capaci di portare il giudice a credere totalmente alla fondatezza dell'ipotesi accusatoria, «*nec possit in contrarium inclinare*»¹¹⁵. Per parte sua, Ippolito de Marsili si spinse ancora oltre, sostenendo che il giudice che riscontrasse contro l'inquisito degli indizi indubitati «*dicitur habere certitudinem*»¹¹⁶. Come avremo modo di osservare nel prossimo paragrafo, la discussione sul punto si arricchì di nuove posizioni nei secoli XVII e XVIII, allorquando si cercò di risolvere il problema impiegando i concetti – importanti dalla riflessione filosofica e teologica tardo-medievale e moderna – di certezza morale e di ragionevole dubbio. Indipendentemente da ciò, un dato emerge con chiarezza: come riconosciuto dai *doctores* del tempo, la decisione circa la possibilità di qualificare o meno gli indizi come “indubitati” non poteva che dipendere, in ultima analisi, da una scelta presa in concreto dal singolo magistrato¹¹⁷. Il che, evidentemente, finiva per attribuire allo stesso un ulteriore (e ancor più importante) spazio di discrezionalità nella valutazione probatoria, idoneo a rendere il sistema romano-canonico complessivamente ben più flessibile di quanto potesse apparire in astratto.

La considerazione appena esposta risulterà ancora più evidente, non solo tenuto conto del fatto che, secondo la dottrina maggioritaria, il giudice avrebbe potuto considerare raggiunto lo *standard* degli indizi indubitati anche attraverso un'operazione logico-creativa, tesa a sommare una serie di segni di minore gravità¹¹⁸, ma soprattutto dopo aver preso in esame il secondo nodo chiave della tematica: cioè, quello che prende in considerazione tale categoria in rapporto alla sua capacità di produrre questa o quella conseguenza giuridica. La domanda cruciale era, in particolare, la seguente: poteva o meno pronunciarsi una condanna penale allorquando fosse raggiunta la soglia degli “indizi indubitati”?¹¹⁹

accuratam inspectionem eorum omnium, quae ad homicidii proditorii fabricam spectant, sectio II, § XXIX, Lugduni 1660, 403, § 210 ss. e D. Raynaldi, Obsevationum criminalium, civilium, & mixtarum, Liber II, Observ. cap. XXI, § IV & V, Venezia 1735, 259, § 27 ss. Nella letteratura contemporanea, v., in proposito, I. Rosoni, op. cit., 135 ss.

¹¹² Non a caso, D. Raynaldi, *op. cit.*, 260, § 32 osservava che tale questione «*diversimode a Doctoribus definiuntur*».

¹¹³ A questo riguardo, cfr. G. Alessi, *op. cit.*, 56 s.

¹¹⁴ Cfr. Baldo degli Ubaldi, *In VII, VIII, IX, X, et XI Codicis libros commentaria*, tit. *De accusationibus & inscript.*, Venezia 1577, 213, § 8, il quale più precisamente affermava che «*indicium vero est duplex, semiplenum seu dubitatum et plenum seu indubitatum. Indicium semiplenum est praesumptio fortiter movens animum ad aliquid credendum vel discredendum [...] Indicium vero plenum est demonstratio rei per signa sufficientia, per quae animus in aliquo tanquam in existente quiescit, et plus investigare non curat*». Nello stesso senso, v., in epoca più tarda, tra i molti, I. Menochio, *Consiliorum sive Responsorum, Liber VI, Consilium DLXXVI*, Francoforte 1676, 224, § 9. A detta di un ulteriore filone di pensiero, risalente a N. da Matarelli, avrebbero raggiunto una tale qualità gli indizi in grado di indicare «*veritas oculis mentis iudicis: sicut clara lux offendit veritate oculis corporis*» (Baldo degli Ubaldi, *In Quartum et Quintum*, cit., 4).

¹¹⁵ P. Farinacci, *op. ult. cit.*, quaest. XXVI, 103, § 36, ove si afferma che «*indicium indubitatum illud est quod arctat mentem iudicis, ita ut ominino credit, nec possit in contrarium inclinare*».

¹¹⁶ Cfr. I. de Marsili, *Repetitio, Rubr. De Probationibus*, Lugduni 1551, 69, § 256.

¹¹⁷ In proposito, v. H. Basilico, *Decisiones Criminales*, Firenze 1691, 2, § 2 il quale affermava che «*quae sint indicia indubitata melius arbitrio iudicis relinquendum*». Più in generale, B. Carpzov, *op. cit.*, 176, affermava che quella degli indizi era una «*materia arbitraria*».

¹¹⁸ Cfr., al riguardo, P. Fiorelli, *op. cit.*, vol. II, 28.

¹¹⁹ Al riguardo, v. I. Rosoni, *op. cit.*, 138 ss.

Un quadro rappresentativo delle eterogenee risposte, fornite nel tempo a tale quesito, può essere tratto da un autore appartenente alla stagione matura della criminalistica europea: Giulio Claro. Il senatore milanese, dopo aver ammesso che «*in hoc articulo Doctores multum varie loquuntur*»¹²⁰, riassunse le principali posizioni, diffuse in materia fino al Cinquecento.

Un primo filone esegetico, ricorda Claro, si dimostrò particolarmente garantista. Portando alle estreme conseguenze la sopra descritta svalutazione generale della prova *per argumentis*, esso arrivò alla conclusione per cui, neppure laddove si fosse in presenza di veri e propri indizi indubitati, si sarebbe potuti arrivare a pronunciare una condanna in materia criminale¹²¹.

Un secondo gruppo di autori si attestò, invece, su un'opinione del tutto antitetica. Facendo leva sulla parificazione, compiuta tra costituzione *sciant cuncti*, tra *indicia indubitata* e il criterio della *luce meridiana*, gli esponenti di questa corrente di pensiero ritennero che tale categoria potesse giustificare l'irrogazione della sanzione edittale, anche se capitale¹²². È opportuno precisare che un'opinione di questo tipo riscosse successo soprattutto laddove si procedesse per particolari tipologie di reati, tra cui quelli ritenuti «atroci», «occulti», o di «prova difficile»¹²³.

Non è però tutto. L'opera di Claro è utile anche perché permette di cogliere bene il fatto che, tra le opinioni estreme finora descritte, siano sorte e abbiano via via preso il sopravvento altre posizioni, mediane, atte a individuare soluzioni più flessibili. La consapevolezza circa il fatto che, onde trovare un migliore equilibrio tra esigenze di tutela del singolo e di salvaguardia della collettività, il sistema penale romano-canonico non avrebbe potuto permettersi di rinunciare a condannare anche sulla base di prove circostanziali portò, infatti, a cercare una via d'uscita dalla stretta dicotomia tra l'esito assolutorio, da un lato, e applicazione della pena ordinaria, da un altro lato. A tal fine, venne ideata una strategia basata sull'idea seguente: laddove il materiale raccolto nel corso della regiudicanda non consentisse di raggiungere lo *standard* della «prova piena», ma fossero comunque stati raccolti elementi idonei a raggiungere la soglia degli «indizi indubitati» si sarebbe potuto applicare, in luogo della pena di morte, un castigo inferiore, scelto dal giudice¹²⁴. Questa soluzione compromissoria prende il nome di «*poena extraordinaria*»: essa mosse i suoi primi passi in epoca medioevale e si cristallizzò nei secoli successivi, fino ad assumere, nel suo periodo di massima diffusione, scala europea¹²⁵.

¹²⁰ Cfr. G. Claro, *op. cit.*, quaest. XX, 300, § 6.

¹²¹ G. Claro, *op. cit.*, quaest. XX, 300, § 6, ove si afferma che «*aliqui dicunt, quod regulariter ex praesumptionibus violentis, vel indiciis quatumcunque indubitatis non debet aliquis in causa criminali condemnari*».

¹²² Così, ancora, G. Claro, *op. cit.*, quaest. XX, 300, § 6: «*alij dicunt totum contrarium, quod scilicet etiam ex praesumptionibus reus est condemnandus poena ordinaria delicti, neque propterea est aliquo modo poena mitiganda*».

¹²³ Cfr. I. Rosoni, *op. cit.*, 140. Si coglie qui, da un angolo visuale privilegiato, una caratteristica tipica dei sistemi inquisitori romano-canonici: quella di contemplare diversi «binari» di regole, più o meno restrittive, a seconda, sia della fattispecie per cui si procedeva, sia, del pari, del singolo giudice chiamato a prendere la decisione. Difatti, per una vasta serie di reati, specie laddove la competenza spettasse ai tribunali superiori (cfr., in proposito, M. Damaska, *op. cit.*, 84, il quale ricorda che «*the prevailing opinion was that [...] "major magistrates" were authorized to disregard evidence law*»), si ammetteva la possibilità di impiegare forme procedurali meno garantite, che si riflettevano finanche in un abbassamento dello *standard* di prova rispetto alle regole generali.

¹²⁴ G. Claro, *op. cit.*, quaest. XX, 300, 6, ove si legge che «*alij dicunt, quod ubi ex praesumptionibus proceditur multum debet iudex temperare suam sententiam, & maxime ne condemnet nisi raro, & modice ad poenam*». Come ricorda lo stesso Claro, tale ragionamento trovava un'autorevole giustificazione in seno a una massima tralatizia, risalente finanche a Innocenzo IV: in merito alla c.d. *doctrina Innocentii*, cfr. G. Alessi, *op. cit.*, 51 s., nonché M.R. Doria, «Ubi proceditur ex praesumptionibus minuitur poena». *Qualità della prova e quantità della pena secondo la doctrina Innocentii*, in *Italian Review of Legal History* 2021, 1, 1-29.

¹²⁵ Per comprendere l'importanza del meccanismo, è sufficiente ricordare come un grande difensore del modello tradizionale come Carmignani individuò nella «pena straordinaria» uno dei cardini dei sistemi inquisitori, tanto che, a suo parere, venendo meno tale anello della catena tutto ne sarebbe uscito «alterato, e sconvolto» (cfr. G. Carmignani, *Scritti inediti*, vol. VI, Lucca 1852, 335, CCCLXXXVII e s.). Nella letteratura contemporanea, un ampio studio dedicato all'istituto si può trovare in G. Alessi, *op. cit.*, 19 ss., a cui si rinvia anche per i cospicui riferimenti alla trattatistica del Cinquecento e del Seicento (in particolare v. la pagina 19, nt. 20), nonché, più di recente, M. Damaška, *op. cit.*, 106-111.

Ciò posto, va precisato che, anche all'interno di tale filone interpretativo “intermedio”, facente capo alla teorica della pena straordinaria, le posizioni finirono per divergere su un aspetto per nulla secondario: la gravità della sanzione irrogabile nei confronti dell'inquisito¹²⁶. In proposito, è opportuno osservare che, a detta di una corrente di pensiero, presunzioni e indizi avrebbero potuto giustificare l'irrogazione soltanto di sanzioni pecuniarie¹²⁷. Con il tempo, a seguito del crescente bisogno di esemplarità e di forza repressiva degli Stati moderni assoluti, si fecero, peraltro, strada opinioni via via più repressive, secondo le quali, in presenza di indizi indubitati, pur non potendosi applicare la pena ordinaria, si sarebbe potuto condannare a espiare anche gravi sanzioni di matrice corporale. Nel Cinquecento, spiegava ancora Claro, così operavano diverse supreme magistrature di Stati italiani, tra cui il Senato di Milano¹²⁸.

A ogni modo, quanto appena osservato consente di rendersi conto di come alle difficoltà di ordine pratico, determinate dalla rigidità del sistema probatorio romano-canonico, i giuristi del diritto comune risposero, non solo ricercando, in modo ossessivo, la confessione, ma anche costruendo una relazione proporzionale tra gradi della prova e pena da irrogare¹²⁹, la quale finì per determinare una sostanziale duplicazione dello *standard* decisorio per condannare. Se è vero, infatti, che il criterio generale rimase formalmente quello della *luce meridiana clariores*, è anche vero che esso venne, di fatto, suddiviso in due soglie quantitativamente e qualitativamente distinte, da cui, a parità di reato commesso, conseguivano esiti diversi sul piano sanzionatorio. La soglia ottimale poteva dirsi raggiunta solo laddove fossero acquisite delle “prove piene”; e dal momento che si riteneva che tali prove fossero capaci di determinare una situazione di “certezza legale”, circa la colpevolezza del prevenuto, in questo caso l'irrogazione delle pene più gravi, e, in particolare, di quella di morte, era considerata giustificata. Lo *standard* inferiore era, invece, costituito dagli “*indicia indubitata*”: questa categoria, presupponendo, come si è visto, la convinzione del giudice circa la colpevolezza del prevenuto, ma non la sussistenza di prove classificabili come piene, era ritenuta meno affidabile, giustificando la condanna solo a pene diverse da quella capitale. È, peraltro, utile notare che, nel momento in cui gli ordinamenti romano-canonici cercarono di vietare di irrogare la *poena sanguinis* in assenza di prove piene, si dimostrarono, da quest'angolo visuale, più garantisti rispetto a quegli ordinamenti contemporanei, come alcuni Stati nordamericani, che permettono ancora di applicare la pena di morte sulla base del *BARD*¹³⁰; ossia un criterio che, come avremo modo di vedere a breve, si colloca a un livello paragonabile agli *indicia indubitata*.

Il problema è che lo *standard* della prova piena risultò, nella prassi, talmente esigente da essere spesso impossibile da soddisfare in concreto, favorendo così lo sviluppo di soluzioni creative, tra cui una delle principali fu proprio quella delle pene straordinarie¹³¹. Sebbene stratagemmi di questo tipo

¹²⁶ A questo riguardo, v. la spiegazione riportata da G.B. De Luca, *Il dottor volgare. Ovvero il compendio di tutta le legge civile, canonica, feudale, e municipale, nelle cose più ricevute in pratica*, vol. XV, parte II, *Delli giudizi criminali*, Roma 1673, 82 s., § 17, ove si legge che «secondo un'opinione più probabile, e più comune, con la sola prova, la quale risulta dagli indizj indubitati; si può ben venire alla condanna d'una pena straordinaria, mà non all'ordinaria; Restando il dubbio se si possa venire à pena afflittiva del corpo, nel che si scorge qualche varietà d'opinioni, e forse la più comune è la negativa; Tuttavia pare sopra di ciò non si possa dare una regola certa, convenendo governarsi secondo che portano le circostanze de' casi».

¹²⁷ Cfr., al riguardo, E. Bossi, *op. cit.*, tit. *de convictis*, 139 s., § 34-36, il quale qualificava tale opinione «*communis*».

¹²⁸ Così, ancora, G. Claro, *op. cit.*, *quaest.* XX, 300, 6. Si trattò di una prassi che, in tale area territoriale, rimase radicata ancora per molti secoli, se è vero che di essa rimase traccia, più o meno esplicita, tanto nella *Norma interinale del processo criminale per la Lombardia Austriaca* del 1786, quanto – e più in generale – nelle codificazioni asburgiche di inizio Ottocento: cfr., in proposito, L. Garlati, *Il volto umano*, cit., 140 ss.

¹²⁹ L'idea di fondo dello schema della pena straordinaria era, infatti, quella per cui «quando la prova fosse di un solo grado inferiore alla prova piena, ad essa potesse corrispondere una pena di un grado inferiore all'ordinaria»: in questo senso, v. efficacemente, G. Alessi, *op. cit.*, 21.

¹³⁰ Lo nota M. Damaška, *op. cit.*, 108.

¹³¹ Per ulteriori esempi, cfr. M. Damaška, *op. cit.*, 111 ss., il quale fa rientrare in tale categoria anche i c.d. “giudizi intermedi”, di cui la formula di “assoluzione per insufficienza di prove” rappresentava un antenato. Per un ampio studio di tale tipologia decisoria, cfr. il recente lavoro monografico di F. Picinali, *Justice in Between. A Study of Intermediate*

determinassero evidenti vantaggi, tanto di ordine pratico, quanto religioso¹³², essi non furono a “costo zero”: tale operazione aumentò, ancor di più, il peso giocato dalle magistrature professionali sia a livello procedimentale, sia per quanto concerne la valutazione complessiva delle prove, sia, e soprattutto, a livello sanzionatorio. Il che consente di comprendere come il tentativo dei sistemi romano-canonici di “oggettivizzare” lo *standard* probatorio per pronunciare una condanna, attraverso la fissazione di una serie di criteri di valutazione della prova, si sia dimostrato fallimentare ben prima della sua definitiva entrata in crisi in epoca illuminista. Con il passare del tempo, il sofisticato meccanismo delle prove legali non riuscì, infatti, più a soddisfare quell’esigenza di “certezza”, che ne rappresentava la più profonda ragion d’essere, uscendone, pertanto, confermato l’antico rescritto dell’Imperatore Adriano per cui «*quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest*»¹³³. Non è difficile rendersi conto di come la progressiva presa di coscienza di ciò finì per favorire l’implosione del sistema, dal punto di vista gnoseologico, prima che da quello morale¹³⁴.

Comunque sia, va osservato che, con il crescere delle esigenze di esemplarità e di repressività tipiche degli Stati assoluti, alcuni ordinamenti non si arresero alla prassi delle pene straordinarie e cercarono di trovare dei modi per limitarle. Ed è proprio nell’ambito di queste “reazioni” securitarie che, quantomeno per alcuni sistemi di *civil law*, iniziarono a muovere i loro primi passi in campo giuridico i concetti della certezza morale e del *BARD*¹³⁵. Sennonché, al posto di rivitalizzare il regime delle prove tradizionale, questi esperimenti contribuirono a farlo collassare definitivamente. Vediamo come ciò sia potuto accadere.

4. Nel corso delle pagine precedenti, si è avuto modo di osservare come in epoca medievale fosse già diffusa l’idea per cui, nelle vicende umane, a differenza che in logica o matematica, la certezza assoluta circa la verità di una proposizione fosse irraggiungibile. Sulla scia di questa consapevolezza, i pensatori del tempo concepirono tale nozione come una scala graduata: una delle classificazioni più diffuse «*was a sequence of three steps [...] that led down from mathematical (or metaphysical) over physical to practical certainty*»¹³⁶.

Per quanto rileva in questa sede, va osservato che siffatta tripartizione della certezza ha avuto un’influenza determinante sullo sviluppo degli *standard* della certezza morale e dell’al di là di ogni ragionevole dubbio, di cui in questo paragrafo verranno esaminate le origini.

Il primo elemento da chiarire è costituito dal fatto che questi criteri non sono originari del mondo del diritto, ma sono nati in campo teologico-morale cristiano. Onde rendersi conto di ciò, è utile ricordare che la paternità dell’espressione “certezza morale” – da cui poi, con il passare dei secoli, è derivato il *BARD* – viene attribuita al teologo francese Jean Gerson¹³⁷, vissuto all’epoca del grande scisma

Criminal Verdicts, Oxford 2022.

¹³² Mediante tale *escamotage* i giudici erano, infatti, messi al riparo dal dover assumersi la responsabilità etico-religiosa di pronunciare una sentenza di morte, sulla base di una scelta dipendente *in toto* dal loro convincimento interno. Si trattava di un vantaggio assai significativo, dal momento che togliere la vita a un uomo innocente correva il rischio di trasformarsi in un peccato mortale. Per più ampie riflessioni in proposito, v. M. Damaška, *op. cit.*, 91, nonché J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven e Londra 2008, 3.

¹³³ Il passo è confluito in D. 22.5.3.2. La prassi dimostra, insomma, che le prove legali hanno fallito in quanto – per riprendere le parole di K. Ambos, *op. cit.* 177 s. – «*the complex process of forming a persuasion with regard to a certain fact is informed by a mixture of rules of human experience, nature and logic, and depends on so many elements, not least the circumstances of the individual case, that it cannot be captured by general and abstract rules*».

¹³⁴ Cfr., in proposito, le acute osservazioni di M. Nobili, *op. cit.*, 112.

¹³⁵ Si veda, al riguardo, il par. seguente.

¹³⁶ La citazione testuale è tratta da R. Shüssler, *Jean Gerson, Moral Certainty and the Renaissance of Ancient Scepticism*, in *Renaissance Studies* 2009, 453. Dello stesso autore, cfr., *amplius*, Id., *The Debate on Probable Opinions in the Scholastic Tradition*, Leiden 2019, 335 ss. Una versione aggiornata di tale tripartizione, compare ancora oggi in R. Baron, voce *Certainty*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* ed. 2022, reperibile in www.plato.stanford.edu.

¹³⁷ Si vedano, a questo riguardo, J. Franklin, *op. cit.*, 69 e R. Shüssler, *Jean Gerson*, cit., 453.

d'Occidente della fine del XIV secolo¹³⁸. Egli ideò questa nozione al fine di perseguire un obiettivo di rilievo primario per le società cristiane del tempo, particolarmente tormentate da dubbi morali a causa dello scontro tra papato romano e avignonese: quello di stabilire quando una persona potesse dirsi sufficientemente sicura di agire senza commettere un peccato¹³⁹. Da un punto di vista contenutistico, già nella costruzione originaria del filosofo francese, la certezza morale avrebbe indicato solo un'elevata probabilità¹⁴⁰ circa la verità di un'ipotesi. Di conseguenza, tale criterio avrebbe ammesso la possibilità teorica del contrario e sarebbe stato raggiungibile anche se nell'animo umano permanesse qualche (non meglio precisato) residuo scrupolo di insicurezza¹⁴¹. Nondimeno, tale *standard* avrebbe comunque indicato una convinzione sufficientemente ferma da mettere al sicuro l'individuo dal peccato¹⁴², consentendo di agire senza temere per la propria anima. Non è difficile rendersi conto che, avendo scelto di indicare mediante siffatta regola «a very high but not complete degree of persuasion»¹⁴³, Gerson abbia cercato di bilanciare «the widespread scrupulosity in moral matters on the one side, and 'vigorous action' on the other side»¹⁴⁴.

Anche grazie alla sua flessibilità, la nozione di certezza morale riscosse un successo immediato. Uno dei primi estimatori del concetto fu Sant'Antonino da Firenze, il quale nella sua *Summa theologiae* riprese la definizione gersoniana e giunse, a sua volta, alla conclusione per cui, per evitare il pericolo di peccare, «sufficit talis certitudo»¹⁴⁵. Essendo stata impiegata da due dei più autorevoli pensatori tardomedievali, questa costruzione teorica ebbe la possibilità di diffondersi già nel corso del XV secolo, diventando, nel corso dell'età moderna, un punto di riferimento imprescindibile per tutti coloro che si trovassero a rispondere al quesito circa quale credenza fosse necessario raggiungere nelle vicende umane, onde non rischiare di assumere una decisione sbagliata¹⁴⁶.

Se, dunque, nell'epoca degli Antichi Regimi, lo *standard* in esame si era oramai consolidato, a seguito della spaccatura nel mondo cristiano determinata dalla riforma luterana vennero incrementati gli sforzi per meglio chiarirne il significato¹⁴⁷. Da questa prospettiva, un contributo importante derivò dallo scontro tra teologi “casuisti”, verificatosi nel corso dei secoli XVI e XVIII¹⁴⁸. È proprio in tale contesto, infatti, che si iniziò a qualificare come “ragionevole” o “razionale” l'esitazione capace di impedire di pervenire a una certezza morale. Il che consente di comprendere come, in origine, lo *standard* – marcatamente soggettivo, perché riferito a uno stato mentale – da raggiungere per

¹³⁸ Per un profilo biografico di Gerson, v. B.P. McGuire, *In Search of Jean Gerson: Chronology of His Life and Works*, in *A Companion to Jean Gerson*, a cura di B.P. McGuire, Leiden-Boston 2006, 1 ss.

¹³⁹ Insiste su questo aspetto R. Shüssler, *op. ult. cit.*, 453.

¹⁴⁰ Si veda, in particolare, sul punto J. Gerson, *De consolatione theologiae*, lib. IV, *prosa secunda*, in *Joannis Gersoni Opera Omnia*, t. I, Antwerp 1706, 171-172.

¹⁴¹ Cfr., al riguardo, G. Biel, *Commentarius in Quartum Librum Sententiarum*, distinctio XVI, quaest. III, Brixiae 1574, 515, il quale riporta così il pensiero di Gerson: «certitudo moralis est, quae habetur ex probabilis conjectura, grossis & figuralibus, magis ad unam partem, quam aliam inducentibus, seu persuadentibus. Illa certitudo non movet in una parte omnem probabilitatem, vel opinionem alterius partis: licet magis declinet ad istam, quam ad aliam. Admittit etiam formidinem de opposito, & scrupolos non tamen advertendos, sed contemnendos».

¹⁴² Sul punto, v. J. Gerson, *Gersoniana*, lib. IV, cap. III *De Morum Disciplina*, in *Joannis Gersoni Opera Omnia*, t. I, cit., CXLIX, ove egli testualmente affermò: «Vis igitur quicquam securus agere? Certus sis illud esse bonum, neque virtuti contrarium. Sed refert qua certitudine, sufficit nempe certitudo moralis qualem notavimus ut vel non sis in peccato, dum facis quod in te est, aut saltem peccatum non incurris novum, per temeritatem».

¹⁴³ Sono parole di J. Franklin, *op. cit.*, 69.

¹⁴⁴ La citazione è tratta da J. Hahn, *Moral Certitude: Merits and Demerits of the Standard of Proof Applied in Roman Catholic Jurisprudence*, in *Oxford Journal of Law and Religion* 2019, 304.

¹⁴⁵ Sant'Antonino da Firenze, *Summa theologiae*, pars I, titulus III, cap. X, Verona 1740, 204.

¹⁴⁶ Cfr., al riguardo, R. Shüssler, *op. ult. cit.*, 453.

¹⁴⁷ Si legga, ad esempio, l'autorevole opinione di F. Suarez, *De Divina Gratia*, t. VIII, Venezia 1741, 319, a detta del quale «certitudo moralis omnem propriam dubitationem excludit».

¹⁴⁸ Sul punto, v. la ricostruzione di B. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, Berkley 1991, 13 ss. e Ead., *Changing Language, Unchanging Standard: From "Satisfied Conscience" to "Moral Certainty" and "Beyond Reasonable Doubt"*, in *Cardozo J. Int'l & Comp.* 2009, 264. Più in generale, cfr. R. Shüssler, *The Debate on Probable*, cit., 60 ss.

risolvere casi di coscienza fosse quello della certezza morale, il quale poteva dirsi soddisfatto solo se un soggetto riuscisse a escludere ogni dubbio ragionevole circa la bontà di una soluzione¹⁴⁹. Da questo momento in poi, teorie di questo tipo vennero utilizzate costantemente¹⁵⁰, fino a essere approvate anche dai vertici della Chiesa cattolica¹⁵¹.

Il concetto della certezza morale, inteso come la credenza più elevata effettivamente raggiungibile riguardo a eventi passati, non rimase, tuttavia, circoscritto all'ambito teologico, ma si diffuse rapidamente pure in molti altri campi del sapere¹⁵², tra cui quello del diritto¹⁵³. Ciò non può stupire, trattandosi di un criterio assai prezioso per un contesto in cui i giudici e i giurati si trovavano a prendere decisioni su fatti del passato, estremamente delicate, tanto da una prospettiva giuridica, quanto etico-religiosa. Alla luce di ciò, ben si comprendono le ragioni per cui si è deciso di importare il criterio in esame all'interno del diritto processuale penale. Così facendo, si è, infatti, da un lato, colta l'occasione di sfruttare quale regola di decisione uno *standard* capace sì di proteggere l'individuo dal rischio di una condanna ingiusta, in conformità all'antico adagio dell'*in dubio pro reo*, ma, vista la sua natura probabilistica, comunque collocato su un livello non così elevato da sacrificare la repressione della criminalità. Da un altro lato, si è importato uno strumento – avallato dai più autorevoli teologici come il miglior criterio per risolvere casi di coscienza – idoneo a tranquillizzare i giudici e i giurati dal timore di commettere un peccato mortale, visto il rischio sempre immanente di condannare un innocente¹⁵⁴.

Ciò posto, è il caso di precisare che questo processo di introduzione della certezza morale e del ragionevole dubbio in campo giuridico ha preso piede nella tarda età moderna, sia all'interno dei sistemi giuridici accusatori di *common-law*, sia nella galassia degli ordinamenti inquisitori di tradizione romano-canonica.

Per quanto concerne i primi, tale passaggio storico è stato oggetto di ampi studi¹⁵⁵, di cui è utile ricordare in questa sede i principali risultati. A tal proposito, la letteratura di *common law* ha messo in luce come, fino al XV secolo, i giurati ricevessero delle indicazioni sommarie, nelle quali ci si

¹⁴⁹ Cfr., a questo riguardo, in particolare B. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt*, cit., 21.

¹⁵⁰ Tra i molti, v. J. Angles, *Flores theologicarum quaestionum in secundum librum Sententiarum*, pars I, Madrid 1586, concl. V, 73; D. Concina, *Della storia del probabilismo e del rigorismo*, t. II, Lucca 1761, 25; J. Caramuel de Lobkowitz, *Theologiae moralis fundamentalis*, lib. IV, Lugduni 1675, 255; G. Herincx, *Summa theologiae scholasticae et moralis*, 447, pars. I, Antwerp 1660; J. de Lugo, *Disputationes Scholasticae et morales*, Lugduni 1696, 72; J. Martinon, *Disputationes theologiae*, t. II, Parigi 1663, 263; FB. Medina, *Expositio in prima secundae Angelici Doctoris d. Thomae Aquinatis*, Venezia 1580, 624; G.V. Patuzzi, *Ethica christiana sive theologia moralis*, t. I, Venezia 1790, 291; T. Sanchez, *Operis moralis in praecepta decalogi*, t. II, lib. VII, cap. XIX, Antwerp 1622, 405; A.M. Verricelli, *Quaestiones morales, & legales*, Venezia 1653, 66.

¹⁵¹ Onde rendersi conto di ciò, basti pensare che in un trattato sulla confessione, commissionato per iniziativa diretta di Papa Benedetto XIV, la certezza morale era espressamente definita come quello stato mentale «*quae quidem dubium rationabile excludit, determinando intellectum ob motivum grave in assensum*» (cfr. *Dissertatio theologica de officio confessorii prudenter et fructuose obeundo*, Augustae Vindelicorum 1767, 343).

¹⁵² Il concetto di certezza morale fu, ad esempio, impiegato da alcuni dei padri del pensiero scientifico moderno, come Cartesio, il quale la definiva come quella certezza «*suffisante pour régler nos mœurs, ou aussi grande que celle des choses dont nous n'avons point coutume de douter touchant la conduite de la vie, bien que nous sachions qu'il se peut faire, absolument parlant, qu'elles soient fausses*» (R. Descartes, *Les Principes de la Philosophie*, Parigi 1651, 483), B. Pascal, *Litterae provinciales*, t. II, Colonia 1700, 610), oppure, ancora, in area anglosassone, R. Boyle, *The Works of the honourable Robert Boyle in Six Volumes*, vol. IV, Londra 1777, 42. Per ulteriori riferimenti, v. B. Shapiro, 'Beyond Reasonable Doubt': *The Neglected Eighteenth-Century Context*, in *Law and Humanities* 2014, 19 ss.

¹⁵³ Cfr., in proposito, B. Shapiro, *Changing Language*, cit., 268 s.; Ead., 'Beyond Reasonable Doubt': *The Neglected Eighteenth-Century Context*, cit., 19 ss. e C. Cogrossi, *La Criminalistica italiana del XVIII secolo sulla «certezza morale» antesignana del libero convincimento del giudice: note*, in *RSDI* 2000, 122.

¹⁵⁴ Insiste su questo punto J.Q. Whitman, *op. cit.*, *passim*.

¹⁵⁵ Si allude, in particolare, ai lavori di B. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt*, cit., *passim*; Ead., *Beyond Reasonable Doubt: The Evolution of a Concept*, in *Fictions of Knowledge*, a cura di Y. Batsaki, S. Mukherji, J.-M. Schramm, New York 2012, 19 ss. e di J.Q. Whitman, *op. cit.*, *passim*. In precedenza, cfr. anche A.A. Morano, *Re-examination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, in *Boston Univ. L. Rev.* 1975, 507 ss. e T. Waldman, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, in *Journ. of the History of Ideas* 1959, 299 ss.

limitava a mettere in rilievo la necessità di decidere «*according to the evidence and your conscience*»¹⁵⁶. È, invece, solo a partire dai secoli XVI e XVII che si è iniziata a sentire la necessità di specificare più nel dettaglio la soglia da raggiungere per considerare provato un fatto di reato¹⁵⁷. In questa scia, si pose, ad esempio, il grande giurista inglese Matthew Hale, le cui opere contribuirono a radicare concetti già diffusi nel dibattito teologico, come le idee per cui nei casi dubbi bisognasse evitare di agire, prendendo la decisione più favorevole ai prevenuti¹⁵⁸. Ed è proprio in tale contesto che, attraverso un percorso di progressivo affinamento linguistico, che non intaccò la sostanza dello *standard*, si iniziò ad affermare che i *fact-finders* avrebbero potuto condannare solo una volta ottenuta una “*satisfied conscience*”, “*a satisfied understanding*”, oppure, ancora, una “*moral certainty*” circa la colpevolezza del prevenuto¹⁵⁹.

Ciò detto, va aggiunto che gli studiosi sono concordi nell’affermare che l’ultima formula a fare la sua comparsa nelle aule di giustizia sarebbe stata quella del *BARD*, la quale venne importata in campo processuale solo nel XVIII secolo¹⁶⁰. A riprova di ciò, basti pensare che il primo utilizzo pratico documentato del ragionevole dubbio in ambito angloamericano viene, tradizionalmente, fatto risalire al processo per il “massacro di Boston” del 1770¹⁶¹, celebrato a carico di alcuni soldati inglesi per l’uccisione di una serie di civili locali. In tale processo, l’accusatore si rivolse ai giurati con le seguenti parole: «*if therefor in the examination of this Cause the Evidence is not sufficient to Convince you beyond reasonable Doubt of the Guilt of all or of any of the Prisoners by the Benignity and Reason of the Law you will acquit them. But if the Evidence be sufficient to convince you of the Guilt of all or of any of the Prisoners by the Benignity and Reason of the Law will require you to declare them Guilty*»¹⁶². Sul punto, va precisato che nulla nella relazione dei *Boston cases* fa percepire che queste affermazioni fossero state intese dalle parti come una particolare novità; il che non può stupire, proprio perché l’impiego di frasi simili a questa «*was consistent with the notions of “belief”, “satisfied conscience” and “moral certainty” employed in and outside the courtroom*»¹⁶³.

Comunque sia, va, in proposito, aggiunto che, come ha dimostrato autorevole dottrina, alla fine del Settecento, lo *standard* del *BARD* «*had not [yet] become a rule of law, in the sense of being invariably applied, hence we still find different judges formulating the standard of proof differently*»¹⁶⁴. Difatti,

¹⁵⁶ Si veda, in proposito, B. Shapiro, *Changing Language*, cit., 262.

¹⁵⁷ Al riguardo, va segnalato che gli autori anglosassoni sono divisi circa le funzioni che tali concetti avrebbero avuto in origine in campo giuridico. Sul punto, cfr. la polemica tra B. Shapiro, *The Beyond Reasonable Doubt Doctrine: “Moral Comfort” or Standard of Proof?*, in *Law & Humanities* 2008, 149 ss., secondo cui il *BARD* sarebbe stato già dal principio uno *standard* di prova, e J.Q. Whitman, *Response to Shapiro*, ivi 175 ss., a detta del quale, in origine, tale concetto sarebbe servito, piuttosto, da regola di “*moral confort*”, volta a rassicurare i giurati dal timore di commettere un peccato mortale, nel momento in cui avessero condannato un innocente. Infine, va segnalata l’opinione di chi (J.H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford 2003, 261-266) ha insistito, in particolar modo, sull’importanza chiave che per l’importazione delle nozioni in esame avrebbe avuto il ruolo che la difesa degli imputati ha acquisito nella procedura penale inglese nel corso del Settecento.

¹⁵⁸ Si veda M. Hale, *History of the Pleas of the Crown*, vol. I, Londra 1778, 300, ove si legge «*quod dubitas ne feceris*».

¹⁵⁹ Cfr. B. Shapiro, *Changing Language*, cit., 261 ss. Nella dottrina italiana, v. F. Ruggieri, *Beyond any reasonable doubt: una matrice di common law*, in *Giudizio penale*, cit., 317 e G. Carlizzi, *Liberio convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia, prassi, teoria*, San Lazzaro di Savena 2018, 56.

¹⁶⁰ In proposito, v. J.H. Langbein, *op. ult. cit.*, 261 ss.; B. Shapiro, *op. ult. cit.*, 274 s.; J.Q. Whitman, *op. cit.*, 192 ss.

¹⁶¹ Cfr., al riguardo, A. Morano, *op. cit.*, 507 ss.; B. Shapiro, ‘*Beyond Reasonable Doubt*’: *The Neglected*, cit., 23; J.Q. Whitman, *op. cit.*, 193.

¹⁶² La citazione è tratta dal volume *The trial of the British Soldiers*, Boston 1824, 118. La dottrina risulta divisa circa il quesito se l’utilizzo del *BARD* in questa fattispecie avesse determinato un abbassamento dello *standard* rispetto alla prassi precedente, oppure no: nel primo senso, cfr. A.A. Morano, *op. cit.*, 514, contra, invece, B. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt*, cit., 20-22. Per una sintesi, S. Sheppard, *The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence*, in *Notre Dame Law Review* 2003, 1192, a detta del quale «*the instruction both accords with the new language of the times and contrasts with the language of the defense, to the benefit of the state in jury deliberations*».

¹⁶³ Cfr. B. Shapiro, *Changing Language*, cit., 22.

¹⁶⁴ La citazione è tratta da J. H. Langbein, *op. ult. cit.*, 264.

analizzando la giurisprudenza del tempo, ci si è resi conto di come vi fossero casi in cui l'istruzione su tale regola di decisione non venisse ancora data, oppure nei quali si fece comunque riferimento a criteri incapaci di soddisfare l'al di là di ogni ragionevole dubbio¹⁶⁵. Lo si vedrà: è solo in un periodo successivo – grazie, in particolare, alla trattatistica e alla giurisprudenza ottocentesca – che la regola del *BARD* si radicò definitivamente nella teoria e nella prassi anglosassone.

Per quanto concerne, invece, i sistemi inquisitori continentali, va precisato che gli *standard* moderni ricevettero una diffusione teorica trasversale grazie, non solo ai numerosi studi giuridici redatti da esponenti del clero¹⁶⁶, ma anche alle opere di alcuni grandi filosofi, tra cui spiccano i fondatori della scuola del diritto naturale Ugo Grozio¹⁶⁷ e, soprattutto, il giurista tedesco Samuel Pufendorf. Questi, ad esempio, nel suo *De Jure Naturae et Gentium*, adattò al contesto giuridico la nozione di *certitudo moralis*, definendola come una «firma [...] *presumptio, valde probabilibus rationibus subnixa, & quae nisi rarissime fallere possit*»¹⁶⁸.

Non si dovette, peraltro, attendere molto affinché, dal piano teorico, tali concetti venissero impiegati pure nella prassi, per risolvere alcuni complessi problemi della procedura penale romano-canonica, tra cui, in particolare, quello del ruolo e del significato da attribuire alla categoria degli “indizi indubitati”¹⁶⁹. A tal proposito, risulta particolarmente istruttiva l'esperienza di alcuni ordinamenti italiani, che, nel corso del Seicento e nella prima metà del Settecento, dovendo fronteggiare delle gravi ondate di criminalità, decisero di abbassare il *gradus probationis* da raggiungere per pronunciare una condanna alla pena ordinaria, rispetto a quella tradizionale della prova piena. A tal fine, essi emanarono una serie di regole giuridiche eccezionali, volte ad attribuire ai giudici il potere di irrogare la *poena sanguinis* anche sulla base del criterio degli “indizi indubitati”. Ed è esattamente per compensare questo abbassamento di *quantum* probatorio che si iniziò a fare riferimento, con sempre maggiore frequenza, non solo all'espressione certezza morale, ma anche a criteri molto simili, se non del tutto analoghi, al *BARD*.

Uno degli esempi più risalenti di questa linea di tendenza è fornito dalla legislazione seicentesca del Regno di Napoli, a quel tempo soggetto alla dominazione spagnola. Il 20 settembre 1621 il Viceré Zapata emanò la *Pragmatica* XII, all'interno della quale non ordinò solo ai tribunali di «seguire l'opinione di dare per indizi indubitati la pena ordinaria», ma stabilì espressamente che, con tale concetto, dovessero intendersi quelle prove in grado di indurre «la mente del Giudice à credere fermamente, il delitto esser commesso dall'inquisito, quietando il suo intelletto in questa ferma credenza»¹⁷⁰. Sennonché, questo intervento fece sorgere un nuovo problema: quello di capire quale significato attribuire all'espressione “credere fermamente”. Come ricorda il criminalista Tommaso Briganti¹⁷¹, a siffatto quesito vennero fornite molteplici risposte, più o meno garantiste, tra le quali due di estremo interesse per la presente analisi.

In primo luogo, va segnalata l'opinione di coloro che, sviluppando le definizioni più tradizionali sopra esaminate del concetto di *indicia indubitata*, ritennero che lo *standard* potesse essere raggiunto solo se il giudice fosse capace di escludere ogni dubbio “attuale” (cioè, derivante dal materiale probatorio acquisito *ex actis*) e, in alcuni casi, pure “virtuale” (cioè, anche solo meramente teorico) circa

¹⁶⁵ Si vedano, ancora, gli esempi portati da J. H. Langbein, *op. ult. cit.*, 264 s.

¹⁶⁶ Cfr., ad esempio, I. Grassetti, *op. cit.*, 405, § 220 s. e P.M. Passerini, *Regulare tribunal seu Praxis formandi processus, quae*. XVIII, Roma 1677, 261.

¹⁶⁷ U. Grozio, *De jure belli ac pacis, lib. II, cap. XXVI*, Amsterdam 1680, 462, ove, esattamente come nelle opere inglesi, compare il brocardo del «*quod dubites ne feceris*».

¹⁶⁸ S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium, lib. I, cap. II*, Francoforte 1684, 37, § 11.

¹⁶⁹ V., ad esempio, I. Grassetti, *op. cit.*, 403, § 211.

¹⁷⁰ Cfr. *Pragmatica* XII, in *Pragmaticae, edicta, decreta regiaeque sanctiones regni Neapolitani*, t. II, Napoli 1682, 836, ove si legge espressamente che tale misura era stata disposta in quanto «essendo multiplicati i delitti in tanto numero, e per lo più commettendosi con cautela tale, che non se ne può haver cognitione, sebene vi sono inditii indubitati, di maniera, che si viene quasi à deludere, e burlar la Giustitia». In merito al contesto in cui tale provvedimento napoletano è maturato, cfr. G. Alessi, *op. cit.*, 192 ss.

¹⁷¹ Si allude a T. Briganti, *Pratica criminale*, vol. I, §IV degli indizi, Napoli 1842, 152 s.

l'innocenza del prevenuto¹⁷². Un'esegesi di questo tipo fu avallata, poco dopo l'approvazione della *Pragmatica*, dal criminalista Scipione Rovito¹⁷³, il quale individuò un sofisticato metodo per distinguere tra le due ipotesi. A suo dire, infatti, per i delitti "occulti", avrebbe dovuto ritenersi sufficiente per irrogare la *poena sanguinis* l'eliminazione dei soli dubbi attuali; per quanto concerne quelli ordinari, il decisore avrebbe dovuto, invece, negare ogni possibilità di dubbio che le cose fossero andate diversamente¹⁷⁴. Non sfuggirà come, nella parte in cui attribuiva un rilievo anche a dubbi solo "teorici", l'interpretazione di Rovito finisse per dar vita a uno *standard* più esigente di quello del *BARD*, posto che esso non si accontentava dell'esclusione dei soli dubbi "ragionevoli", ma anche di quelli meramente possibili. Nondimeno, siffatta lettura ebbe un non trascurabile successo, non solo nella giurisprudenza del Regno di Napoli¹⁷⁵, ma anche in quella di altri Stati italiani, se è vero che, ancora alla fine del Settecento, i giudici dei Tribunali superiori toscani si confrontavano con classificazioni simili¹⁷⁶.

Ciò posto, va osservato che un secondo gruppo di autori, capitanati da Carlo Antonio de Rosa, facendo proprie le posizioni espresse da una serie di teologi del tempo, trasse dalla *Pragmatica* uno *standard* meno esigente, sostenendo che il concetto di "ferma credenza", ivi contenuto, dovesse essere inteso proprio come un sinonimo di "certezza morale"¹⁷⁷. A questo filone di pensiero aderì pure Tommaso Briganti, il quale, dopo aver richiamato la tradizionale divisione tra certezza metafisica, fisica e morale, non mancò, di rilevare che quest'ultima, pur producendo una piena persuasione del decisore ed essendo fondata su una "somma probabilità", avrebbe comunque sempre ammesso la possibilità teorica del contrario¹⁷⁸. Ed è sempre sulla stessa scia che, proprio con riferimento alla *Pragmatica*, si pose, più tardi, Nicola Nicolini, nel momento in cui, riprendendo le parole di Giovan Battista Vico, ricollegò la "certezza morale" all'assenza di dubbi circa la falsità di un'ipotesi¹⁷⁹.

Il dibattito così iniziato non rimase confinato alle sole aree di influenza spagnola¹⁸⁰, ma si diffuse anche in altre parti della Penisola italiana. Ciò vale, ad esempio, per lo Stato della Chiesa, nel quale il Pontefice Benedetto XIV, preso atto, a sua volta, di una situazione di recrudescenza di determinate tipologie di delitti, emanò il 2 gennaio 1743 un chirografo, mediante il quale egli, oltre ad autorizzare per alcune fattispecie di reato i suoi tribunali a procedere alla condanna alla pena ordinaria anche sulla base di indizi indubitati, identificò con tale categoria quelle prove circostanziali che togliessero «dall'animo del Giudice ogni ragionevole esitazione, che la cosa possa essere diversamente accaduta»¹⁸¹. Alla luce delle menzionate origini teologico-morali del criterio del ragionevole dubbio, il fatto che Papa Benedetto XIV avesse esplicitamente codificato nella sua legislazione penale questo *standard* non può stupire. Così facendo, infatti, il Pontefice si dimostrò coerente con quanto ribadito da alcuni dei più autorevoli pensatori della cristianità nelle loro opere. Lo si è, del resto, visto: secondo il dibattito religioso, l'assenza di ragionevoli esitazioni nel soggetto chiamato a prendere una

¹⁷² Cfr. T. Briganti, *op. cit.*, 152, 4.

¹⁷³ Si allude a S. Rovito, *Decisiones Supremorum Tribunalium Regni Neapolitani*, dec. LXIII, Napoli 1634, 312, § 9 s.

¹⁷⁴ Cfr. S. Rovito, *op. cit.*, 312, § 10. In argomento, cfr. anche, tra i molti, D. Raynaldi, *op. cit.*, 45-49 e F. Maradei, *Practicae observationes civile, criminales et mixtae, obs.* XXXIV, Napoli 1704, 170, § 11.

¹⁷⁵ Si veda, in proposito, G. Alessi, *op. cit.*, 201.

¹⁷⁶ Cfr. *Sommario del processo compilato a termini di ragione nel Supremo Tribunale di giustizia di Firenze contro O. Dattellis Napolitano per tentata sollevazione e contro L. Micheli e G.B. Salucci per il delitto di lesa Maestà*, Firenze 1798, 214, 262.

¹⁷⁷ C.A. De Rosa, *Decretorum M.C. Praxis Criminalis*, Napoli 1680, 18, § 32.

¹⁷⁸ Cfr. T. Briganti, *op. cit.*, 153, 8 s.

¹⁷⁹ Si veda N. Nicolini, *Le quistioni di diritto*, parte II, Napoli 1870, 747, § 15 s.

¹⁸⁰ Per quanto riguarda la Catalogna, v. M. De Caldeiro, *Sacri regii criminalis Concilii Cathaloniae decisiones*, pars I, dec. XLI, Venezia 1724, 219 dove si dice «*moralis certitudo sufficiens ad movendum animum Judicis ad ita firmiter credendum*».

¹⁸¹ Cfr. Benedetto XIV, *Opera omnia*, t. I *Bullarium*, LXXI, Prato 1845, 260-262, il quale testualmente recitava «*an contra Convictum indicis indubitatis concludentibus pernecece taliter, ut adimant ab animo Judicis omnem rationabilem haesitationem, quod res aliter se habere potuerit*». In merito a tale provvedimento, cfr. R. Ala, *Pratica criminale*, vol. II, Roma 1829, 214-221.

decisione avrebbe costituito la migliore regola di coscienza da seguire per valutare la bontà di una scelta, ponendo al sicuro l'anima dal rischio di sbagliare.

Ma vi è di più. Alla luce dello stretto collegamento da sempre esistente tra il *BARD* e la *certitudo moralis*, non stupirà sapere che, ben presto, anche tale espressione venne utilizzata per interpretare il chirografo benedettino. Al riguardo, può, ad esempio, giovare riferirsi al pensiero del criminalista Giovan Battista Gallucci, il quale, pochi anni dopo, oltre a soffermarsi sul concetto da certezza morale, sostenne che tale stato mentale sarebbe stato raggiunto solo laddove il giudice fosse capace di escludere *omnem rationabilem haesitationem* circa la colpevolezza¹⁸². Non va, inoltre, dimenticato che, in seguito, furono le stesse autorità dello Stato della Chiesa a riunire le due locuzioni in un'unica disposizione. Ciò, ad esempio, avvenne, tanto in un editto del 1805, in cui si equiparò espressamente l'assenza di ogni ragionevole esitazione alla «certezza morale sulla reità dell'inquisito»¹⁸³, quanto, successivamente, nel Regolamento di procedura criminale del 5 novembre 1831 di Papa Gregorio XVI, che avremo modo di menzionare in seguito¹⁸⁴.

L'anno successivo all'emanazione del chirografo anche il Granducato di Toscana sentì la necessità di emanare una norma dal tenore simile. Il riferimento va all'art. II della legge del 15 gennaio del 1744, il quale stabilì espressamente che «nelle cause criminali la prova risultante da indizj indubitati, benché di genere tra loro diverso, da' quali nasca una certezza morale contro all'imputato, sia, e si abbia per prova piena, e bastante per la pena ancora di morte esasperata, come se fosse il reo convinto per testimoni, o per la sua propria confessione»¹⁸⁵. Vale la pena di precisare che questa regola riscosse un successo tanto ampio nella giurisprudenza toscana, da far sì che essa cercò di ribadire la vigenza anche dopo l'approvazione della celebre riforma garantista del sistema penale, adottata dal Granduca Pietro Leopoldo nel 1786, il cui articolo 110 sembrava aver nuovamente ammesso la possibilità di emanare sulla base di indizi solo pene inferiori a quella di morte¹⁸⁶. Come ben si desume da una sentenza della fine del Settecento, in quel periodo il Tribunale supremo di giustizia di Firenze continuava, infatti, proprio sulla base della legge del 1744, a condannare alla pena ordinaria «i rei negativi»¹⁸⁷.

Giunti a questo punto, è arrivato il momento di rilevare che, se è vero che la precoce codificazione della certezza morale o dell'al di là di ogni ragionevole esitazione, in alcuni Stati italiani, ha contribuito a favorire una generale circolazione di questi concetti nella letteratura processuale continentale del tempo, fino a farne, come si vedrà a breve, uno dei cavalli di battaglia dei pensatori illuministi, è altrettanto indiscutibile che questo fenomeno ha determinato, quantomeno dalla peculiare prospettiva degli *standard* di prova, un arretramento rispetto alle garanzie classiche dei sistemi probatori romano-canonici. Come si è visto, infatti, nella struttura teorica continentale la soglia degli indizi indubitati era considerata inferiore a quella della prova piena e, proprio per questo

¹⁸² L.M. Sinistrari, *Formularium criminale*, con osservazioni di J.B. Gallucci, *pars II, obs. XXIII, sec. II De Convicto per Indicia Indubitata*, Roma 1754, 506 s., § 42 ss.

¹⁸³ Cfr. *Diario ordinario*, Roma 1805, n. 80, 3.

¹⁸⁴ Si veda *sub* il par. seguente.

¹⁸⁵ Cfr. *Ordini diversi da osservarsi nelle cause criminali. Pubblicati sotto di 15 Genn. 1744*, Firenze 1745. Vale la pena di precisare che anche tale provvedimento venne giustificato in ragione della «frequenza de' gravi disordini, e delitti, che si vanno commettendo ne' Nostri Stati». A detta di G. Carmignani, *op. cit.*, 293, nt. 4, tale norma fu adottata come risposta a quella napoletana e romana «per non richiamare [...] i malviventi da fuori».

¹⁸⁶ Il riferimento va all'art. 110 della cd. «Leopoldina», il quale stabiliva che «onde mancasse la prova piena, e perfetta della [...] reità», ma il prevenuto «fosse [...] aggravato da sufficienti indizj poteva il Giudice condannarlo in qualche pena straordinaria, purché questa non passasse l'esilio, o il confino, e solo nel concorso d'inizj urgentissimi». In merito a tale disposizione cfr. G. Carmignani, *op. cit.*, 354 ss., il quale afferma che la giurisprudenza, togliendo all'art. 110 la sua portata innovativa, finiva per alterare tutto il sistema (cfr. *ibidem*, CCCXCV).

¹⁸⁷ Cfr. *Sommario del processo compilato a termini di ragione nel Supremo Tribunale di giustizia di Firenze contro O. Dattellis Napolitano*, cit., 211, ove, accanto a numerosi riferimenti giurisprudenziali, si afferma anche che «dai Pubblici Professori del Gius Patrio s'insegna anche adesso in Firenze, che si indicia illius sint quantitatis, qualitatisque, ut inducant moralem illam certitudinem, quam lex exigit diei 15. Ianuar. 1744, plena, & indubitata appellantur, & ad ordinariam criminis poenam decretandam iudicem impellunt».

motivo, non era, di norma, ritenuta idonea a giustificare l'irrogazione delle sanzioni penali più gravi. Nondimeno, la difficoltà nell'ottenere delle prove legali, resa ancora più impellente a causa delle critiche man mano sollevate nei confronti dello strumento della tortura¹⁸⁸, fu tale da imporre, onde soddisfare le maggiori esigenze repressive proprie dei regimi assoluti moderni, un aggiustamento verso il basso dei criteri decisori per condannare. Ed è così che gli stessi vennero collocati sul livello, sì inferiore, ma più realistico, in cui ancora oggi si trovano. Alla luce di ciò, si può, insomma, ben dire che regole come quelle napoletane, romane o toscane hanno costituito una tappa importante, che ha aiutato i sistemi penali romano-canonici a compiere un definitivo passaggio da un regime probatorio fondato sulla "certezza legale", al cui centro era posta, in particolare, la confessione, a uno basato sulla "certezza morale" del decisore, fondato su una valutazione delle prove da parte del giudice libera da lacci legali¹⁸⁹.

Per concludere, va osservato che gli esempi fin qui forniti permettono di smentire l'idea tradizionale, che vede nel *BARD* un criterio tipico dei sistemi accusatori di *common law*¹⁹⁰. Lo si è visto: esso costituisce, da una prospettiva storica, una norma teologica, concepita per meglio spiegare il concetto di certezza morale, che ha fatto il suo ingresso in campo giuridico, su entrambe le sponde della Manica, nella tarda età moderna. E poco importa che, a rigore, lo *standard* dell'"oltre ogni ragionevole esitazione" fosse stato codificato in un chirografo papale diversi decenni prima delle più antiche ricorrenze finora individuate del *BARD* nella giurisprudenza angloamericana; elemento che, di per sé, finirebbe per attribuire al diritto continentale e non a quello inglese il primato a questo riguardo. Ciò che più interessa rilevare è che, nel Settecento, nonostante la residua sopravvivenza sul continente europeo del sistema generale delle prove legali e le innumerevoli differenze esistenti tra il modello accusatorio anglosassone e quelli inquisitori continentali, i problemi affrontati in tema di *standard* di prova su entrambe le sponde della Manica erano, per molti versi, gli stessi, così come il lessico utilizzato, le posizioni e le soluzioni. Ne esce, pertanto, rafforzata l'idea per cui la certezza morale e il *BARD*, ben lungi da appartenere alla sola tradizione *adversary* o inquisitoria, rappresentino, piuttosto, dei concetti che hanno radici trasversali e profonde nell'ambito di tutta la cultura – teologica, filosofica e, più tardi, anche giuridica – occidentale¹⁹¹.

5. Come noto, nella seconda metà del XVIII secolo, la riforma della procedura penale divenne una delle preoccupazioni centrali dei pensatori illuministi¹⁹². Essi identificarono nella "macchina inquisitoria" uno strumento incompatibile con la nuova concezione del rapporto tra individuo e Stato e, soprattutto, con l'elaborazione della teorica dei diritti naturali dell'individuo, sviluppatasi nel corso del Seicento. Assai esplicito sul punto si dimostrò, tra gli altri, Voltaire, il quale accusò i sistemi continentali di obbligare i magistrati «à se conduire envers l'accusé plutôt en ennemi qu'en juge»¹⁹³. Da ciò ne derivò una critica serrata, proveniente in particolar modo dall'Illuminismo italiano e francese¹⁹⁴, a tutti gli istituti chiave del sistema penale romano-canonico. La procedura scritta e

¹⁸⁸ Come ricorda I. Rosoni, *op. cit.*, 77, «a partire dal XVI secolo, cominciano a sorgere dubbi sulla efficacia strumentale della tortura come tecnica di indagine della verità, si affaccia alla coscienza dei giuristi, ma soprattutto dei pratici del diritto, la consapevolezza della sua scarsa efficacia come strumento di indagine». Per un esempio concreto di tali difficoltà, cfr. G.B. De Luca, *op. cit.*, 88 ove si evidenzia la capacità di molti inquisiti, grazie a una serie di stratagemmi, di resistere alla tortura, provocando con ciò la c.d. "purgazione" degli indizi a loro carico.

¹⁸⁹ In proposito, v. M. Nobili, *op. cit.*, 117-119.

¹⁹⁰ In questo senso, invece, E.M. Catalano, *I confini operativi della regola di giudizio incarnata dal paradigma bard*, in *PPG* 2017, 973; F. Ruggieri, *op. cit.*, 308. Anche F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012⁹, 995, definitiva il criterio un «banale americanismo».

¹⁹¹ Da questa prospettiva, ha dunque ragione J.Q. Whitman, *op. cit.*, 5, nel momento in cui ha affermato che «*the history of reasonable doubt is really just an English episode in a much larger Christian history. Doctrines closely akin to it were applied [...] in every part of western Christendom*».

¹⁹² In proposito, cfr., per tutti, M. Nobili, *op. cit.*, 122 ss.

¹⁹³ Cfr. Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, s.l. 1766, 99.

¹⁹⁴ Circa il percorso eterogeneo seguito dall'Illuminismo tedesco in proposito, v. M. Nobili, *op. cit.*, 135 ss.

segreta, la presenza di giudici professionali, caratterizzati da ampi poteri di iniziativa d'ufficio (sia a livello propulsivo, che probatorio), la tortura, le pene atroci e straordinarie e, infine, le prove legali, vennero visti come dei ruderi, espressione di un'epoca oscura, da superare grazie alle luci della ragione. Al contrario, il sistema processuale accusatorio inglese, fondato sugli opposti principi dell'oralità, contraddittorio, pubblicità, libera valutazione delle prove e, soprattutto, presenza di giudici popolari, fu identificato come un modello da prendere a riferimento.

Per quanto qui interessa, va rilevato che, in questo contesto, il criterio della certezza morale fece anche sul continente un salto di qualità e da regola eccezionale, che assumeva rilievo soprattutto in tema di prova indiziaria, venne assunta dei pensatori illuministi come criterio generale «nécessaire et suffisant pour émettre la décision judiciaire»¹⁹⁵, in grado di indicare quando le prove fossero idonee a raggiungere l'ideale, ancora non dimenticato, della *luce meridiana clariores*. Ciò posto, è opportuno precisare fin da subito che, a favorire l'ascesa del “criterio morale” e lo sgretolamento progressivo dello *standard* della prova piena, connesso alle prove legali, furono, in particolare, due fattori: da un lato, la rinnovata fiducia degli illuministi nel “senso comune” e nella ragione umana, e, da un altro lato, il grande favore manifestato dagli stessi nei confronti dell'istituto della giuria popolare, intesa come il “palladio della libertà”¹⁹⁶. Al posto di magistrati professionali appartenenti al potere centrale, che decidevano applicando la complessa rete di criteri di valutazione romano-canonici, si volevano porre dei comuni cittadini, chiamati a valutare, secondo il loro buon senso, se le prove fossero sufficienti a determinare nel loro animo una piena “certezza morale” circa la colpevolezza del prevenuto.

Il manifesto di questo programma di riforma si può ritrovare nel *Dei Delitti e delle Pene* di Cesare Beccaria. In tale volume, infatti, oltre a una critica generale nei confronti dei caposaldi del processo inquisitorio, è dedicato ampio spazio anche alla certezza morale, la quale non viene solo qualificata come un'elevata probabilità, ma anche paragonata a quella tipologia di convincimento «che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti nella vita»¹⁹⁷. Si tratta, è evidente, di espressioni analoghe a quelle impiegate, per secoli, nel linguaggio dei teologi cristiani o da filosofi come Cartesio¹⁹⁸, le cui tracce, anche grazie al successo globale avuto dall'opera del giurista milanese, si sono propagate in alcuni ordinamenti fino a oggi¹⁹⁹.

Beccaria non si fermò, tuttavia, qui e creò un collegamento tra certezza morale e istituto della giuria: dopo aver ammesso che «questa morale certezza di prove è più facile il sentirla che l'esattamente definirla», qualificò come ottima quella legge che contempla il giudizio dei pari, perché «è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione»²⁰⁰. A suo dire, per valutare le prove, non sarebbe stato necessario che «un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi»²⁰¹. È chiaro che, mediante queste espressioni, l'autore del *Dei delitti e delle pene* non fece altro che portare alle estreme conseguenze la fiducia nella ragione e nella capacità di discernimento umana, tipica dell'Illuminismo.

¹⁹⁵ La citazione è tratta da A. Padoa-Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune*, in *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, dir. da J.-M. Carbasse e L. Depambour-Tarride, Parigi 1999, 122.

¹⁹⁶ Cfr., a questo riguardo, M. Nobili, *op. cit.*, 131 ss.

¹⁹⁷ La citazione è tratta da C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Harlem 1766, 61. Al riguardo, v. F. Caprioli, *Il giudice e la prova: Beccaria, Filangieri, Pagano*, in *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. Chiodi e L. Garlati, Torino 2015, 31 ss., nonché, *amplius*, C. Cogrossi, *op. cit.*, 129 ss.

¹⁹⁸ A ben vedere, le idee cartesiane erano confluite anche nella voce *Probabilité*, della *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, dir. da D. Diderot, t. XIII, Naufchastel 1765, 393, ove si legge che «l'évidence morale n'est donc proprement qu'une probabilité si grande, qu'il est d'un homme sage de penser & d'agir, dans les cas où l'on a cette certitude, comme l'on devrait penser & agir».

¹⁹⁹ Cfr., al riguardo, il par. seguente.

²⁰⁰ Così, testualmente, C. Beccaria, *op. cit.*, 62.

²⁰¹ V., ancora, C. Beccaria, *op. cit.*, 62.

Nonostante le brecce – tutt’altro che ristrette – che la certezza morale e il ragionevole dubbio avevano aperto nei confronti della struttura tradizionale del modello probatorio romano-canonico, il rovesciamento di prospettiva così teorizzato era comunque netto. La sfiducia nei confronti del sistema tradizionale fu tale da portare a preconizzare la necessità di abbandonare, una volta per tutte, il regime della “certezza legale”, in favore di uno basato sulla “certezza morale” dell’uomo. Così facendo, si intese compiere una netta virata da un sistema fondato prevalentemente su *standard* probatori “oggettivi”, perché connessi a una rete di criteri di valutazione della prova, a uno interamente basato su *standard* di matrice “soggettiva”, in quando legati alla stabilità delle credenze dei decisori.

Senonché, va rilevato che gli stessi illuministi si resero ben conto degli effetti collaterali che un tale completo ribaltamento di prospettiva avrebbe portato con sé. A questo proposito, merita, ancora una volta, riportare il pensiero di Voltaire, il quale, pur avendo manifestato forti critiche nei confronti del regime delle prove legali, giunse alla seguente conclusione: «*on serait tenté de souhaiter que toute loi fût abolie, et qu’il n’y en eût d’autres que le conscience et le bon sens des magistrats. Mais qui nous répondra que cette conscience et ce bon sens ne s’égareront pas?*»²⁰². Queste parole permettono di comprendere come i pensatori del tempo fossero ben consci del fatto che, nel momento in cui la magistratura fosse stata sciolta del tutto dalle catene dalla gerarchia delle prove romano-canonica, questa libertà sarebbe potuta degenerare in arbitrio²⁰³. Si trattava di un’eventualità tutt’altro che remota: come si è visto, tra gli obiettivi principali che avevano portato all’istituzione delle prove legali, vi era proprio quello di limitare il rischio che i giudici, se lasciati del tutto privi di linee guida normative in fase di valutazione delle prove, abusassero dei poteri loro attribuiti. Ed è inevitabile che, una volta abbattuti i criteri di valutazione tradizionali, questo problema si riproponesse immutato.

Per di più, alcuni avvertirono il rischio che la certezza morale, più che una salvaguardia a tutela dei diritti degli accusati, si dimostrasse un «mezzo “giustizialista”»²⁰⁴, il quale consentisse di addivenire alla condanna anche alle pene più gravi, in ipotesi – come quella in cui vi fossero unicamente indizi, un solo testimone, oppure una confessione extragiudiziale – che, in passato, non avrebbero ammesso tale eventualità. Da questo angolo visuale, possono, ad esempio, essere lette le parole di coloro che arrivarono a criticare il sistema della certezza morale, perché avrebbe esposto «l’innocenza ai più manifesti pericoli», dando un «arbitrio funesto e dispotico nelle mani de’ giudici»²⁰⁵. Come è stato rilevato da autorevole dottrina, considerazioni del genere si basarono sulla consapevolezza «che il sistema della prova legale, quando venga privato del contorno di istituti che poco hanno a che fare con la civiltà giuridica quali la tortura e la pena straordinaria [...] cessa di essere quella efficiente e impressionante macchina produttrice di condanne a catena che la storiografia giudiziaria ci ha fatto conoscere», diventando invece, «uno strumento talora assai efficace di salvaguardia per l’imputato»²⁰⁶.

Preso atto di ciò, non stupirà sapere che, sulla scia di questi timori, una corrente dell’Illuminismo caldeggiò l’adozione di riforme meno radicali²⁰⁷. In questa prospettiva, nacque, ad esempio, l’idea di creare un sistema misto tra prove legali e libera valutazione delle prove da parte del giudice. Uno dei primi sostenitori di un’idea di questo tipo fu Gaetano Filangieri, il quale, negli ultimi anni del Settecento, suggerì di dar vita a un modello probatorio in cui il giudice non avrebbe potuto condannare senza l’esistenza di una serie di prove predeterminate dalla legge, mentre avrebbe dovuto comunque

²⁰² In questo senso, v. Voltaire, *Prix de la justice et de l’humanité*, in *Ouvres complètes de Voltaire*, t. III, Parigi 1827, 368.

²⁰³ Cfr., sul punto, M. Nobili, *op. cit.*, 125.

²⁰⁴ La citazione è tratta da L. Garlati, *Il volto umano*, cit., 146.

²⁰⁵ Sono parole di F.V. Barbacovi, *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*, Milano 1820, 44.

²⁰⁶ In questo senso, cfr. E. Dezza, *L’impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, in Id., *Saggi di storia del processo penale nell’età della codificazione*, Padova 2001, 164.

²⁰⁷ Così, ad esempio, T. Nani, *op. cit.*, 147, il quale, come ricorda E. Dezza, *Tommaso Nani*, cit., 146, decise «non solo di non rinunciare a taluni tradizionali principi tipici della prova legale, quale quello dell’*“unus testis”*, ma anche di proporre una propria versione di natura metodologica [...] di quelli che Filangieri avrebbe chiamato “canoni di giudicatura”».

assolvere laddove le stesse non fossero in grado di produrre nella sua mente una certezza morale circa la colpevolezza dell'inquisito²⁰⁸. È chiaro come un sistema di questo tipo fosse mosso da una logica chiara: esso era volto, infatti, a sfruttare i punti di forza, tanto dell'antico regime probatorio romano-canonico²⁰⁹, tanto delle teorie degli illuministi, nella parte in cui esse spingevano ad attribuire una maggiore libertà valutativa al decisore da una prospettiva probatoria.

Detto ciò, va ricordato che l'idea di costruire sistemi interamente basati su una sintesi tra “certezza legale” e “certezza morale” riscosse, effettivamente, notevole successo, specie nella prima metà dell'Ottocento, in determinate aree del centro Europa²¹⁰. Il riferimento va all'Olanda e a certi Stati di lingua tedesca, nei quali questa impostazione – anche nota come teoria delle prove legali negative («*negative Beweisregeln*») – trovò effettivamente sbocco in importanti testi normativi²¹¹. Uno degli esempi principali di tale modello è costituito dalle codificazioni austriache ottocentesche²¹², dove, tra l'altro, in linea di continuità con la prassi delle pene straordinarie dello *ius commune*, si continuò a vietare di pronunciare la pena di morte sulla base di prove indiziarie²¹³. Nonostante la sua natura compromissoria, l'esperienza di questi sistemi probatori “misti” non ebbe vita lunga, finendo per essere abbandonata, sia a livello dogmatico, sia a livello codicistico, verso la metà del XIX secolo o, comunque, nei decenni successivi²¹⁴.

A ben vedere, voci favorevoli nei confronti di un sistema di questo tipo si udirono pure in seno all'Assemblea costituente francese, allorché essa si trovò a discutere del *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurées*, cioè il provvedimento che, subentrando alla vecchia *Ordonnance criminelle* del 1670, segnò una svolta storica della procedura penale continentale, dando vita a un «singolare punto di incontro tra la procedura anglosassone e gli ideali della rivoluzione francese»²¹⁵. Nel corso dei lavori preparatori di tale provvedimento, la tematica del mantenimento delle prove legali o una loro sostituzione con il criterio dell'*intime conviction* dei giurati costituì uno dei principali punti di scontro tra le idee progressiste degli illuministi e le resistenze di una parte reazionaria dell'Assemblea²¹⁶. In tale contesto, un'opinione

²⁰⁸ Cfr. G. Filangieri, *op. cit.*, 149 s., ove si afferma: «il temperamento che io propongo, mi pare il più semplice; questo sarebbe il combinare la certezza morale del giudice colla norma prescritta del legislatore cioè a dire, col criterio legale». Nella stessa scia, cfr. F.M. Pagano, *Logica de' probabili*, in *Principj del codice penale e logica de' probabili*, Napoli 1824, 79 ss., nonché, in epoca più recente, P. Ellero, *Della critica criminale*, Venezia 1860, 23.

²⁰⁹ Come noto, esso non mancò di avere ancora alcuni illustri e convinti sostenitori, tra cui spicca G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Milano 1863, 182, a detta del quale «la irrogazione della pena dee dipendere dalla disposizione della legge, non dalla opinione dell'uomo».

²¹⁰ Sul punto, cfr. J. Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Bewies im Strafprozess*, Lipsia 1883, 10 ss. Nella dottrina italiana v. M. Nobili, *op. cit.*, 189 ss., nonché, più di recente, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 121-123 e, soprattutto, P. Rondini, *op. cit.*, *passim*.

²¹¹ Il riferimento va, ad esempio, all'ordinanza criminale olandese del 1830, al regolamento di Baden del 1845, nonché al regolamento di procedura penale per il Cantone di Berna del 1842: sul punto, cfr. C.G.A. Mittermaier, *op. ult. cit.*, 94 s.

²¹² Si allude, in particolare, al codice penale austriaco del 1803 e al regolamento generale di procedura penale del 29.7.1853. In merito all'esperienza austriaca, cfr., ampiamente, L. Garlati, *op. ult. cit.*, 119 ss.

²¹³ Cfr., in proposito, il § 430 del codice penale universale del 1803, il quale, sulla scia della tradizione “classica”, stabiliva che «la sentenza allora soltanto si può estendere fino alla pena di morte, quando il delitto, che la legge punisce con tal pena, è legalmente provato contro il reo colla sua confessione, o con giurate testimonianze, ed in oltre l'esistenza del fatto con tutte le importanti sue circostanze è in modo legale pienamente verificata. Se in tal guisa non può più esser verificata l'esistenza del fatto, o se l'imputato è legalmente convinto solo col mezzo dei correi, o per concorso delle circostanze, la sua condanna non può estendersi ad oltre vent'anni di carcere». Sul punto, v. L. Garlati, *op. ult. cit.*, 140 s.

²¹⁴ Cfr., al riguardo, M. Nobili, *op. cit.*, 196 ss. Come giustamente ricorda attenta dottrina, M. Daniele, *op. ult. cit.*, 122, il paradigma delle regole di valutazione negative si è, invece, fatto strada, con il tempo, seppur con riguardo ad alcune ipotesi eccezionali, all'interno dei sistemi giuridici angloamericani. In argomento cfr. P. Roberts, A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, Oxford 2022³, 752 ss. e M. Wittlin, *Theorizing corroboration*, in *Cornell Law Review* 2023, 912 ss., nonché, nella dottrina italiana, V. Fanchiotti, voce *Corroboration*, in *EG*, vol. IX, Roma 1991, 1.

²¹⁵ Sono parole di M. Nobili, *op. cit.*, 151.

²¹⁶ Sul punto, cfr., per tutti, A. Padoa-Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dai «Philosophes» alla Costituente*, Milano 1994, 102 ss.

favorevole alla teoria delle “prove legali negative” venne sostenuta da uno dei volti principali della rivoluzione: Maximilien de Robespierre. Difatti, la diffidenza, che egli provava nei confronti dell’ordinamento giudiziario tradizionale, fu tale da portarlo ad affermare che fosse necessario «réunir et la confiance qui est due aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge», facendo sì che l’accusato non potesse essere condannato sulla base delle prime, «si elles sont contraires à la connaissance et à la conviction intime des juges»²¹⁷.

In Francia, così come in Italia, tale proposta intermedia non ebbe, tuttavia, successo, venendo rigettata già nel corso della stessa seduta in cui la medesima fu formulata, dal relatore del progetto normativo: Adrien Duport²¹⁸. Sulla scia degli insegnamenti degli illuministi, egli pronunciò una critica radicale nei confronti del sistema delle prove legali, sostenendo che le stesse sarebbero state nocive, sia per la società, sia per gli accusati, dal momento che avrebbero costretto il giudice a condannare anche contro la propria coscienza. Un’opinione questa – è bene precisarlo – che venne a sua volta contrastata apertamente dall’ala più conservatrice dell’Assemblée, secondo cui la vecchia gerarchia delle prove romano-canonica avrebbe operato, in realtà, in favore dell’imputato, non obbligando i giudici dell’Ancien Régime ad agire contro le proprie convinzioni²¹⁹. A ogni modo, a far propendere i proponenti del progetto per la necessità di rigettare anche l’impostazione “attenuata” di Robespierre, fu l’opinione per cui essa sarebbe stata incompatibile con l’istituto della giuria, cioè – come si è visto – un pilastro dell’ideale illuminista del processo penale. A dire di Duport, anche un sistema come quello delle prove legali negative avrebbe finito, infatti, per creare «de très mauvais juges au lieu d’excellents jurés»²²⁰, impedendo, pertanto, sin dal principio, il buon funzionamento del nuovo sistema.

L’opinione dei critici delle prove legali, pur non riuscendo a ridurre al silenzio nell’immediato le voci contrarie, ebbe, alla fine, successo. Con il menzionato Décret del 16-29 settembre 1791, il vecchio regime probatorio romano-canonico venne, dunque, abrogato e sostituito con il criterio dell’“intime conviction” dei giurati²²¹, consacrato nella formula di giuramento della nuova legge («vous jurez [...] de vous décider d’après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction»), nonché nell’istruzione esplicativa dei loro doveri ai giudici popolari, emanata nelle settimane successive²²². In tal modo, dopo secoli di vigenza, la divisione tra prove “piene” e “semipiene” finì per cadere nel cuore dell’Europa, portando a effettivo compimento i disegni riformatori della corrente più progressista dell’Illuminismo. Da qui, queste idee, venendo trapiantate,

²¹⁷ Le citazioni testuali sono riprese dal discorso pronunciato da M. Robespierre, il 4.1.1791, pubblicato in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, cit., 11.

²¹⁸ Cfr. A. Duport, discorso del 4.1.1791, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, cit., 11-13.

²¹⁹ Si allude alle parole pronunciate nel discorso del 5.1.1791 da G.F.C. Goupil de Préfeln, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, cit., 25, a detta del quale le prove legali «n’étaient que des règles sans lesquelles il n’était pas permis aux juges de condamner; mais jamais la loi n’a rendu le juge tellement esclave de ces règles, qu’il fût forcé de condamner contre sa conscience. Le système des preuves légales s’était établi tout entier en faveur de l’accusé. Il ne pouvait être condamné sans les preuves légales, il pouvait être absous sur la seule condition du juge».

²²⁰ Cfr. A. Duport, discorso del 4.1.1791, cit., 12.

²²¹ Su tale fondamentale passaggio, cfr., per tutti, M. Nobili, *op. cit.*, 151-155.

²²² Si allude all’*Instruction sur la procédure criminelle, en annexe de la séance du 29 septembre 1791*, pubblicata in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Recueil Complet des Débats Législatifs and Politiques des Chambres Françaises*, diretti da M.J. Mavidal e da M.E. Laurent, *Première Série*, Parigi 1885, t. XXXI, 642 ss., la quale, per quanto qui rileva, stabiliva: «la loi ne leur demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont formé une conviction. Elle ne leur prescrit point de règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d’une preuve; elle leur demande de s’interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l’accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: vous tiendrez pour vrai, tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; ou: vous ne regarderez pas comme suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins, ou de tant d’indices. Elle ne leur fait que celle seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: avez-vous une intime conviction?».

pur con alcuni adattamenti e differenze, anche all'interno del modello misto del *Code d'instruction criminelle* del 1808²²³, si sono propagate per tutto il continente.

Ciò chiarito, è opportuno ora soffermarsi più nel dettaglio sulla duplice funzione che la formula dell'"intimo convincimento"²²⁴ assunse per l'Assemblea costituente francese del 1791²²⁵.

Da una prima prospettiva, essa costituiva lo *standard* di prova soggettivo, che indicava il livello di convincimento che i giurati dovevano raggiungere, all'esito del procedimento penale, per emanare un verdetto di condanna²²⁶. A questo proposito, risultava particolarmente esplicita l'istruzione esplicativa dei doveri dei giurati, collegata dal *Décret* del 1791, al cui interno si domandava agli stessi, in modo solenne, se l'«*impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé et les moyens de la défense*» fosse tale da determinare, nel loro animo, «*une intime conviction*» circa la colpevolezza dei prevenuti. Ciò detto, è bene precisare che tale *standard*, nel linguaggio del tempo, era strettamente legato al concetto di certezza morale: in siffatto contesto queste espressioni, così come altre ibride, tra cui quella di "*conviction morale*", o "*preuve morale*" vennero impiegate, in modo sostanzialmente sinonimico²²⁷.

Senonché, va notato come la scelta di preferire, a livello terminologico, alla locuzione "classica" della "certezza morale" quella dell'"intimo convincimento" abbia determinato un problema non secondario. Ci si riferisce al fatto che, mentre la prima regola assumeva, soprattutto grazie al suo secolare *background* teologico-cristiano, una portata più facilmente definibile, la seconda, specie se letta in modo isolato, finiva per essere affetta da una dose maggiore di indeterminatezza. E ciò in quanto la formula dell'intimo convincimento, a differenza di altri *standard* soggettivi, non contiene vocaboli – come il termine certezza – volti a chiarire, a livello estensionale, quanto ferma debba essere la credenza da raggiungere per poter considerare sufficientemente provata l'ipotesi accusatoria. Essa si limita, al contrario, a concentrare l'attenzione sul foro interno dell'individuo, tramite l'aggettivo "intimo". Per quanto qui rileva, queste considerazioni sono utili per comprendere come, tra i diversi *standard* soggettivi qui esaminati, l'intimo convincimento sia quello affetto dalla dose maggiore di genericità linguistica, proprio perché non contiene termini volti a specificare

²²³ Cfr. l'art. 342 del *Code d'instruction criminelle*, nel quale è traslata testualmente l'istruzione del 1791.

²²⁴ Come ricorda J.N. Fenoll, *op. cit.*, 131, tale locuzione era già stata impiegata prima della Rivoluzione da alcuni autori francesi.

²²⁵ In merito alla natura di "giano bifronte" dell'*intime conviction*, cfr. M. Delmas-Marty, *op. cit.*, 59, a detta della quale «*cette notion, apparemment très différente de celle du doute raisonnable, a en réalité une double signification qui l'en rapproche : d'une part elle substitue la liberté du juge dans l'appréciation des preuves au système du tarif, dit de la preuve légale [...] ; d'autre part, elle implique la conviction, par opposition au doute qui doit, comme en Angleterre, profiter à l'accusé et conduire à l'acquiescement*». Nella dottrina, italiana, cfr., in senso problematico, G. Tuzet, *Evidence assessment and standards of proof: a messy issue*, in *Quaestio Facti* 2021, 98 s.

²²⁶ Concordano sulla natura di *standard* di prova dell'*intime conviction*, tra gli altri, J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 19; K.M. Clermont, *Standards of Proof Revisited*, in *Vermont Law Review* 2009, 472; C. Esnard, M.-J. Grihom, L. Leturmy, *L'intime conviction : incidences sur le jugement des jurés et magistrats. Rapport Final. 8 Juillet 2015*, in www.gip.recherche.justice.fr, 133; M. Damaška, *The future of free proof in criminal cases*, in *Liber Amicorum Karoly Bard*, vol. II, Budapest 2022, 197 s.; P. Poncela, *L'intime conviction dans le jugement pénal*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1983, 2, 10; J. Pradel, *Le déroulement du procès pénal français (aperçus comparatifs avec le droit canadien)*, in *Revue générale de droit* 1985, 579; J.-F. Renucci, *Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable*, in *Receuil Dalloz* 2009, 1058 ss.; J.R. Spencer, *Prove alla ribalta*, in *Procedura penali d'Europa. Belgio-Francia-Germania-Inghilterra-Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche coordinate sotto la direzione di Mireille Delmas-Marty*, Padova 2001², 575; S.C. Thaman, *Ensuring the factual reliability of criminal convictions: reasoned judgments or a return to formal rules of evidence?*, in *Comparative Criminal Procedure*, a cura di J.E. Ross e S.C. Thaman, Cheltenham 2016, 82.

²²⁷ Cfr., ad esempio, A. Duport, discorso del 4.1.1791, *cit.*, 12; M. Robespierre, discorso del 2.2.1791, *ivi*, 718; J.G. Thouret, discorso dell'11.1.1791, *ivi*, 132; F.D. Tronchet, discorso del 5.1.1791, *ivi*, 34. D'altra parte, anche nella letteratura successiva l'*intime conviction* e la certezza morale furono da molti considerati come sinonimi, cfr., per tutti, F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. VIII, Parigi 1867, 14. Nella dottrina italiana, cfr. G. Brugnoli, *Della certezza e prova criminale col confronto di varie legislazioni d'Europa ed in specie d'Italia*, Modena 1846, 24; L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895, 167. Di recente, v. C. Cogrossi, *op. cit.*, 235.

direttamente il grado di solidità che deve assumere il convincimento per ritenere provato un enunciato fattuale. Alla luce di ciò, non stupisce che questo criterio decisivo sia oggi fortemente criticato dai sostenitori della teoria “oggettiva” degli *standard* di prova²²⁸.

Una seconda funzione che l'*intime conviction* veniva ad assumere nel contesto originario era quella di criterio generale di valutazione delle prove, secondo il comune buon senso dei giurati, concepito in contrapposizione con il “convincimento vincolato”, tipico delle prove legali. Da questa prospettiva, la regola simboleggiava, insomma, la libertà dei decisori da parametri normativi di predeterminazione del valore probatorio. Per rendersi conto di ciò, risulta, anche in questo caso, preziosa la sopra citata istruzione, dove i costituenti francesi chiarirono che la legge «*ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve*». Nondimeno, è utile notare come, nella tradizione giuridica di alcuni Paesi, per riferirsi a tale seconda funzione dell'*intime conviction* si siano sviluppate, nel corso del tempo, espressioni autonome: ciò vale, ad esempio, per l'Italia, l'Austria o la Germania, dove sono oramai dominanti in proposito le locuzioni “libero convincimento”, “*freie Beweiswürdigung*” o, ancora, “*freien Überzeugung*”.

Se un tanto è vero, va precisato che, una volta staccata dal suo contesto originario, la regola dell'intimo convincimento ha prodotto, anche in ragione della sua «polivalenza semantica»²²⁹, significativi problemi esegetici²³⁰. Difatti, la formula in esame ha dato adito, sia a interpretazioni restrittive – venendo, ad esempio, letta da autorevole dottrina solo come un criterio di valutazione delle prove e non quale *standard* di prova²³¹ – sia a ben più pericolose esegesi espansive. Ciò, è, ad esempio, avvenuto in Italia, dove il “libero convincimento” è stato, per lungo tempo, utilizzato dalla giurisprudenza come *caveat* per superare pure alcuni limiti posti dal legislatore nella fase dell'ammissione delle prove e non in quella della valutazione delle stesse²³². Evidentemente, in ipotesi come queste, la norma si è trasformato da regola nata per chiudere le porte alle sole prove legali, in una formula “onnivora”, dotata di una «vorace potenza superlogica»²³³, tramite cui si è cercato di affrancare i decisori da ogni tipologia di limite normativo posto al fine di perimetrarne la discrezionalità con riguardo all'accertamento del fatto²³⁴.

Comunque sia, tenuto conto di tali problemi interpretativi, ben si comprenderà il perché anche uno dei più grandi giuristi continentali dell'Ottocento, Carl Joseph Anton Mittermaier, fosse arrivato a sostenere che «la così detta *intime conviction*, alla quale sono rimessi i giurati francese, è cosa si indeterminata e confusa, che sopra non vi si può far capitale»²³⁵. Un giudizio di questo tipo si doveva

²²⁸ Cfr., ad esempio, J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 19; L. Laudan, *Por qué un estándar*, cit., 98 ss.

²²⁹ La citazione è tratta da G. De Luca, *Profilo storico del libero convincimento del giudice*, in *Il principio del libero convincimento del giudice nel nuovo processo penale*, Quaderni del C.S.M., n. 50, Roma 1992, 16 s.

²³⁰ Ne danno giustamente conto G. Carlizzi, *op. cit.*, 35-37 e G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 98.

²³¹ In quest'ottica v. già L. Lucchini, *op. cit.*, 167, a detta del quale, «il libero convincimento o certezza morale vuol dire una cosa sola, l'esclusione della certezza o prova legale, cioè l'esclusione di un sistema di criteri artificiali, con apprezzamenti prestabili dalla legge», nonché, più di recente, K. Ambos, *op. cit.*, 182; M. Taruffo, *Rethinking the Standards of Proof*, in *The American Journal of Comparative Law* 2003, 666 e G. Uberris, *Razionalismo processuale e verità*, in *Il giusto processo civile* 2013, 332.

²³² In merito a tale approccio della giurisprudenza, sviluppatosi soprattutto nel periodo di vigenza del codice abrogato, cfr. M. Nobili, *op. cit.*, 270 ss. A ben vedere, tale linea di tendenza non si può dire del tutto estinta neppure al giorno d'oggi, come è dimostrato, tra l'altro, dai cospicui filoni giurisprudenziali che utilizzano il libero convincimento come *caveat* per forzare le regole del codice: cfr., ad es., Cass. 8.8.2019 n. 43285, in *DeJure*; Cass. 27.4.2017 n. 28391, *ivi*; Cass. 13.5.2014 n. 37497, *ivi*; Cass. 10.2.2009 n. 22612, *ivi*, in materia di riconoscimenti informali.

²³³ L'espressione, come noto, è di F. Cordero, *Diatriba sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 229 s.

²³⁴ Non a caso, M. Nobili, in un saggio risalente all'inizio del nuovo Millennio, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano 2004, 59, giunse alla seguente conclusione: «penso [...] che il “convincimento libero” del giudice, quanto di benefico doveva partorire, già lo diede negli anni tra Voltaire e Carrara. Da allora, è stato solo un calvario, una tribolazione di storpiature, equivoci, concetti e categorie manipolate [...] sarebbe tempo di abbandonarlo, nel senso di parlarne, ammirati, come – ammirati – parliamo di Leopardi o del Rinascimento».

²³⁵ Cfr. C.J.A. Mittermaier, *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni*, Reggio-Modena

proprio alla circostanza per cui questo criterio, anche a causa del riferimento esplicito al foro interno dell'individuo, finì per essere percepito da una corrente di pensiero come una regola "oracolare", che attribuiva ai *fact-finders* talmente tanti margini di autonomia da poter decidere fondandosi sulle loro intuizioni e sui loro sentimenti²³⁶. Come è stato rilevato da autorevole dottrina, questa lettura "irrazionalistica" del criterio dell'*intime conviction* è, a ben vedere, antistorica: dalle stesse espressioni usate nell'*instruction* del 1791, si capisce, infatti, come l'Assemblea costituente francese avesse, per parte sua, legato a doppio filo l'intima convinzione del giudice alle impressioni lasciate sulla ragione dal giudice dal materiale probatorio²³⁷, attribuendo, dunque, alla stessa comunque un ancoraggio oggettivo²³⁸.

Nondimeno, all'interpretazione oracolare della formula se ne è ben presto contrapposta una antitetica, oggi dominante sul continente europeo. Il riferimento va alla lettura "razionalistica" dell'intimo convincimento (c.d. "*conviction raisonnée*"), il cui radicarsi è stato favorito della progressiva ondata di reflusso che l'istituto della giuria, dopo i fasti della fine del Settecento e dell'Ottocento, ha avuto in molti Paesi europei²³⁹, tra cui anche la Francia²⁴⁰. Una volta spezzato il legame originario tra *intime conviction* e giudici popolari, in favore di sistemi basati su giudici professionali o su corti miste²⁴¹, si è man mano sentita la necessità di strutturare una teoria della valutazione delle prove, sì libera da prove legali, ma comunque solidamente basata sulla logica, sulla scienza e sulla ragione. Come noto, a livello processuale, l'istituto principale che è stato ideato onde perseguire un tale risultato è quello della motivazione in fatto delle sentenze²⁴². È chiaro che la presenza dell'obbligo di motivare, diventato poi un pilastro generale della giustizia penale europea, fa sì che i giudici debbano sempre essere in grado di spiegare, in modo inter-soggettivamente comprensibile e controllabile, sia all'interno, sia all'esterno del processo, il perché un'ipotesi sul fatto venga o meno posta alla base della decisione. Tale istituto, favorendo l'impiego di criteri di inferenza solidi, aggiornati rispetto alle conoscenze scientifiche del tempo, nonché, al contempo, conformi alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della corti superiori, a cui, nell'esperienza di *civil law*, sono affidati ampi poteri di controllo su come sono stati ricostruiti i fatti, rappresenta, evidentemente, un presidio chiave per evitare atteggiamenti "irrazionalistici" dei magistrati nei confronti del materiale probatorio²⁴³,

1851, 480.

²³⁶ Ne danno atto, M. Damaska, *op. ult. cit.*, 197; J. Glaser, *op. cit.*, 18 e M. Nobili, *Il principio*, 185.

²³⁷ Come ricordato da M. Nobili, *op. ult. cit.*, 97 e ss., il criterio dell'*intime conviction* non va confuso con il *iudicium secundum conscientiam*. L'intimo convincimento presuppone, infatti, risolta a monte la diatriba tra *iudicium secundum alligata et probata* e *iudicium secundum conscientiam* in favore della prima delle alternative, trattandosi di uno *standard* di cui va valutato il raggiungimento solo sulla base delle prove raccolte e acquisite nel corso della regudicanda.

²³⁸ Cfr. M. Delmas-Marty, *op. cit.*, 60. In questa prospettiva, è particolarmente calzante la definizione di G.D. Romagnosi, *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali, e sul calcolo degli indizi*, in *Opere edite ed inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale*, parte II, Milano 1842, 963, a detta del quale la convinzione intima «è l'impressione riguardante la credibilità d'un fatto risultante dai mezzi di prova raccolti secondo la legge».

²³⁹ Sul punto, cfr. la recente analisi di K. Ambos, *op. cit.*, 176; R. Bloembergen, *The Development of the Criminal Law of Evidence in the Netherlands, France and Germany between 1750 and 1870*, Leiden-Boston 2020, 109 ss.; M. Damaska, *Evaluation of Evidence*, cit., 121 ss. e di S. Thaman, *op. cit.*, 82 s. Nella letteratura italiana, cfr. M. Nobili, *op. ult. cit.*, 53, il quale attribuisce a G.D. Romagnosi, *op. ult. cit.*, 963 la paternità di questa lettura. Per un recente tentativo, di strutturare una teoria razionale del libero convincimento, cfr. G. Carlizzi, *op. cit.*, 37 ss.

²⁴⁰ Come noto, anche in Francia, a partire dalla Seconda guerra mondiale, la giuria è stata trasformata in un giudice misto, cioè la Corte d'assise: per un cenno a tale trasformazione, compiuta dalla Francia di Vichy e poi mantenuta dopo la fine del conflitto, cfr., al riguardo J.M. Donovan, *Magistrates and Juries in France*, in *French Historical Studies* 199, 411 e J. Pradel, *Le jury en France. Une histoire jamais terminée*, in *Revue internationale de droit pénal* 2001, 177.

²⁴¹ In proposito, è utile ricordare come uno dei primi sistemi giuridici che inaugurò tale scissione tra giuria e *intime conviction* fu quello del codice di procedura penale per il Regno d'Italia del 1807 (c.d. "codice Romagnosi"), il quale affidava il giudizio sul fatto a giudici professionali, pur senza stabilire un obbligo di motivazione in senso tecnico. In proposito, v. M. Nobili, *op. ult. cit.*, 201 ss.

²⁴² Cfr. S. Thaman, *op. cit.*, 94 ss.

²⁴³ Cfr., a questo riguardo, C. eur. GC., 16.11.2010, *Taxquet c. Belgio*, per un cenno sulla quale v. le conclusioni.

A ben vedere, nella legislazione italiana del periodo della restaurazione si trovano esempi precoci di come già alcuni sistemi giuridici ottocenteschi fecero un ulteriore passo avanti, creando un *mix* di regole in tema di *standard* di prova e di obbligo di motivazione²⁴⁴. Giunti a questo punto, non stupirà sapere come il principale esponente di questa linea di tendenza sia rappresentato dal regolamento di procedura criminale del 5 novembre 1831, dettato da Papa Gregorio XVI. Sebbene fosse caratterizzato da notevoli incrostazioni inquisitorie ed autoritarie²⁴⁵, da un punto di vista dei criteri decisori, questo testo non può che apparire agli occhi dei contemporanei piuttosto moderno. Esso non si limitò, infatti, a prevedere la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali²⁴⁶, ma all'art. 442 stabilì del pari che, all'esito del procedimento, i giudici (professionali) fossero tenuti a decidere «secondo l'intima convinzione della propria coscienza, e secondo l'impressione ricevuta sulla sua ragione presso le prove o gl'indizj [...], dalla riunione dei quali deve [...] dipendere la pienezza della certezza morale che rimuove dal di lui animo ogni ragionevole esitazione»²⁴⁷. È evidente come, mediante queste norme si cercò di conciliare, sia la principale novità proveniente dal modello francese di procedura penale – cioè, l'*intime conviction* –, sia le istanze razionaliste, volte a prevenire derive oracolari di questo criterio, sia, infine, la volontà di non rinunciare alle tradizionali regole “cristiane” della “certezza morale” e del *BARD*. Si trattò, insomma, di un embrionale tentativo di “oggettivizzare”, tramite alcuni presidi processuali, *standard* che, a livello linguistico, apparivano fortemente “soggettivi”.

Se è vero che, nel mondo del diritto canonico, regole come queste sono perdurate fino a oggi²⁴⁸, va rilevato che, nella storia della procedura penale italiana, è dovuto passare oltre un secolo e mezzo affinché si ritornasse a codificare una norma paragonabile all'art. 442 del regolamento gregoriano. Come noto, infatti, a seguito dell'unificazione del Paese, i codici di procedura penale italiani sono stati, per lungo tempo, fortemente ispirati al modello francese del *Code d'instruction criminelle*; il che, se ha favorito una definitiva cristallizzazione del criterio dell'intimo convincimento²⁴⁹, ha, per converso, fatto sparire per molto tempo dalle fonti normative ufficiali gli ulteriori riferimenti alla certezza morale o al ragionevole dubbio. Ciò nondimeno, in particolare la formula della certezza morale, anche grazie al collegamento storico con l'*intime conviction* di stampo francese, è riuscita a sopravvivere per lungo tempo, tanto nelle opere dottrinali²⁵⁰, quanto nella giurisprudenza²⁵¹, perdendo via via il suo *background* teologico-cristiano.

²⁴⁴ Accanto all'esempio riportato nel testo, si pensi anche al Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, il quale, oltre a stabilire la regola per cui i giudici avrebbero dovuto risolvere «tutte le questioni di fatto secondo il loro criterio morale» (art. 292), contemplava anche l'obbligo di motivazione (art. 293).

²⁴⁵ Per un ampio commento al testo, cfr. N. Contigiani, *Il processo penale pontificio. Tra ancoraggi inquisitori e spettro riformista (1831-1858)*, in RSDI 2007, 189 ss. A riprova di ciò, basti pensare che tale rito, oltre a restringere radicalmente il ruolo della difesa, equiparava le prove raccolte nell'istruttoria a quelle acquisite in dibattimento, non contemplando, dunque, una separazione tra le fasi. Per di più gli artt. 446 e 447 prevedevano due forme diverse di assoluzione per insufficienza di prove, che consentivano all'autorità di continuare a perseguire il prevenuto anche dopo il suo proscioglimento dubitativo.

²⁴⁶ Si vedano gli artt. 450, 452 e 465 del regolamento.

²⁴⁷ Per un commento alla disposizione, cfr. R. Ala, *Criminalis juris et praxis instituta usi etiam forensi accommodata*, t. I, Roma 1839, 254 s.; C. Contoli, *Considerazioni sul processo e giudizio criminale nei due sistemi del processo scritto ed orale*, Bologna 1855, 117 ss. e G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione gregoriana*, Macerata 1840, 541 s.

²⁴⁸ Cfr., sul punto, J. Hahn, *op. cit.*, 300 ss., nonché, in lingua italiana, M.J. Arroba Conde, *Convincimento, certezza e motivazione: l'esperienza canonica*, in *Criminalia* 2012, 168 ss.

²⁴⁹ Per i codici del 1865 e del 1913, i quali prevedevano la giuria, cfr., rispettivamente, gli artt. 487/498 e 440 Cpp, modellati sulla base della vecchia disciplina francese del 1791. Da ultimo, la formula dell'intimo convincimento è rimasta immutata, venendo ancora oggi richiamata dall'art. 30 della l. 30.4.1951 n. 287, concernente la corte d'assise.

²⁵⁰ L'espressione compare ciclicamente: cfr., ad esempio, le opere di P. Ellero, *op. cit.*, 23; L. Lucchini, *op. cit.*, 167; M. Pescatore, *La logica del diritto: frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, vol. I, Torino 1863, 158 ss.; N. Framarino dei Malatesta, *La logica delle prove in criminale*, vol. I, Torino 1895, 30 ss.; oppure P. Saraceno, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova 1940, 9.

²⁵¹ Cfr., ad esempio, Cass. 6.10.1883 n. 1368, in *La Corte Suprema di Roma* 1883, 978, la quale riveste grande interesse

Dopo il secondo conflitto mondiale, tuttavia, anche i riferimenti a questo criterio si sono, progressivamente, ridotti, pur non essendo mai spariti del tutto²⁵². L'espressione certezza morale è stata, infatti, con il passare dei decenni, scalzata da un altro "fossile" dall'antico passato: l'al di là di ogni ragionevole dubbio, il quale è stato impiegato, sempre più di frequente, in modo autonomo, tanto a livello teorico²⁵³, quanto giurisprudenziale²⁵⁴, riuscendo a distaccarsi dal suo nucleo originario. Ha così avuto inizio un lungo cammino interpretativo²⁵⁵ che ha portato, nel 2006, il legislatore a cristallizzarlo definitivamente all'art. 533 Cpp, il quale prevede oggi che «il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole [...] al di là di ogni ragionevole dubbio»²⁵⁶. Come avremo modo di vedere in seguito, questa nuova codificazione non può, tuttavia, stupire, in quanto si colloca in un contesto storico in cui il *BARD* – pur assumendo significati anche molto distanti tra loro (alcuni più vicini al nucleo originario della "certezza morale" e altri più "oggettivi") – è progressivamente diventato lo *standard* di prova penalistico più riconosciuto a livello globale. Per comprendere come ciò sia potuto accadere, è, peraltro, opportuno concludere la nostra analisi diacronica, esaminando l'evoluzione che il criterio in questione ha avuto nei Paesi di *common law*.

6. Non dovendo abbattere un sistema secolare di prove legali, applicato da magistrati professionali, né subire la concorrenza dell'*intime conviction*, la certezza morale e il *BARD* hanno fatto meno fatica a radicarsi nell'ambito del modello di processo penale angloamericano con giuria, rispetto a quanto è accaduto sul continente europeo.

in quanto afferma il principio per cui «nel sistema della certezza morale la convinzione del giudice di merito può essere determinata anche dal deposito di un solo testimone». Il che costituisce, a ben vedere, una dimostrazione pratica di quanto, da questa prospettiva, l'abbandono del regime delle prove legali abbia determinato un abbassamento delle garanzie, rispetto al regime previgente.

²⁵² Si pensi, ad esempio, a quel filone giurisprudenziale che, ancora di recente, ha affermato che il ragionevole dubbio sarebbe «il dubbio che [...] lascia la mente dei giudici in una condizione tale per cui non possono affermare una convinzione incrollabile, prossima alla certezza morale (da intendersi come pratica certezza), sulla fondatezza dell'accusa» (cfr. Cass. 26.5.2016 n. 42056, in *DeJure*). In dottrina, cfr. A. Pagliaro, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2007, 181-182.

²⁵³ V. già F. Carnelutti, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli 1963, 33; A. Malinverni, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. III, Torino 1970, 559 ss.; M. Pisani, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro pen.* 1965, 3.

²⁵⁴ Cfr., Cass. 22.10.1984 Mattia, in *CEDCass*, m. 167449; Cass. 24.2.1981 Pressi, in *RP* 1981, 697 s.

²⁵⁵ Come noto, due tappe fondamentali di tale percorso sono state, a livello dottrinale, la monografia di F. Stella, *op. cit.*, *passim* e, da una prospettiva giurisprudenziale, la sentenza Cass. S.U. 10.7.2002 Franzese, in *RIDPP* 2002, 1133 ss., la quale, a codice invariato, aveva stabilito il principio di diritto per cui «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino [...] non può che comportare [...] l'esito assolutorio». Nonostante questo progressivo cammino interpretativo, ancora alla fine degli anni Novanta negli Stati Uniti vi era chi affermava che «*the Italian standard is less protective than the Anglo-American presumption of innocence until prove guilty beyond reasonable doubt*» (così T. Mulrine, *Reasonable Doubt: How in the World is it Defined?*, in *American University International Law Review* 1997, 222). Per un'analisi dello sviluppo giurisprudenziale del criterio del ragionevole dubbio, cfr. J. Della Torre, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.6.2014.

²⁵⁶ Per un primo commento alla riforma, v., tra gli altri, C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, in *Novità su impugnazioni e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella"*, a cura di A. Scalfati, Milano 2006, 87 ss.; P. Ferrua, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di Filippi, Padova 2007, 137 ss.; F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *CP* 2006, 3869 ss.; E. Marzaduri, *Commento all'art. 5 l. n. 46/2006*, in questa *Rivista* 2007, 88 ss.; C.E. Paliero, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, in *GD* 2006, 10, 73 ss.; C. Piergallini, *La regola dell'"oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis e F. Caprioli, Torino 2007, 361 ss.; M. Pisani, *Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"*, in *RIDPP* 2007, 1243 ss. A livello monografico, si vedano poi le opere di E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio*, cit., *passim*; G. Dalia, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Milano 2018; G. Pierro, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, Roma 2011.

Ad assicurare un'ampia circolazione di questi concetti è stata, in particolare, la trattatistica ottocentesca in tema di *law of evidence*, a cui va riconosciuto il merito di averli “secolarizzati”²⁵⁷. Un ruolo di primo piano a questo riguardo va, ad esempio, riconosciuto a un'opera assai influente, sia in Inghilterra, sia negli Stati Uniti: il *Practical Treatise on the Law of Evidence* di Thomas Starkie. All'interno di questo volume, il celebre giurista inglese, dopo aver ricordato che «*what circumstances will amount to proof can never be matter of general definition*», riprese la tradizionale distinzione tra “certezza metafisica” e “certezza morale”, arrivando alla conclusione per cui, in ambito penale, le prove dovessero produrre nei *fact-finders* una «*moral certainty to the exclusion of every reasonable doubt*»²⁵⁸.

Ma Starkie non si fermò qui e fornì pure una definizione del criterio decisorio del tutto analoga a quella concepita, più di mezzo secolo prima, da Beccaria: anche per lui, infatti, i giurati non avrebbero potuto condannare «*unless [...] be so convinced by the evidence that he would venture to act upon that conviction in matters of the highest concerns and importance to his own interest*»²⁵⁹. Negli USA, dello stesso avviso fu Simon Greenleaf, a detta del quale «*the circumstances must be sufficient to satisfy the mind and conscience of a common man; and so convince him that he would venture to act upon that conviction in matters of the highest concern and importance to his own interests*»²⁶⁰.

Quanto appena osservato fornisce una precisa dimostrazione di come idee analoghe a quelle degli illuministi continentali influenzarono anche i giuristi d'oltre Manica e d'oltre Atlantico, finendo, grazie alla mediazione di opere come quella di Starkie e di Greenleaf, per diventare, con il tempo, tralatie nella giurisprudenza angloamericana. Onde avere una precisa riprova di ciò, basti pensare che, sia negli USA, sia in Inghilterra, alcune delle spiegazioni dello *standard* per giungere a una condanna penale si pongono ancora sulla medesima scia della tradizione di Cartesio e Beccaria, descrivendolo come quello stato d'animo in cui una persona «*would act upon in their most important affairs*»²⁶¹.

Detto ciò, va precisato che alla trattatistica ottocentesca di *common law* va riconosciuto anche il merito di aver concepito la distinzione, che è stata a sua volta perpetuata fino al giorno d'oggi, tra lo *standard* per condannare in sede penale e quello civilistico. Già nell'opera di Starkie, si affermò, infatti, che, in ambito penale, «*the guilt of the accused must be fully proved; neither a mere preponderance of evidence, nor any weight of preponderant evidence, is sufficient for the purpose, unless it generate full belief of the fact, to the exclusion of all reasonable doubt*»²⁶². Non sfuggirà come pure queste classificazioni presentino notevoli affinità, anche da una prospettiva terminologica, con le categorie del diritto continentale: basti pensare all'utilizzo della locuzione “*fully proved*”, che riecheggia la categoria della prova piena.

Anche grazie a questi sforzi dogmatici, i criteri del ragionevole dubbio e della certezza morale vennero consolidati dalla giurisprudenza americana già intorno alle metà del XIX secolo²⁶³. Onde

²⁵⁷ In argomento, cfr. B. Shapiro, *Beyond reasonable doubt*, cit., 36 ss., nonché S. Sheppard, *op. cit.*, 1195 ss.

²⁵⁸ Cfr. T. Starkie, *A Practical Treatise of the Law of Evidence, and Digest of Proofs, in Civil and Criminal Proceedings*, vol. I, Philadelphia 1834, 447 s. Nello stesso senso, v. W.M. Best, *The Principles of the Law of Evidence: With Elementary Rules for Conducting the Examination and Cross-Examination of Witness*, Londra 1893, 390.

²⁵⁹ V. T. Starkie, *op. cit.*, 448.

²⁶⁰ Cfr. S. Greenleaf, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, Boston-Londra 1842, 4 s., ove l'illustre autore aggiungeva, inoltre, che «*the circumstances, which will amount to this degree of proof, can never be previously defined*».

²⁶¹ Per quanto concerne l'Inghilterra, cfr., di recente, le sentenze *Mohammad* [2022] EWCA Crim 380, nonché *J.L.* [2017] EWCA Crim 621. In merito agli USA, cfr. *Supreme Court of Minnesota, State v. Mitchell*, 16.4.1998, 577 N.W.2d 481, 485 (Minn. 1998). Al contrario, istruzioni di questo tipo sono state scoraggiate in Nuova Zelanda (*Wanhalla* [2006] NZCA 229), così come in Canada (*Lifchus* [1997] 3 SCR 320).

²⁶² Cfr. T. Starkie, *op. cit.*, 420. Negli stessi termini, v. J.K. Delolme, *The Rise and Progress of the English Constitution*, vol. II, Londra 1838, 789 e S. Greenleaf, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. III, Boston 1883, 31. Tale principio è diventato talmente tralazio da essere ancora di recente richiamato: cfr., ad esempio, *Court of Appeals of Georgia*, 23.6.1994, *Roura v. The State*, 214 Ga. App. 43 (1994).

²⁶³ Si veda, al riguardo, L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., 33.

semplificarne l'utilizzo, alcuni giudici iniziarono a sviluppare già nell'Ottocento delle articolate definizioni di tali concetti, via via cristallizzate in *instruction* ufficiali, lette ai giurati prima della deliberazione. Una delle più celebri spiegazioni del *BARD*, create in tale periodo, si ritrova nel caso della Corte Suprema del Massachusetts *Commonwealth v. Webster* del 1850. In questo arresto, il *Chief Justice* Shaw, dopo aver ammesso che la regola, pur venendo oramai utilizzata in modo tralatizio, aveva una formulazione di difficile comprensione, cercò di chiarirne la portata, affermando che il dubbio ragionevole «non è un semplice dubbio possibile; perché ogni cosa che riguarda gli affari umani e che dipende da prove morali è aperta a qualche dubbio possibile o immaginario. È quello stato del caso che, dopo l'intero confronto e la considerazione di tutte le prove, lascia la mente dei giurati in una condizione tale da non poter dire di provare una convinzione incrollabile, una certezza morale, della verità dell'accusa»²⁶⁴.

Per quanto qui rileva, è utile osservare come già in questa definizione, la quale ha avuto a sua volta un successo tale negli USA da essere impiegata, con alcuni aggiustamenti, ancora oggi²⁶⁵, i rapporti tra certezza morale e ragionevole dubbio risultarono invertiti. Mentre nel contesto teologico-cristiano iniziale e, ancora, nell'opera di Starkie, lo stato mentale da raggiungere era quello della certezza morale, il quale veniva spiegato tramite l'espressione ragionevole dubbio, nell'istruzione di Shaw la situazione si era già ribaltata: lo *standard* era, oramai, diventato il ragionevole dubbio, che, a sua volta, veniva solo esplicitato tramite il riferimento alla certezza morale. Si tratta di un cambio, inizialmente linguistico, più che concettuale, che non è stato in seguito mai messo in discussione. Con il passare del tempo, il livello da raggiungere per condannare è, infatti, stato indicato con la formula del *BARD*, il quale, anche per ragioni terminologiche – non contenendo riferimenti diretti alla “morale”, ma alla “ragionevolezza” umana – è stata preferita rispetto al lessico teologico delle origini.

A questo riguardo, è utile ricordare che la sentenza *Commonwealth v. Webster* riveste un'importanza peculiare, anche perché sancì un collegamento, rimasto immutato nel tempo, tra presunzione d'innocenza e *BARD*. A detta del giudice Shaw, infatti, proprio in ragione del fatto che ogni persona debba presumersi innocente fino a prova contraria, non sarebbe sufficiente «stabilire una probabilità, anche se forte [...] che il fatto addebitato sia più probabile del contrario, ma le prove devono stabilire la verità del fatto con una ragionevole e morale certezza»²⁶⁶.

Alla fine dell'Ottocento, questa opinione è stata poi accolta anche dalla Corte suprema degli Stati Uniti, nel celebre caso *Coffin v. United States*: all'esito di un lungo *excursus* storico, ricco di rimandi, sia della tradizione propria diritto romano-canonico, sia a quella di *common law*, tale pronuncia consacrò il legame tra lo *standard* del ragionevole dubbio e la presunzione d'innocenza, stabilendo che il primo derivasse giuridicamente dalla seconda²⁶⁷. Non sfuggirà come, in questo modo, il *BARD* sia riuscito a trovare un ancoraggio in un principio che «*lies at the foundation of the administration of [...] criminal law*»²⁶⁸; il che ha, evidentemente, favorito la sua consolidazione.

Ciò detto, vale la pena di precisare che – per un certo periodo di tempo – un legame analogo tra *standard* del ragionevole dubbio e presunzione di innocenza è stato sviluppato anche in Inghilterra, tanto a livello dottrinale, quanto giurisprudenziale. Così, ad esempio, nella *History of the Criminal Law of England* di James Fitzjames Stephen si legge, in modo analogo alle teorie statunitensi, che la

²⁶⁴ Cfr. *Commonwealth v. John W. Webster*, 59 Mass. 295, 320 (1850). La sentenza si può trovare pubblicata in L.S. Cushing, *Reports of Cases argued and determined in the Supreme Judicial Court of Massachusetts*, Boston 1855, 320.

²⁶⁵ Cfr., ad esempio, *Supreme Court of Massachusetts, Commonwealth v. G. Russell*, 3.11.2014, 470 Mass. 464. In senso critico, peraltro, R.E. Welch, “Give Me That Old Time Religion”: The Persistence of the Webster Reasonable Doubt Instruction and the Need to Abandon It, in *New England Law Review* 2013, 31 ss.

²⁶⁶ Cfr. L.S. Cushing, *op. cit.*, 320.

²⁶⁷ Si allude a *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895). A detta della Corte Suprema, infatti, la dottrina del ragionevole dubbio avrebbe costituito un risultato dell’«*evolution of the principle of the presumption of innocence*».

²⁶⁸ La citazione testuale è ancora tratta da *Coffin v. United States*, 156 U.S. 453 (1895).

regola del *BARD* si sarebbe ricavata proprio dalla *presumption of innocence*²⁶⁹. Sul punto, l'Autore – pur riconoscendo apertamente che «*the word “reasonable” is indefinite*» – non mancò di attribuire allo *standard* una funzione e un significato specifici. Egli affermò, infatti, da un lato, che «*its real meaning [...] is that it is an emphatic caution against haste in coming to a conclusion adverse to a prisoner*» e, da un altro lato, che lo stesso avrebbe potuto dirsi soddisfatto, giustificando la condanna di un uomo, solo quando «*every supposition not in itself improbable which is consistent with his innocence ought to be negated*»²⁷⁰. Come avremo modo di vedere, tale definizione presenta forti profili di analogia con una tipologia di spiegazioni dello *standard* che, ancora oggi, vengono fornite. A livello giurisprudenziale, il più noto caso inglese, in cui si è valorizzato il legame tra la regola dell'onere della prova, ricavata dalla presunzione di innocenza, e il *BARD*, è costituito dalla sentenza della *House of Lords Woolmington v. DPP* del 1935. In tale *leading case*, il giudice Sankey pronunciò le seguenti parole, rimaste celebri. Nel «diritto penale inglese si nota sempre un filo d'oro: l'accusa ha il dovere di provare la colpevolezza [...]. Se, alla fine e nel complesso del caso, esiste un ragionevole dubbio, creato dalle prove fornite dall'accusa o dall'imputato, [...] l'accusa non ha dimostrato la propria colpevolezza e il detenuto ha diritto all'assoluzione»²⁷¹.

Per quanto concerne gli USA, va rilevato che, con il passare del tempo, il legame tra *standard* del ragionevole dubbio e principi fondamentali è stato ancora più valorizzato. A questo riguardo, viene in gioco la celebre sentenza *In re Winship*, nella quale la Corte suprema ha stabilito che la *due process clause*, ricavabile dagli Emendamenti V e XIV della Costituzione, «*protect the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged*»²⁷². In questo modo, la Corte suprema ha creato un collegamento diretto – e non più solo mediato – tra *BARD* e la Costituzione americana, decretando così l'ascesa dello *standard* al vertice delle fonti del diritto statunitense²⁷³.

Nei decenni successivi, è stata sempre la Corte suprema a favorire un ulteriore passo avanti nell'evoluzione dello *standard* decisivo per condannare, contribuendo a porre alcuni paletti circa l'utilizzo dell'antico concetto della «certezza morale», la cui terminologia, nel corso del tempo, è stata da molti percepita come arcaica e, in certi casi, persino fuorviante²⁷⁴. A tal proposito, viene, in particolare, in gioco la sentenza *Cage v. Louisiana* del 1990, in cui è stato espresso un parere negativo riguardo all'utilizzo dell'espressione *moral certainty*, laddove essa venisse collegata a espressioni come «*grave uncertainty*» o «*actual and substantial doubt*»²⁷⁵. E se è vero che, con la successiva sentenza *Victor v. Nebraska*, la Corte suprema ha comunque confermato la non incostituzionalità assoluta dell'impiego di istruzioni in cui venga fatto uso del concetto di certezza morale, è anche vero che nella stessa pronuncia essa ha comunque riconosciuto «*that “moral certainty” standing alone, might not be recognized by modern jurors as a synonym for proof beyond a reasonable doubt*»²⁷⁶. Queste critiche forniscono una chiara dimostrazione di come, se, nel sistema nordamericano, la

²⁶⁹ Cfr. J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, Londra 1883, 438.

²⁷⁰ Le citazioni testuali sono ancora tratte da J.F. Stephen, *op. cit.*, 438. In termini analoghi, cfr. già S. Greenleaf, *op. cit.*, 15.

²⁷¹ *Woolmington v D.P.P.* [1935] AC 462. Per un recente commento alla decisione, K. Crosby, 'Well, the burden never shifts, but it does': celebrity, property offences and judicial innovation in *Woolmington v DPP*, in *Legal Studies* 2023, 104 ss.

²⁷² Cfr. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

²⁷³ In argomento, cfr. D.A. Dripps, *The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*, in *California Law Review* 1987, 1665 ss.

²⁷⁴ In argomento, v. L. Laudan, *op. ult. cit.*, 34 s., nonché S. Sheppard, *op. cit.*, 1217 ss.

²⁷⁵ Cfr. *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990).

²⁷⁶ La citazione testuale è tratta da *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 14 (1994). Per parte sua, il giudice Harry Blackburn, nell'opinione dissenziente alla pronuncia, si spinse ancora oltre affermando che esisterebbe la concreta possibilità che tali nozioni portino i giurati a credere di poter basare la loro decisione di condanna su uno *standard* morale ed emotivo in aggiunta o al posto di uno basato sul materiale probatorio. Circa i dubbi sollevati nella prassi da tale decisione della Corte Suprema, cfr. S.J. Fortunato, *Instructing on Reasonable Doubt after Victor v. Nebraska: A Trial Judge's Certain Thoughts on Certainty*, in *Villanova Law Review* 1996, 365 ss.

certezza morale e il *BARD* rappresentavano in origine due formule linguistiche utilizzate per riferirsi a un unico criterio decisorio, con il tempo, il secondo concetto si è progressivamente distaccato rispetto al suo “nucleo originario”, assumendo, via via, una portata e dei significati autonomi.

Una precisa conferma di ciò si ha, tenuto conto di come, anche a causa della scelta della Corte Suprema di non avallare un'unica definizione dello *standard* del ragionevole dubbio²⁷⁷, si sia sviluppata una miriade di ulteriori definizioni ufficiali dello stesso, molte delle quali non rinviano più alla certezza morale, la quale, seppur non è stata abbandonata del tutto²⁷⁸, ha comunque subito un certo regresso²⁷⁹. A seconda del singolo Stato o Circuito federale, i giudici togati forniscono, infatti, alle giurie istruzioni anche molto eterogenee con riguardo al *BARD*: esso viene concepito ora come dubbio per cui può essere fornita una ragione; ora come alta probabilità; ora come convincimento fermo; ora come *standard* raggiungibile in assenza di ipotesi alternative alla colpevolezza del soggetto; ora come stato mentale legato alle decisioni importanti della propria vita; ora come stato mentale che porterebbe a esitare ad agire una persona prudente²⁸⁰.

Non sfuggerà che l'optare per una o per l'altra di queste definizioni non risulti indifferente: difatti, come ha riconosciuto anche la Corte Suprema, il modo in cui si spiega uno *standard* è in grado di renderlo, in concreto, più o meno esigente²⁸¹. Ed è proprio a causa del timore che, fornendo *instruction* inadeguate della regola, si finisca per provocare più danni che benefici²⁸², che alcune giurisdizioni americane hanno optato per un approccio particolarmente discutibile: esse preferiscono vietare di definire il *BARD* a livello ufficiale²⁸³. Ciò rappresenta, a ben vedere, un vero e proprio paradosso: una regola così complessa da aver assunto nei secoli una miriade di significati diversi non viene spiegata affatto, venendo trattata come un concetto “autoevidente”²⁸⁴, sebbene studi empirici dimostrino che i giurati facciano molta difficoltà a comprenderla²⁸⁵.

Giunti a questo punto, è arrivato il momento di precisare che è esattamente in ragione delle difficoltà nell'attribuire un significato univoco al *BARD* che l'Inghilterra ha, a partire dalla fine degli anni Quaranta del Novecento, compiuto un'importante deviazione rispetto all'esperienza nordamericana in materia di *standard* per condannare un imputato²⁸⁶. Si allude al fatto che, se, fino a questo periodo,

²⁷⁷ La Corte Suprema, infatti, ha affermato che «*the Constitution neither prohibits trial courts from defining reasonable doubt nor requires them to do so as a matter of course*» e che «*the Constitution does not require that any particular form of words be used in advising the jury of the government's burden of proof*». Cfr., in proposito, *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 5 (1994).

²⁷⁸ Tanto che una parte della dottrina propone persino di ritornare alla formula della “certezza morale” per meglio spiegare il *BARD*: cfr., in questo senso, J.A. Shapiro, K.T. Muth, *Al di là di ogni ragionevole dubbio: le giurie non lo capiscono*, in *Criminalia* 2021, 69.

²⁷⁹ Ne dà atto S. Sheppard, *op. cit.*, 1222 s.

²⁸⁰ Per un lungo elenco di *instruction* del *BARD*, cfr. L. Laudan, *op. ult. cit.*, 36-51; J.A. Shapiro, K.T. Muth, *op. cit.*, 57-59. V. anche S. Sheppard, *op. cit.*, 1231 ss.

²⁸¹ Cfr. *Sullivan v. Louisiana*, 508 U.S. 275 (1993) e *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990).

²⁸² Vale la pena di precisare che la stessa Corte Suprema deli USA ha affermato che i tentativi di definire il ragionevole dubbio generalmente non riescono a renderne più chiaro il significato per i giurati: cfr. *Holland v. United States*, 348 U.S. 140 (1954), nonché già *Miles v. United States*, 103 U. S. 312 (1880), dove si legge testualmente che «*attempts to explain the term “reasonable doubt” do not usually result in making it any clearer to the minds of the jury*». A ben vedere, questa linea di pensiero ha trovato autorevoli sostenitori in giuristi del calibro di J. Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. IV, Boston 1904, 3542.

²⁸³ In questo senso, v., ad esempio, la Corte Suprema dell'Illinois, nella sentenza del 18.6.2015, *People v. Downs*, 2015 IL 117934, 32.

²⁸⁴ Cfr., ad esempio, quanto stabilito dalla *United States Court of Appeal* del *Fourth Circuit* nella sentenza *Murphy v. Holland*, 776 F.2d470, 28.10.1985, a detta della quale «*the term reasonable doubt itself has a self-evident meaning comprehensible to the lay juror*». Per una critica all'approccio testo a non definire il *BARD*, cfr. H.A. Diamond, *Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define*, in *Columbia Law Review* 1990, 1716 ss.

²⁸⁵ A questo riguardo, cfr., da ultimo, O.K.H. Smith, *The beyond a reasonable doubt standard of proof: Juror understanding and reform*, in *The International Journal of Evidence & Proof* 2022, 294 ss.

²⁸⁶ In argomento, cfr., estensivamente, A. Keane, P. McKeow, *Time to Abandon “Beyond Reasonable Doubt” and “Sure”: The Case for a New Direction on the Criminal Standard and how it should be used*, in *Criminal Law Review*

il *BARD* era stato ratificato in molteplici occasioni dalla *House of Lords*²⁸⁷, in seguito si è sviluppato un movimento di pensiero, che ha cercato di sradicarlo, sostituendolo con una regola considerata di più semplice utilizzo: la “sicurezza” dei giurati circa la colpevolezza dei prevenuti. Un ruolo cruciale di questa svolta lo ha avuto il *Chief Justice* della *House of Lords* Goddard il quale, in alcune sentenze affermò di preferire l’impiego del termine “*sure*” al posto dell’antica formula del *beyond any reasonable doubt*²⁸⁸. E se è vero che tale proposta non è riuscita a eliminare del tutto il *BARD* dalla prassi giudiziaria²⁸⁹, va riconosciuto che, a partire da questa pronuncia, il criterio della “sicurezza” dei *fact-finders* è stato effettivamente avallato, sia da una parte maggioritaria della giurisprudenza²⁹⁰, sia dalla disciplina di *soft law*. Per parte sua, infatti, sin dalla fine degli anni Ottanta, il *Judicial Studies Board* (ora diventato *Judicial College*), nei suoi modelli di istruzioni ai giurati, si è schierato in questo senso²⁹¹. Non è un caso, dunque, che anche nell’ultima edizione del *Crown Court Compendium*, si inviti a utilizzare lo *standard* “*sure*” in luogo del *BARD*²⁹².

Se ciò è vero, va comunque segnalato che, nella stessa guida, si precisa che, nell’ipotesi in cui qualche avvocato faccia ancora riferimento al criterio del ragionevole dubbio, «*the jury should be told that this means the same thing as being sure*»²⁹³. Il che consente di capire come, con l’impiego di questo termine, non si sia inteso tanto mutare il livello di sufficienza probatoria rispetto al passato, quanto piuttosto impiegare una locuzione linguistica ritenuta di più immediata percezione da parte dei giurati²⁹⁴. Se le cose stanno effettivamente così, bisogna, a ogni modo, rilevare come la nuova formulazione non risulti affatto meno indeterminata delle precedenti²⁹⁵. D’altra parte, ciò è confermato non solo dagli studi empirici che hanno dimostrato che i giurati fanno fatica a comprendere anche tale espressione²⁹⁶, ma dalla stessa *Court of Appeal* dell’Inghilterra e del Galles, la quale ha finito per ammettere che «*to define what is meant by “reasonable doubt” or what is meant by “being sure” requires an answer difficult to articulate and likely to confuse*»²⁹⁷.

Alla luce di ciò, non stupisce che una parte della dottrina inglese abbia suggerito di abbandonare sia il *BARD*, sia il riferimento al termine “*sure*”, sostituendoli con istruzioni del tutto nuove, volte a spiegare nel dettaglio alla giuria quando può addivenire a un verdetto di colpevolezza²⁹⁸. Questa posizione teorica si scontra, peraltro, con un significativo problema pratico: il fatto che in Inghilterra risulta ancora più radicata rispetto agli USA l’opinione per cui i giudici, onde evitare di confondere i giurati con definizioni mal formulate, dovrebbero spendere meno parole possibile con riguardo agli *standard* di prova²⁹⁹. Un approccio di questo tipo è confermato, anche in questo caso, a livello

2019, 512 ss.; R. Glover, *Murphy on Evidence*, Oxford 2015¹⁴, 109 ss.; P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 275 ss.

²⁸⁷ Si veda, ad esempio, la sentenza *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372.

²⁸⁸ Cfr., la sentenza *Kritz* [1950] K.B. 82, 88-90, nonché *Summers* [1952] 36 Cr. App. R. 14, 15, da cui è tratta la citazione testuale.

²⁸⁹ V., al riguardo, l’articolo di M. Beckford, *Judges told to stop using “beyond reasonable doubt” because jurors don’t understand what it means and ask if they’re “satisfied that they are sure” instead*, in www.dailymail.co.uk, 26.4.2020, dal quale si coglie come, nonostante gli sforzi, la vecchia formula venga ancora impiegata. Cfr., più di recente, P. McKeown, *Dreaded questions, doubtful answers & the trouble with ‘sure’*, in *NLJ* 29.7.2022.

²⁹⁰ Cfr., tra le più recenti sentenze della *Court of Appeal* dell’Inghilterra e del Galles, *Desir* [2022] EWCA Crim 1071, 198; *Mohammad* [2022] EWCA Crim 380; *Bogdanovic* [2020] EWCA Crim 1229 e *Boaden* [2019] EWCA Crim 2284.

²⁹¹ In proposito, v. P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 275 ss.

²⁹² Cfr. *Judicial College, The Crown Court Compendium. Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*, in www.judiciary.uk, ed. giugno 2023, § 5 ss.

²⁹³ *Judicial College, op. cit.*, § 5-1. In questo senso, in giurisprudenza, *Desir* [2022] EWCA Crim 1071.

²⁹⁴ Cfr., sul punto, P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 278.

²⁹⁵ In questo senso, cfr., in dottrina, A. Keane, *Not so sure about the criminal standard of proof*, in *NLJ*, 12.6.2020, 15; P. McKeown, *op. cit.*; A. Keane, P. McKeow, *op. cit.*, 512 s.

²⁹⁶ Si vedano, a questo proposito, gli interessanti studi statistici di M. Zander, *The criminal standard of proof: how sure is sure? Pt 2*, in *NLJ* 29.5.2020, 18, nonché A. Keane, P. McKeow, *op. cit.*, 512.

²⁹⁷ Così, testualmente, l’importante sentenza *Majid* [2009] EWCA Crim 2563.

²⁹⁸ Si allude alla posizione espressa da A. Keane, P. McKeow, *op. cit.*, 516 ss.

²⁹⁹ Anche questa opinione risale a Goddard: cfr. *Hepworth and Fearnley* [1955] 2 QB 600, 603. V. anche *Yap Chuan Ching* (1976) 63 Cr App Rep 7, 11, ove si è affermato che «*if judges stopped trying to define that which is almost*

ufficiale dal *Crown Court Compendium*, dove si afferma che «*it is unwise to elaborate on the standard of proof*»³⁰⁰. Sennonché, come ha giustamente rilevato autorevole dottrina, tale posizione non convince: essa finisce, infatti, per risolversi in una «*abdication of judicial responsibility*»³⁰¹, facendo pagare agli accusati le difficoltà, fino a oggi insormontabili, incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in questa materia.

7. Nelle pagine precedenti si è avuto modo di dimostrare come, nel corso del tempo, siano stati utilizzati diversi *standard* di prova per irrogare una pena. Se un tanto è vero, va rilevato che, a partire dalla seconda metà del Novecento, si è manifestata una linea di tendenza trasversale, che ha determinato un'espansione sempre più netta del *BARD* e, correlativamente, un regresso degli altri criteri decisori.

Sul piano europeo, onde avere una dimensione quantitativa del fenomeno, è utile fare riferimento a uno studio empirico, pubblicato nei primi anni Duemila, dalla *Law Society* dell'Inghilterra e del Galles, dal quale si ricava che, già all'epoca, ben quattordici ordinamenti giuridici³⁰², oltre a quello italiano, avessero iniziato a impiegare il *beyond a reasonable doubt* all'interno dei loro sistemi processuali penali, mentre nella maggior parte degli altri continuavano a esseri applicati *standard* legati al criterio dell'intimo convincimento³⁰³.

Sennonché, negli ultimi vent'anni, il successo del *BARD* si è fatto più netto: al riguardo, va precisato che questo fenomeno espansivo si è verificato in due modi diversi. In un certo novero di Stati – tra cui il Belgio³⁰⁴ – è stato direttamente il legislatore a codificare il criterio all'interno della disciplina processuale penale. Nella maggior parte dei casi, il ragionevole dubbio si è, invece, fatto strada solo per via pretoria: ciò è – ad esempio – vale non solo per il già menzionato caso della Spagna³⁰⁵, ma anche per il Portogallo³⁰⁶ e per la Germania³⁰⁷, dove la giurisprudenza ha utilizzato espressamente la formula in una nutrita serie di decisioni. Quanto appena osservato è utile per comprendere come, ancora al giorno d'oggi, la materia degli *standard* di prova sia spesso scarsamente regolata a livello normativo. Sennonché, la presa d'atto del ruolo giocato dalla categoria nel distribuire il rischio della

impossible to define there would be fewer appeals».

³⁰⁰ Così, testualmente, *Judicial College*, *op. cit.*, § 5-1.

³⁰¹ Sono parole di P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 279.

³⁰² Si allude allo studio pubblicato da *The Law Society*, *Study of The Laws of Evidence in Criminal Proceedings throughout the European Union*, *Summary Report*, 2004, 38 s., ove si afferma che il *BARD* sarebbe stato applicato già a Cipro, nella Repubblica Ceca, in Danimarca, in Ungheria, in Inghilterra e Galles, in Irlanda, in Irlanda del Nord, a Malta, in Olanda, in Polonia, in Scozia, in Slovacchia, in Slovenia e in Svezia.

³⁰³ A detta di tale ricerca, ciò valeva per il Belgio, l'Estonia, la Germania, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, il Portogallo e la Spagna, oltreché per la Francia (dove, peraltro, autorevole dottrina ha suggerito da tempo di interpretare l'*intime conviction* in modo sinonimico rispetto al *BARD*: in questo senso, v. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Parigi 2016⁴, 321. Se, a livello storico, questa tesi non è priva di fondamento, va, tuttavia, ribadito che l'intimo convincimento è, per parte sua, da una prospettiva linguistica, ancora più indeterminato del ragionevole dubbio).

³⁰⁴ Ciò è avvenuto in forza della l. 21.12.2009, *Loi relative à la réforme de la cour d'assises*, la quale, a valle della sentenza C. eur. 13.1.2009, *Taxquet c. Belgio*, ha eliminato i riferimenti alla nozione di "*intime conviction*" dal *code d'instruction criminelle*, sostituendoli con un duplice richiamo allo *standard* dell'*au-delà de tout doute raisonnable* (artt. 327 co. 2 e 326 co. 2). In argomento, cfr. M. Fernandez-Bertier, *La réforme de la cour d'assises: le législateur a encore raté la coche*, in *Annales de Droit de Louvain* 2010, 101 s. e D. Vandermeersch, *L'appréciation de la preuve et la motivation du verdict de culpabilité*, in *La réforme de la cour d'assises*, dir. da C. Guillaín e A. Wustefeld, Limal 2011, 123 s.

³⁰⁵ Cfr., *supra*, nt. 2.

³⁰⁶ Al riguardo, v. *ex multis*, *Tribunal da Relação do Porto*, 09 settembre 2015, proc. n. 2/13.7GCETR.P; *Tribunal da Relação do Porto*, 23.10.2013, proc. n. 2020/10.8PBMTS.P1; *Tribunal da Relação de Lisboa*, 4.7.2012, proc. n. 679/06.0GDTV.D.L1-3; *Supremo Tribunal de Justiça*, 10.1.2008, n. doc. SJ200801100041985. Sul punto, v. J. Penim Pinheiro, *Princípio in dubio pro reo – considerações gerais*, in *Julgar Online* gennaio 2021, 15.

³⁰⁷ Si veda, in questo senso, la sentenza *Bundesgerichtshof* 16.2.2022, 2 StR 399/21. Cfr. anche BGH 12.7.2017, 1 StR 535/16; BGH 12.1.2017, 1 StR 360/16; BGH 11.5.2017, 4 StR 554/16; BGH 21.11.2017, 1 StR 261/17. In dottrina, cfr., da ultimo, K. Ambos, *op. cit.*, 184.

commissione di errori giudiziari ci porta a manifestare un chiaro *favor* per i criteri decisori espressi, rispetto a quelli impliciti, cioè ricavati dal sistema solo in via interpretativa. Difatti, tenuto conto dei significativi risvolti politico-giuridici, derivanti dalla scelta di utilizzarne uno in luogo di un altro, non vi sono dubbi nell'affermare che essa vada presa dal legislatore. Ne consegue che pure operazioni normative di positivizzazione di *standard* già in precedenza radicati negli indirizzi giurisprudenziali – quale quella operata in Italia dalla l. 20 febbraio 2006 n. 46 – van sempre accolte con favore: così facendo, infatti, il legislatore finisce per assumersi, seppur *ex post*, la responsabilità politica di scelte di rilievo primario per il funzionamento della giustizia.

Comunque sia, l'espansione del *BARD* nei Paesi di tradizione romano-canonica ha prodotto un duplice effetto. Da un lato, ha contribuito a far perdere, in diversi Stati, all'intimo convincimento una delle sue funzioni originarie, cioè quella di criterio decisorio soggettivo. Da un altro lato, questo fenomeno ha contribuito a meglio perimetrare la portata della regola di giudizio della presunzione d'innocenza dell'*in dubio pro reo*. Come ha ben chiarito il *Bundesgerichtshof* tedesco, l'introduzione del *BARD* rende, infatti, esplicito il fatto che soltanto i “dubbi ragionevoli” e non ogni categoria di dubbio possano rilevare a favore del prevenuto³⁰⁸. Il che risulta coerente con la natura intrinsecamente fallibile del ragionamento probatorio.

Giunti a questo punto, va rilevato che siffatto sviluppo europeo dello *standard* è stato favorito da molteplici fattori, tra cui non solo l'influsso culturale che il modello processuale americano (di cui, come si è visto, questo *standard* costituisce un pilastro) ha avuto sul continente dopo la fine del secondo conflitto mondiale³⁰⁹, ma anche in ragione dell'operato di alcune istituzioni sovranazionali. Ci si riferisce, in particolare, alla posizione assunta in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha, negli ultimi anni, meglio perimetrato la propria giurisprudenza tradizionale concernente l'art. 6 par. 2 CEDU. I giudici convenzionali non si sono, infatti, più limitati a trarre da tale disposizione l'antica regola per cui il dubbio deve andare in favore del prevenuto³¹⁰, ma hanno ulteriormente specificato tale concetto facendo riferimento, in modo espresso, al *BARD*³¹¹. Tenuto conto di ciò, non stupirà sapere che alcuni Paesi, proprio sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo, abbiano deciso di abbandonare l'antico criterio dell'*intime conviction*, sostituendolo con quello dell'*au-delà de tout doute raisonnable*³¹².

Detto ciò, va precisato che un analogo *favor* nei confronti dello *standard* in questione è stato manifestato anche dall'Unione europea, sia nell'ambito del libro verde sulla presunzione di non colpevolezza³¹³, sia – e soprattutto – nella versione originaria della proposta di direttiva sulla presunzione d'innocenza. L'art. 5 par. 3 dell'iniziativa, avanzata dalla Commissione UE nel 2013, intendeva, infatti, cristallizzare il *beyond reasonable doubt* quale *standard* penalistico da applicare in

³⁰⁸ Si allude alla già citata sentenza BGH, 16.2.2022, 2 StR 399/21, la quale ha affermato che «*nur solche Gründe, die zu vernünftigen Zweifeln in einer für den Schuldspruch relevanten Frage Anlass geben, einer Verurteilung entgegenstehen; nur dann ist „in dubio pro reo“ zu entscheiden*». Peraltro, va rilevato come in Italia vi sia stato chi ha qualificato il *BARD* come una regola più esigente dell'*in dubio pro reo* (così, per tutti, O. Dominion, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano 2005, 352); questa opinione non convince, dal momento che, a livello letterale, la seconda formula potrebbe ricomprendere al suo interno qualsiasi tipologia di dubbio, ragionevole o meno.

³⁰⁹ Sul punto, cfr., diffusamente, B. Schünemann, *¿Crisis del procedimiento penal?. ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, in Id., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid 2002, 288 ss., nonché M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham 2010, 3 ss.

³¹⁰ Cfr., a questo proposito, la storica sentenza Corte eur. 7.12.1988, *Barberà, Messegue And Jabardo v. Spain*, § 77.

³¹¹ Ci si riferisce C. eur. 6.12.2022, *Kerimoğlu v. Turchia*, § 67 e a C. eur., 13.12.2011, *Ajdarić v. Croazia*, § 51, le quali hanno qualificato la circostanza per cui «*the prosecution has to prove its case beyond any reasonable doubt*» come un «*basic requirement of criminal justice*».

³¹² Questo è proprio il caso del Belgio.

³¹³ COM (2006) 174, § 2.3.

tutto lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione³¹⁴. Sennonché, va rilevato che tale aspetto della proposta non è riuscito a essere recepito nella direttiva 2016/343/UE, all'interno della quale compare solo un più generico riferimento all'*in dubio pro reo*, a causa delle resistenze di alcune delegazioni nazionali, le quali l'hanno giudicata troppo "intrusiva"³¹⁵ e, soprattutto, contraria «to the principle of free assessment of evidence by judges»³¹⁶.

Questa posizione di chiusura, pur potendo forse spiegarsi alla luce di una certa linea di pensiero, diffusasi in diversi ordinamenti, tesa a far retroagire il *BARD* dalla fase propria della decisione giudiziale, a quella, logicamente antecedente, della valutazione probatoria³¹⁷, a rigore, non convince, per più ordini di motivi.

In generale, va precisato che, se è vero che, in un sistema fondato sul libero convincimento, il giudicante non deve, in linea di principio, vedere ristretta la propria discrezionalità da una rete di norme volta a predeterminarne il valore del risultato probatorio da attribuire al materiale raccolto nel procedimento, questo, tuttavia, non implica affatto «che [egli] debba avere il potere [...] di determinare [in modo autonomo] la soglia di sufficienza probatoria»³¹⁸ da raggiungere. In caso contrario, infatti, sarebbe il decisore e non l'ordinamento a fissare, caso per caso, le condizioni da soddisfare affinché un'ipotesi sul fatto possa essere accettata come provata, con tutto ciò che ne consegue in termini di incremento esponenziale del rischio di violazione della regola di giudizio della presunzione d'innocenza e, a cascata, di limitazioni arbitrarie dei diritti fondamentali dell'individuo da parte dell'autorità.

Nello specifico, va poi aggiunto che, come si è avuto modo di dimostrare nella presente analisi, il *BARD*, a differenza di *standard* come quello della "prova piena", è, a livello storico, sempre stato una "testa di ponte" del libero convincimento rispetto alle prove legali. La differenza rispetto a tali previsioni è, d'altra parte, netta: il criterio del ragionevole dubbio si limita, infatti, a stabilire una soglia da raggiungere, per poter considerare provata a sufficienza un'ipotesi su un fatto, senza fissare *ex ante* quali e quanti mezzi di prova siano in grado di soddisfarla. Né – è bene precisarlo – tale norma

³¹⁴ COM (2013) 821 final. Sul punto, cfr. J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in RIDPP 2016, 1861.

³¹⁵ Cfr. il doc. Consiglio UE 13538/14, 4 nt. 11.

³¹⁶ Si veda il doc. Consiglio UE 12196/1/14/REV I, 7.

³¹⁷ In argomento, cfr. G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 91, il quale mette in luce come la stessa Corte di Strasburgo abbia in alcuni casi utilizzato il *BARD* come criterio di valutazione delle prove e non quale *standard* decisorio (si pensi, ad esempio alla sentenza C. eur. GC, 1.6.2010, *Gäfgen v. Germany*, § 92). A ben vedere, un fenomeno di questo tipo è avvenuto anche in Italia dove una parte degli interpreti ha esteso l'ambito di operatività del "ragionevole dubbio", qualificandolo, ora come criterio di valutazione (così, P. Ferrua, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in *La prova scientifica nel processo penale*, Torino 2007, 13 e F. Stella, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in *Il libero convincimento*, cit., 90) e ora quale regola probatoria generale del procedimento penale (cfr. G. Canzio, *L' "oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in RIDPP 2004, 303, nonché, in giurisprudenza, Cass. S.U. 14.4.2017 n. 18620, in CEDCass, m. 269785; Cass. S.U. 7.7.2016 n. 27620, *ivi*, m. 267492). In senso critico rispetto a questa esegesi, che si potrebbe definire "forte" della formula del "ragionevole dubbio", si vedano O. Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia* 2012, 363 ss. (il quale, peraltro, qualifica le regole di decisione come criteri di valutazione complessivi del materiale probatorio) e G. Ubertis, *Principi*, cit., 176. Nondimeno, per quanto qui rileva, è interessante notare che, a seguito dello sviluppo di siffatto movimento di pensiero, anche per il *BARD* si è verificato un fenomeno simile rispetto a quello che, in origine, caratterizzava l'*intime conviction*. In tal modo, si è, infatti, finito per accorpare in una medesima formula linguistica quelle che, a ben vedere, sono due categorie probatorie diverse: cioè gli *standard* e i criteri di valutazione della prova. Pare utile precisare che tale fenomeno si è verificato a causa della difficoltà ataviche, che si incontrano nel definire una soglia probatoria in senso "statico", ovvero senza fare riferimento anche a un metodo di valutazione delle prove (in questa prospettiva, v., ad esempio, C. Conti, *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in DPP 2020, 829 ss.; F.M. Iacoviello, *Lo standard*, cit., 3873 ss.), che già a monte va utilizzato per poi verificare se uno *standard* sia stato o meno raggiunto.

³¹⁸ Sono parole di J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *op. cit.*, 470.

assume un connotato davvero simile a quello di una regola di valutazione negativa³¹⁹: essa, infatti, non vieta al giudice di condannare «se non in presenza di ulteriori elementi conoscitivi tali da confermare l'attendibilità» di una o più prove «stigmatizzat[e] dal legislatore»³²⁰. Di talché, si può, in definitiva, ben dire che il criterio in esame non limita il libero convincimento del giudice³²¹, quantomeno se lo si intenda come metodo razionale di valutazione delle prove (*conviction raisonnée*³²²), ma rappresenta, piuttosto, una barriera volta a evitare derive arbitrarie nel momento della decisione giudiziale.

Comunque sia, laddove si allarghi lo sguardo oltre il continente europeo, ci si renderà conto di come la diffusione del *BARD* abbia, oramai, raggiunto una scala globale. Si deve, infatti, riconoscere che siffatto criterio decisorio è stato, sia codificato nei codici di rito di sempre più ordinamenti interni³²³, sia avallato pure da plurime altre istituzioni sovranazionali, tanto di matrice regionale (come la Corte interamericana dei diritti dell'uomo³²⁴) quanto universale. A quest'ultimo riguardo, va, invero, ricordato che lo *standard*, oltre a essere stato proclamato, come logico corollario della presunzione d'innocenza, dall'*Human Rights Committee* dell'ONU nell'ambito del *General Comment* all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³²⁵, si trova cristallizzato all'art. 66 dello Statuto della Corte penale internazionale³²⁶. E non è difficile rendersi conto di come tutti questi riconoscimenti abbiano radicato l'idea per cui questo *standard* di sufficienza probatoria costituirebbe una garanzia “naturale” e “universale” dell'uomo, indipendentemente dal singolo ordinamento preso a riferimento.

³¹⁹ In questo senso, cfr. M. Daniele, *op. ult. cit.*, 174.

³²⁰ Sono ancora parole di M. Daniele, *op. ult. cit.*, 121.

³²¹ Così, v. M. Daniele, *op. ult. cit.*, 174. Come ben afferma G. Carlizzi, *op. cit.*, 105 «se intesi rettamente, in particolare valorizzando la correlazione moderna tra libertà e *autodeterminazione*, i principi del libero convincimento e del ragionevole dubbio possono costituire un binomio formidabile per l'affermazione di quella razionalità (*lato sensu*) giudiziaria da cui dipende, in ultima analisi, la stessa *giustizia del diritto*».

³²² Il che, a parere di chi scrive, vale anche laddove si intenda il *BARD* “in senso forte,” ovverosia quella norma chiamata essere utilizzata già nella fase di valutazione delle prove e non solo in quella della decisione; e ciò in quanto gli interpreti che sostengono tale tesi affermano che, da questa prospettiva, la formula imporrebbe al giudice di utilizzare, già a monte, i criteri della logica induttiva, mentre essa non andrebbe a rappresentare una vera e propria fattispecie di prova legale, né positiva, né, per l'appunto, negativa.

³²³ Un esempio di tale linea di tendenza è costituito dalla Repubblica popolare cinese, dove una riforma del 2012 ha introdotto il *BARD* all'art. 53 del Codice di procedura penale (a seguito di un'ulteriore riforma avvenuta nel 2018 tale disposizione è traslata all'art. 55). In argomento, cfr. W. Hanqing, *The Integration and Practice of “Beyond Reasonable Doubt” in an Inquisitorial Legal System*, in *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, n. 68, nonché L. Zongzhi, “*Beyond Reasonable Doubt*” in the Chinese Legal Context, in *Peking University Law Journal* 2014, 339 ss. Un fenomeno di questo tipo è stato avvertito in modo particolarmente intenso anche per quanto concerne il continente americano: cfr., ad esempio, gli articoli 340 del codice di procedura penale cileno (D. Accatino, *Certezas, dudas y propuesta en torno al estándar de la prueba penal*, in *Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 2011, 483 ss. e R. Carnevali Rodríguez, I. Castillo Val, *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, in *Ius et Praxis* 2011, 77 ss.) e 359/402 del codice di procedura penale federale messicano (V. H. González Rodríguez, *Duda Razonable*, in www.forojuridico.mx, 5.9.2017), dove si trova cristallizzato il medesimo *standard*.

³²⁴ Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte interamericana del 2.11.2021, *Manuela et al. v. El Salvador*, § 149.

³²⁵ V. *Human Rights Committee*, doc. CCPR/C/GC/32 del 23.8.2007, 9, 30, ove si afferma che «*the presumption of innocence, which is fundamental to the protection of human rights, imposes on the prosecution the burden of proving the charge, guarantees that no guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt, ensures that the accused has the benefit of doubt*».

³²⁶ Cfr., peraltro, sul punto U. Krishna, *ICC's Struggle with the Evidentiary Standard of Proof Beyond Reasonable Doubt*, in *Cambridge International Law Journal*, 22.2.2021, la quale mette in luce le difficoltà pratica che la Corte penale internazionale sta avendo nell'applicare tale criterio decisorio. Per rendersi conto di quanto tale *standard* abbia delle radici profonde nella giustizia penale internazionale, è sufficiente rilevare come lo stesso fosse già stato impiegato dal Tribunale di Norimberga, nella sentenza del 1° ottobre 1946, *Francia v. Göring*, in www.crimeofaggression.info, la quale ha assolto alcuni imputati proprio sulla base del mancato raggiungimento del medesimo (*ivi*, 127 e 142).

Sennonché, a fare da contraltare alla “marcia trionfale” del *BARD* nei sistemi giuridici contemporanei, sta la difficoltà che gli interpreti incontrano, trasversalmente, nell’attribuire un significato preciso a siffatta formula³²⁷. Lo *standard* in esame ha, infatti, ricevuto talmente tante definizioni da aver portato a evocare il sorriso enigmatico della Gioconda³²⁸, nonché la «battuta di Talleyrand per la quale ‘se andiamo avanti a spiegare, smetteremo di capirci’»³²⁹.

A ben vedere, le menzionate problematiche non possono stupire, tenuto conto dell’indeterminatezza semantica, che caratterizza i vocaboli che compongono la formula. Il termine “dubbio” è, infatti, ambiguo³³⁰, mentre “ragionevole” è persino “contestabile”³³¹, in quanto «*it is clear that it embodies a normative standard, but different users disagree about the detailed contents of that normative standard*»³³². Ed è facile intuire come associare a una locuzione ambigua una ancor più indeterminata non possa che rendere complesso attribuire un significato preciso a una proposizione.

Giunti a questo punto, ci si renderà ben conto del perché, come si è avuto modo di osservare all’inizio del presente lavoro, parallelamente alla diffusione del *BARD*, si sia sviluppato anche un movimento trasversale di pensiero che ha insistito sulla necessità di “oggettivizzare” tale regola: ciò è, infatti, avvenuto al fine di meglio chiarirne finalmente la portata e il significato, ovviando alla sua marcata indeterminatezza linguistica e concettuale.

Se un tanto è vero, va precisato che anche le strade percorse dagli interpreti per perseguire tale scopo sono eterogenee.

Come noto, alcuni cercano di risolvere l’*impasse*, traslando sulla scena del processo metodi matematici, al fine di misurare «il grado di convincimento razionale di un soggetto in ordine alla circostanza che un evento si sia verificato o possa verificarsi»³³³. Si allude, in particolare, ai tentativi di applicare in ambito giudiziario il c.d. “teorema di Bayes”, quale ausilio per calcolare il grado di probabilità soggettiva (o pascaliana) di un’ipotesi, dato un compendio probatorio³³⁴. In quest’ottica, il *BARD* coinciderebbe con una soglia “quantitativa” matematica (ad es. il 95%), superata la quale dovrà ritenersi provata la tesi dell’accusa. Se i vantaggi in punto di verificabilità *ex ante* ed *ex post* di

³²⁷ Non è un caso che la *Corte of Appeal* della Nuova Zelanda abbia, per parte sua, espressamente parlato di una «*frustratingly indeterminate nature of the concept of proof beyond reasonable doubt*» (Wanhalla [2006] NZCA 229), oppure che la dottrina abbia definito il criterio «talmente ambiguo ed evanescente da accreditare l’opinione che non esistano, di fatto, strumenti in grado di decodificarlo» (sono parole di F. Caprioli, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in RIDPP 2009, 55). Icasticamente, J.H. Wigmore, *op. cit.*, 3542 aveva parlato di un «*elusive and undefinable state of mind*».

³²⁸ Cfr. Z. Wang, E. Zhi, *Lifting The Veil of Mona Lisa: A Multifaceted Investigation of the “Beyond A Reasonable Doubt” Standard*, in *Georgia Journal of International & Comparative Law* 2021, 119 ss. Nello stesso senso, nella dottrina italiana, P. Ferrua, *La prova*, cit., 91.

³²⁹ Sono parole di A. Dershowitz, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, Milano 2007, 63.

³³⁰ Difatti, con tale termine si può intendere: a) uno stato soggettivo d’incertezza, cioè una credenza o un’opinione non sufficientemente determinata o l’esitazione a scegliere tra un’asserzione e la sua negazione; b) l’insufficienza delle ragioni per credere in un certo fatto – unita a un’insufficienza delle ragioni per credere in un fatto incompatibile. In proposito, v. N. Abbagnano, voce *Dubbio*, in Id., *Dizionario di filosofia*, Torino 1998, 331.

³³¹ Per la definizione di “contestabile” cfr. J. Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in *California Law Review* 1994, 513. Nella letteratura processuale, sottolineano l’indeterminatezza del termine, tra gli altri, O. Dominioni, *op. cit.*, 356 s., nonché R.E. Kistoris, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla cd. “Legge Pecorella”*, in RDP 2006, 642.

³³² Cfr., ancora, J. Waldron, *op. cit.*, 526 ss. Per un tentativo di ridefinizione di “ragionevole” cfr. S. Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano 2008, 221 ss.

³³³ La citazione è tratta da F. Caprioli, voce *Condanna (diritto processuale penale)*, cit., 104. In argomento, cfr. O.K.H. Smith, *op. cit.*, 296 ss.

³³⁴ In argomento cfr., ad esempio, P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, Milano 2014, 98 ss.; Id., *A cosa serve il Teorema di Bayes? Replica a Michele Taruffo*, in RDP 2016, 1127 ss.; nonché, da ultimo, F. Taroni, A. Biedermann, C. Aitken, *Statistical Interpretation of Evidence: Bayesian Analysis*, in *Encyclopedia of Forensic Sciences*, a cura di M.M. Houck, Oxford 2023, 656 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti alla letteratura in argomento. Per un’applicazione giurisprudenziale del criterio in Italia, cfr. Trib. Milano sez. G.i.p. 18.6.2015, giud. Gennari, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21.10.2015 con nota di J. Della Torre.

criteri di questo tipo sono chiari, va, tuttavia, posto in rilievo come tali teorie siano, a loro volta, oggetto di critiche convincenti³³⁵. Quella cruciale sta nel fatto che il calcolo bayesiano, per funzionare, richiede di fissare una probabilità positiva di colpevolezza *a priori*; un'eventualità, questa, problematica in ambito penale, in quanto difficilmente conciliabile proprio con il canone della presunzione d'innocenza, il quale, come si è visto, secondo le massime giurisdizioni nazionali e sovranazionali sarebbe strettamente legato al criterio decisorio in esame. Ed è proprio in quanto questa interpretazione è incapace di consentire al sistema di salvaguardare in concreto un canone di importanza primaria, che la stessa non pare la via adeguata da percorrere.

Preso atto di ciò, si comprende perché altri interpreti suggeriscano di sfruttare una diversa concezione della probabilità onde “oggettivizzare” il ragionamento probatorio: quella cosiddetta “logica” o “baconiana”³³⁶, intesa come «relazione intercorrente fra un'ipotesi e gli elementi che ne confermano l'attendibilità»³³⁷. Tale nozione, diffusasi in campo processuale grazie ai lavori di Jonathan Cohen³³⁸ e, in Italia, di Taruffo³³⁹, ha come caratteristica fondamentale quella «di razionalizzare l'incertezza relativa all'ipotesi su un fatto riconducendone il grado di fondatezza nell'ambito degli elementi di conferma (o di prova) disponibili in relazione a quell'ipotesi»³⁴⁰. In sostanza, la probabilità baconiana non viene collegata al grado di convincimento soggettivo del giudice, «bensì al grado di conferma che le prove forniscono – oggettivamente – all'ipotesi»³⁴¹. Proprio per questa sua dimensione slegata dalle convinzioni del decisore³⁴² e connessa alle inferenze, più o meno giustificate, ricavabili dalle prove, la teoria della probabilità logica è considerata, da molti, tra quelle più indicate per descrivere il ragionamento probatorio³⁴³.

La probabilità baconiana e il *BARD*, intesi in tal modo, non vengono ritenuti numericamente quantificabili³⁴⁴. Peraltro, il fatto che non sia ammesso il calcolo matematico, non implica che non si possano comparare i livelli di supporto di cui dispone ogni ipotesi. In questo contesto, il criterio decisorio in esame viene inteso, più precisamente, come una soglia non “quantitativa”, ma “qualitativa”, la quale si lega all'idea dell'“induzione eliminativa”³⁴⁵, cioè dello scartare le ipotesi che non superino determinati test³⁴⁶. Si tratta di un aspetto fondamentale: quando le affermazioni su fatti del passato «non superano i test a cui sono sottoposte e non vengono pertanto corroborate, esse vengono [infatti] confutate o quantomeno indebolite»³⁴⁷.

³³⁵ In proposito, v. J. Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale*, cit., 119 s.; F. Caprioli, *L'accertamento*, cit., 56 ss.; S. Haack, *op. cit.*, 56 ss.; L. Laudan, *op. ult. cit.*, 100 ss.; R.J. Allen, M.S. Pardo, *The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence*, in *Journal of Legal Studies* 2007, 107 ss.; M. Taruffo, *La prova*, cit., 168 ss.; G. Tuzet, *La prova ragionata*, cit., 222 ss.

³³⁶ In argomento, cfr. J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 121 ss.; F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 61 ss.; M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 199 ss.; G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 225 s.; M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 199 ss.; T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *Analysis of Evidence*, Cambridge 2005², 257 ss.

³³⁷ La citazione testuale è tratta da O. Mazza, *op. cit.*, 361.

³³⁸ Cfr. L.J. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford 1977, *passim*.

³³⁹ Si veda M. Taruffo, *La prova*, cit., 199 ss.

³⁴⁰ Sono parole di M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 199.

³⁴¹ Così, efficacemente, F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 62.

³⁴² Cfr., in proposito, ancora F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 65, il quale afferma che «appaiono [...] inadeguati tutti i tentativi di interpretare l'art. 533 c.p.p. come se alludesse al grado personale di convincimento del giudice circa la colpevolezza dell'imputato».

³⁴³ Così, tra i tanti, J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., 88 ss.; F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 66 ss.; M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., 308; G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 225 ss.; W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Evanston 1994, 119 ss.

³⁴⁴ Sul punto, v. J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 89.

³⁴⁵ In merito a tale concetto, sviluppato a livello epistemologico a partire dalle idee di Bacone e, soprattutto, di John Stuart Mill, cfr. T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *op. cit.*, 257 s.

³⁴⁶ In proposito, v. G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 269. All'esito dell'analisi diacronica qui effettuata, ci si renderà conto di come approcci simili si siano sviluppati già in passato, sia con riguardo alla categoria degli “indizi indubitati”, sia in merito al criterio del ragionevole dubbio.

³⁴⁷ Così, ancora, testualmente, G. Tuzet, *op. ult. cit.*, 269.

Ciò detto, va rilevato che, per quanto riguarda l'Italia³⁴⁸, l'esegesi "qualitativa" del *BARD*, fondata sulla probabilità baconiana e, per l'appunto, su una metodologia di controllo e di smentita delle ipotesi in competizione³⁴⁹, risulta oramai fortemente radicata, sia in dottrina³⁵⁰, sia in giurisprudenza³⁵¹. Ed è proprio in tal senso che va letta la diffusa opinione per cui lo *standard* di cui all'art. 533 Cpp potrebbe dirsi raggiunto solo laddove le prove acquisite consentano al giudice di escludere la ricorrenza di due categorie di dubbi: a) quelli "interni", cioè che rivelino l'autocontraddittorietà o l'incapacità esplicativa dell'ipotesi accusatoria; b) quelli "esterni", ovvero fondati sulla contrapposizione all'accusa di una tesi alternativa innocentista, che non abbia la mera caratteristica della possibilità speculativa, ma trovi effettivo riscontro *ex actis*³⁵².

Giunti a questo punto della trattazione, è arrivato il momento di trarre le fila del discorso e di chiedersi se, per risolvere i problemi degli *standard* contemporanei, sia sufficiente optare per una tra le molteplici reinterpretazioni in chiave oggettiva degli stessi, oppure se sia, invece, necessario adottare approcci più articolati e ambiziosi.

8. Il presente lavoro ha avuto modo di dimostrare come, nel corso dei secoli, si siano sviluppati diversi approcci per cercare di strutturare in modo efficiente gli *standard* di prova per irrogare una pena.

³⁴⁸ Esegesi simili sono state negli ultimi anni proposte in diversi Paesi, sia di *common law* (cfr., ad esempio, per quanto concerne l'Inghilterra, F. Picinali, *The threshold lies in the method*, cit., 139 ss.; P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 281), quanto di *civil law* (D. Accatino, *op. cit.*, 507). Pare utile rilevare che anche negli Stati Uniti sta prendendo piede un approccio qualitativo, che si contrappone, tuttavia, a ogni tipologia di "probabilismo". Si allude alla c.d. teoria "plausibilista", sostenuta, in particolare, da R.J. Allen, M. Pardo, *Relative plausibility and its critics*, in *The International Journal of Evidence & Proof* 2019, 5 ss., nonché, in precedenza, v. già, M. Pardo, R.J. Allen, *Juridical Proof and the Best Explanaton*, in *Law and Philosophy* 2008, 223 ss.). In estrema sintesi, a detta di questa posizione, il *BARD* sarebbe soddisfatto unicamente se la spiegazione dell'accusa sia plausibile date le prove acquisite, mentre «*there is no plausible defense explanation*» (cfr. R.J. Allen, M. Pardo, *Relative plausibility*, cit., 16). Per una discussione critica di tale proposta, si veda l'intero numero 1-2 del 2019 della *Rivista The International Journal of Evidence & Proof*, di cui si segnalano in particolare le condivisibili considerazioni di G. Tuzet, *Abduction, IBE and standards of proof*, *ivi*, 118.

³⁴⁹ Nella letteratura italiana, spesso tale metodo viene definito "falsificazionista" (cfr., tra i molti, F. Callari, *Principio di falsificazione e accertamento della responsabilità penale*, in *RDP* 2017, 88 ss.; E.M. Catalano, *op. ult. cit.*, 4; C. Conti, *op. ult. cit.*, 829 ss.; O. Mazza, *op. cit.*, 371), cercando così di traslare sulla scena processuale il concetto di "falsificazione", sviluppato, come noto, in particolare dal filosofo tedesco K.R. Popper (cfr. Id. *Congetture e confutazioni*, Bologna 2009, *passim* e Id., *Logica della scoperta scientifica*, Torino 2010, *passim*).

³⁵⁰ Cfr., tra i molti, F. Callari, *op. cit.*, 88 ss.; F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 66 ss.; E.M. Catalano, *I confini operativi*, cit., 978; C. Conti, *op. ult. cit.*, 829 ss.; M. Daniele, *op. cit.*, 172; R.E. Kostoris, *op. cit.*, 642; F.M. Iacoviello, *La Cassazione*, cit., 436 ss.; O. Mazza, *op. cit.*, 366 ss.; P.P. Paulesu, *op. cit.*, 224; M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 310 s.

³⁵¹ Cfr., per tutte, la già menzionata sentenza Cass. S.U. 10.7.2002 Franzese, cit.

³⁵² Tale lettura, sviluppata, *in primis*, da F.M. Iacoviello, *Lo standard*, cit., 3873 ss., è stata poi accolta dalla giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cass. 24.10.2011 n. 41110, *CEDCass.*, m. 251507, nonché, da ultimo, Cass. 2.10.2023 n. 39777, in *DeJure*). Anche a valle di tale reinterpretazione rimane complesso capire quando si sia di fronte a un'ipotesi alternativa sufficientemente fondata da comportare l'assoluzione. Al riguardo, va segnalata l'interpretazione di chi (F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 68) ha affermato che «ciò che conta [...] non è il livello di attendibilità raggiunto in termini assoluti dalla ricostruzione dei fatti che esclude la responsabilità dell'imputato, ma lo scarto esistente rispetto al livello di attendibilità della ricostruzione alternativa: se calata in un contesto indiziario di soverchiante caratura accusatoria, anche una circostanza di per sé idonea a mettere ragionevolmente in dubbio la colpevolezza dell'imputato (ad esempio, la totale assenza del movente, o l'esistenza di un alibi suffragato da una testimonianza apparentemente credibile) potrebbe rivelarsi inadatta allo scopo». In termini analoghi, cfr. anche O. Mazza, *op. cit.*, 371, il quale ritiene che «l'insieme delle prove raccolte sostiene razionalmente l'ipotesi della colpevolezza [...] se non solo conferma l'ipotesi stessa, ma confuta, o almeno non conferma, o comunque fornisce un sostegno decisamente inferiore all'ipotesi alternativa e antagonista». In giurisprudenza, si veda, in proposito, Cass. 24.3.2023 n. 12493, in *DeJure*, la quale ha escluso che la tesi alternativa che riguardi elementi estranei a quelli essenziali, come il movente, possa determinare l'assoluzione. Per un'esegesi apparentemente più garantista, cfr., invece, Cass. 19.6.2018 n. 48541, in *CEDCass.*, m. 274358-01, la quale ha affermato che «l'applicazione della regola di giudizio compendiata nella formula "al di là di ogni ragionevole dubbio", di cui all'art. 533 [...] consente di pronunciare condanna a condizione che, in base al dato probatorio acquisito, la realizzazione dell'ipotesi alternativa, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana».

All'impostazione "iper-oggettiva", propria dei sistemi romano-canonici continentali, fondata sulla fiducia in una serie di regole cristallizzate attraverso un secolare lavoro dottrinale, se ne è contrapposta, in tarda età moderna, una "iper-soggettiva", volta a valorizzare il comune buon senso dell'uomo. Ed è proprio nella fase di passaggio dalla prima alla seconda prospettiva che sono stati importati in campo giuridico tre degli *standard* ancora oggi più utilizzati in campo penale per pronunciare una condanna penale: la certezza morale, il *BARD* e l'*intime conviction*. Come si è visto, essi trovano un nucleo originario comune extragiuridico nella *certitudo moralis* di matrice teologico-cristiana, la quale rappresenta una norma ideata in epoca medievale per risolvere casi di coscienza. Da questa prospettiva, si può, insomma, ben dire che queste regole costituiscano dei "fossili" viventi di un antico passato³⁵³.

Il problema è che, se norme come queste, in un primo momento, anche grazie alla loro familiarità al linguaggio del tempo, riuscivano ad assumere una portata più facilmente percepibile, con il trascorrere dei secoli sono apparse sempre più barocche e difficili da concretizzare. Al riguardo, è in effetti opportuno osservare che una criticità comune che le caratterizza è quella di non riuscire a fissare, da una prospettiva linguistica, con un livello sufficiente di omogeneità e di precisione, le soglie da raggiungere per accettare come provata un'ipotesi su un fatto. Anche perché fondate su concetti *fuzzy*, come quelli di "certezza", "convincimento", "dubbio" o "morale" o meri richiami al foro interno dell'individuo, queste previsioni corrono il pericolo di tramutarsi in norme caratterizzate da «un valore puramente connotativo-didascalico»³⁵⁴, finendo per essere intese quali meri inviti al giudice a essere particolarmente cauto, quando sia chiamato a decidere se un prevenuto sia o meno colpevole di un reato³⁵⁵.

Un esempio può chiarire il concetto. Pensiamo a una delle spiegazioni che si è visto essere più diffusa nel tempo dei concetti di certezza morale e di oltre ogni ragionevole dubbio, la quale li assimila allo stato d'animo in cui una persona «*would act upon in their most important affairs*». Ebbene, posto che ognuno è portato ad assumere le decisioni cruciali della propria vita sulla base di credenze più o meno ferme, è facile intuire come definizioni quali quelle menzionate finiscano per produrre una moltiplicazione del novero di criteri decisori applicati in concreto: il pericolo è che ve ne siano tanti quanti sono i giudici chiamati a utilizzarli³⁵⁶. Per non dire poi che si può anche essere «moralmente e profondamente certi di cose false, come mostra l'intera storia dei dogmi, delle leggende e delle credenze popolari»³⁵⁷; di modo che concezioni di questo tipo si dimostrano pure difficilmente conciliabili con gli scopi cognitivi e di protezione dell'innocente, fissati dalle fonti sovraordinate.

Come si è visto, onde cercare di rimediare a tale *impasse*, una linea di pensiero, radicatasi a partire della seconda metà del Novecento, sia nei Paesi di *common law*, sia in quelli di *civil law*, ha tentato di sviluppare un approccio più equilibrato agli *standard* di prova. In particolare, ciò è avvenuto cercando di ripensare gli stessi come norme che non concentrino l'attenzione tanto sul convincimento del decisore, quanto sul grado di conferma o di giustificazione razionale che le prove forniscono, oggettivamente, all'ipotesi accusatoria o a quella difensiva, affinché la stessa possa essere considerata come provata. Non sfuggirà come, se così concepiti, gli *standard* diventino più facilmente utilizzabili, sia dal giudice, sia dalle parti. In tal caso, non sarà, infatti, necessario compiere l'operazione, proibitiva, di ricostruire quanto è ferma (o avrebbe dovuto essere ferma) la credenza di un individuo,

³⁵³ Si mutuano così le parole utilizzate, per quanto concerne il *BARD*, da J.Q. Whitman, *op. cit.*, 203.

³⁵⁴ Cfr. F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 56.

³⁵⁵ A un risultato simile arriva una parte della dottrina: cfr., ad esempio, H.L. Ho, *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford 2008, 185 ss. Nella letteratura italiana, v., ad esempio, M. Daniele, *op. cit.*, 168.

³⁵⁶ In proposito, v. P. Roberts, A. Zuckerman, *op. cit.*, 276. Del resto, anche il Chief Justice Goddard, nel caso *Hepworth and Fearnley* [1955] 2 QB 600 aveva notato che dire alla giuria «*that a reasonable doubt is such a doubt as would cause them to hesitate in their own affairs never seems to me to convey any particular standard; one member of the jury might say he would hesitate over something and another member might say that that same thing would not cause him to hesitate at all*».

³⁵⁷ Sono parole di M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 310. Nello stesso senso, cfr., nell'Ottocento, F. Arrivabene, *op. cit.*, 59.

ma si concentrerà il *focus* su dati esterni – e quindi meglio esaminabili – da cui desumere il peso del compendio probatorio complessivo, quali il livello di affidabilità delle massime di esperienza e delle leggi scientifiche utilizzate nel ragionamento probatorio, nonché la capacità esplicativa delle singole tesi ricavabili dalle prove.

Se ciò è vero, si è però osservato come gli interpreti risultino divisi sulla strada migliore per rimediare ai difetti che affliggono i criteri decisori tradizionali. A detta di una linea di pensiero, l'unica via possibile per perseguire lo scopo sarebbe quella di abbandonarli, in favore di *standard* strutturati a livello semantico in modo da non rinviare alle credenze dei soggetti del procedimento, ma al grado di conferma epistemico fornito dalle prove a un'ipotesi³⁵⁸. In quest'ottica, insomma, bisognerebbe definitivamente concludere l'epoca delle regole, fondate sul comune buon senso dell'Illuminismo, e iniziarne una nuova, segnata dalla creazione di norme del tutto nuove.

Sennonché, anche questa soluzione presenta due problemi significativi. Essa si scontra, in prima battuta, con la vaghezza intrinseca, propria del linguaggio, nel riuscire a identificare una soglia oggettiva di sufficienza probatoria³⁵⁹. Il rischio – puntualmente denunciato da altra parte della dottrina – è, insomma, che anche i nuovi *standard* non siano, a livello letterale, tanto più determinati di quelli precedenti, provocando a cascata solo nuove problematiche teoriche e pratiche³⁶⁰. Ma a rendere assai difficile concretizzare una tale impostazione è soprattutto il successo che il *BARD*, nonostante la sua indeterminatezza, sta avendo a livello politico e giurisprudenziale³⁶¹; successo che, se può far preconizzare un ulteriore arretramento degli altri *standard* soggettivi, rende proibitivo pensare che anch'esso possa essere, almeno nel breve periodo, davvero abbandonato in favore di altri criteri³⁶².

³⁵⁸ Il rinvio va alle già menzionate proposte di J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 208 ss., nonché, in lingua italiana, Id., *Verso una teoria*, cit., 2225 s. e di L. Laudan, *op. ult. cit.*, 82 s. Dal canto suo, il primo ha fornito un elenco di sette *standard* di prova, che potrebbero essere impiegati in vari settori del diritto, di cui quello concernente la materia penale dovrebbe avere la seguente formulazione: «per considerare provata un'ipotesi sui fatti, devono essere congiuntamente soddisfatte le seguenti condizioni: a) L'ipotesi deve essere in grado di spiegare i dati disponibili, integrandoli in modo coerente, e le previsioni di nuovi dati che l'ipotesi consente di formulare devono essere confermate e assunte come prove nel processo. b) Tutte le altre ipotesi plausibili esplicative degli stessi dati che sono compatibili con l'innocenza dell'imputato, o comunque più favorevole a quest'ultimo, devono essere confutate escluse le ipotesi *ad hoc*». Laudan ha, invece, avanzato tre alternative formulazioni di uno *standard* penalistico: a) se c'è una prova o una testimonianza credibile che incolpa l'accusato che sarebbe molto difficile da spiegare se lo stesso fosse innocente e non vi è alcuna prova o una testimonianza credibile a favore che sarebbe molto difficile da spiegare se l'imputato fosse colpevole, allora condannate. Altrimenti assolvete. b) Se la ricostruzione del crimine da parte del pubblico ministero è plausibile e non potete concepire nessuna ricostruzione plausibile in base alla quale l'imputato sia innocente, allora condannate. Altrimenti assolvete. c) Considerate se i fatti stabiliti dal pubblico ministero eliminano qualsiasi altra ragionevole ipotesi che voi possiate immaginare che lasci l'accusato innocente. Se la escludono, allora condannate.

³⁵⁹ Del resto, lo stesso J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., 203 ammette che il problema dell'imprecisione linguistica degli *standard* non può essere eliminato completamente, ma solo marginalizzato.

³⁶⁰ In senso variamente critico su tali proposte, cfr. R.J. Allen, *Los estándares*, cit., 55; F. Stella, F.M. Galavotti, *L'oltre ogni ragionevole dubbio come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *RIDPP* 2005, 924 ss.; P. Garbolino, *Probabilità e logica*, cit., 484 s.; G. Tuzet, *La prova ragionata*, cit., 270 ss.; G. Uberti, *Razionalismo processuale*, cit., 332 s.

³⁶¹ Vale la pena di precisare che anche in Italia si è sviluppata una linea di pensiero tesa a ricavare direttamente dalla presunzione d'innocenza lo *standard* del *BARD*: in questo senso, v., ad esempio, in dottrina, O. Dominioni, *op. cit.*, 354; D. Vigoni, *La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *PPG* 2023, 232, nonché già M. Pisani, *Sulla presunzione*, cit., 1 ss. In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass. S.U. 14.4.2017 n. 18620, cit.; Cass. S.U. 28.4.2016 n. 27620, cit.

³⁶² A queste considerazioni di natura letterale e politica, se ne potrebbe aggiungere anche una di stampo più prettamente giurido-epistemico. Si allude, in particolare, al fatto che, come ha ammesso lo stesso J. Ferrer Beltrán, *op. ult. cit.*, 211 e s., alcune delle proposte da lui formulate non distano molto dalle re-interpretazioni, in senso oggettivo, del ragionevole dubbio, utilizzate in Paesi come l'Italia o in Portogallo. Il che porta a chiedersi se davvero valga la pena di intraprendere il difficile percorso politico che porta alla rimozione di criteri decisori come il *BARD*, per adottarne altri a cui andrebbe attribuito grossomodo lo stesso significato.

Quanto appena osservato, ci porta a preferire un approccio meno ambizioso, ma più realistico, che passi per un mantenimento degli *standard* tradizionali, ma, allo stesso tempo, attraverso una loro razionalizzazione mediante un percorso, composto da più passaggi, tra loro concatenati.

Il primo *step*, comunque essenziale, rimane di matrice definitoria: esso impone di cercare, anzitutto, di ridurre la loro indeterminatezza linguistica, trasferendo nel processo penale concetti e metodi appartenenti all'epistemologia e alla filosofia della scienza contemporanei.

Come si è accennato, una strada di questo tipo si è realizzata, in modo particolarmente virtuoso, in Italia, con riguardo all'interpretazione che ha legato la regola del ragionevole dubbio alla teoria dell'induzione eliminativa e al concetto di probabilità logica. Pur non essendo questa la sede per una compiuta analisi dello sviluppo diacronico che tale *standard* ha avuto nel nostro Paese³⁶³, va segnalato che è sin dalla sua lenta "riscoperta", verificatasi nella seconda metà del Novecento, che si è iniziato ad attribuire alla norma un'esegesi più "oggettiva", in quanto tesa a focalizzare l'attenzione non sullo stato mentale del giudice, ma sulla completezza del quadro probatorio esistente, sulle leggi scientifiche o massime di esperienza utilizzate per interpretare le evidenze raccolte, nonché sulla possibilità di sostenere, in base alle medesime, ipotesi alternative a quella della colpevolezza³⁶⁴. Dopo la modifica dell'art. 533 Cpp del 2006, tale approccio si è ancora più consolidato, attraverso un lodevole sforzo congiunto della dottrina e della giurisprudenza³⁶⁵. Non sfuggerà come il punto forte dell'approccio "*Italian style*" al *BARD* sia proprio quello di aver fornito un criterio sufficientemente preciso per distinguere i dubbi "ragionevoli" da quelli "irragionevoli". Onde risolvere tale atavico quesito, si è, infatti, legato inscindibilmente il "dubbio" di cui all'art. 533 Cpp a un parametro oggettivo, cioè le prove o la loro mancanza: i dubbi non supportati da alcuna evidenza probatoria saranno meramente scettici e, in quanto tale, non ragionevoli³⁶⁶. D'altra parte, se le cose non stessero così, si ricadrebbe di nuovo nell'antica logica dei "dubbi virtuali", la quale, posto che anche la più attenta ricostruzione dei fatti può presentare zone d'ombra³⁶⁷, finirebbe per minare la capacità repressiva dell'ordinamento penale, rischiando di provocare così squilibri pericolosi per la tenuta del sistema.

Il secondo passaggio essenziale per migliorare il funzionamento degli *standard* è quello di circondarli da una serie di regole processuali, che siano in grado, per un verso, di aiutare a individuare con più facilità la soglia di sufficienza probatoria da raggiungere e, per l'altro, di renderne effettivo il rispetto nella prassi. Da questa prospettiva, come si è visto, nei sistemi di *civil law* con giudici professionali, il principale presidio in grado di consentire una razionalizzazione degli *standard* di prova è costituito dalla motivazione in fatto, specie laddove essa sia accompagnata da un sistema di impugnazioni, volte a consentire alle parti di censurare la mancata corretta applicazione delle regole in materia.

Anche in questo caso, l'esempio italiano risulta particolarmente utile: il radicarsi dell'esegesi oggettiva del *BARD*, sopra esaminata, è stato, infatti, favorito da quell'articolato sistema di giustificazione dei provvedimenti giurisdizionali, formato da un *mix* tra obbligo di motivazione dialogica, posto in capo al giudice (artt. 192 co. 1 e 546 Cpp)³⁶⁸, e da un complesso sistema di rimedi, di merito (l'appello ex art. 593 e ss. Cpp) e di legittimità (il ricorso per cassazione ex art. 606 e ss. Cpp), attivabili dalle parti. È chiaro, infatti, come la necessità di spiegare il perché lo *standard* sia stato o meno soddisfatto, sommata alla possibilità di censurare *ex post* il suo mancato raggiungimento

³⁶³ Si consenta il rinvio in proposito a J. Della Torre, *Standard di prova*, cit. 382 ss.

³⁶⁴ Cfr., ad esempio, l'opinione di A. Malinverni, *op. cit.*, 593, il quale già affermava che il "dubbio", anche se rimane un fatto psichico proprio del giudice, deve avere fondamento oggettivo. La formula "*in dubio pro reo*" deve essere integrata mediante la definizione oggettiva del dubbio stesso. La qualificazione di esso come "ragionevole" attribuisce [...] questo carattere oggettivo al dubbio».

³⁶⁵ Per una lodevole sintesi, cfr. N. Triggiani, *Lo standard dimostrativo nella decisione di colpevolezza*, in *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, cit., 325 ss., a cui si rinvia anche per i ricchi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

³⁶⁶ Cfr. F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 54.

³⁶⁷ In proposito, v. M. Daniele, *op. cit.*, 173.

³⁶⁸ Sul punto, v. C. Conti, *op. ult. cit.*, 830 ss., la quale mette giustamente in rilievo anche l'importanza che la riforma dell'art. 546 Cpp, operata dalla l. 103/2017, assume dalla prospettiva del metodo del ragionevole dubbio.

e/o la scorretta motivazione sul punto, abbia portato tutti i formanti, nell'ambito delle rispettive posizioni, a sforzarsi per precisarne, via via, la portata. Tutto ciò rende evidente come il rapporto tra *standard* probatori e motivazione sia biunivoco. Da un lato, i criteri decisori sono essenziali affinché il giudice possa giustificare, in modo non arbitrario, le proprie pronunce. Da un altro lato, l'imposizione di specifici oneri motivazionali favorisce un percorso di chiarimento del significato degli *standard*; e ciò in quanto il raggiungimento delle soglie probatorie previste dovrà trovare adeguata esplicitazione nella parte giustificativa dei provvedimenti giudiziari³⁶⁹.

Correlativamente, è palese che negli ordinamenti di *common law* le maggiori difficoltà che si hanno nell'attribuire un significato comune al *BARD* si spiegano anche in virtù del fatto che il *jury* decide in segreto, senza la presenza del giudice, e il *verdict* non è motivato³⁷⁰. In un contesto siffatto, manca, invero, un fondamentale mezzo di riscontro esterno della maniera in cui le giurie interpretano il criterio. Ed è proprio per questo motivo che – come ha rilevato la Corte europea dei diritti dell'uomo nel celebre *Taxquet c. Belgio* – in siffatti ordinamenti risulta particolarmente importante valorizzare quantomeno l'elemento controbilanciante delle istruzioni date dal giudice professionale a quelli popolari³⁷¹. Sembra, infatti, difficile ritenere che una spiegazione puntuale sullo *standard* di prova da raggiungere non rientri proprio tra quegli elementi che necessariamente devono essere presentati alla giuria, onde tutelare il prevenuto dal rischio di decisioni arbitrarie e far sì che egli, pur a fronte di un verdetto immotivato, possa comunque comprendere «*les raisons de sa condamnation*»³⁷². Si deve, pertanto, condividere l'opinione di chi ha sostenuto la necessità di abbandonare l'approccio, diffuso sia in Inghilterra, sia negli USA, teso a concepire i criteri decisori come concetti autoevidenti, sui quali bisognerebbe spendere meno parole possibile. Tutt'al contrario: onde evitare che si perpetui la situazione, denunciata da lungo tempo, per cui le giurie affrontano una cronica difficoltà nel comprendere a quali condizioni si può condannare, è importante introdurre un nuovo modello di istruzione che (i) definisca accuratamente lo *standard* da raggiungere e (ii) chiarisca ai giudici popolari in che modo essi debbano utilizzare tale criterio decisorio³⁷³.

Ma vi è di più. Non va tralasciato che l'effettività degli *standard* è influenzata, in modo determinante, pure da tutte quelle norme processuali, che, essendo in grado di consentire di individuare situazioni di insufficienza o di contraddittorietà probatoria, favoriscono l'emergere dell'innocenza dell'imputato. Da quest'angolo visuale, assumono, evidentemente, un ruolo cruciale, sia i canoni generali del contraddittorio, dell'oralità, dell'immediatezza, oltretutto il diritto di difesa, i quali impongono di strutturare il procedimento penale, in modo tale da permettere al prevenuto di sottoporre a continui tentativi di falsificazione l'ipotesi accusatoria, sia regole specificamente concernenti la fase di assunzione della decisione giudiziale. Tra queste spiccano le norme – che, tuttavia, stanno venendo sempre più marginalizzate nel nostro Paese (e non solo), per motivi di economia processuale – che attribuiscono la competenza a decidere a organi collegiali³⁷⁴, specie

³⁶⁹ V., al riguardo, M. Taruffo, *Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan*, in *Doxa* 2005, 121 s.

³⁷⁰ Cfr., in proposito, M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., 307, nonché S.C. Thaman, *op. cit.*, 75, il quale mette in correlazione l'interpretazione soggettiva del *BARD* nordamericana con l'alto numero di errori giudiziari, scoperto negli ultimi anni in tale Paese.

³⁷¹ Cfr. C. eur., G.C., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgio*, § 92. In merito a tale pronuncia, P. Roberts, *Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?*, in *Human Rights Law Review* 2011, 213 ss.; S.C. Thaman, *Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts?: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in Taxquet v. Belgium*, in *Chicago-Kent Law Review* 2011, 613 ss.

³⁷² La citazione testuale è tratta ancora da C. eur., G.C., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgio*, § 92.

³⁷³ Per un'interessante proposta sul punto, concernente il processo penale inglese, cfr. A. Keane, P. McKeow, *op. cit.*, 525 s.

³⁷⁴ Per comprendere quanto sia oramai marginale, da una prospettiva statistica, il numero delle cause attribuite al tribunale in composizione collegiale e alle corti d'assise, rispetto ai tribunali in composizione monocratica, cfr. i dati riportati in M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 60 ss.

laddove quest'ultimi siano tenuti a raggiungere un giudizio unanime. Non è, d'altra parte, difficile rendersi conto di come la necessità che sia non un singolo individuo, ma un intero collegio a ritenere raggiunta la soglia di sufficienza probatoria rappresenti, a sua volta, una tutela che rende più complesso soddisfare uno *standard*. Ed è proprio per questo motivo che, già ai tempi dell'Assemblea costituente francese, Maximilien de Rospierre aveva insistito sul fatto che solo la regola dell'unanimità dei giurati potesse fornire una garanzia adeguata del rispetto del criterio della certezza morale³⁷⁵.

Quanto osservato, consente di comprendere un dato troppo spesso sottovalutato: se è vero che la presunzione d'innocenza impone la fissazione di criteri decisori per condannare in grado di favorire l'assoluzione del colpevole rispetto la condanna dell'innocente, è altrettanto indiscutibile che sono, in realtà, altre garanzie processuali a contribuire a rendere gli *standard* davvero concreti ed effettivi. Per questa ragione, si può ritenere che, anche a parità di formulazione testuale, queste regole siano, in realtà, in grado di tutelare, in modo più o meno efficace, i diritti fondamentali dei prevenuti, a seconda del sistema processuale in cui essi sono inseriti e finanche del singolo modulo procedimentale applicato in concreto. Così, ad esempio, da questa prospettiva ben si comprenderà come fosse, in linea di principio, assai più semplice soddisfare il criterio del *BARD* negli ordinamenti degli Antichi Regimi o della Restaurazione, che, relegando la difesa o il contraddittorio in un ruolo marginale, abbassavano drasticamente la probabilità di far emergere ipotesi alternative innocentiste o buchi logici nella prospettiva accusatoria, rispetto a quanto avviene oggi, dove tali salvaguardie sono, in genere, cristallizzate dal vertice delle fonti. Ciò nondimeno, anche i sistemi giuridici contemporanei occidentali devono essere sempre ben consci del fatto che, nel momento in cui, per ragioni di economia processuale, si dimostrino pronti a sacrificare garanzie importanti per falsificare la tesi dell'autorità (come il contraddittorio, il diritto di difendersi provando o il diritto a impugnare), finiscono per impattare indirettamente sul *BARD*, modificando il modo in cui esso è in grado di distribuire in concreto il rapporto tra falsi positivi (condanne di un innocente) e falsi negativi (assoluzione di un colpevole)³⁷⁶.

³⁷⁵ Cfr. M. Robespierre, discorso del 2 febbraio 1791, *ivi*, 718. Non a caso, la Corte suprema degli USA nel celebre caso *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. (2020), ribaltando un proprio precedente, ha affermato che la regola di unanimità del verdetto per i *felony* si ricaverebbe, in via diretta, dal Sesto emendamento della Costituzione americana. Per un commento a tale importante decisione, cfr. *Ramos v. Louisiana. Comment on: 140 S. Ct. 1390 (2020)*, in *Harvard Law Review* 2020, 520 ss.

³⁷⁶ Non è difficile rendersi conto di come gli istituti più problematici da questa prospettiva siano quelli, a loro volta sempre più diffusi a livello globale, di giustizia consensuale (cfr., in proposito, M. Langer, *Conviction without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, in *Annual Review of Criminology* 2021, 377 ss.), dal momento che essi, di norma, si basano sulla logica dello scambio tra vantaggi premiali e la rinuncia del prevenuto a un fascio più o meno ampio di diritti processuali fondamentali. Non a caso, la dottrina, specie negli ordinamenti di *common law*, ha documentato il c.d. "*innocence problem*" dei moduli processuali contrattati, ossia il rischio che a concludere un'intesa con l'autorità siano soggetti in realtà innocenti (cfr., in proposito, per tutti, A.W. Alschuler, *A Nearly Perfect System for Convicting the Innocent*, in *Albany Law Review* 2015-2016, 919, nonché la recente ricerca pubblicata dalla *National Association of Criminal Defense Lawyers*, *The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right to Trial on the Verge of Extinction and How to Save It*, in www.nacdl.org, 10.7.2018, 17; a livello europeo, cfr. la ricerca pubblicata da *Fair Trials*, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, in www.fairtrials.org, 27.4.2017. Per ulteriori riferimenti, cfr. J. Della Torre, *Riti consensuali ed errore giudiziario: un binomio ricco di criticità*, in *L'errore giudiziario*, a cura di L. Lupária Donati, Milano 2021, 406 ss.). Alla luce di ciò, si può ben dire che la circostanza per cui gli istituti di giustizia negoziata siano in sempre più costante ascesa è in grado di depotenziare, in modo significativo, la menzionata espansione internazionale del criterio del ragionevole dubbio; e ciò in quanto, in una grande fetta di reg giudicande, tale *standard* di prova o viene del tutto abdicato, oppure, in ogni caso, fortemente depotenziato. Onde rimediare, in parte, a tale incoerenza di fondo dei sistemi giuridici attuali, sembra opportuno un cambio di prospettiva, teso a far sì che una serie di garanzie irrinunciabili sia sempre riconosciuta anche laddove il prevenuto scelga di essere giudicato sulla base di un procedimento accelerato consensuale: per alcuni suggerimenti al riguardo, si consenta il rinvio a J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Milano 2019, 595 ss.

Va, infine, rilevato che nelle moderne “società algoritmiche”³⁷⁷ vi è un’ultima categoria di norme che potrebbe essere rivitalizzata, pure in sistemi giuridici con una lunga tradizione in materia di *standard* decisorio e tendenzialmente ispirati al libero convincimento, come quello italiano: si allude all’inserimento di alcuni, ben meditati, nuovi criteri di valutazione della prova negativi, che vadano ad aggiungersi a quelli già presenti nel codice di rito³⁷⁸, al fine di ridurre il pericolo di sovrastima giudiziale di alcuni elementi di prova. A questo proposito, è bene precisare che, negli ultimi anni, una corrente di pensiero, sviluppata su entrambe le sponde dell’Atlantico, ha sostenuto che i tempi sarebbero oramai maturi per abbandonare l’impostazione “assolutistica” del libero convincimento, frutto dell’Illuminismo, coniando ulteriori regole probatorie, in grado di meglio definire i confini della discrezionalità giudiziale, specie laddove si abbia a che fare con elementi di prova a più forte rischio di errore giudiziario³⁷⁹. In questa scia, si è affermato che «*these rules should be treated as small steps in the direction of the true, though probably unattainable, ideal of the rule of law in the sphere of forensic fact-finding*»³⁸⁰. Si tratta, evidentemente, di un approccio antitetico rispetto all’opinione di chi ritiene, invece, che il terreno della valutazione delle prove dovrebbe rappresentare ancora «un giardino proibito»³⁸¹ per il legislatore.

A parere di chi scrive, i suggerimenti del “*new corroboration movement*” potrebbero essere utili da concretizzare da una prospettiva specifica: al fine di impedire che la fiducia, sempre maggiore, che l’essere umano ripone verso le nuove tecnologie porti gli organi giudicanti a condannare affidandosi, in modo esclusivo, a elementi raccolti tramite sistemi di intelligenza artificiale di ultima generazione, di cui verrà, in modo inevitabile, fatto un uso sempre più massiccio nel prossimo futuro³⁸². Fermo restando il divieto, già sancito dall’art. 11 della direttiva 2016/680/UE³⁸³, di attribuire del tutto alle macchine l’assunzione di decisioni in grado di impattare negativamente sui diritti dei singoli, si potrebbe, più in particolare, codificare delle regole di valutazione negativa, in forza delle quali l’agente umano sia sempre tenuto a verificare che l’*output* prodotto da strumenti investigativi e/o probatori fondati su algoritmi (si pensi, ad esempio, al *match* di un *software* di riconoscimento

³⁷⁷ L’espressione è ripresa da M. Balkin, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio State Law Journal* 2017, 1219.

³⁷⁸ Si allude, com’è evidente, in particolare agli artt. 192 co. 2 e 3 Cpp, sui quali, cfr., per tutti, M. Daniele, *op. cit.*, 123 ss.

³⁷⁹ Cfr. sul punto S.C. Thaman, *op. cit.*, 108 ss., a detta del quale «*we should return to a modern equivalent of negative formal rules of evidence, which will at least prevent convictions for capital crimes and grave felonies based on weak [...] circumstantial evidence, uncorroborated eyewitness testimony, uncorroborated admissions or confessions of the defendant, or uncorroborated assertions of the complaining witness, for instance, in sexual assault cases*». In termini analoghi, seppur con riguardo alle prove scientifiche, cfr. M. Damaška, *op. ult. cit.*, 146-148, nonché Id., *The future*, cit., 202 ss. Nella stessa scia, nella letteratura italiana, cfr. L. Lupária, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in *Intelligenza artificiale, giurisdizione penale ed etica del giudizio*, Milano 2021, 119 ss., nonché, in precedenza, v. già O. Dominion, *op. cit.*, 347 s. e M. Nobili, *Esiti*, cit., 56.

³⁸⁰ Sono parole di M. Damaška, *Evaluation of Evidence*, cit., 148.

³⁸¹ In questo senso, cfr. P. Ferrua, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *QuestG* 1998, 587 ss.

³⁸² Sull’impatto che gli algoritmi e l’IA stanno già avendo in ambito processuale penale, cfr., oltre al lavoro monografico di S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham 2020, il volume Aa.Vv., *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, a cura di G. Di Paolo, L. Pressacco, Napoli 2022, a cui si rinvia anche per i cospicui riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Per un approccio diverso da quello qui prospettato, teso a inserire dei criteri di valutazione negativi, al fine da imporre che l’IA venga utilizzata quale metodo di corroborazione nei confronti di “prove deboli”, cfr. L. Lupária, *op. ult. cit.*, 119 ss.

³⁸³ Come noto, tale disposizione vieta le decisioni basate su trattamenti automatizzati, salvo che siano autorizzati dal diritto UE o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e a fronte della fissazione di garanzie adeguate, tra cui almeno il diritto di ottenere l’intervento umano da parte del titolare del trattamento. In argomento, cfr. S. Quattrocolo, *op. cit.*, 175 e S. Signorato, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, in *RDP* 2021, 101 ss.

facciale³⁸⁴) sia riscontrato da altri elementi di prova³⁸⁵. L'idea è, insomma, quella di far sì, per utilizzare il lessico della Corte di Strasburgo, che le *AI evidence* non possano valere da sole quali "prove uniche e determinanti"³⁸⁶. È utile precisare che vi è una ragione precisa, che giustifica l'adozione di forme di *corroboration rules* di questo tipo: esse rappresenterebbero, infatti, un antidoto nei confronti del pericolo per cui, anche quando le macchine fungano da ausilio al decisore in carne ed ossa, questi finisca per seguirne le indicazioni in modo passivo, essendo complesso trovare ragioni per discostarsene³⁸⁷. Ed è proprio perché, di fronte a elementi così strutturati, pure la capacità razionalizzatrice dello strumento classico della motivazione ne esce inevitabilmente ridotta, che puntare su forme mirate di norme probatorie di tal genere potrebbe risultare prezioso.

Vale la pena di aggiungere che l'approccio "proattivo"³⁸⁸ così delineato dovrebbe farsi ancora più netto nel caso in cui il singolo strumento di intelligenza artificiale presenti dei problemi di trasparenza³⁸⁹, comportandosi come una *black box*³⁹⁰, cioè come un sistema «in cui *input* e *output* sono osservabili, mentre il funzionamento interno [del sistema] rimane oscuro persino ai suoi stessi programmatori»³⁹¹. Come affermato da attenta dottrina, in un'evenienza di questo tipo, infatti, onde salvaguardare i pilastri del *fair trial*, nelle sue articolazioni del contraddittorio e della parità delle armi, sarebbe auspicabile agire a monte direttamente sul piano dell'ammissibilità probatoria, rispetto a quello della valutazione, prevedendo che «*the court should exclude the 'black box evidence' from the adjudication on the defendant's guilt*»³⁹².

Concludendo, è bene precisare come introdurre norme di questo tipo non significherebbe, né adottare un'impostazione reazionaria, volta a chiudere, per forza, sempre le porte a monte a tutti i nuovi strumenti computazionali, viste le loro potenzialità, né mettere in dubbio, quale criterio d'ispirazione generale del sistema probatorio, il canone del libero convincimento, tornando a un regime in cui sia sempre una rete di regole probatorie a stabilire quando possa o meno essere raggiunto lo *standard* di prova per condannare³⁹³. Si tratterebbe, al contrario, di limitare solo alcuni dei possibili eccessi che l'"illustre formula"³⁹⁴ è in grado di determinare, introducendo una meditata serie di eccezioni alla

³⁸⁴ In argomento, si consenta il rinvio a J. Della Torre, *Tecnologie di riconoscimento facciale e procedimento penale*, in *RIDPP* 2022, 1057 ss.

³⁸⁵ Vale la pena di precisare che in dottrina vi è chi ha già cercato di ricavare dall'art. 11 della direttiva 2016/680/UE una regola volta a vietare di fondare una decisione esclusivamente su *output* di meccanismi automatizzati: in questo senso, cfr., ad esempio, M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.5.2019, 17.

³⁸⁶ In merito a tale categoria, cfr., per tutti, A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano 2019, 112 ss., nonché M. Daniele, *op. cit.*, 141 ss.

³⁸⁷ In merito a tale rischio, cfr. G. Tuzet, *L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in *mediaLaws* 2020, 45 ss.

³⁸⁸ Cfr. C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in *RIDPP* 2020, 1748.

³⁸⁹ Come noto, il principio di trasparenza trova un esplicito riconoscimento nel quarto canone elencato nella Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale e negli altri ambiti connessi, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia nel corso della sua XXXI riunione plenaria, Strasburgo, 3.12.2018 [CEPEJ (2018) 14]. Per un'analisi dell'atto, cfr. S. Quattrocchio, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in questa Rivista, 18.12.2018.

³⁹⁰ Sul punto, v. A. Adensamer, L.D. Klausner, "Part Man, Part Machine, All Cop": *Automation in Policing*, in *Frontiers in Artificial Intelligence*, 23.6.2021, 4 e S. Quattrocchio, *op. cit.*, 93 s.

³⁹¹ La citazione è tratta da G. Contissa, G. Lasagni, G. Sartor, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Diritto di internet* 2019, 620.

³⁹² La citazione è tratta da S. Quattrocchio, *Artificial*, cit., 96. In termini analoghi, v. anche L. Lupária Donati, G. Fiorelli, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale*, in *DPC-RT*, 2022, 2, 43.

³⁹³ La prospettiva per cui, nel prossimo futuro, attraverso l'intelligenza artificiale e, in particolare, mediante lo strumento delle "reti bayesiane" (in argomento, per tutti, F. Taroni, C. Atiken, P. Garbolino, A. Biedermann, *Bayesian Networks and Probabilistic Inference in Forensic Science*, Chichester 2014²), si potrebbe verificare un passaggio a una visione "quantitativa" degli *standard* probatori e un sostanziale ritorno alla "prova legale" è stata, di recente, messa in luce da G. Tuzet, *La prova ragionata*, cit., 244-246.

³⁹⁴ Si riprende il titolo del lavoro, più volte citato, di M. Nobili, *op. ult. cit.*, 33, a detta del quale «garanzie legali in materia di valutazione delle prove non sono proibite da alcunché e potrebbero, in taluni casi o aspetti, risultare opportune» (cfr.

stessa, motivate, a ben vedere, dalla volontà di salvaguardarne la *ratio* più profonda: cioè, quella di far sì che la decisione giudiziaria continui a essere, anche in futuro, sempre basata, almeno in parte, sulla razionalità e sulla logica umana e non solo su quella, a volte a noi incomprensibile, delle macchine³⁹⁵.

ibidem, 36).

³⁹⁵ Come ben afferma J.N. Fenoll, *op. cit.*, 142 «*el Imperio de la Razón fue una conquista social. Merecería la pena no perderlo*».

GIUSTIZIA RIPARATIVA E SISTEMA PENALE ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA

di Emma Venafro (*Prof. Associato di diritto penale, Università di Pisa*)

Lo scritto prende in considerazione le intersezioni tra giustizia penale e giustizia riparativa, evidenziando le differenze tra i due paradigmi ed il loro rapporto di complementarità. Due sono le direttrici attraverso cui il legislatore decreta l'ingresso strutturale della GR nel sistema penale. La prima è collocata nel titolo IV, «Disciplina organica della giustizia riparativa» (artt. 42-67), là dove si dà identità e forma alla *restorative justice*. La seconda, contenuta negli artt. 1-3 del Decreto, definisce attraverso quali canali normativi i programmi di GR si innestino nell'ordinamento e quali effetti giuridici ne derivino. Il Decreto prevede come raccordo tra il sistema penale e la giustizia riparativa una nuova disposizione, contenuta nell'art. 129-bis Cpp. Una tale previsione ha sollevato molte critiche, in quanto ha fatto pensare ad una sorta di possibile "imposizione" o, quanto meno, di "pressione" da parte dell'autorità giudiziaria per la partecipazione ai programmi riparativi. In realtà, si cerca di evidenziare come, una volta inserita la norma all'interno del sistema delineato dalla Riforma in materia di GR, una tale preoccupazione appaia, immediatamente, ridimensionata. In effetti, il ruolo della nuova disposizione altro non è che una ulteriore indicazione alle parti, per aderire ad un paradigma nuovo e ancora poco conosciuto. Per poter garantire una forma di uguale considerazione tra la vittima e il soggetto indicato come autore, il Decreto cerca sempre di trovare un punto di equilibrio tra la tutela delle garanzie del reo, prima tra tutte quella di presunzione di innocenza e di diritto di difesa e la protezione della vittima da una possibile vittimizzazione secondaria. A presidio di questa pari considerazione tra le due parti il Decreto mette in campo una serie di principi che costituiscono l'ossatura della GR e definiscono il confine con il sistema punitivo. Centrale in questa direzione è il momento in cui l'esito riparativo deve essere "accolto" all'interno del processo: è in questa fase che si evidenzia la necessità che il ruolo del mediatore e del giudice siano differenziati con nettezza, senza che l'uno possa invadere il campo dell'altro. Una volta delineati meccanismi e i rapporti tra i due paradigmi si passa ad una analisi più dettagliata delle singole disposizioni del titolo IV in cui prendono corpo i principi tracciati in precedenza.

The paper considers the intersections between criminal justice and restorative justice, highlighting the differences between the two paradigms and their complementary relationship. There are two directions through which the legislature decrees the structural entry of GR into the criminal justice system. The first is located in Title IV, "Organic regulation of restorative justice" (Articles 42-67), where restorative justice is given identity and form. The second, contained in Articles 1-3 of the Decree, defines through which regulatory channels GR programs are grafted into the legal system and what legal effects result from them. The Decree provides as a link between the criminal justice system and restorative justice a new provision, contained in Article 129-bis Cpp. Such a provision raised a lot of criticism, as it suggested a kind of possible "imposition" or, at least, "pressure" by the judicial authority to participate in restorative programs. An attempt is made to highlight how, once the provision is placed within the system outlined by the GR Reform, such a concern appears, immediately, to be scaled down. Indeed, the role of the new provision is nothing more than a further indication to the parties to adhere to a new and still unfamiliar paradigm. To ensure a form of equal consideration between the victim and the party named as the perpetrator, the Decree always seeks to strike a balance between the protection of the offender's guarantees, first and foremost that of the presumption of innocence and the right of defense, and the protection of the victim from possible secondary victimization. To guard this equal consideration between the two parties, the Decree brings into play a series of principles that form the backbone of the GR and define the boundary with the punitive system. Central to this direction is the moment at which the restorative outcome must be

"welcomed" within the process: it is at this stage that the need for the roles of the mediator and the judge to be clearly differentiated, without the one being able to encroach on the field of the other, is highlighted. Once the mechanisms and relationships between the two paradigms have been outlined, we move on to a more detailed analysis of the individual provisions of Title IV in which the principles outlined above take shape.

SOMMARIO: Parte I - Giustizia riparativa e sistema penale. - 1. Giustizia riparativa: una riforma di sistema. - 2. Giustizia punitiva e giustizia riparativa: un rapporto di complementarità. - 3. Il nuovo art. 129-bis Cpp. - 4. La valutazione dell'esito riparativo da parte dell'autorità giudiziaria: solo formale o anche sostanziale? La scommessa della Giustizia Riparativa. - Parte II - Analisi degli aspetti più significativi del d.lgs. n. 150/2022. - 5. I soggetti della giustizia riparativa. - 6. Principi e definizioni. - 7. L'accesso alla giustizia riparativa. - 8. Consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa. - 9. Doveri e garanzie dei mediatori. - 10. I Programmi di giustizia riparativa. - 11. L'esito riparativo. - 12. I Mediatori. - 13. Servizi per la Giustizia Riparativa.

1. La nuova normativa sulla giustizia riparativa è una vera e propria riforma di sistema: essa costituisce una novità dirompente nel nostro ordinamento giuridico, da più punti di vista¹.

¹ In tema di giustizia riparativa, v. A. Ceretti, *Un'altra storia inizia qui*, Firenze - Milano 2020, *passim*; Id., *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, III, Milano 2000, 220 ss.; G.A. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione del dialogo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.6.21, 1 ss.; Id., *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2.2.23, 1 ss.; G. Di Chiara, *La premura e la clessidra*, in DPP, 2015, 377 ss.; L. Cornacchia, *Vittime e giustizia criminale*, in RIDPP 2013, 1760 ss.; M. Cortesi, E. La Rosa, L. Parlato, N. Selvaggi (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Reggio Calabria 2015; M. Bouchard, *Sul protagonismo delle vittime. Dialogo con Tamar Pitch e Andrea Pugiottio*, in www.dirittopenaleuomo.org, 2.4.19; M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, Milano 2005; R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in RIDPP 2016, 96 ss.; V. Bonini, *La deflazione virtuosa: intersezioni tra riti negoziali e restorative justice*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di G. A. De Francesco, A. Gargani, E. Marzaduri, D. Notaro, Torino 2019, 75 ss.; J.M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Torino 2017; L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa*, Milano 2015; Id., *La Chiesa e il problema della pena*, Brescia 2014; Id., *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 13.1.21; G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in www.sistemapenale.it, 28.11.20, 4 s.; G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Punire mediare riconciliare*, Torino 2009; G. Fornasari, E. Mattevi (a cura di), *Giustizia riparativa*, Trento 2019; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa*, Napoli 2017; G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in www.discrimen.it, 23.4.20; Id., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano 2006, 1129 ss.; Id., *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, II, Milano 2018, 607 ss.; Id., *Il documento finale degli "Stati Generali dell'Esecuzione Penale" in materia di giustizia riparativa*, in DPP 2016, 565 ss.; Id., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine "giustizia riparativa" e delle sue origini storico-dogmatiche e linguistiche*, in RIDPP 2015, 137 ss.; G. Mannozi (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano 2004; Id., *La giustizia senza spada*, Milano 2003; G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017; G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna 2015; G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in RIDPP 2014, 133 ss.; S. Corti, *Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?* in www.penalecontemporaneo.it, 26.9.18, 3 s.; S. Dalla Bontà, E. Mattevi (a cura di), *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euro regionali*, Trento 2020; S. D'Amato, *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in www.archiviopenale.it, 27.3.18, 1 ss.; G. Di Paolo, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019; M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in www.dirittocontemporaneo.it, 16.1.15, 236 ss.; Id., *Per una concezione postriparatoria della pena*, in RIDPP 2013, 1162 ss.; G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Punire mediare riconciliare*, Torino 2009; B. Galgani *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, *Carceri: materiali per la riforma*, a cura di G. Giostra, in

La prima grande novità riguarda la definizione di Giustizia riparativa² (da adesso GR) che, per la prima volta, entra nel nostro apparato normativo³ e viene indicata come «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa ed altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore» (art. 42 co. 1 lett. a d. lgs. n. 150/2022)⁴.

www.penalecontemporaneo.it, 17.6.15, 205 ss.; C. Grandi, *Mediazione e deflazione penale. Spunti per l'inquadramento di una relazione problematica*, in *Istanze di deflazione*, cit., 43 ss.; A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano 2018; L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova 2015; C. Mazzucato, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Roma 2006; S. Moccia, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *CrD* 2004, 344 ss.; M. Monzani, F. Di Muzio, *La giustizia riparativa*, Milano 2018; J. Morineau, *La mediazione umanistica*, Trento 2018; Id., *Lo spirito della mediazione*, Milano 2000; R. Muzzica, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.11.19; F. Palazzo, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino 2017, 420 ss.; F. Palazzo, R. Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze 2011; M. Pavarini, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi, G. Palombarini, Roma 2002, 255 ss.; A. Pera (a cura di), *Dialogo e modelli di mediazione*, Padova 2016; L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano 2002; L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova 1998; F. Reggio, *Giustizia dialogica*, Milano 2010; G.L. Podestà, C. Mazzucato, A. Cattaneo, *Storie di giustizia riparativa*, Bologna 2017; E. Resta, *Il diritto fraterno*, Roma – Bari 2002; F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano 2001; T. Padovani, «Delitto e castigo» letto da un penalista, in *RIDPP* 2021, 1187 s.

² La definizione rimanda all'insegnamento di Howard Zehr, l'Autore unanimemente riconosciuto come il "padre" della giustizia riparativa, propone, infatti, una nozione che incontra un ottimo livello di condivisione nella comunità scientifica: la giustizia riparativa è un modello di giustizia che «coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo», v. H. Zehr, *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, Scottsdale 1990.

³ V. Bonini, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi*, in *La Riforma Cartabia, Codice penale. Codice di procedura penale. Giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 725 s., l'Autrice sottolinea come la riforma attribuisca alla giustizia riparativa un riconoscimento che, per ampiezza e completezza, si distingue nel panorama europeo, che pure è più aduso a misurarsi con le *restorative practices*.

⁴ Per quanto riguarda una visione generale del d. lgs. n. 150/2022 e i suoi principi fondanti v. G. A. De Francesco, *Uno sguardo d'insieme*, cit., 4 s.; P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo*, 10 ottobre 2022, n. 150. parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale, in www.sistemapenale.it, 27.2.23; F. Palazzo, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 69; F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I «Disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in www.sistemapenale.it, 27.2.23; R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *DPP* 2021, 1169 s.; B. Romano, *La riforma del sistema penale secondo la commissione Lattanzi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23.6.21, 646 ss.; G.A. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23.8.21, 235 ss.; G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15.10.21, 1 ss.; G. Lattanzi, *A margine della "Riforma Cartabia"*, in *RIDPP* 2022, 435 ss.; F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7.7.21, 217 ss.; D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.6.21, 640 ss. Con particolare riferimento alla giustizia riparativa; M. Bouchard, *Cura e giustizia dell'offesa ingiusta: riflessioni sulla riparazione*, in www.questionegiustizia.it, 25.7.22; V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.6.21, 619 ss.; M. Bortolato, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in www.questionegiustizia.it, 2022; G. Mannozi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in www.archiviopenale.it, 10.10.22, 1 ss.; F. Mazzacupa, *La giustizia penale inter pares: logiche di scambio e percorsi d'incontro. Uno studio a partire dalla "riforma Cartabia"*, in *RIDPP* 2022, 673 ss.; F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, in *FI*, V, 2022, c. 142 ss.; M. Gialuz, *La "riforma Cartabia" del sistema penale*, in AA.VV., *Giustizia per nessuno*, Torino 2022, 285 ss.; E. Marzaduri, *La "riforma Cartabia" e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali; effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25.1.22, 1.

Il reato viene, quindi, calato nella sua dimensione relazionale⁵ per dare vita ad un modello di giustizia fondato sull'ascolto e sul riconoscimento dell'altro⁶; si cerca di far entrare all'interno del paradigma Giustizia quel mondo di sentimenti, emozioni, paure e angosce, originate dal crimine che, da sempre, è rimasto fuori dal processo. Si offre così uno spazio di dialogo, rigorosamente volontario che non tolga il reo dallo sguardo della vittima⁷.

Vittima e soggetto indicato come autore dell'offesa vengono entrambi garantiti⁸ e i loro diritti nello stesso modo tutelati: questo è uno dei tratti più caratteristici ed innovativi della GR. Se non vogliamo assistere ad una seconda emarginazione o vittimizzazione, non dobbiamo dimenticare che la vittima ha subito un danno. La GR può, dunque, effettivamente, costituire un luogo in cui la vittima può ritrovare la propria dignità⁹ solo se si parte dalla constatazione che ha subito un fatto ingiusto. Come osserva Marco Bouchard¹⁰, il conflitto viene dopo, non prima: se neghiamo questo dato di partenza finiamo, ancora una volta, per non mettere al centro la persona che ha subito un danno, con la conseguente strumentalizzazione di quest'ultima per fini che passano sopra la sua testa, causandole una seconda vittimizzazione¹¹. Il conflitto, quindi, può essere preso in considerazione solo dopo aver riconosciuto la vittima come destinataria di un fatto ingiusto. D'altra parte, i bisogni della vittima nascono prima di un riconoscimento giuridico, vivono nella realtà, non hanno bisogno di una veste formale o giuridica¹² come, invece, accade per l'imputato a cui vengono riconosciuti diritti e garanzie solo in quanto sia parte del processo.

Mentre il diritto penale si occupa di un fatto tipico ed illecito, la GR ha ad oggetto un fatto illecito che ha creato un danno ingiusto alla vittima. Nel diritto penale, si parla di violazione della norma, nella GR di violazione di diritti della vittima in carne ed ossa, che stanno prima del diritto penale.

La vittima dopo il reato sperimenta debolezza e impotenza¹³ e all'interno della GR trova forse, per la prima volta, non solo, un luogo capace di accogliere e ascoltare il suo dolore ma, soprattutto, uno spazio che le consenta di confrontarsi direttamente con il soggetto che le ha provocato il danno e, solo a quel punto, si potrà parlare di un conflitto da risanare¹⁴. L'aspetto innovativo risiede proprio in questa narrazione che permette il riconoscimento reciproco tra i due soggetti: il dialogo quale vero volano attraverso il quale rimediare alla lacerazione relazionale¹⁵. Nella mediazione risiede la

⁵ V. Bonini, *Una riforma*, cit., 732, con la definizione riportata all'art 42 del Decreto il legislatore riconosce alla giustizia riparativa una struttura basata su due componenti necessarie: il processo riparativo e l'esito riparativo. Secondo l'Autrice, infatti, «il processo riparativo che non sfoci in un risultato riparativo è un mero “tentativo” di giustizia riparativa; un esito dai contenuti riparatori che sia stato raggiunto al di fuori di un percorso riparativo non può dirsi assolvere alla dimensione dialogica, di ascolto e riconoscimento reciproco che connota la *restorative justice*».

⁶ G. Mannozi, *Giustizia riparativa* (voce), *Annali X*, 2017, 469 s.

⁷ G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia*, cit., 5; L. Eusebi, *Le forme della verità nel sistema penale e i loro effetti. Giustizia e verità come «approssimazione»*, in «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, Napoli 2014, 155.

⁸ M. Bouchard, *La cura*, cit., 4.

⁹ G.A. De Francesco, *Il silenzio*, cit., 20.

¹⁰ M. Bouchard, *La cura*, cit., 6., il quale sottolinea che «se l'offesa viene ricostruita attraverso lo schema conflittuale si negano due elementi costitutivi dell'offesa stessa: l'ossatura etica e normativa che ne permette la qualificazione come atto ingiusto e il profilo strettamente soggettivo della percezione di quell'atto come ingiusto da parte di chi si definisce vittima.»; G. Mannozi e R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Franco Angeli, Milano 2022, 146 ss.; E. Pulcini, *Tra cura e giustizia. Le passioni come risorsa sociale*, Torino 2020.

¹¹ G. A. De Francesco, *Il silenzio*, cit., 16, l'Autore indica in questa difesa della vittima dal processo penale la nascita dei «nuovi ‘diritti umani’ meritevoli di essere salvaguardati al di fuori di qualsiasi logica vendicativa».

¹² M. Bouchard, *La cura*, cit., 7. Conf. la Direttiva del 2018 che all'art. 8 co. 4 recita «Gli Stati membri assicurano che l'accesso a qualsiasi servizio di assistenza non sia subordinato alla presentazione da parte della vittima di formale denuncia relativa a un reato all'autorità competente».

¹³ G. Mannozi, *Giustizia*, 493, l'Autrice fa riferimento alla rottura del patto di fiducia; sul tema della fiducia cfr. T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari 2021.

¹⁴ L. Eusebi, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *DPP* 2023, 80, l'Autore parla di un diritto che forse sarebbe opportuno definire, piuttosto che penale, semplicemente *criminale*.

¹⁵ G. Mannozi, *Giustizia*, cit., 40, l'Autrice sottolinea che vi può essere una rottura dei relazionali sociali persino in quei

possibilità, come afferma Luciano Eusebi¹⁶, di «dirsi qualcosa di vero dopo il reato». Non una verità formale inserita in un giudizio di conformità a una norma, ma sostanziale e duale.

Il dato qualificante e fondamentale è rappresentato dal fatto che la GR si prende in carico i diritti della vittima, le assicura una tutela concreta che passa direttamente dal suo vissuto¹⁷. Questo elemento è centrale e dovrà sempre restare la stella polare nell'analisi della disciplina del Decreto: tutte le volte in cui si perde di vista la tutela effettiva della vittima e delle sue esigenze ci si allontana dalla GR¹⁸.

E' per questo che si deve stare molto attenti ai rischi di vittimizzazione secondaria, primo tra tutti quello che il reo possa utilizzare la persona offesa dal crimine per sottrarsi al carcere¹⁹.

Questo è un rischio concreto che può essere evitato solo mettendo in atto una mediazione seria, condotta da professionisti capaci di attrarre le due parti nella dimensione della riparazione. All'inizio, il reo, infatti, potrà, potrebbe essere indotto ad accedere ai programmi riparativi al fine di evitare l'inflizione e l'esecuzione di una pena detentiva: ma prima o poi, lungo quel percorso, troverà una dimensione faticosa e dolorosa che lo avvicinerà al senso profondo dell'essere umano, all'incontro con l'altro e al danno causato²⁰.

A tal fine è però indispensabile assicurare una adeguata preparazione interdisciplinare alla figura del mediatore²¹, preparazione che, fino ad oggi, era mancata assolutamente in ambito penale e senza la quale nessuna riparazione potrà mai dare buoni risultati.

In questo senso, la riforma Cartabia ha fornito indicazioni precise e molto positive.

La normativa (artt. 59 ss. d. lgs. n. 150/2022), disciplina, infatti, per la prima volta la formazione, l'attività²², i doveri professionali dei mediatori, fino ad ora inquadrati sulla base degli scarni riferimenti della legislazione nazionale. Le disposizioni di nuovo conio dimostrano come il legislatore sia finalmente consapevole che, per far funzionare i nuovi meccanismi della riparazione, sia indispensabile, prima di tutto, formare i soggetti che guideranno la mediazione²³. Una formazione inadeguata dei mediatori costituisce, una tra le 'minacce' più significative per la GR ed è per questo che la riforma le dedica così tante attenzioni²⁴. Un mediatore non preparato può determinare una vittimizzazione secondaria nei limiti in cui non riesca a proteggere la vittima dal rischio di intimidazioni, ritorsioni e dall'utilizzo strumentale del programma. Per questo la formazione delle nuove figure è uno snodo centrale per la tenuta della Riforma²⁵.

casi in cui l'autore di reato non conosce personalmente la vittima. In queste ipotesi si può dire che esista una relazione per il fatto di essere entrambi cittadini, legati da regole che governano il comportamento sociale.

¹⁶ L. Eusebi, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?* in *Crim* 2010, 637 ss.

¹⁷ R. Bartoli, *Una giustizia senza violenza, né stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in www.sistemapenale.it 2023.

¹⁸ Cfr. Roberto Bartoli, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in www.sistemapenale.it, 28.7.23.

¹⁹ G. Mannozi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in www.archiviopenale.it, 31.5.22, 4 ss.

²⁰ F. Palazzo, *Giustizia riparativa*, cit., 79, secondo l'Autore, il modello della «giustizia riparativa ritrova una dimensione di verità nella misura in cui esso presuppone che si riconosca l'«altro», colpevole o vittima, nella concretezza del suo essere, dei suoi bisogni, dei suoi rapporti esistenziali, individuali e sociali, tornando a renderlo protagonista - se possibile - della ricomposizione della trama della sua esistenza individuale e sociale».

²¹ Cfr. G.A. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 12.

²² V. Bonini, *Le linee programmatiche*, cit., 5 ss.

²³ In questo senso v. Dichiarazione di Venezia, § 15 p. IV, ove si attribuisce alla giustizia riparativa il valore di materia essenziale nella formazione dei professionisti del diritto, compresi magistrati, avvocati, pubblici ministeri, assistenti sociali, nonché del personale carcerario.

²⁴ V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, cit., 2022, 5.

²⁵ Sugli aspetti relativi alla formazione dei futuri operatori della mediazione, v. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 3 s.

Come abbiamo sottolineato, la GR prende in considerazione entrambi i soggetti, diversamente da quello che siamo abituati a vedere nel processo, incentrato su coordinate reocentriche in cui si guarda, quasi esclusivamente, ad una parte, perché l'altra è lo Stato.

Nella giustizia punitiva il soggetto debole è solo l'imputato e per tutelarlo sono nate e si sono sviluppate molteplici garanzie di rango costituzionale, che rappresentano la pietra angolare di un diritto penale moderno che metta al centro la dignità della persona.

La GR non è la giustizia della vittima, ma di entrambi i soggetti²⁶: ciò significa che, da una parte, si deve garantire la vittima, evitando una sua seconda emarginazione, riconoscendo il suo dolore, il suo disagio e le sue richieste di essere ascoltata²⁷ e, dall'altra, che non possono essere mai messe in discussione le garanzie dell'imputato e, in particolare, il diritto di difesa e la presunzione di innocenza. Si tratta di un aspetto fondamentale: la nuova normativa riflette il costante sforzo di tenere insieme istanze che potrebbero, a volte, entrare in collisione tra di loro²⁸.

La GR si pone il compito di accogliere le ferite maturate dalla vittima mettendola in comunicazione con il soggetto che le ha provocato il danno, con il risultato di ottenere, da una parte, il contenimento del disturbo post-traumatico da stress, dall'altra, la possibilità di provare a «chiudere i conti con il passato» e, quindi, riuscire a superare la convivenza con la memoria del dolore²⁹.

Attraverso il dialogo il reo potrà comprendere il danno causato e, in questo modo, responsabilizzarsi, con un effetto di pacificazione per la vittima³⁰. che si è sentita accolta, ascoltata e di conseguenza dell'intera comunità, realizzando quella che Winfried Hassemer³¹ da sempre ha definito come prevenzione generale integratrice³².

Il confronto diretto tra vittima e soggetto indicato come autore, così come espressamente previsto negli artt. 42 e 43 del Decreto, costituisce il cuore della GR: il legislatore mette in chiaro, per la prima volta, che laddove non ci sia dialogo tra le due parti, non si può accedere alla *restorative justice*, ex art. 42 del Decreto. Non si avrà, quindi, riparazione tutte le volte in cui si guardi solo ad una delle due parti. Non costituiscono riparazione il lavoro di pubblica utilità, le attività di volontariato, la partecipazione a corsi: in questi casi si potrà, al massimo, conseguire solo la risocializzazione del reo, ma nessun vantaggio per la vittima³³.

Fondamentale, in questa nuova visione riparativa, è, invece, il senso di umanità della pena che non significa solo risocializzazione del reo attraverso dei percorsi unilaterali ma anche riconoscimento dell'altro e farsi carico del dolore causato.

Questa differenza radicale tra i due modelli ha evidentemente una ricaduta significativa, anche e soprattutto, sugli strumenti idonei a raggiungere i risultati prefissati; una cosa, è la risocializzazione

²⁶ M. Bouchard, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in www.questionegiustizia.it, 7.2.23, 7 s.

²⁷ In questo senso, possiamo richiamare la direttiva n. 2012/29/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI" la quale fonda il diritto, per le vittime, di partecipare alla gestione del conflitto ed essere ascoltate.

²⁸ Cfr. G. Di Chiara, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in RIDPP 2004, 500 ss.

²⁹ A. Presutti, *La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale*, in www.sistemapenale.it, 27.6.23, 7.

³⁰ G.A. De Francesco, *Il silenzio*, cit., 18, l'Autore parla della giustizia riparativa come una 'nuova cultura', «che arriva a bussare alle porte del pianeta-justizia e che lo intride della linfa di un 'personalismo' sotto il profilo umano e sociale che la sua vita futura non potrà più permettersi di ignorare».

³¹ W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1990, 312 ss.

³² L. Eusebi, *Gestire il fatto di reato. Prospettive di affrancamento dalla pena "ritorsione"*, in C.E. Paliero, F. Viganò; F. Basile, G.L. Gatta (a cura di). *La pena ancora tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, I, 235 ss., si sottolinea che in questa dimensione integratrice la prevenzione generale ha a che fare con caratteristiche motivazionali, e non intimidative, della legge: cioè di appello a scelte autonome, di adesione o di ri-adesione, ai precetti violati; Id., *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, il mercato della pena*, in www.sistemapenale.it, 9.5.23, 5 ss.

³³ V. Bonini, *Una Riforma*, cit., 730 s.

che ben può avvenire con il lavoro di pubblica utilità, con i *circles* in cui manchi la vittima, tutti metodi funzionali all'avvicinamento del reo ai valori dell'ordinamento. Nella GR, invece, come abbiamo sottolineato, il centro è la vittima nella sua specificità concreta, con i suoi bisogni e le sue istanze di tutela e, quindi, lo strumento deve sempre avere come obbiettivo il soggetto che ha subito l'offesa, deve sempre mirare a ristorare, risanare, alleviare quelle sofferenze.

In questo senso, le *sanzioni* riparatorie non debbono essere confuse con le *pratiche e i metodi* della giustizia riparativa³⁴: le prime hanno pur sempre carattere sanzionatorio, mentre le seconde ne sono prive, inoltre, il contenuto riparatorio delle prime è modellato esclusivamente sulle conseguenze civili o, tutt'al più, sulle conseguenze dannose e pericolose del reato³⁵.

Mentre la giustizia prestazionale è riferita a chi ha disponibilità economiche, quella riparativa si smarca dalla monetizzazione dell'offesa arrecata: la GR non è una giustizia di classe, diversamente da quella prestazionale. Il soggetto attivo può, infatti, non essere economicamente in grado di versare un risarcimento congruo rispetto al danno causato ma è, senz'altro, in grado, se lo vuole, di intraprendere un percorso personale, capace di arrivare ad un risarcimento simbolico ma carico di significati altri ed in grado di accogliere le conseguenze negative del reato e di porre in essere condotte capaci di alleviare il danno provocato alla vittima concreta.

Per la prima volta, la presa in considerazione del ruolo centrale della vittima non si traduce nell'inasprimento sanzionatorio ma nella costruzione di una giustizia penale interessata ad entrambi i soggetti nella loro individualità. Nella riforma organica della GR, in effetti, come emerge dall'analisi delle singole disposizioni del Decreto, vittima e soggetto indicato come autore del reato condividono in perfetto equilibrio il baricentro delle tutele: non c'è una prevalenza dell'uno a discapito dell'altra ed entrambe sono protagoniste così come indica l'art. 43 lett. d, laddove stabilisce «l'equa considerazione dell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa». In questa prospettiva, capiamo quanto la riforma sia innovativa rispetto agli schemi con cui siamo abituati a ragionare nell'ambito del diritto penale, incardinato sulla corrispondenza del male con il male, della violenza con la violenza: nel nuovo sistema al centro troviamo il dialogo e la forza delle parole³⁶.

Si parte dall'idea che sono le parole a costituire la forma della giustizia riparativa: tutte le volte in cui una persona riesce a far passare una parola che mette al centro il rispetto per l'altro, ogni volta che fa notare che una parola genera fratture di relazione e l'altro lo capisce e lo accetta, si realizza un risultato di straordinario significato non solo per la vittima ma per la comunità che fa un passo avanti, diventando un contesto sociale in cui tutti possono vivere meglio.

La GR è in grado di farsi carico di ciò che potremmo definire il dolore personalistico della vittima concreta, di far emergere il disagio sofferto attraverso l'esperienza concreta del reato, tutti aspetti che rilevano su un piano completamente diverso da quello in cui operano i meccanismi sanzionatori di natura penale e civile.

³⁴ M. Donini, *Le due anime*, cit., 2031, l'Autore sottolinea come la mediazione e il suo esito non siano pienamente assimilabili alla categoria delle "condotte" riparative dell'offesa, ma a quelle riguardanti la frattura interpersonale tra autore e vittima. La riparazione allora deve atteggiarsi in due forme, una prestazionale propria della giustizia tradizionale volta alla riparazione dell'offesa e una interpersonale e relazionale, non orientata a un risultato *tipico* obbiettivabile, propria della giustizia riparativa.

³⁵ G. Mannozi, *Giustizia*, cit., 485, si fa notare che «le vittime sentono spesso che questa equivalenza dell'«avere» non riesce a spostarsi sul piano dell'«essere» ed è per questo che si sentono prive di quel riconoscimento della singolarità della loro esperienza che le fa «chiudere» con il passato».

³⁶ U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino 2019, 49 ss.

Assistiamo, quindi, al passaggio da una giustizia punitiva orientata ad un uomo nella sua astrattezza categoriale ad una GR che si occupa di risanare un conflitto tra due soggetti, attraverso un confronto diretto tra due persone: in questo risiede una delle differenze più profonde tra i due paradigmi³⁷.

Quello che la vittima chiede al diritto penale è il riconoscimento del proprio *status*, ma poi, una volta entrata nel processo, essa perde la sua dimensione personale per diventare una vittima astratta; al contrario la GR affida alla vittima un ruolo sostanziale, quale persona nella sua individualità che attinge il suo *status* non dal diritto ma dalla realtà, dalla constatazione di trovarsi di fronte ad un soggetto che ha subito un danno.

La ragione per cui la vittima dovrebbe partecipare alla GR, che non si occupa né del suo ristoro economico né di infliggere una sofferenza al reo, risiede proprio in questo dialogo con chi le ha causato il torto, in questa narrazione del suo vissuto, in questa apertura all'ascolto del punto di vista dell'altro, nel mettere al centro, per la prima volta, le parole di sofferenza di quello che le è accaduto. Lungo questo percorso, la vittima cercherà di dare una risposta a domande semplici ma per lei fondamentali, interrogativi a cui solo il reo di quel singolo reato potrà dare una risposta: perché è capitato proprio a me? Potevo evitarlo? Ho fatto qualcosa che ha scatenato quell'inferno?

Sono domande che rimbalzeranno nella testa della vittima fin tanto che non ci sarà una risposta che quasi mai potrà scaturire all'interno della giustizia punitiva. Nel processo, infatti, non vi è modo di confrontarsi direttamente e liberamente con il soggetto attivo e, quindi, alla fine le risposte a quegli interrogativi la vittima dovrà cercarle dentro di sé: inevitabilmente, potranno essere solo delle spiegazioni ipotetiche, perché l'unico a poter rispondere realmente a quegli interrogativi può essere solo chi le ha causato il danno. La scommessa della GR consiste proprio nel far entrare al suo interno voci, emozioni, domande che hanno segnato la vittima e che mai potrebbero trovare spazio e considerazione all'interno del processo: la «giustizia che cura»³⁸.

Possiamo, quindi, dire che il bisogno della vittima è riferito essenzialmente ad una un'esigenza di verità sulla vicenda che l'ha colpita: così che dal *fare verità*³⁹ sulla medesima possa nascere il riconoscimento della sua ingiustizia e con questo la conferma della sua dignità di persona agli occhi del soggetto attivo e dell'intera comunità.

Il confronto tra i due soggetti coinvolti parte dal fatto tipico: attraverso la narrazione e l'ascolto all'interno dei programmi riparativi, la fattispecie penale viene trasformata in qualcosa di diverso, capace di recepire i motivi del reo, la prospettiva della vittima e, potremmo dire, il vissuto del reato a tutto tondo.

Attraverso la narrazione della vicenda concreta si arriva, quindi, ad una verità che non riguarda i fatti nella loro dimensione naturalistica bensì quello che si è verificato prima e dopo il torto. Si farà luce sulle conseguenze nella vita concreta della vittima, avuto riguardo non solo ai danni materiali subiti, ma anche a quelli psicologici, in termini di insicurezza e vulnerabilità; inoltre, il racconto del soggetto indicato come autore, sarà prezioso per spiegare i motivi, la situazione e l'antefatto che lo hanno portato fin lì. Insomma, ci si apre ad un universo che non è mai entrato a far parte del diritto penale, che non può entrare a far parte del diritto penale, perché le categorie dogmatiche sono funzionali ad accertare singole responsabilità per singoli fatti, mentre per la GR l'obiettivo è la risoluzione di quel conflitto, dove il fatto di reato è solo la punta dell'*iceberg* ma quello che interessa alla *reparative justice* non è quello che sta sopra l'acqua (la fattispecie di reato) ma il sommerso che sta al di sotto e che si nutre di antefatti e postfatti, di motivi, paure e richieste di spiegazioni. Alla fine, quello che si è verificato diventa il presupposto per potersi raccontare, uno davanti all'altro, cercando, alla fine, di recuperare un giudizio condiviso sull'accaduto che ormai è diventato qualcosa di diverso dal fatto tipico da cui si è partiti.

³⁷ R. Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino 2022, 24, l'Autore mette in evidenza la differenza tra uomo e persona: uomo ha una importanza fondamentale sul piano della generalità e astrattezza mentre la persona è fondamentale per guardare al soggetto nella sua particolarità e concretezza.

³⁸ M. Bouchard, *Cura e giustizia*, cit., 6 ss.; G. Mannozi, *Sapienza del diritto*, cit., 7 s.

³⁹ L. Eusebi, *Giustizia riparativa*, cit., 83.

Per poter arrivare a questo risultato la GR applica al suo interno la logica della causalità circolare dove tutte le componenti della relazione finiscono per influenzare le altre, senza un prima o un dopo. La causalità circolare è propria della GR perchè quest'ultima riesce a mettere in contatto tra di loro tutte le parti del conflitto, per spiegarlo e provare a risolverlo, in contrapposizione alla causalità lineare, propria del diritto penale che è, invece, funzionale ad ascrivere singole responsabilità per singoli fatti. Mentre nel sistema punitivo assume un ruolo cruciale la sanzione afflittiva - e per questo si ricerca una verità processuale incardinata nel fatto tipico - nella GR si cerca la "verità relazionale" ancorata al conflitto.

Gli strumenti impiegati nei due ambiti si rivelano antitetici: si passa dalla prova dei fatti alla ricerca delle ragioni del conflitto, da una causalità lineare ad una circolare, dalla attribuzione di una responsabilità ad una responsabilizzazione del reo⁴⁰, da una afflizione ad una riparazione. I due modelli di accertamento -quello punitivo e riparativo- hanno, infatti, alla base la ricerca di due verità diverse, di rado coincidenti. La giustizia riparativa è, quindi, una forma di giustizia di carattere relazionale, nel senso che il percorso mediativo, in senso stretto, costituisce, una realtà in cui lo Stato si ritira⁴¹, dando spazio ai protagonisti della vicenda criminosa e, più in generale, alla comunità sociale all'interno della quale il fatto è stato realizzato. Ne deriva un tratto imprescindibile: i programmi riparativi sono dominati dall'idea del consenso e della volontarietà e non c'è spazio per situazioni di obbligatorietà. Per potersi basare su un dialogo effettivo e reale è necessario che le due parti abbiano aderito volontariamente al programma di GR, abbiano espresso un consenso libero e consapevole⁴².

Predetto requisito presuppone poi la necessità di un'adeguata informazione sul significato di quel percorso, sulle alternative e sulle conseguenze: un dovere di informazione che, come vedremo meglio, attraversa l'intero codice di procedura penale, con obblighi disseminati in ogni fase, posto che la GR è fruibile in ogni stato e grado del processo.

Se l'informazione è il volano attraverso cui far partire la GR ed immetterla a pieno ritmo nel sistema penale, si rivelano cruciali, non solo, gli obblighi informativi disseminati nel codice di rito (che rischiano di diventare una mera clausola di stile) ma, soprattutto, l'opera dei difensori⁴³, chiamati a prospettare ai loro assistiti una possibilità nuova e una tutela diversa dei loro interessi⁴⁴. Un ruolo non secondario è poi quello spettante all'autorità giudiziaria: il nuovo art. 129 *bis* Cpp attribuisce, infatti, al pubblico ministero e al giudice la possibilità di indirizzare le parti ai programmi riparativi. Infine, fondamentali saranno i Centri di assistenza alle vittime⁴⁵. Si tratta di ambiti⁴⁶ in cui la vittima può chiedere un aiuto completo che va dalle cure mediche e psicologiche fino a quelle di carattere economico e giuridico; sarà questo lo spazio in cui la vittima potrà sentire parlare, forse per la prima volta, di GR e sarà sempre in questo posto che l'ha accolta e fatta sentire protetta che potrà esserle spiegato in cosa consistano i programmi riparativi e quali vantaggi potrebbero derivare dalla loro

⁴⁰ F. Mazzacupa, *La giustizia penale inter pares: logiche di scambio e percorsi di incontro. Uno studio a partire dalla "Riforma Cartabia"*, in *RIDPP* 2022, 673, a questo proposito l'Autore sottolinea come all'interno del percorso mediativo la stessa nozione di responsabilità perde il suo significato tradizionale, per lo più coincidente con quello di punibilità e di colpevolezza, per assumerne uno innovativo, di "responsabilità-capacità" di intraprendere un percorso dialogico.

⁴¹ R. Bartoli, *Introduzione al diritto penale*, cit., 22 ss.

⁴² La giustizia riparativa non si accontenta in realtà della sola presenza di una partecipazione volontaria ma rimanda ad una partecipazione attiva delle parti assegnando ai soggetti il ruolo di autentici artefici del percorso e anche degli stessi risultati v. M. Donini, *Le due anime cit.*, 2027 ss.; Id., *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.* 2021, 606; V. Bonini, *Evoluzioni*, cit., 5.

⁴³ D. Guidi, *Profili processuali della giustizia riparativa*, in www.discrimen.it, 16.11.22, 3 s.

⁴⁴ C. Paonessa, *I nuovi scenari*, cit., 5 ss., l'Autrice analizza i possibili effetti trasformativi di tale normativa con particolare riguardo al ruolo professionale del magistrato e del difensore.

⁴⁵ M. Bouchard, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale. Osservazioni alle proposte della Commissione Lattanzi*, in www.questionegiustizia.it, 23.6.21, 3 s., il quale si chiede, in modo provocatorio che tipo di rapporto si stabilirà tra i centri della giustizia riparativa e i servizi di assistenza alle vittime, dal momento che quelli esistenti sono pochissimi.

⁴⁶ M. Bouchard, *Giustizia riparativa*, cit., 5 s.; V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 10.

attuazione⁴⁷. Purtroppo, la riforma ha tralasciato di incrementare e potenziare i servizi di assistenza alla vittima, in violazione dell'art. 8 della Direttiva 2012/29/UE: saranno, infatti, i Centri di Giustizia Riparativa a gestire il primo soccorso alle vittime. I CGR però sono destinati ad occuparsi solo di determinati aspetti, quelli giuridici appunto, trascurando tutti gli altri ambiti. Inoltre, i CGR arrivano ad interessarsi alla vittima solo quando il processo è iniziato, ad eccezione dei casi di reati perseguibili a querela per i quali è prevista l'attivazione dei Centri, anche prima della presentazione della querela, ex art 44 co. 3 del Decreto.

2. Due sono le direttrici attraverso cui il legislatore decreta l'ingresso strutturale della GR nel sistema penale. La prima è collocata nel titolo IV, «Disciplina organica della giustizia riparativa» (artt. 42-67), là dove si dà identità e forma alla GR, identificandone principi e specifiche modalità di attuazione.

La seconda, contenuta negli artt. 1-3 del Decreto, definisce attraverso quali canali normativi i programmi di GR si innestino nell'ordinamento e quali effetti giuridici ne derivino⁴⁸.

La Riforma così declinata ci interroga, per prima cosa, sul rapporto tra diritto penale e *reparative justice*.

Secondo parte autorevole della dottrina la GR non potrà mai essere sostitutiva o alternativa al diritto penale⁴⁹, essenzialmente per tre ordini di motivi⁵⁰. Innanzitutto, perché la riparazione poggia su base consensuale e, quindi, se una delle parti non vuole aderirvi vi deve sempre essere la possibilità di poter tutelare gli interessi violati che hanno comunque rilevanza pubblicistica. La volontarietà del percorso di giustizia riparativa esige, dunque, quale pre-condizione, l'obbligatorietà e la coercitività del diritto penale.

Inoltre, non tutti i reati possono essere oggetto di riparazione. Fondandosi infatti, sul recupero di una relazione interrotta e giocando la sua scommessa su un dialogo tra le parti, la GR presuppone sempre una vittima concreta. Possono, allora, presentarsi delle ipotesi che strutturalmente non potranno mai conciliarsi con la mediazione perché, ad esempio, fanno riferimento ad interessi diffusi o ineriscono a reati di pericolo oppure non consentono, nel caso specifico, di individuare la vittima concreta, perché, ad esempio, irrintracciabile. Anche a queste ipotesi risulta applicabile solo il paradigma afflittivo.

Infine, la forza di intimidazione, propria delle norme punitive, permette la stabilizzazione dei valori in gioco: la minaccia della pena svolge un insostituibile ruolo di convalidazione delle norme. Ai fini della pacifica convivenza, i precetti devono essere basati sulla minaccia di pene, poi irrogate ed eseguite per dare credibilità all'ordinamento. Se tutto questo è vero, si può osservare come, in definitiva, a chiudere il sistema possa intervenire soltanto la giustizia punitiva: proprio in ragione di questa sua prerogativa, sarebbe opportuno affidare alla pena il ruolo di sanzione finale ricorrere, in prima battuta, ad una delle soluzioni di cui dispone il diritto penale, tra cui, appunto, la GR⁵¹.

Se la giustizia riparativa non può sostituirsi a quella punitiva, resta allora da verificare se il nuovo impianto costruito dal legislatore sia legato da un nesso di complementarietà rispetto al modello tradizionale di giustizia penale⁵².

⁴⁷ M. Bouchard, *Giustizia riparativa*, cit., il quale sottolinea che i servizi di giustizia riparativa «avranno un futuro solo nella misura in cui l'Italia si doti di servizi per le vittime. In mancanza, la giustizia riparativa raggiungerà ben poche vittime».

⁴⁸ A. Presutti, *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 20.7.22, 4 s.

⁴⁹ G. Mannozi, *Giustizia riparativa*, cit., 483 ss.; M. Donini, *Il delitto riparato*, cit., 236 ss.; L. Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessario*, in *Giustizia riparativa*, cit., 97 ss.; R. Bartoli, *Una giustizia senza violenza*, 7 ss.

⁵⁰ M. Bouchard, *Commento*, cit., 4 s.

⁵¹ R. Bartoli, *Una breve introduzione*, cit., 12 s.

⁵² G.A. De Francesco, *Uno sguardo d'insieme*, 6 ss.

Che il rapporto che intercorre tra la giustizia punitiva e la GR sia, in realtà, un rapporto di complementarità appare evidente non appena si analizzino le modifiche apportate dal Decreto all'interno del sistema penale.

In particolare, il legislatore opera su quattro fronti: a) codice penale (titolo I, artt. 1-3); b) codice di procedura penale (titolo II, artt. 4-40); c) legge sull'ordinamento penitenziario (titolo V, capo III, art. 78); d) rito minorile, anche in fase esecutiva (titolo V, capo VI, artt. 83-84).

La giustizia riparativa vive dell'«interdipendenza funzionale» con il diritto penale, dal quale, da un lato, attinge, la definizione dei conflitti -all'interno del paradigma riparativo, rientra, infatti, solo quello che il diritto punitivo ha definito come fatto tipico- dall'altro, la forza precettiva, essendo la GR priva di un corpo normativo autonomo⁵³.

Da parte sua la GR, avendo la funzione autentica e concreta di prendersi cura della sofferenza delle vittime, di promuovere il recupero individuale del reo e di ricostruire legami sociali, offre al diritto penale modalità di gestione dei conflitti profondamente rinnovate, nella dimensione qualitativa e nell'orientamento finalistico; l'essenza della *reparative justice* si coglie, principalmente, nel mezzo attraverso il quale il singolo obiettivo concreto viene, di volta in volta, ottenuto, promuovendo un paradigma incentrato sulla dignità delle persone e sul senso di umanità della risposta dell'ordinamento a quel fatto di reato⁵⁴.

Questa relazione di complementarità⁵⁵ non sminuisce la funzione dirompente che la GR andrà a svolgere nel nostro sistema giuridico, ricordando al diritto penale che anche dopo la commissione del reato, è possibile muoversi in un orizzonte diverso da quello punitivo, per cercare di ricucire i fili della dignità negata con il crimine⁵⁶.

In questo quadro di complementarità, il diritto penale seleziona i fatti tipici, tra i quali la GR individuerà i conflitti criminologicamente capaci di poter entrare in un programma di riparazione.

Le tipologie di conflitto che possono entrare all'interno della GR non sono quasi mai predefinibili in astratto, ma solo in concreto; per questo, ai fini dell'ammissione alla GR, solitamente non si parla di limiti di tipicità, bensì di fattibilità. Ogni reato che da luogo ad un conflitto può essere, in astratto, oggetto di riparazione; nel singolo caso specifico, si dovrà poi valutare se vi sia la possibilità, effettiva, di intraprendere quel percorso. Molti potranno essere i motivi che precludono la mediazione: alcuni limiti di fattibilità sono indentificati anche dallo stesso legislatore, il quale, ad es., all'art. 43 co. 4 del d. lgs. n. 150/2022 fa espresso riferimento al fatto che non potranno entrare in riparazione tutte le ipotesi in cui si possa creare un pericolo concreto per le parti. Come vedremo, saranno proprio i mediatori gli artefici della valutazione sulla fattibilità del percorso riparativo nel caso concreto.

In alcune ipotesi, però, il legislatore ha deciso di effettuare una importante scelta di campo, stabilendo, in via generale ed astratta, la tipicità in base alla tipologia del conflitto e attribuendo poi alla GR un campo di operatività predefinito. Si tratta di ipotesi che hanno come riferimento una conflittualità relazionale che si presta particolarmente bene a trovare nel dialogo e nella narrazione reciproca una chiave di riparazione per il fatto criminoso. Proprio in forza di questa corrispondenza tra tipicità delle fattispecie e conflitto criminologico sotteso, il legislatore ha deciso di attribuire all'esito riparativo addirittura l'effetto estintivo. Si tratta delle ipotesi sottoposte a querela⁵⁷, così come ampliate dall'art.

⁵³ V. Alberta, *Modifiche alla legislazione penale*, in *Una riforma organica cit.*, 67 ss.

⁵⁴ M. Bortolato, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in *RIDPP 2022*, 1259 ss.

⁵⁵ M. Bortolato, *La disciplina organica cit.*, 1259 ss.

⁵⁶ G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, 25 ss.

⁵⁷ M. Cortesi, *Le nuove disposizioni sulla "vittima" del reato*, in *DPP 2023*, 215 ss.; B. Paterra, *Le modifiche di procedibilità nella riforma Cartabia*, in www.lalegislationependale.eu, 3.2.23, 6 s.; C. Paonessa, *I nuovi scenari cit.*, 2022; G.L. Gatta, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l.n. 199/2022*, in www.sistemapenale.it, 2.1.23. Sul tema, in una visione più ampia, v. E. Andolina, *Gli strumenti di deflazione endo-processuale: prospettive applicative a seguito della riforma Cartabia*, in *DPP 2022*; A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia"*, in www.lalegislationependale.eu, 28.11.22, 4, ss.

2 del Decreto in esame, laddove si prendono in considerazione proprio i reati che esprimono micro-livelli di conflittualità inter-individuale. Anche in questi casi si dovranno verificare i limiti di fattibilità concreta ma questa identificazione, tra tipicità e conflitto sottostante, spiega molto bene il motivo per cui il legislatore abbia affidato all'esito riparativo il suo massimo raggio di azione: la riparazione si sostituisce alla sanzione punitiva.

In tutte le altre ipotesi, diverse da quelle procedibili a querela (rimettibile), il conflitto che si genera con il reato è, invece, solo uno dei fattori che caratterizzano il disvalore del fatto tipico: allora il legislatore ha ritenuto che il paradigma della riparazione non possa essere l'unica risposta da mettere in campo e che, a fianco al diritto della vittima ad essere ristorata, la pena abbia ancora risorse da spendere. Come abbiamo detto, non si abbandona il sistema punitivo ma si cerca di contaminarlo, anche a piccoli passi, per renderlo più umano ed attento alla persona. In tutte queste ipotesi allora il legislatore ha affidato ai programmi riparativi effetti diversificati all'interno dei vari istituti di diritto penale *ex artt.* 1-3 del Decreto.

In particolare, l'art. 1 del Decreto ha modificato la causa di esclusione della punibilità per tenuità del fatto, inserendo tra i parametri attraverso cui valutare l'esiguità anche le condotte susseguenti al reato e tra le condotte *post factum* ci può rientrare anche l'aver aderito ai programmi riparativi, come indica la stessa Relazione introduttiva⁵⁸. Ma anche se la riparazione andrà a buon fine questo elemento non sarà, da solo, sufficiente per poter integrare la tenuità del fatto ma dovrà essere valutato insieme agli altri indici individuati nell'art. 131-bis Cp.

Inoltre, l'art. 1 lett. l del Decreto ha modificato l'ultimo co. dell'art. 163 Cp, inserendo al suo interno i programmi riparativi. L'esito positivo potrà portare alla sospensione condizionale nei casi in cui la pena inflitta non sia superiore ad un anno (si può trattare sia della pena della reclusione che dell'arresto, ma anche della pena pecuniaria) ma solo se sono presenti anche altri requisiti, quale il risarcimento del danno.

Il legislatore è poi intervenuto anche sull'istituto della messa alla prova per adulti con l'art. 29 co. 1, lett. a n. 4 del Decreto, inserendo all'interno dell'art. 464 *bis* Cpp i programmi riparativi che verranno valutati insieme agli altri requisiti richiesti dalla norma.

Ancora, nell'art. 1 lett. b del Decreto si prevede che l'esito riparativo potrà incidere sul *quantum* della pena come circostanza attenuante propria *ex art* 62 n. 6 Cp, mentre nell'art. 58 co. 1 del Decreto, l'esito riparativo potrà integrare la circostanza impropria di cui all'art. 133 Cp. L'incidenza dell'esito riparativo sulla sola commisurazione della pena dimostra come il nuovo paradigma sia funzionale, non tanto, a raggiungere effetti deflattivi, quanto, ad introdurre, nel nostro ordinamento, un modo nuovo di porsi davanti all'altro e di cercare risposte cariche di un diverso senso di umanità.

Con l'art 78 del Decreto si è poi prevista l'introduzione dei programmi riparativi anche in fase di esecuzione.

Infine, con l'art 83 e 84 lett. b, si è inserita, nell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 -concernente la messa alla prova per i minori- la possibilità, accanto alla promozione della conciliazione con la persona offesa, la possibilità di partecipare, ove sussistano le condizioni, a un programma di giustizia riparativa.

In questo modo, il legislatore ha previsto gli innesti dei programmi riparativi all'interno del nostro sistema giuridico.

Si deve sottolineare quanto complesso ed articolato sia il rapporto di complementarità tra la giustizia riparativa e quella punitiva: se, come abbiamo visto la *reparative justice* non potrà mai sostituirsi al diritto punitivo, i due paradigmi si muovono lungo coordinate del tutto alternative.

La GR è, infatti, alternativa al diritto penale, per quanto attiene al suo oggetto, alle modalità utilizzate al suo interno e all'obiettivo che si prefigge: essa infatti, non guarda al fatto tipico ma al fatto dannoso, non arriva ad ascrivere responsabilità ma tende ad una interiorizzazione del dovere da parte del soggetto indicato come autore, non si muove sulla base di una contrapposizione ma tenta di

⁵⁸ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, 345; cfr. D. Brunelli, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in DPP 2023, 54 ss.

ricucire legami interrotti, non ci sono parti in conflitto ma solo soggetti che si confrontano, raccontando il proprio punto di vista uno di fronte all'altro e tutto questo tramite il dialogo sapientemente portato avanti dai mediatori⁵⁹.

La GR torna, invece, ad essere strettamente dipendente dal diritto penale e soprattutto dalla forza di coerenza della prospettiva della pena punitiva, nel momento in cui da questo percorso scaturiscano obblighi comportamentali ulteriori. Ben può accadere, infatti, che alla fine del percorso dialogico nascano degli impegni materiali da parte dell'autore del reato, a suggello della serietà della sua responsabilizzazione, della consapevolezza del male inferto alla vittima e come riparazione per il danno causato. Ad es., l'art 152 co. 3 n. 2 Cp stabilisce, che se l'esito è subordinato all'assunzione da parte dell'imputato di obblighi comportamentali, la querela deve intendersi rimessa solo quando gli impegni siano stati rispettati.

La ragione è intuitiva: solo così si permette alla vittima di essere tutelata fino in fondo, a conferma del fatto che la GR dipende dal diritto penale: sarà sempre il sistema punitivo, infatti, l'unico che può chiudere il cerchio, minacciando di non riconoscere valore a quell'esito positivo se le condotte non verranno rispettate.

Una tale dipendenza può essere colta anche nel caso in cui la riparazione ha, in astratto, la sua massima autonomia e cioè nelle ipotesi in cui i programmi riparativi siano attivati addirittura prima della proposizione della querela (art. 44 co. 3 Decreto). In queste ipotesi, infatti, la fine del programma dovrà necessariamente avvenire entro i termini per proporre querela, altrimenti, se non andasse a buon fine la riparazione, la vittima si troverebbe privata della possibilità di tutelare i propri interessi. La GR non può, dunque, essere pensata senza il diritto penale o meglio senza la prospettiva della minaccia della pena.

Tale interdipendenza, infine, emerge anche dal fatto che il soggetto indicato come autore accetta, all'inizio, di partecipare alla riparazione, quasi sempre, per poter evitare la sanzione penale. Quello che poi trova all'interno di quello spazio è ben altro, sarà un luogo in cui l'autore dovrà svolgere una reale interiorizzazione del precetto, un faticoso percorso di responsabilizzazione di ciò che ha provocato, un doloroso ascolto della sofferenza causata direttamente dalla voce della vittima, ma ciò che all'inizio lo spinge a solcare quel territorio è, senza dubbio, il timore della pena che incombe su di lui.

3. Il Decreto prevede come raccordo tra il sistema penale e la giustizia riparativa una nuova disposizione contenuta nell'art. 129-bis Cpp⁶⁰, la quale stabilisce che, in ogni stato e grado del procedimento, l'autorità giudiziaria possa disporre, anche d'ufficio ovvero su richiesta dell'imputato o della vittima (secondo la definizione fornita dalle norme sulla giustizia riparativa di cui all'art. 42 del Decreto), con ordinanza, il loro invio al CGR. Nel corso delle indagini vi provvede, invece, il pubblico ministero con decreto motivato.

L'art. 129 bis Cpp fornisce, quindi, all'autorità giudiziaria la possibilità di sollecitare le parti a presentarsi presso i CGR⁶¹. Predetta norma potrebbe sembrare una forma di "imposizione" o quanto meno di "pressione" per la partecipazione ai programmi riparativi. In realtà, se la norma viene letta alla luce dell'intero sistema normativo in materia di GR (titolo IV del Decreto), appare, immediatamente, ridimensionata la portata invasiva di tale disposizione che altro non è che una ulteriore sollecitazione alle parti, per aderire ad un paradigma nuovo e ancora poco conosciuto.

L'intervento "d'ufficio" sopperisce alla mancata richiesta dell'imputato e della vittima, la cui inerzia non necessariamente esprime disinteresse, quanto, piuttosto, mancanza di informazioni sul nuovo percorso. Si tratta di un timore più che giustificato perché sul territorio nazionale sono pochissimi i

⁵⁹ M. Bouchard, *Un'altra idea di sicurezza: politiche per le vittime (prima parte)*, in www.questionegiustizia.it, 19.11.21, 3 s.

⁶⁰ L. Eusebi, *Giustizia riparativa*, cit., 80 ss.

⁶¹ A. Presutti, *La giustizia*, cit., 5 ss.; in senso critico rispetto alla norma M. Bouchard, *Giustizia riparativa, se la vittima diventa pietra di inciampo*, in *Il Dubbio* 2022, 2 ss.

Centri di Assistenza alla Vittima e, quindi, ben potrebbe, di fatto, mancare la possibilità di venire in contatto con persone competenti, capaci di spiegare cosa siano concretamente i programmi di giustizia riparativa e quali ricadute potrebbero avere nel singolo caso di specie. Informazione di cui si sente evidentemente l'urgenza tant'è che il nuovo Decreto ha disseminato, ovunque, nel codice di procedura obblighi di informare sui programmi riparativi: obblighi che rischiano di tradursi in clausole di stile se poi non viene, effettivamente, spiegato alle parti, nel caso di specie, in cosa consistano i programmi e quali risultati possono comportare per il singolo soggetto. Sembra, allora, che all'art 129 *bis* Cpp spetti il compito di assicurare la conoscenza effettiva del nuovo paradigma tramite il contatto con i CGR, concretizzando, in questo modo, un reale diritto di accesso alla *restorative justice*.

Il meccanismo disciplinato dall'art. 129 *bis* Cpp, non può certo dirsi in contrasto con il principio di volontarietà. Al fine della partecipazione ai programmi, infatti, l'art 48 del Decreto richiede un consenso personale, libero, consapevole ma, soprattutto, sempre revocabile. E', quindi, chiaro che il "suggerimento", da parte della autorità giudiziaria, tutto potrà essere tranne che una imposizione o una sollecitazione cogente, perché per poter partecipare ai programmi di giustizia riparativa entrambe le parti devono essere consapevoli di quel percorso ed averlo scelto⁶².

Ad eliminare ogni residuo dubbio sul fatto che il giudice non impone ma indica solo una possibile strada, interviene l'art 54 del Decreto, che individua nei mediatori e non nell'autorità giudiziaria, gli unici soggetti autorizzati a verificare il consenso delle parti e la loro effettiva disponibilità a partecipare ai programmi riparativi. Ciò conferma che il ruolo del giudice o del pubblico ministero è quello, preliminare, di orientamento delle parti verso i Centri di Giustizia Riparativa; ma non sarà certo l'autorità giudiziaria a raccogliere l'adesione. In effetti, questo delicato compito di verifica del consenso e di vaglio dell'effettiva adesione ai programmi riparativi viene inibito al giudice o al pubblico ministero, proprio per evitare che possa comportare un momento di consapevole o inconsapevole "pressione" sulle parti a aderire al programma. È proprio per eliminare questo rischio che i destinatari ad accogliere e verificare il consenso non potranno essere i giudici ma solo i mediatori (come stabilisce del resto l'art. 54 del Decreto).

In effetti, ex art 54 del Decreto, le «attività preliminari» del mediatore consistono, non solo, nel fornire agli interessati le informazioni necessarie ma anche nel raccogliere il consenso e verificare la fattibilità dei programmi riparativi. Sarà proprio in sede di colloqui preliminari che il mediatore potrà verificare le dinamiche relazionali e accertare la presenza di eventuali ostacoli alla formazione di un consenso effettivamente libero e consapevole. In alcuni casi, egli potrà riuscire a rimuovere gli impedimenti, in altri, invece, dovrà arrestarsi e certificare che, in quel caso determinato, manca il presupposto della libera partecipazione ai programmi.

Alcuni Autori hanno poi sottolineato come questa disposizione possa finire per mettere in discussione anche il diritto di difesa. Si fa notare, infatti, che si potrebbe assistere, alla singolare situazione in cui verserebbe l'imputato per il quale accedere o opporsi alla giustizia riparativa diventerebbe un'opzione, comunque, destinata a influire negativamente sull'esito del processo. L'imputato si troverebbe, infatti, secondo questa ricostruzione, stretto tra la coazione a dare seguito alla sollecitazione del giudice, incluso l'impegno di realizzare l'esito riparativo e il rischio di poter subire, in caso di diniego, un trattamento sanzionatorio deteriore per la scelta di aver esercitato il suo diritto di difesa nelle forme ordinarie.

Se questo dovesse accadere dipenderebbe non tanto dalla bontà o meno della norma ma dalla sua errata applicazione⁶³.

Inoltre, si deve ricordare che, quando non si raggiunge l'accordo tra le parti, il mediatore si limita a comunicare all'autorità giudiziaria procedente il mancato esito riparativo, senza dover illustrare, in

⁶² A. Presutti, *La giustizia*, cit., 7 ss.

⁶³ Cfr. Dichiarazione di Venezia, § 15 p. IV, ove si attribuisce alla giustizia riparativa il valore di materia essenziale nella formazione dei professionisti del diritto, compresi magistrati, avvocati, pubblici ministeri.

alcun modo, le ragioni per la quali non si è addivenuti al risultato sperato (art. 57 co. 2 Decreto). Il giudice, quindi, non conosce le cause dell'insuccesso del programma e deve essere ben conscio che il fallimento del percorso riparativo potrà dipendere, tanto, dal reo, quanto, dalla vittima che, nonostante gli sforzi compiuti dall'autore, non riesce a superare, in quel percorso, le tensioni emotive e ad avvicinarsi all'imputato, decidendo, pertanto, di abbandonare il programma.

Un esito negativo della giustizia riparativa, quindi, non potrà mai essere, in alcun modo, un indice di preponderanza della vittima perché il mancato esito attinge risorse, motivazioni, ragioni da un ambito completamente autonomo rispetto al diritto penale. Il fatto che non si sia riusciti a riallacciare una relazione positiva tra i due soggetti, che il reo non sia stato capace di farsi completamente carico del disagio della vittima, non potrebbe influenzare nemmeno l'accertamento del momento più tipicamente soggettivo per il diritto penale che è quello della colpevolezza. Quindi, l'eventuale fallimento dei programmi riparativi sarà ininfluenza rispetto alla posizione dell'imputato (tornato nel processo) e, soprattutto, non potrà in alcun modo metterlo in una situazione di difficoltà.

Le critiche più severe nei confronti dell'art. 129-bis Cpp riguardano poi la presunta violazione del principio di non colpevolezza dell'imputato. Secondo una parte della dottrina, l'autorità giudiziaria, deciderebbe, infatti, di inviare ai Centri della Giustizia Riparativa, gli imputati che presume colpevoli e per i quali, quindi, non avrebbe senso, sia in termini di meritevolezza che in una logica deflattiva, continuare ad accertare la responsabilità all'interno del processo.

Tutto dipenderà, ancora una volta, da come i giudici leggeranno la GR: indirizzare verso questo percorso non implica un giudizio di colpevolezza ma semmai l'individuazione, in quel paradigma, di un mezzo privilegiato per arrivare alla pacificazione sociale di tutti e tre i soggetti: reo, vittima e comunità. In effetti, anche nei casi in cui il soggetto non fosse poi riconosciuto colpevole, il risultato ottenuto sarebbe, comunque, più faticoso e poco soddisfacente per tutte le parti: la vittima non sarebbe stata ascoltata nel suo dolore ed il reo anche se ritenuto non colpevole avrebbe, comunque, dovuto subire gli effetti stigmatizzanti del processo penale e alla fine, nessuno avrebbe tratto giovamento da quella scelta e l'effettiva possibilità di pacificazione si sarebbe allontanata per effetto della contrapposizione propria del processo. Quindi, il fatto che il giudice indirizzi l'imputato verso un percorso riparativo non dipenderà dall'idea che il soggetto sia colpevole ma dal fatto che vi sia una alternativa migliore e più efficace per entrambe le parti: nessun diritto di difesa e nessuna presunzione di colpevolezza verrebbe, quindi, sacrificato.

Sta proprio in questo cambio di marcia da parte degli operatori giudiziari e dei difensori che si gioca la parte più difficile della scommessa portata avanti dalla riparazione⁶⁴: per far sì che la riforma prenda il largo⁶⁵, bisogna superare questi pregiudizi culturali e giuridici.

Ad ulteriore baluardo di garanzia della presunzione di non colpevolezza, il legislatore ha poi previsto che non sia necessario, come requisito di ammissibilità per partecipare ai programmi riparativi, il riconoscimento dei fatti da parte del soggetto indicato come autore. Si tratta di una previsione particolarmente significativa, che conferma come il Legislatore voglia erigere argini tra i due paradigmi proprio per inibire al giudice di entrare in contatto con la dimensione riparativa. È evidente che nell'ammissione dei fatti verranno in gioco valutazioni e punti di vista del soggetto attivo che non potranno mai essere valutate e nemmeno conosciute da parte dell'autorità giudiziaria. Quindi, il riconoscimento dei fatti principali sarà solo uno dei tanti elementi di fattibilità al vaglio del mediatore. Di contro, le fonti europee, come la Direttiva 2012/29/UE, richiederebbero come preconditione per accedere ai percorsi di mediazione proprio il riconoscimento dei fatti essenziali. Ai sensi della Direttiva, infatti, l'obiettivo è costituito essenzialmente dalla tutela dei diritti della vittima affinché quest'ultima non sia esposta al rischio di "*vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall'intimidazione e*

⁶⁴ M. Donini, *Le due anime*, cit., 2030 ss.

⁶⁵ V. Bonini, *Evoluzioni*, cit., 6 s., l'Autrice sottolinea infatti come la capacità di comprendere le caratteristiche della *restorative justice* dovrà essere acquisita proprio da magistrati, avvocati, polizia giudiziaria e personale dei servizi della giustizia, «arricchendo la loro formazione di una nuova sensibilità, oltre che di nuove competenze, in mancanza delle quali ogni riforma in materia rischia l'appiattimento sulle categorie tradizionali».

dalle ritorsioni". La scelta del nostro legislatore appare, allora, coerente nella ricerca di un momento di equilibrio tra la tutela della vittima che potrebbe incorrere in una seconda vittimizzazione da parte di chi nega, addirittura, di aver partecipato al crimine e la garanzia sottesa alla presunzione di innocenza per l'imputato, a conferma del fatto che la GR non si pone a tutela della vittima ma della dignità di entrambe le parti.

Il legislatore ha poi, comunque, previsto nel Decreto tutta una serie di ulteriori previsioni, proprio a baluardo della presunzione di non colpevolezza dell'imputato, come quella sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni o delle informazioni emerse nel corso del programma (art. 51) o quella sull'improduttività di effetti sfavorevoli del programma nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa (art. 58)⁶⁶.

È proprio per evitare questo tipo di condizionamenti o suggestioni che i due binari tra processo e riparazione sono costruiti in modo da essere incomunicabili: quello, che succede in mediazione è coperto dalla più assoluta riservatezza e non può mai, salvo eccezioni espressamente disciplinate dallo stesso Decreto, arrivare sul tavolo dell'autorità giudiziaria.

L'esigenza di mantenere il processo penale "impermeabile" ai contenuti dei programmi di giustizia riparativa è una esigenza fortemente sentita anche a livello sovranazionale⁶⁷, come emerge dagli artt. 17 e 53 della Raccomandazione del 2018, oltre che dal n. 3 della c.d. Dichiarazione di Venezia, in cui ci si richiama alla necessità che le pratiche riparative si svolgano in modo riservato.

Infine, l'art. 129-bis Cpp richiede al giudice di verificare la presenza di alcuni presupposti, tra cui l'utilità della riparazione per la risoluzione del conflitto in atto. Bisogna chiarire cosa si intenda con questa valutazione di utilità, perché una cosa è certa: il giudice non potrà andare a scandagliare quelli che siano i requisiti di fattibilità della riparazione, requisiti propri della valutazione del mediatore e, quindi, non potrà mai verificare se vi siano o meno i presupposti di fatto per arrivare ad un esito positivo della riparazione stessa. Questo farebbe crollare gli argini che -tanto faticosamente quanto sapientemente- il Decreto ha cercato di erigere tra giudice e mediatore, tra processo e procedimento. In questi casi, l'autorità giudiziaria potrà solo verificare i criteri di ammissibilità che sono generali ed astratti e riguarderanno, ad esempio, il fatto di trovarsi di fronte ad un reato con una vittima concreta, escludendo tutte le ipotesi di reati di pericolo o di reati che ledono interessi pubblici o diffusi o quelli in cui la vittima sia irrintracciabile.

Al di là di questo vaglio astratto il giudice non potrà andare, pena la contaminazione di ruoli che devono rimanere separati, se si vuole che la GR possa avere uno spazio autonomo all'interno del sistema penale⁶⁸. Quindi, con il termine utilità non si intende fare riferimento alla probabilità di successo dell'attività del mediatore: un conto è la valutazione di ammissibilità del percorso riparativo che rientra nelle competenze dell'autorità giudiziaria, altro è la valutazione di fattibilità che appartiene alle competenze dei mediatori e costituisce un segmento della fase preparatoria del programma.

Inoltre, la norma prevede che il giudice o il pubblico ministero valutino che lo svolgimento del programma non comporti un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti⁶⁹. In questi casi, il giudice dovrà, invece, primariamente verificare che non vi siano rischi di violenza fisica e psicologica che possano scaturire da qualsiasi contatto tra le parti, non adeguatamente preparato⁷⁰. Questa potrà essere la sede per una valutazione individualizzata del giudice in ordine ai rischi di una seconda vittimizzazione, in conformità con la Direttiva 2012/29/UE.

⁶⁶ V. Bonini, *Una riforma organica*, cit., 734 ss.

⁶⁷ V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia*, cit., 5 ss.

⁶⁸ Cfr. M. Bouchard, *Commento*, cit., 6 ss.

⁶⁹ V. Bonini, *Una riforma organica*, cit., 734 ss.

⁷⁰ Cfr. Risoluzione 2002 (12) dell'ECOSOC, dove la sicurezza dei partecipanti è considerata una preconditione per la giustizia riparativa.

4. La GR all'interno della casa del diritto penale costruisce un percorso autonomo ed indipendente da quello del processo penale, un percorso, come abbiamo visto, fatto di dialoghi e confronti per accertare la propria "verità".

Dopo quel tempo, sospeso, quel metodo così intimo, all'interno di uno spazio rarefatto, ci si deve confrontare nuovamente con il diritto punitivo, la GR deve arrivare ad un risultato che possa essere fruibile in una dimensione altra, quella del diritto punitivo. Saranno proprio gli innesti e i raccordi, come vedremo, i punti maggiormente delicati da analizzare.

D'altra parte, la GR non è una branca del diritto dotata di un autonomo sistema normativo e, quindi, deve inevitabilmente riferirsi ai precetti del diritto penale. Per poter assumere rilevanza nel sistema punitivo, gli esiti riparativi devono essere recepiti dalle categorie penalistiche (in questo senso i due sistemi sono complementari). Il programma riparativo è, invece, alternativo alla modalità di accertamento proprio del diritto punitivo: è per questo che i due meccanismi dovranno essere regolati nel momento del passaggio da un binario ad un altro (sia in entrata dal diritto penale verso la GR che in uscita dai programmi riparativi verso il diritto penale). Al di là di questi punti di intersezione i due paradigmi devono però correre su binari paralleli. Questo sistema di impermeabilità tra i due sistemi è volto a tutelare autore e vittima; entrambi, infatti, patiscono di alcune criticità: da una parte, l'autore non può vedere erose le sue garanzie, quali il diritto di difesa e la presunzione di innocenza, dall'altra, la vittima non può rischiare una seconda emarginazione.

È proprio nei punti di contatto e raccordo tra giustizia riparativa e giustizia penale che si collocano taluni profili di particolare delicatezza, per fronteggiare i quali il legislatore ha rafforzato il percorso riparativo rendendolo, il più possibile, impermeabile al processo e proprio a questo fine ha predisposto una serie di disposizioni particolarmente significative.

Innanzitutto, l'art. 50 del Decreto disciplina il principio di confidenzialità/riservatezza, canone essenziale per il successo della GR. La riservatezza impone, infatti, al mediatore e a tutti i partecipanti, di non divulgare all'esterno ciò che accade all'interno dei programmi riparativi: in questo modo, si vuole evitare che quanto detto nel contesto riparativo possa filtrare all'esterno ed arrivare sul tavolo del giudice.

In questo modo il legislatore vuole isolare i due binari lungo i quali corre la reazione all'illecito, evitando qualsiasi tentazione di utilizzare a fini cognitivi ciò che è stato detto o fatto a fini conciliativi. La riservatezza, quindi, come scudo per garantire il soggetto attivo nel momento in cui potrebbe tornare all'interno del processo penale⁷¹ ma, anche, come tratto essenziale e fisiologico della GR, caratterizzata da un percorso di riconoscimento comune, fatto di emozioni, racconti di se, di aperture nella propria sfera intima, di condivisioni di esperienze che potranno essere apertamente messe in comune all'interno del programma, solo se le parti possano essere certe che tutto quello che si sono scambiate e dette all'interno della riparazione non uscirà mai da quel contesto.

È poi prevista la sanzione dell'inutilizzabilità probatoria (artt. 51 e 191 Cpp) che impedisce il travaso nella sede processuale delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite durante i programmi riparativi; all'art. 52 del Decreto si fa, infine, riferimento alla tutela del segreto del mediatore ed al suo mancato onere di denuncia, nonché alle garanzie contro sequestri, perquisizioni e intercettazioni che ne assicurano l'effettività.

Dalle norme del Decreto appare allora chiaro che il regime di complementarità tra giustizia penale e giustizia riparativa implica il rispetto reciproco dei differenti principi, affinché non si produca la dannosa contaminazione tra autonomi territori: il processo penale è retto da un principio di pubblicità e di controllo delle garanzie assicurate all'accusato, principi che risultano assolutamente incompatibili con i programmi riparativi sorretti da una narrazione fatta di intimità e di dialoghi personali. Si tratta di narrazioni che niente hanno a che fare con la formazione di prove dichiarative nel pubblico dibattito.

⁷¹ P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II «disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in www.sistemapenale.it, 27.2.23, 6 ss.

Nella stessa direzione si orienta il § 53 della Raccomandazione 2018/8, ove si prevede che debba essere riferito all'autorità giudiziaria il mero percorso svolto e il risultato raggiunto, e che non siano rivelati i contenuti delle discussioni tra le parti né espressi giudizi sul comportamento delle parti, durante il percorso di giustizia riparativa. In particolare, il § 22 della Raccomandazione 2018/8, nell'invitare a formulare delle *guidelines* che definiscano i rapporti tra *restorative justice* e procedura penale, di premura di sottolineare come esse dovrebbero riguardare proprio le procedure di invio dei casi alla giustizia riparativa e la loro trattazione al termine del percorso di giustizia riparativa.

In effetti, la fase più delicata è certamente quella in cui l'esito riparativo deve tornare all'interno del processo; una volta terminato il programma si dovrà, infatti, "uscire" dalla GR e verificare in che modo il diritto penale recepirà l'esito proprio dei programmi riparativi.

Innanzitutto, possiamo dire che l'esito negativo non verrà preso in considerazione nel processo o nell'esecuzione penale, così come del resto è espressamente affermato nel Decreto (artt. 57 e 58).

In questi casi, il mediatore, tra l'altro, non potrà indicare al magistrato le ragioni per cui non sia stato possibile accedere al percorso o questo si sia interrotto o non sia stato portato a compimento. Così, il giudice del processo penale o dell'esecuzione che si veda riferire un esito negativo, dovrà limitarsi a prenderne atto, senza poterne trarre valutazione alcuna dal nudo fatto del mancato raggiungimento di un esito soddisfacente: ragioni e "responsabili" dell'eventuale fallimento rimangono ignoti all'autorità giudiziaria. Come abbiamo detto, quanto accade nello spazio della mediazione è protetto da confidenzialità e riservatezza (art. 50): si tratta, evidentemente, di preservare le garanzie del reo che, a questo punto, tornerà ad assumere il ruolo di imputato nel processo.

Più complesso, ma non meno essenziale si rivela il rapporto tra esito positivo e valutazione del giudice.

Si deve chiarire cosa si possa intendere per valutazione.

Secondo una parte della dottrina, valutare, in questo caso, significherebbe prendere visione di quello che è accaduto in sede riparativa, per poterlo appunto considerare ai fini delle ricadute sugli istituti di diritto penale, con la conseguenza, allora, che il giudice, ad esempio, possa ritenere meno intenso quel percorso o il risultato meno appagante, rispetto a quello che ha descritto e indicato il mediatore. È chiaro che questa soluzione non è soddisfacente per almeno due punti di vista: uno interno alla natura stessa della logica riparativa che, come abbiamo visto, vuole erigere un baluardo tra quello che è successo all'interno dei programmi e l'esterno. L'altro attiene alle peculiarità del potere discrezionale del giudice: che competenza può avere il magistrato a valutare segmenti di un percorso che presuppone strumenti, sensibilità, categorie mentali completamente diverse da quelle con cui si è formato? Sarebbe come chiedere al mediatore di poter dire la sua sulla pena da irrogare, visto che conosce anche lui così bene la vicenda.

Il punto è che i due percorsi non possono essere valutati indifferentemente dal mediatore e/o dal giudice: ciò comporterebbe rischi troppo alti per la tenuta della stessa GR nel nostro sistema penale.

Il legislatore è molto chiaro su questo aspetto: mentre il mediatore conduce con equidistanza il percorso dei programmi riparativi, il giudice svolge la funzione di ascrivere responsabilità penale all'imputato: non vi può essere uno scambio di ruoli ma solo "il passaggio del testimone" da un paradigma all'altro. Si finirebbe, altrimenti, per eliminare le barriere tra i due procedimenti e, di conseguenza, per togliere forza e vitalità al programma riparativo: chi può assicurare al soggetto indicato come autore che alcune sue dichiarazioni, poste in essere all'interno della riparazione, possano poi assumere agli occhi del giudice che valuta per punire, un significato diverso e magari antitetico a quello accordato dal mediatore, in una ottica riparativa? Risulta chiaro che dare la possibilità al giudice di condividere, anche se solo in parte, il percorso di ciò che è avvenuto durante la riparazione implica, necessariamente, l'elusione di tutte le garanzie previste dalla Riforma e, conseguentemente, decretare il fallimento della GR, prima ancora che entri in vigore. Nessun soggetto indicato come autore di reato, infatti, potrà aprirsi ad un dialogo sincero e capace di mettersi in discussione, se può avere, anche solo come retrospensiero, il sospetto che quei dialoghi con la vittima, quelle riflessioni sull'accaduto potranno tornare davanti agli occhi del giudice. La sincerità e la

volontà di mettersi in gioco sono la spina dorsale dei programmi, senza le quali non ci potrà mai essere riparazione.

Per non snaturare il senso profondo del percorso riparativo è necessario, quindi, arrivare alla conclusione che l'autorità giudiziaria potrà effettuare solo un controllo estrinseco e formale dell'esito della mediazione.

La relazione del mediatore si dovrà limitare, in effetti, anche in coerenza con le fonti sovranazionali, ad una indicazione scarna e neutra, per punti, sul percorso riparativo e con la specificazione dell'esito, senza riferimenti al contenuto dei percorsi, al tipo di conversazioni, a quello che le parti si sono dette al suo interno. In effetti, l'art. 57 del Decreto individua in capo al mediatore un onere di relazionare su indicatori di percorso piuttosto che di contenuto, proprio a sottolineare che si tratta di un passaggio quasi notarile⁷² ma non meno essenziale e fondamentale, come ci insegnano i notai, per il rispetto della legalità. L'autorità giudiziaria dovrà, quindi, verificare che il percorso sia stato eseguito e la natura dell'esito; in questo modo il giudice trasporta il risultato riparativo in ambito penale, per potergli attribuire gli effetti che il legislatore ha previsto nei vari istituti.

Non si tratta, di tutta l'evidenza, di un'inammissibile limitazione del potere giurisdizionale ma la presa d'atto della sussistenza di due percorsi alternativi a cui il diritto penale ha accordato cittadinanza nel nostro sistema normativo, sul presupposto che titolari del percorso riparativo siano il mediatore e le parti stesse.

Come accennato, vi sono alcune ipotesi in cui è lo stesso legislatore a richiedere che il giudice prenda, semplicemente, atto dell'esito positivo: questo avviene, ad esempio, nei casi di querela rimettibile ex art 152 Cp, in cui l'autorità giudiziaria si limita a ratificare la volontà della vittima a non proseguire, in quanto soddisfatta dall'esito positivo della riparazione.

Vi sono poi altre ipotesi in cui i programmi riparativi sono, invece, considerati uno tra gli elementi da prendere in considerazione per integrare gli effetti previsti dalle varie norme di diritto penale. In questi casi, allora, la riparazione si affiancherà agli altri requisiti descritti dalla norma: dalla messa alla prova, alla tenuità del fatto, fino alla sospensione condizionale della pena. Anche in suddette ipotesi, l'esito positivo della riparazione non potrà essere valutato nei suoi contenuti ma solo per il suo risultato finale.

Infine, la riparazione può avere effetti anche sul "piano commisurativo": in questi casi, la circostanza attenuante ex art. 62 n. 6 Cp⁷³ sarà applicata quando si è di fronte ad un esito positivo e sempre che siano stati adempiuti gli obblighi comportamentali che potrebbero esserne derivati. Resta da chiedersi su quali basi il giudice potrà graduare la pena fino ad un terzo: il *quantum* della diminuzione sarà determinato, unicamente, dal valore che, in quel contesto, il giudice attribuirà alla riparazione in sé, senza poter analizzare come quella riparazione si sia declinata nel singolo programma specifico.

Vi è ancora una ultima ipotesi in cui il legislatore prende in considerazione i programmi riparativi ai fini della commisurazione della pena: ci si riferisce all'art. 58 del Decreto. In questa disposizione il Legislatore prevede che l'autorità giudiziaria, ai fini della commisurazione della pena ex art. 133 Cp, possa prendere in considerazione l'eventuale esito riparativo.

A questa norma di chiusura sarà affidata la tenuta dell'effettiva complementarietà tra i due sistemi. È di tutta evidenza, infatti, che se potesse rifluire nell'art. 133 Cp quello che si è tenuto fuori per le altre ipotesi, crollerebbe, come un castello di carta, il baluardo delle garanzie eretto dal Decreto al fine di rendere i programmi autonomi, indipendenti e capaci di tutelare i diritti di entrambi i soggetti che ne hanno fatto parte.

Un primo chiarimento: l'esito negativo non potrà entrare nella valutazione dell'art. 133 Cp, anche se potesse essere considerato "quasi positivo" per il reo. Secondo una parte della dottrina, infatti, tutte

⁷² *Contra* P. Maggio, *op. cit.*, 16, la quale sottolinea, invece, come il giudice, proprio in forza di questa nuova valutazione in termini riparativi, sia chiamato ad assumere un ruolo diverso da quello tradizionale di mero distributore di pene inflitte e subite.

⁷³ M. Iannuzziello, *La disciplina organica della giustizia riparativa e l'esito riparativo come circostanza attenuante comune*, in www.lalegislationepenale.eu, 28.11.22, 4 s.

le volte in cui l'esito sarà stato negativo, per condizioni indipendenti dalla persona indicata quale autore dell'offesa (come, ad esempio, per un'ostinazione della vittima a non voler procedere ulteriormente con la mediazione oppure nel caso vi sia stata, comunque, una condotta del soggetto attivo nella direzione dell'attenuazione o dell'elisione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato), questi elementi dovrebbero poter rientrare nel campo di valutazione dell'art. 133 Cp. Insomma, tutto quanto emerge a favore dell'imputato durante i programmi riparativi dovrebbe essergli riconosciuto come circostanza attenuante impropria⁷⁴.

Questa soluzione appare poco coerente con il paradigma della *restorative justice* e, in particolare, falsificherebbe, fin da subito, quel clima di spontaneità, immediatezza e verità su cui si regge il programma. L'imputato, infatti, finirebbe per parlare al mediatore, pensando al giudice: se poi le cose andranno male, almeno il magistrato potrà tenere conto delle sue dichiarazioni o dei suoi comportamenti. Questo è evidentemente un rischio che la GR non può correre, se vuole essere efficace.

L'unico modo per garantire una autentica e disinteressata narrazione da parte di entrambe le parti, all'interno dei programmi, risiede nella necessaria ed irrinunciabile incomunicabilità tra i due paradigmi, nell'impossibilità di traghettare parti di quel percorso in una sede diversa dalla GR⁷⁵.

Inoltre, la riparazione è il luogo in cui entrambi i soggetti devono poter trovare la tutela dei loro diritti e proprio alla ricerca di questo equilibrio complesso e delicato si muovono tutte le norme che disciplinano la GR. Se si potesse però dare ingresso, come attenuante impropria, all'esito negativo del programma, questo comporterebbe, ancora una volta, l'alterazione del senso profondo della riparazione che non è risocializzazione e nemmeno primalità: la riparazione è, infatti, lontana da una "visione reocentrica" e si declina e muove su coordinate che mettono al centro la dignità di entrambi i soggetti. Non si potrà, quindi, trasportare un segmento nato e cresciuto in quella dimensione, fatto di dialogo tra le parti, di racconto del dolore e di emarginazione subita, in una dimensione altra e nuovamente incentrata sul reo e sulla sua risocializzazione.

Inoltre, se l'esito negativo non può essere trasferito nel processo, perché se il reo deve, necessariamente, essere garantito nei suoi diritti fondamentali, anche la vittima deve poter essere tutelata da una seconda vittimizzazione. Non vi è dubbio che, allora, per tutelare la vittima in un ruolo di assoluta parità, l'esito non deve avere rilevanza per nessuna delle due parti. La vittima è stata coprotagonista di quel percorso, ha investito parte di sé in quel cammino che non ha dato i frutti sperati e se dovesse vedere che, nonostante l'esito non sia stato per lei appagante, quel percorso viene, comunque, traslato nel processo, non potrebbe non sentirsi nuovamente emarginata e vivere una seconda vittimizzazione.

Quel percorso è riparativo e non può, ad un certo punto, trasformarsi in qualcosa d'altro, con buona pace dei diritti di chi è stato dentro quel programma fino in fondo, ma non ha trovato ristoro.

Quindi l'esito negativo non può assumere rilevanza e non potrà rientrare nemmeno all'interno della valutazione discrezionale ex art 133 Cp.

Nel vaglio di cui all'art. 133 Cp però non potrà rientrare nemmeno l'esito positivo, altrimenti si darebbe vita ad una doppia valutazione del medesimo elemento. Se l'esito positivo è stato già considerato, all'interno degli istituti che lo accolgono, allora non potrà poi essere, nuovamente, valutato ex art. 133 Cp, pena la violazione del *ne bis in idem* sostanziale.

Dobbiamo, allora, rintracciare un ambito di rilevanza diverso per la norma in esame.

⁷⁴ L. Eusebi, cit., 85, il quale afferma che posto «che non si può condannare di più senza un plus di colpevolezza, non si possono nemmeno sottrarre conseguenze di quel tipo quando ve ne sia la meritevolezza». Conf. V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia*, 5 ss., la quale ritiene che «una volta raggiunto un risultato riparativo, la valutazione viene restituita nella sua pienezza all'autorità procedente, in ragione dell'incidenza che esso può sortire sulla vicenda giudiziaria». R. Bartoli, *Una giustizia senza violenza*, cit., 14 ss., l'Autore ritiene che in questi casi l'esito riparativo possa comunque essere preso in considerazione ai sensi dell'art. 133 Cp.

⁷⁵ D. Guidi, *Profili processuali*, cit., 5.

Sembra di poter dire che la circostanza impropria possa trovare un'applicazione tutte le volte in cui non sia possibile considerare quel percorso positivo all'interno degli istituti predisposti ad accoglierlo, perché, ad esempio, difettano altri elementi necessari per l'estinzione del reato. Si pensi al caso in cui, a fronte di un esito positivo, il fatto non sia stato, comunque, ritenuto tenue e, quindi, non possa avere luogo l'estinzione *ex art 131 bis* Cp oppure, sempre in presenza di un esito positivo della riparazione, al caso in cui la sospensione della pena *ex art 163-bis* Cp non vada a buon fine o, ancora, *ex art 168 bis* Cp non si realizzi la messa alla prova per mancanza di uno degli altri requisiti richiesti dalla norma. In tutti questi casi sarà, comunque, importante e necessario che quel percorso, così faticoso, spesso lungo e sempre molto impegnativo per entrambi i soggetti, non venga disperso. Proprio a tali ipotesi ha pensato il Decreto *ex art. 58*, stabilendo che gli esiti riparativi possano rientrare nel potere discrezionale del giudice come circostanza impropria.

5. Passiamo, a questo punto, ad una analisi più dettagliata delle norme di cui al d. lgs. n. 150/2022. Le disposizioni concernenti la GR sono entrate in vigore il 30 giugno di quest'anno e la decisione del Legislatore di differire la vigenza della disciplina della GR, in un momento successivo rispetto alle altre norme del Decreto, certifica la presa d'atto che la disciplina dettata negli artt. 42-67, potrà entrare, effettivamente, a regime solo dopo che si sarà provveduto alla costituzione dell'articolata rete di organismi e strutture indicate nel Decreto stesso. Nello specifico, facciamo riferimenti, ad esempio, alla «Conferenza nazionale per la giustizia riparativa», alle «Conferenze locali per la giustizia riparativa» e ai «Centri per la giustizia riparativa», organismi indispensabile per il concreto funzionamento dei servizi della *restorative justice*, come vedremo più avanti nel commento.

Il titolo IV disciplina in modo organica la materia della giustizia riparativa. Il Capo I si apre con una sezione dedicata ai principi e agli obiettivi. In particolare, come abbiamo visto, l'art. 42 definisce il paradigma riparativo come «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore». Il testo si ispira alle principali definizioni internazionale in tema di giustizia riparativa e, in particolare, alla Direttiva 2012/29/UE⁷⁶ che istituisce norme minime in materia di diritto, assistenza e protezione alle vittime di reato; la definizione del testo normativo prende, ad esempio, quanto riportato nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018)8 adottata dal Comitato dei Ministri il 3 ottobre 2018⁷⁷.

Al centro della Giustizia Riparativa c'è l'incontro tra il soggetto indicato come autore e la vittima di un pregiudizio definito dalla legge come reato: un incontro nell'ambito di un percorso partecipativo, liberamente scelto, sotto la guida di un mediatore, per individuare la migliore risposta alle conseguenze dell'illecito⁷⁸. Il Decreto, in questo modo, ha anche sottolineato cosa debba rimanere al di fuori del paradigma di giustizia riparativa, dovranno ritenersi esclusi, ad esempio, i programmi riparativi di comunità, i consigli di riparazione, le restituzioni dirette alle vittime, i programmi di supporto alle vittime e ai testimoni come anche i circoli di supporto alle vittime, i gruppi terapeutici, i corsi di sensibilizzazione per le vittime, l'educazione di detenuti e autori dell'illecito, i tribunali di

⁷⁶ Direttiva sulla vittima e giustizia riparativa nel sistema penale dell'ottobre del 2014; cfr. G. Rossi, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in www.archiviopenle.it 2015.

⁷⁷ La definizione riprende quanto affermato nel §3 della Racc. CM/Rec (2018)8, la fonte sovranazionale, infatti, identifica la giustizia riparativa come ogni processo che consente alle persone che subiscono pregiudizio a seguito di un reato e a quelle responsabili di tale pregiudizio, se vi acconsentono liberamente, di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivanti dall'illecito, attraverso l'aiuto di un soggetto formato e imparziale (il facilitatore). La Risoluzione ECOSOC 2002/12 identifica poi la giustizia riparativa in ogni processo nel quale le vittime partecipano insieme attivamente alla soluzione delle conseguenze del reato, generalmente con l'aiuto di un facilitatore.

⁷⁸ V. Bonini, *Una riforma organica*, cit., 730, l'Autrice sottolinea come la *restorative justice* ha una struttura basata su due componenti necessarie: il processo riparativo e l'esito riparativo.

problem solving, i circoli di supporto e di responsabilità, le cerimonie di reinserimento degli autori dell'illecito e i progetti che coinvolgono gli autori dell'illecito e le loro famiglie o altre vittime di reato. Tutte queste iniziative mancano del requisito strutturale richiesto dall'art. 42: uno scambio dialogico e una messa in relazione tra i due protagonisti nella loro individualità, per la ricostruzione del legame spezzato tra vittima, soggetto indicato come reo e comunità⁷⁹.

Già da questa prima definizione risulta essenziale porre l'attenzione sui soggetti direttamente coinvolti dal reato: il soggetto passivo viene designato come vittima e quello attivo come «persona indicata come autore dell'offesa». Sono locuzioni che implicano scelte e bilanciamenti rilevanti.

Il legislatore introduce una definizione di “vittima” che riproduce integralmente il testo dell'art. 2 della Direttiva 2012/29/UE, secondo cui il termine “vittima” comprende «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche causati direttamente da un reato; un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona; un familiare; il coniuge, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima».

Predetta nozione di vittima, quindi, non coincide con quella usata in ambito processual-penalistico ove si preferisce l'espressione “persona offesa”, “danneggiato da reato”, e “parte civile”. Da adesso in poi, quando si parlerà di vittima ci si riferirà esclusivamente al contesto della giustizia riparativa, posto che le due nozioni sono non necessariamente coincidenti: l'una ha un substrato sostanzialistico criminologico e vive nella realtà, indipendentemente da un riconoscimento formale, l'altra tecnico-giuridica, può esistere solo all'interno delle definizioni del diritto penale o del diritto processuale. L'impossibilità di sovrapporre le due nozioni si riflette inevitabilmente anche nel codice di rito: si pensi, in questo senso, alla significativa modifica dell'art. 90-bis Cpp alla lett. *p-bis*, in cui si prevede che alla persona offesa debbano essere fornite informazioni in ordine «alla facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa»; mentre l'art. 90-bis co. 1 Cpp prevede che la vittima (così come definita dall'art. 42 co. 1 lett. *b* del Decreto) venga informata «dal primo contatto con l'autorità procedente, [...] in una lingua a lei comprensibile, della facoltà di svolgere un programma di giustizia riparativa».

La natura sostanzialistica della nozione di vittima fa sì che il soggetto sia qualificabile come tale, a prescindere dalla presentazione di una denuncia e dall'esistenza di un procedimento penale in atto: è per questi soggetti che sono stati pensati i servizi di Assistenza alle vittime di reato, diversamente da quello che accade per i CGR; unica eccezione quella prevista dall'art. 44 co. 3 del Decreto in cui si prevede la possibilità, per i reati perseguibili a querela, di accedere ai CGR anche prima che si instauri un procedimento penale.

In conclusione, una vittima di un reato perseguibile d'ufficio - e prima che sia iniziato il procedimento - potrà trovare un luogo di accoglienza e di riferimento solo nei Centri di assistenza alle vittime (allo stato attuale molto pochi). In realtà, i Centri dovrebbero svolgere questo compito privilegiato di accogliere la vittima per assisterla e darle un tempo per farle “decantare” il suo dolore e la sua rabbia, non in solitudine ma con l'aiuto di soggetti capaci di accogliere quel disagio e valutare se ci possa essere disponibilità verso l'altro. Il contributo dei Centri diventa essenziale in questa prospettiva di raccordo con i centri di GR: se è vero che non si può entrare in mediazione troppo presto, non deve nemmeno passare un tempo eccessivo dal reato perché, altrimenti, potrebbero sedimentarsi sentimenti di risentimento e chiusura per cui l'accoglienza dell'altro diventerebbe un processo molto complesso e, a volte, impossibile. Quindi, possiamo dire che i diritti della vittima potranno essere garantiti in modo più efficace all'interno della Giustizia Riparativa solo se si riuscisse ad istituire dei Centri di assistenza sempre più organizzati e presenti sull'intero territorio nazionale.

⁷⁹ E. A.A. Dei Cas, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in www.archiviopenale.it, 20.10.21, 7 ss.

La locuzione «persona indicata come autore dell'offesa»⁸⁰ ricomprende le seguenti figure soggettive: la persona sottoposta alle indagini; l'imputato; la persona sottoposta a misura di sicurezza; la persona condannata con pronuncia irrevocabile; la persona nei cui confronti sia stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'art. 344-bis Cpp o per intervenuta causa estintiva; le persone fisiche o gli enti, con o senza personalità giuridica, in forza dell'estensione a questi ultimi delle disposizioni processuali relative all'imputato, ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

Quale evidente segno dell'intento del legislatore di dare la massima applicazione alla disciplina della giustizia riparativa, merita sottolineare come nel concetto di «familiare», rientri sia la «parte di un'unione civile ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge 20 maggio 2016, n. 76», costituita tra due persone maggiorenni, dello stesso sesso mediante dichiarazione resa di fronte all'ufficiale di stato civile e alla presenza di due testimoni, sia quella del convivente «di fatto di cui all'art. 1, comma 36, della stessa legge», inteso come soggetto maggiorenne, unito in maniera stabile ad altra persona, anch'essa maggiorenne, da vincoli affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.

Il successivo art. 45, in combinato disposto con l'art 43 lett. c, individua, tra i soggetti titolati a partecipare ai programmi di giustizia riparativa, anche la comunità, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali e lett. d chiunque altro ne abbia interesse. Questa apertura così ampia per la partecipazione al programma assegna alla giustizia riparativa un ruolo comunitario, consentendo di superare la concezione della stessa quale giustizia dei privati⁸¹.

La comunità, quale parte eventuale alla partecipazione ai programmi riparativi, assume spesso un ruolo fondamentale, tanto, nello svolgimento delle procedure riparative, quanto, nel raggiungimento di un esito positivo. Nell'ottica del principio di inclusione, infatti, molti dei modelli nei quali può esprimersi il nuovo paradigma di giustizia riparativa prevedono il coinvolgimento attivo della comunità stessa¹⁴⁶. Quando si parla di comunità all'interno della GR si può fare riferimento, ad esempio, ad «organizzazioni o associazioni intermedie», che si frappongono fra l'individuo e le autorità pubbliche: le micro-comunità, rappresentate da enti o organizzazioni locali che, a ben vedere, costituiscono uno dei centri in cui si realizza maggiormente lo sviluppo della personalità di ciascun individuo. In effetti, osservando quello che è accaduto negli ultimi anni, anche in Italia, notiamo che le esperienze pratiche di giustizia riparativa si muovono proprio nella direzione di accogliere, per quanto possibile, forme di presenza della collettività sociale in qualità di parte attiva nell'espletamento dei programmi riparatori.

Questa tendenza è stata recepita anche a livello normativo: gli atti sovranazionali, infatti, a più riprese incentivano l'apertura dei programmi alla partecipazione della comunità, in un'ottica di massima inclusione dei vari soggetti interessati dalla commissione del reato¹⁴⁵. Oltre ad essere vista quale «parte eventuale» dei programmi di giustizia riparativa, la comunità è riconosciuta anche come componente sociale entro la quale sviluppare organizzazioni – anche di natura privata – e promuovere iniziative che possano favorire l'attuazione dei programmi.

La comunità rappresenta il terzo pilastro nella dinamica della GR. Per comunità si deve intendere, in questo contesto, il perimetro sociale nel quale si è maturato il crimine: esso costituisce, quindi, il territorio in cui inizia il conflitto ma anche quello in cui si chiude la vicenda. Sarà, infatti la comunità che dovrà essere in grado di accogliere, di nuovo, sia il reo che la vittima nella propria rete sociale.

⁸⁰ V. Bonini, *Una riforma organica*, cit. L'Autrice sottolinea l'importanza del termine usato dal Decreto «persona indicata come autore dell'offesa» mettendo in evidenza come la dizione scelta dal delegato non solo esclude «ogni aprioristica attribuzione legale di colpevolezza («persona indicata» e non «autore»», ma evidenzia anche la profonda differenza dell'oggetto della *restorative justice*, rispetto al tema processuale compendiato nell'art. 187 Cpp («offesa» e non «reato»)).

⁸¹ V. Bonini, *Una riforma organica*, cit., 726 ss.

Si tratta, quindi, di una parte eventuale nei programmi riparativi ma il ruolo che la comunità ricopre nella dinamica riparativa è di notevole importanza: è solo in questo modo che è possibile prevenire il crimine e creare processi di rispondenza fiduciaria⁸².

6. L'art. 43 del Decreto individua i principi generali che governano il sistema della GR e gli obiettivi presi di mira. Al co. 2 del Decreto troviamo le tre finalità a cui tende la GR: il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore e la ricostruzione dei legami con la comunità. In questo modo, si dà vita a quell'idea di riparazione che pone su un piano di parità il soggetto indicato come reo e la vittima, parità che costituisce un requisito essenziale per poter arrivare alla ricomposizione del conflitto derivante dal fatto reato.

Già dalla prima lettura della norma appare chiaro che la novità sottesa al nuovo paradigma risieda proprio, come abbiamo più volte sottolineato, nel mettere in relazione i due, creando tra di loro un nesso di interdipendenza: quest'ultima è fondamentale per tutti i soggetti che prendano parte al programma – autore del reato, vittima e comunità – e assume, solitamente, le forme del «dialogo costruttivo» e del «riconoscimento dell'altro»⁸³.

I programmi riparativi, infatti, tendono alla creazione di un luogo “neutro” nel quale le parti, possano vicendevolmente percepire i bisogni dell'altro.

Nella finestra del dialogo, l'ascolto risulta un elemento essenziale, il quale si presenta, nei programmi riparativi, su vari piani. Un primo livello di ascolto, fondamentale per il buon esito dei programmi, è quello che si instaura fra autore, vittima e comunità: deve essere, com'è facile intendere, un ascolto reciproco, finalizzato a comprendere le istanze delle altre parti. Un secondo livello di ascolto, nasce, poi, dal bisogno della vittima di conoscere le motivazioni che hanno condotto il soggetto indicato come reo alla commissione del fatto di reato, nonché dalla necessità che il reo diventi consapevole delle conseguenze – materiali e psicologiche – che la sua condotta ha provocato in chi l'ha subita.

Un'altra forma nella quale si sostanzia il principio di interdipendenza tra le parti è il riconoscimento dell'altro. Questo è un punto fondamentale di ogni procedura riparativa: è l'elemento che caratterizza e distingue maggiormente il paradigma riparativo dal sistema punitivo.

La promozione di momenti di riconoscimento reciproco fra le parti è tendenzialmente finalizzata al raggiungimento di empatia reciproca avendo ascoltato e percepito, nei racconti altrui, il vissuto conseguente o antecedente al fatto di reato: i due soggetti possono effettivamente entrare nella dimensione di sofferenza dell'altro e comprendere gli effetti prodotti dalla commissione del reato. I benefici che i programmi riparativi producono nei confronti del soggetto indicato come reo sono evidenti, se non altro la possibilità di evitare la detenzione o quantomeno di conseguire una diminuzione della sanzione; per la vittima i vantaggi consistono nel superamento del trauma che il reato le ha provocato e nel riacquistare la propria dignità che le era stata lesa con il crimine.

L'interdipendenza si realizza, infine, anche nei confronti della comunità, la quale, in alcuni programmi improntati alla massima partecipazione degli attori sociali coinvolti nel reato, può, come abbiamo visto, assumere anche un ruolo attivo attraverso i propri rappresentanti civili o istituzionali. In ogni caso, la comunità, indipendentemente dalla sua partecipazione diretta trae sempre benefici dall'espletamento delle procedure riparative: quanto di positivo si costruisce nella relazione che intercorre fra il reo e la vittima non può che andare anche a vantaggio della società, in termini di risanamento della frattura sociale derivante dal reato, in termini di sicurezza collettiva e, in ultimo, anche in termini di efficacia delle risposte che il sistema giudiziario è in grado di offrire dinanzi alla domanda di giustizia della collettività.

7. L'accesso ai servizi di giustizia riparativa presuppone l'esistenza di un procedimento penale per i delitti procedibili d'ufficio. Qualora si tratti di delitti perseguibili a querela, questo è possibile anche «prima che la stessa sia proposta» (art. 44 co. 3).

⁸² Cfr. T. Greco, *op. cit.*, 23 ss.

⁸³ T. Greco, *Curare il mondo con Simon Weil*, Bari 2023, 21 ss.

Si tratta sicuramente di una novità: la norma consente, infatti, di poter attivare la GR prima ancora di aver presentato querela. Ci si riferisce ad ipotesi che non sono entrate all'interno del processo e che potrebbero giungere nell'area penale, perché la vittima magari decide di non presentare querela; in questo senso, si tratta di un meccanismo innovativo che ha come fondamento l'esigenza di poter accogliere un disagio, un conflitto che forse non sarebbe mai nemmeno arrivato nelle aule di tribunale. Non vi è dubbio che, tra le conseguenze, potrà esserci anche un effetto deflattivo, tutte le volte in cui la vittima sceglierà i programmi riparativi anziché presentare querela: si tratta però di un effetto e non del fondamento di tali ipotesi.

In questi casi, la GR e la querela trovano la loro combinazione più virtuosa poiché inibiscono, da una parte, di attivare il sistema penale e, dall'altra, di poter trovare una soluzione che prenda in considerazione tutto il danno criminale che la vittima ha subito ma che non potrebbe mai essere accolto fino in fondo dentro al processo. In questo senso, preziosa e decisiva è la previsione - ad opera dell'art. 90 bis lett. *p bis* Cpp - della possibilità di informare la vittima dei meccanismi della GR prima di attivare la querela. In questa fase, fondamentale potrà essere, soprattutto, la consulenza del difensore che dovrà prospettare alla vittima la possibilità alternativa di tutela dei suoi interessi, avviandolo, in questa prima fase, alla conoscenza dei meccanismi del nuovo paradigma della GR; come sappiamo, dopo l'accesso alla GR, il difensore dovrà rimanere al di fuori del programma riparativo in cui ci sarà spazio solo per le parti ed il mediatore. Il difensore potrà, semmai, tornare di nuovo prezioso nella fase finale, quando si siglerà un accordo tra le parti.

Prima dell'entrata in vigore del Decreto spesso la vittima desisteva dalla querela per accordi *extra* processuali di carattere economico: questo comportava, in effetti, la privatizzazione della giustizia penale; con la riforma nasce l'idea di poter anche affidare alla GR quell'offesa in una dimensione sottratta ad una monetizzazione del danno: l'area pubblica si estende prima del processo avendo come obiettivo quello di non lasciare senza tutela la vittima e sottrarre queste ipotesi, rilevanti penalmente, ad una compravendita privata.

In questo modo, tra l'altro, si evita il rischio di risolvere un conflitto - che ha natura pubblicistica - sulla base delle mere capacità economiche del soggetto attivo: gli autori che possono permettersi un risarcimento adeguato alle richieste della vittima possono evitare il processo; chi, viceversa, non può pagare deve soggiacere al diritto penale. Adesso, si prova a ristabilire un equilibrio: il reo, così come anche la vittima, potranno, infatti, decidere di rimanere al di fuori del circuito penale e accedere ai programmi di riparazione, indipendentemente dalle capacità economiche del soggetto attivo del reato. Questo nuovo assetto sottolinea, quindi, come si tratti di un percorso affidato sì alle parti ma all'interno di un perimetro riconosciuto dall'ordinamento, un percorso che ha una finalità di pacificazione, non solo, tra i soggetti interessati, ma anche, dell'intera collettività, come emerge chiaramente dalla normativa disciplinata dagli art. 44 ss. del Decreto. Non si tratta della gestione privata di interessi individuali, di esigenze personali, quasi esclusivamente di carattere economico, così come siamo soliti vedere negli accordi extraprocessuali che impediscono la presentazione della querela (querela nella funzione di selettore): in primo piano, si pone l'esigenza di riparare l'offesa e, in questo senso, la dimensione non potrà che tornare ad essere pubblicistica.

La particolarità, in queste ipotesi, è data poi dal fatto che il tempo della GR è stretto dentro i termini indicati per proporre querela, perché se andassimo oltre, la persona offesa non avrebbe più la possibilità di trovare riconoscimento all'interno del processo.

Sarebbe allora forse stato preferibile prevedere, anche in questo caso, come per le ipotesi di remissione della querela ex art. 129-bis co. 4 Cpp, la sospensione dei termini per presentare querela prevedendo un periodo -che potrebbe arrivare fino a sei mesi- entro il quale poter portare a compimento i programmi riparativi; nel caso di querela, i termini per la proposizione dovrebbero scadere solo dopo tre mesi. Questo ulteriore meccanismo di estensione dei tempi sarebbe, allora, particolarmente significativo per dare maggiore *chances* a queste ipotesi di poter essere efficaci sul piano applicativo. Non vi è dubbio, infatti, che, nel quadro della GR, questo che precede il processo sia il luogo più pertinente, più efficace e maggiormente idoneo per la risoluzione di quel conflitto che

ha alle spalle una dinamica relazionale che può essere risolta proprio grazie ad un dialogo reo/vittima che provi a eliminare la cesura realizzata con il reato. Si tratta di una finestra temporale particolarmente preziosa, perché quanto prima si entra in mediazione tanto maggiori saranno le possibilità di esito positivo: l'accadimento è ancora impresso nel vissuto di entrambi e non ci sono stati spazi per poterlo psicologicamente trasformare sia da parte dell'autore che della vittima.

Completano i termini del principio di accessibilità ai programmi di giustizia riparativa la previsione che consente l'avvio di un programma di giustizia riparativa per qualsiasi illecito penale. In astratto, non ci sono preclusioni nell'accesso che possano dipendere dalla fattispecie di reato o dalla sua gravità, dallo stato o grado del procedimento, dall'eventuale fase esecutiva della pena o della misura di sicurezza. L'attività riparativa disciplinata dal decreto è possibile anche una volta esaurita l'esecuzione e persino nei casi di improcedibilità per difetto di una delle condizioni, anche ai sensi dell'art. 344-*bis* Cpp per superamento dei termini di durata massima del giudizio d'impugnazione (art. 44).

L'innesto del programma riparativo sul procedimento penale è disciplinato dall'art. 129-*bis* Cpp nei termini esaminati nelle pagine precedenti: è in questa sede, che il magistrato dovrà effettuare un vaglio di ammissibilità per assicurarsi, innanzitutto, dell'assenza di pericoli per gli interessati e, inoltre, che non sia pregiudicato l'eventuale successivo accertamento dei fatti. Ma non basta il vaglio di ammissibilità da parte dell'autorità giudiziaria: si richiede anche un ulteriore filtro di fattibilità da parte del mediatore, proprio per verificare se siano emerse, dopo i primi incontri e confronti con i soggetti, criticità sul piano del pericolo per i soggetti interessati (art. 43 n. 4). Sarà, ad esempio, questa la sede in cui il mediatore potrà verificare se la persona indicata come autore neghi la sussistenza dell'accadimento stesso o la sua partecipazione, esponendo, in questo modo, la vittima ad un rischio di vittimizzazione. Come abbiamo visto, il riconoscimento dei fatti non costituisce un criterio di ammissibilità ma di fattibilità dei programmi riparativi: è evidente, infatti, che non vi potrà essere spazio per una riparazione se il soggetto indicato come autore ritenga di non avere nulla a che fare con l'accaduto e non riconosca la vittima come tale. In questo modo i diritti della vittima sarebbero sicuramente messi in pericolo.

8. Principio cardine della GR è il consenso (art. 43): si può partecipare al programma riparativo solo su base volontaria.

L'art. 48 fa riferimento ad un consenso personale, libero, consapevole, informato e soprattutto sempre revocabile⁸⁴.

Una particolare attenzione viene poi riservata ai minori. L'art 48, infatti, prevede in caso di persona di età inferiore ai quattordici anni che il consenso debba essere espresso dall'esercente la responsabilità genitoriale o, nei casi di cui all'art. 121 Cp, dal curatore speciale, sempre previo ascolto e assenso del minore stesso e tenuto conto della sua capacità di discernimento.

Rispetto alla persona di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, il Decreto prevede, invece, che il consenso sia manifestato affiancando la sua dichiarazione a quella dell'esercente la responsabilità genitoriale (o del curatore speciale). In caso di difformità tra le dichiarazioni dei due soggetti, il mediatore, sentiti gli interessati e considerato l'interesse del minore, valuta se procedere sulla base del solo consenso di quest'ultimo.

L'art. 48 disciplina, inoltre, il possibile coinvolgimento in un programma di giustizia riparativa dell'interdetto giudiziale, prevedendo che il consenso sia espresso dal tutore, previa audizione dell'interessato; se l'interdetto non è in condizioni di poter essere sentito, il consenso non potrà essere prestato dal tutore per suo conto.

Per l'inabilitato, la norma prevede che il consenso sia espresso dallo stesso e dal curatore.

⁸⁴ M. Bouschard, *Commeno*, cit., 9 ss.; G. Mannozi, *Giustizia riparativa*, cit., 475; V. Bonini, *Una riforma organica*, cit., 2 ss.; P. Maggio, *op.cit.*, 14 ss.

Per quel che riguarda la persona sottoposta ad amministrazione di sostegno, il consenso è espresso da quest'ultima, da sola o con l'assistenza dell'amministratore di sostegno, sulla base delle indicazioni formulate dal giudice tutelare, nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno *ex art. 405 Cc* o nei successivi provvedimenti di modifica o integrazione *ex art. 407 co. 4 Cc*, che possono essere emessi anche appositamente in relazione allo svolgimento del programma di giustizia riparativa.

Il Decreto ha così inteso evitare un'automatica esclusione da questi programmi delle persone non pienamente capaci di intendere e di volere, stabilendo la necessità di una valutazione in concreto che possa valorizzare una perdurante capacità di comprendere il significato del percorso. Il consenso dell'Ente è espresso dal legale rappresentante *pro tempore* o da un suo delegato.

Alla possibilità di esprimere un valido consenso è strettamente correlato il diritto all'informazione espressamente disciplinato nell'art 47. L'informativa deve essere effettiva, completa e obiettiva e riguardare i tipi di programmi effettivamente disponibili, le modalità di accesso e di svolgimento dell'*iter* riparativo, i potenziali esiti e le conseguenze all'interno del diritto penale.

Il diritto all'informazione è previsto nei confronti di tutti i soggetti che possono avere accesso ad un programma riparativo e primo destinatario del correlativo obbligo ad informare è, come abbiamo visto, l'autorità giudiziaria (art 129 *bis* Cpp).

Si fa poi carico anche ai mediatori di fornire informazioni in maniera tempestiva e completa, non solo, su cosa sia la giustizia riparativa, ma anche, circa i programmi disponibili, sulle loro modalità di svolgimento, sui possibili esiti e sugli eventuali accordi con i partecipanti, nonché, in merito alle garanzie e ai doveri previsti nel Decreto.

Nell'ottica di una partecipazione consapevole, volta a garantire la libera esplicitazione del consenso alla partecipazione al programma e l'utilità dello stesso, l'art. 47 co. 5, prevede che l'informazione sia fornita in modo adeguato all'età e alle capacità dei destinatari, con modalità personalizzate che tengano conto delle caratteristiche anagrafiche, socio-culturali, intellettive e di scolarizzazione degli stessi. Sul presupposto che il programma di giustizia riparativa si sostanzia in un processo comunicativo e dialogico che postula una conoscenza adeguata della lingua italiana, per le persone alloglotte è stabilito che l'interpretazione e la traduzione degli atti siano effettuate nella lingua madre, salva la possibilità di utilizzare una lingua veicolare (lingua o dialetto usato sistematicamente come mezzo di comunicazione tra popolazioni di diverse lingue materne o dialetti), a condizione che l'interessato ne abbia una conoscenza sufficiente ad assicurare la sua partecipazione effettiva al programma.

I programmi di giustizia riparativa vengono poi favoriti anche nei piani di trattamento tanto per i condannati quanto per gli internati (art. 13 l. 354/1975). Sempre in sede esecutiva l'autorità giudiziaria di sorveglianza può disporre l'invio dei condannati e internati a programmi di giustizia riparativa la cui partecipazione e il cui eventuale esito positivo vengono valutati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione di permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, della liberazione condizionale nonché dell'eventuale esito positivo dell'affidamento in prova (artt. 15-*bis* e 47 l. 354/1975.). La riparazione, in sede esecutiva, è molto delicata in quanto se, da una parte, si attenuano le istanze garantistiche trattandosi di un soggetto già condannato, dall'altro, la vittima ha ormai consolidato il proprio "risentimento", ha cercato di chiudere in qualche modo con quella vicenda e può essere per lei molto doloroso, complesso e rischioso riaprire quella stanza emotiva della sua esistenza.

In seguito all'adempimento dell'obbligo informativo, il mediatore è tenuto a raccogliere il consenso. Come abbiamo visto, l'autorità giudiziaria potrà solo limitarsi all'invio delle parti ai CGR, allo scopo di effettuare la valutazione di fattibilità del programma che viene lasciata in capo al mediatore. In questa fase, sembra opportuno evitare che il soggetto indicato come autore parli dell'accaduto con l'autorità giudiziaria. In questo modo, si vuole, infatti, garantire il diritto di difesa e la presunzione di innocenza, senza, però, rinunciare a capire, fin dall'inizio, se quel percorso potrà, in qualche modo, mettere a rischio la vittima, esponendola ad una vittimizzazione secondaria. È una scelta che

testimonia, ancora una volta, la costante ricerca di un punto di equilibrio, volto a tutelare le esigenze di entrambe le parti.

9. Nel Decreto sono, inoltre, previste molteplici norme poste a baluardo della separatezza tra la giustizia riparativa e quella punitiva. Il legislatore ha cercato di assicurare, in questo modo, l'incomunicabilità tra i due paradigmi, funzionale, non solo, a garantire la presunzione di innocenza dell'imputato -se dovesse mai tornare nel processo- ma anche, a consentire, in questo modo, alle parti di aprirsi liberamente, senza lo spettro di un possibile futuro responso dell'autorità giudiziaria.

Si fa specificatamente riferimento alle norme sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni o delle informazioni emerse nel corso del programma (art. 51), o sull'improduttività di effetti sfavorevoli del programma nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa (art. 58).

I dialoghi intercorsi tra le parti, nell'ambito dei programmi di giustizia riparativa, come abbiamo visto, sono confidenziali e riservati. Si tratta di condizioni indispensabili, innanzitutto, per tutelare il soggetto indicato come autore ma che rappresentano anche elementi imprescindibili per la buona riuscita del percorso riparativo e per promuovere quella la fiducia che, a sua volta, facilita il raggiungimento di forme di riconoscimento reciproco. Proprio per questo, sono previsti limiti, di natura soggettiva e oggettiva, alla conoscibilità e all'utilizzabilità delle parole che le parti si scambiano nel corso dei colloqui previsti dal programma. A totale baluardo della separatezza tra i due paradigmi, si esclude anche la presenza dei difensori, i quali, su richiesta delle parti, possono essere presenti solo in occasione dei colloqui preliminari (art. 54 co. 2) e poi in sede di definizione degli accordi relativi all'esito materiale (art. 56 co. 5); è escluso, invece, che i difensori possano essere presenti allo svolgimento della fase centrale del programma, proprio per evitare una possibile alterazione di quel percorso riparativo, sorretto da coordinate completamente diverse da quelle sottese al processo. Ne deriva, quindi, che l'unico ed esclusivo veicolo di conoscenza rispetto a quanto avvenuto, in quello spazio riservato, sarà rappresentato dalla relazione del mediatore.

A salvaguardia ulteriore del principio scolpito nell'art. 43 lett. e, l'art. 50 sancisce il dovere di riservatezza dei mediatori e del personale dei CGR rispetto alle attività e agli atti compiuti, alle dichiarazioni rese dai partecipanti e alle informazioni acquisite nel corso dei programmi, fatto salvo il caso in cui vi sia stato il consenso dei partecipanti alla rivelazione. Altra eccezione al divieto di divulgazione attiene alla necessità di evitare la commissione di imminenti o nuovi reati oppure nel caso in cui le dichiarazioni rese integrino *ex se* un reato. La garanzia di riservatezza, alla quale sono tenuti tutti i partecipanti, si estende, non solo, alla fase successiva alla conclusione del programma di giustizia riparativa, ma anche, alla fase successiva alla definizione del procedimento penale con sentenza o decreto penale irrevocabili; anche, in questo caso, l'eventuale pubblicazione delle dichiarazioni e delle informazioni acquisite è ammessa solo con il consenso dell'interessato, nel rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali.

Per meglio facilitare questo clima di confidenzialità e riservatezza per promuovere affidamento e fiducia⁸⁵, si prevede che i programmi riparativi si svolgano in luoghi diversi da quelli propri della giustizia ordinaria, per poter aiutare la manifestazione delle emozioni, la piena narrazione dei fatti e delle circostanze che le parti ritengono di condividere. Questa diversità di luoghi permette, ancora una volta, di sottolineare l'alterità tra paradigma penale e quello riparativo.

La confidenzialità e la riservatezza che caratterizzano il percorso di giustizia riparativa si riflettono anche sull'art. 51 che stabilisce l'inutilizzabilità delle rivelazioni riguardanti le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del programma, salva la deroga relativa ai contenuti della relazione del mediatore e a quella coincidente con i casi previsti dall'art. 50 co. 1 del Decreto. La sanzione è volta a tutelare in sede processuale sia l'attendibilità dell'accertamento dei fatti, sia la posizione dell'imputato, escludendo ripercussioni sfavorevoli legate alla sua partecipazione al programma di giustizia riparativa.

⁸⁵ P. Maggio, *op. cit.*, 15 s.

L'art. 52 del Decreto stabilisce poi che il mediatore non possa essere obbligato a deporre davanti all'autorità giudiziaria, né a rendere dichiarazioni davanti ad altra autorità sugli atti compiuti, sui contenuti dell'attività svolta, nonché sulle dichiarazioni rese dai partecipanti e sulle informazioni apprese per ragione o nel corso del programma di giustizia riparativa, salvo che vi sia il consenso dei partecipanti alla rivelazione oppure che il mediatore ritenga la rivelazione assolutamente necessaria per evitare la commissione di imminenti o gravi reati o infine che le dichiarazioni integrino *ex se* reato.

Lo "scudo" del segreto si estende al sequestro presso i mediatori e nei luoghi in cui si svolge il programma di giustizia riparativa, di carte o documenti relativi all'oggetto del programma, salvo che essi costituiscano corpo del reato, nonché all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni nei luoghi in cui si svolge il programma di giustizia riparativa e di conversazioni o comunicazioni dei mediatori che abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione o nel corso del medesimo programma. Il limite alla rivelazione, che viene presidiato ai co. 3 e 4 dell'art. 51 con una previsione di inutilizzabilità speciale, non è stato allargato, invece, all'ispezione e alla perquisizione.

Come abbiamo visto si tratta di garanzie volte a rendere i due paradigmi - quello riparativo e quello punitivo - impermeabili ed alternativi tra di loro, con tutte le conseguenze che abbiamo analizzato precedentemente.

10. L'art. 53 entra nel cuore della giustizia riparativa disciplinando i programmi. Non vi è dubbio che la mediazione penale, la c.d. *victim-offender mediation*, sia il programma principale al quale si fa riferimento nella normativa: essa si incentra sul dialogo diretto fra le parti, che hanno così la possibilità di raccontare l'una all'altra l'esperienza di cui sono state protagoniste e gli effetti negativi che si sono prodotti sulle loro vite, aiutate dai mediatori in un percorso di responsabilità e riconoscimento dell'altro.

Si introduce poi anche la mediazione con una vittima di un reato diverso da quello per cui si procede - la c.d. mediazione con vittima aspecifica - che sebbene non veda il coinvolgimento della vittima diretta, consente di aprire un dialogo con l'autore di un'offesa equivalente a quella da lei patita, contribuendo, in questo modo, a far raggiungere a quest'ultima un senso di "chiusura" con l'accaduto, per quanto in un reato diverso⁸⁶.

In effetti, in questi casi, come sottolinea Marco Bouchard⁸⁷, saremo, nuovamente, di fronte ad una giustizia che finisce per tornare a mettere al centro la risocializzazione del reo, piuttosto che una effettiva logica riparativa che deve, necessariamente, avere come fondamento il dialogo tra le due persone fisiche coinvolte nel fatto di reato. Tutte le volte in cui ci si allontana da questo baricentro, si finisce per abbandonare l'essenza della riparazione, tornando in una logica reocentrica. D'altra parte, in questi casi, parlare di riparazione senza la vittima effettiva del reato determina, inevitabilmente, un ulteriore senso di emarginazione per la vittima reale di quel crimine che, nonostante non abbia dato il suo assenso a quel programma, assiste, ancora una volta, ad una sua sostituzione per uno scopo che passa sopra la sua testa e da cui non trarrà alcun giovamento.

Si dovrà, quindi, solo sperare che si coinvolga la vittima surrogata molto raramente e, magari, solo in casi particolari, quando la vittima sia effettivamente irreperibile o sia deceduta dopo il fatto di reato. D'altra parte, il paradigma riparativo non si addice ad ogni situazione e, quindi, ci si deve arrestare quando la sua applicazione porterebbe a snaturare la sua essenza, con la conseguenza di finire per ledere gli stessi diritti della vittima. Per la risocializzazione del reo, allora, si dovrà trovare un metodo diverso. Se è vero che la riparazione pone su un piano di parità i due protagonisti è inevitabile che si debba abbandonare la GR, non solo, quando potrebbe finire per ledere le garanzie del soggetto indicato come autore, ma anche, quando si rischierebbe di determinare una seconda vittimizzazione.

⁸⁶ G. Mannozi, *Giustizia riparativa*, cit., 470 s.

⁸⁷ M. Bouchard, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in www.questionegiustizia.it, 7.2.23, 3 ss.

Questo non significa che non ci si debba occupare del dolore di quelle vittime che non possono confrontarsi con l'autore dell'offesa. In questi casi, si pone la necessità di colmare il vuoto che viene dalla mancanza di risposte, risposte che, invece, potrebbero arrivare dal confronto con persone dai trascorsi simili: da qui l'introduzione della vittima surrogata. Questa legittima aspettativa delle vittime non richiede, necessariamente, di incardinarsi in un percorso giuridico. La vittima aspecifica, testimonia una necessità concreta, ma la soluzione di questo disagio non va trovata nel diritto ma altrove, in percorsi che stanno al di fuori del sentiero tracciato dalla *reparative justice*⁸⁸.

L'art 53 disciplina poi altri due tipologie di programmi⁸⁹. La prima fa riferimento a quelli che nelle fonti internazionali vengono chiamati *Family group conferencing* e *Community group conferencing*⁹⁰. Questa modalità si differenzia dalla *Victim-offender mediation*⁹¹ perché non contempla solamente la presenza dei tre protagonisti – reo, vittima e mediatore – ma estende l'incontro anche a persone diverse, ovvero familiari o altri soggetti rilevanti per le parti e direttamente coinvolti nel conflitto. È una specie di mediazione allargata, un “dialogo esteso ai gruppi parentali” e/o con persone significative della comunità di appartenenza che ha come obiettivo primario il supporto alle parti.

Infine, all'art 53 lett. c si fa riferimento a «ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa»: in questo modo, si lascia aperto lo spazio per futuri nuovi sviluppi, recependo, la flessibilità, quale caratteristica propria dei programmi riparativi. Si potrà, allora, in questi casi, fare riferimento a qualsiasi ipotesi che metta al centro un dialogo tra reo e vittima, con il coinvolgimento anche di soggetti appartenenti alla comunità, intesa in senso lato. Si pensi, ad esempio, ai reati nati in un contesto condominiale o in un ambito lavorativo o ancora alle ipotesi di *cyberbullismo*. In tutte queste ipotesi, sarà fondamentale la partecipazione della comunità sociale di appartenenza, anche perché i due soggetti torneranno all'interno di quel gruppo che deve essere pronto ad accogliere sia il soggetto indicato come autore che la vittima e deve essere preparato a poterlo fare nel rispetto della dignità di entrambi.

La mancanza – finora - di una normativa puntale in materia di GR ha fatto sì che la prassi precedente avesse inserito, nei programmi riparativi, anche pratiche volte alla valorizzazione di una sola delle due parti, trascurando così che l'essenza della mediazione risiede, invece, nel dialogo dei soggetti coinvolti dal crimine. Il Decreto ha allora chiarito, una volta per tutte, cosa non è giustizia riparativa: non rientrano nei programmi riparativi le mere prestazioni a favore delle vittime a meno che non costituiscano l'esito di un accordo tra le parti; nemmeno i gruppi di sensibilizzazione con e tra autori di reato e il lavoro di pubblica utilità⁹². Sul versante della vittima, non rientrano nella riparazione gli incontri di ascolto delle sole vittime, le attività di supporto sociale, educativo, psicologico, tutte le attività orientate ad offrire un aiuto nella situazione di vulnerabilità temporanea in cui si trova la persona, a seguito dell'esperienza di vittimizzazione, sia, di carattere medico, che, psicologico o economico. Tutti questi casi si trovano al di fuori della riparazione propriamente detta.

Il legislatore ha poi scelto, in questa cornice di flessibilità, di non formalizzare le modalità di svolgimento dei programmi. D'altra parte, gli stessi programmi – nelle molteplici accezioni e applicazioni di cui sono propri – presentano caratteristiche intrinseche molto diverse, sia, in ragione

⁸⁸ G. Mannozi, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *DPP*, 2012, 833 ss., in cui si ricorda il caso in cui non era stato possibile l'incontro con l'Associazione costituitasi tra le vittime dei reati commessi da un gruppo criminale ed il condannato. In questa ipotesi il figlio di un maresciallo ucciso dalla Brigate Rosse aveva dato la disponibilità ad incontrare il reo.

⁸⁹ F. Brunelli, *Programmi di giustizia riparativa*, in *La riforma Cartabia*, cit., 32 ss.

⁹⁰ Per una ampia disamina dei vari programmi cfr. G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003, 126 s.

⁹¹ V. Del Tufo, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Torino 2009, 118 s.; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, cit., 125 s.

⁹² F. Brunelli, *op. cit.*, 32 ss.

delle parti legittimate a partecipare, sia, in merito degli obiettivi prefissati dal programma medesimo. Di conseguenza, è difficile poter addivenire ad una disciplina normativa che, unitariamente, possa definire un'unica tipologia procedimentale “standardizzata”, capace di poter essere indistintamente applicata a tutti i programmi di giustizia riparativa⁹³. In effetti, una soluzione normativa del genere sarebbe andata palesemente contro le caratteristiche intrinseche (informalità, fluidità) dei programmi riparativi stessi. Bene ha fatto, allora, il Legislatore a predisporre una disciplina unitaria che contribuisca a conferire organicità alla materia, senza però imbrigliarla entro maglie strette che penalizzerebbero la riuscita o l'evoluzione dei programmi stessi⁹⁴. In questo modo, ha lasciato degli spazi operativi entro cui gli stessi servizi di giustizia riparativa potranno intervenire per apportare modifiche funzionali al raggiungimento della massima efficienza procedimentale e garantire, in tal modo, una sorta di “sviluppo naturale” dei nuovi paradigmi di giustizia riparativa⁹⁵.

Le parti (il soggetto indicato come autore e la vittima) vengono sentite dapprima separatamente, in un clima di accoglienza ed ascolto, per dare spazio alle singole persone e permettere loro di raccontare il proprio “vissuto”, di esprimere la propria sofferenza; ciò è importante, soprattutto, per la vittima che, per la prima volta, è chiamata a manifestare la sua rabbia, la sua paura e le sue aspettative.

Vi sarà una prima fase interlocutoria, caratterizzata, come abbiamo accennato, dallo svolgimento, ad opera del mediatore, di colloqui preliminari con le parti separatamente, per valutare la loro volontà di aderire, o meno, allo svolgimento di programmi di giustizia riparativa. In questa fase, ad opera del mediatore stesso, devono essere adempiuti gli obblighi informativi indicati nel Decreto, finalizzati a far sì che le parti possano prendere una decisione consapevole circa l'opportunità di avviare un percorso di riflessione e superamento delle conseguenze dannose del reato.

In questa fase preliminare è necessario che i mediatori siano in grado di poter verificare quanto reale ed effettivo sia il consenso delle vittime. Non vi è dubbio, infatti, che in molti casi, soprattutto all'inizio, quello che induce i soggetti a rivolgersi ai CGR sia qualcosa di molto lontano dalla reale volontà di dialogare: il reo avrà in mente la possibilità di evitare il carcere o vedere diminuita la sanzione e la vittima penserà di poter utilizzare quel luogo per le sue rivendicazioni, per poter smascherare il soggetto che ha davanti, per potersi vendicare. Saranno i mediatori a capire se vi siano spazi reali per poter proseguire e riuscire a far entrare le parti in una dimensione altra, se vi sia, comunque, la concreta possibilità da parte dei due soggetti di riuscire a spogliarsi delle proprie insoddisfazioni, paure, rancori ed entrare in una concezione nuova e dialogica di Giustizia. Preparare il terreno per la fase successiva non è compito facile, soprattutto, perché il soggetto indicato come reo e la vittima sono tendenzialmente restie, all'inizio, ad incontrare l'altro.

Si deve partire, come sappiamo, dal fatto che i due soggetti in questa fase non si trovano in una situazione di parità perché c'è una parte che ha arrecato un fatto ingiusto ed un'altra che lo ha subito: da qui si deve iniziare, per poter arrivare ad un riconoscimento della vittima come persona, e solo dopo questo riconoscimento sarà possibile aprirsi all'altro.

Per questo motivo il mediatore deve spiegare in che cosa, effettivamente, consista la mediazione, specificando quali siano i possibili vantaggi, spiegazioni che saranno differenti a seconda del soggetto che si ha di fronte. Alla vittima bisogna far comprendere che la mediazione costituisce uno spazio strutturato e protetto di ascolto, nel quale la stessa ha la possibilità di narrare a tutto tondo il proprio vissuto, le proprie angosce e, in questo modo, provare a superare i sentimenti di solitudine, di sfiducia e a trovare una risposta alle domande che generalmente ci si pone dopo aver subito un fatto criminoso. Con il soggetto indicato come autore sarà, invece, necessario iniziare dal torto che ha arrecato e portarlo a riconoscere la vittima come persona.

Il mediatore già in questa fase deve mostrarsi un ascoltatore empatico e attivo.

⁹³ V. Bonini, *Una riforma organica*, cit., 735 s.; F. Brunelli, *op. cit.*, 37.

⁹⁴ F. Brunelli, *op. cit.*, 39 ss.

⁹⁵ V. Bonini, *Una Riforma organica*, cit., 732 ss.

Una volta ottenuto il consenso, egli dovrà decidere il numero degli incontri e la durata degli stessi, in relazione alla tipologia del caso.

La riparazione, come sappiamo, può sempre essere interrotta da una delle parti, da entrambe o dai mediatori stessi, se valutano che le regole ed i principi della riparazione non siano stati rispettati o qualora non siano in grado di garantire la tutela dei soggetti presenti. L'interruzione della mediazione non pregiudica, in alcun modo, come abbiamo visto - e come espressamente stabilito dall'art 56 - il regolare svolgimento del giudizio penale in relazione al quale è stato chiesto l'intervento di riparazione.

11. L'art. 56 del Decreto disciplina l'esito dell'incontro riparativo che può consistere in una prestazione di tipo materiale o simbolico. L'accordo riparativo, secondo quanto previsto dalla normativa, deve essere ragionevole e proporzionato. Al mediatore si chiede di accertare che vi sia stata un'effettiva ripresa della relazione interrotta tra i due soggetti, che vi sia stato un reale riconoscimento dell'altro come persona e che la vittima sia appagata del risultato raggiunto.

In questa fase conclusiva, del programma, in cui si passa alla redazione dell'accordo, è concesso alle parti di farsi nuovamente affiancare dal proprio difensore.

La nozione di esito riparativo proposto dall'art. 42 è ampia: «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti».

L'art 56 del Decreto poi specifica che l'esito può essere simbolico o materiale.

I gesti di riparazione simbolica possono comprendere l'offerta di scuse, la progettazione di momenti o tempi condivisi anche con altri, la definizione congiunta di regole da rispettare per la successiva convivenza o, ancora, l'impegno a svolgere attività socialmente utili presso servizi sociali o culturali. La riparazione simbolica, quanto vettore di riconoscimento dell'altro, finisce allora col rappresentare un indicatore irrinunciabile di buona riuscita della mediazione. Si tratta di gesti – non necessariamente collegati al tipo di reato commesso – ma funzionali a ricostruire una relazione fra le parti e anche con la comunità di appartenenza.

La riparazione materiale diventa, invece, la prova dell'impegno a riconoscere il danno cagionato, a non cancellare la memoria del male e, perciò, ad offrire una *chance* di superamento dell'esperienza di vittimizzazione.

Dobbiamo poi evidenziare come la prestazione riparatoria è individuata, non solo, tenendo conto delle necessità di reintegrazione e riparazione manifestate dalla vittima ma, anche, alla luce delle capacità del soggetto indicato come autore. L'esito materiale, quindi, si può dire che sia co-deciso tra i due soggetti, in una proiezione di massima personalizzazione⁹⁶. In effetti, la natura bidirezionale dell'esito materiale è una caratteristica propria dei programmi riparativi⁹⁷: anche in questo possiamo notare la profonda diversità con quello che avviene nel processo penale dove la sanzione è solo quella stabilita unilateralmente dall'autorità giudiziaria.

L'art. 55 garantisce tempi adeguati alla risoluzione del programma; in questo modo, si vuole evitare che le parti possano accedere o debbano concludere quando non si sentano realmente pronte. La norma mette al centro i tempi interiori delle persone: non si stabilisce, infatti, alcun termine perentorio per lo svolgimento dei programmi⁹⁸. A questa regola generale, fanno eccezione due ipotesi nell'ambito dei reati procedibili a querela. Innanzitutto, se i programmi riparativi vengono attivati prima di accedere al processo, la riparazione dovrà rimanere dentro i tempi previsti per la proposizione della querela stessa, altrimenti se l'esito riparativo fosse negativo o venisse interrotto, la vittima si troverebbe sfornita della tutela per i propri interessi. L'altro caso è quello stabilito espressamente

⁹⁶ M. Venturoli, *Verso un nuovo paradigma*, cit., 14 s.

⁹⁷ P. Maggio, *op. cit.*, 9, l'Autrice sottolinea come i protagonisti del modello riparativo «partecipano, tutti insieme, in modo volontario ai programmi, esaltando la democraticità del processo».

⁹⁸ G. Di Chiara, *La premura e la clessidra*, cit., il quale efficacemente parla della necessità di assecondare il bisogno di silenzio delle parti.

dall'art. 129-bis co. 4 Cpp in cui si prevede che per i reati perseguibili a querela soggetta a remissione l'autorità giudiziaria possa sospendere il procedimento o il processo per lo svolgimento del programma di giustizia riparativo per un periodo non superiore a centottanta giorni.

L'esito della riparazione viene restituito all'autorità giudiziaria in modo sintetico, nel rispetto della confidenzialità sui contenuti del dialogo. La norma mostra di riconoscere anche nella fase finale - e, si potrebbe dire, soprattutto nella fase finale - la necessità di una assoluta separatezza tra il paradigma riparativo e quello punitivo: infatti, il mediatore potrà inserire nella sua relazione solo degli indicatori di percorso e non di contenuto, e la natura dell'esito riparativo raggiunto.

Anche la mancata effettuazione del programma viene comunicata al magistrato senza che, tuttavia, tale eventualità, come abbiamo visto, possa essere utilizzata in *malam partem*. Il mediatore, anche in questo caso, restituirà una comunicazione sintetica, senza entrare nel contenuto degli scambi avuti con le parti.

12. Come abbiamo visto in precedenza, la Riforma si regge, in gran parte, sulla competenza e capacità dei mediatori a cui è affidato il difficilissimo compito di accompagnare le parti al riconoscimento reciproco, senza poter interferire su questo percorso direttamente, ma solo “da lontano”. Inoltre, come abbiamo visto, sarà sempre compito dei mediatori quello di “smascherare” le situazioni in cui i due soggetti, per motivi diversi, si trovino in mediazione, ma senza essersi veramente messi in gioco. Sarà essenziale poterlo capire il prima possibile, perché questo sfruttamento dello spazio della mediazione per altri fini potrebbe implicare la violazione dei diritti della vittima, da una parte, e delle garanzie del soggetto indicato come autore, dall'altra.

Il mediatore deve assumere un ruolo di “equiprossimità” nei confronti delle parti: nel rispetto delle istanze e delle esigenze delle parti, egli deve tentare di avvicinarsi empaticamente alle loro richieste, piuttosto che astrarsi dalle stesse, mantenendo un certo distacco dai loro bisogni.

In questo modo, si intende, tra l'altro, garantire che il facilitatore non parteggi per le istanze di una parte a discapito delle esigenze dell'altra, secondo uno schema che risulterebbe eccessivamente sbilanciato nelle dinamiche di dialogo e conciliazione alle quali le procedure riparative sono orientate. L'imparzialità non implica, però, che il facilitatore mantenga un ruolo passivo nel processo comunicativo: egli deve agire al fine di condurre le parti verso soluzioni che siano bilanciate ed efficaci, intervenendo qualora il dialogo sbandi verso soluzioni i cui contenuti non sarebbero equi o ragionevoli.

Diversamente, dal giudice, il mediatore non ha evidentemente il potere di giudicare, bensì quello di facilitare il riconoscimento reciproco tra le parti. Mentre il giudice è terzo in quanto ‘neutrale’, il mediatore è terzo in quanto sta accanto ad entrambi i partecipanti. L'avvicinamento empatico alle parti deve essere perseguito, sia, attraverso una conoscenza approfondita dei fatti oggetto della controversia, sia, per il tramite di un ascolto approfondito, che non si limiti alle formalità dell'ascolto tipiche del procedimento penale – nel quale le dichiarazioni delle parti sono filtrate e finalizzate all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato – ma che si estenda alla comprensione dei bisogni correlati alla commissione di un fatto di reato⁹⁹. In quest'ottica di vicinanza e prossimità alla vittima e al soggetto indicato come autore è possibile garantire, tramite l'operato del facilitatore, che i programmi riparativi vengano effettuati nel rispetto della dignità e all'insegna del rispetto reciproco delle parti.

Al mediatore poi deve essere garantita l'indipendenza rispetto alle altre autorità statali preposte all'accertamento della responsabilità penale. Da questo punto di vista, infatti, è doveroso garantire che, nello svolgimento dei programmi riparativi, il facilitatore non sia sottoposto nel suo operato ad altre autorità giudiziarie, dal momento che la carenza di autonomia procedurale potrebbe minare l'effettiva riuscita dei paradigmi riparativi.

⁹⁹ G.A. De Francesco, *Il silenzio*, cit., 12, l'Autore sottolinea come l'opera del mediatore dovrà conformarsi ad un'etica di rango più elevato rispetto a quella dell'autorità giudiziaria, proprio per i delicatissimi compiti che gli sono affidati.

Il mediatore non giunge ad una decisione, ma deve condurre la procedura di dialogo e confronto delle parti affinché – qualora ve ne sia la possibilità – queste ultime addiventano, di per sé, ad una soluzione della controversia che esse ritengano equa, giusta e sostenibile.

In definitiva, il mediatore deve supportare le parti nell'individuazione di una soluzione riparatrice, non etero-imposta ma proveniente dalle parti stesse. Questo implica, ovviamente, che il mediatore non ricopra un ruolo meramente passivo, ma aiuti – senza mai decidere – le parti a trovare dei punti di contatto per giungere ad una soluzione riparatrice che soddisfi reciprocamente le istanze di cui sono portatrici le parti.

Appare subito chiaro che la figura del mediatore rappresenta la vera e propria chiave di volta del sottosistema delineato dal Decreto in commento, essenziale in ognuno dei programmi di giustizia riparativa previsti dal Legislatore.

Da quanto appena detto, discende che la riuscita dei programmi dipende, in larga parte, dalla professionalità e competenza del mediatore. Egli deve farsi fautore della “ricomposizione dei rapporti intersoggettivi”, attraverso un processo che renda la vittima disposta ad ascoltare e accogliere l'impegno riparatorio dell'autore e, al contempo, quest'ultimo capace di comprendere il danno arrecato e di maturare un senso di responsabilizzazione, contribuendo, in tal modo, ad un'effettiva pacificazione sociale.

Un'attività complessa, come quella del mediatore non può prescindere da una formazione molto ampia ed articolata. La conoscenza a fondo delle dinamiche ed dei fatti materiali della controversia è presupposto indispensabile del lavoro con le parti e della prestazione - da parte di quest'ultime - di un valido e consapevole consenso alla partecipazione. Inoltre, egli deve comprendere le istanze di cui le parti si facciano portatrici per indirizzarle, anche tramite dei programmi o bozze di accordo, verso una definizione concordata del conflitto. È evidente che per poter fare questo è necessario che, oltre alle tecniche di mediazione, egli abbia approfondita conoscenza del diritto penale, per individuare le implicazioni giuridiche e possieda capacità di penetrare nelle dinamiche conflittuali.

Sono compiti delicati e complessi che solo una formazione articolata e interdisciplinare può accordare a questa figura¹⁰⁰.

Il Decreto in commento, in effetti, conferisce particolare rilievo alla formazione e alle competenze professionali che deve possedere il mediatore per svolgere la sua funzione: assicurare il corretto svolgimento dei programmi riparatori ed il rispetto delle garanzie e dei diritti di entrambe le parti.

Il percorso formativo richiesto – non solo iniziale, ma continuativo – è funzionale, nell'ottica legislativa, a consentire al mediatore di proiettare uno sguardo più ampio sulle vicende umane e sui modi per gestirle, di andare oltre i fatti oggettivi e di ricercare modalità di superamento del conflitto che affrontino le radici degli eventi che l'hanno generato, sì da dare risposte adeguate alle offese, ai sentimenti compromessi, alle aspettative deluse, alla dignità.

A tale scopo, il legislatore delegato ha disciplinato modalità di formazione teoriche e pratiche, conseguibili attraverso corsi universitari e soprattutto mediante esperienze concrete, sperimentabili nei CGR¹⁰¹.

Se, in astratto, tutti coloro che ne hanno i requisiti possono ricoprire il ruolo di mediatori, il concreto banco di prova previsto dalla legge di Riforma è rappresentato dal superamento della prova finale teorico-pratica, le cui modalità di svolgimento sono state rimesse alla regolamentazione del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali e con il Ministro dell'Università e della Ricerca e con l'ausilio della Conferenza Nazionale per la Giustizia Riparativa. Tutti gli aspetti che sono stati espressamente disciplinati da due recenti decreti attuativi¹⁰².

¹⁰⁰ G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia*, cit., 133 s.

¹⁰¹ E.A.A. Dei Cas, *op. cit.*, 10 ss.

¹⁰² Decreto attuativo 23A03847, il quale si occupa della disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualificazione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva della stessa; Decreto attuativo (23A03848), il quale si occupa, inoltre, della disciplina delle forme e dei tempi della formazione

Al fine di assicurare il reperimento di mediatori, nelle more della messa a sistema della giustizia riparativa e nell'ottica di salvaguardia del patrimonio di esperienza conforme agli *standard* europei già esistente nel territorio nazionale, la disciplina transitoria prevede all'art. 92, a garanzia dell'accertamento della qualità dei servizi esistenti, l'affidamento alla Conferenza locale della valutazione del profilo dei mediatori e dell'esperienza maturata da ciascun servizio almeno nell'ultimo quinquennio, nonché della verifica della coerenza delle prestazioni erogate con le disposizioni dettate dagli artt. 42 (definizioni) e 64 (forme di gestione).

L'art. 93, disciplina poi l'iscrizione di diritto nell'elenco dei mediatori esperti dei professionisti dei servizi di giustizia riparativa già esistenti, a condizione che dimostrino di aver completato un percorso formativo e siano in possesso di un'esperienza almeno quinquennale. Nell'albo possono poi iscriversi le persone che hanno completato un percorso formativo teorico e pratico, seguito da un tirocinio, e superato una prova pratica valutativa e anche i funzionari del Ministero della Giustizia in servizio presso i servizi minorili della giustizia o presso gli uffici di esecuzione penale esterna, a condizione che abbiano completato un percorso formativo inerente alla giustizia riparativa in materia penale e siano in possesso di un'adeguata esperienza almeno quinquennale, acquisita in materia, nel decennio precedente alla data di entrata in vigore del Decreto.

La Riforma, quindi, ha ben centrato l'esigenza che la formazione dei mediatori debba essere, non solo, teorica, ma anche, pratica: due dimensioni essenziali ed imprescindibili per la buona riuscita della riparazione.

13. Se il Capo IV regola la formazione dei mediatori esperti e individua i requisiti per l'esercizio dell'attività¹⁰³, il Capo V, invece è, dedicato alla creazione delle strutture competenti a gestire, coordinare e monitorare i programmi di GR, nonché all'individuazione delle norme attraverso cui garantire la formazione e l'abilitazione dei mediatori penali.

Nell'art 61 si prevede l'istituzione della Conferenza Nazionale per la giustizia riparativa presso il Ministero della Giustizia. La Conferenza avrà il compito di indicare i livelli essenziali delle prestazioni, di monitorare i servizi e di programmare le risorse¹⁰⁴. L'art. 63 prevede che presso ciascun distretto di Corte d'Appello del territorio nazionale sia istituita la Conferenza locale per la giustizia riparativa: i servizi di giustizia riparativa dovranno, quindi, essere garantiti sull'intero territorio nazionale ed erogati da «strutture pubbliche facenti capo agli enti locali e convenzionate con il Ministero di Giustizia»¹⁰⁵.

Nel titolo VI, tra le disposizioni transitorie, si fa riferimento al fatto che nel primo elenco dei mediatori esperti possono essere inseriti tutti i soggetti che siano già in possesso dei requisiti di professionalità ed esperienza, ex art. 93. Per la prima apertura dei CGR, la CLGR provvede alla ricognizione dei servizi attualmente erogati da soggetti pubblici o privati specializzati; valuta la coerenza delle prestazioni fornite e dei requisiti degli operatori, secondo gli *standard* indicati nel Decreto; infine, redige un elenco a cui attingono gli enti locali. Nel primo «elenco dei mediatori esperti» possono essere inseriti i soggetti già in possesso dei requisiti di professionalità e di esperienza, secondo quanto specificato dall'art. 93. In sintesi, le disposizioni transitorie valorizzano le professionalità già maturate in questi venticinque anni di «sperimentazione», al fine di assicurare in tempi brevi il coordinamento fra GR e sistema penale.

finalizzata a conseguire la qualificazione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva della stessa. In GU serie generale n. 155 del 5.7.2023.

¹⁰³ M. Bouchard, *Commento*, cit., 7 ss.

¹⁰⁴ R. Ribon, *I servizi per la giustizia riparativa. Verso un assetto organizzativo integrato della giustizia*, in *Una Riforma*, cit., 53.

¹⁰⁵ A. Lorenzetti, *Giustizia Riparativa ed enti locali: quale possibile ruolo?*, in *Queste Istituzioni* 2021, 3 s.

LA RISCOPERTA DELLA *POENA NATURALIS*: NOTE A MARGINE DI UNA RECENTE QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ

di Marco Edgardo Florio (*Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*)

Alla luce della recente questione di costituzionalità formulata dal Tribunale di Firenze in materia di *poena naturalis*, il contributo intende sviluppare alcune riflessioni più approfondite sulla sostanza giuridica di questo istituto, sulla rilevanza che lo stesso dovrebbe esser eventualmente chiamato ad assumere all'interno del nostro ordinamento costituzionale e sulle modalità attraverso le quali lo stesso potrebbe esser introdotto. Tutto ciò, ovviamente, senza trascurare di focalizzare l'attenzione anche sulle *chance* d'accoglimento che l'iniziativa assunta dal Tribunale di Firenze potrebbe avere e sui “passi falsi” che l'ordinanza di rimessione sembrerebbe aver compiuto.

In the light of the recent issue of constitutionality formulated by the Court of Florence about *poena naturalis*, this contribution intends to develop some more in-depth reflections on the legal substance of this institute, on the relevance that the same should eventually be called upon to assume within our constitutional system and on the modalities through which it could be introduced. All this, of course, without neglecting to focus attention also on the chances of success that the initiative taken by the Court of Florence might have and on the ‘missteps’ that the ordinance of referral would seem to have made.

SOMMARIO: 1. La “riesumazione” della *poena naturalis* in una recente ordinanza di rimessione. – 2. Alcune necessarie puntualizzazioni sul concetto di *poena naturalis*: la “colpa” come suo terreno elettivo? – 3. Il riconoscimento giuridico accordato alla *poena naturalis* nel mondo: un rapido giro d'orizzonte su alcune delle soluzioni adottate in altri ordinamenti e sul progetto di riforma “Pagliaro”. – 4. Gli effetti della *poena naturalis*, tra “bisogno di pena”, esigenze di “umanità” e compensazione della “colpevolezza”. – 5. La necessità di una “proporzione” con la pena naturale sofferta. – 6. “Luci” e “ombre” dell'ordinanza di rimessione del T. di Firenze. – 7. La problematica individuazione della disposizione da sottoporre al giudizio di costituzionalità. – 8. Cosa aspettarsi dalla Corte? Alcune brevi riflessioni sul percorso “interventista” intrapreso dalla Consulta, in attesa della sua decisione.

1. Con ordinanza datata 20.2.2023, il Tribunale di Firenze ha “riesumato” un tema che, da noi, sembrava aver perso gran parte del suo *appeal* (dopo essere comunque rimasto ai margini dell'elaborazione scientifico-penalistica per decenni): il tema della c.d. *poena naturalis*. Con l'ordinanza in parola, il Tribunale, mostrando una sensibilità particolare per una delle questioni che maggiormente potrebbero spingere l'interprete italiano a guardare alla punibilità della colpa come ad una vera e propria *Strafлотterie*, una «barbara “lotteria della pena”»¹, ha invero sollevato una questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 529 Cpp, chiedendo «alla Corte Costituzionale di introdurre nell'ordinamento italiano, nei procedimenti per reati colposi, la possibilità per il giudice di astenersi dal condannare l'imputato allorché questi abbia già patito – per

¹ Raggiugli circa l'utilizzo dell'espressione nella letteratura di lingua tedesca in F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, I, Padova 1994, 333, nt. 397; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 105 ss. L'idea che nei reati colposi l'evento potesse riguardarsi come una sorta di condizione obiettiva di punibilità era comunque già riconosciuto dalla letteratura italiana dei primi del Novecento [cfr. per tutti O. Vannini, *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, in *Studi senesi* 1927, 202 ss.].

il fatto di avere cagionato la morte di un congiunto – una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso»².

Allo stato attuale, a fronte di una pena naturale che abbia colpito l'agente, l'ordinamento italiano, infatti, non solo «non prevede la possibilità per il giudice di emettere sentenza di non doversi procedere» (di qui la rimessione della questione alla C. cost.), ma non permette neppure di attenuare in maniera significativa la risposta sanzionatoria a tutta prima comminata dal sistema. L'efficacia giuridica della *poena naturalis* resta in buona sostanza confinata (o almeno così pare: v. però quanto verrà detto *sub* § 7) nei limiti di rilevanza che gli vengono riconosciuti dalla prassi tramite gli artt. 62-bis Cp (dal momento che si riconosce che la stessa possa quantomeno rappresentare un fattore d'attenuazione diverso da quelli espressamente richiamati dall'art. 62 Cp) e 133 Cp (in virtù della discrezionalità che tale previsione notoriamente attribuisce all'organo giudicante in materia di commisurazione della pena): quel che il sistema ammette e concede (secondo l'opinione di gran lunga prevalente), in breve, è una “modesta” riduzione di pena (in misura corrispondente ai minimi edittali, o prossima a tali limiti, con riduzione fino a un terzo per l'operatività dell'art. 62-bis Cp)³.

Onde valutare meglio quanto il sistema italiano (così concepito) possa rivelarsi costituzionalmente “legittimo” e, di conseguenza, anche per comprendere quante e quali *chances* d'accoglimento abbia davvero la questione sollevata dinanzi alla C. cost. (anche alla luce del nuovo percorso “interventista” che la stessa sembrerebbe aver ormai intrapreso, e che ha portato quest'ultima, sempre più, a dismettere i panni del giudice per assumere, invece, “vesti” più simili a quelle di un «legislatore allo stato puro», con – a giudizio di alcuni – «intollerabile» *vulnus* per il fondamentale «principio di separazione dei poteri»)⁴, verranno nel prosieguo del contributo sviluppate alcune riflessioni più approfondite su alcuni temi che – in Italia – sono rimasti a lungo “trascurati”, quali la sostanza giuridica della *poena naturalis* e la rilevanza che la stessa dovrebbe esser eventualmente chiamata ad assumere all'interno del nostro ordinamento costituzionale.

2. Com'è noto, sono molti i dubbi che aleggiavano sulla permanente giustificabilità dell'intervento del diritto penale nel settore delle fattispecie commesse per colpa (se non altro laddove la colpa finisca per essere penalmente sanzionata – come ancora oggi accade in Italia – fino al suo massimo “estremo”, ossia sino al limite della colpa lieve; mentre più discutibili sono le prospettive radicalmente abolizionistiche in fatto di colpa). Dubbi generati da una molteplicità di fattori interagenti, come: a) il fatto che la colpa coinvolga davvero tutti⁵; b) che la stessa presenti un'ineliminabile componente di “casualità”⁶; c) che punire la colpa possa talvolta portare a trascurare

² Così T. Firenze 20.2.2023, in www.giurisprudenzapenale.it, 14.3.2023 (con nota di M. Zincani, *Pene naturali e derogabilità dei minimi edittali*), e in www.sistemapenale.it, 18.2.2023 (con breve nota di A. Aimi, *Alla Corte costituzionale un'inedita questione in tema di proporzionalità della “pena naturale” nell'omicidio colposo realizzato ai danni di un prossimo congiunto*).

³ Come osserva M. Zincani, *Pene naturali*, cit., 8.

⁴ Cfr. A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 27.11.2019, 2; A. Morelli, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Torino 2020, 330. Sono note, del resto, le critiche – spesso radicali – piovute sulla più volte commentata C. cost., 25.9.2019 n. 242 [sulla quale si v., per tutti, M. Donini, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, ivi, 205 ss.].

⁵ Cfr. M. Donini, *Chi è senza reato scagli la prima pietra*, in www.ilriformista.it, 30.12.2021, 9.

⁶ Cfr., per limitarci agli svolgimenti della dottrina italiana più recente (ma v. anche le opere citate *supra*, *sub* nt. 1): L. Eusebi, «Gestire» il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione», in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Milano 2018, 965; Id., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *RIDPP* 2006, 1070 ss.; Id., *La prevenzione dell'evento non voluto*, in *Studi in onore di M. Romano*, II, a cura di M. Bertolino, G. Forti, L. Eusebi, Napoli 2011, 964 ss.; M. Mantovani, «Diritto penale del caso» e prospettive de lege ferenda, ivi, 1061 ss.; A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *RIDPP* 2005, 534; N. Mazzacupa, *L'apparente prossimità della colpa penale a*

il valore “conoscitivo” spesso attribuibile all’errore⁷; c) che la stessa si sia quasi sempre tradotta, nella prassi, in un’indecorosa “caccia alle streghe”⁸. Tutti fattori, quelli menzionati, che inevitabilmente tendono ad acuirsi là dove si ponga mente anche al fatto che l’evento lesivo involontariamente cagionato dall’agente, spesso e volentieri, finisce per produrre nei suoi confronti effetti non meno pregiudizievoli di quelli che, in termini di afflittività, gli potrebbero derivare dall’irrogazione da parte dell’ordinamento di una pena tradizionalmente intesa, così configurandosi alla stregua di una vera e propria *poena naturalis*. Molti, del resto, sono gli esempi che si potrebbero addurre a supporto di quanto detto (basti pensare al genitore che finisca involontariamente per cagionare la morte del figlio nell’incidente d’auto dallo stesso causato)⁹.

Ma a che cosa si allude esattamente quando si discorre di *poena naturalis*? Il concetto è all’evidenza piuttosto risalente, tant’è vero che dello stesso, negli anni, ci sono state offerte innumerevoli definizioni, tanto politico-filosofiche (*de lege ferenda*), quanto giuridiche (là dove la *poena naturalis* è stata tradotta all’interno di concreti istituti giuridici sostanziali o processuali: v. *infra*, §3). In questa sede, dal momento che ci stiamo occupando di verificare quali possibilità abbia la *poena naturalis* di esser introdotta nel sistema giuridico italiano, in cui essa, perciò, non è ovviamente ancora divenuta “giuridica”, ci interessa soprattutto mettere a fuoco una preliminare definizione politico-filosofica del concetto, che possa fungere da idonea base di partenza. Sebbene molte delle definizioni di questo tipo proposte risultino sufficientemente accurate e semplici da comprendere¹⁰, alla maggior parte di esse fa invero difetto una comprensione più nitida delle caratteristiche che il male subito dall’autore dell’illecito dovrebbe presentare per poter essere considerato alla stregua di una vera e propria *poena naturalis*. Non qualsiasi “male” sembra invero qualificabile nei termini anzidetti.

L’etichetta (*poena naturalis*) pare innanzitutto trovare la propria radice semantica nell’idea che tale tipologia di “pena” debba per forza di cose trovar causa in un qualcosa di naturale; in un imprevedibile o inevitabile «dolore prodotto dal fato, dal caso fortuito o da forza maggiore, collegato direttamente in termini di causalità naturale con la previa commissione di un delitto da parte di chi lo subisce»¹¹.

L’aggettivo *naturalis*, sin dai tempi di Kant e Hobbes (si v. i riferimenti contenuti nelle loro opere, *La metafisica dei costumi* e *Leviatano*), in effetti, si è sempre prestato a segnalare lo scarto esistente tra tale tipologia di pena e quella statale (c.d. *poena forensis*)¹², rappresentando la prima una pena

garantismo e ultima ratio, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, Bologna 2013, 40 ss.; D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli 2021, 7 e 128; L. Cornacchia, *Responsabilità colposa: irrazionalità e prospettive di riforma*, in *AP*, 2, 2022, 1 ss.

⁷ Cfr. G. Giorello, P. Donghi, *Errore*, Bologna, 2019, 81.

⁸ Cfr., per tutti, M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna 2022, 15 ss., 41 ss. Sulla logica del “capro espiatorio” v. poi i contributi raccolti nel volume a cura di G. Forti, C. Mazzucato, A. Provera, A. Visconti, *L’ombra delle “colonne infami”. La letteratura e l’ingiustizia del capro espiatorio*, Milano 2022, *passim*.

⁹ Forma di *poena naturalis* particolarmente frequente nella prassi della circolazione stradale, anche al di fuori dei confini nazionali [si v. la casistica riportata da M.D. Chong, J. Fellows, F. Richards, *Sentencing the ‘Victimised Criminal’. Delineating the Uncertain Scope of Mitigatory Extra-Curial Punishment*, in *Sydney Law Review*, 35(2), 2013, 395 ss.]. In realtà è tutto il settore della circolazione stradale a rappresentare un terreno particolarmente “fertile” per pene naturali di qualsivoglia sorta [cfr. M. Mantovani, *In tema di omicidio stradale*, in *DPC*, 2, 2015, 153 ss.].

¹⁰ Così, ad es., quella di E. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*², Buenos Aires 2014, 743, che descrive la *poena naturalis* come un «male grave che l’autore si autoinfligge a causa del delitto, o che viene imposto da terzi per la stessa ragione».

¹¹ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona 2018, 156 ss.

¹² Il primo, in particolare, riteneva che «la punizione giuridica (*poena forensis*)» dovesse esser «distinta dalla punizione naturale (*poena naturalis*), per mezzo della quale il vizio si punisce da sé stesso, e che il legislatore non deve prendere» però «affatto in considerazione» [cfr. I. Kant, *La metafisica dei costumi*, I, *La dottrina del diritto* (trad. it. a cura di G. Vidari), Torino 1983, 174]. È con Hobbes che inizia invece a parlarsi di *poena naturalis* come emanazione di un castigo divino, ancora una volta, peraltro, con riconoscimento di un’alterità rispetto alla pena statale, che impedirebbe alla prima d’incidere sulla seconda («tutte le volte che a certe azioni vengono connesse naturalmente certe conseguenze negative, come quando un tale, nel tentativo di assalire un altro, si uccida o ferisca con le proprie mani, o quando cade ammalato per aver commesso un’azione contraria alla legge; un danno di tal genere, sebbene di fronte a Dio, autore della natura,

mediante la quale l'agente finisce in buona sostanza per castigarsi da sé, per “volere” del fato (di qui la commistione frequentemente ravvisatasi con i concetti di “pena divina” e “pena morale”)¹³. Il carattere di alterità che tale pena presenta rispetto alla pena statale è effettivamente indubbio e non ha mancato di venir colto anche in taluni studi più recenti, sia pur non sempre con argomentazioni pienamente convincenti (si prenda ad es. uno dei più noti scritti di Fletcher, in cui si osserva come alla *poena naturalis* farebbero difetto alcuni elementi ritenuti essenziali dall'A. per potersi parlare di *poena forensis*: «l'irrogazione intenzionale da parte di esseri umani diversi dall'autore del reato» e «la disposizione e irrogazione da parte di un'autorità costituita nell'ordinamento giuridico contro cui il reato è commesso»)¹⁴.

Per cogliere il carattere proprio della pena naturale, dunque, è sull'aggettivo “naturale” che bisogna *in primis* porre l'accento. Tale aggettivo non vale infatti soltanto a sancire il carattere di alterità che chiaramente intercorre tra tale tipologia di “pena” e la pena statale, ma si presta altresì ad evidenziare almeno alcune delle sue caratteristiche salienti.

Il fatto che si parli di una pena “naturale”, invero, sembra ad es. escludere già in radice che possa parlarsi di una “pena” di tal fatta tutte le volte in cui sia una decisione volontaria del soggetto o di terzi a cagionare la conseguenza afflittiva menzionata. Per questo motivo, quando il danno sia messo in conto dall'autore come conseguenza certa della propria condotta, o persino autoinflitto volontariamente, non si dovrebbe a stretto rigore parlare di *poena naturalis* (neppure qualora si volesse intendere il concetto in un'accezione assai più lata del normale)¹⁵.

Facendo leva su simili considerazioni, però, il concetto di *poena naturalis*, se inteso in senso stretto, non dovrebbe neppure prestarsi a ricomprendere (v. in particolare l'autorevole posizione espressa da Silva Sánchez in proposito) gli eventi lesivi realizzati per colpa, che non appartenendo al mondo naturale, ma a quello dell'imputazione, verrebbero addossati all'agente pur sempre dall'ordinamento, anziché per un'ineffabile “volontà” divina¹⁶. Ora, per quanto tale osservazione non possa di certo dirsi “errata”, crediamo tuttavia che pure i «casi di autopunizione involontaria» dell'agente (a differenza dei primi) debbano pur sempre continuare ad essere sussunti sotto la stessa etichetta di “*poena naturalis*” (intendendo quest'ultima nella sua accezione più lata, in grado di abbracciare tutti i significati che l'espressione permette di ricomprendere, conformemente a quanto nella sostanza sembra riconoscere lo stesso Silva Sánchez)¹⁷. Negli stessi, invero, finisce pur sempre per ravvisarsi

possa dirsi che è stato inflitto come pena, e che di conseguenza rappresenti una punizione divina, tuttavia, rispetto agli uomini, non può essere considerato come tale, perché non deriva dall'autorità umana») [v. T. Hobbes, *Leviatano* (trad. it. a cura di R. Giammanco), I, Torino 1955, 352].

¹³ Cfr. i riferimenti contenuti in J. Nagler, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, I, Leipzig 1918, 43 ss.

¹⁴ Cfr. G.P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale* (trad. it. a cura di M. Papa), Bologna 2004, 62 s., ove, facendo leva sui criteri elaborati da H.L.A. Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, in *Punishment and Responsibility*, New York 1968, 4 s., per determinare quando ci si rapporti ad una vera e propria *poena forensis*, afferma che «i criteri di Hart ci aiutano ad eliminare alcune applicazioni metaforiche della nozione di pena», come quella in cui «un padre cagioni la morte del figlio, guidando in stato di ebbrezza e schiantandosi contro un albero», giacché «nessun essere umano, nessuna pubblica autorità potrà mai infliggere come “pena” la morte di un figlio» («dire che il padre è stato punito dalle conseguenze della sua stessa azione costituisce semplicemente una metafora, un'estensione del nucleo fondamentale del concetto di pena» statale). L'argomentazione di Fletcher non sembra del tutto convincente, in quanto porta a concludere che anche la riparazione del danno e/o offesa (volontariamente attuata dall'autore) non potrebbe per tale motivo ritenersi “pena” [in argomento, cfr. invece M. Donini, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, in www.sistemapenale.it, 20.12.2022, 19; Id., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *CP*, 6, 2022, 2041; Id., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in www.questionegiustizia.it, 29.10.2020, 3].

¹⁵ Cfr. in senso analogo J.A. Choclán Montalvo, *El principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*, in *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, a cura di J.M. Zugaldía Espinar, J.L. Barja de Quiroga, I, Madrid 2004, §3, lett. c). J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 157 s., nt. 414

¹⁶ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 156 ss.; Id., *¿Puede considerarse el remordimiento una poena naturalis?*, in *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, a cura di J.M. Silva Sánchez, Buenos Aires 2015, 269 ss.

¹⁷ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158, nt. 414.

quel carattere di profonda alterità tra l'evento dannoso prodotto dal reato e gli esiti effettivamente "attesi" e/o "messi in conto" dall'agente, che ha storicamente costituito uno dei principali tratti identificativi della c.d. *poena naturalis* (sin da quando la stessa veniva considerata alla stregua di una "pena divina"), permettendo di riportare al concetto pure tutti quei patimenti che l'autore del reato, in buona sostanza, finiva per "autoinfliggersi" involontariamente per colpa (quand'anche gli stessi gli venivano alla fine imputati invece dall'ordinamento).

Tant'è vero che proprio il "terreno" della responsabilità colposa è negli anni parso a molti il vero terreno elettivo di questa peculiare tipologia di "pena". Basti qui ricordare la netta presa di posizione di Jakobs, che, nel giustificare la pena inferiore solitamente comminata dall'ordinamento per i fatti commessi per colpa, notoriamente finiva per addurre quale principale argomentazione (sia pur facendo leva anche su ulteriori considerazioni) proprio il maggior rischio d'incorrere in una *poena naturalis* che a suo giudizio sarebbe stato statisticamente ravvisabile negli illeciti colposi (e di più facile neutralizzazione nei reati commessi con dolo)¹⁸. La casistica italiana recente (riportata dal T. di Firenze con tanto di estremi delle relative sentenze; tutt'altro che una casistica "ipotetica" o "immaginaria", insomma), del resto, dà conto di come moltissimi possano essere gli esempi di pene naturali verificabili a fronte di fatti negligenti, imprudenti e imperiti, ovvero in violazione di leggi, regolamenti ordini o discipline¹⁹.

Ricavare da simili considerazioni la conclusione che la "colpa" sarebbe l'unico vero terreno elettivo della *poena naturalis*, tuttavia, sembra verosimilmente troppo, giacché non mancano illeciti colposi in cui è statisticamente infrequente incorrere in pene naturali²⁰ e, per converso, reati dolosi che finiscono invece col dar luogo con una certa facilità ad eventi lesivi per lo stesso soggetto agente (si pensi ad es. al ladro che, tentando di introdursi furtivamente in un'abitazione, cada da un cornicione, rimanendo paralizzato a vita; al terrorista che cercando di installare una bomba, a causa dello scoppio prematuro della stessa, perda la vista e l'uso di entrambe le mani; al narcotrafficante che occultando delle *bolos* di cocaina nell'intestino, si causi involontariamente emorragie interne, convulsioni e una crisi cardiorespiratoria importante, con immane sofferenza e compromissione permanente della sua stessa salute)²¹. Semmai, quel che si può più facilmente riconoscere è come sia proprio nel settore della responsabilità colposa che le pene naturali potrebbero operare "meglio" (ossia con maggior facilità e indipendentemente dalla teoria giustificativa della pena accolta), quali equivalenti "a tutto tondo" della pena statale (come avremo modo d'illustrare meglio *infra*).

Volendo quindi approdare ad una prima definizione politico-filosofica del concetto di *poena naturalis*, potremmo dire che la stessa dovrebbe riguardarsi come una sofferenza rilevante (avremo modo di concentrarci sul rapporto di proporzione che pare dover intercorrere tra tale male e la gravità del fatto commesso dall'autore, *infra*, sub § 5), derivante da una lesione di beni giuridici dell'autore del reato o di terzi a lui strettamente legati, che lo stesso verrebbe a ritrarre quale conseguenza non

¹⁸ Cfr. G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*², Berlin-New York 1992, cap. 8, Rn. 5.

¹⁹ Cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 12 s.: «una madre condannata per omicidio colposo in relazione alla morte per annegamento del figlio minore, di cui aveva omesso la vigilanza (Cass. 3.4.2008 n. 13939); un nipote condannato per omicidio colposo in relazione alla morte dello zio, cagionata nel corso dei lavori di abbattimento di un albero, eseguiti in violazione della normativa antinfortunistica (Cass. 26.3.2014 n. 16067); una madre condannata per omicidio colposo in relazione alla morte, nel corso di un incidente stradale, del figlio di pochi mesi, non assicurato nel seggiolino (Cass. 13.11.2014 n. 49735); una madre condannata per omicidio colposo in relazione alla morte del figlio di tre anni, investito nel corso di un attraversamento stradale in relazione al quale la genitrice aveva omesso di tenerlo per mano (Cass. 19.4.2018 n. 29505); una moglie condannata per omicidio colposo in relazione alla morte del marito malato, dal cui letto aveva negligenemente rimosso la barriera protettiva laterale (Cass. 11.2.2020 n. 11536); un datore di lavoro condannato per omicidio colposo in relazione alla morte del fratello, suo dipendente, non formato adeguatamente e munito di attrezzatura non idonea (Cass. 22.6.2021 n. 24417)».

²⁰ Non è quindi vero che la *poena naturalis* trovi "terreno fertile" solo nel settore della responsabilità colposa o ricorra sempre in quest'ultimo campo con una frequenza statisticamente maggiore. Da questo punto di vista, insomma, non possono che condividersi le precisazioni di J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 156, nt. 410.

²¹ Per esempi di *poena naturalis* a fronte di reati dolosi si v. in part. M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, in *Scritti patavini*, Torino 2017, 425; J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158 ss.

voluta (e neppur attesa) del fatto colposo o doloso commesso: non si tratterebbe quindi di una pena vera e propria (*forensis*), ma di una conseguenza di per sé avvertibile in senso analogico come retributivo-afflittiva dal responsabile del reato, tanto più se essa risulta sproporzionata all'evento cagionato (*infra*, § 5).

3. Di fronte a tutti i fatti riconducibili al concetto di *poena naturalis*, la prima cosa che vien naturale di chiedersi è quale finalità sarebbe chiamato ad assolvere quel male supplementare imposto al reo dallo Stato, là dove costui stia già patendo la pena che la sorte gli ha inflitto.

È certo, infatti, che pur non essendo una pena nel senso proprio del termine (v. *supra*, § 2), la c.d. *poena naturalis* finisca fondamentalmente per produrre nei confronti del soggetto che la subisce conseguenze afflittive in tutto e per tutto assimilabili alla prima (o, perché no, molte volte persino peggiori di qualunque *poena forensis* si possa pensare di concepire)²². Sicché, la stessa sembra avere tutte le “carte in regola” per poter incidere significativamente sul senso e sugli effetti che la pena vera e propria potrebbe esser chiamata a svolgere qualora, per avventura, dovesse trovarsi a seguire l'anzidetta *poena naturalis*, anziché a farne le veci (come di regola accade). È questa la ragione fondamentale per cui da sempre ci si chiede se e in che misura il previo patimento sofferto dall'autore del reato, a causa della *poena naturalis* che egli abbia precedentemente ritratto dal reato, debba esser chiamato a incidere sulla pena che lo Stato sarebbe abilitato in seguito ad irrogargli.

A questo interrogativo la risposta è spesso stata data in via normativa, facendo leva sull'osservazione che la *poena naturalis* presenterebbe senza ombra di dubbio lo stesso contenuto afflittivo – come il medesimo «contenuto espressivo proprio dell'afflizione (il dolore comunica) sempre qualcosa agli occhi della collettività) – della pena vera e propria (posto che quel che al massimo farebbe difetto alla *poena naturalis* – per chi accoglie questa non particolarmente “felice” nozione – è «la dimensione simbolico-espressiva della pena statale»)²³. Diversi, invero, sono gli ordinamenti che prevedono espressamente la possibilità di venir a decretare la non punibilità (venendo meno il bisogno di pena dell'autore) di chi abbia in precedenza già patito, proprio a causa del reato commesso, una *poena naturalis*²⁴.

L'esempio più noto è senz'altro il § 60 dello StGB tedesco, rubricato «rinuncia alla pena» (*Absehen von Strafe*), in cui si stabilisce – con una disposizione di carattere generale, in quanto tale riferibile tanto ai fatti commessi con dolo, quanto a quelli realizzati per colpa – che «il giudice rinuncia alla pena quando le conseguenze del fatto che colpiscono l'autore sono così gravi che l'inflizione di una pena sarebbe palesemente sbagliata. Ciò non vale quando l'autore ha meritato una pena detentiva superiore ad un anno»²⁵.

Anche in Francia, però, si prevede da tempo – agli artt. 132-58 e 132-59 del Cp – che vi sia la possibilità di dispensare da pena l'autore del reato «*en matière correctionnelle*» e, salvo alcuni casi precisamente indicati (artt. da 132-63 a 132-65), «*en matière contraventionnelle*», là dove la risocializzazione dello stesso sia già stata raggiunta, sia stato riparato il danno cagionato alla vittima e sia cessato l'allarme provocato dal reato²⁶. Per quanto in questo caso ci si rapporti ad un istituto

²² Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158.

²³ Si v. le riflessioni di J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158 ss.

²⁴ Per una panoramica cfr. L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano 2011, 280, nt. 122.

²⁵ Per un inquadramento dell'istituto: M. Maiwald, *Das Absehen von Strafe nach § 16 StGB*, in *ZStW*, 83, 1971, 663 ss.; H. Müller-Dietz, *Absehen von Strafe*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, a cura di G. Warda et al., Berlin-New York 1976, 303 ss.; S. Sprötte, *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*, Fankfurt-Bern-New York-Paris 2013, *passim*; C.E. Paliero, *Minima*, cit., 431 ss.; G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova 1993, 524 ss.; G. Casaroli, *Novità e realtà di un originale istituto: l'astensione dalla pena nelle attuali linee di tendenza della codificazione*, in *Nomos*, 2, 1996, 61 ss.; L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano 2011, 278 ss.

²⁶ Cfr. Y. Mayaud, *Les grands articles du Code pénal*⁵, Paris 2023, cap. 41; E. Bonis, V. Peltier, *Droit de la peine*³, Paris 2011, 303 ss.

diverso da quello tedesco e ben più generico, in quanto non strettamente fondato sull'idea compensativo-afflittiva legata alla *poena naturalis* (dunque in parte più assimilabile, ad es., a quello che si trova racchiuso nel § 46a dello *StGB*), si ha pur sempre a che fare con una disposizione suscettibile di determinare la non punibilità dell'agente in almeno alcuni casi di pena naturale dallo stesso subita.

Senz'altro più vicino al § 60 dello *StGB* è, invece, l'istituto disciplinato nel Cp svedese, all'interno della sez. 6, cap. 29, il quale prevede che in presenza di talune circostanze (descritte nella sez. 5) che renderebbero manifestamente irragionevole imporre una sanzione al reo, il giudice possa astenersi dall'infliggerla. Un istituto, questo, dalla *ratio* proteiforme²⁷, che a volte correla la dispensa da pena alla presenza di una *poena naturalis* subita dall'agente (quindi a valutazioni in termini compensativo-afflittivi: nn. 1 e 5 della sez. 5), altre alla presenza di una "riparazione" (n. 2 della sez. 5), altre volte ancora a valutazioni di carattere più squisitamente equitativo-umanitarie (n. 6 della sez. 5).

Sempre in chiave comparata, tra gli istituti che bene o male hanno inteso dare un parziale riconoscimento al concetto di *poena naturalis*, potrebbero poi ulteriormente citarsi: a) il *discharge* anglosassone, che consente di prosciogliere l'agente per reati meno gravi (con o senza condizioni), senza la necessità di irrogargli ulteriori sanzioni, là dove l'esperienza della sottoposizione a processo abbia già rappresentato per costui una pena adeguata²⁸; b) le norme che in diversi Paesi latino-americani (Perù, Bolivia, Colombia e Argentina), permettono di collegare anticipatamente il fatto di aver subito una *poena naturalis* alla possibilità – per gli organi dell'accusa – di venir ad adottare decisioni giudiziali fondate sul principio di "opportunità" dell'azione penale²⁹.

Sono molte, insomma, le discipline che, con un evidente afflato di "umanità", hanno sino ad oggi inteso accordare rilevanza giuridica alla *poena naturalis* quale fattore di esclusione o attenuazione della *poena forensis*³⁰. Senonché, chi pensasse che la scelta di tali ordinamenti di venir a considerare in un'ottica di non punibilità/improcedibilità la pena naturalmente già sofferta dall'autore, prima di decidere se sottoporlo o meno ad altra sanzione, risponda solo a ragioni "umanitarie", di "clemenza e compassione", cadrebbe con ogni probabilità in errore³¹. La necessità di venir ad accordare rilevanza giuridica alla pena naturale, invero, sembra poter trovar causa, ancor prima che in ragioni di "clemenza", nel fatto che la *poena naturalis*, rappresentando «un danno relazionale al delitto (*propter malum actionis*)» che l'agente finisce col patire a causa di quest'ultimo, pare in grado d'incidere sul senso e sulla proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria che dovrebbe esser approntata per il medesimo, nonché sul "bisogno di pena" (*Strafbedürfnis*) manifestato dall'autore del reato³².

²⁷ Sul quale cfr. L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 280, nt. 122.

²⁸ Cfr. R. McPeake, *Criminal Litigation and Sentencing*³⁰, Oxford 2020, 255 ss. Per l'analisi di questo istituto può rinviarsi poi anche ai più risalenti contributi italiani di S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato. I principi*², Padova, 2002, 526 ss.; G. Casaroli, *Novità*, cit., 80 ss.

²⁹ Cfr. in generale A. Manjón-Cabeza Olmeda, *La poena naturalis en el Derecho penal vigente*, in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernát*, I, Madrid 2008, 1121 ss. e 1124 ss. Con riferimento alle possibilità ravvisabili *de iure condendo* nell'ordinamento cileno per dar rilevanza alla *poena naturalis*, invece, si v. C. Bobadilla, *La pena natural: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno*, in *PC*, 11-12, 2016, 548 ss.

³⁰ Vi sono invero anche ordinamenti che prevedono soltanto una mitigazione di pena a fronte delle pene naturali subite dall'autore (v. Austria, § 34 *StGB*, e Nicaragua) [cfr. A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)*, in *InDret*, 2, 2018, 7].

³¹ Così, condivisibilmente, J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 161. Opposta, invece, la prospettiva assunta da S. Sprötte, *Die poena naturalis*, cit., 45. Un'accorata difesa dell'idea che «il baricentro giustificativo di tale figura» (la *poena naturalis*), «nella misura in cui» essa «può venir giustificata, riguarda più la compassione che la giustizia», la si ritrova però anche nella letteratura in lingua inglese e spagnola: A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia*, cit., 13 ss.; G. Lariguet, L. Samamé, *El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial*, a cura di A. Amaya e al., *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, Mexico 2017, 95 s.; A. Duff, *The Intrusion of Mercy*, in *OhioSJ*, 4, 2007, 369 s.; J. Tasioulas, *Mercy*, in *ProAS*, 103, 2003, 121; A. Smart, *Mercy*, in *Philosophy*, 43, 1968, 345-350.

³² Categoria generale sulla quale si sono scritti fiumi d'inchiostro. Per limitarci ad alcuni essenziali richiami su tale etichetta (e su quella attigua, della c.d. "meritevolezza di pena"), cfr. M. Romano, *"Meritevolezza di pena"*, "bisogno di

Era pertanto un'iniziativa "meritoria" quella presa dal progetto di riforma Pagliaro, con cui s'era ipotizzato d'introdurre anche in Italia una disposizione simile al § 60 StGB: il nuovo art. 40 Cp, che riprometteva, infatti, di accordare al giudice la *possibilità* (e qui si apprezzava una differenza sostanziale con l'istituto tedesco, che invece ha sempre *obbligato* a non irrogare la pena al ricorrere dei presupposti di legge)³³ di «astenersi dall'infliggere la pena, allorché il reo» avesse «subito una "*poena naturalis*", tale da rendere ingiustificata la sanzione sia in rapporto alla colpevolezza che in rapporto alle esigenze di prevenzione speciale» ravvisabili nel caso di specie³⁴.

4. Le ragioni per cui la *poena naturalis* dovrebbe (almeno a volte: v. *infra*, § 5) potersi ritenere "abilitata" ad incidere sulla pena statale elidendola del tutto sono molteplici³⁵, e vanno: a) dalla sua capacità d'incidere sul senso della pena, rendendo l'autore in concreto non "bisognoso" della stessa; b) alla necessità di evitare di dar luogo, tramite l'irrogazione di un'ulteriore sanzione al medesimo, ad un intervento punitivo del tutto sproporzionato e in contrasto con alcune fondamentali garanzie che dovrebbero assistere l'irrogazione di qualsivoglia pena statale (i.e. divieto di trattamenti inumani e degradanti); c) senza trascurare la potenziale capacità della medesima di dar luogo, altresì, ad una "compensazione" della colpevolezza. Tutte queste *rationes*, che in sinergia tra loro sembrano poter giustificare (almeno a fronte di alcuni casi particolari) l'astensione dalla punizione dell'agente, dovranno ora esser esaminate con maggior attenzione.

Collegando l'argomento al "problema" del fondamento giustificativo della pena statale, la *poena naturalis* sofferta dall'autore dell'illecito sembra innanzitutto in grado d'incidere sulla finalità che la prima sarebbe eventualmente chiamata ad assolvere, qualora "per avventura" si trovasse a seguire l'anzidetta pena naturale, anziché a farne le veci; e ciò indipendentemente dalla teoria giustificativa della pena che si ritenga di dover accogliere (a prescindere, cioè, che si presti ossequio ad un paradigma generalpreventivo, retributivo, specialpreventivo o espressivo-comunicativo)³⁶.

Così, ad es., dal punto di vista delle teorie assolute della pena, una non punibilità connessa alla *poena naturalis* già sofferta dall'autore parrebbe un esito (almeno in diversi casi) perfettamente condivisibile. Pur non essendo questa un'idea realmente riconducibile a Kant (com'è stato invece talora sostenuto dai commentatori attuali)³⁷, giacché questo, come detto (v. *supra*, nt. 12), si era invece limitato ad effettuare accenni fugaci al fatto che in alcuni casi il "vizio potesse castigarsi da sé", senza

pena" e teoria del reato, in RIDPP 1992, 42 ss., 51 ss.; G.P. De Muro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in RIDPP 2013, 1668; C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, RIDPP 1990, 461 ss. (ed ivi nelle nt. 122 e 123, per l'instaurazione di un collegamento tra queste formule e i principi costituzionali di proporzionalità e necessità della pena); Id., *Il mercato della penalità*, Torino 2021, 7 ss.

³³ Si v. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, J. Eisele, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*¹³, Bielefeld 2021, 472.

³⁴ Esprimeva una valutazione positiva in merito all'eventuale introduzione di una disposizione analoga al § 60 StGB da noi, ad es., anche G. Vassalli, *La vittima del reato, questa dimenticata - Tavola rotonda nell'ambito della Conferenza annuale della Ricerca, 5 dicembre 2000, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2001*, in *Ultimi scritti*, Milano 2007, 289: «certamente si tratta di una proposta estremamente interessante ed io sarei perfettamente d'accordo perché in una futura legislazione fosse accolta».

³⁵ Anche se non sono mancati autori che hanno espresso perplessità in merito. Con riferimento al §60 StGB, v. ad es. G. Freund, F. Rostalski, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*³, Berlin 2019, 350, nt. 12; S. Sprotte, *Die poena naturalis*, cit., 5 ss., 78 ss., 86 ss, 114.

³⁶ A tutte queste teorie, qui, non potranno che esser dedicati dei fugaci "accenni". Per una più compiuta (ma sintetica) illustrazione delle stesse si rinvia a T. Hörnle, *Straftheorien*, Tübingen 2017, *passim*; B. Feijoo Sánchez, *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Madrid 2014, *passim*.

³⁷ Hobbes e Kant, i due autori ai quali parte della letteratura spagnola ha sempre attribuito la concezione giuridico-compensativa della pena naturale [così, è stato affermato da C. Bobadilla, *La pena natural*, cit., in PC, 11-22, 2016, 550, che per Kant la pena naturale potrebbe produrre danni di tale entità che «l'imposizione di una *poena forensis* sarebbe un errore evidente»; anche A. Redondo Hermida, *La "pena natural" en la jurisprudencia penal española*, in LaLPen, 4, 2009, 73 ss., ritiene che Kant «ammette l'ipotesi che l'imputato potesse già essere» stato punito a sufficienza «per la sua stessa condotta»], invero, ritenevano che la punizione naturale non dovesse avere conseguenze giuridiche di sorta [conf. A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia*, cit., 10 ss.; per rendersene conto basta guardare ai passaggi delle opere di Hobbes e Kant già citati *supra*, sub nt. 12].

però perorare in alcun modo il riconoscimento di un impatto “attenuante” o “elidente” della “pena naturale” su quella *forensis*, è ormai convincimento diffuso in dottrina che, a volersi porre nell’ottica del retribuzionismo “morale” kantiano, e portando lo stesso alle sue più logiche conseguenze, il «colpevole» dovrebbe ritenersi già “retribuito” a sufficienza laddove il «vizio» si sia effettivamente castigato «da sé», giacché ciò renderebbe inutile un ulteriore intervento punitivo statuale. Il retribuzionismo morale, dopotutto, ha sempre concepito la punizione come un’equa compensazione per il reato commesso. E se il male commesso con il reato risulta già interamente compensato da una *poena naturalis* (ciò che a volte può ovviamente accadere: con maggior frequenza in caso di colpa, meno forse a fronte di taluni gravi fatti dolosi), perché non si dovrebbe ritenere logico esentare l’autore stesso da pena?

Passando dal retribuzionismo “morale” a quello “giuridico” di Hegel, però, le cose verosimilmente non cambierebbero. Basti guardare ai postulati del retribuzionismo hegeliano, che vorrebbero la pena applicata tutte le volte in cui la punizione serva a ristabilire la validità del diritto, a far sì che la norma violata continui ad esser concepita come una regola vincolante da parte di tutti i consociati (dove il fatto che si castighi un illecito con una pena elevata o meno dipenderebbe, in ultima analisi, da quante possibilità vi siano che il crimine si “propaghi” nella collettività). Considerato che nei casi di *poena naturalis* si avrebbe sempre una naturale risoluzione del conflitto e un ristabilimento pressoché automatico della vigenza della norma violata (nessuno sarebbe incentivato a commettere la stessa violazione là dove reso edotto delle tragiche conseguenze in cui è incorso l’autore del fatto; le probabilità di un “contagio criminale” sarebbero di certo ridotte al minimo, quando non azzerate del tutto), sembra logico inferirne che – a seconda della gravità della pena naturalmente già sofferta dall’autore e della tipologia di reato da questi commesso – in un’ottica neo-hegeliana, la pena non avrebbe poi granché da offrire all’ordinamento e dovrebbe essere conseguentemente esclusa, o se non altro, fortemente ridotta (tanto in caso di reati colposi, quanto a fronte di molti fatti commessi con dolo).

Passando da un modello puramente retributivo ad uno che invece accolga soltanto i postulati della prevenzione speciale positiva (intesa, alternativamente, come rieducazione o incapacitazione), la non punibilità dell’autore motivata dalla pena da questi naturalmente già sofferta ne uscirebbe non solo confermata, ma probabilmente persino rafforzata, trovando spazi d’applicazione finanche maggiori di quelli cui andrebbe incontro in un ordinamento ispirato a logiche di mera “retribuzione”. Qui, infatti, la non punibilità si rivelerebbe sempre compatibile (tutte le volte in cui le esigenze specialpreventive risultino “cadute” a causa della pena naturalmente già sofferta dall’autore) sia con i reati colposi sia con quelli cagionati con dolo (e, forse, persino con i più gravi tra quelli incasellabili in quest’ultima categoria).

Le teorie specialpreventive positive, invero, come si sa, vedono generalmente la punizione come uno strumento finalizzato a reintegrare l’agente nella società (e/o, laddove ciò non sia possibile, ad incapacitarlo)³⁸, sì da impedirgli di tornare a commettere nuovi reati in futuro. Un’esclusione della punibilità connessa alla *poena naturalis* già patita dall’autore, perciò, sarebbe del tutto coerente con l’ottica specialpreventiva, nella misura in cui essa permetterebbe al giudice di soprassedere dall’irrogare la *poena forensis*, tutte le volte in cui questa non abbia più alcun tangibile scopo risocializzante (ovvero incapacitante) da poter svolgere³⁹. Aderendo a una visione prettamente “specialpreventiva”, secondo alcuni (anche se si tratta di conclusione probabilmente difficile da giustificare agli occhi dell’opinione pubblica), persino lo specialista in furti con scasso che in una delle sue “malefatte” cada da un cornicione, restando paraplegico a vita, o il terrorista rimasto coinvolto nell’esplosione della bomba da lui stesso innescata (con conseguente perdita di entrambe

³⁸ Peraltro, per l’osservazione che in realtà non esistano davvero fattori che rendono alcuni criminali “incorreggibili”, ma siano mere ragioni di “precauzione” che spingono ad emarginare taluni soggetti dalla società, cfr. B. Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, Buenos Aires 2014, 161 s.

³⁹ Come si osserva in W. Gropp, A. Sinn, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁵, Berlin 2020, 683 s., «i §§ 59 e 60 costituiscono [...] la sanzione più leggera e allo stesso tempo più “risocializzante” del sistema penale».

le braccia e della facoltà di deambulazione), dovrebbero talvolta considerarsi (non sempre, giacché ovviamente residuano molti casi in cui esigenze specialpreventive si potrebbero porre eccome) “meritevoli” di un’esonazione da pena, venendo meno il bisogno di irrogargli ulteriori sanzioni risocializzanti (o incapacitanti). Questi soggetti, infatti, per ovvie ragioni, non potrebbero più tornare a commettere i reati che erano soliti commettere in precedenza. In breve, come spiegato da Roxin, Arzt e Tiedemann, a fronte di una *poena naturalis* già sofferta dall’autore (con idoneo contenuto risocializzante e/o incapacitante) «non ci sarebbe» più alcun «pericolo di reiterazione del reato», né ulteriori «effetti specialpreventivi» da dover raggiungere: le condizioni in cui il reato ha avuto luogo renderebbero a dir poco «improbabile» che l’autore possa tornare «in futuro a commettere nuovi reati che dovrebbero essere» necessariamente «scongiurati mediante l’espiazione di una pena detentiva»⁴⁰. Probabilmente la *poena naturalis* andrebbe incontro a maggiori difficoltà d’innesto (e minori virtualità d’impiego) in un sistema orientato al mero perseguimento di finalità generalpreventive negative, alla luce degli effetti “dissuasivi” e “deterrenti” che l’ulteriore minaccia dell’imposizione di una pena, sia pur attenuata, potrebbe sempre avere agli occhi della collettività (effetti che potrebbero portare l’ordinamento, visto che la prevenzione generale non si può misurare, ad indulgere in inutili *surplus* “cautelativi”)⁴¹.

Anche nei sistemi che si pongono in un’ottica esclusivamente generalpreventiva negativa, però, a ben vedere, sembra talvolta possibile riconoscere – almeno in taluni casi (come a fronte dei fatti colposi meno gravi e più “bagatellari”) – che il danno subito dall’autore del reato possa di fatto avere la stessa capacità di operare quale mezzo d’intimidazione che si è soliti attribuire alla pena tradizionale (o comunque una carica di “deterrenza” sufficiente a sostituire integralmente quest’ultima)⁴².

Similmente, anche in un sistema orientato alla mera prevenzione generale positiva, l’autorità della legge il più delle volte non verrebbe “scalfità” dall’esonazione da pena accordata a chi abbia già subito un danno grave a causa della commissione del reato, rendendo superflua (perlomeno in diversi casi) l’irrogazione della pena per ristabilire la “pace sociale” e “ripristinare” il valore delle norme giuridiche violate (anzi, il compito di rafforzare la fiducia nella vigenza delle norme si otterrebbe più facilmente, con ogni probabilità, proprio non applicando la pena o riducendola congruamente). E solo in certi casi (come quelli in cui l’autore abbia agito con dolo, cagionando danni rilevanti anche ad altri soggetti), per ristabilire la fiducia nella vigenza delle norme potrebbe ritenersi necessario

⁴⁰ Cfr. C. Roxin, G. Arzt, K. Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal* (trad. es. a cura di L. Arroyo Zapatero, J.L. Gómez Colomer), Barcelona 1989, 62 s., 69.

⁴¹ In casi di reati dolosi, invero, è facile immaginare che ragioni di prevenzione generale potrebbero rendere potenzialmente sconsigliabile l’esonero da pena dell’autore, ad onta della pena naturale da questi sofferta [sono del resto le ragioni di prevenzione generale che hanno spinto il T. Firenze 20.2.2023, cit., 19, a sollevare la questione «con esclusivo riferimento ai reati colposi, in cui dunque non vi sia stata la coscienza e volontà dell’agente di commettere il reato»]. Il che non significa, però, che anche in ordinamenti in cui si presti ossequio a logiche generalpreventive una riduzione almeno parziale della pena non possa reputarsi talvolta “congeniale”, anche a fronte di fatti commessi con tale più elevato coefficiente soggettivo d’imputazione [cfr. E. Cury Urzúa, *Derecho penal. Parte general*¹⁰, Santiago de Chile 2011, 69, nt. 77].

⁴² Questa l’ottica in cui sembra essersi posto anche il T. di Firenze 20.2.2023, cit., 18: all’irrogazione della pena statale, in ottica generalpreventiva, pare «potersi derogare nel caso in cui l’autore del reato abbia già patito una sofferenza adeguata in relazione alla morte del congiunto. In tal caso, infatti, è evidente che la deroga non comprometterebbe minimamente l’efficacia dissuasiva della norma: chiunque anzi, constatando le possibili gravi conseguenze della violazione delle regole cautelari (in termini di morte di un congiunto), sarebbe indotto a osservare dette regole a prescindere dalla punizione o meno dell’autore del reato». In realtà, però, secondo alcuni (viste le gravi conseguenze del reato subite dall’autore, in grado di “ammonire” i potenziali futuri trasgressori dei rischi insiti nella commissione dell’illecito) sarebbe meglio ritenere che possano esservi, anche in un’ottica generalpreventiva negativa, alcuni spazi d’applicazione per una non punibilità connessa al previo patimento di una *poena naturalis* nel settore dei fatti commessi con dolo (come ad es. là dove ci si confronti con fatti dolosi che hanno cagionato gravi conseguenze per il solo autore del reato: v. il ladro “acrobata” che cada dal cornicione, rimanendo paralizzato a vita) [cfr. C. Bobadilla, *La pena natural*, cit., 571].

qualcosa di più della mera pena naturale subita dall'autore (la quale non dovrebbe determinare perciò sempre un'esenzione totale dalla pena, ma talvolta una mera riduzione della stessa).

Da ultimo, anche in un sistema che volesse accordare rilevanza (anche solo in parte) alla dimensione simbolico-espressiva della pena statale, si dovrebbe verosimilmente convenire sul fatto che l'astensione dell'irrogazione della pena nei confronti di chi abbia già subito una pena naturale in conseguenza della commissione di un reato possa ritenersi, almeno a fronte dei casi meno "gravi", una soluzione congrua e da accogliere con favore⁴³.

Tutto considerato, dunque, sembra chiaro che – quale che sia lo scopo della pena ritenuto preminente (o anche se ci si pone in un'ottica "pluralistica" e "sincretistica") – la pena naturale subita dall'autore del reato abbia tutte le "carte in regola" per poter esser abilitata ad operare (almeno talvolta) come un qualcosa di ben più significativo di un mero fattore di attenuazione della pena statale, rendendo in diversi casi l'autore del reato del tutto non "bisogno di pena".

La pena naturale sembra però presentare profili di contatto – congiuntamente⁴⁴ (più che in alternativa, a dispetto di quanto ritenuto da chi ritiene la pena naturale non in grado d'incidere sempre sulla "necessità" *tout court* della pena statale)⁴⁵ – anche con il divieto di trattamenti inumani e degradanti e con la "proporzionalità" della risposta sanzionatoria complessivamente approntata dall'ordinamento: irrogando una *poena forensis* a fronte di una pena naturale già subita dall'autore, proporzionata per gravità al fatto commesso (pur a voler ritenere in teoria ancora necessaria una pena statale: ciò che pare discutibile), infatti, si finirebbe comunque per dar luogo ad un intervento punitivo contrario da ogni senso di "umanità" e di certo "sproporzionato" per eccesso⁴⁶.

Infine, a giudizio di una parte della dottrina (in special modo tedesca), la pena naturale, seppur non potrebbe mai far venir meno del tutto la sussistenza del reato (il fatto commesso dall'agente resta pur sempre offensivo, illecito e colpevole, ad onta della pena naturalmente subita dall'agente)⁴⁷, si mostrerebbe quantomeno in grado di agire in senso "compensativo" sulla colpevolezza⁴⁸. Più in particolare, secondo talune ricostruzioni, la pena naturale darebbe luogo ad un simile esito "compensativo", poiché la colpevolezza si ritiene sarebbe (almeno in parte) compensabile: a) tanto da una compensazione "socialmente costruttiva", che avrebbe cioè luogo quando l'agente, con un atto contrario a quello realizzato col reato, finisca per riconoscere la validità della norma violata, zelantemente riparando il male cagionato; b) quanto da una compensazione "distruttiva", che ricorrerebbe, invece, tutte le volte in cui il singolo ritragga dall'illecito un male analogo a quello prodotto (poco cambia che lo stesso sia irrogato dallo Stato o derivante da *poena naturalis*)⁴⁹.

⁴³ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158.

⁴⁴ Così anche A. Redondo Hermida, *La "pena natural"*, cit., 73 ss.

⁴⁵ Non tutti sono d'accordo, invero, sul fatto che, in caso di pena naturale già subita dall'agente, la pena statale potrebbe ritenersi, per ciò solo, non necessaria. Così, ad es., M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en derecho penal español*, in *T&D*, 19, 2016, 134, partendo dall'idea (a nostro avviso errata) che la necessità di punire l'autore possa venir meno solo a fronte di un «comportamento positivo o riparativo post-penale del soggetto», ritiene che in caso di pene naturali, dal momento che «la lesione (o il pericolo) del bene giuridico protetto nel reato in questione si» sarebbe pur sempre «verificata, e non» sarebbe «stata riparata o compensata dalla volontà del soggetto», «la pena» dovrebbe inevitabilmente considerarsi «ugualmente necessaria», «sia dal punto di vista della prevenzione generale che da quello della prevenzione speciale».

⁴⁶ Molti pongono l'accento sul carattere di "crudeltà" e "sproporzione" che la pena statale assumerebbe qualora si trovasse a seguire la pena naturale già subita dall'agente, portando ad un eccesso sanzionatorio (da ridurre) o, nei casi più estremi, ad una patente violazione del divieto di *bis in idem*: E. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar, *Manual*, cit., p. 113; G. Vitale, *Estado constitucional de derecho y derecho penal*, in *Teorías actuales en el derecho penal. 75 aniversario del Código Penal*, a cura di G. Oviña e al., Buenos Aires 1998, 117 ss.; M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 134; J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 161.

⁴⁷ Cfr. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, J. Eisele, *Strafrecht*, cit., 776; B-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*⁵, Berlin 2019, 45 ss.

⁴⁸ Su tale orientamento (riconducibile a una parte significativa della dottrina tedesca) cfr. i riferimenti contenuti in S. Sprötte, *Die poena naturalis*, cit., 59 ss.

⁴⁹ Così E. Bacigalupo, *Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual*, in

Si può conclusivamente osservare, perciò, in via di estrema sintesi, come la rinuncia alla pena a fronte di pene naturalmente già subite dall'agente sembri in grado di dar soddisfazione sia ad istanze «equitativo-umanitarie» che ad «istanze legate alla colpevolezza», sia ad «istanze specialpreventive» che ad istanze «generalpreventive»⁵⁰, facendo a ben vedere «salva» – il più delle volte – persino la vituperata «componente compensativo-retributiva della pena»⁵¹. A conti fatti, poi, neppure la «dimensione simbolico-espressiva della pena statale» (che è l'unica che sembrerebbe far a tutta prima difetto alla pena naturale, per gli autori che le danno rilevanza), mancherebbe all'appello; almeno non tutte le volte in cui, onde arrivare alla “non punibilità”, si debba prima necessariamente passare per un procedimento penale, con accertamento del reato e condanna dell'autore, anche se senza irrogazione finale della pena. Il “processo” penale, invero, possedendo un carattere di per sé “sanzionatorio” e una valenza di certo stigmatizzante, si rivela senz'altro in grado di fare le veci dell'asseritamente perduta componente “simbolico-espressiva” della pena statale⁵², rendendo il più delle volte congrua, anche agli occhi di quanti aderiscono a simili paradigmi giustificativi della pena (non del tutto condivisibili), la non punibilità dell'autore⁵³.

5. Il fatto che la pena naturale sia suscettibile d'incidere sul senso e sulla complessiva proporzione della risposta sanzionatoria da approntare nei confronti dell'autore del reato, nonché di compensarne la “colpevolezza”, però, non dovrebbe certo portare alla conclusione che ogni pena naturale debba sempre, per forza di cose, condurre ad una declaratoria di non punibilità dell'agente⁵⁴. L'esclusione della punibilità *tout court*, invero, sembra giustificabile soltanto a patto che la *poena naturalis* risulti «comunque proporzionata alla colpevolezza» e si mostri altresì «in grado di ammonire il reo» (assumendo per questi un chiaro significato d'intimidazione o risocializzante) o, «addirittura, in casi estremi, di “neutralizzarlo”» («si pensi, a tal proposito, al caso di un soggetto che guidando un autoveicolo provochi lesioni colpose ad un passante e che nell'incidente subisca lesioni così gravi da

Teorías actuales en el derecho penal. 75 aniversario del Código Penal, a cura di G. Ouviaña e al., Buenos Aires 1998, 145 ss. (rifacendosi a quanto sostenuto in STS 14.12.1991); H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*⁵, Berlin, 1996, 862: «si rinuncia alla pena perché, da un lato, la colpevolezza del reo è già stata in parte compensata dalle gravi conseguenze che hanno avuto su di lui un effetto simile a quello di una punizione (“poena naturalis”)». Similmente sembra porre l'accento su questo punto anche M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1997, 620 (laddove afferma che «dal punto di vista della teoria della pena, non sono principalmente le ragioni preventive che possono sostenere un'esenzione dalla pena, ma la circostanza che la sua negazione attiva della legge ha direttamente influenzato in seguito lo status giuridico del reo stesso, ha avuto, per così dire, delle ripercussioni su di lui»). Molto critico nei confronti della possibilità di ravvisare una “compensazione distruttiva” della colpevolezza in caso di pene naturali subite dall'autore, invece, A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia*, cit., 11 ss. e in part. nt. 42: l'«argomento [...], pur non essendo uno specialista di diritto penale, sembra essere contraddetto dalla considerazione di questa circostanza», da parte degli autori che accolgono tale impostazione, «non come causa di esclusione della colpevolezza, ma della punibilità». In realtà, questa obiezione si supera osservando che la colpevolezza non viene compensata del tutto dalla pena naturale, ma solo in parte, restando dunque integra; sarebbero dunque pur sempre ragioni d'opportunità (che si legano eventualmente alla colpevolezza parzialmente “compensata”, ma anche all'assenza in concreto del “bisogno di pena”) a portare infine l'ordinamento ad accordare la non punibilità all'autore del reato. Critica sul punto anche S. Sprotte, *Die poena naturalis*, cit., 87 s., ritenendo che una compensazione della “colpevolezza” potrebbe aversi, al più, in caso di compensazione “socialmente costruttiva”.

⁵⁰ Cfr. C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁵, I, München 2020, 190.

⁵¹ Come osserva L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 284 ss.

⁵² Cfr. A. Eser, *Absehen von Strafe. Schuldanspruch unter Strafverzicht*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, a cura di F.C. Schroeder, H. Zipf, Karlsruhe 1972, 268. Del resto, come si osserva ad es. con riferimento al § 60 StGB, in W. Gropp, A. Sinn, *Strafrecht*, cit., 683 s., «l'autore del reato viene dichiarato colpevole e quindi condannato a pagare le spese del procedimento (§ 465 I 2 StPO); sicché «la rinuncia alla pena» è considerabile in tal caso (o in ogni caso analogo: v. il nostro art. 131-bis Cp) «come una pena “ridotta a zero”, “spiritualizzata”», ma pur sempre una pena. Sul verdetto di colpevolezza quale punizione, cfr. anche W. Schild, *Strafbegriff und Grundgesetz*, in *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, a cura di A. Eser, München 1998, 287 ss., 310 ss.; M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, 2005, cap. 4.

⁵³ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 159.

⁵⁴ Cfr. W. Gropp, A. Sinn, *Strafrecht*, cit., 683 s.; M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1997, 621.

non essere in futuro più in grado di condurre un mezzo»⁵⁵. Ciò che sembrerebbe possibile solo: a) in caso di lesioni subite dall'autore o da persone a lui strettamente legate (che verosimilmente dovrebbero essere molto gravi, se non permanenti) a beni tendenzialmente non patrimoniali⁵⁶; b) a fronte dei soli fatti colposi (lievi o gravi che siano) e di taluni reati dolosi per così dire “minori”.

Proprio il carattere necessariamente “proporzionato” alla gravità del fatto commesso che dovrebbe necessariamente connotare la *poena naturalis* per poterla far assurgere al rango di equivalente funzionale *tout court* della pena statale, invero, getta dubbi sull'opportunità e possibilità di venir a considerare effettivamente la stessa come un fattore in grado di determinare in ogni caso la non punibilità dell'agente per i reati da quest'ultimo commessi con dolo⁵⁷. Infatti, per quanto la *poena naturalis* possa interessare, come detto, anche il settore dei reati dolosi, ricorrendo anche in questo campo con una frequenza statistica tutt'altro che marginale, il disvalore dell'intenzione, che nei reati dolosi risulta senz'altro maggiore, rende difficile trasformare la *poena naturalis*, anche in tale ambito, in un fattore in grado di operare sempre, senza alcuna eccezione, come un equivalente funzionale “a tutto tondo” della *poena forensis* (a meno che non ci confronti con manifestazioni meramente tentate o con fatti dolosi “minori” che hanno dato luogo a conseguenze dannose rilevanti per il solo autore dell'illecito).

Sembra arduo, insomma, immaginare – specie là dove non s'intenda *bypassare* del tutto le considerazioni “generalpreventive” (ma in realtà anche specialpreventive) che potrebbero rendere sconsigliabile una soluzione di questo tipo – il più totale venir meno della pena nel caso di reati dolosi che abbiano prodotto conseguenze afflittive rilevanti anche per soggetti diversi dall'autore del reato, per la semplice circostanza che anche quest'ultimo si sia trovato a patire una qualche sofferenza a causa del fatto dallo stesso commesso (che, oltretutto, ben potrebbe non essere “proporzionata” alla gravità del fatto o in grado di rendere del tutto superflua l'irrogazione della pena statale in un'ottica di prevenzione generale e/o speciale): si pensi al terrorista che nel piazzare una bomba all'interno di un centro commerciale, resti involontariamente coinvolto nell'esplosione insieme a molti altri civili, perdendo soltanto una mano, per non essere riuscito ad allontanarsi abbastanza celermente dal luogo del misfatto⁵⁸.

Proprio simili valutazioni, del resto, avevano spinto in maniera condivisibile, dal momento che una soluzione diversa avrebbe quasi sicuramente portato ad ignorare le preoccupazioni generalpreventive ravvisabili in materia⁵⁹, ad introdurre: a) nell'art. 40 dell'articolato approntato dal c.d. “progetto Pagliaro”, una limitazione dell'ambito di applicabilità della norma, volta a circoscriverne l'operatività ai soli reati dolosi in cui gli effetti pregiudizievoli fossero stati sopportati dal solo agente⁶⁰; b) nel quadro del § 60 StGB (nonostante la ritenuta applicabilità in via di principio a tutti i reati commessi con dolo), un limite fondato sulla pena edittale, suscettibile di escludere l'applicabilità dell'istituto con riferimento ai più rilevanti reati dolosi⁶¹.

⁵⁵ Come osserva anche L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 283.

⁵⁶ Anche se in Germania, con riferimento al § 60 StGB, vengono fatte in realtà oggetto di considerazione dalla giurisprudenza pure le conseguenze di carattere economico [cfr. T. Fischer, *StGB*⁶⁵, München 2018, 565].

⁵⁷ Chi si rifà a considerazioni legate alla compensazione della colpevolezza ritiene ad es. che la colpevolezza tipica del dolo (e talvolta delle ipotesi colpose gravi) sarebbe insuscettibile di compensazione [cfr. S. Sprotte, *Die poena naturalis*, cit., 59 ss., laddove riporta l'opinione di H. Blei, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*¹⁸, München 1983, 414 ss.].

⁵⁸ Per considerazioni analoghe, relativamente alla pena in genere (anche se in un'ottica di prevenzione generale positiva, nonché comunicativo-espressiva), cfr. B. Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica*, cit., 290: «non sembra al momento plausibile rinunciare del tutto alla» pena, «almeno nei casi di comportamenti criminali che generano una vittimizzazione molto intensa (contro la vita, la salute o la libertà sessuale), commessi intenzionalmente e purché il soggetto possa essere ritenuto responsabile (non, ad esempio, un minore o un malato di mente)».

⁵⁹ Dello stesso avviso è anche L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 282-283.

⁶⁰ Cfr. L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 281; A. Pagliaro, *La riforma del codice penale*, in *Il diritto penale. Fra norma e società. Scritti 1956-2008*, II, Milano 2009, 100.

⁶¹ Proprio per questo tale disposizione è stata criticata da alcuni autori: M. Maiwald, *Das Absehen von Strafe*, cit., 690; H. Müller-Dietz, *Absehen von Strafe*, cit., pp. 315 ss.

Con riferimento ai reati dolosi consumati che hanno prodotto conseguenze dannose rilevanti anche per terzi (così come in caso di fatti colposi che abbiano dato luogo a delle pene naturali scarsamente afflittive per l'agente: si pensi al conducente d'auto che finisca per rompersi una spalla nell'incidente mortale dallo stesso cagionato e si trovi dunque costretto ad affrontare soltanto un breve periodo d'immobilizzazione, un percorso riabilitativo "sofferto" e un cospicuo esborso economico)⁶², in breve, sembra preferibile ritenere che la *poena naturalis* patita dall'agente possa apprezzarsi – tutt'al più – alla stregua di un equivalente meramente "parziale" della pena statale (ossia come un fattore in grado di diminuirne l'entità, senza tuttavia eroderne totalmente il contenuto).

La soluzione della non punibilità, viceversa, sembra meritevole delle più attente considerazioni: a) sia nel settore della responsabilità colposa, giacché in quest'ultimo campo una semplice attenuazione della risposta sanzionatoria in astratto comminata dall'ordinamento finirebbe il più delle volte (salvo, come detto, nei casi in cui la *poena naturalis* abbia assunto un contenuto d'afflittività ben poco significativo: avendo ad es. prodotto conseguenze dannose non permanenti o a beni giuridici patrimoniali) col dar luogo ad una risposta sanzionatoria quasi sicuramente sproporzionata per eccesso, ad un inutile "raddoppio del male" che non potrebbe che gettare ulteriori ombre sul senso di un'irrefragabile criminalizzazione della colpa ad opera del diritto penale⁶³; b) sia a fronte di alcuni reati dolosi "minori", come quelli meramente "tentati" o che (pur consumati) non abbiano cagionato a terzi danni significativi o "irreversibili" (ad es. non avrebbe alcun senso punire il ladro "acrobata" rimasto paralizzato a vita), giacché in questi casi la punizione dell'autore finirebbe col dar luogo ad un inutile accanimento nei suoi confronti privo di tangibili effetti risocializzanti e preventivi.

6. Alla luce di quanto sin qui osservato, non c'è da stupirsi se il Tribunale di Firenze si sia convinto della necessità di rimettere la menzionata questione di legittimità alla C. cost. Un'iniziativa che appare "meritoria" nella sua "sostanza", giacché riporta all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza italiana un problema che fin troppo a lungo è rimasto nel "dimenticatoio". Prima di esaminare quali *chance* d'accoglimento abbia questa "meritoria" iniziativa, però, è senz'altro opportuno soffermare preliminarmente l'attenzione su alcuni dei "passi falsi" che l'ordinanza di rimessione sembrerebbe aver compiuto. La questione posta alla C. cost. si presenta invero problematica sotto molteplici profili, che riguardano tutti, in diversa misura, i termini in cui la stessa è stata concretamente formulata dal rimettente.

Quel che il T. di Firenze chiede alla Corte, in estrema sintesi, è una sentenza manipolativo-additiva⁶⁴ che, intervenendo sul testo dell'art. 529 Cpp, vi aggiunga una nuova causa d'improcedibilità, operante per i reati colposi e fondata sulla sofferenza – proporzionata alla gravità del fatto commesso – che l'agente abbia già ritratto (quale pena naturale) dalla «morte di un prossimo congiunto», dallo stesso cagionata «con la propria condotta» negligente. Almeno tre sono le perplessità che questa "richiesta" (per come risulta formulata) finisce per sollevare. Primo: perché (alla luce di quanto si è sin qui osservato) aver riguardo soltanto al terreno dei reati colposi? Secondo: perché limitarsi a considerare quale valida pena naturale soltanto la morte «di un prossimo congiunto» (oltretutto nella ristretta accezione di cui all'art. 307 co. 4 Cp)? Terzo (ma non certo per rilevanza): perché individuare proprio nell'art. 529 Cpp il "candidato" ideale per far entrare la *poena naturalis* nel nostro ordinamento? La verità è che nessuna delle menzionate scelte "fondamentali" prese dal giudice *a quo* nell'elaborare la

⁶² Simili sembrano le conclusioni raggiunte da J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 159. Analogamente, nel quadro di una teoria della pena distinta da quella accolta dal primo, cfr. C. Pérez del Valle, *¿Es lícito considerar la pena estatal como una expiación? Reflexiones en torno a la función del juez penal en la imposición de una pena justa*, in *Revista Canaria de Ciencias penales*, 3, 1999, 179 ss. e 182.

⁶³ Come si chiedeva giustamente S. Politoff, *Derecho penal con medida: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista*, in *RevUniv*, 10, 1995, 125, «di fronte alla vicenda dell'automobilista spericolato che, scontrandosi con un albero, provochi la morte della moglie e dei figli, che cosa avrebbe ragionevolmente da offrire il diritto penale?»

⁶⁴ Testualmente cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 22.

questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 529 Cpp sembra poter contare su ragioni giustificative davvero soddisfacenti.

Innanzitutto, non si comprende davvero per quale motivo si sia voluta focalizzare tutta la questione di legittimità sulla sola “colpa”, dimenticandosi delle non poche fattispecie “dolose” (come quelle tentate o che non hanno cagionato danni significativi a soggetti diversi dall'agente) che, come visto, in un ordinamento costituzionalmente fondato sul «principio della funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost.» (come riconosciuto dal T. di Firenze) dovrebbero invece poter essere dichiarate “non punibili” tanto quanto le prime (là dove il soggetto agente abbia ovviamente ritratto dal reato una pena naturale proporzionata al fatto commesso e in grado di rendere di fatto superflua la pena statale). Il rischio che all'evidenza si corre è quello di dar luogo ad un trattamento differenziato per situazioni che dovrebbero invece reputarsi tutto sommato assimilabili, in aperta violazione dell'art. 3 Cost.

Non più logica si presenta, poi, la scelta del rimettente – pur nella sua evidente consapevolezza di quante e quali potessero essere in realtà le conseguenze del reato astrattamente considerabili come vere e proprie pene naturali⁶⁵ – di chiedere alla C. cost. di considerare rilevanti le sole sofferenze derivanti all'agente dalla morte di un prossimo congiunto (ex art. 307 co. 4 Cp). Ci si confronta, all'evidenza, con una limitazione aprioristica del concetto di “pena naturale” priva di qualsivoglia tangibile giustificazione. Una limitazione che, ancora una volta, non farebbe altro che dare il là ad indebite disparità di trattamento tra casi in tutto e per tutto identici. Il riferimento alla “morte del prossimo congiunto” avrebbe dunque dovuto essere – nell'economia della questione di legittimità sollevata – o “rivisto”⁶⁶ o, ancor meglio, “pretermesso” del tutto, essendo forse più opportuno lasciare alla prudente discrezionalità del giudice il compito di riempire di contenuto – volta per volta – il concetto di “pena naturale di rilevante gravità” (che non sembra prestarsi così facilmente ad una predeterminazione legislativa in astratto e comunque dovrebbe esser al più tarato su cose come il carattere permanente del danno subito dall'autore o sulla sua non riferibilità a beni meramente patrimoniali).

Infine, desta non poche perplessità anche la disposizione individuata dal T. di Firenze come auspicabile oggetto della declaratoria d'incostituzionalità della Corte, giacché, per stessa ammissione del rimettente, «la menzionata disposizione è una norma di carattere generale deputata a prevedere la formula di proscioglimento in presenza di plurime possibili cause di improcedibilità disciplinate altrove»: si tratta, dunque, di una norma processuale che, per poter operare, abbisogna d'istituti sottostanti che la riempiano di contenuto. Una norma, oltretutto, che necessariamente «impone di attendere l'esito del giudizio», facendo restare sempre «l'imputato [...] una vittima del procedimento penale e dei noti danni da attività processuale», anche laddove l'astensione da pena (per la facilità del caso) potrebbe esser pronunciata sin dalle indagini, “allo stato degli atti”⁶⁷. Per poter dare ingresso all'istituto della “pena naturale” all'interno del nostro ordinamento, sarebbe stato quindi preferibile

⁶⁵ Cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 12, laddove osserva come potrebbero riguardarsi quali pene naturali (solo per citarne alcune): «la morte del congiunto [...], ma anche le relative lesioni personali, le lesioni personali riportate dallo stesso autore del fatto, l'interruzione del rapporto di lavoro, la sottoposizione ad un gravoso processo mediatico o ad un processo penale di durata eccessiva» [del resto, è noto come il § 60 StGB sia stato ritenuto applicabile anche a fronte del “danno mediatico” patito dall'imputato prima della condanna: riferimenti in N. Recchia, *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*, in DPC, 3, 2017, 137 ss.; V. Manes, *La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediabile*, ivi, 127 ss.]. A volte ci si è chiesti se persino il “rimorso” potesse considerarsi come una pena naturale [cfr. J.M. Silva Sánchez, Id., *¿Puede considerarse el remordimiento*, cit., 269 ss. (con aperture in tal senso)]

⁶⁶ Come ad es. suggerito da M. Zincani, *Pene naturali*, cit., 12: «l'indicazione meriterebbe di essere integrata, poiché non considera la lesione autoinflitta e le relazioni affettive diverse da quelle endofamiliari, in primis la convivenza more uxorio (che non ricade nella previsione dell'art. 307, IV, c.p.), e invece estende agli affini (78 c.c.), non sempre rilevanti, considerando la conflittualità che spesso caratterizza i rapporti con i parenti del proprio coniuge».

⁶⁷ Come osserva M. Zincani, *Pene naturali*, cit., 15, che ravvisa in ciò un «profilo critico» della strada scelta dal rimettente.

chiedere alla Corte d'intervenire (come peraltro aveva ipotizzato lo stesso rimettente, prima di orientarsi però sull'art. 529 Cpp), «sull'art. 43 c.p. o su altra norma di diritto sostanziale».

7. Proprio l'ultimo inciso menzionato sembra fornirci lo spunto per lo svolgimento di alcune ulteriori riflessioni critiche in merito al presupposto stesso da cui l'iniziativa del T. di Firenze ha preso le mosse: l'impossibilità di rinvenire soluzioni “spendibili” già *de iure condito* per raggiungere l'esito auspicato.

Come si sa, una delle questioni più problematiche in materia di pene naturali – almeno in ordinamenti che di primo acchito non sembrano contemplare cause di non punibilità *espressamente* chiamate ad operare per tutti i casi in cui il singolo abbia già patito una *poena naturalis* che risulti, per gravità, in grado di porsi quale equivalente funzionale “a tutto tondo” della pena statale – è determinare se sia possibile pervenire, già in via interpretativa, a soluzioni suscettibili di dare adeguata considerazione alla sofferenza previamente patita dall'agente, a causa del reato dallo stesso commesso. Un obiettivo che pare tanto complesso da raggiungere in via ermeneutica *de iure condito*⁶⁸, quanto indubbiamente necessario se si ritiene che una soluzione diversa urterebbe con i cardini costituzionali dell'ordinamento (come in questo caso).

Ora, per arrivare a sollevare questione di legittimità con riferimento all'art. 529 Cpp, il T. di Firenze deve all'evidenza aver ritenuto che non vi fossero strade da poter percorrere già *de iure condito* al fine di venir ad accordare alla pena naturale il ruolo di causa di non punibilità/improcedibilità nel nostro ordinamento⁶⁹. Diversamente, la questione di costituzionalità sarebbe stata del tutto “superflua”. Ma è davvero così?

In realtà il T. di Firenze pare aver liquidato questo necessario esame preliminare in maniera fin troppo sbrigativa. Nel nostro ordinamento, invero, una possibilità di venir ad accordare già *de iure condito* rilevanza alla *poena naturalis* previamente sofferta dall'agente quale potenziale fattore di esclusione della responsabilità penale *tout court*, sembrava darcela l'art. 131-bis Cp: disposizione suscettibile di trovare applicazione non solo con riferimento alle fattispecie colpose più rilevanti⁷⁰, ma anche a fronte di molti reati dolosi meno “gravi” (dunque, in tutti quegli ambiti in cui, come detto, la *poena naturalis* dovrebbe poter operare in “astratto” come causa di non punibilità).

Tale disposizione, in effetti, se interpretata al massimo delle sue potenzialità⁷¹, si sarebbe rivelata perfettamente in grado di valorizzare (in via tendenzialmente semi-esclusiva), nel determinare la tenuità del fatto, elementi che attengono al grado della colpevolezza e alle finalità della pena (ciò che avrebbe avuto una sicura rilevanza, considerato che la *poena naturalis* inciderebbe, come visto, proprio su questi profili)⁷², senza che si desse poi la possibilità di ravvisare limitazioni connesse al

⁶⁸ Basti guardare alla diversità di soluzioni adombrate dalla dottrina spagnola: B. Mapelli Caffarena, *Pena natural – “poena naturalis” – o daños colaterales en la realización de una infracción penal*, in *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, a cura di J.M. Silva Sánchez, J.J. Queralt Jiménez, M. Corcoy Bidasolo, M.T. Castiñeira Palou, Buenos Aires 2017, 1003 ss.; M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 125 ss.; J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 161 ss.

⁶⁹ Cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 12.

⁷⁰ Come si sa, il legislatore della “riforma Cartabia” ha inteso allargare le “maglie” dell'istituto, convenientemente imponendo di modificare la limitazione astrattamente correlata al limite di pena edittale: lo stesso ha invero imposto al delegato di prendere a parametro di riferimento non più il massimo (come accadeva in origine), ma il minimo edittale, conseguentemente prevedendo l'applicazione della causa di non punibilità per tutti i reati puniti nel minimo con una pena non superiore a due anni di reclusione. Il minimo edittale, risultando quantomeno maggiormente espressivo della gravità astratta che il legislatore ritiene di dover attribuire a ciascuna fattispecie, comporta perciò l'astratta applicabilità della clausola di esiguità con riferimento a numerose fattispecie che in precedenza erano escluse dalla sua cornice operativa (si pensi all'omicidio colposo commesso con violazione delle norme in materia d'infortuni sul lavoro, di cui all'art. 589 co. 2 Cp, o all'omicidio stradale, previsto dall'art. 589 bis Cp, puniti con pena edittale che va da 2 a 7 anni) [cfr. A. Natalini, *Esclusi i reati di violenza domestica con un ambito applicativo ampio. La particolare tenuità del fatto*, in *La riforma del Processo Penale. Commento alla legge n. 134 del 27 settembre 2021*, Milano 2021, 214 s.].

⁷¹ Sia consentito il rinvio a M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p. e colpa lieve*, in www.la-legislazione-penale.eu, 30.1.2023.

⁷² Cfr. quanto detto in M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p.*, cit., in part. nei §§ 4 e 6.

danno cagionato dall'agente (la disposizione potrebbe invero a nostro avviso reputarsi in grado di operare anche laddove da un fatto cagionato per colpa – non così per i reati dolosi o preterintenzionali – derivino, come conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravi o gravissime della vittima)⁷³.

In breve, l'art. 131-*bis* sarebbe stato probabilmente in grado (ove riletto al pieno delle sue potenzialità) di dar luogo (già *de lege lata*) ad una declaratoria di non punibilità dell'agente – esattamente come in Germania ha sempre fatto il § 60 *StGB* – nei casi in cui, «soppesando il grado della colpevolezza [...] la gravità delle conseguenze prodotte dal reato e le finalità della pena (prevenzione generale, ovvero difesa dell'ordinamento giuridico, e prevenzione speciale), si» fosse senz'altro imposta «immediatamente la conclusione che una reazione da parte del diritto penale non avrebbe più» avuto «alcuna funzione significativa da svolgere, sia nell'interesse del reo che della collettività»⁷⁴.

Orbene, questo *deficit* d'approfondimento sulle strade percorribili già *de iure condito*, che è chiaramente rinvenibile nell'ordinanza del T. di Firenze, ha impedito di prendere atto delle altre opzioni che si stagliavano all'orizzonte. Laddove l'ordinanza di rimessione avesse preso seriamente in considerazione la possibilità di venir a far applicazione dell'art. 131-*bis* Cp (anche solo per scartarla), la stessa avrebbe infatti potuto valutare l'opportunità di sollevare questione di legittimità costituzionale, se non altro, con riferimento proprio a tale ultima disposizione, anziché con riferimento all'art. 529 Cpp.

Invero, anche a voler ritenere inaccoglibile *de lege lata* l'idea che l'art. 131-*bis* possa venir applicato anche a fatti colposi da cui siano scaturite come conseguenze la morte o le lesioni gravi o gravissime della vittima (del resto, come non avevamo mancato di riconoscere altrove, trattasi, tra le varie conclusioni interpretative da noi raggiunte con riferimento all'art. 131-*bis* Cp, dell'opzione ermeneutica che più facilmente potrebbe prestarsi a critiche, venendo da alcuni ritenuta “forzata” e/o “inaccoglibile”, almeno *de iure condito*)⁷⁵, di certo si dovrebbe convenire sul fatto che la strada più semplice e corretta per dar luogo ad un “ingresso” nel nostro ordinamento della *poena naturalis* quale potenziale fattore di esclusione della punibilità *tout court*, sarebbe stata per il T. di Firenze proprio

⁷³ Cfr. ancora M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p.*, cit., § 5, là dove avevamo ritenuto «possibile e opportuno fornire un'interpretazione» correttiva dell'inciso che esclude l'applicabilità della disposizione nei casi in cui «la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona», in modo da «impedire allo stesso di operare in senso così fortemente e acriticamente riduttivo sul campo d'operatività della norma». In quella sede, invero, avevamo avuto modo di osservare come un simile inciso «si rivelerebbe del tutto pleonastico se la preclusione fosse riferita anche ai reati colposi, essendo pacifico che dalle condotte colpose discendono essenzialmente conseguenze “non volute” (è questo, d'altro canto, il tratto identificativo della colpa)» (puntellando poi questa conclusione con una serie di ulteriori argomentazioni a supporto).

⁷⁴ In questi termini, relativamente al § 60 *StGB* tedesco, si esprimono K. Lackner, M. Heger, *sub §60 StGB*, in K. Lackner, K. Kühl, M. Heger (a cura di), *StGB Kommentar*³⁰, München 2023, Rn. 3.

⁷⁵ Si v. M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p.*, cit., 27 s. Anche se, in verità, un accoglimento di questa idea sembra essersi già registrato in almeno una sentenza di merito [T. Rovereto 29.1.2019 (inedita), che ha dichiarato la particolare tenuità in un caso di infortunio sul lavoro che aveva cagionato lesioni gravi alla vittima, in ragione del concorso causale di quest'ultima, del permanere di conseguenze invalidanti limitate e del lieve grado della colpa, desumibile anche dalla circostanza dell'ottemperanza all'adeguamento di sicurezza e dell'intervenuto risarcimento]. Orientamento, quello espresso nel menzionato provvedimento di merito, che sembrerebbe aver trovato oltretutto implicita conferma nella sentenza pronunciata sulla sua (i)legittimità. Cass. 9.10.2019 n. 42892 (inedita), ha invero ritenuto il provvedimento emesso dal T. Rovereto bensì illegittimo, ma solo per carenza motivazionale («nel caso che occupa, il giudicante [...] si è limitato ad evidenziare elementi privi di particolare rilevanza rispetto alla valutazione richiesta ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen. [...] senza adeguatamente spiegare da quali elementi tratti dal caso concreto oggetto di giudizio derivassero valutazioni di questo tipo in ordine alla esiguità dell'offesa arrecata alla vittima»). La Corte ha cioè ritenuto che «il provvedimento impugnato non» offrisse «alcuna specifica spiegazione sulla ragione per la quale una lesione grave con conseguenze permanenti, quale quella accertata nel caso di specie», fosse «da qualificare come di “particolare” tenuità, vale a dire dotata di minima e trascurabile offensività in concreto», ma non ha invece escluso in radice che una tale giustificazione potesse esser in qualche modo offerta, né ha asserito che vi fosse un'incompatibilità (come invece sarebbe stato logico aspettarsi, se la stessa fosse stata ravvisata) tra le lesioni gravi o gravissime e l'applicabilità dell'art. 131-*bis* a fronte del fatto meramente colposo occorso.

quella di sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 131-*bis* co. 2 Cp, nella parte in cui lo stesso prevede che «l'offesa non» possa «essere ritenuta di particolare tenuità [...] quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona» (alla luce dei profili d'illegittimità costituzionale che tale preclusione presenta e che sembrano qui porsi quale unico sbarramento all'applicabilità dell'art. 131-*bis* per dar rilevanza alla *poena naturalis* nel nostro ordinamento)⁷⁶.

In questo modo, il T. di Firenze avrebbe facilitato di molto il compito della Corte, giacché quest'ultima sarebbe stata così messa nelle condizioni di limitarsi (evitando di farsi tentare dall'adozione di sentenze manipolative)⁷⁷ a dichiarare l'illegittimità di tale preclusione, con una sentenza d'accoglimento meramente ablativa che non avrebbe determinato vuoti di tutela di sorta o il rischio d'indebite «invasioni di campo» in alcune delle prerogative più tipicamente «legislative».

Altrimenti, a seconda delle modalità alternative con le quali la questione avrebbe potuto essergli sottoposta dal rimettente (a seconda che questo fosse partito cioè dall'idea di accogliere o rigettare l'interpretazione della preclusione qui patrocinata), la Corte avrebbe potuto anche adottare: a) o una sentenza interpretativa di rigetto, in quanto, come la C. cost. ha sempre sostenuto (peraltro non senza un eccesso di enfasi), «in linea di principio, le leggi non si dichiarano illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁷⁸, e si è visto come sia invece possibile dare all'art. 131-*bis* co. 2 Cp un'interpretazione conforme a Costituzione (che la Corte sarebbe stata messa in condizione di accogliere, anche qualora il rimettente avesse invece ritenuto di doverla scartare, con argomentazioni non implausibili)⁷⁹; c) o una sentenza interpretativa d'accoglimento (laddove la questione gli fosse

⁷⁶ Fortemente critico nei confronti di questa preclusione si era già mostrato, del resto, L. Cornacchia, *Condizioni negative di punibilità*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*², a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, Bologna 2017, 735, scorgendovi «l'esplicita legittimazione della responsabilità oggettiva» (dunque una preclusione costituzionalmente illegittima).

⁷⁷ Com'è noto, infatti, «con le decisioni manipolative la Corte si allontana dall'immagine di «legislatore negativo» che aveva in mente Hans Kelsen: essa si sostituisce al legislatore, di solito per scetticismo sulla capacità di questo di agire a tutela della Costituzione, ma, così facendo, ne invade la sfera» [cfr. T. Groppi, A. Simoncini, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*⁶, Torino 2023, 362]. Tant'è che alcuni ritengono criticamente che questa sia una «pratica» del tutto «fuori costituzione» [O. Pfersmann, *Giustizia costituzionale tra politica e diritto*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale». Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa* (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Torino 2017, 93 s.]

⁷⁸ Si tratta d'insegnamento risalente perlomeno a C. cost. 22.10.1996, n. 356, in GC, 5, 1996, 3096 ss. Letta alla lettera, però, tale affermazione pare eccessiva. Come ha scritto Franco Modugno, nella seconda parte della ricorrente frase sarebbe stato invero meglio dire, senza peccare per eccesso, «perché è difficile, è improbabile darne interpretazioni costituzionali» [v. F. Modugno, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 260]. Invero, «al giudice comune non» si può chiedere «propriamente un convincimento intorno all'incostituzionalità della legge, bensì un convincimento tanto sulla difficoltà di esperire con successo l'interpretazione conforme della disposizione, quanto sulla probabilità che la Corte abbia a sancire l'incostituzionalità della norma» [sempre F. Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 18.4.2014, 23]; «altrimenti lo sforzo richiesto al giudice» diventerebbe eccessivo, come dimostrato in anni passati dal «discutibile proliferare di ordinanze di inammissibilità anche a fronte di questioni «serie», sollevate dopo aver tenuto conto di alcune delle possibili interpretazioni alternative, ritenute non praticabili in base ad argomentazioni non implausibili» [così, condivisibilmente, M. Ruotolo, *Quando*, cit., § 3.1.].

⁷⁹ Un tempo l'orientamento menzionato nella nt. precedente avrebbe condotto inesorabilmente a un'ordinanza d'inammissibilità. Oggi che l'orientamento restrittivo, incline a una lettura intransigente del «manifesto» affisso dalla sent. n. 356 del 1996, sembra aver ceduto il passo ad impostazioni differenti [cfr. V. Napoleoni, *L'onere di interpretazione conforme*, in *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, a cura di V. Manes, V. Napoleoni, Torino 2019, 126 ss.], in un caso del genere vi sarebbe senz'altro stata la possibilità, invece, per una sentenza interpretativa. La C. cost., infatti, è ormai dell'idea che «se «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)» (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia *improbabile* o *difficile* prospettarne un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le

stata rimessa, al contrario, muovendo dall'idea di dover accogliere l'opzione da noi prospettata con riferimento al co. 2 dell'art. 131-bis)⁸⁰, dichiarando l'incostituzionalità parziale della menzionata preclusione.

8. L'ordinanza di remissione, come detto, presenta indubbi profili di condivisibilità, nella misura in cui ha inteso porre i "riflettori" sulla dubbia legittimità costituzionale dell'esiguo riconoscimento giuridico sino ad oggi accordato da parte del nostro ordinamento (ma lo stesso accade anche altrove: v. l'ordinamento spagnolo) alle pene naturali già sofferte dall'autore del reato. Pene che da noi paiono destinate (almeno nell'ottica dei più) a non trovar applicazione *de iure condito* quali cause di non punibilità/improcedibilità *tout court*, bensì, al massimo, come fattori di attenuazione della pena statale (peraltro piuttosto "inconsistenti", alla luce delle cornici edittali "eccessive" che molte fattispecie – colpose e non solo – presentano).

Quel che occorre domandarsi, però, è: siamo davvero sicuri che basti riconoscere la condivisibilità della soluzione che si vorrebbe raggiungere sollevando questione di legittimità costituzionale (l'attribuzione alla pena naturale già sofferta dall'agente del ruolo, almeno in certi casi, di equivalente funzionale "a tutto tondo" della pena statale) per giustificare una declaratoria d'incostituzionalità (per di più se alla C. cost. si chiede una sentenza manipolativa)? Alla luce delle recenti prese di posizione della Consulta – che l'hanno portata su una china man mano sempre più "interventista", al fine di sopperire alle ormai frequenti e deprecabili inerzie legislative, giustificando molte delle proprie recenti "manipolazioni" sul presupposto del solo consenso sociale diffuso ravvisabile attorno all'innovazione da introdurre⁸¹, come pure della sua condivisibilità "costituzionale"⁸² – si potrebbe verosimilmente pensare di sì.

predette condizioni, si rivela [...] necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile» [C. cost., 24.2.2017 n. 42, in www.lacostituzione.info (con nota di R. Bin, *Corsi universitari solo in inglese?*)].

⁸⁰ Siamo infatti senz'altro al di fuori da quei casi in cui la «la soluzione ermeneutica cui si addivene si rivela del tutto incompatibile con il testo oggetto di interpretazione, al quale pur sempre si deve tornare», che sono ritenuti inammissibili da M. Ruotolo, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in www.questionegiustizia.it, 22.10.2018, § 3.4. Siamo cioè d'accordo che «neppure l'esigenza di rendere il testo legislativo compatibile con i principi costituzionali potrebbe giustificare una "torsione" dell'enunciato oltre il suo possibile orizzonte di senso (l'albero non può diventare cavallo!)» [Id., *Quando*, cit., § 3.4.], che «qualsiasi disposizione, anche la più genericamente formulata, ha un "carapace semantico" da cui non può evadere senza diventare altro da sé» [G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in GC 2012, 4900], ma non è evidentemente questo il caso nell'interpretazione da noi fornita dell'art. 131-bis Cp, che per forzata che si voglia ritenere, di certo si mostra compatibile (anzi, forse persino più compatibile di quella usualmente accolta) col tenore letterale dell'enunciato legislativo.

⁸¹ Come osserva A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in QC, 2019, 251 ss., la Corte sembra ormai mossa «politicamente, dalla ricerca di un consenso intorno alle decisioni prese» e «dall'esigenza di costruire un'adesione da parte dell'opinione pubblica sui suoi contenuti».

⁸² La Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018 sintetizza in termini chiari le ragioni che hanno spinto la Corte a "cambiare registro": «[...] è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi», una rinnovata "sensibilità" «impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati a cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale» [cfr. G. Lattanzi, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in www.cortecostituzionale.it, 2019, 15]. Il "germe del cambiamento", però, lo si poteva già rintracciare in un precedente intervento di Gaetano Silvestri, in cui lo stesso, ricordando la «sofferta» pronuncia costituzionale sul caso Torreggiani – un «estremo atto di deferenza verso il legislatore» – e il monito in essa contenuto, aveva concluso osservando quanto segue: «quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*» [così G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.rivistaaic.it, 30.5.2014, 5].

Se però si è ancora legati (almeno in parte) ai cardini costituzionali della legalità e della separazione dei poteri⁸³, è al contrario necessario riconoscere che, per poter giustificare una sentenza manipolativa della Corte⁸⁴, occorra sempre qualcosa di più della mera condivisibilità dell'esito (anche dal punto di vista "costituzionale") che con la declaratoria d'illegittimità si vorrebbe raggiungere (condivisibilità che – è bene chiarirlo – almeno per noi è fuori discussione)⁸⁵.

Più in particolare, in un'ottica ispirata dalla "separazione dei poteri", sarebbe quantomeno necessario che la questione venisse formulata in termini "convincenti" dal rimettente, così evitando di favorire indebite "invasioni di campo" da parte della C. cost. in quelle che sono prerogative tipicamente legislative. Condizione che non sembra esser venuta ad integrazione nel caso di specie.

Da un lato, infatti, abbiamo visto come il rimettente abbia finito per chiedere alla Corte di adottare una decisione manipolativa-additiva volta a "dar ingresso" nel nostro ordinamento alla pena naturale come causa d'improcedibilità limitata ai soli casi di fatti colposi e in cui la pena naturale sia rappresentata soltanto dalla «morte di un congiunto»: dunque, quel che si chiede alla Corte è proprio di svestire i panni del giudice, per vestire quelli del legislatore, adottando una soluzione che, oltretutto, non sembra neppure del tutto in linea con quelle adottate negli ordinamenti a noi geograficamente e culturalmente più prossimi, i quali vedono nella *poena naturalis* un istituto di diritto sostanziale, operante anche per taluni fatti dolosi, e integrato da qualsiasi tipologia di evento in grado di rappresentare per il reo una sofferenza equiparabile ad una *poena forensis*. Sotto altro angolo visuale, poi, è anche evidente (lo abbiamo appurato) che la scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 Cpp rappresenti vieppiù il frutto di un'omessa ricerca di soluzioni costituzionalmente conformi all'interno dell'ordinamento da poter raggiungere in via ermeneutica.

Ora, dal momento che con riferimento all'art. 529 Cpp non sembra davvero «possibile» operare «un'interpretazione costituzionalmente conforme, non essendovi nel dato letterale della disposizione di legge alcun riferimento che autorizzi una simile interpretazione» (come giustamente riconosciuto dal rimettente; ma le cose sarebbero state diverse se la questione fosse stata sottoposta con riguardo

⁸³ Per una critica radicale a questi "dogmi" cfr., però, la recente presa di posizione di P. Grossi, *Oltre la legalità*, Bari-Roma 2019, *passim*, in part. 95 ss., 106.

⁸⁴ Ciò che alle volte dovrebbe essere possibile [cfr. M. Donini, *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali. La legittimazione costituzionale di una sentenza manipolativo-additiva al limite*, in *www.discrimen.it*, 31.7.2023, 3 ss. (anche per gli opportuni richiami alle posizioni di chi invece ritiene che le sentenze manipolativo-additive in materia penale sarebbero sempre e irrimediabilmente in contrasto con la riserva di legge)].

⁸⁵ Diversi autori spagnoli [cfr. M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 134 ss., 142 s.; A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia*, cit., 11 ss.], essendo la Spagna un altro Paese che non attribuisce esplicito rilievo giuridico alla *poena naturalis*, ritengono sarebbe opportuno (e costituzionalmente compatibile) attribuire alla *poena naturalis* una mera rilevanza "attenuante". Il che dimostra come lo stesso presupposto fondante dell'ordinanza di remissione (l'idea che un sistema che non abiliti la pena naturale ad operare quale causa di non punibilità debba per forza di cose reputarsi incostituzionale) potrebbe non andare incontro ad unanimi consensi. Anche la Costituzione spagnola, infatti, dà risalto alla rieducazione del condannato e al «senso di umanità» che dovrebbe sempre informare l'irrogazione delle pene statali (v. art. 25 co. 2) [anche se poi le letture concrete del principio contenuto in tale disposizione sembrano distanti da quelle particolarmente "forti" che ne sono state date in Italia: su tale disposizione cfr. S. Lascuraín de Mora, *El mandato de resocialización*, in *Principios penales democráticos*, a cura di J.A. Lascuraín Sánchez, Madrid 2021, 171 ss.]: se gli spagnoli possono arrivare a ritenere che il loro sistema sia legittimo anche così, vista la somiglianza delle previsioni contenute nelle rispettive Costituzioni, perché noi dovremmo pensarla diversamente? Sia come sia, a nostro avviso v'è da dubitare seriamente della possibilità (e soprattutto opportunità) di venir a considerare legittimo un sistema che pur affermando in Costituzione che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», di fatto impedisca al giudice di dichiarare la non punibilità dell'agente che abbia già ritratto dal reato una pena naturale sufficiente a rieducarlo/inabilitarlo, costringendolo a punire comunque (con pena al massimo attenuata): un assetto costituzionale che contempra la rieducazione come fine ultimo della pena dovrebbe verosimilmente dare al giudice, almeno a determinate condizioni, la possibilità di escludere la punibilità dell'agente quando lo stesso abbia già ritratto da una pena naturale una sofferenza proporzionata al fatto commesso e, comunque, tale da rendere superflua l'irrogazione di ogni ulteriore *poena forensis*; pena, altrimenti, l'incostituzionalità.

all'art. 131-bis Cp, come detto *supra*, § 7)⁸⁶, all'orizzonte sembrano potersi stagliare soltanto due possibili esiti (nettamente contrapposti tra loro) in cui questa iniziativa del T. di Firenze potrebbe sfociare: a) uno d'inammissibilità, motivato dalla mancata esatta individuazione della disposizione di legge da sottoporre al vaglio della Consulta da parte del rimettente e/o dal fatto che le modalità d'innesto da questi suggerite non rappresentino delle scelte costituzionalmente obbligate, essendovi una pluralità di soluzioni costituzionalmente conformi e non un'unica soluzione imposta (strada che reputiamo maggiormente condivisibile); b) uno di accoglimento, magari previo esperimento di un tentativo di "dialogo" con il legislatore, analogo a quello già effettuato nel noto caso "Febo/Cappato" (rinvio di uno o più anni, con esortazione rivolta al Parlamento ad intervenire in materia)⁸⁷.

Quest'ultima strada, a sua volta, potrebbe in ultima analisi (cioè dopo l'auspicabile previo esperimento del menzionato tentativo di "dialogo" col legislatore) dar luogo (a fronte del probabile episodio di "astensionismo" legislativo che ne seguirebbe) a due soluzioni: i) da un lato, la Corte potrebbe limitarsi a dichiarare costituzionalmente illegittima la disposizione sottoposta al suo esame, "inchiodando" per una buona volta il Parlamento alle sue responsabilità e obbligandolo ad esercitare le sue fondamentali prerogative (soluzione che ci sembra, però, difficilmente "appetibile" agli occhi della Consulta, visto il timore che essa da sempre nutre per i "vuoti" normativi che potrebbero determinarsi a seguito di pronunce meramente "caducatorie")⁸⁸; ii) dall'altro, essa potrebbe spingersi ben oltre e, aderendo (in tutto o in parte) a quanto richiesto dal rimettente, decidere di accogliere la questione sottoposta al suo vaglio, con una sentenza manipolativa-additiva, conseguentemente inserendo la *poena naturalis* nel nostro ordinamento proprio per il tramite dell'art. 529 Cpp, cioè come possibile nuova «sentenza di non doversi procedere».

Per quanto il "cuore" ci spingerebbe a patrocinare una delle soluzioni illustrate *sub* lett. b) (poiché la *poena naturalis* già sofferta dall'agente dovrebbe senz'altro dar luogo ad un esito di non punibilità/improcedibilità, almeno a fronte di taluni casi, ed ogni ostacolo in grado di "ritardare" l'innesto di questa soluzione nel nostro sistema non farebbe altro che perpetuare un regime di dubbia costituzionalità), siamo in realtà convinti (da un punto di vista meno "emotivo" e più "razionale") che la scelta più "giusta" sarebbe rappresentata da una declaratoria d'inammissibilità della questione

⁸⁶ Cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 24.

⁸⁷ Cfr. C. cost. 16.11.2018, n. 207, in *FI*, 1, 2020, 2565 ss. (con nota di R. Romboli, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*), con la quale la Corte ha "creato" un nuovo schema di decisione «in due tempi», allo scopo di scongiurare il pericolo che dal semplice annullamento del reato di aiuto al suicidio potessero scaturire «abusi», a danno di soggetti particolarmente fragili, «in quanto malati irreversibili esposti a gravi sofferenze». La Corte con la successiva C. cost. 26.6.2020, n. 132, in *FQC*, 3, 2020, 104 ss. (con nota di R. Pinardi, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*), ha invero dimostrato come la soluzione giurisprudenziale escogitata nel caso Cappato non fosse affatto «un *unicum*», ossia una «soluzione contingente, funzionale alla risoluzione di un problema altrettanto contingente» [così, invece, tra gli altri, E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *QC*, 2019, 543], quanto, piuttosto, «la prima epifania di una nuova tecnica di decisione con la quale il Collegio cerca di instaurare un dialogo più proficuo con gli organi legislativi» [R. Pinardi, *La Corte ricorre*, cit., 106].

⁸⁸ È invero risalente la constatazione che la «storia degli strumenti decisorii forgiati dalla Corte per via pretoria è [...] leggibile come un costante tentativo di ridurre al minimo i vuoti normativi conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità» [A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994, 563; N. Occhiocupo, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna 1978, 32-34; A. De Stefano, *Giustizia costituzionale e potere legislativo* (1976), in 1956-2006. *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, II, Roma 2006, 937 s.]. Insomma, «tutta la storia delle sentenze interpretative, di rigetto e di accoglimento», e «delle manipolative, aggiuntive o sostitutive» ha in buona sostanza preso le mosse dall'«*horror vacui*», ossia dal «timore della lacuna» conseguente all'adozione di una pronuncia di accoglimento *tout court*, che «spesso è giustificato dall'avvertenza che il *posterius* può risultare più incostituzionale del *prius*» [F. Modugno, *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in *QC*, 1989, 39]. Sulla paura del c.d. *horror vacui*, che da sempre attanaglia la Consulta, si v., più in generale, la monografia di R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano 2007, spec. 69 ss. e 84 ss.

(che ovviamente non impedirebbe una sua riproposizione, meglio calibrata, in futuro). Questo per due ragioni fondamentali.

In primo luogo, perché ci sembra evidente (per le ragioni già evidenziate *supra*, § 7) che la disposizione scelta dal rimettente (tra l'altro non senza incertezze e con una discreta dose di "fatica" nella sua individuazione)⁸⁹ non sia quella più indicata e/o corretta per dar ingresso alla *poena naturalis* nel nostro ordinamento⁹⁰. Se un innesto deve esserci, esso dovrà aver luogo tramite una disposizione sostanziale: a) in grado di operare, all'occorrenza, sia in fase d'indagine che all'esito della conclusione del procedimento; b) suscettibile di trovare impiego, almeno "in astratto", con riferimento a tutti i fatti criminosi (colposi e dolosi meno "gravi") in cui una pena naturale potrebbe trovare "applicazione"; c) idonea a tener sempre "traccia" dell'accertamento giudiziale eventualmente compiuto (ci si confronta con un reato integrato in tutti i suoi elementi, che non potrebbe esser considerato *tamquam non esset*), anche alla luce del fatto che la "carta" della non punibilità/improcedibilità dovrebbe poter essere "giocata" dall'autore del reato soltanto un numero limitato di volte (non, ad es., se in diversi momenti della propria vita lo stesso cagioni, con la propria condotta di guida imprudente, lesioni gravi o gravissime a diversi suoi congiunti)⁹¹.

In secondo luogo, perché le modalità d'innesto richieste dal rimettente sembrano davvero eccedere quel che potrebbe ritenersi costituzionalmente consentito in un ordinamento che, come il nostro, appare ancora oggi fondato sui principi di legalità e separazione dei poteri. Invero, per quanto la C. cost. abbia ormai dato prova di ritenere la tradizionale dottrina delle c.d. rime obbligate⁹² in gran parte "superata", con sempre più frequenti «sentenze con dispositivo manipolativo di tipo sostitutivo che, nella parte ricostruttiva, risultano sganciate da una soluzione costituzionalmente obbligata in nome dell'adequazione e non arbitrarietà di quella indicata dal giudice *a quo* (o, in alcuni casi, "ricostruita" dalla stessa Corte!) perché coerente con i principi costituzionali»⁹³, riteniamo auspicabile che la "fase" intrapresa dalla Corte trovi una "battuta d'arresto"⁹⁴ prima di dar luogo ad una «modifica (tendenzialmente) duratura di tratti non secondari della nostra forma di governo», che oltretutto risulterebbe non priva di potenziali "effetti collaterali", suscettibili di mettere a repentaglio la stessa "sopravvivenza" della Corte⁹⁵.

Se quest'ultima adottasse una decisione d'accoglimento manipolativa-additiva, invero, diverrebbe assai difficile contestare la validità della visione critica assunta da quanti ritengono che la Corte stia pian modificando l'equilibrio dei poteri, oltretutto sulla scorta di un ben preciso e scientemente

⁸⁹ Che T. Firenze 20.2.2023, cit., 22 s. non sapesse bene che "pesci prendere" nell'individuare la disposizione da sottoporre al giudizio della Consulta è reso palese dalla "perplexa" motivazione addotta al § 6.2.

⁹⁰ Assunto che, ove condiviso, dovrebbe portare ad una pronuncia d'inammissibilità per "mancata esatta individuazione della disposizione di legge" da sottoporre al giudizio della Consulta [cfr. C. cost., 26.5.2006 n. 210, in *FI*, 7/8, 2006, 1963 ss.].

⁹¹ Si v. le considerazioni sviluppate in M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p.*, cit., § 9.

⁹² Dottrina, questa [sulla cui storia ed evoluzione v. l'efficace sintesi di D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *www.sistemapenale.it*, 3.2.2021, 18 ss.], che in passato ha sempre impedito alla C. cost. di adottare sentenze "manipolative" nei casi in cui la stessa si fosse trovata di fronte ad una pluralità di possibili soluzioni costituzionalmente compatibili, anziché ad un'unica soluzione costituzionalmente imposta (imponendo cioè alla stessa di ritenere gli interventi di manipolazione ammissibili solo là dove fossero stati a "rime obbligate").

⁹³ Come osserva sempre D. Tega, *La traiettoria*, cit., 23 ss. In argomento cfr., però, anche M. Donini, *Trattato di diritto penale*, I (in corso di pubblicazione), cap. 7, §§ 20 ss.; D. Martire, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adequate"*, in *GC*, 2, 2019, 696 ss.; F. Consulich, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 D.P.R. N. 309 del 1990*, ivi, 1231 ss.

⁹⁴ Finché essa resta una "fase", senza trasmodare in eccessivi sconfinamenti, potrebbe effettivamente ritenersi un qualcosa di ancora rientrante nella normale fisiologia costituzionale [come sostenuto autorevolmente da E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *QC*, 2019, 777 ss.].

⁹⁵ Come osserva R. Pinardi, *La Corte ricorre*, cit., 107, «uno schiacciamento eccessivo del ruolo della Corte verso il polo politico del suo operato finirebbe per produrre una forte compressione dello spazio di autonomia che la stessa deve, al contrario, vantare, nei confronti degli attori politici, per poter svolgere con piena efficacia quella funzione di argine nei confronti degli eccessi di una democrazia puramente maggioritaria che è la ragione principale della sua stessa esistenza».

studiato disegno⁹⁶. L'ennesima decisione di questo tipo, vista la nota intangibilità delle decisioni della C. cost. che decidano di "uscire" dal recinto tracciato dalla Carta cost., ci proietterebbe in un "orizzonte" costituzionale radicalmente "nuovo", adottato però "surrettiziamente" e "sotto banco" dalla Consulta stessa, senza un adeguato esame democratico⁹⁷.

L'attribuzione alla *poena naturalis* del ruolo di equivalente "a tutto tondo" della *poena forensis*, invero, è un "tema" che può trovare – come già illustrato (è sufficiente guardare alle diverse soluzioni legislative adottate da parte degli altri ordinamenti, che sono state esaminate *sub* § 3) – innumerevoli possibilità di "svolgimento"⁹⁸: si può scegliere di far operare la pena naturale come un istituto sostanziale (operante all'esito del giudizio e nelle mani del giudice) o processuale (operante sin dalla fase delle indagini e nelle mani dell'accusa); se ne può estendere l'operatività anche ai fatti dolosi (a tutti o solo a parte di essi) o se ne può circoscrivere la portata al solo terreno della "colpa"; gli esiti effettivamente apprezzabili come "pene naturali" potrebbero poi esser lasciati "aperti", suscettibili di venir liberamente determinati dall'interprete caso per caso, ovvero racchiusi in un catalogo tassativo di potenziali "esiti lesivi" meritevoli di apprezzamento. Una serie di scelte indubbiamente rilevanti – nonché, in varia guisa, costituzionalmente compatibili – che in un ordinamento come il nostro, fondato sui principi di legalità e separazione dei poteri, dovrebbero necessariamente venir prese dal legislatore, non da un organo giurisdizionale, almeno fintanto che non si decida di superare del tutto l'attuale assetto⁹⁹ (una scelta, quest'ultima, che, al di là della sua condivisibilità o meno, non dovrebbe esser presa "a cuor leggero", nella "riservatezza" di una camera di consiglio, da un "manipolo" di giudici fondamentalmente privi di legittimità democratica)¹⁰⁰.

⁹⁶ In questi termini si esprime A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251 ss., il quale ritiene, con un'opinione peraltro non incontrastata tra i costituzionalisti [cfr. ad es., in senso differente, R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in QC, 2019, 757 ss.], che la C. cost. sarebbe giunta ad un'«ennesima svolta» caratterizzata dal superamento delle regole processuali esistenti, dalla riscrittura di norme sostanziali e dalla modifica dell'equilibrio dei poteri.

⁹⁷ Che la vera questione problematica in materia di "giustizia costituzionale" sia capire cosa dovrebbe esserne delle sentenze che "escono" «fuori dalla Costituzione», posto che l'idea di considerarle *tamquam non esset* non è mai stata accolta, è osservato da O. Pfersmann, *Giustizia costituzionale*, cit., 93 ss. Come osserva l'autore (95 s.), a fronte di «prodotti giurisprudenziali fuori costituzione» adottati dalla Consulta, «due scenari possono essere immaginati»: a) «nel primo, la dottrina considera la sentenza come un mero *hapax* che non cambia il corso delle cose e forse la costanza della dottrina» nel criticare il percorso intrapreso, farà sì che «l'audacia della corte» si arresti; b) «nel secondo scenario, la giurisprudenza rimane costante», sicché «la dottrina avrà un problema di adattamento e si può pensare che una lenta promozione del nuovo sistema» (essendosi registrato un mutamento "sotterraneo" dello stesso, una «rivoluzione» "silenziosa") prima o poi avverrà. Il problema è che non è sempre facile comprendere «in che momento preciso si» passi «dal vecchio sistema» al «nuovo»: se la Corte non si arresta arriverà il giorno in cui ci troveremo ad osservare come il sistema sia già cambiato sotto i nostri occhi, senza che nemmeno ce ne rendessimo conto.

⁹⁸ Cfr. M.F. Serrano, *Los elementos constitutivos del concepto de pena natural*, in PC, 17, 2022, 857: «è possibile riconoscere una pena naturale in tutti i reati? Solo nei reati colposi? Solo nei reati con una pena minore? Chi può beneficiarne? Quali caratteristiche deve avere la vittima del crimine? La sofferenza ricade su qualsiasi bene o solo sul corpo o la salute dell'imputato? Tutte queste domande hanno risposte diverse a seconda della posizione assunta dal teorico o dal giudice che risponde. A loro volta, queste discussioni non si riflettono solo nelle sentenze o nelle opere teoriche, ma anche nella legislazione. Così, troviamo codici che» limitano la pena naturale «a determinati reati, altri che» la collegano ad «un potere dell'organo inquirente (principio di opportunità) e altri ancora» ad «una decisione del giudice. In breve, ci troviamo di fronte a un fenomeno che presenta diverse concezioni tra loro contrastanti».

⁹⁹ Secondo gli auspici da taluno espressi [v. ad es. P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., 114 s.: «se v'è qualcosa che dobbiamo temere è quella gerarchia delle fonti in cui abbiamo tanto creduto e che avvertiamo ormai come un ingabbiamento soffocante; è il mantenimento di un legalismo "ad ogni costo", [...] che deve cogliersi per quel che è, un *vulnus* alla nervatura portante della Costituzione nella complessità del suo messaggio, espresso e inespresso, formale e materiale, percorso da una dinamica espansiva e intensamente teso anche ben oltre il presente»].

¹⁰⁰ Sulla constatazione che la C. cost. «è un organo privo di legittimità democratica», con «giudici» scelti «secondo criteri d'appartenenza se non a partiti almeno a delle sensibilità politiche», cfr. O. Pfersmann, *Giustizia costituzionale*, cit., 88.

LA CAUSA DI IMPROCEDIBILITÀ PER INCAPACITÀ IRREVERSIBILE DELL'IMPUTATO: NOTE E SPUNTI A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 65/2023

di Marco Grande (*Assegnista di ricerca di Diritto processuale penale, Università di Torino*)

La tematica dell'incapacità irreversibile dell'imputato a partecipare al processo si inserisce nel contesto di un lungo percorso normativo e giurisprudenziale, volto ad adeguare, in ottica di tutela, la disciplina ai principi costituzionali. Uno dei profili più problematici è legato all'individuazione della "natura" della patologia irreversibile che non consente all'imputato di partecipare al proprio processo, interrogandosi sull'origine esclusivamente "psichica", o anche "fisica" della stessa. Tali interrogativi sono stati oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale nella sentenza del 7.4.2023, n. 65, che ha deciso di sostituire all'interno dell'art. 72 *bis*, co. 1, Cpp, il vocabolo «mentale» con «psicofisico», così da rimediare alla prospettata violazione dell'art. 3 Cost.

The issue of the irreversible inability of the accused to participate in the trial is part of the context of a long regulatory and jurisprudential process, aimed at adapting the discipline to constitutional principles from a protection perspective. One of the most problematic profiles is linked to the identification of the "nature" of the irreversible pathology which does not allow the accused to participate in his own trial, questioning the exclusively "psychic" or even "physical" origin of the same. These questions were addressed by the Constitutional Court in the ruling of 7.4.2023, n. 65, which decided to replace within the art. 72 *bis*, co. 1, Cpp, the word "mental" with "psychophysical", to remedy the alleged violation of the art. 3 Constitution.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I tratti essenziali della disciplina. – 3. Il giudizio *a quo*. – 4. La pronuncia della Corte costituzionale. – 5. Spunti conclusivi.

1. La l. 23 giugno 2017, n. 103 ha globalmente rivisitato la disciplina codicistica dedicata alle ipotesi di non perseguibilità del procedimento penale occasionate da incapacità dell'imputato. Come è noto, accanto all'ipotesi di «sospensione» (art. 71 Cpp), nei casi di incapacità mentale «reversibile», è stata introdotta quella della «definizione» del procedimento (con sentenza di rito) nei casi in cui detta incapacità sia, invece, «irreversibile» (art. 72 *bis* Cpp). La capacità processuale, per intuibili ragioni, è indissolubilmente legata al diritto di difesa e di autodifesa dell'imputato (art. 24 Cost.), che deve poter partecipare coscientemente al processo, in maniera effettiva e consapevole. Il legislatore, con l'introduzione dell'art. 72 *bis* Cpp, ha aderito alla linea interpretativa che proponeva di risolvere il problema dei c.d. «eterni giudicabili» nell'individuazione dell'incapacità irreversibile come ostacolo di natura procedimentale che influisce sulla possibilità di celebrare il giudizio¹. Con l'espressione «eterni giudicabili» si indicano quegli imputati per i quali il procedimento penale viene sospeso *sine die*, nelle ipotesi in cui sia stata accertata la loro incapacità irreversibile di parteciparvi, con correlativa sospensione della prescrizione.

¹ Cfr., diffusamente, L. Scomparin, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato: una normativa suscettibile di perfezionamenti, nuovamente "salvata" dalla Corte costituzionale*, in CP 2012, 953 ss. Successivamente, negli stessi termini, L. Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente sub iudice la disciplina degli "eterni giudicabili"*, in CP 2013, 1832 ss. In epoca ancor più recente: L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitori del giudice*, in www.la-legislazione-penale.eu, 14.11.2017, 1 ss.

Nel corso del tempo la Consulta è stata investita a più riprese da questioni di legittimità costituzionale riguardanti la materia *de qua*² e, prima di giungere alla decisione in commento, ha avuto modo di pronunciarsi sia sui profili riguardanti la perseguibilità del processo nei confronti di imputati affetti da infermità mentale, sia sulle contigue e connesse problematiche riguardanti la sospensione della prescrizione.

Nella successione delle pronunce che sono intervenute in materia in un lasso temporale durato oltre vent'anni e che comprendono sentenze di rigetto³, una sentenza-monito⁴, ma anche decisioni di accoglimento⁵, è possibile notare un certo *self restraint* da parte del Giudice delle leggi.

Come spesso accade, tuttavia, il legislatore, prima della riforma del 2017, aveva mostrato scarsa solerzia nel recepire non solo le esortazioni della Corte, ma anche quelle della dottrina da tempo impegnata a preconizzare possibili soluzioni per adeguare la materia ai principi costituzionali. In tale ottica, erano infatti state proposte: una declaratoria di improponibilità o improcedibilità dell'azione penale, nei casi di prognosi di irreversibilità dello stato mentale dell'imputato, nonché la previsione di un certo numero di accertamenti ai sensi dell'art. 72 Cpp, ovvero la decorrenza di una data frazione dei termini prescrizionali prima della declaratoria di cui all'art. 129 Cpp⁶.

2. L'originario meccanismo della sospensione del procedimento per incapacità mentale dell'imputato è ormai per lo più confinato alle ipotesi in cui lo stato mentale, presupposto per la sospensione, si presenti come «reversibile»; la relativa ordinanza di sospensione è poi revocabile se interviene un miglioramento tale da consentire una partecipazione effettiva e consapevole al procedimento (art. 72, co. 2, Cpp), nel caso in cui debba essere pronunciata una sentenza di proscioglimento o non luogo a procedere (artt. 70, co. 1 e 72, co. 2 Cpp), oppure, in caso contrario, qualora si accerti che lo stato di incapacità è «irreversibile» (art. 72 bis, Cpp). La disposizione in parola prevede che «se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca». Il legislatore ha dunque soppresso il meccanismo

² Fin dalla vigenza del Cpp 1930 la questione della capacità processuale dell'imputato, sotto diverse angolature, ha interessato a più riprese la Consulta. Ci si riferisce, *ex multis*, a C. cost., 30.7.1984, n. 223, in www.giurcost.org; C. cost., 20.7.1992, n. 340, *ivi*; C. cost., 10.2.1993, n. 41, *ivi*; C. cost., 11.4.1997, n. 94, *ivi*; C. cost., 14.2.2013, n. 23, *ivi*; C. cost., 25.3.2015, n. 45, *ivi*; C. cost., 1.7.2015, n. 129, *ivi*.

³ Ad esempio la sent. C. cost. 94/1997, *cit.*

⁴ Si pensi alla sent. C. cost. 23/2013, *cit.*, su cui, in dottrina: L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, *cit.*, 2 ss.; G. Leo, *Il problema dell'incapace «eternamente giudicabile»: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.2.2013.

⁵ A titolo esemplificativo, prima della sentenza qui in commento, si segnala la sent. C. cost. 340/1992, *cit.*, in cui il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 70, co. 1, Cpp, limitatamente alle parole «sopravvenuta al fatto». Si segnala anche la sent. C. cost. n. 45/2015, *cit.*, in cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 159, primo co., Cp, nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile. Per questa ultima pronuncia si rinvia al contributo di M. Daniele, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più «eterni giudicabili». La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.4.2015.

⁶ V. ancora L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, *cit.*, 3. Rispetto al superamento di alcune incongruenze della normativa v. pure A. Pagliano, *L'incapacità irreversibile dell'imputato*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino 2017, 75 ss.; A. Famiglietti, *Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze*, in *PPG* 2014, 124 ss. Inoltre, in occasione della pronuncia C. cost., 14.2.2013, n. 23, *cit.*, si era sottolineato di dover «sganciare la sospensione del processo dalla sospensione della prescrizione in presenza di un impedimento irreversibile dell'imputato» (cfr. O. Mazza, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *GCoS* 2013, 377 ss.).

della sospensione reiterata del procedimento e della ripetizione semestrale degli accertamenti sullo stato di capacità per tutti i casi in cui l'incapacità a stare in giudizio sia di natura permanente.

Il concetto di capacità processuale viene tradizionalmente inteso come l'idoneità ad esser parte del processo⁷. Parrebbe corretto intendere la stessa non solo come quella attitudine a comprendere concretamente ciò che sta accadendo durante l'accertamento a proprio carico (profilo "statico"), ma anche ad agire consapevolmente, con una partecipazione "effettiva", "attenta", "attiva", ai fini della preparazione, insieme al difensore, della difesa tecnica (profilo "dinamico").

Di certo, l'essere persona fisica, quindi titolare di capacità giuridica, cioè la capacità di essere destinataria di rapporti giuridici⁸, è requisito necessario, ma non sufficiente, per acquisire la qualifica di imputato⁹; occorre quel *quid* in più che porta l'ordinamento a considerare quel soggetto capace di assumere siffatta veste processuale. Devono anzitutto sussistere le abilità cognitive che coordinano le conoscenze e i dati in possesso di una persona, cioè un'attività intellettuale che elabora e organizza le informazioni acquisite tramite un effettivo apprendimento. Pertanto, l'imputato deve possedere *in primis* le facoltà cognitive, che gli consentano di apprendere l'andamento della vicenda giudiziaria in cui è coinvolto, ed *in secundis*, oltre a questa attività conoscitiva, di seguirne attivamente gli sviluppi, per esercitare, con l'ausilio del difensore, tutti i diritti e tutte le facoltà riconosciutigli nel procedimento a suo carico.

Il rimedio previsto nel caso in cui l'incapacità dell'imputato sia irreversibile è dunque quello di "arrestare" il processo, dichiarando l'improcedibilità, senza attendere il decorso della prescrizione del reato. Di fronte a una patologia grave (e non reversibile) dell'imputato che incida su tali capacità non sarebbe comunque possibile l'instaurazione di alcun contraddittorio. Con l'aggettivo «irreversibile» si indica una evenienza talmente stabile da «non ammette[re] ritorni ad uno stadio precedente»¹⁰. Deve quindi trattarsi di una causa di incapacità – se occorre, accertata con l'espletamento di una perizia (art. 70 Cpp)¹¹ – che incida così profondamente sul diritto di difesa, da non poter in alcun modo superare gli ostacoli che si frappongono tra la celebrazione del procedimento penale ed una partecipazione cosciente dell'interessato.

Laddove lo stato di incapacità sia invece «reversibile» e si manifesti quindi una condizione «che può essere invertit[a]»¹², il giudice emette ordinanza di sospensione, pur sempre revocabile, nei termini sopra già ricordati.

Da una lettura dell'ultimo inciso dell'art. 345, co. 2, Cpp, anche esso modificato – in ottica, forse "compulsiva", di coordinamento¹³ – dalla l. 103/2017, la pronuncia che dichiara la condizione irreversibile di incapacità psichica non costituisce una "intangibile" definizione del procedimento:

⁷ Cfr., anche per riferimenti bibliografici, G. Colaiacovo, *L'imputato*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, I, Milano 2015, 286.

⁸ Per una trattazione della capacità giuridica in chiave costituzionale v. P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino 2005, 101.

⁹ Sul punto v. A. Famiglietti, *Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze*, cit., 125, secondo la quale vi è «una netta distinzione fra capacità d'intendere e di volere e capacità di stare in giudizio: la prima indica la pienezza delle facoltà mentali possedute al momento del fatto di reato, secondo la definizione contenuta nell'art. 88 c.p. (vizio totale di mente). La capacità di partecipare coscientemente al processo, invece, corrisponde alla attitudine ad esercitare, nel procedimento, tutti i poteri connessi alla qualità di imputato».

¹⁰ Cfr. voce *irreversibile*, loZingarelli2013. *Vocabolario della lingua italiana*¹² di N. Zingarelli, Bologna 2013, 1203.

¹¹ La dottrina ha affermato la possibilità di sostituire la perizia con la semplice acquisizione nel processo della documentazione comprovante lo stato di incapacità: v. L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., 6. Sulla stessa lunghezza d'onda: M.G. Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano 1992, 122; A. Gualazzi, *Gli accertamenti volti a verificare identità fisica, età e capacità processuale dell'imputato*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, a cura di M. Montagna, Torino 2011, 418 ss.; G.P. Voena, *Soggetti*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, *Compendio di procedura penale*⁸, Padova 2016, 105.

¹² Cfr. voce *reversibile*, loZingarelli2013, cit., 1908.

¹³ Critica sul punto è L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., 9, che definisce «ridondante» la previsione normativa in parola.

l'azione penale potrà essere nuovamente esercitata, nei riguardi della stessa persona e per il medesimo fatto, qualora lo stato di incapacità venga meno o si accerti che è stato erroneamente dichiarato.

Sotto il profilo cautelare, nel caso in cui fosse necessario soddisfare l'esigenza di tutela della collettività, è previsto dall'art. 72 *bis* Cpp, ultimo inciso, che l'improcedibilità non possa essere dichiarata quando debba essere applicata una misura di sicurezza diversa dalla confisca¹⁴. Sembra quindi che – in ottica di bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale dall'imputato la cui pericolosità è stata, in qualche modo, oggetto di accertamento e quelle di definizione del procedimento – siano le prime ad avere prevalenza¹⁵.

3. Nel caso di specie, l'imputato, in condizione di vulnerabilità, era accusato di aver violato alcune disposizioni in materia di edilizia e di beni culturali. Il processo era però stato sospeso ai sensi dell'art. 420 *ter* Cpp, a causa delle condizioni di salute dell'imputato, affetto da un impedimento assoluto a comparire per grave patologia fisica (in specie, Sclerosi Laterale Amiotrofica, c.d. SLA)¹⁶.

La malattia in questione non avrebbe consentito la sospensione del processo, ai sensi dell'art. 71 Cpp, con gli accertamenti sullo stato mentale dell'imputato, ma solo la sospensione ed il rinvio del processo in attesa della cessazione dell'impedimento. Il carattere di permanenza della suddetta condizione, peraltro, era stato reiteratamente certificato dai sanitari del Servizio sanitario nazionale, appositamente incaricati dal Tribunale. I risultati degli accertamenti medici rilevavano che l'imputato – a causa della grave patologia che lo affliggeva – era costretto a letto, in condizioni di paralisi, con perdita dell'uso del linguaggio, tracheostomia e perdita della capacità di respirazione autonoma, nonché perdita della capacità di nutrirsi autonomamente, in quella che appariva ormai essere una condizione irreversibile di incapacità fisica a partecipare al processo. Secondo la documentazione medica, infatti, la malattia non dava alcun segno di miglioramento, ma semmai appariva ingravescente¹⁷.

Secondo il giudice *a quo*, pur trovandosi l'imputato in una condizione assolutamente analoga a quella prevista dall'art. 72 *bis* Cpp, per acclarata incapacità processuale irreversibile, il processo non si sarebbe comunque potuto definire con gli stessi meccanismi ivi previsti, perché il codice fa testualmente riferimento alla sola incapacità mentale e non a quella fisica. Da qui, l'ordinanza di rimessione denuncia una violazione dell'art. 3 Cost. per disparità di trattamento tra situazioni perfettamente equiparabili. Nell'atto di promovimento in questione si legge che tale disparità di trattamento è tanto più irrazionale ed ingiustificata, quanto maggiore è la sofferenza psicologica, indotta dalla pendenza di un processo penale a carico di colui che abbia pieno possesso delle proprie facoltà, ma soffra di un male fisico che gli impedisca di difendersi. Perciò, un imputato in siffatta condizione verrebbe discriminato rispetto a chi, a causa della propria patologia mentale (totale o parziale), viene invece immediatamente liberato del peso del processo.

¹⁴ Si tratta delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (c.d. REMS) destinate ad accogliere le persone affette da disturbi mentali, autrici di reati (o accusate di averli commessi), a cui viene applicata dalla magistratura giudicante la misura di sicurezza detentiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (art. 222 Cp) o l'assegnazione a casa di cura e custodia (art. 286 Cpp).

¹⁵ In questi termini, L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., 7; L. Kalb, *Per un effettivo recupero di «umanità» nella esecuzione penale*, in PPG, 2016, 6.

¹⁶ La Sclerosi Laterale Amiotrofica (SLA), conosciuta anche come "Morbo di Lou Gehrig", "malattia di Charcot" o "malattia del motoneurone", è una malattia neurodegenerativa progressiva che colpisce i motoneuroni, cioè le cellule che permettono i movimenti della muscolatura volontaria, creandosi così una progressiva paralisi degli stessi muscoli volontari. La patologia non influisce in alcun modo sulle funzioni sensoriali, il paziente è perfettamente lucido e cosciente. Cfr. le indicazioni fornite dalla Associazione Italiana Sclerosi Laterale Amiotrofica, in www.aisla.it.

¹⁷ Il rimettente ha avuto cura di precisare nell'ordinanza che la perdita del linguaggio non permetteva all'imputato di comunicare verbalmente; la condizione di paralisi non gli permetteva di scrivere; egli potrebbe solo essere - al più, e solo laddove si potessero ritenere superabili gli ostacoli al trasporto dell'imputato posti dalla sua condizione di soggetto a respirazione meccanica - «muta presenza nel processo», senza alcuna capacità di comunicare - né col Tribunale né col suo difensore - e quindi senza possibilità di difendersi.

Il rimettente affermava inoltre che l'impedimento dell'imputato a comparire in udienza costituiva una causa di sospensione del processo (*ex art. 420 ter Cpp*), con la conseguenza che anche il decorso della prescrizione sarebbe rimasto sospeso (*ex art. 159, co. 1, n. 3, Cp*), per tutto il tempo per il quale sarebbe durato l'impedimento a comparire. Pertanto, nell'ambito di quello specifico giudizio, in cui l'impedimento si presentava prevedibilmente di natura irreversibile, la sospensione del processo avrebbe assunto un carattere perpetuo e anche la prescrizione non sarebbe mai potuta maturare. Di guisa che quel processo sarebbe quindi stato – inevitabilmente – destinato a durare sino alla morte dell'imputato, causa di estinzione del reato. Veniva quindi sollevata un'ulteriore questione di illegittimità costituzionale, riguardante l'irrazionale disparità di trattamento tra la normativa applicabile in quel giudizio di merito (poco sopra menzionata) e quella che – ai sensi degli artt. 420 *quater* Cpp e 159, cpv, Cp – disciplina invece una “speculare” ipotesi di sospensione necessaria del processo: si tratta delle ipotesi di impossibilità di realizzare un valido contraddittorio con l'imputato, per assenza delle condizioni della celebrazione del processo in sua assenza. Secondo il rimettente, la disparità risiederebbe nel fatto che soltanto nel giudizio *a quo* la sospensione del decorso della prescrizione avrebbe avuto carattere esclusivamente temporaneo (*ex artt. 420 ter Cpp e 159, ultimo comma, Cp*).

Il giudice *a quo*, inoltre, osservava che – ove accolta dalla Consulta la questione relativa alla disparità di trattamento della posizione dell'imputato stabilmente impedito, per ragioni fisiche, a partecipare al processo, rispetto a quella dell'imputato che tale impedimento sconti a causa delle sue condizioni mentali –, il Tribunale avrebbe potuto procedere all'immediato proscioglimento dell'imputato ai sensi dell'art. 72 *bis* Cpp; laddove invece fosse stata accolta quella relativa alla disparità di trattamento rispetto alla posizione dell'imputato non comparso e non dichiarabile assente, si sarebbe potuta dichiarare l'estinzione per prescrizione dei reati contravvenzionali per cui si procedeva, anche tenendo conto del termine massimo, aumentato del periodo di sospensione, previsto dall'art. 159, ultimo comma, Cp. Ulteriori profili di irragionevolezza della disciplina codicistica venivano infine ravvisati nella situazione processuale creatasi: da un lato, è irragionevole continuare la celebrazione di un processo che non può proseguire per irrealizzabilità del contraddittorio – con inevitabile sofferenza aggiuntiva per l'imputato vulnerabile¹⁸ che già versa in drammatiche condizioni di salute; su altro versante, si registra un gravoso e inutile dispendio di risorse per lo Stato e per le altre parti. Per queste ragioni, il Tribunale di Lecce, ritenendo le questioni rilevanti e non manifestamente infondate¹⁹, trasmetteva gli atti per la decisione alla Corte costituzionale.

Quanto affermato nell'ordinanza di rimessione è pienamente conforme alle considerazioni espresse dalla dottrina prima della riforma operata con l. 103/2017, con riguardo alla patologia mentale dell'imputato. Secondo la tesi in discorso i meccanismi di cui agli artt. 70, 71 e 72 Cpp erano da ritenersi, da un lato, irragionevoli nella misura in cui imponevano al giudice, di fronte ad impedimenti di carattere irreversibile, un'inutile e antieconomica moltiplicazione degli accertamenti, inoltre, sotto altro verso, apparivano scarsamente coerenti con il principio di ragionevole durata del processo perché in tali circostanze finivano per provocare la protrazione del procedimento per tutta la durata in vita dell'imputato²⁰.

4. La Corte costituzionale, nell'*incipit* della propria decisione, riprende analiticamente la vicenda processuale che interessava l'imputato: un soggetto della cui vulnerabilità non poteva dubitarsi, incapace irreversibile ma per patologia fisica, che, sia pur grave (se non gravissima), restava testualmente al di fuori dall'ambito di operatività dell'art. 72 *bis* Cpp.

¹⁸ In prospettiva di tutela dell'imputato vulnerabile nel procedimento cautelare (con richiami alla fase esecutiva), volendo, M. Grande, *Soggetti vulnerabili e sistema cautelare*, in *IP* 2017, 881 ss.

¹⁹ Il giudice *a quo* ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata d'ufficio la questione riguardante l'art. 72 *bis* Cpp e, parallelamente, ha ritenuto tale anche l'istanza di parte sulla illegittimità costituzionale dell'art. 159, cpv., Cp.

²⁰ Sul punto v. L. Scomparin, *Sospensione*, cit., 957 ss.

Nel vagliare la fondatezza della questione sottoposta, la Corte pone l'accento preliminarmente sul diritto dell'imputato all'autodifesa. Argomento, questo, peraltro oggetto di una sua stessa pronuncia, emanata già all'indomani dell'entrata in vigore del Cpp vigente²¹. Nella decisione in parola fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 70, co. 1, Cpp, limitatamente alle parole «sopravvenuta al fatto», le quali, riferite all'infermità mentale quale causa di sospensione del processo, espongono l'imputato al rischio di subire una condanna in condizioni di minorata difesa, «nei casi in cui l'infermità di mente, non coincidente con la totale incapacità di intendere o di volere, risalga al *tempus commissi delicti* e perduri nel corso del procedimento».

La Corte focalizza la propria attenzione sull'essenzialità dell'autodifesa, autonoma e ulteriore rispetto alla difesa tecnica, «soprattutto nell'ambito di quegli atti che richiedono la diretta partecipazione dell'imputato (si pensi all'interrogatorio e all'esame ed alle conseguenti facoltà esercitabili al riguardo)». Il Giudice delle leggi ha poi cura di menzionare un suo precedente che, per quanto sfociato in una pronuncia di infondatezza²², aveva avuto modo di chiarire, sia pure tramite un *obiter dictum*, che nella prospettiva delle garanzie di effettività del diritto all'autodifesa, «[a]nche se l'art. 70 letteralmente si riferisce ad ipotesi di “infermità mentale”, il sistema normativo è chiaramente volto a prevedere la sospensione ogni volta che lo “stato mentale” dell'imputato ne impedisca la cosciente partecipazione al processo». Partecipazione cosciente, questa, che «non può intendersi limitata alla consapevolezza dell'imputato circa ciò che accade intorno a lui, ma necessariamente comprende anche la sua possibilità di essere parte attiva nella vicenda e di esprimersi, esercitando il suo diritto di autodifesa».

La Corte, nel ricercare una soluzione costituzionalmente orientata per il caso sottoposto al suo scrutinio, richiamando testualmente un altro suo precedente²³, giunge a questo approdo: «quando non solo una malattia definibile in senso clinico come psichica, ma anche qualunque altro stato di infermità renda non sufficienti o non utilizzabili le facoltà mentali (coscienza, pensiero, percezione, espressione) dell'imputato, in modo tale da impedirne una effettiva partecipazione – nel senso ampio che si è detto – al processo, questo non può svolgersi».

Per il Giudice delle leggi occorre quindi privilegiare la rilevanza dello stato complessivo dell'imputato in funzione di un pieno esercizio dell'autodifesa, relativizzando, invece, «l'importanza dell'origine fisica o mentale della patologia incidente sull'autonomia della persona»²⁴. Nell'intento di chiarire ulteriormente la sua posizione, la Corte si pronuncia anche sull'eccezione della difesa statale, che aveva dedotto la diversità ontologica tra infermità “fisica” e “psichica”: a tal proposito, viene precisato che le patologie non possono essere classificate secondo aspetti rigidi e secondo una catalogazione eminentemente binaria²⁵. Un passaggio fondamentale della decisione in commento è quello riguardante il “correttivo terminologico” che la Consulta decide di effettuare sulla norma

²¹ La Corte menziona il proprio precedente contenuto nella sentenza del 20.7.1992, n. 340, in www.cortecost.it.

²² C. cost., 26.1.2004, n. 39, in www.giurcost.org, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 70, 71 e 72 cod. proc. pen., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24, co. 2, Cost. La pronuncia metteva in luce che la “cosciente partecipazione” – formula attorno alla quale ruota l'intero sistema degli artt. 70 ss. Cpp. – è in realtà un'endiadi, giacché un imputato che non partecipa con l'insieme delle facoltà di «coscienza, pensiero, percezione, espressione» resta concretamente estraneo al processo che lo riguarda.

²³ C. cost., 26.1.2004, n. 39, cit.

²⁴ La Cassazione, dal suo canto, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità dell'art. 72 bis Cpp per ipotesi di incapacità processuale di “natura fisica” non ha ritenuto di accogliere questo recente orientamento della Consulta, motivando sia sulla base del tenore letterale degli artt. 70 ss. Cpp, sia con il richiamo ad altra, risalente interpretazione contenuta nella sentenza C. cost., 22.10.1996, n. 354 (cfr. Cass. 20.4.2021 n. 14853, in www.italgiure.giustizia.it; conforme: Cass. 3.11.2022 n. 41486, *ivi*).

²⁵ Nella decisione in commento si afferma che così operando non si tiene conto della diffusione delle malattie degenerative, quale quella che ha colpito l'imputato del giudizio *a quo*, le quali hanno origine fisica e tuttavia possono determinare ugualmente l'impossibilità di una partecipazione attiva al processo.

oggetto del suo sindacato: all'interno dell'art. 72 bis, co. 1, Cpp, la parola «mentale» viene sostituita con «psicofisico»²⁶, così da rimediare alla prospettata violazione dell'art. 3 Cost.

La Corte, dopo aver dichiarato l'incostituzionalità della norma sottoposta al suo vaglio, si occupa anche dell'ipotesi in cui l'imputato, per quanto gravemente infermo, manifesti una rilevante pericolosità sociale, ritenendo – al ricorrere di questi presupposti – non operante la disciplina della definizione del procedimento, dovendo invece il giudice applicare allo stesso imputato, in ottica di tutela della collettività, una misura di sicurezza diversa dalla confisca²⁷. Laddove viceversa siano presenti tutte le altre condizioni indicate dalla norma di cui all'art. 72 bis Cpp, l'improcedibilità va dichiarata senza che occorra disporre la sospensione del procedimento agli effetti dell'art. 71 Cpp, né attendere la maturazione del termine di prescrizione del reato²⁸.

5. Dalle considerazioni che precedono, si potrebbe allora ritenere – ai fini dell'applicazione della disciplina in discorso – che l'incapacità irreversibile dell'imputato non debba necessariamente essere riconducibile alla sfera psichica.

È possibile notare come la Consulta, nella sentenza qui in commento, abbia inteso ampliare il concetto di «stato mentale» così da sostituirlo con quello di «stato psicofisico» al fine di includere, nell'alveo dei casi di potenziale improcedibilità, le ipotesi di incapacità, anche fisica, oltre che psichica. Indubbiamente, l'aggettivo «psicofisico» riferito allo «stato», quindi all'infermità dell'imputato, riguarda sia la sfera fisica, sia quella psichica, che si devono trovare in stretta relazione tra loro²⁹. Sembrerebbe intravedersi una certa ritrosia, da parte della Corte, ad abbandonare definitivamente quel concetto di «stato mentale» contenuto già nella primigenia disciplina di cui all'art. 70 Cpp. Alla luce dell'intervento della Consulta, potrebbe infatti accadere che una patologia nettamente invalidante, ma riguardante solo la sfera fisica, non possa essere inclusa nella disciplina della definizione del procedimento per l'assenza di un nesso con la sfera psichica; così, *quid iuris*, nel caso in cui l'imputato sia pienamente lucido e consapevole ma non possa in alcun modo esprimersi (proprio come nel caso di specie)³⁰?

Per rispondere all'interrogativo occorre innanzitutto menzionare il passaggio della sentenza in commento in cui, sia pure con qualche ambiguità, si cerca di individuare la «natura» dell'infermità rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina. Il riferimento esclusivo alla sfera psichica dell'imputato, che, in linea astratta, può dedursi dall'impiego dell'aggettivo «mentale» nel testo

²⁶ Secondo la Consulta anche per patologie diverse da quelle definibili in termini nosografici come malattie mentali occorre che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere qualora sussistano le condizioni indicate dall'art. 72 bis Cpp, cioè qualora lo stato psicofisico dell'imputato sia tale da impedirne in modo irreversibile la cosciente partecipazione al procedimento nel senso del pieno esercizio delle facoltà di autodifesa e non ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca.

²⁷ V. art. 72 bis, ultimo inciso, Cpp, in argomento v. anche Cass. 23.3.2020 n. 10516, in www.italgiure.giustizia.it.

²⁸ Sul punto v. pure Cass. 19.7.2022 n. 28242, in www.italgiure.giustizia.it.

Infine, atteso il «rapporto di chiara consequenzialità con la decisione assunta», nella sentenza in commento è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale consequenziale (su questa formula decisoria, per tutti, v. E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*², Torino 2007, 129 s.), di altre norme che hanno un collegamento sistematico con l'art. 72 bis Cpp. Si tratta, in specie, dell'art. 70, co. 1, Cpp, relativo agli accertamenti sulla capacità dell'imputato, nella parte in cui si riferisce all'infermità «mentale», anziché a quella «psicofisica»; dell'art. 71, co. 1, Cpp, con riferimento alla sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato, nella parte in cui si riferisce allo stato «mentale», anziché a quello «psicofisico»; nonché dell'art. 72, co. 1 e co. 2, Cpp, con riguardo alla revoca dell'ordinanza di sospensione, nella parte in cui si riferisce allo stato «di mente», anziché a quello «psicofisico» (co. 1), e, nel co. 2, nella parte in cui si riferisce allo stato «mentale», anziché a quello «psicofisico».

²⁹ Cfr. voce *psicofisica*, *loZingarelli*2013, cit., 1813.

³⁰ Le funzioni cognitive vengono preservate del tutto anche nella fase più avanzata della patologia, esse rimangono attive ed efficienti in un corpo che diventa sempre più immobile. L'unica forma di espressione possibile per il paziente è quella del comunicatore (o puntatore) oculare, si tratta di un sintetizzatore che consente di tradurre gli impulsi oculari in parole scritte a video. Ma si dubita che questo possa essere bastevole, anche a seconda dello stato di avanzamento della patologia, per l'imputato al fine di poter predisporre una adeguata autodifesa nel processo che lo riguarda.

dell'art. 72 *bis* Cpp, determina, secondo la Corte costituzionale, un'irragionevole disparità di trattamento tra l'imputato, il quale non possa esercitare l'autodifesa in modo pieno a causa di un'infermità mentale *stricto sensu*, e quello che versi nella medesima impossibilità per un'infermità di «natura mista», anche di origine fisica, la quale tuttavia comprometta anch'essa – per riprendere la locuzione della sentenza costituzionale n. 39/2004 – le facoltà di «coscienza, pensiero, percezione, espressione»³¹.

Prima facie, sembra che, per infermità di «natura mista», la Corte intenda riferirsi a quelle patologie che, sia pure di origine fisica, incidano sulla psiche in maniera tale da non consentire una consapevole partecipazione dell'imputato al procedimento.

Nel caso sottoposto al Giudice delle leggi, tuttavia, l'incapacità dell'imputato deriva unicamente da una malattia che, per quanto grave ed invalidante, non altera la sua capacità mentale ma soltanto quella fisica³². Il paziente, quindi, è pienamente lucido, ma gli manca la capacità di parlare, quella di interagire; non pare allora si tratti di «infermità psicofisica», quanto piuttosto di una «infermità fisica», che non pregiudica particolarmente la capacità mentale, quindi la “coscienza”, ma la capacità di stare in giudizio con le stesse “armi” che derivano dalla piena disponibilità del proprio corpo. Nel caso all'attenzione del giudice *a quo* non ci sarebbe quindi stata una “inconsapevole partecipazione” da parte dell'imputato, quanto, invece, l'impossibilità del pieno esercizio delle facoltà difensive.

Insomma, sebbene la Corte costituzionale abbia utilizzato il termine «stato psicofisico» anziché «fisico» l'infermità dell'imputato del giudizio *a quo* difficilmente può inquadrarsi come «psicofisica».

L'impiego di questo specifico vocabolo potrebbe allora trovare la propria *ratio* nella necessità di operare un bilanciamento tra diverse esigenze, al fine di prevenire il rischio di un incontrollato ampliamento della categoria dei soggetti processualmente incapaci, a causa di una infermità di tipo fisico. Nonostante ciò, nella decisione in commento pare potersi intravedere un'indicazione interpretativa di ampia tutela, volta a «privilegiare la rilevanza dello stato complessivo dell'imputato in funzione di un pieno esercizio dell'autodifesa, e di relativizzare viceversa l'importanza dell'origine fisica o mentale della patologia incidente sull'autonomia della persona», secondo quanto specificamente affermato dalla Corte.

Si potrebbe in sostanza sostenere che, in talune ipotesi, a rilevare possa essere anche l'incapacità fisica che non impedisce una “cosciente partecipazione”, ma una “adeguata partecipazione”, dovendo quindi verificare il giudice non solo se sussiste la “coscienza” di stare nel processo, ma anche se questa “coscienza” si traduce in una “idonea” capacità di stare in giudizio. Il riferimento va a quelle situazioni in cui l'infermità fisica è talmente grave che, anche se c'è una coscienza, non si ha la possibilità di estrinsecarla con idonei atti processuali.

Questa interpretazione sembra peraltro evincersi dalla stessa decisione in commento: la capacità di stare in giudizio non è soltanto “coscienza”, ma anche “capacità” che questa “coscienza” si estrinsechi in un “comportamento coerente”. Pare dunque sostenibile che la Corte, sia pure in maniera non del tutto esplicita, abbia cercato di giungere a questa conclusione, ritenendo rilevante l'incapacità fisica che non consenta un adeguato esercizio delle capacità mentali, anche dal punto di vista dell'espressione della propria opinione e del proprio pensiero. Del resto, proprio di recente, anche la giurisprudenza sovranazionale ha chiarito che «la facoltà per l'imputato di prendere parte all'udienza implica il diritto di tale imputato di partecipare realmente al suo processo», ai sensi dell'art. 6, § 3, lett. d, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³³.

³¹ Peraltro, nonostante il richiamo al suo precedente, pare potersi registrare un contrasto, almeno parziale, proprio con la stessa decisione del 2004 richiamata dalla Corte. Si tratta del capo, menzionato nel precedente §, quarto cpv.

³² V. la precedente nota n. 16. Peraltro, esistono diverse patologie in un certo qual senso assimilabili alla SLA in cui vi è una compromissione muscolare ma non delle funzioni cognitive. Basti pensare, a titolo eminentemente esemplificativo, alle diverse forme di Distrofia muscolare oppure alla Sindrome di Guillain-Barré, che ha almeno cinque varianti principali.

³³ Si veda C. G. UE, 8.12.2022, Hya, che rinvia a C. eur., 5.10.2006, Marcello Viola c. Italia; nonché a C. eur. 15.12.2011,

Il caso oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale involge senz'altro una serie di principi cardine, che connotano l'essenza stessa del nostro sistema processuale penale³⁴. La garanzia di una partecipazione al procedimento cosciente, effettiva e consapevole si basa sul principio della parità di trattamento (art. 3 Cost.), sul diritto di difesa (art. 24 Cost.) e su quello al contraddittorio (art. 111 Cost.).

Sembra inoltre incidere anche un senso di *pietas* che caratterizza il sistema processuale penale e che si traduce in una elevata considerazione nei riguardi di una persona che non solo non può partecipare coscientemente e/o attivamente al processo, ma che, a qualunque titolo, versa in una condizione di oggettiva vulnerabilità per motivi di salute. E non potrebbe che essere così: la tutela della salute (art. 32 Cost.) è un valore che prevale sulle esigenze di giustizia.

In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, anche qualora l'imputato sia affetto da una infermità irreversibile che, in termini nosografici, venga definita come esclusivamente "fisica", ma che comunque gli impedisca di partecipare «realmente» al processo, quest'ultimo dovrà arrestarsi con sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere. In quest'ottica, un provvedimento di definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato potrebbe essere emesso indipendentemente dalla tipologia di infermità, sia essa fisica³⁵, psichica o psicofisica, da cui è affetto il soggetto sottoposto all'accertamento.

Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito.

³⁴ In argomento: P. Tonini – C. Conti, *Manuale di procedura penale*²³, Milano 2022, 36 ss.

³⁵ Prima della sentenza in commento una parte della giurisprudenza di merito ha applicato l'art. 72 *bis* Cpp anche ai casi di invalidità «fisica» che non consentivano una cosciente partecipazione al processo: v. T. Torino, 18.9.2018, n. 3162 e 23.9.2019, n. 3794, su cui in dottrina: M. T. Bragatto – P. Rivello, *Estesa in via analogica all' "incapacità fisica perpetua" la disciplina sull'incapacità irreversibile dell'imputato*, in *GP Web*, 2020, 6, 1 ss.

AMBIGUITA' LEGISLATIVE E APPLICAZIONI EVOLUTIVE NELLA TUTELA PENALE DEGLI ANIMALI

di Antonella Madeo (*Professoressa associata di diritto penale, Università di Genova*)

La c.d. senzietà animale, da tempo scientificamente comprovata, è riconosciuta anche dalla normativa interna, europea e internazionale. Tuttavia, emergono ambiguità e incoerenze nella nostra legislazione a tutela degli animali, di matrice antropocentrica. La giurisprudenza, soprattutto negli ultimi anni, tende a porvi rimedio, mediante interpretazione e applicazione dei reati – in particolare del delitto di maltrattamento di animali e della contravvenzione di detenzione di animali in condizioni incompatibili e produttive di gravi sofferenze – in termini di offesa diretta all'animale. Anch'essa, peraltro, appare moderatamente condizionata da una visione antropocentrica nel selezionare la rilevanza penale in base alla specie animale.

So called animal sentience, which has long been scientifically proven, is recognized by domestic, European and international law. However, ambiguities and inconsistencies emerge in our criminal animal protection law. Case law, especially in recent years, tries to remedy interpreting and applying offences – first of all ill-treatment of animals and keeping animals in incompatible conditions that produce serious suffering – in terms of harm to animals, but it also appears moderately conditioned by an anthropocentric view in selecting the criminal relevance on the basis of the animal species.

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento della senzietà animale: dalle teorie morali e filosofiche a quelle giuridiche. – 2. La concezione di benessere animale nella legislazione interna ed europea. – 3. L'evoluzione della tutela penale degli animali contro i maltrattamenti. – 3.1. La prima riforma della contravvenzione di maltrattamento di animali. – 3.2. La seconda riforma del maltrattamento: la legge n. 189/2004. – 4. Le nuove fattispecie di maltrattamento di animali: il delitto (art. 544-ter c.p.) e la contravvenzione (art. 727 c.p.). – 4.1. Le condotte di maltrattamento nell'interpretazione giurisprudenziale degli artt. 544-ter e 727 c.p. – 4.2. Gli animali destinatari di maltrattamento ex artt. 727 e 544-ter Cp – 5. La riforma dell'art. 9 Cost e la nuova contravvenzione di uccisione dell'orso marsicano. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Nella storia l'uomo ha sempre trattato gli animali quale strumento per soddisfare le proprie esigenze primarie ed essenziali, come nutrirsi e coprirsi¹, e di carattere voluttuario, come sport e intrattenimenti²; nonché per ottenere facilitazioni e utilità, quali il trasporto di grossi pesi nei lavori agricoli ed edili, la sperimentazione di farmaci e di altri prodotti chimici. La giustificazione del trattamento dell'animale quale risorsa da sfruttare a proprio piacimento e interesse era rappresentata dal fatto che, in base alla concezione scientifica cartesiana³, gli animali, oltre a non parlare né pensare, non avrebbero provato sensazioni, come il dolore e il piacere, ma agito quali macchine, automi; erano, infatti, paragonati da Descartes a orologi e i loro versi, emessi quando sottoposti a fatiche, a torture o a esperimenti, erano ritenuti semplici cigolii, rumori simili a quelli degli ingranaggi delle macchine, anziché urla di dolore. Una spiegazione che, sul piano giuridico, costituiva la *ratio* dell'incondizionata liceità dello sfruttamento e dell'uccisione di animali.

¹ Nutrirsi con le carni d'animale e ripararsi dal freddo con pelli e lane ricavate dagli stessi.

² Si pensi a spettacoli come i combattimenti tra animali (in epoca romana anche tra gladiatori e animali feroci), le corride e le esibizioni circensi; nonché sport come l'equitazione e la pesca.

³ R. Descartes, *Discorso sul metodo*, Parte V, Leyden 1637.

In epoca illuminista, Bentham⁴, uno dei maggiori esponenti del pensiero utilitarista, stravolse la cinica visione cartesiana antropocentrica, affermando che gli animali sono esseri senzienti, capaci, come gli umani, di provare sofferenza e piacere, a prescindere dal loro genere e specie; pertanto, portatori di interessi fondamentali, come la vita, l'integrità fisica e psichica, la dignità. Questo non comportava, nel pensiero del giurista e filosofo inglese, l'esclusione del loro utilizzo da parte dell'uomo, ma imponeva la minimizzazione, ove non fosse possibile l'eliminazione, della sofferenza. Bentham può, quindi, considerarsi il precursore teorico della difesa dei diritti degli animali⁵.

Nello stesso periodo anche Kant teorizzava che gli animali, pur non avendo razionalità, avessero sensibilità e capacità di soffrire, di cui l'uomo doveva tenere conto nel rapportarvisi. Tuttavia, il filosofo tedesco attribuiva loro lo statuto morale di cose e di conseguenza riteneva ammissibile l'uso – per non dire l'abuso e lo sfruttamento –, anche per esperimenti, nonché l'uccisione degli stessi, non avendo gli animali diritti, né l'uomo doveri morali diretti nei loro confronti, bensì solo l'obbligo morale verso se stesso di preservare la propria capacità di provare sentimenti compassionevoli: in altri termini, un dovere di compassione verso gli animali per rispetto verso la natura razionale e morale dell'uomo⁶.

La teoria kantiana fu criticata dalla moderna dottrina filosofica e giuridica⁷, in quanto l'approccio, caratterizzato da un moralismo antropocentrico, negava le basi teoriche stesse per la giustificazione di obblighi morali – e aggiungiamo giuridici – nei confronti degli animali⁸.

Gli ordinamenti giuridici rimasero ancora per molto tempo impermeabili alla sensibilità animale, radicati nella concezione antropocentrica dell'assoluta prevalenza dell'utilità umana sul benessere e sulla dignità animale, con esclusione di qualsiasi riconoscimento giuridico a quest'ultimo.

Nella prima metà del Novecento, tra il 1935 e il 1939, l'austriaco Konrad Lorenz diede origine a una nuova branca della biologia/zoologia, detta etologia (dal greco *ἦθος* e *λόγος*), consistente nello studio del comportamento animale nel proprio ambiente naturale, condotto con il metodo dell'analisi comparata, ossia in rapporto con altre specie, nonché con l'uomo⁹. L'etologia può ritenersi una scienza rivoluzionaria – come lo è stata la psicoanalisi per la comprensione del comportamento umano –, in quanto ha dimostrato ciò che già era stato teorizzato da Bentham, ossia che l'animale non è un oggetto animato, bensì un essere vivente dotato di una sfera cognitiva, psichica ed emotiva, che lo rende sensibile agli stimoli esterni: pertanto, è capace di provare dolore fisico e psichico e non solo di muoversi, mangiare, respirare, riprodursi.

L'etologia è stata certamente determinante per la nascita di un nuovo approccio verso il mondo degli animali, considerati non più come meri oggetti fisici, ma come “altre menti” portatrici di una loro esperienza soggettiva¹⁰. E ha anche favorito l'elaborazione in ambito filosofico e giuridico di una serie di teorie, che qui ci limitiamo a citare, raggruppandole per semplicità in due grandi categorie: le teorie del “benessere animale” (*animal welfare*)¹¹ che, pur escludendo che gli animali siano soggetti di diritto, in quanto impossibilitati a esercitare e a far valere diritti e interessi, considerano i medesimi destinatari di doveri da parte dell'uomo, in particolare del dovere di garantire loro la miglior

⁴ J. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Chap. XVII, Oxford 1789, trad. it. di S. Di Pietro, Torino 1998, 420.

⁵ L. Fioravanti, *Teorie etiche e diritti degli animali*, in *Studi urbinati* 2004, 570.

⁶ I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Leipzig 1789, trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano 2003, 141 ss.

⁷ Cfr. A. Broadie e E. Pybus, *Kant's Treatment of Animals*, in *Philosophy* 1974, 375 ss.; J. Skidmore, *Duties to Animals: The Failure of Kant's Moral Theory*, in *Journal of Value Inquiry* 2001, 541 ss.; N. Potter, *Kant on Duties to Animals*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics* 2005, 299 ss.

⁸ F. Basaglia, *Compassione, doveri verso se stessi ed etica animale*, in *Castelli di Yale online* 2017, 411.

⁹ K. Lorenz, *L'etologia: fondamenti e metodi*, trad. it., Torino 1978.

¹⁰ In tal senso anche L. Fioravanti, *Teorie etiche e diritti degli animali*, cit., 567 s.

¹¹ Tra gli esponenti C.M. Mazzoni, *I diritti degli animali: gli animali sono cose o soggetti di diritto?*, in *Per un codice degli animali*, a cura di A. Mannucci e M. Tallacchini, Milano 2001, 118 ss.

qualità di vita possibile, nel bilanciamento con gli interessi umani¹²; le teorie dei “diritti animali” (*animal rights*)¹³ che, viceversa, considerano gli animali titolari di veri e propri diritti, che possono essere fatti valere per il tramite di rappresentanti umani, come le associazioni animaliste¹⁴.

2. Le teorie del benessere animale, si è detto, cercano un compromesso tra le molteplici esigenze umane, di varia importanza, e i bisogni essenziali dell’animale.

Le disposizioni a protezione di quest’ultimo, sia interne che europee e internazionali, pur derivando formalmente da un bilanciamento tra le suddette esigenze secondo i criteri di proporzionalità e necessità, in realtà sono il frutto di una ponderazione a tutto favore dell’uomo.

Garantire il “benessere animale”, nel suo significato letterale, implica lasciare che esso viva e soddisfi i propri bisogni (sfamarsi, idratarsi, muoversi, riprodursi, riposare) in piena libertà, nel proprio *habitat* o quanto meno in un ambiente consono alla propria natura. Tale tutela, tuttavia, è assicurata in pochi provvedimenti normativi e pur sempre a condizioni antropiche, molte volte solo nei confronti di alcune specie¹⁵.

A ben vedere, non può parlarsi realmente di garanzia del benessere, in quanto l’animale, soprattutto quando in qualche misura utile all’uomo¹⁶, è destinato ad essere sacrificato alle esigenze di costui, sebbene nel modo più indolore possibile: il benessere, cioè, spesso è inteso dal legislatore nel senso di “trattamento pietoso, umanitario”, pur nello sfruttamento e/o nel sacrificio dell’animale.

Significative di tale accezione sono le disposizioni sulla macellazione e sulla sperimentazione scientifica¹⁷.

Per quanto concerne la prima, già il regolamento del 1928 per la vigilanza sanitaria delle carni imponeva l’adozione di procedimenti atti a produrre la morte nel modo più rapido possibile¹⁸. Oggi la situazione non è molto diversa, se si considera che il reg. 1099/2009/CE impone che gli animali siano abbattuti esclusivamente previo stordimento, conformemente ai metodi e alle relative prescrizioni ivi stabiliti, e che la perdita di coscienza e di sensibilità sia mantenuta fino alla morte dell’animale¹⁹. Entrambe le normative – quella del passato e quella vigente – appaiono ispirate a una *ratio* di garanzia di trattamento pietoso volto a evitare all’animale, destinato ad essere sacrificato “per

¹² A. Valastro, *La tutela giuridica degli animali, fra nuove sensibilità e vecchie insidie*, in *Annali online di Ferrara* 2007, 120.

¹³ All’interno di questa corrente, alcuni riconoscono la “soggettività di diritto” solo agli animali più simili all’uomo come alcune specie di scimmie. In tal senso cfr. P. Cavalieri e P. Singer, *The Great Ape Project. Equally beyond Humanity*, New York 1994.

¹⁴ Così J.P. Marguénaud, *L’animal en droit privé*, Paris 1992, la quale teorizza una «personalità animale». In senso analogo G.J. Gordon, *Environmental Personhood*, in *Columbia Journal of International Law* 2018, 50 ss. Uno dei primi fautori del riconoscimento di alcuni diritti minimi, come quello di non soffrire, è stato T. Regan, *The Case for Animal Rights*, London 1983, trad. it. *I diritti animali*, Milano 1990, e in Italia S. Castignone, *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, Bologna 1988. Nel medesimo senso anche V. Pocar, *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, Roma-Bari 1998; P. Cavalieri, *La questione animale*, Torino 1999; F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino 2005. Per una completa ricognizione e analisi delle varie tesi di *animal rights* e di *animal welfare* cfr. M. Tallacchini, *Appunti di filosofia della legislazione animale*, in *Per un codice degli animali*, a cura di A. Mannucci e M. Tallacchini, cit., 18 ss.; C.R. Sunstein e M.C. Nussbaum, *Animal Rights. Current Debates and New Directions*, Oxford 2004.

¹⁵ Il riferimento è alle l. 150 e 157 del 1992, di cui si parlerà *infra* nel § 3.

¹⁶ Così gli animali c.d. “da reddito”, ossia quelli da allevamento o selvatici destinati all’alimentazione umana, all’abbigliamento, all’arredamento; nonché gli animali da competizione e le cavie da sperimentazione.

¹⁷ Tali leggi sono definite, da autorevole dottrina, a tutela della soggettività animale, anziché del benessere (L. Lombardi Vallauri, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in *La questione animale*, a cura di S. Castignone e L. Lombardi Vallauri, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano 2012, 249 ss.).

¹⁸ Art. 9 r.d. 20.12.1928 n. 3298, recante disposizioni sulle modalità di macellazione degli animali, provvedimento recentemente abrogato dal d. lgs. 2.2.2021 n. 27.

¹⁹ Art. 4 co. 1 Reg. 1099/2009/CE del Consiglio del 24.9.2009 relativo alla protezione degli animali durante l’abbattimento.

un motivo ragionevole” (per l’uomo), inutili crudeltà e ingiustificate sofferenze²⁰. L’uccisione indolore, in realtà, potrebbe considerarsi finalizzata al reale benessere esclusivamente nei casi di eutanasia, cioè di soppressione per sottrarre l’animale inguaribile a sofferenze inutili; non certo nei casi di macellazione, in cui esso è in buona salute ma deve soddisfare le esigenze alimentari umane. Analogo discorso vale per la legislazione sulla sperimentazione su animali. Già nel 1931²¹ era stabilito che la vivisezione²² doveva essere eseguita soltanto previa anestesia generale o locale e, nel caso in cui si presumesse che il dolore dovesse persistere dopo cessata l’azione dell’anestetico, allora l’animale, in assenza di necessità di essere tenuto in vita per ulteriori esperimenti, doveva essere ucciso prima della cessazione dell’effetto dell’anestesia. Tale legge, quindi, né vietava la sperimentazione, né la limitava ad alcune specie, come ad esempio a quelle con un basso sviluppo neurologico e quindi meno sensibili al dolore. Il d. lgs. 27.1.1992 n. 116 successivamente ha abrogato e sostituito la l. 924/1931, prevedendo: la riduzione dell’impiego di animali; la sostituzione degli animali con metodi alternativi, ove possibile; l’uso di metodi e tecniche che comportino le minori e meno durevoli sofferenze possibili²³. Questa normativa conteneva segnali di un’evoluzione verso una concezione reale di benessere animale nella parte in cui prevedeva la riduzione e la sostituzione dei metodi di impiego di animali. Peraltro, continuava a consentire la sperimentazione, pur richiedendo che fosse condotta con modalità il meno dolorose possibili, in base a una *ratio* di benessere inteso restrittivamente come trattamento pietoso. Anche la disciplina vigente, stabilita dal d. lgs. 4.3.2014 n. 26, si fonda su due principi di effettivo benessere – in relazione alla sostituzione e riduzione di impiego – e su uno di trattamento pietoso, in ordine al perfezionamento delle tecniche e dei metodi di sperimentazione per garantire trattamenti indolori²⁴.

I rilievi sopra descritti, come si è visto, valgono sia per il legislatore italiano, sia per quello europeo, tenuto conto che attualmente la macellazione e la sperimentazione sono disciplinate rispettivamente da un regolamento europeo direttamente applicabile negli Stati membri e da un decreto attuativo di una direttiva europea.

Nella legislazione europea l’adesione alla concezione del benessere animale come garanzia di eliminazione o riduzione massima di sofferenze appare anche nella disposizione comunemente considerata la più rappresentativa e rilevante in tema di benessere animale: l’art. 13 TFUE²⁵. Questo

²⁰ Con queste parole, seppure riferite alla legge 157/1992 sulla caccia, si è espressa la Cassazione in un caso in cui ha ravvisato il delitto di maltrattamento di animale (art. 544-ter Cp) nei confronti di un cacciatore che aveva omesso di sparare il colpo di grazia a un capriolo ferito durante una battuta di caccia e lo aveva trasportato nel furgone in stato agonizzante (Cass. pen. Sez. III 27.10.2020 n. 29816, in *www.lexambiente.it RTrimDPenAmb.* 2020 [4], 79, con nota critica di C. Ruga Riva, *Killing me softly. Qual è il bene giuridico tutelato nel reato di maltrattamento di animali?*).

²¹ Art. 2 l. 12.6.1931 n. 924 come modificata dalla l. 1°5.1941 n. 615.

²² All’epoca si parlava di vivisezione, oggi di sperimentazione.

²³ Ai sensi dell’art. 4 l. 116/1992, gli esperimenti potevano essere eseguiti solo quando, per ottenere il risultato ricercato, non fosse possibile utilizzare altro metodo scientificamente valido, ragionevolmente e praticamente applicabile, che non implicasse l’impiego di animali; e quando ciò non fosse possibile, si doveva scegliere, tra più esperimenti, quelli che richiedessero il minor numero di animali; che implicassero l’impiego di animali con il più basso sviluppo neurologico; che causassero meno dolore, sofferenza, angoscia o danni durevoli; che offrissero maggiori probabilità di risultati soddisfacenti.

²⁴ Art. 1 co. 1 lett. a d. lgs. 26/2014. Esso dà attuazione alla dir. 63/2010/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22.9.2010 sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, la quale sancisce, all’art. 4, i principi c.d. delle tre R: *reduction, replacement, refinement*.

²⁵ Per la giurisprudenza europea, l’art. 13 TFUE, pur essendo collocato tra i principi nella prima parte del Trattato, non si eleva a principio generale del diritto europeo, ma costituisce comunque «un obiettivo legittimo di interesse generale» (Così C. Giust., 23.4.2015, *Zuchtvieh Export*, C424/13). Per un’analisi approfondita dell’interpretazione giurisprudenziale dell’art. 13 TFUE, si rinvia a M. Lottini, *Benessere degli animali e diritto dell’Unione Europea*, in *Cult. e dir.* [1-2] 2018, 27 ss. Per gran parte della dottrina, l’art. 13 TFUE costituisce anche un obbligo gravante sugli Stati membri e sulle istituzioni; cfr. F. Barzanti, *Commento all’art. 13 TFUE*, in *Trattati dell’Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Milano 2014, 416 ss.; T. Scovazzi, *Commento all’art. 13 TFUE*, in *Commentario breve ai trattati dell’Unione europea*, a cura di F. Pocar e M.C. Baruffi, Padova 2014, 178 ss.; F.E. Celentano, *L’ordinamento dell’Unione europea alla prova del diritto al benessere degli animali*, in AA.VV., *Scritti su etica e legislazione medica e veterinaria*, Bari

qualifica gli animali come esseri senzienti e, in ragione di ciò, impone all'Unione e agli Stati membri di tenere pienamente conto del loro benessere «nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio».

La norma europea, peraltro, specifica che al contempo devono essere rispettate «le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». La previsione ha dato origine a dubbi interpretativi, non essendo chiaro se i bisogni animali debbano essere comunque presi in considerazione e bilanciati con le esigenze umane ivi indicate²⁶, oppure se queste ultime costituiscano – come sembrerebbe da un'interpretazione letterale della disposizione – un limite alla tutela degli animali in una prospettiva ancora antropocentrica.

Le incertezze sulla portata dell'interesse del benessere animale nell'art. 13 TFUE e, più in generale, nella normativa europea, hanno originato critiche non solo in dottrina²⁷, ma anche all'interno delle istituzioni europee, in particolare da parte del Comitato *Petitions* del Parlamento Europeo²⁸ e della Corte dei Conti europea²⁹. La Commissione europea nel 2006 e nel 2012 ha predisposto due piani di azione per una *policy* unitaria sul benessere animale, incaricando il *Working Group on Policy Animal Welfare* (EUPAW) di realizzare una mappatura del benessere animale³⁰. Tuttavia, ad oggi, non ci sono ancora segni concreti di attuazione di una tutela del reale benessere e dell'incolumità degli animali. Anzi, il tenore di alcuni sondaggi condotti dalla Commissione negli ultimi anni appare ancora ispirato a una *ratio* di “sfruttamento indolore” piuttosto che di reale benessere³¹.

3. Il concetto di benessere animale in campo penale ha avuto un moderato e graduale recepimento. Una forma di tutela si rinviene in Italia per la prima volta nel codice Zanardelli del 1889 con la previsione, all'art. 491, del maltrattamento di animali, collocato tra le contravvenzioni concernenti la

2017, 27 ss.

²⁶ In tal senso F.E. Celentano, *Benessere animale, scienza e diritto nella prospettiva internazionale ed europea*, in *RDAlim* 2021, 84. Nel medesimo senso si è espressa la Grande Sezione della Corte di Giustizia nella sentenza del 17.12.2020 (causa C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others contro Vlaamse Regering*) relativa a un caso di macellazione rituale: alcune associazioni religiose ebraico-musulmane avevano proposto ricorso avverso una normativa belga che prevede, in deroga al reg 1099/2009/UE, l'obbligo anche per le macellazioni rituali di un previo stordimento reversibile, asserendo la violazione da parte della stessa della libertà religiosa garantita dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (art. 10 § 1). La Corte di giustizia ha respinto il ricorso e salvato la legge belga, affermando che, quando più diritti fondamentali e principi sanciti dai Trattati siano in discussione, come nel caso di specie la libertà di culto (art. 10 della Carta) e il benessere degli animali (art. 13 TFUE), si deve procedere a un bilanciamento in base al principio di proporzionalità, nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela dei diversi diritti e principi in questione e di un giusto equilibrio tra di essi. Per approfondimenti sulla giurisprudenza europea in tema di macellazioni rituali, si rinvia a M. Lottini, *La Corte di giustizia e le macellazioni rituali: schemi collaudati e nuove prospettive*, in *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, a cura di E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto e E.M. Incutti, Roma 2022, 119 ss.

²⁷ In particolare, si è evidenziato che la formulazione dell'art. 13 TFUE lascia molte domande senza risposte, sia per la mancanza di specificazione se i bisogni animali vadano bilanciati o trovino un limite nelle esigenze dell'uomo, sia per la mancanza di una definizione di “essere senziente” e di “benessere degli animali” (M. Lottini, *La Corte di giustizia e le macellazioni rituali*, cit., 121).

²⁸ D. Broom, *Animal Welfare in the European Union*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Committee on Petitions, PE 583.114, European Parliament, Brussels 2017. Cfr. M. Tallacchini, *Il sentire animale tra scienze, valori e policies europee*, in *RDAlim* 2021, n. 3, 29 ss.

²⁹ European Court of Auditors, *Animal welfare in the EU: closing the gap between ambitious goals and practical implementation*, n.31, Publications office of the European Union, Luxembourg 2018.

³⁰ Sul punto si rinvia a M. Tallacchini, *Il sentire animale tra scienze, valori e policies europee*, cit., 28 ss.

³¹ Significativo in tal senso, da ultimo, un sondaggio tra 26.376 cittadini europei, condotto, per conto della Commissione europea, da Eurobarometro a marzo 2023 sul “benessere” degli animali d'allevamento, in cui un'ampia maggioranza si è espressa a favore del miglioramento delle condizioni di vita, attraverso la garanzia di sufficiente spazio, cibo e acqua, nonché del trasporto degli animali, mediante riduzione dei tempi. Nell'indagine non è stato preso in considerazione, però, il divieto di allevamento, che garantirebbe il reale benessere.

pubblica moralità³². Il reato prevedeva più fattispecie, due di carattere generale – l’incrudelimento verso animali e il maltrattamento senza necessità – e due più specifiche (il costringimento a fatiche manifestamente eccessive, la sottoposizione di animali a esperimenti tali da destare ribrezzo, anche per il solo fine didattico o scientifico fuori dei luoghi destinati all’insegnamento).

Ad esse la legge 12.6.1913 n. 611, concernente provvedimenti per la protezione degli animali, ne aggiungeva altre, sempre di contenuto specifico, rinviando all’art. 491 Cp per la pena: il divieto di impiego di animali che per vecchiezza, ferite o malattie non fossero più idonei a lavorare; l’abbandono; il divieto di giuochi che importassero strazio di animali; le sevizie nel trasporto del bestiame; l’accecamento degli uccelli e in genere le inutili torture per lo sfruttamento industriale di ogni specie animale.

Tutte le ipotesi di maltrattamento erano ispirate, in realtà, a una *ratio* di tutela del sentimento umano, più che dell’animale in sé: non veniva, infatti, punito il maltrattamento in quanto tale, bensì solo se suscettibile di offendere la sensibilità perché sproporzionato rispetto al vantaggio umano conseguibile o al motivo scatenante. Ciò emerge sia dalla collocazione tra le contravvenzioni riguardanti la moralità pubblica, sia da alcuni requisiti di fattispecie come “fatiche manifestamente eccessive” ed “esperimenti tali da destare ribrezzo”.

Il codice Rocco, nella sua versione originaria del 1930, non si discostava dal quadro previgente; anzi si può affermare che esso si ispirava addirittura alla più estrema concezione antropocentrica di stampo cartesiano nella formulazione dell’unico delitto allora previsto: l’uccisione o danneggiamento di animale altrui (art. 638 Cp).

Tale impronta si evince, sul piano sistematico, dalla collocazione nel Titolo XIII del Libro II tra i delitti contro il patrimonio: l’animale è preso in considerazione come mero oggetto materiale della condotta, di proprietà dell’uomo, il quale è considerato unico soggetto offeso in un proprio diritto patrimoniale³³. Sono del tutto irrilevanti, invece, gli interessi della vita e dell’incolumità psico-fisica dell’animale.

La *ratio* di tutela di diritti patrimoniali dell’uomo, anziché di interessi primari degli animali, si riflette criticamente sul piano sanzionatorio, in quanto le due condotte incriminatrici sono punite nella stessa misura: se il legislatore avesse inteso proteggere anche l’animale, in una prospettiva plurioffensiva, le pene sarebbero state maggiori per l’uccisione rispetto che per il danneggiamento, dato che la vita è un bene giuridico più importante dell’incolumità fisica.

Infine, la concezione antropocentrica appare in tutta evidenza sul piano lessicale, in quanto la condotta incriminata in alternativa all’uccisione è indicata come “danneggiamento”, anziché come “lesione/ferimento”. Il sostantivo non è frutto di imprecisione, bensì di una scelta: l’animale è parificato a una cosa e, come tale, è ritenuto danneggiabile. Se esso fosse stato considerato un essere vivente e senziente, l’evento cagionato sarebbe stato indicato come lesione, ferimento, sofferenza o malattia.

Per quanto concerne il maltrattamento di animali, il codice Rocco si limitava, per ragioni di organicità e razionalità, ad accorpare tutte le ipotesi previste dal codice Zanardelli e dalla l. 611/1931 all’interno di una sola disposizione, l’art. 727 Cp³⁴, collocato tra le contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale (Libro III, Capo II), che, al pari della previgente, tutelava la sensibilità umana più che il benessere e l’incolumità degli animali³⁵. Tale reato, peraltro, è stato oggetto di due riforme,

³² Era prevista, quale unica contravvenzione, all’interno del Capo IV del Titolo III del Libro III.

³³ L’uccisione e il danneggiamento di un animale randagio (*res nullius*), pertanto, non sono punibili.

³⁴ L’art. 727 Cp originario puniva il fatto di incrudelire verso animali o senza necessità sottoporli ad eccessive fatiche o torture, o adoperarli in lavori ai quali non erano adatti per malattia o per età; nonché il fatto di sottoporre animali vivi ad esperimenti tali da destare ribrezzo, anche per solo fine scientifico o didattico, in un luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico. Inoltre, prevedeva un aumento di pena nel caso gli animali fossero adoperati in giochi o spettacoli pubblici che importassero strazio o sevizie.

³⁵ Sul punto cfr. A. Madeo, *Reati contro gli animali*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*¹⁷, a cura di A. Rossi, I, Milano 2022, 352.

espressioni di un'evoluzione legislativa da una concezione totalmente antropocentrica a una concezione moderatamente zoocentrica, in base alla quale, accanto al sentimento umano, viene protetto l'animale quale essere senziente³⁶.

Un primo segnale di interesse verso gli animali da parte del legislatore penale si ha con la l. 11.2.1992 n. 157, recante norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio, e la l. 7.2.1992 n. 150, recante disciplina dei reati relativi all'applicazione in Italia della convenzione sul commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione, firmata a Washington il 3.3.1973.

Si tratta di due atti coevi e concepiti in rapporto di complementarità, in quanto il primo è volto a proteggere la fauna selvatica che vive temporaneamente o stabilmente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale³⁷; il secondo è riferito alla fauna selvatica extranazionale destinataria della Convenzione di Washington del 1973³⁸.

Da un'analisi dei loro contenuti precettivi emerge, però, che la *ratio* primaria è ancora una volta la soddisfazione di esigenze umane in base a un approccio antropocentrico.

In particolare la l. 157/1992³⁹ è stata condivisibilmente definita una delle leggi più retrograde in materia di animali, perché non assegna alcun valore ad essi in quanto tali, ma nasce per proteggere l'ordine venatorio⁴⁰. Ciò si evince *in primis* dai destinatari della disciplina, che non sono tutti gli animali⁴¹, bensì solo una parte della fauna selvatica, ossia le specie di mammiferi e uccelli viventi in modo stabile o temporaneo nel territorio nazionale e in libertà.

In secondo luogo, in un'ottica zoocentrica, la legge avrebbe dovuto vietare *tout court* l'esercizio dell'attività venatoria. Essa, invece, stabilisce, come regola generale, che la fauna selvatica può essere abbattuta in determinati periodi dell'anno – secondo il c.d. calendario venatorio –, fissati dalla medesima o, in deroga, dalle Regioni. Il divieto assoluto di abbattimento è imposto solo quale eccezione, nei confronti di pochissime specie che, secondo il legislatore interno, europeo o internazionale, necessitano di particolare protezione, in quanto a rischio di estinzione.

Ancor più incentrata negli interessi umani appare la l. 150/1992⁴², se si considera che essa punisce, a titolo di contravvenzione, l'immissione sul mercato, senza la documentazione richiesta dalla Convenzione di Washington, di determinate specie selvatiche straniere a rischio di estinzione, vive o morte, ma non le condotte di uccisione e di maltrattamento. Ciò che conta, in altri termini, è che il

³⁶ Vedi *infra* § 3.1.

³⁷ Subito dopo l'entrata in vigore della l. 157/1992, era sorto un contrasto giurisprudenziale sull'ambito soggettivo di applicazione della stessa: secondo un orientamento estensivo, tutta la fauna selvatica doveva ritenersi compresa nella tutela (tra le altre, Cass., 18.2.1994, in *CP* 1994, 1926); secondo uno più restrittivo, la protezione doveva ritenersi limitata alle specie presenti, anche se in modo temporaneo, nel territorio italiano (Cass., 29.4.1993, in *CP* 1994, 1925). Le Sezioni unite hanno aderito all'indirizzo restrittivo, ritenendo presupposto imprescindibile della tutela penale il requisito della «nazionalità», inteso in senso lato come appartenenza all'Italia o a Paesi dell'Unione Europea che abbiano adottato la Direttiva 409/1979/CEE del Consiglio e succ. modif. (Cass. S.U. 14.12.1994 n. 25, in *GI* 1995, 1199), in quanto solo questa interpretazione consente di coordinare l'ambito della l. 157/1992 con quello della l. 150/1992, che ha dato attuazione alla Convenzione di Washington. Successivamente, in senso conforme all'esegesi delle sezioni unite, cfr. Cass., 9.5.2013, in *CEDCass* m. 255822.

³⁸ Si tratta della Convenzione sul commercio internazionale di specie della fauna e della flora in via d'estinzione, nota con l'acronimo inglese CITES (*Convention on International Trade in Endangered Species*), firmata a Washington il 3.3.1973.

³⁹ Per un'analisi dei reati previsti dalla l. 157/1992 si rinvia a A. Madeo, *Disposizioni penali a tutela della fauna e della flora, in Reati contro l'ambiente e il territorio*², a cura di M. Pelissero, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino 2019, 448 ss.

⁴⁰ F. Fasani, "Menare l'orso (marsicano) a Modena". Una piccola sfida nella lotta al populismo penale, in www.sistemapenale.it, 10.10.2023.

⁴¹ Si tenga presente che nel 1992 non era ancora previsto nel codice penale il delitto di uccisione di un animale, salvo che questo fosse di proprietà di qualcuno, nel quale caso trovava e trova tutt'ora applicazione l'art. 638 Cp. Solo nel 2004 è stato introdotto il delitto di uccisione di animale (art. 544-bis Cp), che prescinde dalla specie cui questo appartiene.

⁴² Per approfondimenti sui reati previsti dalla l. 150/1992 si rimanda a A. Madeo, *Disposizioni penali a tutela della fauna e della flora*, 458 ss.

business di animali rari o di loro parti⁴³ o di loro prodotti⁴⁴ avvenga nel rispetto della normativa interna, europea e internazionale, salvo per alcune specie per le quali è stabilito il divieto di commercio: ancora una volta prevalgono gli interessi (economici) dell'uomo.

3.1. Un reale sforzo volto a proteggere gli animali si registra con la prima riforma della contravvenzione di maltrattamento di animali, di cui all'art. 727 Cp.

La l. 22.11.1993 n. 473 l'ha riformulata nell'ottica di riconoscere all'animale un ruolo nell'equilibrio della natura, tradotto in un interesse sociale alla salvaguardia delle condizioni di vita di esso, come aspetto di un più vasto interesse alla tutela dell'ambiente⁴⁵.

In particolare, essa ha rivisto le fattispecie punite dall'art. 727 co. 1 Cp, sostituendo la sottoposizione ad eccessive fatiche o torture con la sottoposizione a strazio o sevizie o a comportamenti e fatiche insopportabili per le caratteristiche dell'animale; eliminando l'impiego in lavori ai quali l'animale non è adatto per malattia o per età e la sottoposizione di animali vivi ad esperimenti tali da destare ribrezzo, nonché la circostanza aggravante dell'impiego in giochi o spettacoli pubblici che importino strazio o sevizie; introducendo l'impiego in giochi, spettacoli o lavori insostenibili per loro natura, valutato secondo le caratteristiche anche etologiche dell'animale, nonché la detenzione in condizioni incompatibili con la natura dell'animale e l'abbandono di animali domestici o di animali che abbiano acquisito abitudini della cattività.

Inoltre, ha aggiunto al co. 2 le circostanze aggravanti dell'essere il maltrattamento commesso con mezzi particolarmente dolorosi, ovvero come modalità del traffico, del commercio, del trasporto, dell'allevamento, della mattazione o di uno spettacolo di animali, oppure del cagionare la morte dell'animale. Infine al co. 4 ha previsto la pena accessoria della sospensione o – in caso di morte di animali – dell'interdizione dell'attività commerciale o di servizio nei confronti di chi organizza o partecipa a spettacoli o manifestazioni che comportino strazio o sevizie per gli animali.

L'incremento delle ipotesi di maltrattamento, con descrizione puntuale di fatti realmente offensivi dell'incolumità fisica e psichica dell'animale, nonché il riferimento alla sfera sensoriale di esso come requisito penalmente rilevante sono segni inequivocabili di una nuova politica criminale, ispirata alla concezione zoocentrica. In particolare, indici della nuova visione sono la previsione che la fatica cui l'animale è sottoposto deve essere insopportabile per le caratteristiche dello stesso; che il lavoro o i giochi o le manifestazioni in cui esso è impiegato devono essere insostenibili secondo la sua natura e le sue caratteristiche; la qualificazione come maltrattamento della detenzione in condizioni incompatibili con la natura del medesimo.

Peraltro, l'evoluzione non è stata totale: il permanere di una dimensione antropocentrica si evince dal fatto che oggetto di tutela continua a essere il sentimento di compassione dell'uomo per l'animale sofferente e non questo in quanto essere senziente sottoposto a sofferenza.

3.2. La seconda riforma, in realtà, non è circoscritta alla contravvenzione di cui all'art. 727 Cp, bensì concerne in senso più generale la tutela penale degli animali. La l. 20.7.2004 n. 189, recante disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate⁴⁶, infatti, introduce nel Libro II del codice

⁴³ In alcune sentenze si è ritenuta applicabile la contravvenzione di commercio in violazione del divieto stabilito dalla Convenzione di Washington in relazione a carapaci, ossia scudi del dorso di tartaruga Chelonida. Cfr. Cass., 14.3.1997, in CP 1998, 1763; Id., 9.7.2008, in DGA 2009, 359.

⁴⁴ Si pensi alle pellicce di animali come l'ermellino o il leopardo.

⁴⁵ T. Padovani, *Commento alla legge 22 novembre 1993, n. 473. Nuove norme contro il maltrattamento degli animali*, in LP 1994, 604.

⁴⁶ S. Basini, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VI, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, Torino 2009, 182 ss.; V. Pocar, *Una nuova sensibilità per la tutela degli animali*, in CP 2006, 1957 ss.; F. Marengi, *Nuove disposizioni in tema di maltrattamento di animali (l. 20.7.2004, n. 189)*, in LP 2005, 17 ss.; V. Musacchio, *Luci e ombre della nuova normativa penale contro il maltrattamento di animali*, in RP 2005, 15 ss.; A. Natalini, *Animali (tutela penale degli)*, in Dig. pen. Aggiorn. ***, Torino 2005, 13 ss.; Id, *Stop ai*

penale il Titolo IX-Bis, rubricato *Dei delitti contro il sentimento per gli animali*, contenente, all'art. 544-bis e seguenti, una serie di delitti che puniscono condotte offensive della vita e dell'incolumità di essi. In tal senso i nuovi reati devono ritenersi il frutto di un cambiamento di politica criminale, attribuibile al passaggio da un approccio totalmente volto alla tutela dell'uomo a un approccio che prende in considerazione anche la salvaguardia dell'animale in sé, in quanto dotato di un'autonoma sfera esistenziale e portatore di interessi – *in primis* il diritto alla vita e all'integrità fisio-psichica – meritevoli di tutela penale contro offese umane⁴⁷.

Il mutamento di concezione, peraltro, non è stato così radicale come si sarebbe auspicato da parte della dottrina⁴⁸. Stona, già sul piano formale, con la visione zoocentrica la denominazione del Titolo IX-bis. La locuzione «*sentimento per gli animali*» indica chiaramente la tutela del sentimento che l'uomo prova per l'animale sofferente, anziché dell'animale sofferente in sé, sebbene esso sia “soggetto passivo” dei delitti: una rubrica, quindi, che rievoca l'“umanesimo kantiano”.

Più appropriata, in un'ottica realmente zoocentrica, sarebbe stata la dicitura “*Dei delitti contro gli animali*”, che era stata utilizzata nel disegno di legge presentato in prima lettura alla Camera dei deputati⁴⁹. Essa sarebbe stata migliore anche di “*Delitti contro il sentimento degli animali*”, perché più ampia e omnicomprensiva, nonché allineata a quella del Titolo XII (“*Dei delitti contro la persona*”): il sentimento, invece, indica solo la sfera emotiva, morale e psichica dell'animale, e non copre anche gli altri interessi riferibili a questo, altrettanto se non più importanti, come la vita e l'incolumità fisica.

Anche il contenuto delle fattispecie delittuose evidenzia la centralità della sensibilità umana, in una dimensione antropocentrica. In particolare ciò vale per i delitti di uccisione (art. 544-bis Cp) e di maltrattamento (art. 544-ter Cp), che non sono punibili incondizionatamente, ma solo se commessi “*per crudeltà o senza necessità*”. La previsione di questi requisiti appare funzionale, in un bilanciamento di interessi confliggenti – dell'uomo da un lato, dell'animale dall'altro –, a far pendere l'ago a favore del primo. D'altronde, come è stato correttamente evidenziato da autorevole dottrina, dal *corpus* del diritto vigente si può estrarre un principio generale “ancipite” che “vieta di causare dolore inutile/innecessario, autorizza a causare dolore utile/necessario”⁵⁰.

Ulteriore segno della permanenza in parte di una concezione antropocentrica è la collocazione dei nuovi delitti nel Titolo IX-bis, dopo quelli contro la moralità pubblica e il buon costume: in una dimensione zoocentrica sarebbe stata più corretta la collocazione, peraltro prevista dal disegno di legge originario, dopo il Titolo XII dedicato ai delitti contro la persona.

Infine, costituisce massima espressione della concezione antropocentrica l'introduzione, da parte della l. 189/2004, all'interno delle disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale, dell'art. 19-ter che prevede un'ampia deroga all'applicazione dei nuovi delitti, a tutto detrimento degli animali. Tale norma stabilisce che le disposizioni del nuovo Titolo IX-bis non si applicano ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini

maltrattamenti sugli animali e i nuovi reati introdotti dalla riforma. Pene severe contro le competizioni e i combattimenti clandestini, in D&G 2004 [40], 48 ss.; A. Valastro, *I travagliati percorsi della normativa sulla tutela penale degli animali: la legge n. 189 del 2004*, in SI 2005, 1164 ss.; P. Ardia, *La nuova legge sul maltrattamento degli animali: sanzioni e ammende per i combattimenti clandestini e per chi abbandona*, in DPP 2004, 1462 ss.; L. Pistorelli, *Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta*, in GD 2004 [33], 19 ss.; L. Ramacci, *Maltrattamento di animali ed altre disposizioni relative al sentimento per gli animali*, in Amb 2004, 961 ss.; M. Santoloci, *La nuova legge sulla tutela degli animali: finalmente una protezione diretta in linea con l'Europa*, in AA.VV., *Animali non bestie. Difendere i diritti, denunciare i maltrattamenti*, Milano 2004.

⁴⁷ In senso conforme anche C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*⁴, Torino 2021, 334 ss.; F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, in RIDPP 2017, 742 ss.; A. Valastro, *I travagliati percorsi della normativa sulla tutela penale degli animali*, cit., 95.

⁴⁸ Vedi la dottrina citata nelle due note precedenti.

⁴⁹ D.d.l. A.C. n. 2467 presentato il 5.3.2002.

⁵⁰ Così L. Lombardi Vallauri, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, cit., p. 261.

zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali, né alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente. Ciò significa che continuano ad essere considerate dal legislatore prevalenti alcune esigenze umane che, in base a criteri di necessità e proporzionalità, in realtà non dovrebbero esserlo rispetto alla vita e all'incolumità di altri esseri vivi e senzienti⁵¹. Per quanto concerne, invece, esigenze indiscutibilmente importanti – l'alimentazione e la ricerca scientifica –, è innegabile che potrebbero essere soddisfatte in modi diversi da quelli che comportano il sacrificio degli animali.

4. Una delle novità introdotte dalla l. 189/2004 consiste nella previsione di due livelli di maltrattamento: uno più grave, elevato a delitto all'art. 544-ter Cp, e uno più lieve, che continua ad essere la contravvenzione di cui all'art. 727 Cp con la nuova rubrica di *Abbandono di animali*.

L'art. 544-ter Cp punisce chi, per crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche (co. 1); chi somministra agli animali sostanze stupefacenti o vietate ovvero li sottopone a trattamenti che procurano un danno alla salute degli stessi (co. 2). Tutte le ipotesi sono ugualmente punite con la reclusione da 3 a 18 mesi o con la multa da 5.000 a 30.000 euro⁵²; la pena è aumentata della metà se da essi deriva la morte dell'animale (co. 3).

Da un confronto con il maltrattamento-contravvenzione, ex art. 727 Cp ante riforma 2004, emerge in tutta evidenza l'influenza della concezione zoocentrica in due delle tre nuove ipotesi previste dall'art. 544-ter Cp: la somministrazione di sostanze stupefacenti e la sottoposizione a trattamenti che procurano un danno alla salute dell'animale. Entrambe puniscono condotte offensive dell'incolumità e della salute dell'animale – sul presupposto implicito che questi abbia la capacità di provare dolore e sofferenza – a prescindere dalla percezione che ne abbia l'uomo e dal sentimento che susciti in costui. L'inflizione di sofferenze o danni all'animale è penalmente rilevante senza condizioni né limiti.

A salvaguardia del benessere animale appare anche la fattispecie di sottoposizione dell'animale a comportamenti, fatiche o lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche, che non è un'ipotesi nuova, ma semplicemente è stata spostata dall'art. 727 Cp (in cui era stata inserita dalla l. 473/1993) all'art. 544-ter Cp: la differenza è che ora è un delitto, scelta di politica criminale avente il duplice vantaggio dell'allungamento dei tempi di prescrizione⁵³ e dell'inestinguibilità per oblazione.

La terza fattispecie di nuovo conio, di cui all'art. 544-ter Cp, è la lesione di animale, pure costruita a protezione del benessere e dell'incolumità del medesimo, ma, diversamente dalle altre due, punita solo se commessa senza necessità o per crudeltà. La tutela, in altri termini, è sottoposta a due condizioni alternative di carattere antropico, oltretutto interpretate dalla giurisprudenza in modo tale da limitare al massimo l'applicazione del delitto. In particolare, l'elemento della necessità – che impedisce la rilevanza penale del fatto – è inteso in senso più ampio rispetto alla necessità di cui all'art. 54 Cp, in funzione di evitare che la sua previsione risulti pleonastica: ne consegue che viene ritenuto lecito il maltrattamento realizzato per prevenire un pericolo imminente di danno o l'aggravamento di un danno, a prescindere dall'entità di questo, e dal fatto che riguardi una persona

⁵¹ Ci riferiamo, in particolare alle leggi sulla caccia, sulla pesca e sulle manifestazioni storiche e culturali, volte a soddisfare bisogni ludico-culturali che appaiono meno rilevanti rispetto alla vita e all'incolumità di esseri viventi.

⁵² Le pene sono state così innalzate dalla l. 4.11.2010 n. 201. In origine l'art. 544-ter Cp prevedeva la reclusione da tre mesi a un anno in alternativa alla multa da 3.000 a 15.000 euro.

⁵³ Il tempo minimo di prescrizione, ai sensi dell'art. 157 Cp, per le contravvenzioni è di quattro anni, mentre per i delitti è di sei anni.

o un bene⁵⁴. Il requisito della crudeltà è inteso⁵⁵ nel senso soggettivo di dolo specifico, ossia come fine per il quale si cagiona la lesione, con un effetto di restrizione applicativa della fattispecie⁵⁶.

La contravvenzione di cui all'art. 727 Cp è stata articolata dalla l. 189/2004 in due fattispecie autonome, ugualmente sanzionate: l'abbandono di animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività (co. 1); la detenzione di animali in condizioni incompatibili con la loro natura e produttive di gravi sofferenze (co. 2). Esse erano già previste nell'art. 727 Cp come novellato nel 1993, che però, non richiedeva, per la seconda, la produzione di gravi sofferenze. Devono considerarsi a tutela dell'integrità psico-fisica dell'animale, oltre che del sentimento di pietà che l'uomo prova per l'animale sofferente, e ciò appare particolarmente evidente nella detenzione in condizioni incompatibili, in ragione della previsione dell'evento di gravi sofferenze che risponde pienamente a una *ratio* di tutela della senzietà animale.

La detenzione in condizioni incompatibili, data la sua ampiezza, ricomprende anche la colposa sottoposizione dell'animale a comportamenti, fatiche o lavori insopportabili e produttive di gravi sofferenze – che non è punita tra i delitti del nuovo Titolo XI-bis –, essendo rispetto ad essa in rapporto di *genus ad speciem*. Deve, quindi, escludersi che la l. 189/2004 abbia abrogato la sottoposizione colposa dell'animale a fatiche insopportabili, punita dalla precedente versione dell'art. 727 Cp, salvo quando non sia produttiva di gravi sofferenze.

4.1. L'analisi della copiosa giurisprudenza sul delitto di maltrattamento e sulla contravvenzione di detenzione in condizioni incompatibili e produttive di gravi sofferenze evidenzia una tendenza dei giudici, sia di merito che di legittimità, ad interpretare le nuove disposizioni in funzione di tutela diretta dell'animale, inteso quale destinatario dell'offesa, e non come mero oggetto materiale della condotta incriminata. Vengono, infatti, considerati penalmente rilevanti i comportamenti che causano sofferenze⁵⁷ o processi patologici⁵⁸ – ricondotti nei casi più gravi alle ipotesi delittuose di maltrattamento di cui all'art. 544-ter Cp –, nonché quelli che, senza assurgere a vere e proprie lesioni, incidono sulla sensibilità psico-fisica dell'animale attraverso l'inflizione di dolore⁵⁹ – anche solo di natura temporanea⁶⁰ – e che di regola vengono ricondotti alla contravvenzione di detenzione in condizioni incompatibili.

Questa concezione evolutiva emerge in modo chiaro nelle motivazioni di molte sentenze degli ultimi anni, dove i giudici, *expressis verbis*, attribuiscono rilevanza penale ad alcune condotte proprio in

⁵⁴ Cfr. Cass. pen. Sez. III 4.2.2020 n. 8449, in *SI* 2020, 1426; Cass. pen., Sez. III, 14.9.2021, n. 2237, in www.lexambiente.it, 16.2.2922.

⁵⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 24.6.2015, n. 38789, *inedita*; Id. 10.1.2012, in *DGA* 2013, 399; Id. 9.6.2011, in *DGA* 2012, 222.

⁵⁶ L'esegesi è fondata su un dato letterale, ossia sulla preposizione «per», che si suole usare anche come sinonimo della locuzione «al fine di»; tuttavia, il suo accostamento, in via alternativa, ad una modalità del fatto (senza necessità) fa apparire più coerente l'interpretazione in senso oggettivo, quale modalità della condotta lesiva. Inoltre, l'accezione oggettivo-modale consente un più agevole accertamento del requisito della crudeltà e una più estesa applicazione del delitto.

⁵⁷ In tal senso è stato ritenuto configurabile il delitto di maltrattamento in un caso di causazione di sofferenze non necessitate ad alcuni piccioni attraverso l'uso dei medesimi come esche per la cattura del pesce “siluro” (Cass., 14.12.2018 n. 17691, in *CEDCass* m. 275865-01).

⁵⁸ Così è stato ravvisato il delitto di maltrattamento in un caso in cui un cane era stato tenuto per lungo tempo in un ambiente angusto, senza possibilità di muoversi liberamente perché legato ad una catena di cm. 120, con conseguenti lesioni, consistenti in piaghe infette agli arti posteriori e dermatiti di varia natura (Cass., 19.5.2021 n. 34087, in www.lexambiente.it, 19.10.2021).

⁵⁹ Così la Cassazione si è espressa, nel confermare la condanna per la contravvenzione di cui all'art. 727 Cp, in un caso di detenzione di asini con evidenti difficoltà di deambulazione per le unghie eccessivamente lunghe, che necessitavano di cure di maniscalco (Cass., 8.2.2019 n. 14734, in www.penalecontemporaneo.it, 15.7.2019).

⁶⁰ In tal senso è stato qualificato come contravvenzione di detenzione in condizioni incompatibili il trasporto di bovini stipati in un furgone di piccole dimensioni e privo d'aria (Cass., 19.1.2018 n. 15471, in *CEDCass* m. 272851).

ragione dell'offesa alla sensibilità dell'animale e/o della causazione di dolore o sofferenza⁶¹, a prescindere dal recare o non offesa al sentimento umano.

Sebbene la maggior parte delle condanne riguardi condotte di detenzione in ambienti inadeguati alle caratteristiche etologiche degli stessi⁶² o in condizioni di scarsa illuminazione, areazione, igiene e/o di insufficiente nutrizione e idratazione⁶³, in alcuni casi recenti la Cassazione ha ricondotto al delitto di maltrattamento – nella forma della lesione senza necessità – anche un particolare comportamento tenuto nei confronti degli uccelli: la c.d. tarpatura d'ali⁶⁴. Questa – secondo la scienza veterinaria – costituisce una modalità di recisione delle ali che cagiona un impedimento totale del volo⁶⁵ e comporta uno sbilanciamento nella deambulazione, nonché la predisposizione a patologie dell'apparato muscolo-scheletrico, del sistema cardiocircolatorio e respiratorio. Inoltre, l'inibizione del volo genera nei volatili un forte stress e una profonda frustrazione, perché impedisce la fuga in caso di predazione e mortifica l'istinto naturale alla migrazione. La pratica, pertanto, è stata giudicata penalmente rilevante come maltrattamento ex art. 544-ter Cp, in quanto causa di una lesione fisica e psichica.

Ciò che rende innovative queste ultime sentenze è proprio l'applicazione del delitto a una condotta differente da quella in cui di regola esso è ravvisato – in alternativa alla contravvenzione di cui all'art. 727 Cp –, ossia dalla detenzione in un ambiente inadeguato o in modo incompatibile con le caratteristiche etologiche. Inoltre, esse integrano un filone giurisprudenziale evoluto, in quanto riconoscono alla tarpatura d'ali rilevanza penale, basandosi sugli studi scientifici di ambito veterinario, secondo i quali tale pratica ha gravi effetti lesivi fisici e psichici sugli uccelli, e prescindono dalla sussistenza di offese al sentimento di compassione umana.

Una terza condotta cui la giurisprudenza attribuisce rilevanza penale – in questo caso esclusivamente come contravvenzione di cui all'art. 727 Cp –, in ragione della sua offensività verso l'animale, è l'uso del collare elettrico antiabbaio. La trasmissione, da parte di questo strumento, di scosse o altri impulsi elettrici, tramite comando a distanza, è ritenuta configurare la fattispecie di detenzione di animali in condizioni incompatibili con la loro natura e produttive di gravi sofferenze – secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato –, in quanto costituisce una forma di addestramento fondata esclusivamente su uno stimolo doloroso tale da incidere notevolmente sull'integrità psico-fisica dell'animale⁶⁶.

⁶¹ Così Cass., 24.3.2023 n. 20282, in www.lexambiente.it, 26.5.2023, in relazione a un caso di detenzione di cani senza somministrazione regolare di cibo e all'interno di un prefabbricato in stato di totale degrado. In senso conforme cfr. anche Cass., 10.7.2015 n. 46560, in *CEDCass* m. 265267; Id., 19.1.2018 n. 15471, in *CEDCass* m. 272851. In un recente caso di detenzione in piccole gabbie di peppole e fringuelli, utilizzati come richiami vivi, la Cassazione ha affermato che assume rilevanza penale, a titolo di delitto di maltrattamento, la condotta che attenti al benessere dell'animale e alle sue caratteristiche etologiche attraverso comportamenti incompatibili con le esigenze naturali del medesimo, ricostruite dalla scienza con riferimento alla specie di appartenenza (Cass., 23.3.2023 n. 15453, in *DPP* 2023, 764).

⁶² Cfr. Cass., 12.1.2010 n. 6656, in *CEDCass* m. 246185; Id., 22.3.2016 n. 17677, in *CEDCass* m. 267313; Id., 11.4.2022 n. 20221, in *CEDCass* m. 283079-01, in relazione alla detenzione di uccelli in gabbie di dimensioni ridotte.

⁶³ Cass., 8.11.2022 n. 537, in www.lexambiente.it, 13.2.2023, in relazione alla detenzione di un cucciolo di cane in un locale chiuso, scarsamente illuminato, in uno spazio angusto di un garage, chiuso da rete metallica in mezzo ad oggetti ingombranti, senza cibo e acqua. Analogamente Cass., 3.12.2020 n. 12436, in www.lexambiente.it, 7.5.2021, riguardante 9 cani rinchiusi in box inidonei a garantire adeguato ricambio d'aria.

⁶⁴ In un caso la tarpatura riguardava alcuni fenicotteri e pellicani (Cass., 7.3.2023 n. 29824, in www.lexambiente.it, 17.7.2023); in un altro varie specie (peppole, fringuelli, frosoni, tordi), alcune utilizzate come richiami vivi per la caccia non autorizzati (Cass., 23.3.2023 n. 15453, cit.).

⁶⁵ In base a studi scientifici, il piumaggio, diversamente dal pelo che copre i mammiferi, costituisce parte non solo integrante ma anche funzionale del volatile, fornendo il sostegno aerodinamico necessario al volo (penne remiganti), nonché il controllo e la regolazione del volo stesso (penne timoniere) (Cass., 17.4.2019 n. 29510, in www.dirittoegiusitizia.it, 8.7.2019).

⁶⁶ In tutti i casi la Cassazione ha specificato che la configurabilità del reato è subordinata all'uso effettivo del collare elettrico, non essendo sufficiente il mero fatto di farlo indossare al cane. Cfr. Cass., 11.2.2016 n. 21932, in *CEDCass* m. 267345; Id., 3.10.2017 n. 3290, in *Quotid. giur.* 2018; Id., 16.1.2020 n. 11561, in *Quotid. giur.* 2020; Id., 11.2.2021 n. 10758, in *CEDCass* m. 281328-01.

4.2. Una questione sollevata in ordine ai reati di maltrattamento è se essi siano applicabili a tutti gli animali oppure solo ad alcune specie, che appare collegata a quella riguardante l'individuazione dell'interesse giuridico tutelato, su cui in dottrina si sono formati due orientamenti⁶⁷.

Secondo l'opinione prevalente⁶⁸, il bene protetto da tutti i nuovi delitti e dalla contravvenzione di cui all'art. 727 Cp sarebbe il sentimento umano di compassione per le sofferenze dell'animale. Ciò in ragione di quattro argomenti, il principale dei quali, condiviso da tutti i sostenitori della tesi, consiste nella rubrica del nuovo Titolo IX-bis, che fa espresso riferimento a tale sentimento. In secondo luogo, la previsione di una serie di elementi-limite all'applicabilità dei delitti, come quelli già citati dell'assenza di necessità e della crudeltà nelle fattispecie di uccisione e di maltrattamento di animale, nonché della scriminante dell'esercizio di alcune attività umane lecitamente svolte (come caccia e pesca) all'art. 19-ter disp. att. Cp, dimostrerebbe l'intenzione del legislatore di considerare prevalenti gli interessi umani su quelli degli animali⁶⁹. Da parte di taluni⁷⁰ si evidenzia, quale terzo argomento, l'impossibilità di ravvisare diritti animali, non potendo questi esercitarli né farli valere, da cui deriverebbe, come conseguenza, l'inconcepibilità di una tutela penale diretta in capo ai medesimi. Infine, si argomenta che solo l'individuazione del bene giuridico nel sentimento umano di compassione consentirebbe di impedire il risultato assurdo di sanzionare penalmente fatti come l'uccisione o il maltrattamento di insetti⁷¹. Dal riconoscimento dell'interesse giuridico nel sentimento umano di pietà consegue che i reati dovrebbero ritenersi applicabili ai maltrattamenti solo verso animali nei cui confronti l'uomo prova affezione o empatia.

Secondo un'opinione minoritaria⁷², autorevolmente sostenuta e qui condivisa, è l'animale il diretto destinatario della tutela. Non osterebbe a tale interpretazione il primo e principale argomento a sostegno del bene giuridico del sentimento umano di compassione per la sofferenza degli animali, ovvero la rubrica del Titolo XI-bis. In linea generale, infatti, la rubrica dei titoli non è un criterio vincolante né dotato di particolare attitudine ermeneutica⁷³; ciò che conta, ai fini dell'individuazione

⁶⁷ In realtà esiste anche un terzo orientamento intermedio, che ravvisa il bene giuridico protetto dai delitti del Titolo XI-bis nella relazione uomo-animale. Così C. Mazzucato, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in *La questione animale*, a cura di S. Castignone e L. Lombardi Vallauri, cit., 708 ss.

⁶⁸ Cfr. P. Ardia, *La nuova legge sul maltrattamento degli animali*, cit., 1466; P. Mazza, *I reati contro il sentimento per gli animali*, in *DGA* 2004, 742; L. Pistorelli, *Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta*, in *GI* 2004 [33], 20; A. Natalini, *Animali (tutela penale degli)*, cit., 16; A. Passantino e M. Russo, *La riforma del codice penale a seguito della legge n. 189/2004*, in *La tutela giuridica del sentimento dell'uomo per gli animali*, a cura di A. Passantino e C. Di Pietro, Roma 2007, 5 ss.; F. D'Alessandro, *Nota introduttiva. Dei delitti contro il sentimento per gli animali*, in *Commentario breve al codice penale*⁵, a cura di A. Crespi, G. Forti e G. Zuccalà, Padova 2008, 1455; S. Basini, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, cit., 192; A. Massaro, *I reati "contro gli animali" tra aspirazioni zoocentriche e ineliminabili residui antropocentrici*, in *Cult. e dir.* 2018 [1-2], 84; G.L. Gatta, Sub art. 544-bis, in *Codice penale commentato*⁵, a cura di E. Dolcini e G.L. Gatta, ~~vol.~~ III, Milano 2021, 589 ss. Per approfondimenti sugli argomenti a sostegno della tesi del bene giuridico del sentimento di umana compassione per la sofferenza dell'animale, si rinvia a F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 720 ss.; C. Ruga Riva, *Il "sentimento per gli animali": critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13.5.2021.

⁶⁹ In tal senso L. Pistorelli, *Così il legislatore*, cit., 21; F. D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., 1777; G.L. Gatta, Sub art. 544-bis, cit., 2630; V. Napoleoni, Sub art. 544-bis, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Aggiornamento*, a cura di G. Lattanzi e E. Lupo, ~~vol.~~ IV, Milano 2016, 744 ss.

⁷⁰ P. Ardia, *La nuova legge sul maltrattamento degli animali*, cit., 1466.

⁷¹ In tal senso F. D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., 1456; G.L. Gatta, Sub art. 544-bis, cit., 2629 ss.

⁷² Così M. Donini, *Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offesa" di Joel Feinberg*, in *RIDPP* 2008, 1546 ss.; F. Bacco, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *RIDPP* 2010, 1185 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 334 ss.; Id, *Il "sentimento per gli animali"*, cit.; F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 717 ss.

⁷³ Così C. Ruga Riva, *Il "sentimento per gli animali"*, cit., 3.

del bene giuridico protetto e, di conseguenza, del destinatario della tutela, è la tipicità delle fattispecie⁷⁴, data dall'insieme degli elementi ivi previsti.

Gli altri tre argomenti appaiono deboli. L'impossibilità di far valere direttamente un proprio interesse non tiene conto della concreta azionabilità tramite terzi, come le associazioni animaliste. Gli elementi legislativi presenti nei delitti di maltrattamento e di uccisione che ne limitano la portata, così come la scriminante di cui all'art. 19-ter disp. att. Cp, sono sì dettati da ragioni di contenimento repressivo e frutto di un bilanciamento tra interesse animale e interesse umano a favore di quest'ultimo, ma ciò non implica necessariamente che il bene giuridico protetto debba essere la sensibilità umana. Infine, l'obiezione secondo cui l'individuazione dell'interesse giuridico protetto avrebbe la conseguenza inaccettabile di ritenere punibili anche condotte a danno di animali comunemente uccisi per ribrezzo non può costituire una ragione valida, in quanto frutto di un'erronea inversione logica, tenuto conto che l'interesse giuridico tutelato è individuato *a priori* dal legislatore e si ricava dagli elementi costitutivi del fatto tipico; non si deduce, invece, *a posteriori* dal caso concreto⁷⁵.

Da un'analisi letterale dei reati emergono, da un lato, l'assenza di qualsivoglia riferimento al sentimento umano per gli animali e, dall'altro, l'espressa previsione di elementi costitutivi come la salute e l'integrità fisica dell'animale, le fatiche insopportabili e gravi sofferenze, da cui sono inferibili, quali interessi tutelati, l'incolumità e il benessere di esso. A ciò si aggiunga la considerazione che il legislatore, quando ha voluto circoscrivere l'ambito applicativo di un reato a determinate specie, lo ha stabilito espressamente, come nella contravvenzione di abbandono, prevista al primo comma dell'art. 727 Cp, circoscritta a condotte tenute nei confronti di «animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività». L'uso del generico sostantivo «animale» nel secondo comma dello stesso art. 727 Cp (detenzione in condizioni incompatibili) e nei delitti del Titolo XI-bis, nonché la mancanza di un evento o di una condizione di punibilità come la causazione di offese alla sensibilità umana, dimostrano l'intenzione sia di tutelare gli animali in sé, anziché la sensibilità umana, sia – di conseguenza – di estendere la protezione a tutti, senza distinzione di capacità o meno di suscitare sentimenti di umana compassione. á

La giurisprudenza, come si è osservato nel paragrafo precedente, aderendo alla concezione zoocentrica, considera penalmente rilevanti le condotte lesive del benessere e dell'integrità psico-fisica dell'animale, in tal modo riconoscendo che i reati in esame sono diretti alla sua salvaguardia. La logica conseguenza di questa esegesi dovrebbe essere l'applicabilità a tutte le specie. I giudici, sia di merito che di legittimità, peraltro, tendono a considerare rilevanti solo i maltrattamenti di alcune, ovvero degli animali da compagnia - *in primis* il cane, amico dell'uomo per antonomasia -, di quelli da allevamento amatoriale (a fini alimentari, di caccia o di pesca)⁷⁶ e di quelli che, pur non essendo domestici, suscitano sentimenti di empatia e affezione umane⁷⁷. Ciò che li accomuna è il legame con

⁷⁴ In tal senso anche D. Pulitanò, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino 2010, 51; F. Bacco, *Sentimenti e tutela penale*, cit., 1185 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 335 ss. Più in generale, si sostiene che il diritto penale non tutela meri sentimenti, anche se talora il codice penale si esprime in questi termini, come nel caso dei delitti contro il sentimento per gli animali, in cui il legislatore non ha voluto riconoscere "diritti" agli animali (M. Donini, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., 1577).

⁷⁵ Nel medesimo senso anche C. Ruga Riva, *Il "sentimento per gli animali"*, cit., p. 6.

⁷⁶ In un caso, ad esempio, è stato condannato per il delitto di maltrattamento un uomo per aver tenuto dei volatili – usandoli come richiami vivi per la caccia (infatti era stato condannato anche per questo ulteriore illecito) – rinchiusi in gabbie così poco spaziose che gli stessi avevano riportato dei traumi a carico delle parti apicali delle piume (con, in alcuni casi, l'avulsione delle piume stesse), anche a causa dei tentativi di volo, ovviamente infruttuosi per le dimensioni ridotte delle gabbie (Cass., 23.3.2023 n. 15453, cit.). Nel medesimo senso in un caso dello stesso tipo Cass., 11.4.2022 n. 20221, in *CEDCass.* m. 283079-01. In un caso di detenzione di una gallina in una gabbia piccola durante una manifestazione artistica pubblica autorizzata, mentre i giudici di merito hanno ravvisato il delitto di maltrattamento, la Cassazione ha derubricato il fatto nella contravvenzione di detenzione di animali in condizioni incompatibili, ritenendo che il contesto della manifestazione lecita escludesse il dolo, anche nella forma di dolo specifico della crudeltà, nonché il requisito della non necessità (Cass., 9.11.2021 n. 2511, in *OneLegale* 2022).

⁷⁷ Esemplare in tal senso è un caso in cui la Cassazione ha confermato la condanna per il delitto di maltrattamento di quattro delfini – nell'ipotesi di sottoposizione a lavori insopportabili –, nei confronti dei gestori di un delfinario, che

l'uomo, in quanto sono "antropizzati" o almeno integrati nell'ambiente umano. Ciò significa che la giurisprudenza compie una selezione tra gli animali, riconoscendo la tutela penale solo a quelli i cui patimenti o sofferenze offendano anche la sensibilità umana, ossia suscitino pena o dolore nel comune sentire.

In alcune pronunce i giudici argomentano la differenziazione in base all'esistenza o meno, scientificamente provata, della senzietà nell'animale, e non all'offensività verso la sensibilità umana. La scelta sarebbe, pertanto, pur sempre basata su una *ratio* zoocentrica attribuita al legislatore. Esemplare è un caso di condanna per il delitto di maltrattamento di un pescatore che aveva utilizzato piccioni vivi come esche per la cattura del pesce "siluro", appendendoli per una zampa all'amo e gettandoli nel fiume con ripetuti affogamenti⁷⁸. La Cassazione, ponendo a confronto tale pratica con quella, più comune e pacificamente ritenuta consentita, di uso di larve vive come esche, ha evidenziato che la seconda non reca sofferenza o dolore, in quanto gli insetti sono privi della capacità di provare tali sensazioni per la propria struttura biologica, o quanto meno non ci sarebbero prove scientifiche di tale capacità; di conseguenza non ne sarebbe configurabile il maltrattamento. I piccioni, al contrario, sono scientificamente riconosciuti capaci di provare dolore; quindi il loro impiego come esca, per il modo in cui è realizzato, costituisce una forma di sottoposizione a condizioni insopportabili per le attitudini etologiche proprie della specie di appartenenza, che causa gravi sofferenze, riconducibile alla contravvenzione di cui all'art. 727 co. 2 Cp.

L'argomento dimostra che la Cassazione, nel caso di specie, ha inteso prendere in considerazione l'offesa agli animali e alle loro caratteristiche biologiche, anziché al sentimento di umana compassione verso gli stessi⁷⁹, in base a un approccio zoocentrico⁸⁰.

Un altro segnale di "ampliamento selettivo" dettato da ragioni di senzietà animale si rinviene in due sentenze di merito e in una di legittimità in relazione a crostacei e cefalopodi.

La giurisprudenza, basandosi sui risultati di studi scientifici britannici iniziati negli anni Novanta del secolo scorso, secondo i quali queste specie avrebbero capacità di provare sensazioni (anche dolorose)⁸¹, ha affrontato la *quaestio iuris* se la detenzione di crostacei vivi sui banchi di vendita sopra uno strato di ghiaccio o nelle celle frigorifere dei ristoranti, nonché la loro immersione da vivi

avevano tenuto tali mammiferi in un ambiente inadeguato alla loro naturale esistenza, per la dimensione delle vasche e per l'insufficienza di quantità di acqua contenuta in esse, e somministrato una quantità insufficiente di cibo. I giudici hanno evidenziato che, nel delitto di cui all'art. 544-ter Cp, «accanto a una condotta generatrice di lesioni, si colloca altra condotta, ugualmente rilevante sul piano penale, che attenti al benessere dell'animale e alle sue caratteristiche etologiche attraverso comportamenti incompatibili con le esigenze naturali dell'animale che vanno inscindibilmente salvaguardate; peraltro, la nozione di comportamenti insopportabili per le caratteristiche etologiche non assume un significato assoluto (come raggiungimento di un limite oltre il quale l'animale sarebbe annullato), ma un significato relativo inteso quale contrasto con il comportamento proprio della specie di riferimento come ricostruita dalla scienza naturale (vengono richiamati un d.m del 2001 e regolamenti europei e leggi che danno prescrizioni sulle modalità di detenzione in cattività dei delfini della specie *Tursiops truncatus*). Ed, in questo senso, la collocazione degli animali in ambienti inadatti alla loro naturale esistenza, inadeguati dal punto di vista delle dimensioni, della salubrità, delle condizioni tecniche, vale certamente ad integrare la fattispecie nei termini oggi richiesti dal legislatore» (Cass., 27.3.2014 n. 39159, in *CEDCass* m. 260295). Per un commento critico – non sul piano della riconosciuta rilevanza penale del fatto, ma della riconduzione al delitto anziché alla contravvenzione – si rinvia a E. Pirgu, *Detenzione di animali in spazi inadeguati: delitto (art. 544-ter Cp) o contravvenzione (art. 727 Cp)?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 31.10.2014.

⁷⁸ Cass., 14.12.2018 n. 17691, cit.

⁷⁹ Così F. Furia, *L'animale come soggetto passivo del reato? Tre recenti sentenze della III sezione in materia di maltrattamenti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15.7.2019.

⁸⁰ In realtà, da studi recenti (M. Gibbons, S. Sarlak e L. Chittka, *Descending control of nociception in insects?*, in *Proceedings Royal Society B* 2022) è emersa la possibilità che gli insetti possiedano meccanismi di regolazione della nocicezione che, pur non essendo assimilabile al dolore, costituisce un'esperienza sensoriale, che può essere anche di segno negativo, simile al dolore propriamente inteso. Peraltro, i risultati degli studi sono stati pubblicati successivamente alla sentenza riportata, che è del 2018.

⁸¹ Per approfondimenti sugli studi sulla senzietà dei crostacei e dei cefalopodi cfr. J. Birch, C. Burn, A. Schnell, H. Browning e A. Crump, *Review of the Evidence of Sentience in Cephalopod Molluscs and Decapod Crustaceans*, London 2021.

in acqua bollente, per essere cucinati, costituiscano reato. Le suddette modalità di trattamento potrebbero configurare tanto entrambe le ipotesi delittuose previste dall'art. 544-ter co. 1 Cp – maltrattamento senza necessità e sottoposizione a sevizie –, quanto la contravvenzione di detenzione in condizioni incompatibili con la natura dell'animale e produttive di gravi sofferenze per esso, tenuto conto che i crostacei, anche se possono stare del tempo fuori dell'acqua, richiedono comunque il contatto con essa e la temperatura ambiente.

In un primo caso, riguardante la detenzione di aragoste e granchi vivi nella cella frigorifera di un ristorante⁸², i giudici⁸³ hanno ravvisato gli estremi della detenzione in condizioni incompatibili con le caratteristiche dell'animale e produttive di gravi sofferenze⁸⁴ ed escluso il delitto di cui all'art. 544-ter Cp per mancanza del dolo specifico della crudeltà, non sussistendo l'intenzione del ristoratore di infliggere sofferenze agli animali, bensì indifferenza per le condizioni degli stessi, e per la presenza di necessità, essendo la detenzione nel ghiaccio il modo economicamente più sostenibile ai fini della preparazione culinaria dei crostacei.

In un secondo caso⁸⁵, concernente la detenzione di aragoste e astici vivi esposti sul banco di una pescheria, adagiati sul ghiaccio, i giudici hanno ravvisato, invece, il delitto di maltrattamento, peraltro ritenendolo non punibile per particolare tenuità del fatto, ex art. 131-bis Cp

Le pronunce, a ben vedere, non sono del tutto esenti da criticità, in quanto, pur mosse da un intento di estendere la tutela penale a specie che non suscitano compassione nel comune sentire, presentano comunque un condizionamento antropocentrico. Questo, nel primo caso, emerge dal riconoscimento della sussistenza della “necessità” della detenzione di crostacei vivi in una cella frigorifera, quando, in realtà, è possibile alternativamente – come è in uso in molti esercizi di ristorazione – tenerli in una vasca d'acqua, ambiente adatto alle caratteristiche biologiche di tali animali. La prevalenza attribuita all'interesse patrimoniale dell'imprenditore, consistente nella maggiore economicità della detenzione in frigo, rispetto all'incolumità e al benessere dell'animale, è frutto di un bilanciamento inequivocabilmente a favore dell'uomo.

Nella seconda pronuncia, da un lato, i giudici, potendo ricondurre il fatto tanto alla contravvenzione di detenzione in condizioni incompatibili e produttive di grave sofferenza (come nell'unico precedente simile), quanto al delitto di maltrattamento, hanno optato per il secondo, dimostrando di voler garantire la massima tutela ad animali verso cui l'uomo non prova empatia; dall'altro, però, contraddittoriamente non hanno punito il fatto per particolare tenuità, valutazione che appare in tutta evidenza ispirata a una visione antropocentrica.

5. Il riconoscimento dell'animale come essere vivente meritevole di una propria tutela diretta è avvenuto in modo espresso con la l. cost. 11.2.2022 n. 1, di riforma dell'art. 9 Cost⁸⁶. Essa ha aggiunto alla disposizione costituzionale un secondo comma, che richiede allo Stato di tutelare l'ambiente, la

⁸² Tale modalità di detenzione era finalizzata a cucinarli, al momento della richiesta dei clienti, mediante immersione in acqua bollente da vivi, conformemente alla prassi gastronomica.

⁸³ Trib. Firenze, 14.4.2014, in www.penalecontemporaneo.it, 18.12.2014, con nota parzialmente critica di T. Giacometti, *Un problematico caso-limite di 'maltrattamento di animali': aragoste vive nel frigorifero di un ristorante*. La condanna per la contravvenzione di cui all'art. 727 Cp è stata confermata dalla Cassazione nell'unica sentenza di legittimità che ci consti in argomento (Cass., 17.1.2017 n. 30177, in www.dirittoegiustizia.it, 19.6.2017).

⁸⁴ Le modalità di detenzione sono state ritenute configuranti la contravvenzione non solo sotto il profilo oggettivo, ma anche sotto il profilo soggettivo, tenuto conto che è sufficiente la colpa, in questo caso rappresentata dalla violazione della regola di diligenza che impone di detenere i crostacei in un ambiente loro consono, ossia in vasche d'acqua.

⁸⁵ Trib. Torino, 15.7.2015, in www.penalecontemporaneo.it, 5.11.2015, con nota critica di F. Bacco, *Aragoste esposte sul ghiaccio prima della vendita al mercato: maltrattamento di animali?*

⁸⁶ La l. cost. 1/2022 ha anche modificato l'art. 41 Cost. Per commenti all'intera riforma si rinvia a C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, in www.sistemapenale.it, 16.2.2023. Per un commento specifico all'art. 9 Cost, cfr. anche M. Lottini, *La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive*, in *RInterdiscDAP* 2022, n. 3, 56 ss.

biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future, e di disciplinare per legge modi e forme di tutela degli animali. Tale integrazione è di notevole importanza sotto diversi profili. Innanzitutto, è espressione di piena adesione del nostro legislatore alla concezione eco-zoo-centrica, nonché di armonizzazione con il diritto dell'Unione europea e di alcune nazioni europee. Peraltro, non si attua un allineamento completo, in quanto sia l'art. 13 TFUE, come si è già osservato, sia alcune recenti leggi di Paesi a noi vicini⁸⁷ qualificano l'animale come essere senziente, mentre l'art. 9 Cost non fa riferimento a tale carattere: il *deficit* del neo-principio costituzionale è ancora una volta frutto della tendenza del nostro legislatore ad adottare soluzioni compromissorie e a non sbilanciarsi troppo in senso evolutivo. L'espressa previsione di una tutela legale ha in ogni caso l'effetto apprezzabile di attribuire all'animale la titolarità di propri interessi specifici, indipendentemente dal soddisfacimento di esigenze umane.

Inoltre, merita apprezzamento il fatto che la previsione di tale tutela sia collocata tra i principi fondamentali: ciò significa che l'animale è elevato a centro di imputazione di interessi primari. La precedente l. cost. 1/2001, che aveva dato ingresso nella Costituzione all'ambiente e agli ecosistemi, era intervenuta, invece, sulla seconda parte, dedicata all'ordinamento, con riguardo alla ripartizione delle competenze legislative tra Stato e regioni (art. 117 Cost), e non aveva preso in considerazione in modo diretto e specifico gli animali.

Infine, la tutela è garantita a tutte le specie, senza distinzione, e "in modo forte", in quanto il nuovo co. 2 dell'art. 9 Cost la impone allo Stato, non la facoltizza. Peraltro, non appare chiara la funzione ivi prevista della riserva di legge per le forme e i modi di tutela. Se per forma dovesse intendersi il tipo di illecito, significherebbe demandare alla legge la scelta tra tutela penale e tutela amministrativa, a seconda del tipo e dell'entità dell'offesa da reprimere; interpretazione avvalorata dalla mancanza nella disposizione di una clausola espressa di penalizzazione. Modo di tutela potrebbe voler dire che la protezione può essere garantita in modo omogeneo a tutte le specie o con differenziazione per tipo o per territorio, nel caso in cui esclusivamente in alcune regioni sia presente una determinata fauna che necessiti una tutela *ad hoc*.

Quest'interpretazione spiegherebbe il motivo per il quale il recente d.l. 10.8.2023 n. 105 conv. in l. 9.10.2023 n. 137, nell'intervenire in settori eterogenei⁸⁸, ha introdotto, all'interno della contravvenzione di cui all'art. 30 co. 1 l. 157/1992, la lett. *c-bis*) che prevede la nuova fattispecie di abbattimento, cattura o detenzione di esemplari di orso bruno marsicano.

L'inserimento non è dettato dall'esigenza di colmare vuoti di tutela, dato che la lett. c) punisce già le suddette condotte nei confronti dell'orso in generale (compreso il marsicano) oltre che dello stambecco, del camoscio d'Abruzzo e del muflone sardo; bensì di rafforzarne la tutela attraverso l'imposizione di pene doppie⁸⁹ rispetto a quelle stabilite a favore di queste ultime specie.

La previsione di pene più afflittive, tuttavia, non appare giustificata da una maggiore offensività del fatto, tenuto conto che l'orso marsicano ha la stessa senzieta degli altri orsi ed è a rischio di estinzione come questi e come le altre tre specie sopra citate. Il fatto che il legislatore del 1992 abbia già riservato alla fauna di cui alla lett. c) un livello di tutela più elevato rispetto a quello previsto alla lett. b) per i mammiferi e i volatili protetti, e che destinatari ne siano tanto specie stanziate in determinate zone

⁸⁷ In Francia sia il codice rurale sia il codice civile (come riformato nel 2015) qualificano gli animali come esseri senzienti. Recentemente hanno riconosciuto la senzieta anche il Regno Unito e la Spagna. Il primo con l'*Animal Welfare (Sentience) Act 2022*, che all'art. 5 qualifica senzienti tutti i vertebrati diversi dall'uomo, i molluschi, i cefalopodi e i crostacei e attribuisce al *Secretary of State* il potere di estendere tale definizione ad altri invertebrati tramite regolamento, in adeguamento agli studi scientifici. La seconda con l. 28.3.2023 n. 7 sulla protezione e benessere degli animali, la quale all'art. 1 co. 2 sancisce che gli animali sono titolari dei diritti a essere ben trattati, rispettati e protetti in ragione della loro natura di esseri senzienti; peraltro il suo campo di applicazione è circoscritto agli animali da compagnia e a quelli selvatici con abitudini di cattività: un limite stridente con la concezione zoocentrica, a cui la legge è ispirata.

⁸⁸ Il decreto reca disposizioni urgenti in materia di processo penale, di processo civile, di contrasto agli incendi boschivi, di recupero dalle tossicodipendenze, di salute e di cultura, nonché in materia di personale della magistratura e della pubblica amministrazione.

⁸⁹ Arresto da sei mesi a due anni e ammenda da euro 4.000 a euro 10.000.

geografiche (il camoscio d'Abruzzo e il muflone sardo), quanto l'orso in qualunque zona sia insediato, non legittima oggi un'incriminazione *ad hoc* per l'orso marsicano. La nuova fattispecie appare, pertanto, fondata su una *ratio* di tutela del sentimento di benevolenza dell'uomo verso questo animale, piuttosto che di salvaguardia dello stesso. Condividiamo l'opinione di chi ritiene che l'inserimento della norma incriminatrice in un decreto d'urgenza sia attribuibile al c.d. populismo penale⁹⁰, purtroppo sempre più diffuso nell'attuale legislazione. L'orso marsicano, infatti, è molto amato in Abruzzo e recentemente proprio questa benevolenza collettiva ha scatenato accese polemiche nei confronti di un'ordinanza di abbattimento di un orso marsicano, colpevole di aver ucciso un podista, emessa dal presidente della provincia autonoma di Trento. Da qui verosimilmente la reazione del Governo⁹¹.

A ben vedere, non risponde ad esigenze di protezione degli animali non soltanto il nuovo terzo livello sanzionatorio per gli orsi marsicani, ma anche gli altri due previsti fin dalle origini dalla l. 157/1992: la fauna dovrebbe essere tutta tutelata da condotte ingiustificatamente lesive della vita, incolumità e libertà, a prescindere dall'essere selvatica, domestica o con abitudini di cattività, a rischio o non di estinzione. La legge sul prelievo venatorio, invece, seleziona gli animali da proteggere, utilizzando come criterio occulto il rapporto empatico e affettivo con l'uomo. E il d.l. 150/2023 ne è l'ennesima espressione, tenuto conto della «“peluchizzazione” culturale e cinematografica»⁹² che contraddistingue l'orso.

6. Il breve *excursus* svolto ha inteso mettere in luce l'ambiguità della normativa penale ed extrapenale a tutela degli animali, evidenziata sia dal mancato riconoscimento espresso della loro sensibilità – anche nella recente riforma dell'art. 9 Cost. –, sia dalla tendenza, nel bilanciamento tra interessi essenziali degli animali ed esigenze umane, a intendere i criteri di necessità e di proporzionalità in modo favorevole all'uomo. Ciò per la difficoltà, da parte del nostro legislatore, di affrancarsi dall'atavica concezione antropocentrica, che lo porta sempre alla ricerca di formule di compromesso. Compromesso che, nella disciplina di attività a favore dell'uomo, emerge dal fatto che, anche laddove vi sia un'alternativa possibile allo sfruttamento o addirittura al sacrificio animale, il legislatore ancora troppe volte opta per quell'ibrida soluzione di garanzia di uno pseudo *animal welfare*, consistente nel trattamento pietoso, umanitario durante il sacrificio o lo sfruttamento. Una normativa realmente a salvaguardia del benessere animale dovrebbe, invece, proibire del tutto attività implicanti l'uccisione, lo sfruttamento o comunque la sottoposizione a sofferenze prive di alcuna finalità vantaggiosa per esso, anche se il divieto comporti per i consociati la rinuncia ad abitudini e modi di vivere radicati⁹³ o un maggior impegno economico.

Con specifico riguardo alla normativa penale, pur costituendo l'introduzione dei delitti di cui al Titolo XI-bis nel secondo libro e la riformulazione della contravvenzione di cui all'art. 727 Cp, da parte della l. 189/2004, un segnale di adesione alla concezione zoocentrica, si sono evidenziate rispetto a questa sia ambiguità formali, come la rubrica nella quale la tutela è riferita al sentimento umano per gli animali, anziché direttamente a questi ultimi; sia soprattutto incoerenze sostanziali, come la previsione della causa di non punibilità di cui all'art. 19-ter disp. att. Cp, che dà prevalenza assoluta, anziché rimettere ad un bilanciamento basato sui criteri di obiettiva necessità e proporzionalità, a determinati interessi umani – peraltro secondari, come quelli connessi a esigenze di svago, sport, cultura, religione – su quelli essenziali della vita, dell'incolumità e della dignità degli animali.

⁹⁰ F. Fasani, “Menare l'orso (marsicano) a Modena”, cit., 4 ss.

⁹¹ Proprio pochi giorni dopo l'entrata in vigore del d.l. 105/2023 un nuovo episodio ha provocato reazioni collettive di sdegno e riprovazione: un uomo ha ucciso, fuori dai confini del parco nazionale d'Abruzzo, un'orsa marsicana, nota col nome di Amarena.

⁹² F. Fasani, “Menare l'orso (marsicano) a Modena”, cit., 5.

⁹³ Si consideri che, ad esempio, il divieto di allevamento e macellazione di animali da destinare all'alimentazione umana comporterebbe l'imposizione a tutti i consociati del veganesimo.

Ambiguità e incoerenze si rilevano anche nei provvedimenti più recenti, in particolare, da ultimo, nel d.l. 105/2023 conv in l. 137/2023, che ha targato come disposizione a difesa dell'orso marsicano una nuova fattispecie contravvenzionale all'interno della l. 157/1992, di cui in realtà l'ordinamento non necessitava, esistendone già una nella medesima legge idonea a proteggerlo, ma che trova il proprio reale fondamento in esigenze di tutela del sentimento umano di benevolenza verso tale animale.

Infine, merita un'osservazione sul sistema sanzionatorio dei reati presi in esame. Per il principio di *extrema ratio* del diritto penale, il legislatore punisce sia i nuovi delitti codicistici, sia le contravvenzioni del Cp e della legislazione speciale con pene irrisorie, che possono beneficiare della sospensione condizionale, spesso con previsione alternativa di quella detentiva e pecuniaria che, in caso di contravvenzione, consente di fruire dell'oblazione: il risultato è l'inefficacia del suddetto sistema.

Questa criticità, peraltro, è stata di recente attenuata dal d. lgs. 10.10.2022 n. 150, attuativo della l. delega 27.9.2021 n. 134, c.d. riforma Cartabia, attraverso l'introduzione di nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi, che consentono di restituire effettività al sistema punitivo. Ai sensi dell'art. 20-*bis* Cp, la semilibertà e la detenzione domiciliare sono applicabili in caso di condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni e il lavoro di pubblica utilità per condanne a detenzione non superiore a tre anni: esse sono, pertanto, del tutto compatibili con i delitti del Titolo XI-*bis* e con le contravvenzioni a tutela degli animali, le cui pene già a livello edittale non superano quei tetti⁹⁴.

Inoltre, tutti i reati contro gli animali rientrano tra quelli per i quali l'indagato/imputato può chiedere la messa alla prova, ex art. 168-*bis*, cosicché l'estinzione del reato consegue solo nell'eventualità di esito positivo della prova – che include l'espletamento del lavoro di pubblica utilità indicato nel programma di trattamento – e non nel modo per così dire automatico stabilito per la sospensione condizione della pena.

Infine, si è evidenziato come la giurisprudenza più recente, pur mostrando a volte qualche condizionamento antropocentrico⁹⁵, tende a dare ampia applicazione ai reati esaminati, in funzione di tutela diretta degli animali, in particolare intendendo il maltrattamento e la detenzione in condizioni incompatibili come condotte che, secondo gli studi della scienza veterinaria, ledono l'incolumità fisica e/o psichica o attentano alla salute e al benessere dell'animale, indipendentemente dal recare o meno offesa alla sensibilità umana.

Si auspica, quindi, che l'apertura giurisprudenziale spinga il legislatore futuro a riformare gli aspetti ambigui della normativa penale, oltre che extrapenale, in modo che questa risulti in modo chiaro ed effettivo a salvaguardia di tutta la fauna, senza compromessi e selezioni antropo-determinate.

⁹⁴ Il delitto più gravemente punito, il combattimento tra animali (art. 544-*quinquies* Cp), ha un limite edittale massimo di tre anni; tutti gli altri delitti del Titolo XI-*bis*, così come la contravvenzione di cui all'art. 727 Cp e quelle stabilite dalle leggi speciali, hanno limiti massimi edittali mai superiori a due anni.

⁹⁵ Segni di condizionamento antropocentrico appaiono, in particolare, nell'interpretazione di alcuni elementi costitutivi che limitano la sfera applicativa dei reati, come la necessità e la crudeltà, nonché nell'intendere il "soggetto passivo" animale tendenzialmente in modo restrittivo, come appartenente a quelle specie che hanno un legame affettivo-empatico con l'uomo.

IL WHISTLEBLOWING RIFORMATO: RISVOLTI DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE

di Anna Francesca Masiero e Fabio Nicolicchia* (*Assegnista di ricerca in diritto penale e Ricercatore in diritto processuale penale, Università di Ferrara*)

Il quadro normativo in materia di *whistleblowing* – strumento che ha assunto un ruolo oramai centrale nella politica criminale dell'anticorruzione – è stato recentemente arricchito dal d.lgs. 10.3.2023 n. 24, con il quale il legislatore italiano ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva UE 2019/1937 «riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione». Ripercorsa l'evoluzione legislativa del *whistleblowing* sul fronte domestico, il contributo si focalizza sull'innesto di quest'ultimo strumento nel settore privato, al fine di metterne in luce i risvolti sulla disciplina della responsabilità *ex crimine* dell'ente, da un punto di vista sia sostanziale che processuale.

The regulatory framework on whistleblowing - a tool that has now assumed a central role in the criminal policy of anti-corruption - has recently been enriched by Legislative Decree 10.3.2023 No. 24, by which the EU Directive 2019/1937 «on the protection of persons who report breaches of Union law» has been transposed into our legal system. After reviewing the legislative evolution of whistleblowing, the contribution focuses on its expansion in the private sector, in order to highlight implications on the regulation of the liability of corporations, from both substantive and procedural perspectives.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dalle origini al recepimento della direttiva 2019/1937/UE. – 3. *Whistleblowing* e *compliance*: l'innesto della disciplina nel sistema di prevenzione della responsabilità *ex crimine* dell'ente. – 4. Approvvigionamento di notizie di reato e presidi processuali nella gestione del conflitto d'interesse tra segnalante e segnalato. – 4.1 Segue. I rapporti tra ente e individuo. – 5. Le misure di protezione del *whistleblower*. – 6. Conclusioni: tutto cambia perché tutto resti uguale?

1. Espressione di istanze spiccatamente preventive, il *whistleblowing* campeggia tra gli strumenti della *politica criminale anticorruzione* che hanno preso corpo nel nostro ordinamento nell'ultimo decennio. La pratica in parola, radicatasi – sulla scia della consolidata esperienza giuridica dei Paesi di *common law* – dapprima nel settore pubblico e successivamente in quello privato, è il portato del recepimento del legislatore italiano di incalzanti sollecitazioni internazionali (da ultimo la direttiva 2019/1937/UE, trasposta con il recentissimo d. lgs. 10.3.2023 n. 24).

Destinata a far emergere, per mezzo della “soffiata” di un dipendente, determinate tipologie di rischio rilevabili sui luoghi di lavoro, essa si è ben presto affrancata dall'originario ambito di elezione, divenendo strumentale alla denuncia (*rectius*, alla segnalazione) di un ventaglio di illeciti assai ampio; non solo penali, ma altresì civili, amministrativi e financo prassi illegali e mere irregolarità¹, dei quali

* Il presente contributo rappresenta l'esito di una riflessione condivisa dei due autori. Nello specifico, a fini concorsuali, Anna Francesca Masiero è autrice dei paragrafi 1, 2, 3, e 5, mentre Fabio Nicolicchia ha curato la redazione dei paragrafi 4, 4.1 e 6. Il contributo è incluso nel volume, a cura di F. Nicolicchia, dal titolo *Etica aziendale e prevenzione del rischio reato. Una prospettiva interdisciplinare sul 'whistleblowing' riformato* – pubblicato per i tipi di Jovene nella collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara –, opera realizzata grazie al contributo dei fondi erogati dell'Università degli Studi di Ferrara nell'ambito dei progetti di ricerca finanziati con il contributo 5x1000 (bando 2021).

¹ «(P)ericoli [...], frodi [...], danni ambientali, false comunicazioni sociali, negligenze mediche, illecite operazioni finanziarie, minacce alla salute, casi di corruzione o concussione e molti altri ancora»: così descrive i rischi rilevabili dal *whistleblower* Transparency International, la nota organizzazione internazionale che monitora i fenomeni corruttivi

l'*insider* – tanto nell'organizzazione lavorativa pubblica, quanto in quella privata – può aver contezza sia in qualità di soggetto che ne ha subito le conseguenze pregiudizievoli, sia di terzo osservatore estraneo alla dinamica dei fatti.

Non assume rilevanza alcuna, pertanto, la motivazione o, per meglio dire, il “movente” della segnalazione dei *wrongdoing*², fermo restando che la soffiata deve apparire funzionale a mettere in luce violazioni di disposizioni normative nazionali o dell'Unione europea che ledano l'integrità pubblica o l'interesse dell'ente privato. D'altra parte, appaiono eterogenee le ragioni atte ad ostacolare la soffiata, sì disincentivando il *whistleblower* a segnalare i comportamenti di cui è venuto a conoscenza; tra le quali, a ben vedere, assume un ruolo centrale il timore del segnalante di subire ritorsioni da parte dei vertici dell'organizzazione lavorativa.

Ne deriva, dunque, la necessità di apprestare strumenti di tutela (o, come definiti dalla novella del 2023, «di protezione»), utili a favorire la segnalazione di colui che, al fine di far emergere – peraltro non nel suo (unico) interesse – l'illecito o l'irregolarità, rischia la propria posizione lavorativa; addivenendo in tal modo a comporre il *conflitto*, tutto interno al denunciante, in cui con ogni probabilità si annidano le principali cause della – finora non significativa – diffusione della pratica³. A tal proposito, a mo' di chiosa, preme sottolineare come – diversamente da quanto accaduto negli ordinamenti di *common law*, culla della figura –, una piena accettazione di tale forma di collaborazione con le autorità abbia faticato ad attecchire nel contesto italiano, piuttosto costellato da puntiformi esperienze di normativizzazione delle segnalazioni di fatti illeciti occorsi in *specifici* contesti lavorativi. A ben vedere, difatti, l'assenza di un vero e proprio obbligo di denuncia dei reati in capo al *quisque de populo*⁴, non gravato da un «ruolo istituzionale di denuncia»⁵, non ha affatto precluso l'introduzione di alcuni istituti precursori di quello in commento⁶. Pertanto, è verosimile che

su scala globale ed elabora i relativi dati statistici (v. <https://www.transparency.it/whistleblowing>), prestando oramai da anni particolare attenzione al fenomeno del *whistleblowing*.

² Come emerge dall'art. 16 del succitato d. lgs. 24/2023, sono del tutto irrilevanti la sussistenza alla base della segnalazione di un tornaconto personale, piuttosto che di un interesse specifico (quali la speranza di subentrare nell'altrui posizione lavorativa, o di arrecare un nocumento ad un collega), che possono al più assumere rilievo ai fini della verifica della fondatezza della segnalazione, giacché «l'*intrinseca apprezzabilità ovvero la non commendevolezza delle ragioni della segnalazione si collocano su un piano diverso da quello della sua fondatezza, eccettuato il già notato profilo riguardante la valutazione dell'attendibilità*». Così, F. Mucciarelli, *Il whistleblowing e il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione. Note minime tra teoria e prassi*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. Della Bella, S. Zorzetto, Milano 2020, 218.

³ I dati, del resto, parlano chiaro: la Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2022, pubblicata in data 8.6.2023, rivela come l'Autorità in parola lo scorso anno abbia ricevuto 347 segnalazioni, a fronte delle 529 del 2021 e delle ben 873 del 2019. Per almeno la metà di queste, principalmente inerenti i settori degli appalti pubblici, delle procedure concorsuali e la gestione delle risorse pubbliche, è stata disposta l'archiviazione. Solo una minima parte di queste è invece sfociata in denunce all'autorità giudiziaria, ordinaria o contabile. In argomento v. le riflessioni di A. Della Bella, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., § 5, ove l'Autrice rinvia, con riferimento allo scarso utilizzo della pratica nel settore privato, a M. Scoletta, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., § 4.

⁴ Fatti salvi, beninteso, i casi di denuncia obbligatoria da parte del privato cittadino sanciti dall'art. 333 Cpp.

⁵ Così, da ultimo, A. Rugani, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.6.2018, 5.

⁶ Obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza erano previsti nello stesso d. lgs. 8.6.2001 n. 231, il quale, all'art. 6 co. 2 lett. e, già nella versione originaria, comminava una sanzione, ancorché disciplinare, gravante sui dipendenti di enti giuridici dotati di un “modello 231” e del relativo organismo di vigilanza che avessero omesso di comunicare a quest'ultimo eventuali violazioni di cui erano venuti a conoscenza. Detti obblighi erano noti altresì al settore del diritto bancario, il cui Testo unico, all'art. 52-bis, impone agli istituti di credito di adottare procedure specifiche per la segnalazione di «atti o fatti che possono costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria»; con l'ulteriore precisazione per cui, di per sé, «la segnalazione non costituisce violazione [...] degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro». Parimenti in materia di intermediazione finanziaria ed assicurativa, in relazione alla quale l'art. 4-undecies del Testo Unico della Finanza stabilisce a sua volta l'obbligo di attivare canali di segnalazione di irregolarità

la ragione del mancato recepimento *in via generale* della disciplina del *whistleblowing* risieda altrove, e probabilmente nella diffidenza verso «*strumenti alieni al nostro sistema giuridico*»⁷, i quali avrebbero implicato un complessivo ripensamento delle garanzie, anche penalistiche, di colui che segnala una *mala gestio* all'interno del proprio settore lavorativo.

2. Il – pur tardivo – ingresso nel nostro ordinamento della disciplina del *whistleblowing* è stato, allora, favorito dall'intreccio di tre fattori, intimamente connessi l'uno all'altro. Il primo: una tradizione di *common law* di un certo rilievo, la quale – come si anticipava – ospitava il *whistleblowing* nell'alveo delle strategie di prevenzione dei *white collar crimes*. Il secondo: le sollecitazioni internazionali che, sulla scorta dell'esito positivo di quell'esperienza, incoraggiavano gli Stati dell'Europa continentale a fornire cittadinanza alla pratica del *whistleblowing* nell'ambito delle rispettive politiche anticorruzione. Da ultimo: la percezione del fenomeno corruttivo come vera e propria emergenza criminale, la quale – sulla scorta di indicatori quali il *Corruption Perception Index* – ha elevato l'elaborazione di una sua strategia di contrasto a priorità nell'agenda politica⁸.

Ebbene, muovendo dal primo dei summenzionati fattori, pare opportuno precisare come negli *States* la figura del *whistleblower* risulti già collaudata dalla metà dell'Ottocento⁹. La pratica in esame si era poi diffusa anche nel sistema inglese¹⁰ che, abbandonata la tradizionale ritrosia, aveva recepito il modello d'oltreoceano, inaugurando peraltro la distinzione tra *external* e *internal whistleblowing*¹¹; e, in seguito, sempre sulla falsariga dell'esperienza statunitense, altresì al di fuori del mondo anglosassone, conservando, seppur in misura variabile, i tratti genetici del modello originario.

Sulla scia dei primi riscontri, nel complesso confortanti, le principali organizzazioni internazionali impegnate nella lotta alla corruzione hanno via via promosso il ricorso al *whistleblowing* – vero e

nella *subiecta materia*. Infine, anche il testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro, d. lgs. 9.4.2008 n. 81, pone all'art. 20 una serie di obblighi di informazione in capo al lavoratore, il quale – tramite il responsabile dei lavoratori per la sicurezza – è chiamato a segnalare al datore di lavoro le anomalie in attrezzature, sostanze, materiali e dispositivi. A prescindere dalla doverosità di tali segnalazioni, gli oneri informativi si estrinsecano in una tipologia di «delazione» che non si differenzia significativamente da quella del *whistleblower*, se non per la specificità del contesto in cui essa viene realizzata e, di conseguenza, per l'organo cui la stessa è indirizzata.

⁷ A. Parrotta, R. Razzante, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli enti*, Pisa 2019, 38.

⁸ Tanto da necessitare di interventi *extra ordinem* volti ad irrobustire l'assetto preventivo in materia di anticorruzione anche per mezzo di strumenti dalla natura «ibrida», quali quelli succedutisi in materia negli ultimi anni: solo per far un accenno agli stessi, l'introduzione delle operazioni sotto copertura e la previsione di forme di collaborazione processuale nell'alveo delle strategie di contrasto ai reati contro la pubblica amministrazione. In argomento cfr., volendo, A.F. Masiero, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblicazione amministrazione: una (in)attesa riforma. note a margine della legge "spazza-corrotti"*, in www.la legislazione penale.eu, 8.4.2019 e Ead., *La leva premiale nel prisma delle fattispecie corruttive. Brevi osservazioni a margine della causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p.*, in www.archiviopenale.it 29.6.2021.

⁹ Più nello specifico, il vero antesignano della figura risale al *False Claim Act* del 1863, che legittimava il privato cittadino ad esperire un'azione legale nei confronti dei soggetti sospettati di frode contro il Governo federale, seguito poi dal *Lloyd – La Follette Act* del 1912, il quale – sempre nel settore pubblico – apprestava una prima embrionale forma di tutela ai funzionari che denunciassero casi di corruzione all'interno dell'ambiente lavorativo. Il primo vero e proprio sistema di garanzie *antiretaliation* veniva tuttavia inaugurato, nel settore privato, solo dal *Sarbanes Oxley Act* del 2002 in occasione di alcuni noti *financial scandals*, per arginare i quali le grandi aziende avevano peraltro introdotto sistemi interni di gestione e controllo volti a prevenire la corruzione e altri *white collar crimes* (*Compliance Company Programs*). Per una dettagliata ricostruzione della pionieristica disciplina in materia di *whistleblowing* nei paesi di *common law* si veda, *ex multis*, G. Invernici, sub artt. 5-6-7, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo et. al., Milano 2019, 230 ss.

¹⁰ Il Regno Unito ha adottato nel 1998 il *Public Interest Disclosure Act*, il quale dettava regole a protezione dei lavoratori che fornissero informazioni all'autorità al fine di individuare i responsabili di fenomeni di corruzione. Per una dettagliata disamina del funzionamento dei canali di segnalazione nell'ordinamento anglosassone si rinvia a J. Gobert, M. Punch, *Whistleblowers, the Public Interest Act 1998*, in *Modern Law Review* 2000, 63, 1, 25 ss.

¹¹ In tema si rinvia a P.B. Jubb, *Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation*, in *Journal of Business Ethics* 21, 1999, 78.

proprio «strumento di governance»¹² –, non solo mediante fonti di *soft law*, ma anche attraverso strumenti vincolanti; come le numerose convenzioni internazionali approvate fino al 2009, il cui recepimento negli ordinamenti giuridici nazionali, tuttavia, si è fatto attendere mediamente piuttosto a lungo, specie con riferimento all'area geografica della «piccola Europa»¹³.

Sul fronte domestico, difatti, il primo intervento volto a dare cittadinanza al *whistleblower* coincide con la legge c.d. Severino del 2012. Tale novella (l. 6 novembre 2012 n. 190) – cui va riconosciuto il merito di aver realizzato, forse per la prima volta in materia di corruzione, un equilibrato connubio tra tecniche di prevenzione e di repressione¹⁴ – ha introdotto all'art. 54-bis del c.d. *Testo unico del pubblico impiego* (d. lgs. 30.3.2001 n. 165) la prima embrionale misura di protezione per il dipendente pubblico che avesse denunciato al superiore gerarchico (*internal whistleblowing*), all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile (*external whistleblowing*)¹⁵ condotte illecite di cui era venuto a conoscenza «in ragione del rapporto di lavoro», tesa a metterlo al riparo da qualsivoglia ripercussione in ambito lavorativo. Più precisamente, la norma in parola prevedeva che il segnalante non poteva essere sanzionato, licenziato, sottoposto a misure discriminatorie ricadenti sulle condizioni di lavoro per motivi connessi, anche solo indirettamente, alla denuncia stessa: beninteso, purché sussistessero alcuni indefettibili presupposti finalizzati a scongiurare l'utilizzo pretestuoso della tutela in esame¹⁶. Sotto questo profilo, proprio la clausola di apertura della norma – «fuori dei casi di responsabilità a

¹² Così N. Parisi, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 3.

¹³ Va anzitutto menzionata la *ILO Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer*, adottata il 22.6.1982 (e mai ratificata dall'Italia), il cui art. 5, nella sua versione inglese, stabiliva che «the filling of a complaint or the participation in proceedings against an employer involving alleged violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities» non potesse costituire una valida ragione per un licenziamento. Tale disposizione, la cui portata è stata a lungo indagata in dottrina, sembrerebbe «richiedere anche l'adozione di una disciplina nazionale di portata generale indirizzata all'impresa, capace di imporre ad essa l'obbligo di un modello organizzativo interno idoneo a tutelare per altre vie (non solo dal licenziamento) il lavoratore dipendente che si trovi nella situazione da esso descritta»; sul punto si veda N. Parisi, *Il whistleblowing: vincoli internazionali, adattamento interno, attitudine culturale*, in *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, a cura di G. Frascini et al., Acireale 2011, 99. Seguivano la Convenzione OCSE del 1997 e numerose fonti di *soft law* della stessa organizzazione – rapporti, linee guida, raccomandazioni – le quali veicolavano, seppur con strumenti meramente promozionali, l'idea della doverosa introduzione di misure a tutela della categoria degli «informatori». Tra gli strumenti di *hard law*, nell'ambito del Consiglio d'Europa occorre segnalare la *Criminal Law Convention* e la *Civil law Convention* del 1999, le quali – rispettivamente agli artt. 22 e 9 – imponevano alle parti contraenti di dotarsi di una legislazione a protezione del *whistleblower*. La ratifica della seconda di queste (che per l'Italia è avvenuta con l. 28.6.2012 n. 112) comporta un obbligo di monitoraggio dei livelli di corruzione da parte del G.R.E.C.O. (*Group d'Etats contre la Corruption*), le cui raccomandazioni – pur mancando della vincolatività delle disposizioni contenute nella suddetta convenzione – ribadiscono i medesimi inviti a introdurre siffatte forme di protezione. Infine, non ci si può esimere dal citare la nota Convenzione ONU di Merida, aperta alla firma il 9-11.12.2003, ma ratificata dall'Italia solo il 3.8.2009, la quale all'art. 33 si limita a disporre che gli Stati possono valutare di inserire («shall consider incorporating») strumenti di protezione per colui il quale denunci reati rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione. Meritevole di nota è di gran lunga più recente è, infine, la Raccomandazione CM/REC (2014)7, la quale – in 29 dettagliatissimi punti – disciplina i modelli di segnalazione interna che i 47 Paesi del Consiglio d'Europa sono tenuti ad attuare, con particolare riferimento ad enti di grandi dimensioni. Sul punto cfr. F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino 2012, 70 ss.; per una più ampia ricostruzione delle politiche europee ed internazionali di contrasto al fenomeno corruttivo si veda invece V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli 2012, in particolare 463 ss.

¹⁴ Sul punto cfr. F. Cingari, *op. cit.*, 155 ss.

¹⁵ Si noti che la legge in parola non prevedeva alcuna gerarchia tra i destinatari della segnalazione, né forniva indicazioni e criteri cui informarsi, lasciando al *whistleblower* «un ampio margine di libertà, che si presta al rischio di un indesiderato effetto boomerang: cosa accade infatti nell'ipotesi in cui l'illecito segnalato al superiore gerarchico sia stato commesso da quest'ultimo?»; così, provocatoriamente, F. Coppola, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *DPP* 2018, 4, 379.

¹⁶ In argomento, si veda G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1732 ss.

titolo di calunnia e di diffamazione» – subordinava l'operatività della tutela stessa al rispetto dell'obbligo di buona fede gravante sul dipendente pubblico, da ritenersi violato anche qualora la segnalazione integrasse un illecito civile ai sensi dell'art. 2043 Cc. Al limite della buona fede si aggiungeva poi quello del «fondato sospetto» che, seppur non menzionato dalla norma in esame, faceva capolino dalle numerose linee guida in materia; le quali, tra l'altro, subordinavano la concessione delle «misure di protezione» alla verifica della correttezza e della attendibilità della soffiata, non ritenuta meritevole di tutela se fondata su meri sospetti o voci¹⁷.

Attraverso la denuncia di *wrongdoings*, pertanto, la pratica del *whistleblowing* esplicava in pieno la sua funzione preventiva, coincidente con «la profilassi del rischio di verifica di reati e non, meramente, dei fatti effettivamente compiuti»¹⁸. Essa presentava, tuttavia, il limite dell'applicabilità al solo dipendente pubblico, così come definito al co. 2 dell'art. 54-bis, con plateale violazione¹⁹ delle prescrizioni della Convenzione di Strasburgo²⁰, la quale, lungi dal discriminare tra settore pubblico e privato, richiedeva una piena tutela di entrambe le categorie di lavoratori.

L'aporia appena segnalata è stata in seguito superata con la l. 30.11.2017 n. 179, la quale, nel quadro del primo intervento domestico interamente dedicato alla figura del *whistleblower*, ha introdotto significative novità sia in relazione al contesto privato che a quello pubblico.

La novella in parola ha infatti esteso l'ambito di applicazione soggettivo del succitato art. 54-bis²¹ ai lavoratori del pubblico impiego assoggettabili al c.d. «regime privatizzato», ai dipendenti di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, così come i lavoratori ed i collaboratori di imprese private appaltatrici della pubblica amministrazione. L'intervento legislativo *de quo*, successivo a quello che aveva inserito tra i destinatari della segnalazione l'Autorità Nazionale Anticorruzione²², ha inoltre stralciato la facoltà di segnalare l'illecito al datore di lavoro, sostituito dal «più affidabile»²³ Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza: un'innovazione, questa, destinata a catalizzare l'emersione degli illeciti penali, ove si consideri che quest'ultimo, a differenza del datore di lavoro, è un pubblico ufficiale, dunque soggetto gravato dal dovere istituzionale di denuncia dei reati previsto dal codice Rocco²⁴.

¹⁷ Infine, la norma garantiva al dipendente pubblico l'anonimato nell'ambito dell'eventuale procedimento disciplinare scaturito dalla sua segnalazione; garanzia, questa, che sarebbe tuttavia venuta meno qualora il segnalante avesse prestato il suo consenso, ovvero laddove «la conoscenza [dell'identità del segnalante] sia [fosse] assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato».

¹⁸ Così G. Amato, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *RTrimDirPenEc*, 2014, 565.

¹⁹ Così R. Cantone, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B. G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 254.

²⁰ Sul punto L. Salazar, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *CP*, 2012, 4290.

²¹ Per una approfondita riflessione circa l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina in parola e le relative incoerenze sistematiche si rinvia a G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1734.

²² Il riferimento è al d.l. 24.6.2014 n. 90, il cui art. 31 co. 1 aveva modificato l'art. 54-bis introducendo l'ANAC tra i destinatari della segnalazione.

²³ Così G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1734; si veda inoltre E. Fiata *La tutela del whistleblower nel pubblico impiego dopo la legge n. 179 del 2017*, in *www.lavoropubblicheamministrazioni.it*, 1, 2018, il quale definisce quella in parola una «scelta [...] coerente con il sistema di prevenzione della corruzione disciplinato nella legge Severino che affida al Responsabile della prevenzione della corruzione il delicato compito di proporre strumenti e misure per contrastare fenomeni corruttivi».

²⁴ Ancora, la legge in commento ha incrementato i canali di segnalazione degli illeciti sui luoghi di lavoro, incaricando l'ANAC di predisporre le relative linee guida e, in parallelo, ha rafforzato la garanzia di anonimato del segnalante, estendendola al procedimento penale ove l'identità di quest'ultimo «è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 c.p.p.». Infine, la novella ha previsto un'inversione probatoria nell'eventuale procedimento disciplinare

Occorre tuttavia segnalare come fosse rimasto immutato l'oggetto della segnalazione, il quale coincideva con «le condotte illecite conosciute dal dipendente in ragione del rapporto di lavoro», già individuate dalla legge anticorruzione del 2012. Espressione, questa, dall'incerto valore semantico, il quale da un lato si poteva giustificare con l'intento di garantire al lavoratore la più ampia tutela possibile, ma, dall'altro lato, non poteva che destare perplessità sotto il profilo della scarsa determinatezza, specie in ragione delle sanzioni patrimoniali irrogabili in caso di mancata segnalazione, la cui etichetta formalmente non penale non ne escludeva certo l'enorme portata afflittiva²⁵.

Assai significativa, invece, la previsione di una esimente, nel giro di poco "battezzata" come una *giusta causa di rivelazione dei segreti*, la quale si inseriva nel quadro delle misure di protezione accordate dalla legge del 2017 al segnalante, invocabile ogni qual volta la segnalazione integrasse gli elementi costitutivi dei reati di cui agli artt. 326 Cp (rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio), 622 Cp (rivelazione del segreto professionale) e 623 Cp (rivelazione dei segreti scientifici e industriali)²⁶.

Le principali novità, tuttavia, risiedevano nelle modifiche apportate all'assetto normativo relativo alla responsabilità *ex crimine* degli enti, così come delineate dal d. lgs. 8.6.2001 n. 231: al quale il legislatore ha ancorato la disciplina della segnalazione degli illeciti nel contesto di lavoro privato.

L'art. 2 della l. 179/2017, difatti, ha innovato la formulazione dell'art. 6 d. lgs. 231/2001, intervenendo sui contenuti dei modelli di organizzazione e gestione, la cui comprovata efficace attuazione – come noto – è astrattamente idonea a esentare l'ente da responsabilità²⁷. Mentre l'immutato co. 2 indicava le esigenze cui deve rispondere il modello, il successivo co. 2-bis ne elencava i nuovi contenuti, e in particolare: (a) l'attivazione di uno o più canali di segnalazione che consentano sia ai soggetti in posizione apicale, sia ai soggetti dipendenti di denunciare le condotte illecite di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; (b) la predisposizione di almeno un canale di segnalazione per via informatica, idoneo a rafforzare la garanzia di anonimato del segnalante, ed incentivare in tal modo anche i dipendenti più riluttanti; (c) la previsione del divieto di atti ritorsivi nei confronti del segnalante, per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione; (d) la previsione di sanzioni disciplinari – ai sensi dell'art. 6 co. 2 lett. e – nei confronti di chi viola «*le misure di tutela del segnalante*» o di chi effettui, con dolo o colpa grave, segnalazioni che si rivelino successivamente infondate.

Secondo alcuni il novellato assetto legislativo non coincideva con una vera rivoluzione, trattandosi piuttosto di una innovazione «*solo apparente*», «*benché tanto enfatizzata nella prassi professionale*»²⁸, dal momento che – in via di autonormazione – i contenuti dei modelli organizzativi avevano già assunto profili simili a quelli postulati dalla riforma.

Inoltre, l'assetto complessivo della protezione accordata al dipendente privato appariva ancora decisamente meno robusto rispetto a quello relativo al dipendente pubblico: a tal proposito, non rilevava solo l'assenza di qualsivoglia indicazione circa la possibilità di denunciare all'esterno

scaturente dalla segnalazione, assegnando al datore di lavoro l'onere di dimostrare la natura non discriminatoria delle misure asseritamente ritorsive. In argomento v. F. Coppola, *op. cit.*, 483.

²⁵ Il riferimento è alle severe sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili dall'ANAC qualora accerti che il Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza non ha svolto l'attività di verifica e analisi delle segnalazioni o non sia stato attivato alcun canale di segnalazione (situazione, quest'ultima, a cui viene equiparata quella dell'attivazione di un canale non conforme alle linee guida); a tal proposito si veda V. Ferrante, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, in *Labor*, 2018, 158.

²⁶ V., *infra*, § 3.

²⁷ Circa la natura di detta responsabilità e la disciplina dei modelli in questione si rinvia, per tutti e da ultimo, a M. Scoletta, *Sub art. 6*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 132 ss.

²⁸ ...in quanto tesa «al malcelato intento di stimolare le imprese a procedere a costosi aggiornamenti dei modelli organizzativi». Così M. Scoletta, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 245.

dell'organizzazione lavorativa, coincidendo dunque il destinatario in via esclusiva con l'organismo di vigilanza od organo endoaziendale ad esso equiparato; ma era altresì evidente l'ampiezza limitata dell'oggetto della segnalazione.

Del resto, la perimetrazione dell'illecito segnalabile nell'ambito privato risentiva enormemente dell'ancoraggio della disciplina del *whistleblowing* al d. lgs. 231/2001: dal quale in effetti derivava che il dipendente privato potesse denunciare solo le condotte penalmente rilevanti sussumibili all'interno del catalogo dei reati presupposto (artt. 24 ss.), il quale, seppur in continua espansione, non esaurisce certo il novero di illeciti (penali e non) potenzialmente perpetrabili nell'attività privata di impresa; ovvero violazioni del M.O.G., cioè comportamenti inosservanti dei precetti contenuti nel modello o in altri strumenti interni contenenti regole comportamentali (i protocolli, le procedure, i codici di condotta), nella prassi organizzativa già oggetto di flussi informativi *ad hoc*. Senza contare, infine, che con la scelta di ancorare alla responsabilità da reato dell'ente la segnalazione nell'ambito privato – sistema ospitale, dalle forme astrattamente accoglienti, ma certo non scevro di criticità – il legislatore ha commesso, con ogni probabilità, una leggerezza, dimenticando che l'adozione dei M.O.G. non rappresenta affatto un obbligo per l'ente²⁹.

Nella consapevolezza che «l'importanza di garantire una protezione adeguata ed efficace degli «informatori» è sempre più riconosciuta a livello sia unionale che internazionale»³⁰, la già evocata direttiva 2019/1937/UE si poneva l'obiettivo di dettare norme minime comuni in merito alla figura del *whistleblower*, chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nella prevenzione delle «violazioni del diritto dell'UE». Difatti, una protezione effettiva dell'«informatore» era, a detta di Parlamento e Consiglio, condizione necessaria per incentivare l'utilizzo dello strumento in parola e, pertanto, «per rafforzare l'applicazione del diritto dell'Unione» in svariati settori.

Primo strumento europeo di *portata generale*, diretto a svincolare la tutela del *whistleblower* da singoli ambiti specifici³¹, la direttiva in parola si caratterizzava per una notevolissima estensione dell'ambito di applicazione *soggettiva*, atto a ricomprendere anche i lavoratori autonomi, i collaboratori esterni, i tirocinanti, i volontari, coloro il cui rapporto di lavoro è terminato o non è ancora cominciato, i c.d. *facilitatori*, ossia coloro che prestano assistenza al lavoratore nel processo di segnalazione, i colleghi e persino i parenti dei *whistleblowers*³². La stessa nozione di «violazione», che segna dunque i confini applicativi del *whistleblowing* dal punto di vista *oggettivo*, si presentava oltremodo ampia, abbracciando tutte le violazioni degli atti dell'Unione relativi ad una lunga lista di settori che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva stessa o idonei a vanificarne l'oggetto e le finalità.

Parallelamente, tuttavia, non si registravano differenziazioni circa le tutele apprestate al dipendente pubblico rispetto a quello privato, che invero contraddistinguono la normativa italiana: «*profilo di irrazionalità*»³³, questo, il cui superamento, in sede di trasposizione della direttiva europea, era senza dubbio auspicabile.

²⁹ Cfr. sul punto A. Rugani, *op. cit.*, 17, il quale ha efficacemente sostenuto che «la facoltatività di adozione del modello si tradurrà [...] nella facoltatività delle misure a tutela dei *whistleblowers*».

³⁰ Così si apre la direttiva 2019/1937/UE, che al primo considerando richiama la necessità di garantire una protezione agli «informatori» definiti i lavoratori, inseriti in un'organizzazione pubblica o privata, o in contatto con essa, che per primi vengono a conoscenza di «minacce o pregiudizi al pubblico interesse sorti in tale ambito».

³¹ Si veda, a tal proposito, la direttiva 2013/30/UE, che aveva introdotto la tutela del soffiatore al solo fine di garantire «un'efficace applicazione dell'*acquis* ambientale dell'Unione». A tal proposito, si veda il considerando n. 10 della direttiva 2019/1937/UE, che richiama la succitata direttiva in materia ambientale al fine di segnalare come «prima dell'entrata in vigore della presente direttiva le sole norme di protezione degli informatori esistenti in materia di tutela dell'ambiente [fossero] previste in un atto settoriale».

³² Sul tema v. A. Della Bella, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sistema penale*, 6 dicembre 2019, nonché in Ead., *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 179.

³³ Così A. Della Bella, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 179.

Un elemento di novità era invece rappresentato dalla previsione di ben tre tipologie di canali di segnalazione: accanto ai *canali interni* (di cui la direttiva imponeva l'adozione a tutti gli enti pubblici e privati con più di 50 dipendenti, questi ultimi indipendentemente dall'adozione del M.O.G.), e a quelli *esterni*, comparivano nella direttiva i non meglio definiti canali «pubblici». Verosimilmente residuale rispetto ai succitati, il ricorso ad essi era ancorato ad alcune rigide condizioni³⁴, dalle quali traspariva la natura evidentemente *sussidiaria* di una simile modalità di segnalazione, nonché la conseguente necessità di farne uso in circostanze eccezionali, richiedendo la *public disclosure* «un accorto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco»³⁵.

Venendo, invece, alle tutele apprestate per il segnalante, la direttiva imponeva agli Stati membri l'adozione di un folto novero di misure atte ad evitare qualsivoglia forma di ritorsione (art. 19), classificabili come misure di sostegno (art. 20) e misure di protezione (artt. 21 e 22). Tra queste ultime, sempre nell'ottica di incentivare la segnalazione, assumeva particolare rilevanza l'esenzione per l'informatore da ogni forma di responsabilità – verosimilmente anche penale – per le condotte connesse all'acquisizione e divulgazione delle informazioni.

Riferimenti più marcati alla materia penale comparivano, poi, all'art. 21 par. 7 della direttiva, ove veniva delineata una ulteriore e più ampia esenzione da responsabilità – dichiaratamente anche penale – per il segnalante, persino più estesa rispetto a quella tratteggiata mediante la giusta causa sancita dalla legge 179/2017. L'«esimente» europea appariva destinata infatti ad operare, oltre che nei procedimenti per violazione degli obblighi di segretezza, altresì in materia della protezione dei dati e divulgazione di segreti commerciali, diffamazione e violazione del diritto d'autore.

Il sistema così delineato era poi corredato di un apparato sanzionatorio, astrattamente tendente a porre le sue basi nel diritto punitivo (in senso stretto inteso) degli Stati membri; difatti, l'art. 23 della direttiva, adottando la consueta formula, imponeva a questi di reprimere «con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» le condotte volte ad ostacolare le segnalazioni, ad attuare ritorsioni contro i segnalanti e a violare i doveri di riservatezza in merito all'identità degli stessi. Le medesime misure sanzionatorie dovevano altresì essere inflitte ai soffiatori in malafede, ossia coloro che hanno effettuato segnalazioni o divulgazione pubbliche false.

In conclusione, sebbene la direttiva non fosse senz'altro annoverabile tra quelle di *armonizzazione penale*, non comparendo nel testo della stessa alcuna delle basi giuridiche tipiche dello strumento in parola, il suo impatto in tale settore non pareva trascurabile, specie avuto riguardo al considerando n. 102: pur non rappresentando, come noto, *hard law*, esso promuoveva l'adozione di misure (anche) penali per assicurare l'efficacia delle norme sulla protezione degli informatori; le quali dovevano presentare il carattere della proporzionalità al duplice fine di «*scoraggiare ulteriori azioni*» del tipo di quelle sanzionate e non provocare «*un effetto [eccessivamente] dissuasivo sui potenziali informatori*».

Ebbene, pur con notevole ritardo, nel marzo scorso il Consiglio dei ministri ha approvato il più volte menzionato decreto attuativo della legge di delegazione europea 2019/2020³⁶: il quale, per certi versi, ha tradito le aspettative riposte nell'adeguamento all'intervento europeo.

Pur a fronte dell'apprezzabile affiancamento nella medesima *sedes* normativa della disciplina del *whistleblowing* nei settori, rispettivamente, pubblico e privato, occorre infatti notare come l'intento

³⁴ Condizioni riconducibili ai casi in cui a) la persona segnalante avesse prima segnalato internamente e esternamente [...], ma non fosse stata intrapresa un'azione adeguata in risposta alla segnalazione [...]; b) la persona segnalante avesse fondati motivi di ritenere che la violazione potesse costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse [...] o «in caso di segnalazione esterna sussistesse il rischio di ritorsioni o le prospettive che la violazione fosse stata affrontata efficacemente sono scarse per via delle circostanze del caso di specie [...]».

³⁵ A. Della Bella, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, cit.

³⁶ Il decreto è entrato in vigore il 30.3.2023 e le disposizioni, ivi previste, avranno effetto a partire dal 15.7.2023, con una deroga per i soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati non superiore a 249: per questi, infatti, l'obbligo di istituzione del canale di segnalazione interna avrà effetto a decorrere dal 17.12.2023.

di parificazione delle relative tutele sia stata senz'altro *disatteso*. A fronte dell'ampliamento dell'ambito di applicazione oggettivo (art. 1 d. lgs. 24/2023), che ricomprende le segnalazioni di violazioni sia del diritto interno che del diritto dell'Unione europea (apprese, beninteso, tanto nel contesto lavorativo pubblico che privato), l'ambito di applicazione soggettivo, descritto in modo alquanto frastagliato all'art. 3, è ancora una volta sbilanciato verso il settore pubblico. Ne deriva che la fitta trama di previsioni costituita dagli artt. 1 e 3, da leggersi in combinato disposto con la norma definitoria di cui all'art. 2, restituisce un – inutilmente complesso – sistema di tutele a tre livelli, così sintetizzabile:

- (a) i lavoratori del *settore pubblico* hanno a disposizione ogni modalità di segnalazione, sia per le violazioni del diritto interno che di quello europeo;
- (b) diversamente, con riferimento agli *enti privati* che hanno impiegato, nell'ultimo anno, la media di *almeno 50 lavoratori subordinati* (ovvero che operano nei c.d. “settori sensibili”³⁷, pur non raggiungendo la predetta soglia dimensionale), la segnalazione – veicolata in qualsiasi delle summenzionate modalità – dovrà vertere esclusivamente su illeciti che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione europea³⁸;
- (c) le medesime violazioni sono oggetto di segnalazione da parte dei soggetti di diritto privato con più di 50 dipendenti che rientrano nell'ambito applicativo del d. lgs. 231/2001 e hanno adottato un M.O.G., i quali, pur tuttavia, hanno diritto a segnalare anche violazioni rientranti nell'ambito applicativo del d. lgs. 231/2001 mediante il canale interno;
- (d) infine, i dipendenti degli enti che, pur dotati di un sistema di *compliance* aziendale riconducibile al suddetto decreto, non superano la già indicata soglia numerica, possono beneficiare unicamente del canale interno, con riguardo a segnalazioni di violazioni del modello o di illeciti penali rientranti nel catalogo dei reati presupposto.

In sintesi, pertanto, l'intervento di recepimento, facendo assurgere il diritto dell'Unione europea a baricentro della segnalazione – la protezione dei cui autori è per lo più dipesa dalle soglie dimensionali dell'ente di appartenenza –, ha sostanzialmente provocato un *ridimensionamento* delle tutele degli enti privati medio-piccoli che non operino in settori sensibili; per i quali, in ipotesi, una scarsa fiducia nei confronti dell'organo interno destinato a raccogliere le informazioni, ovvero un difetto di funzionamento del canale interno, sarebbero sufficienti a imporre l'affidamento alle più tradizionali modalità di segnalazione (quali la denuncia all'autorità giudiziaria), tra l'altro senza poter contare sulle misure di protezione accordate al *whistleblower*.

Il nuovo decreto si focalizza, inoltre, sui compiti di ANAC, divenuto *unico soggetto competente* alla ricezione e conseguente gestione della segnalazione esterna³⁹; nonché all'eventuale irrogazione di *sanzioni amministrative di natura pecuniaria* ad esito dell'istruttoria finalizzata a verificare la fondatezza delle segnalazioni e a darne diligente seguito⁴⁰; nel corso della quale possono emergere

³⁷ Trattasi di un lungo elenco di settori individuati all'art. 2 co. 1, in particolare n. 3 del decreto di recepimento, tra cui compaiono – sol per citarne alcuni – gli appalti pubblici, i servizi, prodotti e mercati finanziari, la sicurezza dei trasporti, la tutela dell'ambiente, la salute pubblica e la protezione dei consumatori.

³⁸ Si tratta, per la precisione, delle violazioni che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato cristallizzate all'art. 2, co. 1, lett. a, numeri 3, 4 e 5 del d.lgs. 24/2023, ovvero, in sintesi: illeciti che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione europea o nazionali relativi ai c.d. settori sensibili (v. *nt.* precedente); atti od omissioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui all'articolo 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; atti od omissioni riguardanti il mercato interno, di cui all'articolo 26 paragrafo 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

³⁹ V. artt. 6, 7 e 8 d.lgs. 24/2023, che conferiscono all'ANAC il *potere di gestione* delle segnalazioni esterne, cui si aggiunge un *potere regolatorio ex art. 10* (consistente nell'adozione, entro tre mesi dalla data dell'entrata in vigore del decreto, delle linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni esterne).

⁴⁰ Ai suddetti poteri (v. *nt.* precedente) si aggiunge il *potere sanzionatorio ex art. 21*, che si traduce nella irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie; le sanzioni dall'importo più elevato (da 10.000 a 50.000 euro) afferiscono ai casi di accertamento di ritorsioni nei confronti del *whistleblower*, ostacoli alla segnalazione o violazione dell'obbligo di riservatezza, nonché alla mancata istituzione di canali di segnalazione e alla mancata adozione delle procedure per l'effettuazione e la gestione delle segnalazioni.

comportamenti ritorsivi, così come violazioni degli obblighi di riservatezza e negligenze da parte degli enti in ordine all'istituzione dei canali o alla adozione delle procedure per la gestione delle segnalazioni (art. 21).

Dulcis in fundo, nell'ambito delle misure di protezione, affatto priva di rilievo l'estensione dell'ambito applicativo della giusta causa, che abbraccia – coerentemente a quanto previsto dalla fonte europea – anche la rivelazione o la diffusione di informazioni sulle violazioni che offendano la reputazione della persona coinvolta o denunciata, purché al momento della segnalazione vi fossero fondati motivi per ritenere che la rivelazione o diffusione delle suddette informazioni fosse necessaria per svelare la violazione. Tutela che incontra, nondimeno, un limite nell'accertamento, anche con sentenza di primo grado, dei reati di diffamazione, calunnia o qualsivoglia altra ipotesi delittuosa configurabile mediante la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile, nonché nella responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave.

3. Nonostante la limitatezza delle tutele previste per il segnalante nel settore privato, è proprio quest'ultimo l'ambito in cui il d. lgs. 24/2023 esplicherà maggiore incidenza applicativa. Vale allora la pena soffermarsi sui connotati del sistema di segnalazione interno il quale, ad esito della novella, consta di ben *tre canali*. Il decreto ha infatti chiarito che, accanto al *canale interno informatico* (già previsto dalla l. 179/2017), atto a garantire che la segnalazione in forma scritta sia coperta da moderni sistemi di crittografia – tendenzialmente coincidenti nella prassi con la creazione di un indirizzo *email ad hoc* per le segnalazioni –, dovrà essere previsto un nuovo canale che consenta al lavoratore meno avvezzo all'uso dei sistemi informatici di segnalare *in forma orale*, mediante una linea telefonica protetta o servizi di messaggistica vocale. Non dovrà mancare, inoltre, la possibilità di effettuare – sempre su richiesta del *whistleblower* – la segnalazione interna “in presenza”, in occasione di un incontro – fissato, secondo la norma, «entro un termine ragionevole» dalla richiesta – tra il soggetto segnalante e il soggetto destinato a riceverne la segnalazione.

Il contenuto della segnalazione, analogamente all'identità del segnalante e della persona «coinvolta» (questa l'espressione usata dalla normativa di recepimento per indicare il «segnalato»), dovranno rimanere *riservati*; così come ogni passaggio della procedura volta a dare seguito alla segnalazione – illustrata nel dettaglio all'art. 5 del decreto –, le informazioni sull'accesso alla quale saranno necessariamente da condividersi con il lavoratore, nonché con tutti coloro intrattengano un rapporto di lavoro con l'ente; sia attraverso l'esposizione presso il luogo di lavoro (verosimilmente mediante *depliant*, cartelli *et similia*), sia mediante la creazione di un'apposita sezione sul sito aziendale, qualora l'ente ne sia dotato.

Con riferimento, infine, al destinatario della segnalazione, il testo normativo in esame risulta meno prodigo di informazioni. Limitandosi a far riferimento a una «persona» o a un «ufficio» autonomo, interno o esterno, con personale specificamente formato, esso non sembra effettuare una scelta di campo: diversamente, dunque, da quanto avviene in ambito pubblico, ove il destinatario della segnalazione interna è individuato nel RPCT (*Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza*).

Non pare difficile immaginare, tuttavia, come nelle aziende dotate di un sistema di *compliance ex d. lgs. 231/2001* verrà in larga misura riconfermata la prassi invalsa a seguito dell'entrata in vigore della l. 179/2017, che incaricava l'organismo di vigilanza di ricevere – oltre ai flussi informativi di cui all'art. 6 co. 2 lett. d d. lgs. 231/2001 – altresì quelli derivanti dalla soffiata del *whistleblower*⁴¹: verosimilmente, peraltro, con il duplice effetto di un evidente aggravio dei compiti assegnati a detto organo e di una dilatazione delle tempistiche inerenti alla gestione della segnalazione.

⁴¹ Peraltro con il benestare di Confindustria. Si veda, a tal proposito, la nota di Confindustria del gennaio 2018, ove emerge che, sebbene l'O.d.v. non sia individuato come destinatario esclusivo, sarebbe «opportuno prevedere il suo coinvolgimento in via concorrente ovvero successiva, per evitare il rischio che il flusso di informazioni generato dal nuovo meccanismo di whistleblowing sfugga del tutto al controllo dell'Organismo di Vigilanza».

La opportunità di “allentare la presa” sullo stesso, attraverso una maggiore responsabilizzazione di organi interni diversi, era d'altronde stata recepita in via di autonormazione ancor prima dell'introduzione della figura nel panorama normativo: difatti, l'indirizzamento all'O.d.v. delle informazioni relative alle violazioni del modello, pilastro della strategia dell'autocontrollo su cui si basa la *compliance* aziendale, era già stato affidato dalla prassi a veri e propri meccanismi di selezione delle notizie, volti a far pervenire all'organismo in parola solo una parte delle suddette informazioni. Infine, l'inevitabile sovraesposizione cui continuerà ad andare incontro l'O.d.v. ad esito dell'introduzione della novella in esame – il quale potrebbe risolversi solo attraverso la creazione di una sezione “filtro” all'interno dello stesso, atta a realizzare una diversificazione dei destinatari a seconda della rilevanza delle notizie – rischia peraltro di far perdere di vista la reale funzione dell'organismo di vigilanza⁴²; la cui attività assume una connotazione repressiva funzionale alla mera irrogazione di sanzioni disciplinari, la quale tuttavia non coincide affatto con l'accertamento di eventuali reati, anche se contenuti all'interno del catalogo di cui al d. lgs. 231/2001⁴³.

4. Il d. lgs. 24/2023 fa registrare un evidente punto di rottura rispetto alla precedente disciplina nel momento in cui si occupa di circoscrivere il perimetro di applicabilità oggettiva del nuovo corredo di norme. Come è già stato detto, in passato il compito era infatti tutto affidato alla nozione a dir poco vaga di «condotte illecite» potenzialmente oggetto di segnalazione⁴⁴; attualmente la scelta è di ricorrere invece ad una ben più analitica elencazione offerta all'art. 2 lett. a della normativa di recepimento interna della direttiva 2019/1937/UE. Tra i comportamenti segnalabili figurano ancora fattispecie estranee al perimetro di rilevanza penale, ma oggi più di ieri è immediatamente chiaro il legame tra “soffiata” e fatti da accertare nella sede del processo penale, vuoi in quanto sussumibili all'interno di una previsione di reato vuoi poiché qualificabili alla stregua di illecito amministrativo *de societate* punito ai sensi del d. lgs. 231/2001⁴⁵.

Emerge così il tema a dire il vero ancora piuttosto negletto dei rapporti tra *whistleblowing* e processo penale, in precedenza già oggetto di un'attenzione deficitaria e che non pare purtroppo ricevere migliore considerazione nel nuovo assetto. Del resto, con un approccio destinato ad esser confermato anche nelle successive previsioni, l'art. 1 co. 4 del d. lgs. 24/2023 si premura immediatamente di chiarire che l'applicazione delle disposizioni del codice di procedura penale non dovrebbe essere intaccata dall'entrata in vigore del nuovo statuto del *whistleblowing*, quasi a voler subito rassicurare circa l'intenzione di mantenere una illusoria autonomia tra i due ambiti.

Prima di proseguire nell'esame delle norme più rilevanti, va detto che una riflessione dedicata all'impatto delle regole a protezione del segnalante sul sistema del processo penale deve a monte accompagnarsi ad un'inversione metodologica di prospettiva. Chi si accosta all'analisi dello strumento del *whistleblowing* è difatti comprensibilmente indotto a concentrare la sua attenzione sulla figura dell'autore della segnalazione e sull'adeguatezza dei presidi posti a sua protezione nel dichiarato intento di favorire l'emersione di illeciti appresi nel contesto lavorativo. Eppure quest'impostazione deve essere sovvertita allorquando si vogliano considerare i risvolti della pratica in esame rispetto al rito penale, il cui protagonista indiscusso e destinatario privilegiato delle tutele

⁴² In argomento, v. M. Bontempelli, *Gestione delle informazioni raccolte dall'ODV e difesa penale dell'ente*, in ANPP 3/2021, *passim*.

⁴³ In ordine alla tendenza, nel diritto penale economico, a creare “centri” privati di vigilanza e controllo, delegando loro funzioni di prevenzione, che spetterebbero invece all'apparato pubblico, A. Rugani, *op. cit.*, in particolare § 4.

⁴⁴ Così testualmente l'art. 54-bis del d. lgs. 165/2001, su cui G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1734. V. anche *supra*, § 2.

⁴⁵ Giova ricordare che, a norma della clausola generale di cui all'art. 34 del d. lgs. 231/2001, per l'accertamento degli illeciti amministrativi dipendenti da reato si applicano infatti le norme del Cpp per quanto non diversamente previsto dal Decreto. Sul tema, tra gli altri, H. Belluta, *Le disposizioni generali sul processo agli enti*, in *Il processo penale de societate*, a cura di A. Bernasconi, Milano 2006, 1 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale delle società*, IV ed., Milano 2021, 55 ss.

approntate dal processo non può che essere la persona indicata come autore della condotta segnalata, dunque l'accusato. Siamo in buona sostanza al cospetto di un singolare ma fisiologico ribaltamento dei ruoli, secondo il quale il *whistleblower* da oggetto di protezione si tramuta in artefice dell'evento rispetto al quale la «persona coinvolta» – per dirla con le parole del d. lgs. 24/2023 – ha titolo per reclamare la piena applicazione delle prerogative stabilite dalle disposizioni del Cpp.

Quest'ultima notazione, per quanto scontata, deve inevitabilmente rappresentare la bussola per orientarsi nella gestione del conflitto di interessi tra segnalante e segnalato una volta che esso approdi nella cornice di un procedimento penale: la legittima aspettativa di protezione vantata dal primo non può insomma intaccare il livello di protezione da assicurare all'indagato-imputato.

Le prime indicazioni che si ricavano a questo proposito dalla lettura delle nuove disposizioni non sono tuttavia esattamente rassicuranti. Preoccupa l'approssimazione riservata ad alcuni snodi chiave, quale è ad esempio il ruolo ritagliato per l'inedita figura del facilitatore, definito come la «persona fisica che assiste una persona segnalante nel processo di segnalazione [...] e la cui assistenza deve essere mantenuta riservata»⁴⁶. Non sono in particolare chiari i contorni applicativi dell'affermata esigenza di riservatezza una volta che la segnalazione sfoci nella descrizione di condotte che richiedono l'attivazione della macchina cognitiva del processo penale. La piena esplicazione del metodo epistemico del contraddittorio nella formazione della prova come consacrato dall'art. 111 co. 4 Cost. al rango di principio fondante del giusto processo postula infatti che l'accusato sia messo in condizione di conoscere e controvertere su ogni aspetto dell'addebito a lui rivolto⁴⁷. D'altra parte, non sembra peregrino ipotizzare che, in forza del tenore della previsione poco sopra rammentata, non solo l'identità ma addirittura lo stesso intervento del facilitatore possa rimanere celato agli occhi del segnalato-imputato, con l'effetto di ostacolare la ricostruzione della genesi della notizia che ha determinato l'interessamento dell'autorità giudiziaria penale. A ulteriore conferma del rischio paventato, l'art. 12 del d. lgs. 24/2023, in continuità rispetto al passato, precisa che il segreto circa l'identità del segnalante soggiace ai limiti previsti dall'art. 329 Cpp, senza riservare alcuna esplicita previsione a questo proposito al facilitatore.

Ancora in tema di approvvigionamento di potenziali notizie di reato attraverso i canali del *whistleblowing*, merita attenzione la previsione di cui all'art. 20 co. 3 del d. lgs. 24/ 2023 in tema di limitazioni alla responsabilità del segnalante⁴⁸. La norma prevede infatti un apposito esonero da responsabilità di natura civile o amministrativa, ma non penale, per le condotte di acquisizione o accesso alle informazioni sulle violazioni prodromiche alla segnalazione stessa. Detta previsione sembrerebbe così porsi in apparente linea di continuità con l'indirizzo giurisprudenziale che si era formato nel vigore della precedente disciplina, allorquando era stato chiarito che le regole in materia di *whistleblowing* non privavano di rilevanza penale la condotta di reato eventualmente posta in essere dal segnalante ancorché funzionale appunto al reperimento di informazioni circa eventuali illeciti⁴⁹. In quella stessa pronuncia la Cassazione aveva altresì precisato che la normativa in questione era infatti volta unicamente «a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un'attività illecita, mentre non fonda[va] alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge». Simile affermazione risulta tuttavia a dir poco sfumata nel nuovo assetto in cui, ferma restando la rilevanza di condotte acquisitive poste in essere in violazione della legge penale desumibile dalla clausola di salvezza posta ad esordio dell'art. 20 co. 3 del d. lgs. 24/ 2023, traspare per converso un implicito *favor* verso compiti di ricerca attiva di informazioni d'interesse da parte dell'aspirante *whistleblower* per le quali egli non potrà incorrere in responsabilità di natura civile o amministrativa.

⁴⁶ Cfr. l'art. 2 co. 1 lett. h del d. lgs. 24/2023.

⁴⁷ Per tutti, con particolare riguardo alla necessità di una compiuta contestazione dell'addebito, G. Lozzi, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in RIDPP 1997, 669 ss.

⁴⁸ Sulle misure di protezione istituite a beneficio del *whistleblower* si veda più diffusamente *infra*, § 5.

⁴⁹ Cass. 21.5.2018 n. 35792, in GD 2018 (34), 27.

Il difetto forse più eclatante delle nuove regole si rinviene però probabilmente nell'architettura a dir poco embrionale congegnata per il funzionamento del canale di segnalazione esterna, centrale innovazione del nuovo testo di legge e fonte di approvvigionamento privilegiata di notizie capaci di provocare l'innescio dello strumento cognitivo penale. Per quanto non possa infatti escludersi un simile seguito anche in presenza di una segnalazione gestita internamente dall'organizzazione di provenienza, è nei casi contemplati dall'art. 6 del d. lgs. 24/2023 che deflagrerà con frequenza maggiore lo scontro tra interessi antitetici che finirà a sua volta per sfociare in una regiudicanda da dirimere attraverso le disposizioni del processo penale. Nelle realtà meno complesse e strutturate, si potrebbe infatti prediligere ove possibile una gestione *intra moenia* delle criticità descritte nella segnalazione, scongiurando così l'avvio di formali procedure sanzionatorie da parte delle autorità pubbliche.

Per converso, il sensibile ampliamento della sfera di operatività del canale di segnalazione esterna rappresenta esso stesso un indice piuttosto emblematico di un cambio di prospettiva nella filosofia di fondo sottesa al *whistleblowing* a seguito del recepimento delle prescrizioni europee. Come già ricordato, in passato gli obblighi gravanti sull'impresa privata si limitavano infatti all'istituzione di procedure di segnalazione interna, in maniera tutto sommato coerente alla logica della *compliance* atta a privilegiare uno spontaneo riallineamento alla legalità dell'organizzazione. A seguito dell'approvazione del d. lgs. 24/2023 lo strumento si emancipa dalla realtà endoaziendale e ne esce decisamente rafforzata la sua attitudine repressiva, considerata la possibilità che le notizie sfuggano al controllo dell'impresa sino a giungere all'attenzione dell'autorità.

A fronte di tale scenario sono però definiti in maniera solo approssimativa i presupposti che consentono l'accesso al canale esterno, nonostante le conseguenze potenzialmente esiziali di simile "esternalizzazione" per il segnalato, anche indipendentemente dal risultato finale dell'accertamento se si considerano i risvolti eminentemente reputazionali conseguenti al mero inoltro della segnalazione. Colpisce in particolare il requisito dei fondati motivi in grado di generare una convinzione rispetto all'inefficacia della segnalazione interna ovvero rispetto al rischio di ritorsione di cui all'art. 6 lett. b del d. lgs. 24/2023. Il riferimento alla *fondatezza* delle ragioni addotte a sostegno del superamento dello *step* di segnalazione interna non sembra infatti sufficiente a scongiurare l'eventualità di un diretto interessamento dell'ANAC sulla scorta di mere convinzioni putative serbate dal *whistleblower*.

Il d. lgs. 24/2023 non prende neppure analiticamente posizione rispetto alle modalità di gestione del flusso di notizie incanalato verso ANAC con particolare riguardo all'approvvigionamento delle informazioni là confluite da parte dell'autorità giudiziaria. Le linee-guida di cui si è dotata ANAC si limitano a ribadire la necessità di trasmettere all'autorità giudiziaria le segnalazioni sin da subito inerenti a fatti dotati di rilievo penale⁵⁰. E' prevedibile che il delicato frangente dovrà dunque essere governato attingendo alle regole generali già esistenti in materia, le quali potrebbero tuttavia rivelarsi in larga parte inadeguate a garantire il rispetto delle prerogative processuali del segnalato specie in previsione di un aumento della frequenza statistica del ricorso al *whistleblowing* che si accompagna inevitabilmente al varo della nuova disciplina, nonché in considerazione dei poteri istruttori espressamente riconosciuti all'ANAC. Viene insomma ancora in questione l'annoso problema della calibrazione dei rapporti tra inchiesta amministrativa e accertamento penale, tutta affidata alla laconica disposizione dell'art. 220 NAttCpp che impone come noto l'osservanza delle forme del Cpp ogni qual volta l'istruttoria conduca all'emersione di indizi di reato. L'esperienza ha tuttavia messo a nudo le difficoltà applicative del congegno, in primo luogo per ciò che concerne l'esatta

⁵⁰ Delibera 12.7.2023 n. 311, 77, https://www.anticorruzione.it/documents/91439/146849359/Delibera+n.+311+del+12+luglio+2023+LLGG+WB+ver+sione+unitaria_.pdf/c87e8c07-86d0-baf9-685d-274e2eb6c93e?t=1690552947182.

individuazione del momento capace di far scattare le forme più garantite e l'esistenza di margini di discrezionalità troppo ampi in favore dell'autorità procedente⁵¹.

Dal canto suo lo stesso art. 8 co. 2 sembrerebbe in teoria affermare una generale incompetenza del gestore del canale esterno ad approfondire segnalazioni *ab origine* dotate dei connotati dell'illecito penale nel momento in cui sancisce che l'autorità amministrativa deve trasmettere all'autorità giudiziaria le segnalazioni che non rientrano nell'attribuzione di quest'ultima; tuttavia è facile prevedere che tale determinazione potrà sovente essere assunta solo a seguito di un approfondimento autonomamente condotto da parte dell'articolazione amministrativa, i cui contenuti finiranno per trascinare nel bacino dell'inchiesta penale. La risultante sarà prevedibilmente un significativo irrobustimento della pre-inchiesta amministrativa, con conseguente spostamento del baricentro cognitivo dell'accertamento dal contraddittorio dibattimentale verso esiti preformati in un contesto precedente a quello del formale avvio dell'indagine preliminare⁵².

Nella fisionomia piuttosto opaca della struttura e delle dinamiche della procedura di segnalazione esterna uno dei pochi punti fermi in perfetta continuità rispetto al passato è offerto dall'art. 12 del decreto allorquando afferma che «nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 del codice di procedura penale». La perifrasi normativa sta ovviamente a significare che nessuna pretesa di riservatezza rispetto all'identità del *whistleblower* potrà più essere accampata al più tardi nel momento in cui la segnalazione oltrepassi la soglia dell'indagine sfociando in una formale imputazione⁵³.

Si conferma così la regola di elementare civiltà giuridica che esclude la rilevanza del contributo anonimo nel contesto del procedimento penale⁵⁴, ma che almeno nella sua interpretazione dominante non basta comunque ad escludere che pure la segnalazione proveniente da ignoti possa costituire utile spunto per l'avvio e la prosecuzione delle indagini⁵⁵.

Il d. lgs. 24/2023 sembra anzi far registrare un atteggiamento via via meno ostile nei riguardi della “soffiata” anonima. In passato tanto l'art. 6 del d. lgs. 231/2001 che l'art. 54-*bis* d. lgs. 165/2001 presupponevano infatti l'attribuibilità nominativa della notizia nel momento in cui si limitavano ad assicurare la riservatezza dell'identità del proponente⁵⁶; al contrario la direttiva 2019/1937/UE non solo fa espressamente salva la possibilità per gli Stati membri di considerare anche il contributo proveniente da ignoti, ma si premura altresì di precisare che l'anonimo successivamente identificato potrà sempre confidare nelle stesse protezioni assicurate al *whistleblower* la cui identità fosse stata sin dall'origine nota, con previsione oggi testualmente riprodotta all'art. 16 co. 4 della normativa di recepimento interna⁵⁷.

Al contrario, sarebbe stato tutt'altro che irragionevole operare una precisa scelta di campo attraverso cui, data l'estensione dell'ambito applicativo della pratica del *whistleblowing*, sancire espressamente la totale irrilevanza della notizia proveniente da ignoti onde disincentivare pratiche di delazione. Per

⁵¹ M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano 2009, 177.

⁵² Su questa tendenza, anche se con precipuo riferimento alle attività di polizia che pure sollevano perplessità in larga parte analoghe, D. Negri, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in AP 2016, 44 ss.

⁵³ Come già evidenziato in precedenza, la previsione appare però riferibile esclusivamente al profilo dell'identità segnalante, senza premurarsi di chiarire la sorte di altre informazioni accessorie pur sempre rilevanti ai fini di una compiuta conoscenza della segnalazione, quale su tutte l'intervento di un eventuale facilitatore.

⁵⁴ Per tutti, con specifico riguardo alla fonte dichiarativa, M. Chiavario, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno degli studiosi del processo penale, Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Milano 2002, 30.

⁵⁵ C. Fanuele, *L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul giusto processo*, in CP 2002, 1547.

⁵⁶ Secondo la *Delibera*, 9.6.2021 n. 469, 16, emanata dall'ANAC ([anticorruzione.it/-/delibera-numero-469-del-9-giugno-2021-e-linee-guida](https://www.anticorruzione.it/-/delibera-numero-469-del-9-giugno-2021-e-linee-guida)), «l'art. 54-*bis* non include nel proprio campo di applicazione le segnalazioni anonime e cioè quelle del soggetto che non fornisce le proprie generalità».

⁵⁷ Cfr. art. 6 § 3 della direttiva 2019/1937/UE.

altro verso, questa volta nella prospettiva del segnalante, non si può fare a meno di notare come l'inciso dell'art. 12 vanifica i reiterati e rassicuranti richiami alla garanzia di riservatezza del *whistleblower* disseminati nel testo del d. lgs. 24/ 2023, degradando il presidio a specchietto per allodole almeno in tutti i casi in cui la segnalazione abbia ad oggetto condotte travalicate il confine del penalmente lecito. Si badi bene: non si intende qui censurare l'opportunità della scelta, quanto piuttosto evidenziare un'ambiguità rispetto ad una protezione che potrebbe spesso rivelarsi tale solo sulla carta.

4.1 A seguito della tipizzazione ad opera del d. lgs. 24/2023 di un canale esterno di segnalazione talvolta accessibile anche ai dipendenti di imprese private, si profila in maniera ancor più dirompente che in passato una manifestazione peculiare del conflitto di interesse tra segnalante e segnalato meritevole di dedicata considerazione. Il riferimento va ai rapporti tra società e individuo nel contesto dell'accertamento condotto a norma del d. lgs. 231/2001.

La segnalazione interna originata da un appartenente all'ente potrebbe innescare un circolo virtuoso consentendo alla società di attivarsi prontamente al fine di contenere gli effetti dell'illecito, magari raccogliendo immediatamente elementi difensivi da spendere in un futuro ipotetico accertamento. Per altro verso – sempre nell'eventualità in cui la propalazione riguardi condotte astrattamente rilevanti a norma del d. lgs. 231/2001 – non va trascurato uno scenario differente. A seguito della segnalazione la società potrebbe infatti tentare di procurarsi immediatamente materiale utile a sostenere in futuro l'esistenza di un movente prettamente egoistico dell'agente, ovvero l'assenza di colpa di organizzazione a seguito di un'elusione fraudolenta del modello di organizzazione e gestione. L'ente potrebbe altresì cercare di entrare in possesso di risultanze da sfruttare a norma dell'art. 25 co. 5-*bis* del Decreto a tutto discapito dell'individuo⁵⁸, approfittando di un considerevole vantaggio rispetto ai dipendenti potenzialmente interessati dal futuro addebito penale, vantaggio dovuto appunto alla qualifica di destinatario naturale della segnalazione.

A fronte di simili rischi sarebbe allora stato opportuno valutare l'introduzione di un onere informativo a carico della persona giuridica nei riguardi dei soggetti coinvolti nella segnalazione ricevuta attraverso il canale interno, così da metterli in condizione di operare immediatamente su di un piano di "parità cognitiva" rispetto a quello del loro potenziale antagonista, mettendo in campo ogni iniziativa utile a scongiurare un seguito esterno della procedura di segnalazione.

Specularmente, potrebbe però darsi anche il caso in cui sia invece l'ente a patire gli effetti del ricorso al *whistleblowing*, specie qualora il segnalante stesso risulti in qualche maniera implicato nei fatti oggetto di propalazione⁵⁹.

Il pregiudizio sarebbe assai frequente nel caso della segnalazione "esogena", ossia proveniente da soggetti estranei all'organigramma societario verosimilmente privi di ogni interesse comune alla società ed effettuata direttamente attraverso canali esterni all'impresa come espressamente consentito dal d. lgs. 24/2023.

Non si può nemmeno *a priori* escludere che le iniziative della persona fisica risultino talvolta persino in qualche maniera "pilotate" dagli organi repressivi, magari attraverso la promessa di minimizzare le conseguenze derivanti dall'inchiesta in favore dell'*insider* che si dimostri disponibile a condividere con gli inquirenti il proprio patrimonio conoscitivo. Del resto nel contrasto al fenomeno corruttivo esiste oggi addirittura un solido appiglio normativo a sostegno di questa dinamica offerto dalla causa

⁵⁸ Sui diversi scenari possibili cfr. ancora M. Bontempelli, *Il whistleblowing fra collaborazione con la giustizia e diritto di difesa*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 232.

Sui vantaggi per la persona giuridica, sebbene per lo più a seguito di spontaneo ravvedimento, A. Barbieri, *Whistleblowing e internal investigations: una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in *Sistema penale*, 14.6.2020, 201 ss.

⁵⁹ La normativa non pare infatti escludere l'operatività delle protezioni nel caso in cui lo stesso segnalante sia coinvolto nelle condotte "denunciate", attraverso una scelta non esente da criticità ma verosimilmente giustificata dalla volontà di incentivare il ricorso allo strumento.

di non punibilità di cui all'art. 323-ter Cp riservata proprio a coloro che «prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini [...] denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili».

Anche il tema già evocato dell'impiego di segnalazioni anonime assume sfumature particolari una volta calato nel particolare contesto della responsabilità *de societate*, in cui la delazione anonima potrebbe cagionare l'avvio di un procedimento a carico dell'ente senza necessità di particolari accertamenti di sorta circa la provenienza soggettiva della notizia assai più facilmente di quanto non avvenga nella generalità dei casi. La clausola di autonomia contenuta all'art. 8 del d. lgs. 231/2001 dispensa infatti almeno in via di principio da approfondite verifiche rispetto all'identità degli autori del reato presupposto⁶⁰, il che potrebbe rappresentare una importante rassicurazione nei riguardi del segnalante che confidi di non dover venire allo scoperto.

5. A completamento del quadro finora illustrato, compare un, sempre più particolareggiato, sistema di misure di protezione a tutela del *whistleblower*, a riprova del fatto – invero già percepibile ai tempi della direttiva europea – che tra le *due anime* dell'istituto – la finalità preventiva dei fenomeni criminosi e la finalità di tutela del soggetto denunciante –, il legislatore prediligia la seconda.

A tali misure è dedicato un autonomo capo del recente decreto legislativo, il quale si apre – collocazione topografica, questa, che non deve trarre in inganno – con l'indicazione dei *limiti* che le tutele del denunciante possono incontrare: *limiti impliciti*, se così vogliamo chiamarli, i quali coincidono con le condizioni stesse per la segnalazione (art. 16 co. 1), cui si è più volte fatto cenno nel presente lavoro; e *limiti espliciti*, discendenti dall'accertamento, anche con sentenza di primo grado, della responsabilità del segnalante per i reati di diffamazione o di calunnia, o «*comunque per i medesimi reati commessi con la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile*», ovvero della responsabilità civile per colpa grave o dolo. Casi in cui, tra l'altro, al venir meno delle garanzie si affianca la sottoposizione del denunciante ad un procedimento di natura disciplinare; i quali, tuttavia, specie se confrontati con l'ampiezza delle misure di protezione previste dalla novella, appaiono di difficile verifica.

Difatti, la normativa delinea, accanto ad un articolato *divieto di ritorsione* (art. 17) – peraltro corredato da regole processuali (tra tutte, l'inversione dell'onere della prova), il cui ricorso deve essere ispirato da una prudente eccezionalità –, un fitto novero di c.d. «*misure di sostegno*» e un meccanismo di *limitazione della responsabilità penale*, sul quale vale la pena spendere qualche parola.

Come si anticipava⁶¹, già l'art. 3 della l. 179/2017 aveva ritagliato un'area di esclusione della responsabilità penale per colui che, mediante la segnalazione, realizzasse una delle fattispecie di «*rivelazione di segreti*» sanzionate dal codice penale – con esplicito riferimento ai reati di cui agli artt. 326 Cp (rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio), 622 Cp (rivelazione del segreto professionale) e 623 Cp (rivelazione dei segreti scientifici e industriali) –, escludendo la sussistenza degli estremi di questi al ricorrere dei presupposti di una c.d. «*giusta causa*» di rivelazione dei segreti. Fatta coincidere dalla *littera legis* con «*il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni*», detta «*esimente*» trovava applicazione ogni qual volta la soffiata potesse definirsi *fondata*.

Ebbene, nel rinnovato quadro in analisi, il meccanismo operativo della causa di esclusione della responsabilità penale non diverge molto da quello delineato nel precedente assetto legislativo, se non per la – invero non trascurabile – estensione dell'ambito di applicazione della stessa.

⁶⁰ Come noto, infatti, a norma dell'art. 8 co. 1 lett. a del d.lgs. 231/2001 l'ente è chiamato a rispondere dell'illecito anche quando «l'autore del reato non è stato identificato».

⁶¹ V. *supra*, § 1.

Difatti, «*non è punibile*» (formula dall'incerto valore semantico, sulla quale ci si soffermerà nel prosieguo) la persona fisica o giuridica che, nel corso della segnalazione, riveli o diffonda notizie coperte dal segreto, o relative al diritto d'autore e alla protezione dei dati personali, ovvero «*informazioni sulle violazioni che offendono la reputazione della persona coinvolta o denunciata*» (art. 20 co. 1 d. lgs. 24/ 2023). Evidente, dunque, il riferimento ad un ampliato novero di fattispecie penali, teso a colmare le lacune del precedente assetto legislativo⁶², a cui si affianca l'esenzione della responsabilità civile e amministrativa per le condotte volte all'acquisizione delle informazioni e all'accesso alle stesse: sempre che sussista, va da sé, un vincolo di stretta connessione tra queste informazioni e la rivelazione dell'illecito.

Infine, il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, venuto meno solo in apparenza, è stato tradotto letteralmente nella «*necessità di svelare l'informazione*»: pertanto, non si può non notare come, *mutatis mutandis*, la diversa formulazione lessicale rinvii, ancora una volta, al conflitto etico di cui sopra, risolvibile solo mediante un vero e proprio bilanciamento di interessi.

Appare allora condivisibile l'opinione, peraltro dominante nel panorama dottrinale, che fa coincidere la giusta causa di segnalazione con una *clausola di esclusione dell'antigiuridicità*. A suffragare tale tesi, anzitutto, un dato di natura testuale: difatti, nel silenzio del dettato normativo, l'unico indizio è fornito da un *dossier* della Camera dei Deputati, in cui essa viene equiparata, non senza qualche esitazione, ad una scriminante⁶³. Si consideri, poi, che il necessario confronto tra interessi compresenti e divergenti caratterizza proprio la disciplina delle clausole di esclusione dell'antigiuridicità, la quale, come noto, positivizza il risultato del relativo bilanciamento operato dal legislatore.

Ad ogni buon conto, pur non mancando suggerimenti di un ripensamento della suddetta qualificazione⁶⁴, sono i profili operativi dell'esimente a meritare l'attenzione dell'interprete; la riflessione sui quali, tuttavia, sconta una risicatissima – pressoché inesistente – casistica giurisprudenziale, per lo più di merito; la quale si dimostra peraltro molto poco incline a riconoscere la sussistenza della misura protettiva in parola, quale che sia il corretto inquadramento dogmatico della stessa⁶⁵.

⁶² Curioso, infatti, come il legislatore del 2017 non avesse incluso tra queste fattispecie penali la diffamazione, pur indicando la condanna per tale titolo di reato tra i limiti che incontravano le tutele del *whistleblower* in caso di *malicious report*.

⁶³ Cfr. Camera dei Deputati, Dossier n° 305/3 – Elementi per l'esame in assemblea, in www.camera.it, ove si evidenzia che «*la giusta causa della rivelazione sembra sostanzialmente operare come una causa di giustificazione*».

⁶⁴ Si veda la voce, peraltro non isolata, di A. Rugani, *op. cit.*, § 2.2.

⁶⁵ Nell'attesa che la giurisprudenza definisca i confini tra la segnalazione lecita e quella diffamante, non si può che ricordare il già citato arresto (v. *supra* nt. n. 49) – per la verità l'unico registrato dopo l'entrata in vigore della legge 179/2017 – in cui la Corte di legittimità ha tratteggiato il perimetro tra la raccolta di documentazione a sostegno del proprio sospetto e la ricerca proattiva di prove in un caso di accesso abusivo al sistema informatico da parte di un dipendente (Cass. 21.5.2018 n. 35792) dalla quale emerge che la legge 179/2017 «*si limita a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un'attività illecita, senza fondare alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge*». Nel caso di specie la Corte era stata chiamata a valutare il ricorso di un dipendente il quale, per procacciare prove, aveva commesso un accesso abusivo ai sistemi informatici dell'azienda ove lavorava. Operando un parallelismo con la disciplina dell'agente provocatore, la Corte aveva concluso per l'insussistenza dell'invocata scriminante dell'adempimento del dovere: tale conclusione «*è fondata sui medesimi principi che, in tema di agente provocatore, giustificano esclusivamente la condotta che non si inserisca, con rilevanza causale, nell'iter criminis, ma intervenga in modo indiretto e marginale*». Sul punto cfr., altresì, G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1749.

Restituendo, così, l'immagine di una insanabile difformità tra il livello di tutela offerto *per tabulas* e la sua concreta attuazione, il quale – per una curiosa eterogenesi dei fini –, anziché incoraggiare la segnalazione, rischia invero di disincentivarla.

6. Come è fisiologico immediatamente dopo un intervento organico quale è indubbiamente la novella che ha interessato la materia del *whistleblowing*, non è facile pronosticare se alle modifiche intervenute si accompagnerà un cambiamento nelle dinamiche applicative degli istituti, e nella specie un'inversione di tendenza per ciò che concerne il tasso di frequenza statistico del ricorso alle segnalazioni, sinora caratterizzato da numeri piuttosto contenuti⁶⁶.

Si intuisce già dall'intitolazione piuttosto provocatoria di quest'ultimo paragrafo che questa difficoltà non può tuttavia esimere da alcune osservazioni conclusive rispetto ai prevedibili effetti futuri della strategia prescelta dal legislatore.

Lo snodo cruciale della riflessione va probabilmente rintracciato in uno degli aspetti intuitivamente dotati di maggiore incidenza pratica nell'influenzare la scelta di rendere o meno nota la condotta di cui è venuto a conoscenza l'aspirante segnalatore. Si allude al più volte evocato tema delle protezioni garantite al *whistleblower*, rispetto al quale si rinvencono nel d. lgs. 24/2023 significativi elementi di continuità rispetto al passato.

Pur a fronte di alcune innovazioni illustrate in precedenza, la scelta del legislatore dell'ultima novella è stata infatti quella di continuare ad attestarsi su di una conformazione tutto sommato “minimale” dell'istituto, assicurando al dipendente-segnalante protezione rispetto ad iniziative ritorsive o discriminatorie, senza spingersi sino a prevedere un premio (tipicamente *sub specie* di erogazione patrimoniale) per la segnalazione rivelatasi fondata, che assurge invece a tratto coessenziale del *whistleblowing* come conosciuto in altre realtà giuridiche⁶⁷. Sono note ed in larga parte comprensibili le riserve che hanno indotto ad adottare un atteggiamento di sostanziale conservatorismo. Tra esse bisogna riconoscere un ruolo di assoluto rilievo al timore di segnalazioni strumentali, animate dall'intento di lucrare l'utilità promessa piuttosto che dalla tutela dell'interesse pubblico⁶⁸. D'altro canto, è intuitivo che la mera protezione “in negativo” potrebbe ridimensionare l'efficacia del congegno.

Questo atteggiamento di diffidenza sorprende se rapportato ad altre scelte compiute nel recente passato in altri settori del diritto penale d'impresa. Si pensi su tutte all'introduzione dell'art. 323-ter Cp ad opera della l. 9.1.2019 n. 3, il quale istituisce una speciale causa di non punibilità riservata a colui che si autodenunci «prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini [...] e

⁶⁶ M. Scoletta, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., passim.

⁶⁷ In origine, era stato proposto di riconoscere in favore dell'autore della segnalazione di condotte produttive di un danno erariale o all'immagine della p.a. la corresponsione di una somma in denaro non inferiore al 15 e non superiore al 30 per cento di quanto recuperato a seguito di condanna definitiva della Corte dei conti. Si veda al riguardo G. Amato, *op. cit.*, 552 s.

Per un'analisi comparativa dei sistemi in cui si ammette invece il riconoscimento di un incentivo finanziario al *whistleblower* e delle ragioni che militano a favore e contro una simile scelta, J. Austin, *To Reward or Not to Reward: A Cross-Jurisdictional Comparison of the Reasons Why Security-Regulators Have Adopted or Rejected Policies to Pay Whistleblowers*, in *Corporate Whistleblowing Regulations. Theory, Practice and Design*, a cura di S. Lombard, V. Brand, J. Austin, Singapore 2020, 65 ss.

⁶⁸ Cfr. ancora in tema A. Della Bella, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano*, cit., 182 s. Non mancano però obiezioni di natura più squisitamente “etica”, secondo cui la remunerazione dell'informatore finirebbe per «accomunare, sotto affini logiche opportunistiche e di lucro, l'azione del segnalante e del segnalato». Di questo avviso G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano 2009, 173.

In prospettiva non troppo diversa, e con precipuo riferimento al tema qui cruciale del conflitto d'interessi, si denuncia un'«erosione del tessuto fiduciario e relazionale ormai diffusa nella società» in F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009, 45.

fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e *per individuare gli altri responsabili*». Una previsione in buona parte analoga, anche se strutturata quale mera diminvente, viene altresì riservata all'ente accusato dell'illecito 231 da parte del co. 5-bis dell'art. 25 d. lgs. 231/2001, in forza del quale le sanzioni interdittive a carico della persona giuridica andranno contenute entro il limite sancito dall'art. 13 co. 2 del Decreto qualora, «prima della sentenza di primo grado», il soggetto collettivo si sia «efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per *l'individuazione dei responsabili*» di fenomeni corruttivi.

Non v'è dubbio che anche in questo caso l'opzione collaborativa potrebbe essere inquinata da fattori estranei alla tutela dell'interesse pubblico, tanto più in uno scenario connotato da un endemico conflitto quale è quello delle relazioni tra individuo ed ente accusato ai sensi del d. lgs. 231/2001 a fronte della particolare struttura sostanziale di quel modello⁶⁹. La mitigazione del trattamento sanzionatorio o addirittura la radicale esenzione da responsabilità potrebbe insomma già adesso costituire una spinta alla delazione ben più efficace e influente dell'aspettativa di poter lucrare un premio di natura economica. Certamente una scelta obiettivamente dirompente come quella evocata esigerebbe che la “soffiata” venisse verificata attraverso un accertamento caratterizzato dal rispetto davvero scrupoloso delle regole e dei principi che governano il procedimento penale a salvaguardia degli esiti conoscitivi là raggiunti, esito purtroppo ancora piuttosto lontano dal potersi dire pienamente conseguito anche a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 24/2023.

⁶⁹ In tema, volendo, F. Nicolichia, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa. Conflitti, interferenze, anomalie di sistema*, Milano 2022.

“CHI NON FA NON FALLA”: LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DINNANZI AL REATO DI ABUSO D’UFFICIO (*)

di Andrea Merlo (*Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Palermo*)

Lo scritto contiene una riflessione sul reato di abuso d’ufficio, inserendosi in un più ampio dibattito dottrinale intorno agli “effetti collaterali” delle scelte di incriminazione. Il tema è sviluppato a partire dall’analisi della prassi applicativa della fattispecie in questione, ritenuta da molti osservatori come una delle principali cause del fenomeno noto come “amministrazione difensiva”. Il contributo evidenzia anche come il reato di abuso d’ufficio abbia finito col diventare terreno di scontro fra potere legislativo e potere giudiziario: il primo che affannosamente tenta, riforma dopo riforma, di delimitare l’estensione dell’area del penalmente rilevante escludendo il sindacato sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione e il secondo che invece rivendica spazi di intervento che talvolta sembrano prescindere dai limiti testuali della disposizione normativa.

The paper contains a reflection on the crime of abuse of office, fitting into a broader doctrinal debate around the "collateral effects" of incrimination choices. The topic is developed from an analysis of the application practice of the type of offence in question, considered by many observers as one of the main causes of the phenomenon known as "defensive administration". The essay also highlights how the crime of abuse of office has become a battleground in which the legislative power is pitted against the judicial power: the former which breathlessly attempts, reform by reform, to delimit the extension of the criminally relevant area to exclude the possibility of judge the discretionary choices of the public administration and the latter which instead claims spaces of intervention which sometimes seem to disregard the textual limits of the normative provision.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’abuso d’ufficio come causa della burocrazia difensiva. – 3. La riforma del 2020. – 3.1. Le violazioni mediate. – 3.2. Lo sviamento di potere. – 4. Gli “effetti collaterali”. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il tema dell’abuso d’ufficio è particolarmente congeniale a essere inserito in un ragionamento intorno agli «effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione»¹. E ciò per più di una ragione. La prima – e la principale – è di così intuitiva evidenza che quasi non necessita di essere esplicitata: com’è noto, infatti, questa fattispecie di reato è da tempo additata – a torto o a ragione – fra le principali cause di rallentamenti, inerzie e disfunzioni della pubblica amministrazione².

Prima di entrare *in medias res* è probabilmente opportuno anticipare qui un interrogativo che verrà poi sviluppato appresso. Non ci si può infatti esimere dal domandarsi se gli effetti generalmente ricondotti alla fattispecie di abuso siano effettivamente inquadrabili come «effetti collaterali»

* Il contributo, con minime variazioni, contiene il testo della relazione tenuta al convegno “*Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*” tenutosi il 23 maggio 2023 presso l’Università degli Studi della Tuscia i cui Atti sono in corso di stampa (Editoriale Scientifica). Si ringraziano i Curatori, Martina Galli e Nicola Recchia, per aver consentito di anticipare la pubblicazione in questa Rivista.

¹ M. Galli, *Effetti collaterali (diritto penale)*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, III. Parole dal lessico di uno studioso*, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M. Scoletta, C. Sotis, S. Taverri, Milano 2022, 1463 ss.; nonché Id., *La pena insostenibile. Effetti collaterali e delegittimazione del diritto penale*, Pavia 2021, *passim*.

² G. Bottino, *Il conflitto fra il legislatore e la giurisprudenza come causa della burocrazia difensiva: la responsabilità penale per abuso d’ufficio come paradigma*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2/2022, 241 ss.; Id., *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giur. ec.* 2020, 117 ss.; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio*, in *GP* 2020, II, 520; M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. ec.* 2018, 625 ss.

discendenti da una scelta di criminalizzazione (intesa cioè come una precisa volontà del legislatore di assegnare all'area del penalmente rilevante una condotta dotata di un suo specifico disvalore), ovvero se, più che da una specifica opzione normativa gli effetti lamentati non dipendano da fattori altri e più complessi, in ultima istanza riconducibili alla più generale temperie culturale che permea di sé la classe magistratuale, piuttosto incline a considerarsi il depositario unico del compito di svolgere un controllo di legalità dell'azione amministrativa e per questo disposta anche a forzare i «cancelli delle parole»³, nel cui perimetro il principio di legalità imporrebbe di restare.

Non si tratta di un problema recente⁴. Già nel 1997, quando il legislatore, per rimediare ad alcuni limiti che ancora scontava la fattispecie riformata nel 1990, ha ripensato il tipo legale scolpito nell'art. 323 Cp nei termini di un reato di evento che metteva al centro dell'incriminazione la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che «nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o regolamento [...] intenzionalmente procura[va] a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca[va] ad altri un danno ingiusto». Ebbene, anche a fronte di queste precise indicazioni normative, dopo una primissima fase giurisprudenziale di ossequioso rispetto del dato testuale e dello spirito della riforma⁵, si è fatta strada l'interpretazione per la quale anche l'atto viziato da eccesso di potere potesse essere alla base di un rimprovero per abuso d'ufficio, rendendo nuovamente l'art. 323 Cp il grimaldello attraverso il quale la magistratura penale poteva svolgere il suo sindacato sulle scelte dell'amministrazione, anche quelle connotate da discrezionalità⁶.

2. Di qui il riemergere di una crescente esigenza di ripерimetrare i confini della fattispecie perché considerata causa (o una delle principali cause) di atteggiamenti difensivi da parte dei funzionari pubblici⁷, che dinnanzi all'evenienza di trovarsi di fronte alla contestazione del reato di abuso d'ufficio tendono a reagire come davanti al volto della medusa: pietrificandosi e desistendo da qualsiasi iniziativa, con l'effetto di paralizzare il funzionamento della macchina burocratica⁸. Recenti lavori, infatti, non hanno mancato di cogliere nell'esistenza stessa del reato di abuso di ufficio uno dei fattori suscettibili di produrre un “*chilling effect*”⁹. L'effetto di “congelamento” deriva già dall'esposizione al rischio di un processo, con il suo carico di aleatorietà rispetto agli esiti e con il discredito che comunque deriva dalla sua attivazione. Poco importa che nella maggior parte dei casi, l'imputazione non giunga neanche al dibattimento come effettivamente comprovato dalle statistiche giudiziarie¹⁰.

³ L'espressione è di N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 57.

⁴ Sulle implicazioni di tale atteggiamento, anche sul versante dell'etica della giurisdizione e su quello della separazione dei poteri cfr. A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari 1998, *passim*.

⁵ Per un'agile rassegna delle tappe evolutive della giurisprudenza cfr. di recente L. Pellegrini, *Abuso d'ufficio e diritto vivente*, in *GI* 2023, 1414. V. altresì E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzioni e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli 2023; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019.

⁶ Più diffusamente, A. Merlo, *L'abuso d'ufficio*, cit. Si veda inoltre di recente B. Romano, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in *Questa Rivista*, 12.12.2023.

⁷ Per una approfondita ricerca sul tema cfr. A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini, V. Bontempi, M. P. Chiti, F. Decarolis, S. Mento, A. Pincini, A. Pirri Valentini, G. Sabato, *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2021, 1295 ss.

⁸ Cfr. in proposito S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2017, 67, che ben descrive l'effetto «di spiazzamento» sull'amministrazione conseguente al ruolo assunto dalle Procure della Repubblica nell'attività degli organi rappresentativi e degli uffici burocratici. Cfr. inoltre G. Bottino, *Il conflitto fra il legislatore e la giurisprudenza*, cit., che ben evidenzia come la conformazione della strategia difensiva del burocrate tende ad assumere a parametro più che il dato normativo in sé, la sua proiezione giurisprudenziale, dalla quale dipende la percezione del rischio della responsabilità.

⁹ N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 251 ss.

¹⁰ Cfr. R. Greco, *Abuso d'ufficio: per un approccio “eclettico”*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22.7.2020, il quale rileva che «l'esperienza insegna che la “paura della firma” dell'amministratore pubblico [...] non discende certo dalla prospettiva di essere sanzionati per abuso d'ufficio (ché, anzi, è noto che statisticamente la percentuale dei procedimenti per tale reato

È piuttosto l'astratta possibilità di trovarsi destinatari di un rimprovero per abuso d'ufficio, la diffusa percezione nel corpo amministrativo di trovarsi facilmente esposto alle attenzioni della magistratura, che innesci forme di deterrenza o renitenza alla decisione che induce i funzionari pubblici a rinviare o evitare deliberazioni problematiche (atteggiamento definito dagli studiosi dell'organizzazione burocrazia difensiva «passivo-negativa»¹¹) oppure li induce a irragionevoli aggravii di istruttorie o alla dilazione dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi, così come alla reiterazione di prassi contrarie a ogni semplificazione amministrativa consistenti essenzialmente nella duplicazione dei passaggi in modo da condividere con altri la responsabilità del provvedimento finale (approccio c.d. «attivo-positivo»¹²).

3. Il fenomeno dell'amministrazione difensiva è additato come una patologia cronica dell'apparato burocratico-amministrativo da diversi lustri. Cionondimeno, l'inattesa iniziativa del legislatore volta a predisporre argini più robusti per garantire l'attività dei pubblici funzionari dall'invasione della magistratura è maturata in modo estemporaneo nell'estate del 2020, nell'ambito di un eterogeneo provvedimento che ambiva a restituire slancio alla produttività del Paese messa a dura prova dalla crisi pandemica¹³ e a consentire alla macchina pubblica di funzionare senza rallentamenti dovuti alla «paura della firma»¹⁴. Quest'intervento si è tradotto in una significativa modifica del reato di abuso d'ufficio attraverso un procedimento di interpolazione del testo che ha sostituito il sintagma «violazione di norme di legge o regolamento» col riferimento a «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

La gran parte degli osservatori aveva visto nella riforma il *de profundis* della fattispecie di abuso d'ufficio¹⁵. In buona sostanza, si era pensato che al legislatore fosse mancato il coraggio di procedere alla radicale eliminazione dell'art. 323 Cp ed avesse piuttosto optato per una sua sostanziale neutralizzazione, con un intervento che ne rendesse l'applicazione pressoché impossibile.

L'esperienza applicativa ha invece messo in evidenza che il restringimento del perimetro della fattispecie era per certi versi un effetto ottico, ingannevole circa la reale estensione delle zone non più raggiungibili dalla fattispecie incriminatrice. Sicché il tentativo del legislatore di sottrarre spazio al sindacato penalistico sugli atti amministrativi può dirsi se non radicalmente fallito, non del tutto riuscito. Già con le prime pronunce post-riforma, infatti, la Cassazione ha mantenuto una tendenza a valutare “in concreto” la sussistenza e la rilevanza penale della strumentalizzazione della funzione, ricavando in questo modo nuovi varchi ermeneutici che consentissero di ricomprendere entro gli angusti limiti testuali del “nuovo” abuso anche fattispecie caratterizzate da i) violazioni mediate di

che si chiudono con una condanna è estremamente esigua), bensì dal rischio di discredito sociale connesso alla semplice possibilità di essere sottoposto a indagini ed al connesso *strepitus* mediatico e istituzionale. Un problema al quale con tutta evidenza è vano sperare di ovviare con interventi di *maquillage* sulla previsione della condotta incriminata, in un sistema giudiziario ancora incentrato sul principio di obbligatorietà dell'azione penale e sulla doverosità dell'avvio di indagini in presenza di una *notitia criminis*.

¹¹ G. Bottino, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, cit.

¹² *Ibidem*.

¹³ La nota di accompagnamento alla l. 11.9.2020 n. 120 di conversione del decreto d.l. 16.7.2020 n. 76 spiega che l'esigenza di «definire in modo più compiuto la condotta rilevante ai fini dell'abuso d'ufficio», si avvertiva in ragione della «straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità».

¹⁴ Cfr. 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 www.sistemapenale.it, 17.7.2020, § 6; S. Vinciguerra, *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso di ufficio (art. 323 c. p.)*, in *FI*, V, 2020, 372; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, in *DPenCont*, 1/2021, 76; A. Manna, G. Salcuni, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma di abuso d'ufficio*, in *Questa Rivista*, 20.12.2020.

¹⁵ Cfr. ad es. T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 7-8/2020.

legge, ii) sviamento di potere, iii) violazioni di precetti contenuti in fonti sublegislative o paralegislative.

3.1. Va detto che la scelta di escludere *tout court* la violazione delle norme regolamentari dal novero delle condotte vietate dal delitto di abuso d'ufficio suscita non poche perplessità, prima di tutto con riferimento alla stessa razionalità dell'intervento normativo rispetto agli scopi perseguiti. Se è vero infatti che l'impiego del termine "regolamento" aveva in passato creato non pochi problemi rispetto alla individuazione degli specifici atti-fonte rilevanti¹⁶, ben avrebbe potuto il legislatore scegliere formule più chiare, ad esempio facendo esplicito riferimento agli atti individuati dalla legge 23.8.1988 n. 400 o dal T.U. degli enti locali (d.lgs. 18.8.2000 n. 267)¹⁷, con esclusione di tutti gli altri. Invece, la mutilazione della fattispecie del riferimento a tutte le norme a carattere regolamentare si pone in aperta contraddizione rispetto alla generale tendenza alla delegificazione riguardante l'intera pubblica amministrazione, la cui organizzazione e il cui funzionamento sono oggi pressoché interamente disciplinati da norme di fonte secondaria, se non integrati da strumenti di *soft law*¹⁸. Inoltre, la riformulazione dell'articolo 323 Cp non tiene conto del fatto che è proprio nei regolamenti che sono in prevalenza contenute quelle regole di condotta *espresse e specifiche* cui il funzionario è chiamato a conformarsi¹⁹. Viceversa, le leggi si limitano sempre più spesso a fornire indirizzi generali e norme di principio, la cui rilevanza sarebbe pertanto esclusa alla luce della nuova norma. La contraddizione è evidente, dunque: l'art. 323 Cp assegna rilievo penale alle sole violazioni di norme che impongono condotte specifiche che non lasciano margini di discrezionalità, ma, al contempo, esclude la rilevanza delle norme che tali condotte prescrivono.

Tale paradosso ha prodotto una sorta di *rebound effect*, incentivando nella giurisprudenza la ricerca di soluzioni capaci di correggere le disfunzioni normative. Si è infatti assistito al ritorno del controverso schema della "violazione mediata" della legge e dei c.d. rinvii a catena che il legislatore della riforma non ha esplicitamente vietato²⁰.

Già nelle prime pronunce successive alla novella i giudici di legittimità non hanno tardato ad affermare che, anche sotto la vigenza della nuova norma, la violazione di atti amministrativi generali come il piano regolatore può comportare la configurabilità del reato di abuso d'ufficio in ragione del rinvio a tali atti contenuto in norme di rango primario²¹. La legge, secondo questa diffusa

¹⁶ Cfr. E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio*, cit.; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo*, cit.; S. Perongini, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione (con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020)*, Torino 2020.

¹⁷ Cfr. B. Ballini, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 10.8.2020, 2. La soluzione era già del resto suggerita dalla giurisprudenza più rigorosa: cfr. Cass. 17.3.2009 n. 26175, Verolla, inedita; Cass. 18.12.2001 Nicita, in *RP* 2002, 215; Cass. 29.2.2000 n. 5540, inedita. In dottrina, in questo senso, A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli 2011, 287.

¹⁸ F. Barletta, A. Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *Questa Rivista*, 18.6.2023, 16 ss.

¹⁹ Cfr. G.L. Gatta, *Da "spazza-corrotti a "basta paura"*, cit.; E. La Rosa, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa da requiem" o eterna "araba fenicie"?*, in *GI* 2021, 1463.

²⁰ In questo senso, già A. Merlo, *Lo scudo di cristallo*, cit.

²¹ Cass. 23.2.2022 n. 13139; Cass. 12.11.2020 n. 31873 (in *Riv. giur. ed.* 2021, 964, con nota di T. Guerini, *Abuso d'ufficio e piani urbanistici: tutto deve cambiare perché tutto resti come prima?*), in cui si afferma che dall'esplicito rinvio del d.P.R. 380/2001 agli strumenti urbanistici «discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una "violazione di legge", rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p.». Con la precisazione che «i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica [...], normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la "violazione di legge", quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche seguito della modifica normativa». Negli stessi termini Cass. 28.9.2020 n. 26834, secondo cui, appunto, la violazione degli atti amministrativi generali come i piani urbanistici «rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica [...], normativa a

interpretazione giurisprudenziale, non costituirebbe necessariamente la fonte del comando a cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio sono chiamati a conformarsi, ma il punto di diffrazione attraverso il quale il legislatore attribuirebbe rilevanza anche a regole collocate in altri luoghi dell'ordinamento²². Questo tipo di argomentazione, tuttavia, non si fa carico delle esigenze di determinatezza che dovrebbero improntare il settore dei delitti e delle pene: piuttosto che individuare con rigorosa e puntuale precisione la norma da osservare, infatti, si richiede al pubblico agente di conformarsi a un «sistema di norme»²³, frutto del combinarsi di una pluralità di disposizioni eterogenee. A ben vedere, si finisce così con attribuire al reato di abuso d'ufficio la struttura della norma penale in bianco²⁴; quest'ultima, però, per essere legittima dovrebbe almeno rispettare le indicazioni della Corte costituzionale²⁵: il precetto, cioè, può essere riempito di contenuto con l'intervento concorrente di una fonte regolamentare, o se del caso anche di un mero atto amministrativo, solo ove la legge determini in modo chiaro i caratteri, i presupposti, il contenuto e i limiti del comportamento doveroso, la cui trasgressione determina l'insorgere di una responsabilità penale. Ebbene, senza dilungarsi oltre, è difficile sostenere che dall'intricato ordito delle norme che regolano il funzionamento della pubblica amministrazione sortiscano indicazioni comportamentali che rivestano queste caratteristiche²⁶. Pertanto, il vaglio sulla riconoscibilità del precetto sarebbe nella realtà destinato ad essere svolto *ex post* “caso per caso” e “in concreto” dal giudice.

3.2. La magistratura non si è limitata a tentare di rimediare alla difettosa formulazione della fattispecie, ma è tornata ad allargare le maglie della trama normativa in modo da recuperare la possibilità di estendere il proprio sindacato agli atti della pubblica amministrazione connotati da sviamento di potere. Com'è noto, il tema della sindacabilità o meno dell'eccesso di potere in sede penale ha negli anni rappresentato il cuore problematico del reato di abuso d'ufficio, perché a seconda dell'opzione ricostruttiva preferita cambia non solo l'estensione della fattispecie e la tenuta della tipicità del reato, ma il modo stesso di concepire la natura del sindacato del giudice penale sull'attività della pubblica amministrazione e la sua incidenza sul principio di divisione dei poteri²⁷.

cui deve farsi riferimento per ritenere concretata la “violazione di legge” quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p., anche a seguito della modifica normativa».

²² Cfr. S. Battini, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 4/2022, 496, che icasticamente rappresenta la fattispecie di abuso come una sorta di «rinvio mobile» al diritto amministrativo, che così «penetra nel sistema penalistico, portandosi dietro i suoi problemi e le sue contraddizioni, a partire dai cambiamenti intervenuti sul piano di una sempre più complessa relazione tra politica e amministrazione».

²³ Così C. Cupelli, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un «sistema di norme»*, in *CP* 2001, 1030.

²⁴ Di diverso avviso V. De Fanti, *Il primo biennio di applicazione del “nuovo” abuso d'ufficio*, in *CP* 2022, 3460 ss. In precedenza, il rischio di una torsione verso lo schema della norma penale in bianco era segnalato da A.M. Stile, C. Cupelli, *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. I, Milano 2006, 42 ss. Per un inquadramento dell'abuso nei termini di una norma «parzialmente in bianco» cfr. invece A. Tesaro, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino 2002, 161 ss.

²⁵ Il riferimento è alle argomentazioni adoperate dalla Corte cost. “in soccorso” dell'art. 650 Cp: cfr. C. cost. 25.3.1971, n. 168, in *GCos* 1971, 1777 ss.

²⁶ Secondo Cass. 28.9.2020 n. 26834, cit., tuttavia, nel caso di violazione dei piani urbanistici si sarebbe comunque «senza dubbio» in presenza di «norme specifiche e per le quali non residuino margini di discrezionalità laddove l'art. 12 del d.P.R. 380/2001 detta i requisiti di legittimità del permesso di costruire, e il successivo art. 13 detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire». L'affermazione è frutto in realtà di una valutazione semplicistica dell'impianto normativo. È piuttosto vero, come rilevato da M. Lavatelli (*La Cassazione si pronuncia sul potere del Giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruzione*, in *Dir. proc. amm.* 2017, 1101), che «l'evoluzione del panorama normativo in materia urbanistico-edilizia, che ha consistentemente spostato il versante della legislazione verso la competenza concorrente delle Regioni, e quello della regolamentazione verso l'autonomia degli Enti locali che oltretutto possono valersi di procedure di accelerazione e compattazione dei procedimenti, in un quadro in cui definire lo “statuto di legalità” delle opere è sempre più complesso».

²⁷ Si vedano in proposito le considerazioni di B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della*

Secondo alcuni autori, quale che sia la formulazione del tipo legale, l'eccesso di potere non potrebbe escludersi dal nucleo di significato della fattispecie incriminatrice perché sarebbe connaturato al concetto stesso di abuso d'ufficio, al punto da rappresentarne un connotato ontologico²⁸, in quanto capace meglio di altri vizi dell'atto amministrativo di segnalare la strumentalizzazione a fini privati del potere pubblico.

Qualunque posizione si prenda in questa disputa, l'eccesso di potere rappresenta il vizio della discrezionalità amministrativa e non può senza forzature rimuoversi che il legislatore ha inteso sbarrare la strada a questo tipo di sindacato, assegnando rilevanza alla violazione dei soli atti «da cui non residuino margini di discrezionalità». E invece la giurisprudenza non ha tardato a smarcarsi dai limiti delle prescrizioni di legge²⁹ attraverso un insidioso modulo argomentativo articolato nel modo seguente. Dopo aver preso atto della «limitazione della responsabilità del funzionario qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa», la Cassazione si appresta a precisare «sempreché, beninteso, l'esercizio del potere non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dei pubblici poteri, 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 o collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzi nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi»³⁰.

4. Le forzature del perimetro della fattispecie descritte nei paragrafi che precedono sembrano testimoniare la volontà della giurisprudenza di recuperare al dominio del penale territori di liceità già riconquistati dal legislatore. Si tratta di un atteggiamento pernicioso che produce non pochi guasti o effetti collaterali.

Questa sorta di sabotaggio delle scelte legislative³¹, oltre a denotare una grave insofferenza di una parte della giurisprudenza verso il principio di stretta legalità³², è criticabile per più ordini di ragioni. Innanzitutto, tale atteggiamento interpretativo dà per scontato che il diritto penale sia lo strumento migliore per contrastare le strumentalizzazioni della funzione o del servizio da parte degli amministratori. Quest'assunto, in realtà, è ampiamente smentito dai fatti: sia, a monte, perché è alla base degli atteggiamenti difensivi dei funzionari pubblici, sia perché, guardando agli effetti, la pretesa di esercitare un controllo penale sull'esercizio della funzione amministrativa in non pochi casi si è tradotta nel rallentamento o nel blocco delle attività nelle quali la presunta condotta abusiva si sarebbe annidata, mettendo così in ombra l'interesse pubblico che in teoria si sarebbe dovuto tutelare³³.

Inoltre, tale impostazione sottende un'idea di amministrazione frutto di un'aberrazione penalistica che meriterebbe in realtà un serio ripensamento critico. In radice sta un «ossessivo pregiudizio» nei

giustizia penale, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2019, 117.

²⁸ Cfr. 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 www.sistemapenale.it, 7/2020, 133 ss.; M. Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio. Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, ivi, 7-8/2021, 71 ss.; G. Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Arch. Pen. web*, 3/2021; T. Padovani, *Vita morte e miracoli*, cit.

²⁹ Cfr. A. D'Avirro, *Il "labirinto" della discrezionalità nel nuovo reato di abuso d'ufficio*, in *DPP* 2021, 930 ss.

³⁰ Cass. 8.1.2021 n. 442.

³¹ Cfr. anche S. Battini, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit., il quale parla di «ribellione ermeneutica del giudice penale rispetto agli interventi legislativi». Di «conflitto permanente» fra legislatore e giurisprudenza penale parla invece G. Bottino, *Il conflitto fra il legislatore e la giurisprudenza*, cit.

³² Sulla progressiva emersione nell'ambito della magistratura una concezione della funzione giudiziaria intesa non più come attività descrittiva e veritativa, ma come attività valutativa e realizzativa del progetto costituzionale, cfr. M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VI, Milano 2013, 371 ss.

³³ Per ampie e documentate argomentazioni, cfr. G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 129 ss.

confronti della discrezionalità del pubblico funzionario, vista sospettosamente come «la fonte di possibili distorsioni del potere» attribuito dalla legge³⁴.

L'idea quasi naïf coltivata dalla giurisprudenza per la quale il giudice penale può valutare se il potere sia esercitato per il perseguimento di interessi «oggettivamente difformi o collidenti» con quelli per i quali «soltanto» è attribuito³⁵ presuppone che il giudice possa scrutare nell'ordinamento amministrativo un preciso τέλος verso cui è diretta la norma attributiva del potere e che pertanto una deviazione da esso sarebbe oggettivamente accertabile.

Si tratta in realtà di una visione dell'amministrazione disallineata con il reale modo di svolgersi delle vicende dell'amministrazione e, prima ancora, con le basi epistemologiche del diritto amministrativo. Piuttosto, una conoscenza più approfondita della disciplina del funzionamento della pubblica amministrazione porterebbe con sé la consapevolezza che le ipotesi in cui la legge che conferisce il potere per la realizzazione di un ben identificato interesse, ove pur esistente, è davvero marginale. Nella maggior parte dei casi il burocrate si trova alle prese con una legislazione ipertrofica, disordinata e sovrabbondante, che impone all'amministrazione «dapprima di ricostruire in via interpretativa il quadro delle regole applicabili, poi di prendere in esame, e di coordinare e comporre razionalmente e correttamente a sintesi un insieme eterogeneo di interessi pubblici e privati contemplati da quella stessa legislazione»³⁶.

Più in generale, anche al di là dei difetti contingenti della disciplina normativa, è cruciale considerare che quest'ultima ormai da diversi lustri evolve nel senso opposto rispetto alla previa e completa definizione legislativa degli interessi tutelati. La normazione in ambito amministrativistico, infatti, tende ad avvalersi in modo sempre più accentuato di “open ended standard”, «nella direzione di una indeterminatezza sostanziale, cui spesso fa riscontro la vincolatezza procedimentale»³⁷. Il contenuto del provvedimento amministrativo difficilmente può essere determinato in modo unilaterale e a priori, ma generalmente costituisce la risultante di una ponderazione complessiva di interessi contrapposti ad esito di un rapporto procedimentale tra pubblica amministrazione e il destinatario dell'atto, a cui non di rado sono chiamati a partecipare anche altri attori, a loro volta portatori di specifici interessi. Nel gioco che conduce alla definizione del provvedimento finale l'amministrazione non assume una

³⁴ Cfr. A. Alessandri, *I reati di riciclaggio e di corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *DPenCont*, 3/2013, 133 ss., il quale osserva come la tentazione sottostante sia sempre «quella di ridurre gli ambiti di discrezionalità: un compito impossibile rispetto all'attività della pubblica amministrazione, che non può essere ridotta, neppure concettualmente, ad una mera esecuzione delle norme».

³⁵ Cass. 8.1.2021 n. 442, cit.

³⁶ S. Battini, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit.

³⁷ E. Cardì, S. Cognetti, *Eccesso di potere, (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. V, Torino 1990, 347. Cfr. inoltre A. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino 1994, 417, il quale rileva come «la disciplina legislativa “aperta” si presenta come l'unica possibile in situazioni in cui il completamento della norma non può che essere il frutto di un adattamento della regola astratta al caso concreto attraverso il confronto, semplicemente orientato al fine pubblico indicato dalla legge, fra i principi, valori e interessi diversi e mutevoli. Se la fissità della legge è stata rimpiazzata da un'elasticità che consente di determinare le regole a seconda delle esigenze del contesto, l'esercizio del potere discrezionale si traduce nella ricerca, orientata dai principi e dalla disciplina legislativa e dai criteri da essa desumibili, delle convergenze possibili fra gli interessi». Si vedano inoltre le considerazioni di M. Lavatelli, *La Cassazione*, cit., che mette in evidenza come anche in ambito urbanistico, all'impianto regolativo tradizionale si è affiancata una forma di “urbanistica concertata”, che ha spostato quantomeno l'iniziativa sempre più verso i proprietari dei beni immobili, la cui azione è guidata evidentemente dall'interesse alla valorizzazione fondiaria, quando invece prima promanava principalmente dall'autonoma determinazione degli enti che istituzionalmente esprimono gli interessi della collettività e a cui era demandato il compito della pianificazione e della realizzazione di un assetto ordinato delle città e del territorio, corrispondente a un insieme di obiettivi d'interesse generale. Nonostante il ruolo sempre maggiore assunto da interessi e attori privati, sottolinea però l'autore, la rilevanza pubblica delle scelte compiute è assicurata dal confronto procedimentale «in un quadro di opportune garanzie di pubblicità e trasparenza, che consentano un effettivo controllo delle scelte da parte dell'intera collettività, deve presumersi che si sia realizzata, all'esito delle procedure previste, una sintesi che rappresenta la migliore garanzia della correttezza dell'azione amministrativa e cioè al di là di un raffronto astratto tra interesse privato e interesse pubblico, che si fondono e diventano, di fatto, non più distinguibili».

posizione di distacco o di estraneità. Al contrario essa «partecipa ai fatti ed è immersa negli interessi che quotidianamente ordina. Ne conosce i titolari, dalla cui collaborazione spesso dipende l'efficace realizzazione delle *policies* e la creazione di valore pubblico. La possibilità di influenza dell'interesse privato sulla decisione amministrativa, lungi dal rappresentare sempre uno "sviamento", è addirittura condizione di legittimità del potere amministrativo»³⁸.

Del resto, come già trent'anni fa un illustre costituzionalista osservava ragionando sull'estensione del sindacato giurisdizionale sulla pubblica amministrazione, «non esiste un noumenico "interesse pubblico": esistono gli interessi pubblici che l'amministrazione prende in considerazione, soppesa, compara e pondera; l'intervento del giudice, per definizione, non può svolgere una nuova comparazione, ma può essere effettuato solo assolutizzando, massimizzando un singolo interesse: la conseguenza è il classico provvedimento abnorme che ha la sua scaturigine proprio nei casi in cui il giudice, di fronte all'avvenuta ponderazione degli interessi da parte dell'amministrazione, pretende di intervenire scegliendone uno solo, e portando la sua tutela fino all'estremo»³⁹.

Da una prospettiva amministrativistica si è inoltre sostenuto che, intestandosi la facoltà di sondare la coerenza teleologica dell'azione amministrativa, il giudice penale si «appropria» di poteri di valutazione e bilanciamento degli interessi che appartengono invece alla pubblica amministrazione⁴⁰, determinando una mutazione della funzione amministrativa e della sua stessa natura⁴¹. Per di più, oltre ad essere frutto di una ponderazione degli interessi solo parziale, l'intervento del giudice penale intacca anche l'impianto assiologico su cui si fonda la pubblica amministrazione, per la quale la legittimità del provvedimento non costituisce affatto un valore assoluto da difendere a tutti i costi, mentre viene attribuito un valore preminente alla stabilità dell'atto⁴². Prova ne sia il fatto che la legge sul procedimento amministrativo (l. 7.8.1990 n. 241) limita a pochi e tassativi casi le ipotesi di nullità del provvedimento (art. 21 *septies*) e prevede un generale regime di annullabilità per il quale anche l'atto invalido – se non impugnato entro un breve lasso di tempo – acquisisce stabilità e dispiega pienamente i suoi effetti⁴³. Peraltro, il rilievo dell'illegittimità è subordinato ad un interesse di parte, non potendo il giudice amministrativo rilevarla d'ufficio.

Sicché, anche nell'attivarsi per tutelare i beni della imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost., il giudice penale dovrebbe avere l'onere di decifrare meglio lo statuto della pubblica

³⁸ S. Battini, *Abuso d'ufficio*, cit., 496.

³⁹ Cfr. B. Caravita di Torritto, *La «disapplicazione» dell'atto amministrativo da parte del Giudice Penale*, in *Quaderni del Csm*, 42, 45 ss., il quale si sofferma a «ricordare che il compito del giudice non può essere quello di ripercorrere, con intento cassatorio e sanzionatorio, le valutazioni operate dall'amministrazione circa la presenza dell'interesse pubblico e i modi migliori per soddisfarlo. Se il giudice – specie se penale – si pone in quest'ottica è facile che, prima o poi, superi i limiti dei suoi poteri» (55).

⁴⁰ Rileva a puntualmente F. Palazzo (*Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano 2013, 151 ss.) che «a misura che le funzioni amministrative cessano di essere prevalentemente esecutive e assumono carattere di penetrante e generale discrezionalità il controllo del giudice anche penale, non può che andare a spingere lo sguardo in aree di esercizio funzionale, limitrofe al merito». Laddove il merito, come insegna la dottrina amministrativistica, è l'ambito, più o meno ampio, delle scelte dell'amministrazione rimasto libero, è la «parte del provvedimento non direttamente regolata, è l'area delle scelte di opportunità, è la valutazione degli interessi con il suo carattere di politicità» (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2 ed., Torino 2017, 212). In conseguenza di questa sua natura, infatti, financo all'interno del diritto amministrativo sono ben poche le ipotesi in cui è ammesso un sindacato sul merito dell'azione amministrativa, poiché «l'espressione *vizio di merito* [...] non significa altro che la scelta di merito [...] può essere riesaminata e sostituita» (G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano 1994, 264).

⁴¹ G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza*, cit., 182. V. anche S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 71.

⁴² G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza*, cit.

⁴³ Come chiarito dal Consiglio di Stato, infatti, la *ratio* dell'art. 21 *octies*, perseguita «attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, è proprio quella di garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato» (Cons. Stato, IV, 9.1.2019 n. 256, in *FI*, Rep. 2019, voce *Atto amministrativo*, n. 203).

amministrazione e abbandonare quella «mistica dell'interesse pubblico»⁴⁴ che troppo spesso è utilizzata per forzare le maglie della stretta legalità. Al contrario, in un'ottica di sistema, resta attuale il monito per il quale «tanto più si giustifica l'intervento del giudice penale in nome della tutela “sostanziale” dei principi costituzionali, meno si possono chiudere gli occhi di fronte alle conseguenze della sua azione in vista di tale tutela»⁴⁵. Bisognerebbe, dunque, prendere atto che il legalismo formale cui il giudice penale è abituato lo rende «inadatto a comprendere uno dei caratteri fondamentali dell'azione amministrativa, che coincide con la sua stessa ragion d'essere, cioè l'elasticità, essenza del buon andamento»⁴⁶. La riconsiderazione giudiziale dell'interesse pubblico rischia di offuscare il senso stesso della funzione amministrativa sotto la pressione simbolica della norma penale: se «l'amministrazione non è attuazione della legge, ma cura concreta dell'interesse pubblico, il diritto che presiede allo svolgimento della funzione costituisce il limite preposto a scongiurarne l'arbitrio, ma il suo rispetto non può assurgere a fine in sé, pena la perdita del senso stesso di cosa significhi concretamente amministrare nella realtà e non in un inesistente mondo ideale»⁴⁷.

Per tirare le fila del ragionamento fin qui condotto, potremmo dire che un'autentica presa in carico dei valori espressi dall'art. 97 della Costituzione dovrebbe condurre ad un ridimensionamento del penale nelle vicende della pubblica amministrazione. È, piuttosto, il giudice amministrativo quello più adatto a garantire la legalità dell'amministrazione e, se del caso, a correggere le eventuali deviazioni della funzione pubblica dai suoi fini istituzionali. La stessa Corte costituzionale del resto, dinnanzi a un paventato vuoto di tutela di beni di rango costituzionale, di recente ha ribadito che l'interpretazione estensiva fino a ricomprendere nel fuoco dell'incriminazione le attività discrezionali della pubblica amministrazione non potesse trovare giustificazione nell'«ipotetico pregiudizio che potrebbe discendere a beni costituzionalmente tutelati, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione (peraltro evocati dall'art. 97 della Costituzione in relazione alla organizzazione dei pubblici uffici). Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono infatti nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni [...]; ché anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio* [...], cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela»⁴⁸.

A sconsigliare l'attivazione della sanzione penale per colpire il compimento di atti viziati da eccesso di potere, inoltre, milita un'altra ragione squisitamente penalistica, che non può qui essere trascurata. L'eccesso di potere rappresenta una patologia dell'atto amministrativo dai contorni incerti che diviene riconoscibile generalmente soltanto dopo l'adozione del provvedimento quando viene rimessa in discussione la sua congruità rispetto agli scopi perseguiti e l'adeguatezza della ponderazione degli interessi pubblici. Non può, infatti, ignorarsi che «il sindacato sulla legalità (intesa come mera conformità alla legge) si configura diversamente rispetto al sindacato (di legittimità) che ha ad oggetto la discrezionalità amministrativa, come diversa è del resto la specie di vizio che trova applicazione. E tale diversità è data essenzialmente da ciò, che il sindacato di mera legalità è un sindacato “rigido” [...]. Mentre il sindacato sulla discrezionalità amministrativa è per sua natura “elastico”, inteso a valutare [...] tutte quelle attività volte alla piena conoscenza della situazione di fatto e alla piena

⁴⁴ L'espressione è di C. Marzuoli, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in AA.VV., *Corruzione pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze 2011, 5.

⁴⁵ C. Pinelli, *Profili costituzionalistici del reato di abuso d'ufficio*, in GI 2000, 1094 ss.

⁴⁶ B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione*, cit., 122; v. anche A. Alessandri, *I reati di riciclaggio*, cit., 151, che rimarca come nel processo penale «la discrezionalità fatica [...] a essere riconosciuta per quello che è, correndosi il rischio di schiacciare l'azione amministrativa sotto il peso di un legalismo che non contribuisce certo a produrre una più “buona” amministrazione pubblica».

⁴⁷ B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione*, cit., 127.

⁴⁸ C. cost., 15.12.1998 n. 447 testualmente richiamata di recente da C. cost., 18.1.2022 n. 8. Negli stessi termini, inoltre, cfr. C. cost., 28.6.2006 n. 251.

comparazione degli interessi in gioco che l'amministrazione, al di là delle previsioni normative, pone in essere ai fini del corretto esercizio del potere discrezionale».

Tale elasticità di giudizio è, dunque, il riflesso della esteriorizzazione di prassi argomentative tipiche dell'esercizio della discrezionalità amministrativa: improntate a schemi non strettamente deduttivistici, ma piuttosto riconducibili a logiche "sfocate" o *fuzzy*, che meglio si prestano a spiegare come «un potere discrezionale raggiunge il suo fine tipicizzato dalla legge, o da qualunque altra norma che regola il potere, dando luogo a concetti "sfocati" non simbolizzabili. La razionalità applicata all'esercizio del potere discrezionale non è però soltanto "sfocata", ma anche "selvaggia" cioè con manifestazioni eterogenee che non sempre appaiono riconducibili al linguaggio logico deduttivo o quantomeno ad un linguaggio logico deduttivo completo»⁴⁹.

Senza soffermarsi oltre, nell'ottica del penalista è evidente come il vizio dell'eccesso di potere sia strutturalmente inidoneo ad essere posto alla base di un'incriminazione: la sua enorme duttilità non di rado lo rende poco riconoscibile in una prospettiva *ex ante*, ma – rappresentando spesso il saldo di uno scrutinio giudiziale – leggibile solo retrospettivamente. Ci troviamo dunque di fronte ad una forma di riconoscibilità postuma del fatto tipico, che si pone in evidente attrito con le esigenze di determinatezza e di prevedibilità dell'illecito. Per riprendere 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 acqua⁵⁰.

Né, d'altronde, può condividersi la tesi – ancorché sostenuta con voce autorevole – per la quale il giudice penale «non può e non deve arrestare l'indagine di fronte a nessuna barriera più o meno artificiosamente frapposta, né circoscriverla entro i limiti della mera legittimità secondo i canoni del diritto amministrativo; è tenuto anzi esattamente al contrario, ad investire cioè con estrema pregnanza ogni singolo aspetto, ogni momento contenutistico, ogni profilo di scelta dell'attività svolta»⁵¹. È invece particolarmente avvertita, in special modo dagli studiosi di estrazione amministrativistica⁵², l'esigenza di convergere su un linguaggio condiviso fra i due settori del diritto, che scongiuri la contrapposizione di paradigmi operativi differenti nel medesimo contesto d'azione, che rendono obiettivamente difficile l'esercizio della funzione o l'espletamento del servizio. La diversa angolazione prospettica dalla quale il penalista e l'amministrativista guarda al problema, non può far velo al dato oggettivo e pre- o para- giuridico per cui «l'esistenza del funzionario è unitaria e disporre

⁴⁹ F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli 2011, 23.

⁵⁰ La metafora, che si deve a A. Aschworth, *Principles of criminal law*, 6 ed., Oxford 2009, 63, è riproposta da C. Paonessa, *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, CXXIX, 2017, 309.

⁵¹ T. Padovani, *Vita morte e miracoli*, cit., 14. Secondo l'illustre Autore in presenza di condotte criminose il sindacato del giudice penale non intaccherebbe la sfera di autonomia riservata all'amministrazione, poiché «merito amministrativo e 'merito' criminoso» sarebbero «presenze alternativamente incompatibili nello stesso spazio giuridico: dove c'è l'uno, non può esserci l'altro, e viceversa». Tale prospettiva, tuttavia, assume le forme di quello che i logici definirebbero dialettale (o fallacia del circolo vizioso) per via della sua struttura circolare: da un lato, il reato deriverebbe la sua essenza dall'esistenza di un «merito criminoso», dall'altro, può parlarsi di natura criminosa della condotta interessata solo se questa, a monte, costituisce un reato.

⁵² A. Cioffi, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.* 2023, 285; C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Dir. pubb.* 2017, 683 ss.; G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza*, cit.; B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione*, cit.; A. Travi, *La responsabilità penale di pubblici amministratori: alcune considerazioni sulla riformulazione del delitto di abuso d'ufficio*, in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di D. Sorace, Padova 1998, 503; L. Vandelli, *Riforma amministrativa e esigenza di rimodulare il ruolo del giudice penale*, ivi, 513, il quale registra che rispetto alle linee evolutive del diritto amministrativo il diritto penale si presenta «estraneo, indifferente, distante: il diritto penale sembra semplicemente muoversi su un piano diverso. Le due dinamiche non si incrociano. E in questo contesto il giudice penale rischia oggettivamente di essere un ruolo di sbarramento, o quantomeno di ostacolo, sulla via della riforma amministrativa». Sul versante penalistico, tuttavia, auspica da anni un più intenso confronto fra le due aree disciplinari coinvolte G. Fiandaca, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *QuestG* 1996, 319.

di un armamentario concettuale (non unico, ma quantomeno) coerente risponde quindi ad un'esigenza di "sostenibilità" della propria attività»⁵³.

Incentrare l'accertamento dell'abuso punibile sullo sviamento della funzione, inoltre, comporta l'ulteriore rischio di assegnare una eccessiva enfasi al movente illecito del pubblico funzionario come chiave di lettura per ricostruire la torsione finalistica dell'azione amministrativa, trasformando l'accertamento del reato in un autentico "processo alle intenzioni"⁵⁴.

Infine non può certo trascurarsi che l'esito del controllo di legalità sull'attività della pubblica amministrazione svolto attraverso l'abuso d'ufficio produce effetti paradossali: quello che dovrebbe essere un presidio del principio costituzionale del buon andamento finisce invece per intaccarne l'effettività, producendo il rallentamento o la paralisi della macchina burocratica⁵⁵.

5. Come si è visto, né la chiara presa di posizione legislativa né l'evidenza delle anomalie prodotte dall'invasione della magistratura nell'attività dei pubblici funzionari ha distolto i giudici penali dal continuare a rivendicare su di sé il controllo di legalità sull'amministrazione. Sotto questo profilo, dunque, gli obiettivi della riforma del 2020 non possono dirsi raggiunti. Donde la nuova iniziativa di riforma di abrogare radicalmente il reato di abuso d'ufficio per eliminare definitivamente il problema. La proposta, che mentre si licenziano queste pagine è in discussione in Parlamento⁵⁶, ha suscitato serie riserve critiche da parte di non pochi osservatori che diagnosticano quale conseguenza della scelta abolitiva uno scompenso nello strumentario a presidio della pubblica amministrazione, lasciando sguanate di sanzioni una serie di condotte dotate di disvalore elevato che incidono direttamente sui canoni dell'imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.⁵⁷. Se questi argomenti non sono privi di una loro forza di persuasione, bisogna nondimeno considerare che per scongiurare gli effetti distorsivi e di *over deterrence* che possono discendere dalle scelte di criminalizzazione potrebbe anche legittimarsi la scelta del legislatore di sacrificare la punibilità anche di talune condotte della cui meritevolezza di pena nessuno dubita. Sicché, per evitare atteggiamenti difensivi da parte dei pubblici funzionari e, più in generale, la sclerotizzazione delle fisiologiche cadenze dei procedimenti amministrativi potrebbe essere opportuno immaginare – prendendo a prestito un'espressione diffusa nella giurisprudenza statunitense – uno "spazio di respiro" (*breathing*

⁵³ Così, C. Cudia, *L'atto amministrativo*, cit., 721, la quale pone l'accento sulla necessità di raggiungere un «livello di coerenza accettabile» tra i diversi settori dell'esperienza giuridica che renda possibile scegliere in modo razionale le regole di comportamento da adottare e 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».

⁵⁴ Così, efficacemente, F. Coppola, *Il processo 'alle intenzioni' per abuso d'ufficio*, in *RTrimDPenEc* 2018, 247 ss.

⁵⁵ Sul peso delle reazioni difensive nelle complessive disfunzioni dell'apparato amministrativo cfr. C. Feliziani, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 1/2019, 155 ss.

⁵⁶ Cfr. art. 1 del d.d.l. n. S. 808 (d.d.l. Nordio).

⁵⁷ Cfr. G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in www.sistemapenale.it, 19.5.2023, il quale segnala che la soluzione abrogativa potrebbe rivelarsi problematica anche sul versante del rispetto di obblighi internazionali; *Contra*, invece, L. Stortoni, G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 8.6.2023; B. Romano, *La prospettata abrogazione*, cit., 16. In senso critico rispetto alla soluzione abrogativa v. altresì gli interventi di M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP* 2023, 613 ss.; Id., *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, in www.sistemapenale.it, 18.9.2023; G. Cantone, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, in www.sistemapenale.it, 19.9.2023; G. Lattanzi, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche*, in www.sistemapenale.it, 20.9.2023; R. Garofoli, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, ivi, 21.9.2023; M. Gambardella, in www.sistemapenale.it, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, 26.9.2023. Cfr. inoltre A. Manna, G. Salcini, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., 16, che, diffidando dall'opzione abrogativa, auspicano invece una riformulazione dell'art. 323 Cp intorno al conflitto di interessi come criterio selezionatore della condotta punibile di abuso.

space)⁵⁸ non esposto alla pretesa punitiva dello Stato, lasciando che sia il giudice amministrativo a pronunciarsi sulla legalità dell'amministrazione e sulla qualità del bilanciamento degli interessi in giuoco.

Tuttavia anche la soluzione abrogativa, limitandosi a interventi sul testo normativo senza farsi carico dei fattori di contesto, rischia tuttavia di rivelarsi illusoria. Perché questa scelta possa dispiegare un qualche effetto è invece necessario affiancarla con ulteriori interventi normativi⁵⁹. Innanzitutto, per evitare che, venuto meno l'art. 323 Cp, la magistratura continui a ritenersi investita del compito di garantire la moralità dell'amministrazione e si serva di altre figure di reato limitrofe, diventa cruciale procedere finalmente alla regolamentazione dell'attività di lobbying in modo da rendere leggibile e meno esposto alle interpretazioni delle procure il modo in cui l'amministrazione può farsi carico di ponderare interessi privati⁶⁰. Non meno urgente sarebbe inoltre un intervento di seria razionalizzazione della disciplina amministrativa che renda meno farraginose le scelte procedurali, se del caso pensando anche a fattispecie *ad hoc* per sanzionare specifici comportamenti (ad esempio i favoritismi nei concorsi pubblici o le violazioni urbanistiche)⁶¹. Senza interventi di questo tipo è improbabile che il conflitto fra amministrazione, politica e giustizia possa essere disinnescato o sopito.

⁵⁸ Per questo richiamo alla giurisprudenza della *Supreme Court* si veda N. Recchia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 258.

⁵⁹ In questo stesso senso cfr. E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio*, cit., 350 ss.

⁶⁰ In generale sulla regolazione dell'attività di *lobbying* e sulle possibili implicazioni penalistiche cfr. R. Alagna, *Lobbying e diritto penale. interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino 2018.

⁶¹ In questo senso, ad es., G. Pignatone, *Fare giustizia*, Roma-Bari 2021, 18 ss. La stessa relazione al d.d.l. S. 808 non esclude tale esigenza ed anzi afferma che «resta ferma, peraltro, la possibilità di valutare in prospettiva futura specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena in forza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero sopravvenire».

IL CONFINE DISFUNZIONALE. QUALIFICHE PUBBLICHE ED ESTERNALITÀ NEGATIVE NEL CONTROLLO PENALE DELLE ATTIVITÀ AMMINISTRATIVE ED ECONOMICHE

(Atti di convegno “*Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*”, 26 maggio 2023)¹

di Nicolò Amore (*Assegnista di ricerca in diritto penale, Università di Pisa*)

Lo scritto contiene delle prime riflessioni che s’inseriscono nel più ampio dibattito dottrinale sugli effetti collaterali delle scelte d’incriminazione, contestualizzandolo nell’ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione. In particolare, nelle pagine che seguono si verificherà in che modo la struttura del Titolo II e la peculiare delimitazione stipulativa del suo campo d’intervento contribuiscano a produrre importanti *chilling effect* sulle attività economiche e sociali qualificabili come “pubbliche” ai sensi degli artt. 357 ss. Cp. In chiusura, si offriranno alcune indicazioni politico-criminali reputate in grado di ridurre le esternalità negative dell’intervento penale in questo travagliato settore.

This article contains some initial reflections that insert themselves into the broader doctrinal debate concerning the collateral effects of criminalization choices, placing them within the context of crimes against public administration. Specifically, the following pages will examine how the structure of Title II and the peculiar delimitation of its scope contribute to creating significant chilling effects on economic and social activities that can be classified as “public” under art. 357 ss. Cp. In the concluding section, the paper will provide some criminal policy recommendations deemed capable of mitigating the negative externalities of penal intervention in this troubled sector.

SOMMARIO: 1. Un raggruppamento mal congegnato. – 2. L’andamento *sui generis* del titolo II e l’indecifrabile definizione di pubblico soggetto. – 3. L’irrazionalità interna ed esterna della delimitazione. – 4. Galileo Galilei e la vite di Archimede.

1. Intervengo sul limitare della sessione «*Chilling effect* e amministrazione difensiva», subito prima di quella dedicata agli “effetti collaterali” del diritto penale delle attività economiche, e direi che si tratta di una collocazione davvero calzante per il tema del mio intervento. Con le qualifiche pubbliche, infatti, chiudiamo il cerchio dei delitti contro la PA, e in questo modo definiamo ciò che sta all’interno di questo gruppo, e ciò che sta fuori, gettando così anche una prima luce, o forse meglio una prima ombra, sulla composita famiglia della criminalità economica.

Entrando subito in *medias res*, stavolta - nel ridotto spazio di questo contributo - non proverò a rispondere alla annosa domanda relativa alla individuazione del confine tra pubblico e privato; sono ormai 134 anni che ci si prova senza particolare esito, e non vorrei darvi l’impressione di una eccessiva protervia. In effetti, cambiano le norme, cambia il contesto economico-sociale, muta persino l’intero quadro istituzionale, eppure il problema della qualificazione delle attività pubbliche si ripresenta, oggi come ieri, e persino ieri l’altro. Talvolta con diversi contenuti, certo, ma, lo si può ben dire, con i medesimi accenti. Perciò, viene quasi il sospetto che le criticità che affliggono queste norme siano, forse, più radicate delle disposizioni stesse che le esprimono.

¹ Il contributo costituisce la relazione tenuta al Convegno “*Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*” (23 maggio 2023, Università degli studi della Tuscia) destinata ad essere pubblicata nei relativi Atti (Editoriale Scientifica). Si ringraziano, pertanto, i curatori (Martina Galli e Nicola Recchia) del volume per il consenso prestato ad anticipare la pubblicazione su LP.

E allora, visto la questione, davvero raffinata, che qui ci impegna – «Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione» – cercherò di seguirne il filo rosso, e riflettere con voi sulle conseguenze prodotte dalla scelta politico-criminale di dedicare un titolo *ad hoc* agli illeciti che offendono, si dice, la «Pubblica amministrazione». Non lo Stato, e neppure l'amministrazione della giustizia - interessi alla cui tutela sono dedicati il Titolo I e III. Il codice penale parla specificamente di «Pubblica amministrazione», anche se poi le qualifiche che si incaricano di dirci chi è un soggetto pubblico fanno riferimento, indifferentemente, all'attività amministrativa, giudiziaria e anche legislativa.

Qual è, allora, il significato di questo titolo, sulla base di quale idea politico-criminale era stato pensato, e soprattutto quali conseguenze produce oggi, nel quadro, mutato, di una Repubblica democratica confederata con altri stati dell'Unione Europea, e dotata di un'economia globalizzata, composta da una rete di soggetti in concorrenza tra loro? Soggetti che talora, però, vendono beni, o forniscono servizi, assolutamente indispensabili sia per lo Stato-apparato che per lo Stato-comunità. Quando si trattava di individuare il *proprium* del Titolo II, Nuvolone parlava della protezione delle attività che soddisfano un «bisogno della collettività nazionale»²; Grispigni gli faceva eco, da par suo, alludendo a un «bisogno pubblico proprio dello Stato-unità»³. Il punto però è che, oggi, queste parole non evocano la provincia o la municipalizzata, ma piuttosto il fornitore di servizi di rete, il proprietario della piattaforma, oppure ancora l'agenzia di *rating*, o l'istituto di credito.

Cominciamo, allora, questa riflessione già un po' perplessi sulla razionalità dell'impianto complessivo del raggruppamento. Abbiamo un titolo dedicato alla Pubblica amministrazione che, in verità, non si occupa soltanto di pubblica amministrazione, e anzi il suo nucleo concettuale, alla fin fine, non sembra neppure perimetrabile all'interno dell'insieme discreto di attività a cui espressamente si riferisce, nei celeberrimi articoli 357 e 358 del codice penale⁴. La sua ombra lunga, infatti, si estende alle società di capitali e alle attività commerciali, sino ad arrivare a comuni cittadini davvero insospettabili di cotanto rilievo criminale⁵.

Qualcosa non torna, forse. Vediamo, perciò, di addentrarci più all'interno del tema e della coltre di problematiche che lo circondano, per provare a portare alla luce, assieme alle contraddizioni, anche qualche riflessione più costruttiva.

2. In linea generale, sia per la sua composizione, sia per la sua storia applicativa, il raggruppamento dei delitti contro la PA si rivela un laboratorio perfetto per lo studio degli «effetti collaterali» del diritto penale, discendenti tanto dalla formulazione astratta delle norme che lo compongono, quanto dall'applicazione delle pene corrispondenti⁶. Le ragioni principali sembrano due, distinte ma interconnesse:

- i. la struttura, per così dire, *sui generis* di questo raggruppamento rispetto a quella, più canonica, della parte speciale del diritto penale;
- ii. l'incoerenza tra il suo programma politico-criminale, e il perimetro applicativo che si può desumere dalle c.d. «qualifiche pubbliche» che ne tracciano il confine.

Procedendo con ordine, se nella famosa metafora del Würtenberger⁷, ripresa da Bettiol⁸ e generalmente condivisa, il diritto penale si caratterizza per un andamento «ad arcipelago», nel Titolo II invece ne assume uno affatto continentale. Al suo interno, infatti, c'è davvero poco spazio per «il

² P. Nuvolone, *Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale*, in RIDP, 1940, 42 ss.

³ F. Grispigni, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, in Studi in onore di V. Manzini, Padova 1954, 567.

⁴ V. *infra*, par. 2.

⁵ V. *infra*, par. 3.

⁶ Sono questi i due «macromomenti» individuati da ultimo in M. Galli, *Effetti collaterali*, in Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M.M. Scoletta, C. Sotis, S.B. Taverri, Milano, 2022, 1411 ss.; v. inoltre C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in RIDPP, 1990, 502 ss.; N. Walker, *Why Punish?*, Oxford 1991).

⁷ T. Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2, 1959, p. 37.

⁸ G. Bettiol, *L'odierno problema del bene giuridico*, in RIDPP, 1959, 713, «il diritto penale è un arcipelago, nel senso che le fattispecie precisano isole di illiceità nel mare della libertà».

mare” della libertà, quando si tratta di operare delle scelte d’azione: abbiamo delitti che puniscono anche solo il ‘non attivarsi’ di fronte a richieste qualsivoglia di un portatore d’interesse, come l’omissione di atti d’ufficio (art. 328 Cp); norme che sanzionano l’influenza sui comportamenti altrui, anche senza l’utilizzo della violenza o minaccia (artt. 319 e 319-*quater* Cp); vengono poi poste fuori legge tutte le condotte difformi dalle regole modali prestabilite per l’esercizio dell’attività⁹, e altresì le scelte assunte in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto (art. 323 Cp)¹⁰; a completare il quadro, abbiamo fattispecie che vietano la rivelazione dei segreti dell’ufficio (art. 326 Cp), e persino la mera relazione con i soggetti che lo compongono, quando questa assuma carattere oneroso e abbia a oggetto la funzione dell’ufficio stesso (artt. 317 e 318 Cp); in effetti, anche solo il tentativo di instaurare tale relazione è punito, e si arriva persino a vietare l’assoldamento di altre persone con lo scopo – basta quello – di crearla (art. 346 Cp)¹¹.

A ben vedere, perciò, quello che comunemente rappresenta nient’altro che la manifestazione della propria libertà negoziale, o tutt’al più l’inadempimento di una obbligazione contrattuale, assume invece persino una caratura criminale quando viene effettuato in quest’ambito. Difatti, pagare un procacciatore d’affari per stabilire rapporti patrimoniali con determinate personalità, oppure ricevere denaro per convincere il mandatario ad acquistare un bene diverso da quello che desiderava il suo mandante, e così via, costituiscono tutti atti penalmente irrilevanti. Però quando le medesime condotte vengono effettuate in un contesto che il codice definisce “pubblico”, simili condotte guadagnano un rilievo criminoso, e anche piuttosto accentuato.

Da tale dato, a mio avviso - da questo brusco passaggio dalla libertà all’assoggettamento a vincoli penalmente sanzionati, in ragione dell’ambito di riferimento - si può già raccogliere una prima indicazione politico-criminale circa i *destinatari* degli illeciti a quell’ambito attinenti: costoro sono agenti evidentemente impossibilitati a relazionarsi come vogliono, o a decidere arbitrariamente come e in funzione di cosa agire. Sembrano, pertanto, titolari di attività incisivamente *disciplinate* dal diritto e *particolarmente significative* per il diritto, come testimonia anche la frequente ricorrenza, all’interno delle fattispecie poste a loro tutela, delle locuzioni «esercizio delle funzioni», «doveri d’ufficio» e «atto d’ufficio». Conseguentemente, essi sono tenuti, sotto minaccia di pena, a uniformare la loro condotta a quanto già prestabilito dall’ordinamento giuridico, e in particolare dalla legge, per assicurare il corretto esercizio delle loro funzioni.

In sintesi, dunque, l’andamento continentale e arido che il diritto penale assume in questo contesto può reputarsi coerente nella misura in cui le attività, e gli agenti, a cui viene applicato operino in un regime vincolistico *sui generis* e reputato della massima importanza, dunque con pochi spazi per arbitri o libere iniziative.

Oltre a essere continentale e arida, poi, la terra del Titolo II si dimostra particolarmente arcigna.

Lo si comprende bene già confrontando le comminatorie edittali previste per le fattispecie proprie semi-esclusive rispetto alle loro controparti comuni: il peculato (da 4 a 10 anni e 6 mesi) rispetto all’appropriazione indebita (da 1 a 4 anni); la concussione (da 6 a 12 anni) rispetto all’estorsione (da 5 a 10 anni, oltre la multa); la corruzione (da 3 a 8 anni, e da 6 a 10 anni per la forma *propria*) rispetto alla corruzione tra privati (da 1 a 3 anni). Va da sé che per questi reati, l’art. 131-*bis* risulta inaccessibile, con la lieve entità del fatto che potrà al più portare a un’attenuazione della sanzione (v. art. 323-*bis* Cp), piuttosto che a un proscioglimento.

Ma il carattere “arcigno” lo si comprende ancor meglio scorrendo il *parterre* delle sanzioni accessorie, e delle misure processuali e penitenziarie previste a loro completamento. Si prevedono

⁹ Seppur adesso limitatamente alle sole attività “vincolate”.

¹⁰ In proposito v. A. Merlo, “*Chi non fa non falla*”: la Pubblica Amministrazione dinnanzi al reato di abuso d’ufficio, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (Atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione.

¹¹ In proposito v. N.M. Maiello, *Corruzione e traffico di influenze illecite alla prova del rischio di chilling effect*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione; v. inoltre A. Santangelo, *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione.

pene interdittive, anche perpetue, che incidono sulla possibilità di contrattare con la PA (art. 32-ter ss. Cp) e persino sui rapporti di lavoro (art. 32-quinquies); si consente, o comunque si facilita, il ricorso a strumenti investigativi particolarmente invasivi, come gli agenti sotto-copertura (art. 323-ter Cp) e i captatori informatici (art. 267 Cpp); addirittura, in alcuni casi, si possono attivare anche le misure di prevenzione personale del “Codice antimafia” (d.lgs. n. 159 del 2011)¹².

Per giustificare un simile regime penale, perciò, sembra necessario non soltanto che l’agente ricopra un ruolo ‘rigidamente’ disciplinato dal diritto, ma che tale rigidità sia volta ad assicurare il raggiungimento di obiettivi particolarmente qualificati. Invero, considerata l’entità delle conseguenze che ne possono derivare, la violazione delle regole dell’ufficio che riveste deve essere in grado di dimostrare il tradimento di una posizione fiduciaria davvero strategica, effettivamente meritevole della forte tutela preventiva predisposta. Viene a mente il celebre adagio ricavato dal «*Plan de travail, de surveillance et de correspondance*» redatto dal *Comité de salut public*, figlio proprio di quella Rivoluzione francese che ha fatto da crogiolo anche ai concetti di PA e di pubblica funzione: «*Ils doivent envisager qu'une grande responsabilité est la suite inséparable d'un grand pouvoir*»¹³. Espressione che oggi appare un po’ ingenua, almeno nella sua componente anti-capitalista¹⁴, ma tant’è: il bacino culturale sembra proprio quello¹⁵, e il percorso da quel principio a questo regime appare peraltro sufficientemente lineare.

Ora, se la accentuazione del versante della responsabilità è chiaro – lo abbiamo visto, a dispetto del generale andamento ‘insulare’, il Titolo II assomiglia a un vero e proprio Grand Canyon – resta da capire quanto lo sia, invece, quello dei poteri e di chi ne è titolare. Perché per giustificare un regime del genere, così comprensivo nelle tipologie di condotte che vengono punite, e così severo nelle conseguenze punitive che derivano dalla violazione dei suoi precetti, i destinatari dovrebbero essere soggetti titolari di uffici non soltanto giuridicamente rilevanti, ma disciplinati proprio in modo *sui generis*, in quanto connessi a poteri e prerogative funzionali della massima importanza e delicatezza per l’ordinamento. A ben vedere, infatti, anche il diritto privato si occupa di numerosi uffici capaci di incidere sulla sfera giuridica di terzi, a partire ad esempio dalla tradizionale figura del rappresentante negoziale (artt. 1387 ss. Cc); per simili ruoli, la legge civile stabilisce specifici obblighi di diligenza e buona fede, sovente più stringenti rispetto a quelli ordinari. In questo contesto, perciò, servirebbe davvero cogliere “qualcosa in più”, degli attributi aggiuntivi di particolare significanza, tali almeno da rendere razionale la scelta particolarmente vincolistica e punitiva operata dal legislatore; in perfetto *pendant*, verrebbe da dire, con il principio di legalità sostanziale sancito dall’art. 97 Cost. proprio per le PA, e con i doveri aggiuntivi di “disciplina” e “onore” che l’art. 54 Cost. fa gravare soltanto sugli esercenti di funzioni ‘pubbliche’.

La risposta a questo interrogativo ci viene dalle norme che stabiliscono chi sono gli “intranei” e chi gli “estranei” del sistema dei delitti contro la Pubblica amministrazione, ossia gli artt. 357 e 358 Cp. Queste due norme ci dicono chi sono i soggetti pubblici, spiegandoci cosa fanno: non soltanto un’attività amministrativa, che viene distinta in una funzione e in un servizio, ma anche una

¹² Quando arrivava la condanna, poi la possibilità di sospenderla o di fruire di strumenti premiali era in larga parte esclusa, trattandosi perlopiù di c.d. “reati ostativi” ai sensi dell’art. 4-bis dell’Ordinamento penitenziario. (in proposito si leggano le considerazioni di V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionalità*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 febbraio 2019). Nondimeno, a seguito del d.l. n. 162 del 2022, convertito con modificazione dalla l. n. 199 del 2022, i reati contro la PA sono stati eliminati dall’art. 4-bis Op.

¹³ Cfr. *Plan de travail, de surveillance et de correspondance – Des fonctions des Représentans du Peuple, relatives aux corps administratifs, aux sociétés populaires, aux ressources locales du commerce et de L’industrie, et aus établissemens d former ou à perfectionner* (Du 7 Mai 1793), in *Collection générale des décrets rendus par la Convention Nationale*, 9, 72.

¹⁴ V. *infra*, par. 4.

¹⁵ D’altra parte, come noto, il raggruppamento dei delitti destinati alla tutela della PA e lo stesso concetto di amministrazione pubblica è ‘d’importazione’ francese (v. S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano 2010, 3 ss.).

legislativa, e giudiziaria. Tre attività diverse, dunque, che vengono però accomunate nello statuto penale¹⁶.

Dal punto di vista definitorio, il c.d. “anello debole” è sempre stato quella amministrativa, e ancor’oggi continua a esserlo per buone ragioni. Invero, il richiamo alla funzione legislativa e quella giurisdizionale – oltre a giovare della particolare e distintiva caratterizzazione delle due attività – può essere retamente inteso come un vero e proprio elemento normativo, perché consente di ricollegarsi almeno agli artt. 70, 117 ss. e 101 ss. Cost., oltreché ai regolamenti della Camera dei Deputati e del Senato e al R.D. n. 12 del 1941, sull’ordinamento giudiziario; disposizioni che permettono di individuare i principali titolari delle due funzioni.

I concetti di “funzione amministrativa” e “pubblico servizio”, invece, possono giovare al più di concettualizzazioni della dottrina giuspubblicistica, di cui però si rileva la sostanziale circolarità e inconcludenza sin dai tempi di Massimo Severo Giannini e della sua celebre postilla del 1973¹⁷.

Per risolvere il problema, allora, nel 1990 si pensò di darle una definizione espressa ai fini del diritto penale; il rimedio, però, si rivelò presto peggiore del male, perché la si incentrò sulla natura di “diritto pubblico” delle norme che la disciplinano, e sulla consistenza non meramente materiale o d’ordine della mansione svolta¹⁸.

Si ripropose, insomma, l’idea bobbiana di una “grande dicotomia” tra diritto pubblico e diritto privato¹⁹, utilizzandola nella più terribile delle sedi giuridiche – per l’appunto quella penale – alla stregua di novella Caronte del Titolo II: le attività disciplinate da diritto pubblico vengono traghettate nel territorio dei reati contro la Pubblica amministrazione; le altre, invece, vengono lasciate sulle sponde ben più rosee e floride del Titolo XIII, dei reati societari e così via.

Il problema è che questo Caronte non chiede l’obolo a nessuno, finendo in definitiva per traghettare a casaccio. Non lo si può biasimare, del resto, perché gli è stato imposto di prelevare una cosa che nella realtà non esiste.

In effetti, della supposta *distinzioni a priori* se ne sono occupati in molti, da Von Savigny²⁰ a Schmitt²¹, passando per Kelsen²² e Weber²³, ognuno proponendo una opinione differente, spesso critica. E non è un dato casuale, come ci mostra anche la genealogia storica recentemente compiuta da Bernardo Sordi: la distinzione, infatti, non è affatto ontologica, e tantomeno risale al noto passo di Ulpiano contenuto nel *Codex Iustinianus*²⁴; piuttosto, appare il frutto ideologico, e storicizzato, del liberismo e dell’imperativismo 800esco²⁵.

D’altronde, lo si osserva bene pure oggi: il potere e le relazioni asimmetriche sono proprie anche delle attività private (pensiamo alla regolazione del mercato, o ai rapporti di lavoro); gli interessi di rango generale possono essere soddisfatti anche con strumenti civilistici, e in linea generale ogni caratteristica dell’attività pubblica finisce per poter essere riscontrata anche in quella privata, e *viceversa*. Gli esempi che si possono fare sono molteplici, ma concentriamoci giusto sulle ipotesi di

¹⁶ Ciò accade sin dai tempi in cui si parlava, con Carrara, della «pubblica giustizia», arrivando poi ai codici pre-unitari e allo Zanardelli. Non è dunque soltanto un’eredità del fascismo, anzi è un approccio che, a dispetto della separazione dei poteri a cui si ispira, è nato proprio nel periodo liberale, e che continua ad essere largamente adoperato in molte altre esperienze giuridiche e anche a livello europeo e internazionale, come ci testimonia bene l’art. 322-bis Cp.

¹⁷ M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in *Quad. fior.*, 1973, 179 ss.

¹⁸ Precisazione preziosa, questa, quanto sostanzialmente inascoltata. E lo sanno bene i bidelli di scuola elementare (v. *infra*), o gli “scassettatori” di *slot-machine*, per richiamare la terminologia della Corte (Cass. pen. S.U. 6.2.2021, n. 6087, con nota di N. Amore, *Le Sezioni Unite e il peculato del gestore di “slot-machine”*, in *CP*, 2021, 2451 ss.),

¹⁹ N. Bobbio, *Pubblico/privato*, in *Enc. Ein.*, Torino, 1980, 401 ss.

²⁰ F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino 1840.

²¹ C. Schmitt, *Über die zwei großen “dualismen” des heutigen rechtssystems* [1939], in C. SCHMITT, *Positionen und Begriffe*, Berlino 1988.

²² H. Kelsen, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *RIFD*, 1924, 341.

²³ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922.

²⁴ Ulpiano, D. 1,1,1,2.

²⁵ B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

più stringente e problematica attualità: è sotto gli occhi di tutti come sia prevalentemente la piattaforma privata *Twitter* (ora «X») a interferire sulla diffusione dei messaggi rilevanti per il dibattito politico²⁶, mentre la gestione di una avanzata tecnologia di telecomunicazione («*StarLink*») da parte del *board* della società proprietaria («*SpaceX*») riesce a far naufragare addirittura un'operazione militare non gradita condotta da uno Stato sovrano estero²⁷. Il mercato, poi, ormai è popolato da numerose entità ibride, tanto che è ormai tramontata, dalla visuale di altri ambiti di disciplina, l'ambizione di distinguerle tra pubbliche e private: su impulso dell'Unione, oggi tutti i paesi membri variano la nozione di Amministrazione a seconda del plesso normativo, e in funzione degli scopi di quel singolo plesso normativo. E così, abbiamo il T.U. sul pubblico impiego, la legge sul procedimento amministrativo, il nuovo codice dei contratti pubblici (etc.), che forniscono ciascuna la sua definizione di PA. In definitiva, le famose “norme di diritto pubblico” a cui il diritto penale ingenuamente si richiama, non ci dicono più chi è la Pubblica amministrazione, ma soltanto chi lo è ai determinati fini del singolo regime amministrativo preso in considerazione.

La Pubblica Amministrazione contemporanea, allora, è divenuta “Nessuno”, una novella Ulisse, che cambia veste a seconda di ciò che le è richiesto dalla situazione. Ed è inutile guardare alla natura «pubblica» della disciplina – come pure suggerirebbe la definizione dell'art. 357 Cp – perché è proprio in quella tipologia di disciplina che s'incontrano definizioni di PA a geometrie programmaticamente variabili.

Si capisce bene, dunque, come tutto l'arsenale punitivo dispiegato nel Titolo II, si trovi ormai a essere direzionato in modo contraddittorio rispetto alle sue stesse premesse, senza una chiara delimitazione del suo campo d'intervento, in un contesto che è profondamente mutato rispetto al quadro che il codificatore aveva in mente, quando redigeva il codice²⁸.

3. Alla luce di quanto si è osservato, verrebbe da dire che qui la principale fonte di effetti collaterali alberghi proprio nell'irrazionalità complessiva dell'architettura penale del Titolo II, che risulta ormai sostanzialmente incomunicabile ai consociati, e del tutto imprevedibile nella selezione dei suoi destinatari.

Ciò produce, anzitutto, delle contraddizioni interne, che derivano dalla scelta di accomunare il regime penale di funzioni in realtà molto diverse. Tali contraddizioni hanno come risolto un difetto di effettività della tutela penale, che passa essenzialmente per l'incapacità, delle fattispecie, di attagliarsi alla specifica attività presa volta per volta in considerazione: pensiamo alla corruzione propria o all'omissione d'atti d'ufficio con riferimento all'attività legislativa, oppure al riformato abuso d'ufficio e al rifiuto d'ufficio rispetto all'attività giudiziaria; o ancora al significato della «induzione indebita» nell'attività amministrativa, che almeno in quel contesto dovrebbe esser trattata al pari della corruzione²⁹.

Ma vi sono, direi soprattutto, contraddizioni “esterne”, derivanti esattamente dall'irrazionalità del criterio discrezionale intranei/estranei, irrazionalità che si apprezza anche con riguardo alle conseguenze penali che ne derivano. Ed è qui che si verifica il c.d. *chilling effect*³⁰, ossia, per intendersi, quella

²⁶ Il caso che ha avuto l'eco più ampio concerne la passata rimozione di Donald Trump dal *social network*, dopo i messaggi inviati prima e durante i gravi fatti occorsi a Capitol Hill (in proposito v. per es. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in Riv. it. info. dir., 2021, 2, 43 ss.; S. Bonfiglio, *L'assalto a Capitol Hill e la tenuta dello Stato di diritto nelle democrazie contemporanee*, in *DemSec*, 1, 2021, 3 ss.).

²⁷ Si rinvia ad esempio a V. Kim, *Elon Musk Acknowledges Withholding Satellite Service to Thwart Ukrainian Attack*, in *nytimes.com*, 8.9.2023.

²⁸ Il problema è diffuso, ma nel nostro Paese è aggravato da una definizione di “attività amministrativa” (propiziata dalla dottrina) che è al più evocativa, non certo connotativa; e da una giurisprudenza che, per prendere a prestito una espressione di Welzel, alla tipicità preferisce come referente una certa visione dell'etica sociale, con conseguente approccio casistico mantenutosi inalterato negli anni, a dispetto delle riforme.

²⁹ In proposito sia consentito il rimando a N. Amore, *Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, Torino 2022.

³⁰ Il tema è stato affrontato N. Recchia, *Diritto penale e chilling effect*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di*

particolare perversione della general prevenzione negativa, che porta a dissuadere non soltanto dal compimento dell'illecito, ma dalla stessa attività lecita da cui origina l'illecito, e che pure avrebbe una sua utilità sociale. Un *chilling* che può esprimersi tanto in comportamenti compiutamente evasivi, di rinuncia radicale al compimento dell'attività, che in contegni elusivo-*difensivi*, in cui cioè si agisce non con la preoccupazione del risultato che si ottiene, ma di quello di cui si potrebbe essere rimproverati.

Anzitutto, abbiamo schiere di privati cittadini considerati pubblici ufficiali pure quando esercitano attività disciplinate dal codice civile (un buon esempio è il curatore dell'eredità giacente)³¹, e persino quando compiono mansioni caratterizzate prevalentemente dalla spendita di energia fisica o, comunque, dal disimpegno d'attività d'ordine (si pensi al bidello di scuola elementare)³². Qui la sperequazione tra *responsabilité* e *pouvoir* è talmente palese da poter far 'debordare, per così dire, l'effetto *dissuasivo* del divieto persino sull'attività (lecita e autorizzata) da cui l'illecito scaturisce, che così invece di essere promossa viene scoraggiata.

Si pensi al noto caso del difensore che verbalizza l'intervista difensiva, considerato dalle Sezioni Unite un pubblico ufficiale come il Pubblico Ministero³³. Come a dire: alla 'vostra' richiesta di "parità delle armi", faccio subito conseguire la parità delle responsabilità. La realtà, però, è che le "armi" effettivamente a disposizione delle due parti non sono affatto equiparabili, e in questo modo si è contribuito a spuntare ulteriormente quelle riconosciute all'avvocato. L'indagine difensiva dell'avvocato, infatti, oltre a giovare di supporti investigativi minori, è disciplinata in modo da rimanere facoltativa e unidirezionale (in quanto limitata alla ricerca e individuazione di elementi di prova 'a favore' della parte privata assistita, v. art. 327-*bis* Cpp), potendo anche risultare incompleta (il difensore resta libero di valutare quali e quanti atti di indagine compiere, e soprattutto quali di essi introdurre nel processo, v. art. 391-*octies* Cpp). Invece, la si parifica a quella svolta del PM, ponendo tuttavia l'avvocato non tanto (o meglio, non soltanto) perché ha formato un verbale che raccoglie in modo incompleto le dichiarazioni rilasciategli, quanto perché lo ha poi impiego nel processo; finendosi, così, per punire un falso in atto pubblico in ragione del suo utilizzo, secondo uno schema casomai tipico del falso in scrittura privata, già solo per questo involontariamente dimostrando come le caratteristiche dei due ruoli processualmente contrapposti non disegnino affatto simmetrie. In tal modo, alla tradizionale poca dimestichezza della nostra avvocatura con le indagini difensive, si aggiunge un effetto di *raffreddamento*, che si nota bene non solo dalla loro assenza nella prassi, ma pure dai convegni che le sono dedicati, con tutte le preoccupate diatribe sull'opportunità di registrare o video-registrare l'incontro, sul dovere o meno di produrle, e addirittura sulla possibilità di non consegnarne copia al difensore che subentri nel mandato. Con, talvolta, la raccomandazione: evitate, se potete.

Sarebbe bene evitare "pubblicizzazioni" affrettate delle attività e degli agenti che le svolgono, perché gli effetti che ne possono derivare sono davvero ragguardevoli in questo settore.

Lo testimonia efficacemente anche il caso dell'esercizio della facoltà d'arresto da parte del privato (art. 383 Cpp). Come noto, la giurisprudenza sostiene, condivisibilmente, che una simile prerogativa implica un «esercizio di fatto dei poteri [...] e [...] delle attività procedurali propri degli organi di polizia giudiziaria». Da ciò, tuttavia, se n'è fatto forse troppo *velocemente*³⁴ discendere il

criminalizzazione (atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione, oltretutto da L. Clemenzi, *Chilling effect: una prospettiva terminologica*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione* (Atti del convegno), Bologna, in corso di pubblicazione.

³¹ Cass. 23.7.2010 n. 34335, in *italgiure.giustizia.it*.

³² Cass. 16.3.1993, *Aprea*, in *RPE*, 1994, 67.

³³ Cass. Sez. Un., 28 settembre 2006, n. 32009, con nota di A. Vallini, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, in *DPP*, 2007, 347 ss.

³⁴ Inteso quale richiamo al pensiero "veloce", o "Sistema 1", relativo alle decisioni che si compiono senza una riflessione compiuta e consapevole, e pertanto più esposte (tra l'altro) a euristiche (v. D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York 2011, trad. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano 2012).

riconoscimento della qualifica penale “pubblica” a colui che lo effettua, equiparando così il cittadino all’agente di polizia giudiziaria che esegue l’arresto. A sostegno di questa soluzione si potrebbe considerare la necessità di evitare una irragionevole discrasia fra la minore tutela penale riservata a chi agisce, in fondo, per ragioni di solidarietà sociale e fini di giustizia, e quella che viene invece apprestata a chi, comunque, si limita ad adempiere ai doveri del proprio ufficio. Nondimeno, si tratterebbe di un approccio sostanzialista davvero degno di miglior causa, non sostenuto da argomenti sufficienti ad avvalorarne la fondatezza.

Procedendo con ordine, si può anzitutto evidenziare, banalmente, come la norma incriminatrice non sia diretta a tutelare chi agisce, ma semmai chi subisce l’arresto. In secondo luogo, gli artt. 357 ss. Cp conferiscono la qualifica di “pubblico” agente sulla base della consistenza e della disciplina dell’attività esercitata, non delle sue finalità –anzi, è proprio per escludere il riferimento alle generiche “finalità”, che si è proposto un criterio di matrice funzionale-obiettiva, incentrato sulla natura della disciplina che regola la mansione svolta al momento dell’illecito³⁵. A tale proposito, è evidente che l’attività di arresto del privato si differenzia da quella del pubblico ufficiale, non essendo né “doverosa”, né tantomeno doverosamente “tempestiva” e “imparziale”. In effetti, l’aspetto saliente che potrebbe sfuggire è proprio questo: se si dice che l’arresto del privato costituisce un’attività pubblica, e si equipara il soggetto che lo compie a un soggetto pubblico, allora significa che in quel frangente egli diviene assoggettabile all’intero raggruppamento delle fattispecie proprie previste dal Titolo II; conseguentemente, potrebbe forse costituire rifiuto di atti di ufficio la scelta del privato di non attivarsi nel mentre, sotto i suoi occhi, si sta consumando un furto³⁶; oppure ancora, se invece desse tempestivamente seguito alle sollecitazioni del titolare dell’appartamento spogliato, di inseguire quello stesso ladro in cambio di una somma di denaro, gli si dovrebbe altresì applicare il delitto di corruzione per l’esercizio della funzione; e così via. *Tertium non datur*. Peraltro, vale forse la pena evidenziare, sommessamente, come insistere nel voler assimilare il cittadino che arresta a un Ufficiale, finisca pure per determinare la sostanziale abrogazione dell’art. 628 Cp: difatti, ogni

³⁵ M. Gallo, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico (a proposito dei dipendenti degli istituti di credito di diritto pubblico)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, 217 ss.; G. Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *RIDPP*, 1967, 3 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 11; C. Pedrazzi, *Problemi e prospettive del diritto penale dell’impresa pubblica*, in *RIDPP*, 1966, 353. P. Severino Di Benedetto, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1987, 29 ss.; A.M. Stile, voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *DigDPen*, Torino, 1987, 132 ss.).

³⁶ Si potrebbe eccepire che anche in campo pubblico possono esistere attività che non devono essere obbligatoriamente effettuate. In effetti, si potrebbe chiamare in causa proprio l’art. 381 Cpp, che disciplina l’arresto “facoltativo” da parte dello stesso agente di polizia giudiziaria. A ben vedere, però, questa eccezione evidenzia anche il «motivo profondo» per cui «l’impostazione funzionale-obiettiva pura non è mai riuscita a metter d’accordo gli interpreti: per la collettività, infatti, esistono ruoli e posizioni che si impongono di per sé (nel loro complesso, si potrebbe dire), a prescindere dalla specifica attività che stanno compiendo in quel momento. Per esempio, il parlamentare, il ministro, l’agente di polizia (etc.) sono in genere percepiti come tali perché eletti, nominati, oppure perché indossano la divisa, e così via. E certamente sono considerati come tali in tutto quello che fanno, pertanto ci si aspetta che la valutazione della loro posizione non vari a seconda della mansione che stanno espletando nel determinato caso. Oggi, tuttavia, ai fini del diritto penale, gli artt. 357 ss. Cp richiedono proprio di inferire la natura (non di parlamentare, di ministro o di agente di polizia, bensì) di soggetto pubblico, guardando alla tipologia di disciplina che regola (non la funzione nel suo complesso, bensì) la singola attività in corso di espletamento. E allora, volendo andare a guardare un po’ più da vicino l’attività richiamata (arresto facoltativo della p.g.), la risposta può essere articolata nei termini che seguono: come noto, la p.g. è tenuta a ben precisi obblighi di servizio e di comportamento, che riconducono la ‘facoltatività’ di alcune sue scelte (tra cui, per l’appunto, quella in tema di arresto nei casi indicati dall’art. 381 Cpp) al doveroso e corretto governo di criteri tecnici di opportunità non direttamente sindacabili dal giudice. In pratica, nel caso della p.g. l’arresto non è mai propriamente “facoltativo”, bensì “discrezionale”. Ossia, mentre il cittadino resta completamente libero di scegliere a suo totale piacimento se agire o meno, qualsivoglia sia la ragione, la p.g., invece, deve scegliere se agire o meno sulla base di una valutazione discrezionale che la legge gli assegna, e che deve compiere. Non può, insomma, disinteressarsi della vicenda: può scegliere se intervenire o meno, analizzando l’opportunità della sua azione (ad es. dal punto di vista investigativo), ma non ha la possibilità di prescindere da questa valutazione» (cfr. N. Amore, *Pubblico e privato*, cit., 195 ss.).

reazione alla sottrazione di un bene che si risolva in un tentativo di *fermare* l'aggressore da parte del soggetto passivo e/o di un terzo, permetterebbe di considerare questi ultimi quali soggetti pubblici; conseguentemente colui che li percuota o li minacci «per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità» realizzerebbe non più un fatto di rapina impropria, bensì di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 Cp). *Last but not least*, una simile assimilazione porrebbe poi il tema del regime penale delle condotte offensive compiute sulle persone poste in custodia, perché finirebbe per estendere al privato anche il regime speciale previsto per gli ufficiali che compiono condotte *abusive* contro gli arrestati e i detenuti (art. 606 ss. Cp), generando in tal modo ulteriori irrazionalità applicative³⁷.

Ma le cose, evidentemente, non stanno così. La ragione non risiede soltanto nell'assurdità dell'esito, che comunque già di per sé è tale da condurre, inevitabilmente, a sconfessare il ragionamento dal quale deriva. Piuttosto essa riposa soprattutto sulla diversa posizione dei due soggetti, l'Ufficiale e il privato, che possono eseguire l'arresto; una differenza persino ovvia – dati i diversi obblighi incombenti sul primo rispetto al secondo, quale imprescindibile corredo di una posizione professionale di potere e responsabilità³⁸ – che *in subiecta materia* viene riconosciuta e ratifica dallo stesso codice di procedura penale, nella misura in cui detta per il comune cittadino regole procedurali *ad hoc* nell'art. 383 co. 2 Cpp, non aspettandosi certo l'osservanza dei più articolati doveri funzionali discendenti dalla veste di agente delle forze dell'ordine. E, si potrebbe aggiungere, menomale che lo fa esplicitamente, visto che sostenere il contrario produce come risultato sia di estendere ulteriormente l'area del penalmente rilevante, sia di scoraggiare ulteriormente i privati ad effettuare proprio quegli interventi congruenti con i doveri di solidarietà sociale prescritti dalla costituzione, che pure si intendeva valorizzare.

In definitiva, perciò, quando la responsabilità per l'esercizio del potere, e la violazione del dovere, ricade su soggetti privi di quel potere e di quel dovere, l'effetto dissuasivo della legge penale si estende dal comportamento illecito, all'attività lecita che esso perverte, finendo in definitiva per scoraggiare entrambi.

Il paradosso, però, è che anche quando viene applicato a soggetti, o meglio ad attività che sembrano meglio attagliarsi al regime vincolistico e repressivo del Titolo II, gli effetti che si raccolgono sono forse peggiori del male stesso che si intendeva combattere.

Guardando al passato abbiamo il noto caso dei fidi bancari facili, culminato con l'equiparazione delle banche private a quelle pubbliche, che ha avuto come unico effetto quello di paralizzare ulteriormente un mercato del credito tradizionalmente già poco fluido nel nostro Paese³⁹. Guardando all'oggi, riscontriamo questa tendenza ad accomunare a dei soggetti pubblici coloro che prestano servizio presso le c.d. «amministrazioni aggiudicatrici». Ora, non c'è dubbio che almeno l'amministratore delegato dell'Eni, o di Enel, e così via, sia in grado di compiere illeciti di ben maggiore rilevanza rispetto all'addetto di una municipalizzata. Tuttavia, la violazione delle procedure d'evidenza frustra per lo più l'interesse della concorrenza, ossia precisamente quell'interesse – pubblico, peraltro, il che evidenzia una volta di più come questa etichetta sia capace di *evocare* ma non di *connotare* – che si ritiene essere tutelato dai reati societari e dalla fattispecie di corruzione tra privati⁴⁰. Senza contare,

³⁷ In estrema sintesi, si tratta di fattispecie fondate sull'idea che si “abusi” di poteri sulla persona in custodia che sono stati previamente attribuiti giuridicamente e di cui, perciò, è in certa misura legittimo l'utilizzo; pertanto, simili violazioni vengono punite meno severamente di corrispondenti eventuali ipotesi di reato comune.

³⁸ Apparirebbe offensivo doverlo “dimostrare” elencando la corposa sequela di norme giuspubblicistiche dedicate alla disciplina (ad esempio) di questo o di quel corpo di polizia, delle loro disposizioni deontologiche e di condotta, nonché di quelle destinate alle regolamentazioni della attività di polizia amministrativa e giudiziaria.

³⁹ Si veda per tutti AA.VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980; V. MANES, *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 599 ss.

⁴⁰ In proposito v. per es. S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *DPP*, 2017, 713 ss.; A. Spena, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *RTDPE*, 2007, 805 ss.

poi, che la nozione di Amministrazione cambia, lo si è visto, da una legge amministrativa all'altra, a prescindere dalla qualità dei vincoli e della fiduciarità dei ruoli.

Una confusione tremenda, insomma, che le società fronteggiano con consulenze esose (con conseguenti ricarichi sui costi a carico degli utenti), nella vana speranza di capire se in caso di violazione del codice appalti si incorra nell'applicazione del Titolo II, e pure se si è sottoposti al regime 190, a quello 231, o, come talvolta capita, a entrambi. Con l'aggiunta così di una ulteriore burocratizzazione dell'attività di questi enti, sempre più simili, stavolta sì, a delle PA piuttosto caricaturali.

Come uscirne, allora?

4. È fuor di dubbio che il *chilling effect*, in sé per sé, si possa combattere con progressivi disimpegni del penale. Del resto, in Inghilterra è dal 1600 che hanno capito che a grandi poteri possano semmai funzionalmente meglio corrispondere responsabilità limitate⁴¹. E, guarda caso, è proprio alla responsabilità limitata che si ritorna, per garantire il miglior esercizio dei grandi poteri, a partire da quelli democratici: pensiamo, ad esempio, al dibattito sulla amministrazione difensiva e sulla paura di firma dei sindaci indotta dalla figura dell'abuso di ufficio⁴²; ancora, alle immunità dei Parlamentari e dei Capi di Stato; e così via.

Dall'altro lato, però, sono *anche* i vuoti di tutela che hanno fomentato l'applicazione estensiva del Titolo II⁴³: del resto, non si può certo dimenticare l'ovvio, cioè come l'illecito produca effetti negativi innanzitutto sui terzi⁴⁴; effetti che, in questo ambito specifico, minacciano pure di riflettersi sull'intera collettività.

E allora, tra il martello degli effetti collaterali e l'incudine della ineffettività della politica criminale, se ne può uscire tenendo presente che l'effetto di *raffreddamento* costituisce anzitutto un problema di *percezione*: l'agente non è inibito dalla sproporzione del trattamento, bensì dalla percezione della sproporzione. Lo si vede bene nella responsabilità medica: la condanna è una rarità – anche per i processi di selezione informale secondaria ampiamente favorevoli a queste categorie d'autore – e i dibattimenti non sono davvero tra i più numerosi⁴⁵. L'esposizione alla querela o denuncia, e/o al processo – certo già in sé non particolarmente motivante – viene comunque avvertita come esposizione alla responsabilità penale *tout court*.

⁴¹ Il riferimento è alla fondazione della *East India Company* e alla conseguente affermazione del principio di responsabilità limitata per i suoi finanziatori. Del resto, volendo indugiare ancora per qualche attimo sui richiami a effetto, si potrebbe evidenziare che anche i supereroi vengono spesso ritratti mascherati, proprio al fine di schermarli dalle 'responsabilità' che potrebbero derivargli dal compimento delle loro mirabolanti imprese.

⁴² V. A. Merlo, "*Chi non fa non falla*", cit.

⁴³ Per una recente analisi critica sulla espansione applicativa del Titolo II v. P. Pomanti, *La circolarità dei modelli nello statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino 2022.

⁴⁴ Al modo degli *obiter punishment* prodotti dall'applicazione della pena (v. N. Walker, *Why Punish?*, cit., 106 ss.) anche l'illecito può ripercuotersi, ad esempio, sulla vita lavorativa, sociale e familiare tanto delle vittime, quanto dei loro congiunti e delle altre persone a queste connesse.

⁴⁵ Con ciò non s'intende ignorare, né tantomeno sminuire, gli effetti negativi che anche la sola ricezione degli avvisi di garanzia, talvolta distribuiti pure a *pioggia* nel determinato reparto implicato, può generare tra gli imputati; avvisi a cui, peraltro, generalmente seguono pregiudizi reputazionali causati (pure) della copertura mediatica della vicenda, invero non sempre avveduta (con relativa indicizzazione delle notizie anche a 'lungo termine' sui motori di ricerca), e spese legali per gestire il processo che minaccia d'instaurarsi. Solo (e brevemente), per ruoli "di responsabilità", non si può pensare di non essere esposti a vicende che proprio la "responsabilità" chiamano in causa (ancora, questo non significa che si debba perciò solo accettare come fisiologica una qualsivoglia esposizione al contenzioso, bensì che si debba prendere atto di come tale contenzioso sia destinato a far parte della propria vita professionale). È anche un problema formativo, e difatti non è un caso che l'*American College of Surgeons* indichi tra le abilità richieste per diventare un chirurgo «*At the core, surgeons must be able to accept responsibility [...] Students who are uncomfortable making quick decisions, occupying positions of leadership, or discussing errors in a public forum may be uncomfortable in surgical roles*» (cfr. ACS, *So You Want to Be a Surgeon. Section I: Surgical Traits*, in *facs.org*).

Ciò ad avviso dello scrivente rende almeno *sensata* l'idea di concentrarsi sulle cause che frustrano la comprensibilità e la coerenza della comunicazione normativa, oltreché della prassi giudiziaria. Invero, si ritiene che questa incomprensibilità, questa incoerenza, si leghi anzitutto alla pretesa di utilizzare il processo penale per la risoluzione di raffinate dispute di filosofia del diritto, relative all'essenza pubblica o privata della determinata disciplina; dispute che postulano pure la padronanza di un arsenale concettuale molto elaborato, oltreché dai risvolti sempre opinabili.

A dire il vero, strategie interpretative per correggere un po' il tiro ne esisterebbero. Tuttavia, da un lato, esse non risolvono tutte le aporie interne a cui ho già fatto cenno; dall'altro, su queste strategie non esiste ancora un consenso sufficiente⁴⁶.

Non resta che la consueta invocazione delle riforme, che però evito, visti i catafalchi normativi che ci vengono solitamente restituiti in cambio di così azzardate pretese. Mi limito a segnalare l'opportunità di differenziare gli statuti penali delle tre funzioni, che oggi si distinguono per connotati ancor più inconciliabili. Poi, per quella amministrativa, si dovrebbe eliminare la distinzione, inutile e ormai anche sistematicamente superflua, tra funzione e servizio, dopodiché:

- i. o si abolisce il confine con l'attività privata, dettando criteri di rilevanza penale pensati per agire ubiquitariamente su ambo i campi (lo fa il *bribery act* ad esempio, seppur valendosi di parametri e modalità di qualificazione piuttosto discutibili nella prospettiva di un ordinamento di *civil law*⁴⁷), il che, tuttavia, determinerebbe un mutamento di paradigma radicale, che richiederebbe un'opera di armonizzazione sistematica davvero notevole, coinvolgente anche la formulazione dei precetti e la quantificazione delle sanzioni;
- ii. oppure si connotano meglio i confini dell'attività amministrativa, in modo da rendere applicabile i delitti che la riguardano soltanto ad attività ben definite e di particolare rilievo. Vasto programma, si potrebbe obiettare. Nondimeno, soluzioni esperibili emergono dalla dottrina e dalla comparazione: solo per citarne alcune, si potrebbe adottare una definizione espressa delle attività amministrative ritenute rilevanti, nominandole espressamente e analiticamente (si potrebbero ad esempio richiamare le prerogative delle amministrazioni statali e degli enti territoriali esponenziali, soluzione vicina a quella adottata negli Stati Uniti e in alcuni altri paesi nord europei); in alternativa si potrebbe formulare un criterio di qualificazione più specifico⁴⁸, o scegliere a quale dei molteplici regimi amministrativi vigenti⁴⁹ riferirsi per individuare le attività rilevanti ai fini della qualificazione penale degli

⁴⁶ In proposito si prenda volendo in considerazione l'interpretazione «funzionale-tipologica» proposta per la prima volta in N. Amore, *Circolazione dei metodi e disorientamento degli scopi nella repressione dei reati propri contro la Pubblica amministrazione. Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, in RIDPP, 2018, 2070 ss., e successivamente ulteriormente sviluppata in Id., *Pubblico e privato*, cit.

⁴⁷ L'ambito soggettivo di applicazione del *Bribery Act* del 2010 ricomprende in astratto «any function of a public nature», «any activity connected with a business», «any activity performed in the course of a person's employment», «any activity performed by or on behalf of a body of persons (whether corporate or unincorporate)» (sez. 3), con la sua concreta applicazione che viene però a dipendere dall'esito di un «expectation test» svolto *ex post* dal giudice, calibrato sulle generiche «aspettative di un cittadino ragionevole» in merito al dovere dell'agente di eseguire la sua attività «in good faith», «impartially» o comunque trovandosi «in a position of trust by virtue of performing it» (sez. 5).

⁴⁸ Nel 1990 si è cercato di descrivere l'attività «amministrativa» – concetto come noto privo di definizioni normative espresse – adoperando in primo luogo un criterio di tipo puramente valutativo, basato sulla natura “pubblica” della disciplina; si tratta di una soluzione evidentemente contraddittoria, perché pretende di chiarire i polemogeni significanti di “funzione amministrativa” e “servizio pubblico”, mediante un referente altrettanto privo di contenuto univoco. Stavolta, invece, si dovrebbe individuare un criterio in grado di indicare direttamente ed esattamente quali attività si ha in mente di sottoporre al regime penale previsto. In particolare, qualora non si individuino parametri univoci in grado di selezionare precisamente le attività amministrative rilevanti a fini penali (si dovrebbero evitare referenti generali e generici quali, ad esempio, la “imparzialità” e il “buon andamento”), si potrebbe pensare anche di nominarle in modo espresso (per agevolare la comprensione attraverso un'analogia, si pensi all' elencazione con cui l'art. 117 co. 2 Cost. individua espressamente le competenze legislative esclusive dello Stato).

⁴⁹ Al modo del codice del processo amministrativo insomma, che al suo art. 7 co. 2, sposa una nozione di PA collegata

agenti (assicurandosi che esso risulti effettivamente congruente con lo statuto penale a cui lo si vuole collegare).

Naturalmente, niente di tutto questo vedrà mai la luce. E allora ecco l'ulteriore *chilling effect* che si rischia: quello che inibisce, in chi studia, la voglia di approfondire, discutere e proporre.

Tuttavia, da bravo pisano, non perdo la speranza: come osservava l'autorevole concittadino Galileo Galilei nelle *Meccaniche*, la vite di Archimede ci dimostra come si possa trovare il modo di *ascendere* anche discendendo continuamente⁵⁰. Perciò sono convinto che, già facendo sedimentare queste e altre riflessioni, e mantenendo vivo il dibattito, seppur lentamente, qualcosa riusciremo ad edificare.

soprattutto all'ambito di applicazione soggettiva di un'altra legge amministrativa, ossia la l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo: «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

⁵⁰ «Non mi pare che in questo luogo sia da passar con silenzio l'invenzione di Archimede d'alzar l'acqua con la vite: la quale non solo è maravigliosa, ma è miracolosa; poiché troveremo, che l'acqua ascende nella vite discendendo continuamente» (cfr. G. Galilei, *Le mecaniche*, in *Le Opere di Galileo Galilei*, Firenze 2019).

IL *DIES AD QUEM* DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA IN CASO DI CONDANNA: “ACCERTAMENTO LEGALE DELLA COLPEVOLEZZA” E “DEFINITIVITÀ DELLA SENTENZA” TRA ATTI SOPRANAZIONALI E COSTITUZIONE ITALIANA

di Nicola Pascucci (*Ricercatore in Diritto Processuale Penale, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo*)

Il contributo analizza l'operatività della presunzione di innocenza in caso di condanna non definitiva, alla luce delle diverse formulazioni del principio a livello sopranazionale e costituzionale. Se da un lato gli artt. 6 § 2 CEDU, 48 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 3 direttiva 2016/343/UE parlano nitidamente di “presunzione d'innocenza”, a fronte di un'enunciazione più ambigua dell'art. 27 co. 2 Cost. («l'imputato non è considerato colpevole»), dall'altro, il momento finale della presunzione è individuato in modo più perentorio dalla norma costituzionale, che parla di «condanna definitiva», a fronte di un generico “accertamento legale della responsabilità” contenuto nelle disposizioni sopranazionali. Un approccio sfumato può altresì rinvenirsi in alcune pronunce della Corte di Strasburgo. Tuttavia, deve ritenersi che nel nostro ordinamento la presunzione operi pienamente fino al passaggio in giudicato della condanna. Si prendono quindi le distanze dai passati tentativi di anticipare il *dies ad quem* del principio ad una fase anteriore, in contrasto con il chiaro tenore letterale dell'art. 27 co. 2 Cost. L'articolo considera inoltre le declinazioni della presunzione a livello codicistico, soprattutto in tema di giudicato progressivo, indicando le soluzioni interpretative più conformi alla Costituzione.

This paper analyses the functionality of the presumption of innocence in instances of non-final convictions, juxtaposing the different formulations of the principle at supranational and constitutional levels. On the one hand, Articles 6(2) ECHR, 48(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and 3 Directive 2016/343/EU clearly provide for the concept of “presumption of innocence”, whereas a more ambiguous definition is provided for by Article 27(2) of the Italian Constitution (“a defendant shall not be considered guilty”); on the other hand, the final term of applicability of the presumption is more peremptorily identified by the constitutional provision, which refers to a “final conviction”, as opposed to a generic “legal proof of guilt” contained in the supranational provisions. A nuanced approach can also be found in the ECtHR's case-law. However, it must be held that in the Italian legal system the presumption operates fully until a conviction becomes final. Therefore, this paper distances itself from past attempts to anticipate the *dies ad quem* of the applicability of the principle to an earlier stage, in contrast with the clear wording of Article 27(2) of the Constitution. The declinations of the presumption enshrined in the Italian Code of Criminal Procedure are also considered, especially about so-called “partial judgement”, indicating the interpretative solutions most in compliance with the Constitution.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La presunzione di innocenza fino a che non sia stata legalmente provata la responsabilità: la CEDU e gli orientamenti della Corte di Strasburgo. – 3. Presunzione di innocenza e “accertamento legale della colpevolezza” negli atti dell'Unione europea. – 4. La non colpevolezza fino alla «condanna definitiva» ex art. 27 co. 2 Cost. – 5. Segue: «condanna definitiva» e giudicato progressivo. – 6. Conclusioni: un necessario coordinamento tra le diverse formulazioni nell'ordinamento italiano.

1. La presunzione di innocenza nel procedimento penale, sancita solennemente fin dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789¹, rappresenta oggi una vera e propria “pietra angolare” del diritto al *fair trial*² ed è riconosciuta sia dall'art. 14 § 2 Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) che dall'art. 6 § 2 CEDU³. In seno alla c.d. “Piccola Europa”, essa si è dapprima affermata a livello giurisprudenziale⁴, per poi essere in seguito prevista dall'art. 48 § 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nonché dalla direttiva 2016/343/UE⁵. Tali atti sopranazionali, seppur con formulazioni non del tutto coincidenti, stabiliscono che le persone accusate di un reato – cioè, secondo la formulazione eurounitaria, l'indagato e l'imputato – sono “presunte innocenti”.

Com'è noto, anche la Costituzione italiana sancisce il principio in esame, benché con un'espressione in negativo: l'art. 27 co. 2 Cost. dispone che l'imputato «non è considerato colpevole». Non accennando né alla presenza di una presunzione, né all'innocenza dell'imputato, tale disposizione ha ingenerato le interpretazioni più disparate sul significato da attribuirvi⁶. Le nozioni di “innocente” e di “non colpevole” paiono comunque equivalenti, non essendo previsto un *tertium genus* tra innocenza e colpevolezza⁷, cosicché parte della dottrina giunge alla conclusione che l'art. 27 co. 2 Cost. sancisce a tutti gli effetti una presunzione di innocenza⁸. Tuttavia, il legislatore costituzionale

¹ In base al suo art. 9, «tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi».

² D. Sayers, *Article 48 (Criminal Law)*, in Aa.Vv., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner e A. Ward, Oxford-Portland 2014, 1304. In merito alla presunzione di innocenza configurata dall'art. 48 § 1 CDFUE v. altresì, per tutti, T. Lock, *Art. 48 CFR*, in Aa.Vv., *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, a cura di M. Kellerbauer, M. Klamert e J. Tomkin, Oxford 2019, 2228, secondo cui la medesima «is a common rule of procedural fairness». Definisce la presunzione di innocenza «il cardine dell'ordinamento processuale moderno», essendo ad esso «collegate le più importanti garanzie che tutelano, direttamente, l'imputato e, mediamente, la correttezza dell'accertamento», G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, 5 ss., il quale, tuttavia, osserva come il principio non corrisponda al comune sentire sociale. In relazione all'ordinamento francese, considerano la presunzione d'innocenza «la source, le soubassement ou la pierre angulaire de notre procédure pénale» F. Desportes, L. Lazerges e Cousquer, *Traité de procédure pénale*⁴, Parigi 2016, 131.

³ Il principio, inoltre, era già riconosciuto dall'art. 11 § 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

⁴ C.G.U.E., 8.7.1999, Montecatini S.p.A. / Commissione delle Comunità europee, C-235/92, § 10.

⁵ *Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, pubblicata in G.U.U.E., 11.3.2016, L 65/1 ss.

⁶ La dottrina tradizionale riteneva che il fatto di «non essere certi della colpevolezza» di una persona significa «dubitare della sua innocenza», non già presumere l'innocenza: V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*⁶, I, a cura di G.D. Pisapia, Torino 1967, 229.

⁷ In tal senso, v. P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*², Torino 2009, 57; A. De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli 2000, 204 ss.; V. Garofoli, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in RIDPP 1998, 1195 s., secondo cui l'espressione “non colpevole” è sinonimo di “innocente” e non ne «inficia l'intimo significato»; «ne attenua semplicemente l'enfasi, senza alcuna implicazione concreta». *Contra* G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale, I-Dottrine generali*, Napoli 1961, 476 s., per il quale la presunzione di non colpevolezza implicherebbe proprio la presenza di una condizione intermedia, cioè quella dell'imputato, caratterizzata da possibili limitazioni della libertà. In dottrina, vi è altresì chi attribuisce alla “non colpevolezza” un significato diverso da quello di “innocenza”, restringendo quest'ultimo termine in modo tale che, ad esempio, le ipotesi di ricorrenza delle scriminanti e di mancanza del solo elemento soggettivo siano comprese esclusivamente nel primo: v. C. Fiorio, *La presunzione di non colpevolezza*, in Aa.Vv., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino 2007, 127; A. Gaito, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in GP 1975, III, 520 s.; F. Giunchedi, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova 2007, 65, nt. 15.

⁸ Per tutti, v. O. Mazza, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in DPenCont 9.4.2019, 2; M. Pisani, *L'assoluzione per insufficienza di prove: prospettive storico-sistematiche*, in FI 1967, V, 77. Anche alcune pronunce della Corte costituzionale propendono per l'«identità sostanziale» della presunzione di innocenza ex art. 6 § 2 CEDU e della presunzione di non colpevolezza ex art. 27 co. 2 Cost., pur affermando di fatto che la prima dovrebbe intendersi non nel suo senso proprio, ma appunto come “non colpevolezza”, poiché, in caso contrario, sarebbe incompatibile con le norme sulla carcerazione preventiva di cui all'art. 5 lett. b e c CEDU: C. cost., 6.7.1972, n. 124. È interessante, a questo proposito,

esprime una “negazione passiva” e non una “negazione attiva”: diverso è affermare che l’imputato «non è considerato colpevole» e che l’imputato è considerato “non colpevole”⁹. Nel primo caso l’ordinamento sospende qualsiasi valutazione in attesa dell’esito del processo, mentre nel secondo compie una valutazione negativa, benché provvisoria¹⁰. I due significati, seppur concettualmente distinti, tendono però nei fatti a convergere: se l’ordinamento non considera colpevole l’imputato, significa che lo ritiene non colpevole e perciò innocente, proprio in ragione dell’accennata assenza di una condizione intermedia tra l’innocenza e la colpevolezza. La norma va infatti coordinata con l’art. 6 § 2 CEDU e con le disposizioni eurounitarie, che si riferiscono in modo esplicito alla presunzione di “innocenza” dell’imputato: il nostro ordinamento, dunque, nel momento in cui sospende la predetta valutazione in attesa del giudizio, non lascia l’imputato in un “limbo” indefinito a metà strada tra innocenza e colpevolezza, ma lo considera innocente¹¹. Tale considerazione non muta, come si vedrà, neppure ritenendo che il momento finale della presunzione di innocenza negli atti sopranazionali (l’“accertamento legale di responsabilità”, che, di per sé, potrebbe essere rappresentato anche da una condanna non definitiva) non coincida con quello dell’art. 27 co. 2 Cost. (in cui si parla di «condanna definitiva»). La norma costituzionale, infatti, non distingue tra le diverse fasi del procedimento, cosicché la nozione di “imputato non considerato colpevole” dovrebbe risultare costante in ogni stato e grado, in consonanza, tra l’altro, con la concezione normativa della presunzione di innocenza che ha ispirato questa formulazione¹². Se perciò si ritiene che, fino al primo grado di giudizio, il principio costituzionale rappresenti nella sostanza una vera e propria presunzione di innocenza, ciò deve valere anche per i gradi successivi, a prescindere dalle vicende procedurali nel frattempo intervenute. Né dai lavori preparatori si può desumere una valenza differenziata del principio a seconda dello stato o del grado del procedimento. Ciò che cambia tra “negazione passiva” e “negazione attiva”, allora, non sono tanto le conseguenze pratiche, ma il percorso logico che ne sta alla base¹³: l’ordinamento considera la persona innocente non a seguito di una valutazione, ma per il semplice fatto di aver sospeso quest’ultima fino all’eventuale condanna definitiva. Tale operazione mentale non affievolisce il principio, ma, al contrario, può essere valorizzata per contribuire a plasmare, anche

confrontare le versioni in inglese (ma anche, ad esempio, in francese e in spagnolo) e in italiano del Libro verde della Commissione europea, pubblicato nel 2006, riguardante il principio in esame: nella prima si parla, fin dal titolo, di «*presumption of innocence*», mentre nella seconda di «presunzione di non colpevolezza», sottintendendo con ogni evidenza l’intercambiabilità tra i due concetti: v. Commissione delle Comunità europee, *Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza*, Bruxelles 26.4.2006, COM(2006) 174 definitivo; Commission of the European Communities, *Green Paper. The Presumption of Innocence*, Brussels, 26.4.2006, COM(2006) 174 final. Secondo alcuni studiosi, la formulazione costituzionale non configura una vera e propria presunzione: v. P. Ferrua, voce *Regole di giudizio (diritto processuale penale)*, in *ED Ann. X*, Milano 2017, 736 s.

⁹ P. Ferrua, voce *Regole di giudizio*, cit., 736 s.

¹⁰ P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 59 s.

¹¹ Anche dai lavori preparatori della Costituzione emergono indicazioni in tal senso. Ad esempio, durante i lavori della Prima Sottocommissione dell’Assemblea costituente, il suo presidente, On. Tupini, osservava che «il concetto della presunzione dell’innocenza è condiviso da tutti: vi è soltanto dissenso sulla più acconcia formulazione del concetto stesso»: v. *Assemblea Costituente – Commissione per la Costituzione – Prima Sottocommissione – 7. Resoconto sommario della seduta di martedì 17 settembre 1946 – Presidenza del Presidente Tupini*, in *legislature.camera.it*, 59. Durante le sedute dell’Assemblea costituente, il medesimo On. Tupini, rivolgendosi all’On. Rescigno che chiedeva di riferirsi alla presunzione di innocenza, affermava che la formulazione dell’art. 27 co. 2 Cost., poi approvata, era ritenuta «un modo più chiaro per esprimere quel concetto che ha espresso lei e che esprimono tutti coloro che presumono il reo innocente finché non sia stato definitivamente condannato»: v. *Assemblea Costituente – LXXXIX. Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947 – Presidenza del Presidente Terracini*, in *legislature.camera.it*, 2880.

¹² Sulla concezione normativa, v. *infra*, § 2. Secondo parte della dottrina, prima della condanna non definitiva è invece più appropriato parlare di “presunzione di innocenza”, mentre dopo di essa è corretto riferirsi ad una “non considerazione di colpevolezza”, in quanto, dopo una condanna non ancora definitiva, l’ordinamento impone di non ritenere colpevole la persona, benché la sua responsabilità sia stata accertata da una valida sentenza: P. Ferrua, voce *Regole di giudizio*, cit., 737.

¹³ Parte della dottrina osserva del resto che, dal punto di vista logico, equiparare le due formule «è un grave errore»: così P. Ferrua, voce *Regole di giudizio*, cit., 736.

attraverso la legislazione ordinaria, un diverso approccio dell'opinione pubblica e dei *mass media* alle vicende giudiziarie, ispirato ad un'analoga "presa di distanze" da affrettate considerazioni colpevoliste¹⁴.

La diversità tra la formulazione costituzionale e quelle sopranazionali comporta, nondimeno, disomogeneità e dubbi interpretativi sotto diversi profili.

I giudici di Strasburgo hanno affermato a più riprese che la presunzione di innocenza ex art. 6 § 2 CEDU si declina in una serie di diritti e garanzie, inerenti all'onere della prova a carico dell'accusa, ai limiti alle presunzioni legali di fatto e di diritto, al privilegio contro l'autoincriminatione, alle restrizioni in tema di pubblicità prima della fase processuale, al divieto di dichiarazioni premature sulla colpevolezza dell'accusato da parte delle autorità¹⁵. La Corte estende poi l'operatività della presunzione anche al di là del processo penale in corso, ritenendo che i suoi effetti permangano dopo l'assoluzione o dopo l'interruzione del procedimento in assenza di condanna, relativamente alle modalità di trattamento da parte delle autorità pubbliche e alle decisioni extrapenali, che non devono presentare la persona come colpevole¹⁶. Sotto detto profilo, come evidenziato dalla Corte costituzionale, l'art. 6 § 2 CEDU «assume un più ampio rilievo» rispetto all'art. 27 co. 2 Cost., «presentando una portata non strettamente endoprocessuale»: la garanzia convenzionale opera anche al di là del processo penale, per assicurare che le persone assolute da un'accusa, o nei confronti delle quali il procedimento sia stato interrotto, non vengano trattate come colpevoli dalle autorità pubbliche¹⁷.

Un'altra differenza, poi, emerge in tutta la sua criticità: molto problematico è individuare se e in quale misura la presunzione operi in presenza di una condanna non definitiva. L'art. 6 § 2 CEDU, così come l'art. 48 § 1 CDFUE e l'art. 3 direttiva 2016/343/UE, stabiliscono, in modo sfumato e generico, che la persona accusata di un reato (cioè l'indagato e l'imputato) è presunta innocente fino al momento in cui la sua colpevolezza non sia stata «legalmente provata», cioè, nella versione in inglese, «*until proved guilty according to law*»¹⁸. Tali disposizioni non chiariscono il concetto di «accertamento legale della responsabilità», ingenerando il dubbio che con esso venga intesa non solo la condanna irrevocabile, ma anche una condanna non definitiva. Sotto questo profilo, l'espressione costituzionale, nonostante i periodici tentativi di circoscriverne artificiosamente il perimetro, risulta più puntuale rispetto alle disposizioni sopranazionali. Come osservato, a differenza di quanto sancito in altri ordinamenti europei¹⁹, l'art. 27 co. 2 Cost. afferma che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla *condanna definitiva*»²⁰.

¹⁴ È questa, perlomeno, la speranza di P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 60.

Oggi, una sostanziale equiparazione tra presunzione di innocenza e «non considerazione di colpevolezza» ex art. 27 co. 2 Cost. pare confermata anche dall'art. 115-bis Cpp, inserito dal d.lgs. n. 188/2021, il quale, nel vietare di regola che l'indagato/imputato venga indicato come colpevole «fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabile», parla espressamente nella rubrica di «garanzia della presunzione di innocenza».

¹⁵ Per tutte, v. C. eur., 18.11.2021, Marinoni c. Italia, § 31; C. eur., 20.10.2020, Pasquini c. San Marino, § 32; C. eur., Gr. Ch., 12.7.2013, Allen c. Regno Unito, § 93.

¹⁶ C. eur., 20.10.2020, Pasquini c. San Marino, § 33; C. eur., Gr. Ch., 28.6.2018, G.I.E.M. s.r.l. e al. c. Italia, § 314; C. eur., Gr. Ch., 12.7.2013, Allen c. Regno Unito, § 94; C. eur., 25.4.2006, Puig Panella c. Spagna, § 51; C. eur., 21.3.2000, Asan Rushiti c. Austria, § 31. Sul punto, in relazione alla sentenza Allen c. Regno Unito, v. R. Orlandi, *La duplice radice della presunzione d'innocenza*, cit., 637 ss., secondo cui questo orientamento, che pone la presunzione di innocenza anche a tutela della reputazione personale, rischia di rivitalizzare concezioni logico-psicologiche della presunzione, le quali sembravano ormai superate in favore di una nozione normativa, posta ad esclusivo presidio della *fairness* processuale. Secondo l'A., non è necessario che la presunzione di innocenza tuteli pure l'immagine e la reputazione della persona prosciolta, dato che essa trova già protezione negli artt. 2 Cost. e 8 CEDU.

¹⁷ C. cost., 30.7.2021, n. 182.

¹⁸ Nelle formulazioni in lingua francese, l'espressione di cui agli artt. 6 § 2 CEDU e 48 § 1 CDFUE è resa con «*jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie*». Una locuzione analoga è contenuta nell'art. 3 direttiva 2016/343/UE.

¹⁹ In Francia, ad esempio, l'Article préliminaire del codice di rito dispone, genericamente, che «*toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie*».

²⁰ Rileva la differente formulazione tra gli atti europei e l'art. 27 co. 2 Cost., più efficace e preciso nell'indicare la

Su quest'ultimo aspetto, carico di implicazioni, vale la pena soffermarsi.

2. Come accennato, l'art. 6 § 2 CEDU presenta l'ambigua formulazione secondo cui l'accusato è presunto innocente «*until proved guilty according to law*». La disposizione non chiarisce, di per sé, a quale tipo di accertamento legale ci si riferisca: se cioè sia sufficiente una condanna non definitiva o se, al contrario, sia necessaria l'irrevocabilità della sentenza.

Per questo, secondo alcuni studiosi, la nozione di "accertamento legale della responsabilità" attribuirebbe discrezionalità ai singoli Stati, lasciandoli ad esempio liberi di considerare "legalmente provata" la colpevolezza già con la sentenza di condanna di primo grado non ancora definitiva²¹. Non manca poi una dottrina minoritaria che intende con tale espressione la condanna in primo grado (*rectius* la prima sentenza di condanna, anche intervenuta in un grado successivo)²².

Dal canto suo, la Corte EDU non limita *tout court* la presunzione alla prima condanna. Talvolta afferma che la medesima, nella sua essenza, continua ad operare fino alla condanna definitiva²³; da un lato, deve proseguire ad applicarsi in ogni stato e grado del processo il principio *in dubio pro reo*²⁴; dall'altro, le autorità pubbliche possono far riferimento alla condanna non definitiva di primo grado, ma con la discrezione e la moderazione che il rispetto della presunzione d'innocenza richiede²⁵.

In alcuni casi, i giudici di Strasburgo affrontano direttamente il tema, precisando che la presunzione di innocenza non può venir meno *sic et simpliciter* dopo la condanna di primo grado, perché ciò comprometterebbe l'effettività della garanzia e si porrebbe in contraddizione con la stessa funzione del giudizio di appello, volto a riesaminare in fatto e in diritto la prima decisione²⁶. Di conseguenza, la Corte è anche giunta ad affermare che solo un accertamento di responsabilità divenuto definitivo può giustificare un provvedimento di custodia cautelare in un diverso procedimento, motivato sulla base di precedenti condanne²⁷.

condanna definitiva quale momento finale della presunzione, R. Orlandi, *La duplice radice della presunzione d'innocenza*, in RIDPP 2022, 634 s.

²¹ G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli 1979, 28; P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 82 s.; C. Valentini, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE*: per aspera ad astra, in PPG 2016, f. 6, 194 s.; *contra* S. Trechsel, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford 2005, 163, secondo cui la presunzione espressa dall'art. 6 § 2 CEDU «*ends when a person has been finally convicted*». Nota come l'art. 6 § 2 CEDU sia privo di riferimenti al carattere definitivo della condanna come requisito per far cessare la presunzione d'innocenza M. Chiavario, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Aa.Vv., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, II-Procedura penale*, Milano 2000, 82 s., ad avviso del quale, dopo la prima condanna, il principio non viene meno, ma può subire temperamenti. Una nozione ampia di condanna, che comprende anche quelle non definitive, accompagnata però dall'affermazione di un concetto altrettanto lato di custodia cautelare e di presunzione di non colpevolezza, idonei a travalicare la condanna non passata in giudicato, sembrano affermati nella raccomandazione R (2006) 3, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 27.9.2006, concernente «*la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus*», secondo cui per «*condamnation*» va intesa anche la condanna non definitiva, mentre il concetto di custodia cautelare deve estendersi «*à toute période de détention postérieure à la condamnation, dès lors que des personnes attendent soit le prononcé de leur peine, soit la confirmation de leur culpabilité ou de leur peine, et continuent d'être traitées comme des personnes non condamnées*».

²² G. Micali, *La presunzione d'innocenza dell'imputato e l'art. 27 comma 2 della Costituzione*, in CP 1990, 740 s.

²³ Per tutte, v. C. eur., 14.3.2019, Kangers c. Lettonia, § 53; C. eur., 24.5.2011, Konstas c. Grecia, § 35; Comm. eur. dir. uomo, 9.10.1985, Englert c. Germania, § 49, secondo cui «*the essence*» della presunzione di innocenza «*can only be invalidated by a (final) conviction in accordance with the law*».

²⁴ V. A. Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in Aa.Vv., *Manuale di procedura penale europea*⁵, a cura di R.E. Kostoris, Milano 2022, 143; M. Chiavario, *Art. 6. Diritto ad un processo equo*, in Aa.Vv., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova 2001, 217.

²⁵ C. eur., 24.5.2011, Konstas c. Grecia, § 34; C. eur., 8.4.2010, Peša c. Croazia, § 139.

²⁶ C. eur., 24.5.2011, Konstas c. Grecia, § 36; C. eur., 14.3.2019, Kangers c. Lettonia, § 53; C. eur., 31.10.2013, Perica Oreb c. Croazia, § 146. In dottrina, ritiene che l'art. 6 § 2 CEDU includa anche le impugnazioni J. Pradel, *La notion de procès équitable en droit pénal européen*, in *Rev. gén. droit* 1996, 514.

²⁷ C. eur., 31.10.2013, Perica Oreb c. Croazia, § 147.

Non mancano tuttavia pronunce ambigue, in linea con la minor nitidezza testuale dell'art. 6 § 2 CEDU e, in generale, con la consueta logica *floue* della Corte di Strasburgo²⁸: si afferma ad esempio che la presunzione in esame «*ceases once an accused has properly been proved guilty of the particular offence charged with*»²⁹. La locuzione «*properly proved guilty*» sembra rimandare alla suddetta concezione sfumata di “accertamento legale della responsabilità”.

La Corte afferma inoltre, in modo condivisibile, che l'art. 6 § 2 CEDU «*governs criminal proceedings in their entirety, irrespective of the outcome of the prosecution, and not solely the examination of the merits of the charge*»³⁰. Numerose pronunce completano però quest'affermazione, precisando che la presunzione d'innocenza non opera «*once an accused has been found guilty*», quando resta soltanto da stabilire la pena nella successiva procedura di *sentencing*³¹. La puntualizzazione, che contempla anche in questo caso lo sfumato concetto di “accertamento legale della colpevolezza”, stempera la perentorietà della prima affermazione. Il venir meno della presunzione d'innocenza nelle procedure di commisurazione della pena successive all'accertamento della responsabilità produce effetti distorsivi minori – benché non del tutto inesistenti, come si dirà in relazione all'analoga situazione italiana determinata dall'annullamento parziale da parte della Cassazione³² – in sistemi nei quali detta quantificazione avviene una volta che non sia più impugnabile il giudizio sulla colpevolezza, facendo perciò coincidere il predetto accertamento legale con la definitività della pronuncia in punto di responsabilità. I problemi maggiori sorgono applicando l'interpretazione della Corte ad eventuali procedure di commisurazione della pena in primo grado, quando ancora il giudizio sulla colpevolezza potrebbe essere posto in discussione attraverso i rimedi impugnatori. La presunzione di innocenza cesserebbe così dopo il giudizio di responsabilità formulato dal giudice al termine del primo grado, a meno che la Corte non intenda semplicemente affermare che la presunzione di innocenza, seppur ancora operante, non incide sulle espressioni contenute nelle sentenze di condanna, che, per loro natura, possono contenere affermazioni sulla colpevolezza dell'imputato, benché non ancora definitive. Quest'ultima lettura, auspicabile, potrebbe trovare oggi una conferma indiretta a livello eurolunitario: nonostante, in linea di principio, la presunzione di innocenza vieti alle autorità pubbliche di presentare un indagato o un imputato come colpevole fino a quando non ne sia stata legalmente accertata la responsabilità, ai sensi del *Considerando* n. 16 direttiva 2016/343/UE la restrizione in esame non si applica alle decisioni giudiziarie sulla colpevolezza del medesimo.

Un altro esempio dell'approccio ambiguo della Corte è rinvenibile nell'affermazione per cui, se l'ordinamento processuale nazionale accorda effetto sospensivo alle impugnazioni (come ad esempio accade in quello italiano), allora la presunzione di innocenza deve estendersi fino alla «*final conviction*»³³: un'asserzione che da un lato, qualora intesa alla lettera, sembra riferirsi all'intera garanzia e non solo a qualche suo specifico profilo, ma che, dall'altro, non chiarisce se per il sistema

²⁸ Sull'approccio *fuzzy* della Corte europea dei diritti dell'uomo v., per tutti, M. Vogliotti, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *GI* 1998, 851 ss.; F. Puppo, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 641 ss. La logica *fuzzy* parte dall'assunto – diverso da quello della logica classica, per la quale un elemento fa parte di un insieme oppure no, *tertium non datur* – secondo cui un elemento può appartenere ad una data classe di oggetti «*with a continuum of grades of membership*»: così L.A. Zadeh, *Fuzzy Sets*, in *Information and control* 1965, 338, ad avviso del quale «*such a set is characterized by a membership (characteristic) function which assigns to each object a grade of membership ranging between zero and one*».

²⁹ C. eur., 25.1.2018, Bikas c. Germania, § 33.

³⁰ *Ex multis*, C. eur., 25.3.1983, Minelli c. Svizzera, § 30; C. eur., 30.3.2010, Poncelet c. Belgio, § 50; C. eur., 5.7.2001, Phillips c. Regno Unito, § 35 ss.; C. eur., 3.11.2022, Mamaladze c. Georgia, § 107; C. eur., 19.9.2006, Matijašević c. Serbia, § 46.

³¹ C. eur., 5.7.2001, Phillips c. Regno Unito, § 35 ss., in cui la Corte ha escluso l'operatività dell'art. 6 § 2 CEDU in un procedimento di confisca, successivo a quello in cui era stata provata la colpevolezza; C. eur., 3.11.2022, Mamaladze c. Georgia, § 107; C. eur., 19.9.2006, Matijašević c. Serbia, § 46.

³² V. *infra*, § 5.

³³ C. eur., 9.10.1985, Nölkenbockhoff c. Germania, § 45.

CEDU la presunzione debba necessariamente operare dopo la condanna non definitiva anche qualora una legislazione interna non accordi tale effetto sospensivo.

D'altronde, in coerenza con una generale irrilevanza della presunzione d'innocenza ex art. 6 § 2 CEDU sulla disciplina convenzionale delle limitazioni alla libertà personale³⁴, la Corte reputa compatibile con la CEDU un ordinamento nazionale che consideri provvisoriamente efficace una condanna non definitiva, rendendo così possibile anticipare l'esecuzione della pena. Essa giustifica tale assunto sulla base dell'art. 5 § 1 lett. a CEDU, che consente privazioni di libertà in caso di condanna da parte di un tribunale competente, senza specificare se per "condanna" debba intendersi soltanto quella definitiva o, al contrario, anche una pronuncia impugnabile³⁵. Negare ogni spazio alla presunzione di innocenza in tema di libertà personale, ritenendone legittima la privazione in base ad una sentenza di condanna non irrevocabile³⁶, è un'operazione insidiosa: portata alle sue estreme conseguenze, potrebbe stravolgere la fisionomia della presunzione di innocenza in favore di un'ormai superata concezione "probabilistica", tesa a riconoscere la garanzia in misura via via minore a seconda del quadro probatorio formatosi nel procedimento, anche a prescindere da una sentenza di condanna³⁷. Meglio sarebbe una lettura sistematica in grado di conciliare gli artt. 5 § 1 lett. a e 6 § 2 CEDU: mediante un'interpretazione estensiva della seconda previsione, si potrebbe identificare l'"accertamento legale della colpevolezza" con la condanna irrevocabile, utilizzando poi tale significato anche nella prima disposizione, con il risultato di intendere per "condanna", ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. a CEDU, solo quella definitiva.

In generale, comunque, la Corte si riserva un ampio margine valutativo: costituendo la presunzione di innocenza una garanzia del *fair trial*³⁸, i giudici di Strasburgo evitano di dichiarare iniquo il

³⁴ Per tutti, v. E. Marzaduri, *Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Aa.Vv., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 176; E. Amodio, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in RIDPP 1967, 866 ss.

³⁵ C. eur., 6.7.2021, Kasilov c. Russia, § 36; C. eur., 27.6.1968, Wemhoff c. Germania, § 9. L'art. 5 § 1 lett. a CEDU, al fine di legittimare la privazione di libertà, richiede semplicemente che la detenzione sia «lawful», in quanto fondata su una condanna adottata da una «competent court». Al riguardo, v. C. eur., Gr. Ch., 10.6.1996, Benham c. Regno Unito, § 42, secondo cui «a period of detention will in principle be lawful if it is carried out pursuant to a court order», non rilevando se, in seguito, si constati l'erroneità di tale «order».

Sul punto, v. E. Amodio, *La tutela della libertà personale*, cit., 870; M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969, 188; P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 82; M. Pisani, Art. 5. *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in Aa.Vv., *Commentario alla Convenzione europea*, cit., 120; C. Valentini, *La presunzione d'innocenza*, cit., 195.

³⁶ Per quanto riguarda, invece, la legittimità della custodia cautelare, si può invocare l'art. 5 § 1 lett. c CEDU, in base al quale una persona può essere privata della libertà nel caso di «lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so».

³⁷ Storicamente sostenuta dalla c.d. Scuola positiva: per tutti, v. E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*², Bologna 1884, 429 ss., secondo cui la presunzione d'innocenza può essere plausibile dal punto di vista logico e giuridico nel «periodo preparatorio del giudizio», cioè nell'«istruzione processuale», ma non quando sia stata emessa una sentenza di condanna, anche non definitiva, né in caso di flagranza o confessione, oppure in presenza di recidivi o delinquenti abituali. Conseguentemente, l'A. ritiene che non vi siano ragioni per perpetuare, in appello e in cassazione, la «libertà provvisoria» della persona condannata in primo grado. Sul punto, v. altresì R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*², Torino 1891, 415, il quale, nel criticare l'effetto sospensivo delle condanne di primo grado, affermava che la presentazione dell'appello non può scalfire la «gravissima presunzione» che deriva dalla condanna stessa, benché non definitiva. Contrapposta alla concezione probabilistico-psicologica è quella normativa, in base alla quale la presunzione di innocenza continua ad operare a prescindere dalle vicende concrete del procedimento, rinvenendo la sua *ratio* nella tutela dell'individuo da eventuali pregiudizi dell'autorità giudiziaria: v. F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*³, V, Prato 1889, 12 s., 17 ss. Sul punto, v. altresì S. Ruggeri, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano 2004, 81 ss.

³⁸ In dottrina v., ex multis, J. Pradel, *La notion de procès équitable*, cit., 506 s.; G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*², Milano 2009, 19 s., 85. *Contra*, non annovera la presunzione di innocenza ex art. 6 § 2 CEDU tra le garanzie del *fair trial*, essendo una «garanzia statica», che «has no part in the mechanics of the

procedimento qualora, anche in presenza di una sua compressione, il procedimento penale, considerato «*as a whole*», sia ugualmente reputato equo³⁹.

3. La presunzione di innocenza configurata dalla Carta di Nizza all'art. 48 § 1 – secondo cui «ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata» – è un principio generale del diritto dell'Unione europea⁴⁰ e non può presentare una portata precettiva inferiore rispetto alla CEDU. Ciò è indirettamente affermato dall'art. 52 § 3 CDFUE, ai sensi del quale, quando la Carta dei diritti fondamentali dell'UE contiene «diritti corrispondenti» a quelli sanciti dalla CEDU, il loro «significato» e la loro «portata» coincidono, salva la possibilità per la Carta di Nizza di prevedere una protezione più elevata⁴¹.

Anche la direttiva 2016/343/UE prevede, all'art. 13, la clausola di non regressione, in base alla quale le sue previsioni non possono essere interpretate nel senso di limitare o derogare alle garanzie processuali stabilite dalla Carta di Nizza, dalla CEDU, da altre norme internazionali o dagli ordinamenti interni degli Stati membri. Tale clausola viene ribadita dal *Considerando* n. 48 della medesima direttiva, secondo cui non è possibile derogare *in pejus* alle garanzie minime stabilite dalla CEDU e dalla sua giurisprudenza. D'altronde, sono molteplici i riferimenti alla CEDU e ai suoi giudici all'interno della direttiva 2016/343/UE: il *Considerando* n. 13, parlando delle esigenze e dei livelli di tutela della presunzione di innocenza per le persone fisiche, riconosce ad esempio che «tale protezione rispecchia la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»; il *Considerando* n. 45 richiama la giurisprudenza di Strasburgo sul divieto di utilizzare le dichiarazioni ottenute con la tortura o comunque in violazione dell'art. 3 CEDU.

L'art. 3 direttiva 2016/343/UE utilizza le stesse espressioni della CEDU e della Carta di Nizza, riferendosi alla *prova legale* della colpevolezza. Tuttavia, la disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 2 direttiva 2016/343/UE, ai sensi del quale la direttiva – che ha un contenuto più generale, riguardando non solo «alcuni aspetti della presunzione di innocenza», ma anche il «diritto di presenziare al processo» – «si applica a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato». Il *Considerando* n. 12 direttiva 2016/343/UE ribadisce quanto disposto dall'art. 2 direttiva 2016/343/UE, affermando che «la presente direttiva dovrebbe applicarsi a ogni fase del procedimento penale fino a che non

proceedings, the procedure from suspicion to judgement» S. Trechsel, *The Character of the Right to a Fair Trial*, in Aa.Vv., *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings*, a cura di J.D. Jackson e S.J. Summers, Oxford-Portland 2018, 31.

³⁹ I § 2 e 3 dell'art. 6 CEDU sono considerati dalla Corte di Strasburgo delle «*specific applications of the general principle stated in paragraph 1*» del medesimo articolo, cosicché la presunzione di innocenza ex art. 6 § 2 CEDU è uno dei «*constituent elements, amongst others, of the notion of a fair trial in criminal proceedings*»: *ex multis*, C. eur., 27.2.1980, Deweer c. Belgio, § 56; similmente, C. eur., 25.3.1983, Minelli c. Svizzera, § 27; C. eur., 30.3.2010, Poncelet c. Belgio, § 49; C. eur., 10.10.2000, Daktaras c. Lituania, § 41. Sulla valutazione del procedimento «*as a whole*» v., per tutte, C. eur., 27.7.2021, X c. Paesi Bassi, § 43; C. eur., 12.2.1985, Colozza c. Italia, § 27. In termini critici rispetto a tale approccio, con specifico riguardo ai rapporti tra l'art. 6 § 1 CEDU e l'art. 6 § 2 CEDU, R. Goss, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford-Portland 2014, 137.

⁴⁰ *Ex multis*, v. C.G.UE, 12.1.2023, HSBC Holdings plc e a. / Commissione europea, causa C-883/19, § 78; C.G.UE, 22.11.2012, E.ON Energie AG / Commissione europea, causa C-89/11, § 72.

⁴¹ Analogamente, C.G.UE, 5.9.2019, Spetsializirana prokuratura / AH e altri, causa C-377/18, § 41; C.G.UE, 18.3.2021, Pometon s.p.a. / Commissione europea, causa C-440/19 P, § 61. Sul punto, v. P. De Hert, *EU criminal law and fundamental rights*, in Aa.Vv., *Research Handbook on EU Criminal Law*, a cura di V. Mitsilegas, M. Bergström e T. Konstadinides, Cheltenham-Northampton 2016, 114. Non sembrano cogliere questa fondamentale differenza tra la presunzione di innocenza sancita dalla CEDU e quella della Carta di Nizza le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUUE, 14.12.2007, C 303/30, che si limitano a constatarne l'identità di «significato» e di «portata».

Si consideri inoltre l'art. 6 § 2 TUE, in base al quale l'Unione «aderisce» alla CEDU, anche se, com'è noto, non vi è ancora un'adesione formale e sono in corso i negoziati.

diventi *definitiva* la decisione che stabilisce *in maniera finale* se l'indagato o l'imputato abbia commesso il reato».

Le differenze sotto questo profilo tra l'art. 2 e l'art. 3 direttiva 2016/343/UE, che si riferiscono rispettivamente alla decisione definitiva e all'accertamento legale della colpevolezza, sono state oggetto di opposte letture.

C'è ad esempio chi pare ricollegare *tout court* il concetto di "accertamento legale di responsabilità" alla definitività della sentenza⁴².

Secondo altri⁴³, che però si riferivano agli artt. 3 e 4 della proposta di direttiva⁴⁴, l'utilizzo di differenti espressioni sarebbe indicativo di una mancanza di coordinamento tra le norme a causa del pressappochismo nella loro redazione, fermo restando che il richiamo all'accertamento legale della colpevolezza di cui all'art. 3 legittimerebbe anche la possibilità per i singoli ordinamenti nazionali di far cessare la presunzione dopo la condanna di primo grado⁴⁵.

Parte della dottrina distingue invece due piani, ritenendo che una cosa è la presunzione d'innocenza in sé, alla quale si riferisce l'art. 3 direttiva 2016/343/UE, altra cosa è l'ambito di applicazione della direttiva di cui all'antecedente art. 2, che si sofferma non su ogni declinazione del principio, ma solo su alcuni aspetti, come afferma anche il titolo dell'atto eurounitario. Tali profili sono quelli disciplinati negli artt. 4-7 direttiva 2016/343/UE, aventi ad oggetto i riferimenti delle autorità pubbliche alla colpevolezza prima dell'accertamento legale della responsabilità (art. 4), la presentazione di indagati e imputati con misure di coercizione fisica che ne sottendano la colpevolezza (art. 5), l'onere probatorio (art. 6), il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminatione (art. 7)⁴⁶. Si è quindi affermato che, mentre la presunzione di innocenza troverebbe in generale il suo limite temporale nel momento in cui sia stata "legalmente provata" la colpevolezza (con tutte le conseguenze che ne deriverebbero a causa dell'indeterminatezza dell'espressione), le specifiche declinazioni della presunzione contemplate dalla direttiva sarebbero

⁴² L. Camaldo, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, in *DPenCont* 23.3.2016; A. Pasta, *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza*, in *AP (web)* 2018, f. 1, 10 s., nt. 34. Ritene che l'art. 3 direttiva 2016/343/UE si riferisca all'intero processo anche F. Ortego Pérez, *La presunción de inocencia: entre el derecho español y el derecho de la Unión europea*, in *Rev. internacional Consinter de direito* 2020, 358.

⁴³ O. Mazza, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *AP (web)* 2014, f. 3, 4 s.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 3 della proposta di direttiva, rubricato «presunzione di innocenza», «gli Stati membri assicurano che all'indagato o imputato sia riconosciuta la presunzione di innocenza fino a quando non ne sia legalmente accertata la colpevolezza», mentre, in base al § 1 dell'art. 4, intitolato «riferimenti in pubblico alla colpevolezza prima della condanna», «gli Stati membri provvedono affinché, prima della condanna definitiva, le autorità pubbliche non possano presentare in dichiarazioni pubbliche e decisioni ufficiali l'indagato o imputato come se fosse già condannato»: v. Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, Bruxelles 27.11.2013, COM (2013) 821 final, 15.

⁴⁵ Secondo P. Sammarco, *La presunzione di innocenza. Un nuovo diritto della personalità*, Milano 2022, 32, l'art. 3 direttiva 2016/343/UE sembra considerare sufficiente, ai fini della cessazione della presunzione d'innocenza, la prima sentenza di condanna. L'A. osserva però che questa impostazione, nel nostro ordinamento, sarebbe incompatibile con l'art. 27 co. 2 Cost.

⁴⁶ Dal perimetro della direttiva *de qua* potrebbe ad esempio escludersi, in quanto non annoverato tra le specifiche garanzie di cui ai suddetti artt. 4-7, il divieto per le autorità pubbliche, una volta concluso il procedimento penale con un proscioglimento, di presentare la persona come colpevole. La Corte di Strasburgo, nonostante le perplessità di parte della dottrina, reputa quest'ultimo un corollario della presunzione di innocenza ex art. 6 § 2 CEDU (v. *supra*, § 2) e, di conseguenza, esso deve anche ritenersi incluso nell'alveo dell'art. 48 § 1 CDFUE, come desumibile, *inter alia*, da C.G.UE, 10.7.2014, Nikolaou / Corte dei conti UE, causa C-220/13 P, § 35. L'art. 4 direttiva 2016/343/UE sembra del resto riferirsi alle sole dichiarazioni rese prima o durante il procedimento, fino a quando non sia legalmente accertata la responsabilità dell'imputato. In tal caso, tuttavia, non si pongono i problemi relativi alla diversa formulazione degli artt. 2 e 3 direttiva 2016/343/UE, in quanto questa specifica garanzia, già di per sé, si pone cronologicamente non solo oltre la condanna di primo grado, bensì al termine dell'intero procedimento penale. Maggiori criticità pone invece l'assenza di riferimenti al divieto di dare provvisoria esecuzione alle sentenze di condanna non definitive: v. *supra*, § 1 e *infra*, § 5.

sicuramente operative fino alla pronuncia definitiva⁴⁷. A conferma di ciò vi sarebbe anche il generico riferimento, negli artt. 5-7 direttiva 2016/343/UE, agli indagati e agli imputati senza distinzioni in base allo stato o al grado del procedimento, quali destinatari delle particolari garanzie stabilite da tali disposizioni. Quando invece il legislatore eurounitario ha inteso limitare la portata delle tutele lo ha fatto espressamente, come appunto nell'art. 3 direttiva 2016/343/UE, in cui, pur attribuendo la titolarità della presunzione di innocenza agli indagati e agli imputati, ha specificato che essa opera «fino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza». Del resto, come si è notato⁴⁸, la suddetta lettura dei rapporti tra gli artt. 2 e 3 direttiva 2016/343/UE parrebbe indirettamente confermata anche dalla Commissione europea, che, nella proposta di direttiva, si era prefissata l'obiettivo di rafforzare alcuni profili della presunzione d'innocenza, fino a quando non venisse «provata la colpevolezza con sentenza definitiva»⁴⁹. Non vi è però, a ben vedere, una chiara presa di posizione da parte della Commissione: nella relazione sull'attuazione della direttiva, si limita a parafrasare il testo dell'atto europeo. Essa, invece, si concentra sulle criticità relative al momento iniziale della presunzione d'innocenza, segnalando che «in uno Stato membro, il principio è garantito agli imputati e ai detenuti, ma non agli indagati che non sono detenuti»⁵⁰.

La direttiva 2016/343/UE lascia comunque aperte delle ambiguità terminologiche: il suo art. 4 – che si occupa del divieto per le autorità pubbliche e per le decisioni giudiziarie diverse da quelle relative alla colpevolezza di presentare una persona come responsabile di un fatto di reato – non estende la garanzia fino alla sentenza definitiva, come invece dispone l'antecedente art. 2, bensì «fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata», venendo in ciò confermata dal primo periodo del *Considerando* n. 16 direttiva 2016/343/UE. Se la norma venisse intesa in senso letterale, si giungerebbe alla conclusione secondo cui l'art. 4 direttiva 2016/343/UE costituirebbe una deroga *in pejus*, sotto il profilo dell'estensione della garanzia, rispetto a quanto stabilito dall'art. 2 direttiva 2016/343/UE. La Corte di giustizia non pare di questo avviso: pur non argomentando sul punto, considera infatti applicabile la garanzia fino alla condanna definitiva⁵¹. Anche la Commissione europea, nella relazione sullo stato di attuazione della direttiva 2016/343/UE, privilegia una lettura estensiva, rilevando, tra le numerose criticità nel recepimento del suo art. 4, il fatto che alcuni Stati membri non hanno sancito la garanzia in tutte le fasi del procedimento⁵².

Alla luce di tale interpretazione, si potrebbe allora giungere alla conclusione per cui, se nell'art. 4 direttiva 2016/343/UE l'accertamento legale della colpevolezza si identifica sostanzialmente con la sentenza definitiva, allora ciò deve valere, per ragioni sistematiche, in tutta la direttiva 2016/343/UE. Sembra però difficile – anche alla luce della tendenziale equivalenza tra la presunzione d'innocenza configurata dalla CEDU e quella delineata dall'Unione europea nella Carta di Nizza – attribuire alla “prova legale di colpevolezza” ex art. 3 direttiva 2016/343/UE un significato del tutto analogo a quello di “condanna definitiva”. Peraltro, non si giustificerebbe l'uso di espressioni diverse negli artt. 2 e 3 direttiva 2016/343/UE per esprimere lo stesso concetto. D'altronde, durante l'iter di approvazione della direttiva, era stato proposto un emendamento al citato art. 3 per estendere in modo espresso la presunzione d'innocenza fino alla sentenza definitiva⁵³, ma, come si può vedere dal testo

⁴⁷ L. Lupária, art. 48 - Parte 1 - La presunzione di innocenza, § 4, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo e O. Razzolini, Milano 2017, 942.

⁴⁸ L. Lupária, art. 48 - Parte 1 - La presunzione di innocenza, § 4, cit., 942.

⁴⁹ Commissione europea, *Proposta di direttiva*, cit., 2, 6.

⁵⁰ Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, Bruxelles, 31.3.2021, COM (2021) 144 final, 4.

⁵¹ C.G.U.E., 22.6.2023, DI / BCE, causa C-513/21 P, § 80.

⁵² Commissione europea, *Relazione della Commissione*, cit., 4.

⁵³ Emendamento n. 40, in *Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali* (COM(2013)0821 – C7-0427/2013 – 2013/0407(COD)) – Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni

finale, l'emendamento non è stato approvato. Ciò sembra confermare la volontà del legislatore eurounitario di mantenere sul punto una certa ambiguità in relazione ai corollari della presunzione d'innocenza non disciplinati negli artt. 4-7 direttiva 2016/343/UE, come la controversa possibilità di dare provvisoria esecuzione alle sentenze di condanna non passate in giudicato.

È possibile che il legislatore eurounitario, nell'art. 4 direttiva 2016/343/UE, abbia utilizzato scientemente l'espressione «fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata». Ciò è anche desumibile dal predetto *Considerando* n. 16, il cui primo periodo presenta una formulazione analoga. Si è forse voluta affermare, in relazione alla garanzia ivi contenuta, quella logica *floue* propria della Corte EDU⁵⁴: la tutela in esame non verrebbe meno dopo una condanna in primo grado, ma risulterebbe semplicemente più suscettibile di deroghe in relazione ai valori coinvolti. Del resto, come accennato, l'art. 4 direttiva 2016/343/UE ha ad oggetto il divieto, per le autorità pubbliche e per i provvedimenti giudiziari diversi da quelli riguardanti la colpevolezza, di presentare l'indagato/imputato come colpevole. Esso, come afferma la Corte di giustizia, è strettamente correlato alla situazione concreta e al contesto in cui le espressioni vengono formulate, anche in relazione al procedimento in questione⁵⁵. Nondimeno, a prescindere dalle intenzioni del legislatore eurounitario, la formulazione dell'art. 4 direttiva 2016/343/UE non pare condivisibile: sarebbe stato preferibile omettere il richiamo all'accertamento legale della colpevolezza, foriero di incertezze e potenzialmente idoneo a indebolire la garanzia in questione.

4. Come accennato, l'art. 27 co. 2 Cost. è il fondamento costituzionale della c.d. presunzione di non colpevolezza (o, come accennato, della “non considerazione di colpevolezza”, valorizzando la formulazione letterale del principio sotto forma di “negazione passiva”⁵⁶), nella sua duplice veste di regola di giudizio, che attribuisce l'onere probatorio in capo al pubblico ministero, e di regola di trattamento, che impedisce di trattare l'imputato come colpevole prima della «condanna definitiva»⁵⁷. I rapporti tra presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà personale vengono ricostruiti in modo diverso rispetto al sistema CEDU, con la prima che pone dei limiti ad eventuali privazioni della seconda. L'art. 27 co. 2 Cost. deve coordinarsi con l'art. 13 Cost., il cui co. 5 affida alla legge la determinazione dei «limiti massimi della carcerazione preventiva»⁵⁸. In questo contesto, è proprio l'art. 27 co. 2 Cost. a colmare di significato tale norma, identificando la «carcerazione preventiva» nella sola custodia cautelare e rendendo illegittima un'esecuzione anticipata della pena in caso di condanna non definitiva. Di conseguenza, la presunzione di non colpevolezza, come delineata dall'art. 27 co. 2 Cost., impedisce che la sola accusa di aver commesso un reato, quand'anche contenuta nell'imputazione o in una pronuncia non definitiva, possa legittimare *sic et simpliciter* una privazione della libertà, richiedendosi la presenza di esigenze cautelari, finalizzate a tutelare il regolare svolgimento del procedimento e il suo risultato⁵⁹.

– Relatore: Nathalie Griesbeck, A8-0133/2015, 20.4.2015, 26.

⁵⁴ V. *supra*, § 2.

⁵⁵ C.G.UE, 22.6.2023, DI/BCE, causa C-513/21 P, § 80.

⁵⁶ Per tale ragione, parla di «non considerazione di colpevolezza» P. Ferrua, voce *Regole di giudizio*, cit., 737. Sulla differenza logica tra “negazione attiva” e “passiva” e sulle relative implicazioni, v. *supra*, § 1. Anche durante i lavori dell'Assemblea costituente, alcuni parlavano di «non presunzione di colpevolezza»: così l'intervento dell'On. Leone, in *Assemblea Costituente – LXXIII. Seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947 – Presidenza del Presidente Terracini*, in *legislature.camera.it*, 2559.

⁵⁷ Per una trattazione generale, v. P.P. Paulesu, *Commento all'art. 27 Cost.*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale commentato*⁶, a cura di A. Giarda e G. Spangher, t. I, Milano 2023, 64 s.

⁵⁸ Sul «vuoto dei fini» dell'art. 13 co. 5 Cost. e sul ruolo dell'art. 27 co. 2 Cost. come «limite teleologico alla carcerazione preventiva», v. G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, rist. inalt., Milano 1976, 373 ss. Sul punto, v. altresì V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano 1976, 36 ss.

⁵⁹ Per tutti, v. E. Amodio, *La tutela della libertà personale*, cit., 861 ss., spec. 864; V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 41 ss.; G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza*, cit., 33 ss.; P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 119 ss. Alla predetta dottrina si rinvia altresì per il dibattito mai sopito sulla compatibilità tra l'art. 27 co. 2 Cost. e le esigenze cautelari aventi finalità specialpreventiva, volte cioè ad impedire all'indagato/imputato la

In merito all'estensione cronologica del principio nell'art. 27 co. 2 Cost., per «condanna definitiva» deve intendersi quella passata in giudicato, irrevocabile⁶⁰, cioè non più soggetta alle impugnazioni ordinarie⁶¹. Alla luce del fatto che l'unico mezzo di impugnazione ordinario contemplato dalla Costituzione è il ricorso per cassazione (art. 111 co. 7 Cost.), la sentenza non può dirsi definitiva fino a quando esso sia ancora proponibile⁶². Questa formulazione, perlomeno in linea di principio, dovrebbe rendere la presunzione in esame tendenzialmente insensibile alle vicende concrete del procedimento penale, operando a prescindere dalla possibile prevalenza delle prove a carico e, addirittura, da eventuali condanne non definitive. Essa, come accennato, è una chiara espressione della concezione normativa della presunzione di non colpevolezza, che le attribuisce la funzione di tutelare l'individuo contro eventuali abusi e condizionamenti dell'autorità giudiziaria⁶³.

In passato, al fine di venire incontro ad istanze di difesa sociale, si sono tuttavia registrati tentativi di leggere il principio in modo riduttivo. La proposta di legge presentata dall'On. Gargani nel 1991 pretendeva, ad esempio, di dissociare i concetti di definitività e di irrevocabilità, collegando la definitività della condanna alla prima sentenza, anche non irrevocabile, che accerta la responsabilità penale e l'irrevocabilità a quella non più ricorribile con i mezzi d'impugnazione ordinari. In questo modo, si voleva giustificare dal punto di vista costituzionale una legge ordinaria che conferisse immediata esecutività a sentenze di condanna a pena detentiva per i reati più gravi, non ancora passate in giudicato⁶⁴. Nello stesso anno l'On. Martelli, allora ministro della giustizia, intendeva attribuire efficacia esecutiva alle condanne confermate in appello (la c.d. “doppia conforme”)⁶⁵. Parte della dottrina, per individuare nella prima sentenza di condanna, anche non definitiva, il momento finale della presunzione ex art. 27 co. 2 Cost., ha preso le mosse dalla formulazione del principio nella CEDU e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, dai quali ha preteso di desumere un'indicazione in tal senso⁶⁶ (in maniera, a dire il vero, molto forzata⁶⁷).

Occorre prendere risolutamente le distanze da questi tentativi di stravolgere il significato del testo costituzionale, che si discostano in modo evidente dalla lettera dell'art. 27 co. 2 Cost.⁶⁸. Del resto, in

commissione di ulteriori reati, oggi sancite dall'art. 274 co. 1 lett. c Cpp.

⁶⁰ P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 83 ss.; M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*³, II-Le garanzie fondamentali, Milano 1984, 247; O. Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano 1985, 236; M. Colamussi, *La sentenza tra definitività e irrevocabilità*, in Aa.Vv., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del convegno Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Milano 2000, 209; G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza*, cit., 28 e 157 ss.

⁶¹ Invece, tra i proscioglimenti, potrebbe considerarsi definitiva anche la sentenza di non luogo a procedere, pur potendo essere revocata ai sensi degli artt. 434 ss. Cpp. Non a caso, parte della dottrina nota come il concetto di irrevocabilità sia relativo, in quanto la sentenza di non luogo a procedere è revocabile, così come le sentenze cosiddette “irrevocabili”, nei casi di revisione e di revoca ex art. 669 co. 1 Cpp da parte del giudice dell'esecuzione: F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 1200.

⁶² V. Grevi, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in Aa.Vv., *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 18 s.; B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino 2005, 18; P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 84.

⁶³ Sulle differenze tra concezione probabilistico-psicologica e normativa della presunzione di innocenza, v. *supra*, § 2. Sul punto, v., da ultimo, R. Orlandi, *La duplice radice della presunzione d'innocenza*, cit., 630 ss.

⁶⁴ D.d.l. n. 5590 del 10.4.1991, *Modifiche al codice di procedura penale in materia di esecuzione delle sentenze penali di condanna*.

⁶⁵ C. Martelli, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di custodia cautelare e iniziative del Ministero di grazia e giustizia*, in *Documenti giustizia* 1991, f. 3, 5 s., secondo cui «la definitività può riferirsi al giudizio di merito in cui si accertano i fatti», escludendo quindi il grado di legittimità. Egli, però, forse consapevole della “forzatura” letterale cui verrebbe in tal modo sottoposto il vigente art. 27 co. 2 Cost., avanza altresì la prospettiva di una revisione costituzionale per «valorizzare il meccanismo della “doppia conforme”».

⁶⁶ G. Micali, *La presunzione d'innocenza*, cit., 734 ss.

⁶⁷ Della stessa opinione è B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 20, secondo cui i lavori preparatori avvalorano al contrario la tesi della coincidenza tra i concetti di “definitività” e di “irrevocabilità” della sentenza.

⁶⁸ In termini fortemente critici, v. P. Ferrua, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna penale*, in Id.,

sede di Assemblea costituente, l'emendamento volto a limitare la presunzione d'innocenza alla sentenza di condanna anche non definitiva era stato presentato ma non approvato, ad ulteriore conferma della volontà di estendere l'operatività della presunzione fino alla sentenza di condanna irrevocabile⁶⁹. Inoltre, diverse dichiarazioni dei membri dell'Assemblea costituente mostrano con chiarezza come per condanna "definitiva" si intendesse proprio la pronuncia non più impugnabile, o per scadenza dei termini o per esaurimento dei mezzi d'impugnazione ordinari⁷⁰.

Non è nemmeno possibile ridurre la portata dell'art. 27 co. 2 Cost. adducendo la diversa formulazione, apparentemente più circoscritta, degli artt. 14 § 2 PIDCP e 6 § 2 CEDU. Infatti, anche ammettendo per ipotesi che l'"accertamento legale della colpevolezza" di queste disposizioni non coincida con la sentenza definitiva, sarebbe comunque necessario considerare che, come è noto, tali atti internazionali sanciscono dei livelli minimi, derogabili soltanto al rialzo dal singolo ordinamento statale. Gli Stati non possono utilizzarli come pretesto per diminuire, anziché aumentare, i loro livelli interni di garanzie⁷¹.

Peraltro, dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) si può desumere il contrario, cioè la conferma che una sentenza di primo grado (o di grado successivo) ancora impugnabile non può dirsi "definitiva". Il suo art. 6 § 2 consente infatti, nei Paesi in cui è ancora vigente la pena capitale, di eseguirla solo in presenza di una condanna definitiva. Una simile disposizione non avrebbe senso se si riferisse ad una pronuncia ancora impugnabile. L'esecuzione di tale pena va dunque sospesa, dovendo questa norma coordinarsi altresì con l'art. 14 § 5 del Patto, che attribuisce ad ogni persona il diritto ad ottenere il riesame dell'accertamento della propria colpevolezza e della condanna da parte di un tribunale di seconda istanza⁷². Le versioni ufficiali in francese e in spagnolo del suddetto art. 6 § 2 utilizzano le espressioni «jugement définitif» e «sentencia definitiva». Il fatto che ci si riferisca

Studi sul processo penale, II-Anamorfosi del processo accusatorio, Torino 1992, 121 s. Definisce «del tutto prive di plausibilità costituzionale» le proposte finalizzate a conferire provvisoria esecutività alle sentenze di condanna non definitive V. Grevi, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 20 s., secondo cui il fatto che l'art. 111 Cost. preveda la ricorribilità per cassazione di tutte le sentenze impedisce alla legge ordinaria di qualificare «formalmente come definitive le sentenze (anche di condanna) idonee a definire un grado di giudizio, sebbene ancora impugnabili»; similmente, P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 84.

⁶⁹ L'On. Rescigno aveva proposto di sancire la presunzione di innocenza fino alla prima condanna e la presunzione di colpevolezza da tale decisione in poi, fino alla condanna definitiva, prevedendo che «l'imputato si presume innocente sino alla sentenza, anche non definitiva, di condanna»: v. *Assemblea Costituente – LXXXIX. Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947 – Presidenza del Presidente Terracini*, in *legislature.camera.it*, 1877. Peraltro, dalla terminologia appena citata emerge con chiarezza come anche i sostenitori dell'opportunità di limitare la presunzione d'innocenza intendessero per condanna "definitiva" quella non più impugnabile, cioè irrevocabile.

Al riguardo, v. P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 83.

⁷⁰ Dai lavori dell'Assemblea costituente emergono autorevoli opinioni che collegano espressamente la "definitività" della condanna alla sua "irrevocabilità": v. l'On. Leone, in *Assemblea Costituente – LXXIII. Seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947*, cit., 2559, secondo il quale «qui "definitiva" è ben detto, perché il principio deve investire tutto il rapporto processuale, fino a quando la sentenza sia diventata irrevocabile, sia passata in giudicato, stabilendosi quindi l'estinzione dell'azione e del rapporto processuale». L'On. Lombardi, nella seduta del 17.9.1947, affermava inoltre che la presunzione di innocenza «non viene meno per un qualsiasi atto dell'autorità giudiziaria. La prima sentenza del tribunale è un atto dell'autorità giudiziaria; poi c'è l'appello, poi il ricorso per Cassazione: ognuna di queste sentenze è un atto dell'autorità giudiziaria, ma finché anche questo atto non sia definitivo, la presunzione di innocenza deve rimanere a significare appunto, che solamente quando si sono esperite tutte le forme volute dalla legge un cittadino può essere ritenuto colpevole». L'On. Mancini osservava altresì che «quando si dice che l'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna, (...) si intende sempre una condanna irrevocabile»: *Assemblea Costituente – Commissione per la Costituzione – Prima Sottocommissione – 7. Resoconto sommario della seduta di martedì 17 settembre 1946 – Presidenza del Presidente Tupini*, in *legislature.camera.it*, 59.

⁷¹ Secondo parte della dottrina, inoltre, l'uso del termine «definitiva» anziché «irrevocabile» nell'art. 27 co. 2 Cost. pare una scelta consapevole e condivisibile del legislatore costituente, il quale ha considerato più semplice e chiara la prima parola rispetto alla seconda: v. P. Ferrua, *Presunzione di non colpevolezza e definitività*, cit., 122; M. Colamussi, *La sentenza tra definitività e irrevocabilità*, in Aa.Vv., *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 207.

⁷² Nello stesso senso, v. M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, cit., 246 s., spec. nt. 49; B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 24.

alla sentenza irrevocabile, conclusiva del procedimento, è anche desumibile dall'accostamento tra tali termini e quello della versione in inglese, anch'essa ufficiale, che si riferisce al «*final judgement*». D'altronde, è proprio in riferimento ai gradi successivi al primo che il principio *ex art. 27 co. 2 Cost.* assume il più pregnante significato garantistico: se, infatti, anteriormente alla condanna di primo grado (o, comunque, alla prima condanna, anche intervenuta in un grado successivo) è difficile negare la presunzione d'innocenza⁷³, l'interrogativo potrebbe porsi dopo una sentenza che accerta la responsabilità dell'imputato, cosicché la presa di posizione costituzionale vale proprio ad escludere ogni interpretazione riduttiva della presunzione⁷⁴. Inoltre, negando la presunzione di non colpevolezza dopo una condanna non definitiva, il giudizio di grado successivo si troverebbe sbilanciato a sfavore dell'imputato e, paradossalmente, non risulterebbe neppure idoneo a garantire un effettivo controllo sulla corretta applicazione, nel grado anteriore, della presunzione in esame⁷⁵. Se, come osservato, in presenza di una condanna non definitiva la presunzione di non colpevolezza continua ad operare e non è possibile applicare in via anticipata la pena⁷⁶, occorre chiedersi se meccanismi cautelari come quelli di cui all'art. 275 co. 1-bis e 2-ter Cpp siano compatibili con il principio. La risposta è affermativa, a condizione di offrirne una lettura costituzionalmente orientata. Ai sensi dell'art. 275 co. 1-bis Cpp, qualora il giudice emani un'ordinanza cautelare personale contestualmente alla sentenza di condanna, questi è tenuto a verificare il pericolo di fuga e quello di reiterazione dei reati anche alla luce dell'«esito», benché provvisorio, «del procedimento» (art. 275 co. 1-bis Cpp). Tale disposizione, per potersi ritenere compatibile con l'art. 27 co. 2 Cost., non va intesa come un affievolimento della presunzione di non colpevolezza⁷⁷: il giudice non può appiattirsi sull'astratta presenza di un provvedimento di condanna, ma deve invece considerare l'iter logico su cui la stessa si fonda e gli elementi alla base di tale esito, verificando appunto se esso possa incidere sulla valutazione delle esigenze cautelari. Si tratta, semplicemente, di prendere in esame tutti gli elementi legittimamente disponibili allo stato degli atti, per compiere una valutazione *ex art. 274 Cpp* più completa possibile⁷⁸. Invece il co. 2-ter dell'art. 275 Cpp⁷⁹ – il quale sembra esonerare il giudice,

⁷³ Per una differente prospettiva, v. E. Marzaduri, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in Aa.Vv., *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 213 s., secondo cui, se si intendesse la presunzione di non colpevolezza in senso meramente psicologico, essa potrebbe venir meno già a seguito della flagranza o della confessione, cioè ben prima della condanna non definitiva. Di conseguenza, la sua affermazione «sino alla condanna definitiva» *ex art. 27 co. 2 Cost.* risulta rilevante fin dall'inizio del procedimento penale.

⁷⁴ Nel medesimo senso, v. P. Ferrua, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 123 s.; O. Mazza, *La presunzione d'innocenza*, cit., 3; A. Marandola, *Prescrizione e processo: l'asistematicità dell'attuale disciplina*, in GI 2020, 989; M. Colamussi, *La sentenza*, cit., 210; E. Zappalà, *La presunzione d'innocenza nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Aa.Vv., *I diritti fondamentali in Europa. XV Colloquio biennale. Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001*, Milano 2002, 834.

⁷⁵ M.L. Di Bitonto, *Effettività della presunzione di innocenza e sistema delle impugnazioni*, in Aa.Vv., *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 227 s.

⁷⁶ La sospensione della pena in attesa della definizione delle impugnazioni è prevista, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 588 Cpp.

⁷⁷ Ritiene invece che il legislatore, introducendo i co. 1-bis e 2-ter nell'art. 275 Cpp, avesse proprio la finalità di anticipare di fatto la sanzione penale, determinando un non consentito affievolimento, nei gradi successivi al primo, del principio *ex art. 27 co. 2 Cost.*, S. Furfaro, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in Aa.Vv., *Le misure cautelari personali. Aggiornato al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11*, a cura di G. Spangher e C. Santoriello, Torino 2009, 5, 81 ss.

⁷⁸ A sostegno di questa interpretazione soccorrono anche gli altri elementi indicati dall'art. 275 co. 1-bis Cpp, che il giudice deve tenere in considerazione assieme all'«esito del procedimento», cioè le «modalità del fatto» e gli «elementi sopravvenuti». Essi, come osserva parte della dottrina, poco aggiungono a quanto già desumibile dalla disciplina generale del libro IV del codice: in tal senso, E. Valentini, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*², Bologna 2012, 303 s.

Bisogna prendere le distanze da interpretazioni giurisprudenziali idonee ad eludere l'esame concreto delle esigenze *ex art. 274 Cpp*, avvicinando pericolosamente le finalità delle misure cautelari a quelle delle pene e sveltendo, in ultima analisi, la presunzione di non colpevolezza. Si pensi all'inaccettabile orientamento che ritiene sufficiente la condanna ad una pena severa per giustificare il pericolo di fuga (Cass. 18.1.1996 n. 277 in CEDCass, m. 203725, *contra* Cass. S.U. 11.7.2001 n. 34537, in CEDCass, m. 219600). Sul punto, per tutti, v. P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 145 ss., spec. 148.

⁷⁹ Ai sensi di tale comma il giudice, nel momento in cui emana una condanna in appello, deve «sempre» disporre una

che emette una misura cautelare personale in sede di emanazione della condanna in appello, dall'esame dei gravi indizi di colpevolezza⁸⁰, lasciando però intatto il vaglio sulle esigenze cautelari⁸¹ – deve leggersi, nonostante la sua formale perentorietà, come un maldestro tentativo di imporre al giudice di secondo grado, nel momento in cui emana la sentenza di condanna, una particolare attenzione verso i profili cautelari al ricorrere di determinati presupposti⁸². Per tenere ben distinta la (legittima) applicazione della misura cautelare da una (illegittima) anticipazione della pena, evitando che la prima assuma di fatto i caratteri della seconda, occorre interpretare in modo costituzionalmente orientato la norma, ritenendo necessaria, ai fini dell'emanazione della misura cautelare da parte del giudice d'appello, la previa domanda del pubblico ministero⁸³.

Si nutrono maggiori dubbi in ordine alla compatibilità costituzionale di disposizioni come l'art. 303 co. 1 lett. d, secondo periodo, Cpp, che, in presenza di una doppia condanna (o di un'impugnazione da parte del solo pubblico ministero contro una condanna in appello, seppur in presenza di un proscioglimento in primo grado), nega l'operatività dei termini di fase, allungando la potenziale durata della custodia cautelare. Si è infatti in presenza di un vero e proprio automatismo sfavorevole all'imputato, che consegue alla semplice esistenza di una condanna in primo e in secondo grado (o di una condanna in secondo grado accompagnata dal ricorso della sola pubblica accusa), nonostante il processo non sia ancora terminato ed operi l'art. 27 co. 2 Cost.⁸⁴.

misura cautelare personale se sussiste almeno un'esigenza cautelare valutata ai sensi del predetto co. 1-bis, purché la condanna riguardi uno dei gravi delitti ex art. 380 co. 1 Cpp e sussista una recidiva specifica infraquinquennale.

⁸⁰ P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 147 s.; E. Valentini, *La domanda cautelare*, cit., 307.

⁸¹ Parte della dottrina osserva che la norma non esige una "doppia conforme", applicandosi anche qualora la condanna sia intervenuta per la prima volta in secondo grado: v. E. Valentini, *La domanda cautelare*, cit., 307.

⁸² Sul punto, v. S. Ruggeri, *Giudicato penale*, cit., 208.

⁸³ Considerano imprescindibile anche in questa ipotesi la richiesta della pubblica accusa, in ossequio al principio della domanda cautelare, V. Bonini, *Le riforme alla materia cautelare*, in *DPP* 2001, 960 s.; G. Spangher, *Misure cautelari contestuali alle sentenze di condanna in primo ed in secondo grado*, in Aa.Vv., *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini (legge 26 marzo 2001, n. 128)*, a cura di P. Gaeta, Padova 2001, 298; E. Valentini, *La domanda cautelare*, cit., 306 s. Già da prima, ragionando su una proposta di legge dai contenuti simili, alcuni studiosi erano perplessi, anche in caso di c.d. "doppia conforme" di condanna, nei confronti di un'iniziativa ex officio del giudice d'appello in sede di emanazione della sentenza: v. D. Negri, *Il rapporto tra misure cautelari e sospensione dell'esecuzione della pena alla luce della presunzione di non colpevolezza*, in Aa.Vv., *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 204, secondo cui, in questo modo, si sarebbe rischiato di trasmodare in un'ipotesi di esecuzione anticipata della pena. Al contrario, un'altra parte della dottrina, valorizzando il dato letterale, individua nell'art. 275 co. 2-ter Cpp un'ipotesi di iniziativa cautelare officiosa del giudice, che non necessita della richiesta del pubblico ministero: in tal senso, per tutti, v. F. Alonzi, *L'adozione di misure cautelari all'esito di un provvedimento di condanna: una discutibile novella*, in Aa.Vv., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (cd. "Pacchetto sicurezza")*, coord. da G. Spangher, Milano 2001, 245 ss., il quale, tuttavia, ritiene la norma poco coerente con i principi del sistema accusatorio; M.L. Di Bitonto, *La tutela cautelare*, in Aa.Vv., *Fondamenti di procedura penale*⁴, a cura di A. Camon, C. Cesari, M. Daniele, M.L. Di Bitonto, D. Negri e P.P. Paulesu, Milano 2023, 956 s., la quale osserva però criticamente come detto potere officioso «si atteggi quale forma surrettizia di anticipazione della esecuzione della pena nelle more della celebrazione del giudizio in Cassazione».

⁸⁴ Parte della dottrina ritiene invece compatibili con l'art. 27 co. 2 Cost. delle differenziazioni legislative in presenza di una condanna non definitiva, come quella di cui all'art. 303 co. 1 lett. d Cpp: v. E. Marzaduri, *Accertamenti non definitivi*, cit., 221 ss. I giudici nomofilattici escludono l'illegittimità costituzionale dell'art. 303 co. 1 lett. d, secondo periodo, Cpp, affermando, in maniera discutibile, che la *ratio* della norma «è costituita dall'affievolimento della presunzione di non colpevolezza in presenza di un doppio e conforme giudizio di responsabilità, ed è in questi termini rispondente a criteri di ragionevolezza e compatibile con le previsioni costituzionali»: così Cass. 28.2.2002 n. 31319, in *DeJure*. Parla di un «eccezionale affievolirsi della presunzione di non colpevolezza», insuscettibile di interpretazione estensiva, Cass. 8.8.2001 n. 34120, in *DeJure*.

Non pare invece illegittima una previsione come quella dell'art. 307 co. 2 lett. b Cpp, secondo cui la custodia cautelare, qualora necessaria ai sensi dell'art. 275 Cpp, viene ripristinata nei confronti del condannato in primo o in secondo grado purché ricorra l'esigenza cautelare ex art. 274 co. 1 lett. b Cpp. In tal caso, la menzione di una condanna in primo o in secondo grado potrebbe ricollegarsi non tanto ad un asserito affievolimento del principio *de quo*, bensì al fatto che, empiricamente, è lo stesso evento storico di una condanna ad aumentare le possibilità di una fuga dell'imputato. Si tratta quindi di una norma che vuole indurre ad una particolare attenzione verso detta eventualità, ferma restando la necessaria verifica in concreto del pericolo di fuga.

5. Il concetto di “giudicato progressivo” pone rilevanti problemi in relazione a quello di «condanna definitiva» di cui all’art. 27 co. 2 Cost. L’individuazione del momento finale della presunzione di non colpevolezza dipende dalla tesi cui si intenda aderire in merito alla formazione del giudicato parziale. Il co. 2 dell’art. 27 Cost. parla innanzitutto di «condanna» e non di «sentenza»: ciò consente di escludere la necessità che, per giungersi alla definitività cui si riferisce la previsione, debbano divenire irrevocabili tutte le parti che compongono una sentenza complessa, contenente cioè la decisione in merito a più imputati o a più imputazioni. Data la fisiologica genericità del concetto di «condanna definitiva» nel testo costituzionale, occorre soffermarsi sul modo in cui il legislatore ordinario ha declinato tale nozione, verificandone la compatibilità con l’art. 27 co. 2 Cost.

In caso di impugnazione parziale, le Sezioni unite hanno affermato che il giudicato si forma soltanto sui capi di una sentenza e non sui singoli punti che li compongono⁸⁵. In tal modo, quando l’imputato o il suo difensore impugnano la condanna ai soli fini di una diminuzione di pena, lasciando impregiudicato il giudizio sulla responsabilità, i punti concernenti l’accertamento della colpevolezza non passano in giudicato, pur formandosi una preclusione dettata dall’effetto devolutivo del gravame e dal principio della disponibilità del processo in sede di impugnazione, che impedisce al giudice di decidere nuovamente su di essi⁸⁶. La condanna relativa ad un capo è perciò definitiva solo una volta deciso in modo irrevocabile ogni suo punto (nel caso di specie, deve perciò diventare irrevocabile anche il punto sulla quantificazione della pena)⁸⁷. Fino a quel momento, come evidenziato anche dal giudice delle leggi, non può parlarsi tecnicamente di “condanna”⁸⁸. Di conseguenza, può aversi «condanna definitiva» ai sensi dell’art. 27 co. 2 Cost., idonea a far cessare la presunzione di non colpevolezza, solo quando ogni singolo punto di un determinato capo della sentenza impugnata si è cristallizzato. Anzi, in caso di sentenze soggettivamente cumulative, possono pure nutrirsi dei dubbi in ordine al passaggio in giudicato del capo che riguarda l’imputato non impugnante, perlomeno nelle situazioni contemplate dall’art. 587 Cpp (quando, cioè, l’altrui impugnazione non è fondata su motivi esclusivamente personali e, nelle ipotesi di riunione di procedimenti per reati diversi, ha altresì ad oggetto violazioni della legge processuale). Benché, in queste ipotesi, la giurisprudenza ammetta pervicacemente il giudicato parziale⁸⁹, l’art. 587 Cpp, che disciplina l’estensione dell’impugnazione e della sentenza, sembrerebbe deporre in senso contrario. A differenza, come si vedrà, dell’art. 624 Cpp sull’annullamento parziale, l’art. 587 Cpp non contiene infatti alcun riferimento al passaggio in giudicato o all’irrevocabilità della sentenza; inoltre, è lo stesso codice, quando parla del non impugnante negli artt. 587, 592, 601 e 627 Cpp, ad attribuirgli la qualifica di imputato, che presuppone una sentenza non ancora definitiva. L’effetto estensivo dell’art. 587 Cpp sembra dunque configurare non un rimedio straordinario con cui revocare il giudicato parziale su uno o più capi, ma una condizione sospensiva che ne impedisce la formazione. Non a caso, eccetto quanto sancito

⁸⁵ Per “capo” si intende ogni decisione, all’interno di una sentenza cumulativa, riguardante un determinato reato attribuito ad un particolare imputato, oppure la decisione sulle statuizioni civili derivanti da tale reato; il “punto” è ogni statuizione autonoma all’interno di un capo, che è necessaria per giungere alla decisione in merito a quest’ultimo (ad es. il punto relativo all’elemento soggettivo, alla causa di giustificazione, ecc.). La nozione è manualistica: per tutti, v. P.P. Paulesu, *Le impugnazioni*, in Aa.Vv., *Fondamenti*, cit., 841.

⁸⁶ *Ex multis*, Cass. 9.4.2019 n. 36370, in *CEDCass*, m. 277168; Cass. S.U. 19.1.2000 n. 1, in *CEDCass*, m. 216239; Cass. S.U. 27.10.2006 n. 10251, in *CEDCass*, m. 235700. *Contra* Cass. 26.2.2003 n. 25643, in *CEDCass*, m. 225083; Cass. 21.10.1998 n. 13416, in *CEDCass*, m. 213900.

La preclusione trova una base normativa nell’art. 597 co. 1 Cpp, ai sensi del quale la cognizione del giudice d’appello è limitata «ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti».

⁸⁷ La distinzione tra giudicato parziale e semplice preclusione non è una questione meramente teorica: solo in caso di preclusione, ad esempio, il giudice conserva il potere di dichiarare eventuali cause estintive del reato ex art. 129 Cpp.

⁸⁸ C. cost., 30.10.1996, n. 367. Alla luce della normativa vigente, sembra condividere tale lettura anche V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano 2000, 136 ss., il quale propone tuttavia, in prospettiva di riforma, l’introduzione di una puntuale disciplina volta a sancire e a regolare il giudicato progressivo in caso di impugnazione contro i soli punti inerenti alla quantificazione della pena.

⁸⁹ Cass. S.U. 26.10.2017 n. 3391, in *CEDCass*, m. 271539; Cass. S.U. 24.3.1995 n. 9, in *CEDCass*, m. 201305.

dall'art. 463 Cpp in merito all'opposizione a decreto penale proposta solo da alcuni interessati, non vi è neppure un meccanismo sospensivo dell'esecuzione del provvedimento, a differenza di quanto previsto per le impugnazioni straordinarie⁹⁰.

Nell'ipotesi di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione, l'art. 624 Cpp prevede invece che, ove l'annullamento riguardi solo alcune «disposizioni» della sentenza, quest'ultima acquisisce «autorità di cosa giudicata» nelle «parti» non legate da una connessione essenziale con quelle annullate (co. 1). I giudici di legittimità dichiarano, se è necessario, «quali parti della sentenza diventano irrevocabili». La previsione detta inoltre una procedura per riparare all'eventuale omissione di tale adempimento (co. 2).

La formulazione legislativa, che non si riferisce né ai capi né ai punti della sentenza, ma genericamente alle «parti» di essa, è oggetto di un ampio dibattito dottrinale. Per alcuni, per «parti della sentenza», suscettibili di passare in giudicato, bisogna intendere soltanto i capi della pronuncia e non i singoli punti che li compongono⁹¹. Ove fossero annullati solo alcuni punti di un capo della sentenza, quest'ultimo non passerebbe in giudicato, ma si formerebbe una mera preclusione sui punti non annullati, come desumibile dall'art. 628 co. 2 Cpp⁹². Secondo altri, invece, il termine «parti» si riferisce sia ai capi che ai punti, con la conseguente possibilità di un giudicato progressivo anche su questi ultimi⁹³. Le Sezioni unite, dal canto loro, sono intervenute più volte per ribadire che non solo

⁹⁰ Per tutti, in questo senso, v. R. Fonti, *Il giudicato penale*, in Aa.Vv., *Procedura penale esecutiva*, a cura di M. Ceresa-Gastaldo, Torino 2020, 36 s.; A. Marandola, *L'effetto estensivo: fra norma e (distorte) prassi*, in Aa.Vv., *Le impugnazioni penali*, a cura di G. Canzio e R. Bricchetti, Milano 2019, 171 ss.; C. Valentini, *I profili generali della facoltà di impugnare*, in Aa.Vv., *Le impugnazioni penali*, a cura di A. Gaito, Torino 1998, 267 s. Secondo parte della dottrina, se proprio si volesse utilizzare il concetto di «giudicato parziale» in relazione all'impugnazione parziale di sentenze soggettivamente cumulative, bisognerebbe intenderlo non come idoneità dei capi o dei punti di una sentenza a divenire irrevocabili, ma nel senso che le modifiche ai capi d'imputazione dei non impugnanti resterebbero *ex lege* circoscritte nei limiti dell'art. 587 Cpp: L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, 330.

In presenza di una sentenza oggettivamente cumulativa – composta, cioè, da più capi riferiti allo stesso imputato – le opinioni dottrinali sono molto differenziate. Si ammette spesso il giudicato parziale in relazione ai singoli capi interamente definiti: v. R. Orlandi, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in Aa.Vv., *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 145; G. Spangher, *Questioni aperte in tema di oggetto del giudizio di appello*, in RDP 1996, 707 ss. Parte della dottrina precisa tuttavia che, quando un capo è in «inscindibile connessione» con altri non completamente decisi, il primo non passa in giudicato: G. Di Chiara, *L'esecuzione*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina e E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, ed. a cura di G. Di Chiara, V. Patanè e F. Siracusano, Milano 2023, 910. Non manca poi chi esclude del tutto il giudicato progressivo a seguito dell'impugnazione parziale di sentenze cumulative: B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 56 s., secondo la quale, ragionando diversamente, l'art. 624 Cpp, che pone un'eccezione a questa regola generale, sarebbe superfluo.

⁹¹ M.L. Busetto, *Annullamento parziale e declaratoria della prescrizione nel giudizio di rinvio*, in CP 1997, 2483 s.; F. Caprioli, *Irrevocabilità, esecutività, giudicato*, in F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*², Torino 2011, 60 ss.; R. Del Coco, *La preclusione*, in Aa.Vv., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Milanofiori Assago 2015, 392; F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova 2002, 197 ss., il quale, collegando tra loro i termini «parti» e «disposizioni» della sentenza, entrambi contenuti nell'art. 624 Cpp, afferma che il giudicato può riguardare esclusivamente statuizioni del dispositivo, cosicché, «siccome il dispositivo pronuncia solo in relazione ai capi della decisione», sarebbe impossibile configurare «un giudicato sui punti ed ancor meno sulla questione»; B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 63 s.; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano 2012, 79; K. Natali, *La Riforma Cartabia riapre una storica discussione in tema di annullamento parziale della sentenza*, in LP 2022, f. 2, 280 ss.; M. Pierdonati, *Formazione «progressiva» del giudicato penale e preclusioni nel giudizio di rinvio*, in Aa.Vv., *Il principio di preclusione nel processo penale. Atti del Convegno. Teramo, 16 giugno 2011*, a cura di L. Marafioti e R. Del Coco, Torino 2012, 100 ss.; L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., 305 ss.

⁹² M.L. Busetto, *Annullamento parziale*, cit., 2484.

⁹³ Per tutti, v. G. Della Monica, voce *Giudicato*, in DigDPen, Agg., I, Torino 2008, 394; V. Grevi, *Alla ricerca*, cit., 134 ss.; P.P. Paulesu, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 152 Cpp 1930 nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento parziale*, in GI 1994, II, 471 s.; G. Spangher, *Bis in idem delle Sezioni Unite sui limiti di applicabilità dell'art. 152 Cpp 1930 nel giudizio di rinvio con annullamento parziale*, in CP 1993, 2506 s.; G. Varraso, *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, Padova 2003, 351. Secondo F.B. Morelli, *L'annullamento senza rinvio nel giudizio penale di Cassazione*, Milano 2023, 127 s., l'interpretazione dei giudici di legittimità non è condivisibile, riducendo «quasi all'infinito il bersaglio della pronuncia rescindente» ed attribuendo un'incontrollabile discrezionalità alla Cassazione. Ad

i capi di una sentenza, ma anche i punti all'interno di ciascun capo possono acquistare autorità di cosa giudicata, purché tali statuizioni siano dotate di «autonomia giuridico-concettuale»⁹⁴. Sulla base di questa lettura, si ammette la formazione del giudicato parziale quando, a seguito di un annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione, il giudice di merito deve solamente determinare le sanzioni, divenendo irrevocabili, all'interno del capo, i punti riguardanti l'accertamento del fatto di reato e della responsabilità penale dell'imputato. In questo modo, la Corte scinde – a dire il vero, piuttosto artificiosamente⁹⁵ – l'irrevocabilità dall'esecutività della sentenza: la condanna, benché non ancora esecutiva, diventerebbe definitiva in relazione al giudizio sulla colpevolezza e, di conseguenza, nel giudizio rescissorio verrebbe meno la presunzione di cui all'art. 27 co. 2 Cost.⁹⁶.

L'interpretazione che include sia i capi che i punti tra le «parti della sentenza», seppur a prima vista plausibile sotto il profilo letterale, non convince, dovendo prediligersi una lettura che identifichi le «parti» ex art. 624 Cpp con i soli «capi» della sentenza.

Innanzitutto, è significativo come nemmeno i giudici nomofilattici traggano dalle loro premesse tutte le dovute conclusioni: se davvero i punti della sentenza sulla responsabilità dell'imputato passassero in giudicato, sarebbe in ogni caso impossibile, in sede rescissoria, prosciogliere l'imputato ai sensi dell'art. 129 Cpp. E in effetti, di solito, la Cassazione proibisce in queste ipotesi al giudice del rinvio un proscioglimento ex art. 129 Cpp⁹⁷. Ma dalla regola generale, per ragioni pratiche, essa si discosta in alcune ipotesi di estinzione del reato, come la morte dell'imputato⁹⁸ e l'*abolitio criminis*⁹⁹,

avviso dell'A., possono passare in giudicato «segmenti di dispositivo (comando), non di motivazione (giustificazione)». Vi è poi chi afferma che, pur dovendosi includere nel concetto di «parte» sia quello di «capo» che quello di «punto», il giudicato può comunque formarsi solo sui capi, sussistendo, in caso di «crystallizzazione» dei punti, una mera preclusione: A. Bargi, *Il ricorso per cassazione*, in Aa.Vv., *Le impugnazioni penali. Trattato*, a cura di A. Gaito, II, Torino 1998, 648 s.; A.M. Capitta, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano 2010, 218 s. Sembra di questa opinione anche F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1163, il quale afferma che l'art. 624 co. 1 Cpp «confonde «capi» e «punti»», precisando però che «non esiste giudicato sul «punto», tanto meno sulla «questione»», poiché «i giudicati investono l'intera *res iudicanda*».

⁹⁴ Cass. S.U. 21.6.2012 n. 28717, in *DeJure*. Similmente, v. Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, in *GD* 2021, f. 10, 66 ss., spec. 70, con nota di C. Minnella, *Non deve però esserci connessione con «altri» capi annullati dal giudice*; Cass. S.U. 26.3.1997 n. 4904, in *CEDCass*, m. 207640; Cass. S.U. 9.10.1996 n. 20, in *CEDCass*, m. 206170; Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, in *CP* 1994, 2027 ss.; Cass. S.U. 11.5.1993 n. 6019, in *CEDCass*, m. 193419; Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, in *CEDCass*, m. 186165.

⁹⁵ Secondo parte della dottrina, la sentenza irrevocabile non può che essere esecutiva, cioè astrattamente idonea ad essere eseguita: per tutti, v. F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio*, cit., 51; B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 63.

⁹⁶ Cass. S.U. 21.6.2012 n. 28717, cit.

⁹⁷ Tra le altre conseguenze del giudicato parziale in punto di accertamento del fatto e di responsabilità dell'imputato, emergono l'impossibilità per il giudice del rinvio di dichiarare eventuali cause estintive del reato (sopravvenute o già esistenti ma non dichiarate) ai sensi dell'art. 129 Cpp o di applicare la norma penale più favorevole sopravvenuta: v., *ex multis*, Cass. 28.11.2018 n. 114, in *CEDCass*, m. 274828; Cass. S.U. 27.3.2014 n. 16208, in *CEDCass*, m. 258654; Cass. S.U. 26.3.1997 n. 4904, cit.; Cass. 5.10.1995 n. 11041, in *CP* 1997, 2479 s.

⁹⁸ Cass. 16.5.2019 n. 35845, in *CEDCass*, m. 276617; Cass. 29.1.1998 n. 2290, in *CEDCass*, m. 210581, secondo cui la morte dell'imputato rappresenta un'eccezione in quanto incide sul rapporto processuale, facendo venir meno un soggetto necessario.

⁹⁹ Cass. 24.11.2016 n. 51958, in *CEDCass*, m. 268348; Cass. 19.10.2010 n. 41683, in *CEDCass*, m. 248720.

adducendo la peculiarità di tali cause estintive¹⁰⁰. L'impostazione giurisprudenziale conduce dunque ad esiti contraddittori¹⁰¹.

Vi sono poi considerazioni di natura sistematica: il codice connette la nozione di irrevocabilità alla sentenza e non ad un suo singolo punto, come dimostrano sia l'art. 648 Cpp, sia l'art. 60 co. 2 Cpp nella parte in cui dispone che la qualità di imputato si conserva, in caso di giudizio, fino alla sentenza irrevocabile¹⁰². L'art. 624 co. 2 Cpp, inoltre, è solo a prima vista “tarato” su una nozione ampia di «parti della sentenza»: esigenze di certezza processuale richiedono infatti che il giudice dichiari formalmente i capi ormai passati in giudicato, anche per fugare ogni dubbio sull'eventuale esistenza di una connessione essenziale con altre parti della pronuncia¹⁰³. Un ulteriore argomento può trarsi oggi dall'art. 344-bis Cpp sull'improcedibilità per decorso dei termini di durata massima dei giudizi d'impugnazione, introdotto dalla l. n. 134/2021. Ai sensi del suo co. 8, tale causa di improcedibilità si applica anche nella fase davanti al giudice d'appello successiva all'annullamento con rinvio da parte della Cassazione, «fermo restando», però, «quanto previsto dall'articolo 624» Cpp. Ebbene, se con quest'ultimo inciso si intendesse escludere l'applicabilità dell'istituto in caso di annullamento parziale, si verificherebbe una disparità di trattamento manifestamente irragionevole rispetto all'ipotesi dell'annullamento totale: nel primo caso il giudizio rescissorio durerebbe a tempo indefinito, nel secondo resterebbe il limite massimo di due anni. Occorre allora scartare questa lettura e considerare l'inciso come un tentativo di precisazione da parte del legislatore: trascorso il predetto termine biennale (salvo le proroghe stabilite dallo stesso art. 344-bis Cpp), il processo deve arrestarsi per sopravvenienza della predetta causa di improcedibilità, restando però salve le «parti della sentenza» già passate in giudicato ai sensi dell'art. 624 Cpp. Se, tuttavia, per «parti» si intendessero anche i punti, si giungerebbe a conclusioni del tutto illogiche: divenuti “irrevocabili” i punti riguardanti la responsabilità dell'imputato, tale “giudicato” dovrebbe letteralmente dissolversi qualora il giudice del rinvio, incaricato soltanto di quantificare la pena, non decidesse su tale specifico punto entro i termini di cui all'art. 344-bis Cpp. Sarebbe, infatti, di ben difficile inquadramento, e in contrasto con il concetto stesso di “giudicato”, una condanna passata in giudicato in punto di colpevolezza, ma senza alcuna possibilità – né ora né mai – di essere eseguita per mancata quantificazione della pena. Pare quindi che identificare le «parti della sentenza» con i suoi soli “capi” sia la soluzione più coerente sotto il profilo sistematico, l'unica in grado di impedire tale effetto¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Cass. 16.5.2019 n. 35845, cit.; Cass. 29.1.1998 n. 2290, cit. In qualche occasione i giudici nomofilattici hanno addirittura permesso di dichiarare l'estinzione del reato per remissione di querela, intervenuta durante il giudizio di rinvio finalizzato alla sola commisurazione della pena: Cass. 7.10.2008 n. 42994, in *CEDCass*, m. 241827; Cass. 28.9.1994 n. 11206, in *CEDCass*, m. 199621, in cui si afferma che, per aversi una “condanna”, occorre non solo l'accertamento della responsabilità dell'imputato, ma anche la quantificazione della sanzione penale. In caso contrario, «è preclusa soltanto la discussione sulla responsabilità dell'imputato, ma non si è in presenza di una condanna», in quanto la decisione, incompleta, «non può essere posta in esecuzione, non presentando i requisiti dell'irrevocabilità» ex art. 648 Cpp. Dunque, secondo la Corte, «non si è ancora formato il giudicato, avendo soltanto autorità di giudicato la sola affermazione di responsabilità dello imputato ed essendo ancora attuale, per la mancanza di pronuncia irrevocabile, l'obbligo del giudice di rilevare di ufficio l'esistenza di una causa estintiva del reato».

¹⁰¹ Analogamente, v. A. Diddi, *La vexata quaestio relativa alla pronuncia di prescrizione dopo l'annullamento parziale della sentenza: le Sezioni Unite fanno buona guardia*, in *PPG* 2015, f. 5, 137, 140; K. Natali, *La Riforma Cartabia*, cit., 278. Rileva questa contraddittorietà, individuando la presenza di «due indirizzi opposti», al di là della «apparente uniformità delle enunciazioni di principio» giurisprudenziali, M.L. Busetto, *Annulamento parziale*, cit., 2486.

¹⁰² Sul punto, v. K. Natali, *La Riforma Cartabia*, cit., 280 s. Secondo M.L. Busetto, *Annulamento parziale*, cit., 2483 nt. 9, un ulteriore argomento, stavolta di natura testuale, a favore della coincidenza tra i concetti di «parti» e di “capi” è l'utilizzo dell'espressione «disposizioni della sentenza» nell'art. 624 co. 1 Cpp.

¹⁰³ Al riguardo, v. B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 58, 64; M.L. Busetto, *Annulamento parziale*, cit., 2483.

¹⁰⁴ In tal senso, v. le condivisibili osservazioni di K. Natali, *La Riforma Cartabia*, cit., 290 ss. La tesi qui criticata è invece sostenuta dall'Ufficio del massimario della Corte di cassazione, il quale, sulla scorta delle Sezioni unite Gialluisi (Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.), distingue tra irrevocabilità della decisione e titolo esecutivo, affermando che, nell'ipotesi di rinvio per la sola quantificazione della pena, i punti sull'accertamento della responsabilità divenuti irrevocabili sarebbero travolti dalla dichiarazione di improcedibilità ex art. 344-bis Cpp, non costituendo ancora titolo esecutivo: Corte

Abbracciando la lettura fornita dalla giurisprudenza maggioritaria, emerge inoltre una diversità di trattamento rispetto all'impugnazione parziale. La possibilità che si formi il giudicato sui singoli punti di una sentenza a seguito di annullamento parziale genera frizioni con gli artt. 3 e 27 co. 2 Cost., pur essendo stata esclusa dalla Cassazione l'illegittimità costituzionale delle analoghe norme del codice abrogato¹⁰⁵. In relazione all'art. 3 Cost. tali frizioni non sembrerebbero travalicare il limite della discrezionalità legislativa, cosicché parrebbe difficile una pronuncia di illegittimità costituzionale per manifesta irragionevolezza della norma. Un trattamento differenziato potrebbe infatti giustificarsi alla luce dell'eterogeneità tra le due situazioni processuali: un giudizio ancora *in itinere* in caso di impugnazione e un procedimento già sottoposto al ricorso per cassazione nel secondo. Il legislatore delinea una netta cesura tra il giudizio rescindente e quello rescissorio dell'art. 624 Cpp, che – si può sostenere – determina una vera e propria conclusione del procedimento sotto ogni profilo, fatta eccezione per quelli oggetto di rinvio od aventi con essi una connessione essenziale. Ciò sarebbe del resto confermato dall'art. 627 co. 4 Cpp, che impedisce di rilevare in sede di rinvio qualsiasi nullità, comprese quelle assolute, verificatesi nelle fasi antecedenti, benché, al contempo, l'art. 179 co. 1 Cpp definisca le nullità assolute «insanabili» e rilevabili d'ufficio «in ogni stato e grado del procedimento». Analogamente, il co. 4 dell'art. 627 Cpp impedisce di rilevare le inammissibilità, anch'esse verificatesi nelle fasi precedenti. Una cesura così marcata non sembra invece esistere nei gradi anteriori al giudizio rescissorio, come dimostrerebbe il fatto che, ai sensi dell'art. 609 co. 2 Cpp, la Corte di cassazione decide «le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo», anche se non eccepite in sede di impugnazione¹⁰⁶. Maggiori dubbi sussistono assumendo come parametro l'art. 27 co. 2 Cost. È vero, infatti, che la disposizione costituzionale parla di «condanna» e non di «sentenza». Tuttavia, per aversi una condanna occorre una decisione completa sulla *res iudicanda*, che investa sia i profili attinenti all'accertamento del fatto e all'attribuzione all'imputato, sia quelli attinenti alla pena¹⁰⁷. Ciò, del resto, è affermato dal giudice delle leggi in relazione alle impugnazioni parziali¹⁰⁸ e non si vede il motivo per negarlo in caso di annullamento parziale della Cassazione con rinvio per determinare la sanzione penale¹⁰⁹.

Ad ogni modo, anche in caso di annullamento parziale ex art. 624 Cpp, pare del tutto inopportuno privare l'imputato della presunzione di non colpevolezza prima che si cristallizzi ogni punto del capo d'imputazione. La questione non presenta un rilievo soltanto teorico. Supponendo che la presunzione

Suprema di Cassazione-Ufficio del massimario e del ruolo-Servizio penale, *Relazione su novità normativa. La legge 27 settembre 2021, n. 134. Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*-Rel. 60/21, redattori: D. Tropiccione-P. Di Geronimo, Roma, 3.11.2021, 17 ss. Diversa, secondo l'Ufficio del massimario, è l'ipotesi di annullamento parziale, con rinvio riguardante solo le pene accessorie, le misure di sicurezza e le confische non costituenti misure di sicurezza, nel qual caso il titolo esecutivo avente ad oggetto la responsabilità per un determinato reato e la quantificazione della pena principale si sarebbe già formato e non verrebbe travolto dal decorso dei termini di cui all'art. 344-bis Cpp. In dottrina, ritiene che l'improcedibilità dichiarata in un giudizio di rinvio a seguito di annullamento parziale limitato alla rideterminazione della pena faccia venir meno il giudicato sulla responsabilità G. Spangher, *L'improcedibilità dei giudizi di impugnazione per mancata definizione nei termini di legge*, in Aa.Vv., «*Riforma Cartabia*» e rito penale. *La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Milano 2022, 288.

¹⁰⁵ Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit. Sembra negare l'illegittimità costituzionale anche C. cost., 30.10.1996, n. 367, cit., affermando che «all'infuori del giudizio di rinvio, vale il principio, più volte espresso nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui “non si è in presenza di una condanna allorché è stata accertata soltanto la responsabilità dell'imputato, ma non è ancora stata applicata la pena relativa”». La Corte differenzia dunque il giudizio di rinvio, disciplinato dall'art. 624 Cpp, dall'omesso appello contro alcuni punti di una sentenza, che rinviene invece la sua disciplina nell'art. 597 co. 1 Cpp.

¹⁰⁶ In modo analogo, in riferimento alle disposizioni del codice abrogato, v. Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit., che sottolinea la serie di vincoli giuridici posti dal legislatore nel giudizio di rinvio, i quali non sono invece contemplati nell'appello.

¹⁰⁷ Sul punto, v. F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1163.

¹⁰⁸ C. cost., 30.10.1996, n. 367.

¹⁰⁹ *Contra* Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit., secondo cui l'art. 545 Cpp 1930, ripreso nel contenuto dall'attuale art. 624 Cpp, «non potrà mai derogare o contrapporsi al precetto costituzionale (...) dal momento che la norma ordinaria riscontra nel suo significato più ampio il concetto di “condanna definitiva” di cui alla norma costituzionale».

venga meno, quest'ultimo potrebbe essere formalmente considerato colpevole sia dai *mass media* (perlomeno nei processi che presentano un qualche risalto mediatico) che dai soggetti nel procedimento in un momento molto delicato, con il rischio di ingenerare condizionamenti nell'attività giudiziale di quantificazione della pena¹¹⁰. Del resto, il principio *in dubio pro reo*, corollario della presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio, deve operare anche in sede di commisurazione delle sanzioni penali, risolvendo situazioni di incertezza processuale in favore dell'imputato¹¹¹. Se lo scopo del processo e delle sue regole è proteggere l'individuo dagli abusi dell'autorità e da eventuali esiti dettati dall'emotività sociale¹¹², tale funzione dovrebbe protrarsi fino all'esaurirsi dell'intera concatenazione di atti che lo compongono. Né varrebbe obiettare che, nel nostro ordinamento, già esistono ipotesi in cui, ferma restando la responsabilità di una persona, il giudice dell'esecuzione ricalcola la pena (si pensi ai casi di concorso formale e di continuazione tra reati accertati con più sentenze passate in giudicato, disciplinati dall'art. 671 Cpp). Tale ricalcolo, che interviene inevitabilmente in un momento successivo al passaggio in giudicato delle sentenze, è infatti funzionale ad esigenze di equità ed è espressione del principio, da tempo affermato dal giudice delle leggi¹¹³, secondo cui l'intangibilità del giudicato deve cedere qualora dal suo rispetto consegua un ingiusto nocumento ai diritti della persona condannata.

In caso di annullamento parziale ex art. 624 Cpp, per “condanna definitiva”, idonea a far cessare la presunzione di non colpevolezza (con la conseguenza, *inter alia*, di consentire l'applicazione della pena), deve quindi intendersi il giudicato formatosi su un intero capo della sentenza, privo di connessione essenziale con altri capi non ancora definitivi.

Sarebbe nondimeno auspicabile, al fine di superare l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale di segno opposto, un intervento legislativo nell'art. 624 Cpp per sostituire il termine generico «parti» con il più appropriato “capi”.

6. Si è osservato che, al di là delle diverse basi logiche, il principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost., benché formulato come “negazione passiva”, produce nel nostro ordinamento il risultato pratico di una vera e propria presunzione di non colpevolezza e che, al contempo, le espressioni “non colpevolezza” ed “innocenza” possono, nei risultati, reputarsi equivalenti¹¹⁴.

È noto, al contempo, che la direttiva 2016/343/UE – al pari, come evidenziato, della CEDU e della Carta di Nizza – stabilisce dei livelli minimi di tutele¹¹⁵, modificabili dai singoli ordinamenti nazionali soltanto “al rialzo”, non potendo rappresentare il pretesto per diminuire le garanzie già riconosciute da uno Stato.

Di conseguenza, per l'ordinamento italiano, la colpevolezza può dirsi “legalmente accertata” solo con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna. È questo il significato da attribuire nel nostro ordinamento alla “prova legale della responsabilità” cui si riferiscono gli artt. 6 § 2 CEDU, 48 § 1 CDFUE e 3 direttiva 2016/343/UE, considerato il tenore univoco dell'art. 27 co. 2 Cost., che parla di «condanna definitiva», cioè irrevocabile, non più soggetta ad impugnazioni ordinarie¹¹⁶.

¹¹⁰ Non si dimentichi la stretta correlazione tra la presunzione di innocenza e l'imparzialità giudiziale, giustamente evidenziata da una parte della dottrina: S. Trechsel, *The Character of the Right to a Fair Trial*, cit., 31.

¹¹¹ Per un inquadramento di tale principio, v., di recente, P.P. Paulesu, *Commento all'art. 27 Cost.*, cit., 65.

¹¹² Per tutti, v. O. Mazza, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi* 2017, 116; G. Garuti, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *AP (web)* 2017, f. 3, 12.

¹¹³ C. cost., 9.4.1987, n. 115.

¹¹⁴ V. *supra*, § 1.

¹¹⁵ V. l'art. 1 direttiva 2016/343/UE. L'art. 13 e il Considerando n. 48 direttiva 2016/343/UE prevedono inoltre una clausola di non regressione.

¹¹⁶ Allo stesso modo, v. O. Mazza, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *DPP* 2014, 1407, il quale, però, commentando la proposta di direttiva, non esclude che la sua ambigua formulazione possa riaccendere il dibattito sul *dies ad quem* della presunzione di non colpevolezza, mai completamente sopito.

Pertanto, a prescindere dalla portata “minima” che si intenda attribuire ai riferimenti sopranazionali alla colpevolezza «legalmente provata», l'estensione della presunzione di innocenza, una volta “calata” nel nostro ordinamento nazionale, non può subire limitazioni che ne circoscrivano la portata ad un momento antecedente alla condanna definitiva.

La prospettiva costituzionale italiana, quindi, non può allinearsi al suddetto approccio *floue* della Corte di Strasburgo, che, facendo leva sulla più sfumata nozione di “accertamento legale della responsabilità” ex art. 6 § 2 CEDU e sull'art. 5 § 1 lett. a CEDU, depotenzia di fatto la portata garantistica della presunzione di innocenza sotto alcuni profili, pur non giungendo a negarne l'operatività dopo la condanna non definitiva¹¹⁷.

Alla luce delle precedenti argomentazioni, non è possibile invocare la giurisprudenza di Strasburgo, che ammette il venir meno della presunzione di innocenza nella procedura di *sentencing*¹¹⁸, per giustificare la correlativa cessazione del principio in caso di annullamento parziale della sentenza ex art. 624 Cpp con rinvio per la sola quantificazione della pena¹¹⁹. Come osservato, le garanzie della presunzione di non colpevolezza sono necessarie anche in sede di determinazione del *quantum* di sanzione penale da irrogare e la loro funzione garantistica viene meno solo con l'esaurirsi della concatenazione degli atti che compongono il procedimento, perlomeno in relazione ad un suo autonomo capo d'imputazione¹²⁰.

In tema di presunzione di innocenza, il più marcato disallineamento tra atti sopranazionali e Costituzione italiana riguarda le ricadute del principio *de quo* in tema di esecuzione provvisoria delle sentenze di condanna non irrevocabili. Dall'art. 27 co. 2 Cost. si fa discendere il divieto di dare esecuzione anticipata alla pena, che, al contrario, è consentita dai giudici di Strasburgo e su cui il legislatore eurounitario, forse consapevole della delicatezza del problema, ha preferito non prendere posizione.

Anche in questo caso bisogna considerare la funzione del sistema CEDU, che è stabilire livelli minimi di tutela dei diritti, i quali, ai sensi dell'art. 17 CEDU, non possono subire limitazioni maggiori rispetto a quelli previsti dalla Convenzione stessa, pur rimanendo implementabili *in melius* dagli Stati. È la stessa CEDU, d'altra parte, ad affermare nel suo preambolo che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, sono gli Stati membri a dover garantire i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione e dai suoi protocolli, in merito ai quali godono di un margine di apprezzamento sotto il controllo della Corte EDU¹²¹. Del resto, anche dal punto di vista testuale, se è vero che l'art. 5 § 1 lett. a CEDU, perlomeno nella lettura fornita dai giudici di Strasburgo, consente privazioni di libertà in base ad una condanna anche non irrevocabile¹²², è altrettanto vero che tale detenzione deve essere regolare (nelle versioni ufficiali in inglese e in francese, si utilizzano i termini «*lawful*» e «*régulièrement*»), ben potendo dunque gli Stati subordinare detta privazione ad ulteriori garanzie, tra cui appunto la

¹¹⁷ V. *supra*, § 2. In dottrina si evidenzia come, mentre gli artt. 5 § 1 lett. a e 6 § 2 CEDU non ostano ad una privazione di libertà a seguito di una condanna, anche non definitiva, nell'ordinamento italiano l'art. 27 co. 2 Cost. “paralizza”, sotto questo profilo, l'art. 5 § 1 lett. a CEDU, consentendo soltanto l'esecuzione di condanne irrevocabili: M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 188; M. Pisani, *Art. 5*, cit., 120. *Contra* E. Fassone e L. Pepino, *Verso una nuova disciplina della custodia preventiva (prime bozze per un progetto di Magistratura Democratica)*, in *QG* 1983, 749, i quali, auspicando l'introduzione legislativa della provvisoria esecutorietà delle sentenze di condanna, perlomeno al di sopra di determinati limiti di pena edittale o irrogata in concreto, mostrano di ritenerla compatibile con l'art. 27 co. 2 Cost.

In relazione ad alcuni aspetti specifici (come, ad esempio, in materia cautelare, l'inapplicabilità dei termini di fase in caso di doppia condanna, ai sensi dell'art. 303 co. 1 lett. d, secondo periodo, Cpp), si registrano comunque dei cedimenti da parte della giurisprudenza di legittimità, che giustifica tali disposizioni sulla base di un asserito “affievolimento” della presunzione di non colpevolezza: v. *supra*, § 4.

¹¹⁸ V. *supra*, § 2.

¹¹⁹ Parte della giurisprudenza ha utilizzato questo discutibile accostamento: Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit., 70 s.

¹²⁰ V. *supra*, § 5.

¹²¹ Si tratta del *Considerando* inserito dal Protocollo n. 15 del 24.6.2013, entrato in vigore l'1.8.2021, recepito dall'Italia con l. 15.1.2021 n. 11, contenente l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione.

¹²² Per una ricostruzione alternativa, v. *supra*, § 2.

necessaria definitività della pronuncia¹²³. Sotto questo profilo, l'art. 27 co. 2 Cost. ha dunque legittimamente innalzato lo *standard* di tutela stabilito dalla CEDU¹²⁴.

Tra l'altro, deve ritenersi che il divieto di esecuzione anticipata della pena scaturente dall'art. 27 co. 2 Cost. riguardi non solo le pene principali, ma anche quelle accessorie¹²⁵. Il fatto che la Corte costituzionale abbia a suo tempo ritenuto legittima l'applicazione provvisoria di queste ultime ai sensi dell'art. 140 Cp, oggi abrogato, 301 e 587 Cpp 1930¹²⁶, non scalfisce tale affermazione. Essa ha infatti "salvato" l'istituto, per come disciplinato dalle norme allora vigenti, attribuendogli in concreto finalità cautelari e non meramente anticipatorie della pena. Al di là del *nomen iuris*, il giudice delle leggi lo ha quindi assimilato alle misure cautelari – compatibili con la presunzione di non colpevolezza – e non all'esecuzione di sanzioni penali, individuandone, seppur con indubbe forzature, un'omogeneità di presupposti. In altri termini, la Corte avrebbe fatto meglio a dichiarare l'illegittimità dell'istituto riconoscendolo per quello che è, cioè un'esecuzione provvisoria della pena; tuttavia, nel preservarlo, ha perlomeno adottato una motivazione che, in linea di principio, non scalfisce il divieto di anticipare le pene accessorie scaturente dall'art. 27 co. 2 Cost.¹²⁷.

In un sistema nel quale non è possibile dare provvisoria esecuzione alla pena in presenza di una condanna non ancora passata in giudicato¹²⁸, il rischio che nelle more sia vanificata la successiva possibilità di eseguire la sentenza ben può essere scongiurato mediante un idoneo sistema di misure cautelari – non a caso, come osservato, è la stessa Costituzione, all'art. 13 co. 5, a demandare al legislatore ordinario la fissazione dei «limiti massimi della carcerazione preventiva» – oltretutto attraverso la disciplina dei rapporti tra le impugnazioni e le cause estintive del reato sopravvenute alla pronuncia di primo grado¹²⁹.

¹²³ Nel medesimo senso, v. M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 188.

¹²⁴ Parte della dottrina riflette tuttavia sulla possibilità di dare esecuzione provvisoria alle condanne non definitive, qualora vi sia il consenso dell'imputato: v. S. Ruggeri, *Giudicato penale*, cit., 102 ss.

¹²⁵ B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 25 ss.

Di dubbia compatibilità con l'art. 27 co. 2 Cost. è l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza, oggi disciplinata dagli artt. 206 Cp e 312 s. Cpp. Secondo parte della dottrina, il principio costituzionale la vieterebbe, dovendo escludersi l'esecuzione anticipata di qualsiasi sanzione conseguente alla commissione del reato: in tal senso, per tutti, v. M. Chiavario, *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in Aa.Vv., *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino 1977, 244; G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza*, cit., 54 ss.; B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 26 ss. Né potrebbe invocarsi, secondo diversi studiosi, un bilanciamento con altri valori costituzionali, quali, a seconda dei casi, la tutela dell'infanzia e della gioventù ex art. 31 co. 2 Cost. e il diritto alla salute ex art. 32 Cost., in quanto la finalità terapeutica delle misure di sicurezza risulta in concreto marginale rispetto a quella custodialistica: G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza*, cit., 56 s.; B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 28 s.

¹²⁶ C. cost., 11.4.1969, n. 78.

¹²⁷ Per una critica nei confronti della ricostruzione della Corte costituzionale, v. G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza*, cit., 58 s., per il quale le finalità *lato sensu* cautelari insite nell'applicazione provvisoria ex art. 140 Cp erano assimilabili non tanto a quelle delle misure cautelari, bensì a quelle genericamente attribuibili alle pene, le quali hanno per loro natura anche una funzione preventiva.

¹²⁸ Per le statuizioni civili opera invece una regola diversa: il giudice può dichiarare provvisoriamente esecutiva la condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno contenuta nella sentenza penale, purché vi sia richiesta in tal senso della parte civile e ricorrano giustificati motivi. Inoltre, la condanna alla provvisoria è immediatamente esecutiva (art. 540 Cpp). Per un'analisi della disposizione, v. P. Sfrappini, *Sub art. 540*, in Aa.Vv., *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*³, a cura di G. Illuminati e L. Giuliani, Milano 2020, 2669 s.

¹²⁹ In tal senso, per tutti, v. V. Grevi, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 23 s. Al medesimo A. (23 ss.) si rinvia per un'articolata riflessione sui rapporti tra misure cautelari e presunzione di non colpevolezza. V. altresì, per i rapporti tra art. 27 co. 2 Cost. e art. 13 co. 5 Cost., Id., *Libertà personale dell'imputato*, cit., 36 ss.

OPZIONI DI POLITICA CRIMINALE E RISCHIO DI CONTAGIO: ANCORA QUALCHE RIFLESSIONE IN TEMA DI HIV

di Daria Perrone (*Ricercatrice di diritto penale, Università di Sassari*)

Il contributo ha ad oggetto la disciplina penale della condotta di esposizione ai virus, in particolare all'HIV. Ricostruiti gli aspetti essenziali del dibattito internazionale sull'opportunità di prevedere il ricorso allo strumento penalistico in caso di contagio - effettivo o potenziale - dell'HIV, si valuta l'importabilità nel nostro ordinamento di una fattispecie di pericolo di esposizione al virus, inquadrabile *de iure condendo* nell'ambito dei reati contro l'incolumità pubblica.

The paper deals with the virus exposure's criminal discipline, HIV in particular. After analyzing the essential aspects of the international debate about the opportunity of criminalizing HIV transmission - effective or potential -, the article evaluates the impact of the HIV exposure crime's introduction among public health offences, in relation to deterrent function and personal principles safeguarding.

SOMMARIO: 1. Il dibattito in tema di rischio di contagio tra approcci punitivi-paternalistici e preventivi-assistenzialistici. – 2. La soluzione accolta nel nostro ordinamento in relazione all'*Human Immunodeficiency Virus* (HIV). – 3. Prospettive *de iure condendo*: punti di forza e criticità di una fattispecie autonoma di esposizione all'HIV nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica.

1. A seguito dell'emergenza sanitaria degli ultimi anni, il tema del rischio di contagio di virus potenzialmente pericolosi per la salute è tornato, purtroppo, ad essere drammaticamente attuale nel dibattito di politica criminale¹.

Il tema non è certo nuovo. A partire dagli anni Ottanta-Novanta, con la diffusione dell'*Human Immunodeficiency Virus* (HIV), ossia del virus che può determinare l'*Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS), cominciò a discutersi in letteratura² delle opzioni di politica criminale in relazione

¹ In dottrina, senza pretesa di completezza, v. D. Amato, *Emergenza pandemica e diritto penale: quali spazi applicativi per il reato di epidemia?*, in *RIMedLeg* 2021, 4, 1133 ss.; R. Bartoli, *Il diritto penale al tempo del coronavirus: problematiche e prospettive*, in www.sistemapenale.it 24.4.2020; Id., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, in www.sistemapenale.it 10.7.2020; C. Cupelli, *Il diritto penale alla prova dell'emergenza Covid-19: nuove esigenze di tutela e profili sanzionatori*, in *CP* 2020, 2214 ss.; Id., *Emergenza covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it 30.3.2020; G. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del "principio di realtà"*, in *RIMedLeg* 2020, 2, 983 ss.; A. Della Bella, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino 2023; G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in www.sistemapenale.it 16.3.2020; A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *DPP* 2020, 887 ss.; F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it 26.4.2020; M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 2, 503 ss.; E. Perrotta, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in *RIDPP* 2020, 1, 179 ss.; D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco sul carcere*, in *AP* 2020, 1, 4 ss.; V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *AP* 2020, 1, 6 ss.; A. Vitale, *Propagazione virale e responsabilità penale: hiv e sars-cov-2 a confronto*, in *RIMedLeg* 2020, 3, 1355 ss.

² V., a livello di dibattito internazionale, C. Stanton – H. Quirk (a cura di), *Criminalising Contagion: Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law*, Cambridge 2018; E. Cameron, *Criminalization of HIV transmission: poor public health policy*, in *HIV/AIDS Policy & Law Review* 14 (2), 2009; L. Gable, *A global assessment of the role of the law in the HIV/AIDS epidemic*, in *Public Health* 2009; 123 (3), 260 ss.; A. Klein, *Criminal law, public health, and governance of HIV exposure and transmission*, in *The International Journal of Human Rights* 2009, 13(2/3): 251 ss. Per una panoramica delle legislazioni europee: v. UNAIDS, *Criminalisation of HIV transmission in Europe: A*

ai comportamenti potenzialmente pericolosi posti in essere dai soggetti sieropositivi. All'epoca, il dibattito fu certamente influenzato dal diffuso allarme sociale suscitato dall'HIV, giacché, quando ancora l'origine virale della malattia era pressoché sconosciuta, l'epidemia aveva già ormai assunto proporzioni estese, soprattutto nel continente africano.

Negli anni Duemila, poi, la diffusione su scala globale di alcuni *virus* altamente contagiosi e pericolosi per la salute dell'uomo - tra cui il *virus* SARS-CoV-1 che causò, tra il 2002 e il 2003, una forma atipica di polmonite, la c.d. SARS (*Severe acute respiratory syndrome*); i *virus* del ceppo H1N1 che, nel 2009, causarono la c.d. influenza suina, nonché i *virus* HAV, HCV e HDV che portarono, soprattutto in Europa, ad epidemie di epatite - ha alimentato l'attenzione della comunità scientifica. Nel 2014, in particolare, a seguito di una nuova ondata del *virus* ebola (EBOV), dopo quella già registrata sul finire degli anni Settanta, il Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) definì, per la prima volta, un'epidemia virale come «una minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale»³ ai sensi dell'art. 39 della Carta dell'ONU.

Ebbene, in relazione alle specifiche opzioni di politica criminale di fronte al rischio di trasmissione e di esposizione all'HIV, nel dibattito moderno, sono emersi a livello sovranazionale – pur con le dovute approssimazioni del caso – due orientamenti: il primo, incentrato su di un approccio punitivo-paternalistico, tendenzialmente a favore della criminalizzazione; il secondo, di tipo preventivo-assistenzialistico, più riluttante al ricorso allo strumento penale.

Facendo essenzialmente leva sulla funzione deterrente del diritto penale, il primo orientamento ha sostenuto la tesi della punibilità di tutte le condotte potenzialmente pericolose per la salute pubblica e individuale, a prescindere dall'effettiva trasmissione del *virus*, e anche se poste in essere per colpa, come nell'ipotesi dell'inosservanza delle regole cautelari sanitarie dovuta a superficialità o sconsideratezza. L'idea di base sarebbe quella di punire la condotta pericolosa in sé, anche se in concreto vi è un rischio basso o addirittura nullo di contagio. Chi aderisce ad una simile prospettiva ritiene, quindi, rilevante anche il compimento di atti che raramente portano alla trasmissione dell'HIV (come la condotta dello sputare, mordere o graffiare). A titolo esemplificativo di un simile approccio, è possibile pensare alla disciplina degli Stati appartenenti all'area Est-europea che, proprio in tema di contagio da HIV, hanno scelto di adottare un'apposita normativa *ad hoc*. In Slovacchia⁴, il reato-base è quello dell'esposizione all'HIV e il fatto è punito sia a titolo di dolo che di colpa con pene

rapid scan of the laws and rates of prosecution for HIV transmission within signatory States of the European Convention of Human Rights, in www.gnpplus.net.

³ Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), Ris. n. 2177/2014.

⁴ Ad opera della l. 20.5.2005 n. 300, è stata prevista una disciplina *ad hoc* in tema di esposizione da HIV (*Ohrozovanie vírusom ľudskej imunodeficiencie*), inserita nel codice penale nell'ambito del Titolo III relativo ai crimini contro la vita e la salute (*Trestné činy ohrozujúce život alebo zdravie*) ed incentrata su due disposizioni: gli artt. 165 e 166 Cp. V. la scheda normativa in inglese in www.hivjustice.net/country/sk. Prima della riforma, la punibilità era assicurata dal previgente art. 226 Cp. L'art. 165 Cp prevede ora la punibilità dell'esposizione da HIV intenzionale, mentre l'art. 166 Cp di quella colposa. La prima previsione riguarda, dunque, unicamente le condotte dolose e prevede che chiunque esponga intenzionalmente un'altra persona al pericolo di infezione da HIV sia sottoposto alla pena della reclusione da tre a dieci anni. L'autore del reato è punito con una pena da sette a dodici anni di reclusione, nei casi in cui commetta intenzionalmente il fatto in modo grave (*«závažnejším spôsobom konania»*). La pena è aumentata (reclusione da dieci a quindici anni), se dal fatto derivano gravi lesioni personali o la morte della persona contagiata. L'art. 166 Cp riguarda, invece, le condotte colpose e prescrive che chiunque per negligenza esponga un'altra persona al pericolo di infezione da HIV debba essere sottoposto alla pena da uno a cinque anni di reclusione. L'autore del reato è sanzionato con la reclusione da tre a otto anni se il fatto è commesso in modo grave. La pena è aumentata (reclusione da quattro a dieci anni), se dal fatto derivano gravi lesioni personali o la morte della persona contagiata. Infine, l'esposizione, anche colposa, di altre infezioni a trasmissione sessuale è punita ai sensi dell'art. 167 Cp (minaccia di una malattia venerea); la fattispecie è sempre strutturata come reato di pericolo, che prescinde dall'effettiva trasmissione. Per una disamina dell'applicazione pratica di tali fattispecie v. il rapporto dell'aprile 2023, *Criminalizzazione dell'HIV nell'UE*, stilato dall'AIDS Action Europe e disponibile in lingua inglese in www.aidsactioneurope.org/en/publication/hiv-criminalisation-eu. Per approfondimenti, invece, sotto il profilo di diritto comparato sia consentito rinviare a D. Perrone, *L'esposizione da HIV come reato di pericolo tra profili comparatistici e prospettive de iure condendo*, in CP 2020, 3, 1350 ss.

particolarmente severe, a prescindere dall'effettiva trasmissione, come reato contro l'incolumità individuale.

Coloro che sono più scettici rispetto alla criminalizzazione ritengono, invece, che il bene giuridico della salute sia più efficacemente tutelato attraverso strumenti preventivi, giacché «*public health interests are best served by encouraging those at risk to come forward to be tested, counseled, and otherwise helped in this very difficult time*»⁵. Una politica prevenzionistica offrirebbe i vantaggi della flessibilità e dell'individualizzazione del trattamento, attraverso la predisposizione di piani terapeutici, controlli preventivi periodici, indicazioni precauzionali obbligatorie, fino alla previsione di forme anticipate di neutralizzazione del rischio, come nel caso del ricovero coatto in ospedale. Coloro che aderiscono a simile approccio⁶ sostengono che la sanzione penale non dovrebbe essere applicata in relazione a quelle condotte colpose (incaute e superficiali) che, ancorché poste in essere da soggetti sieropositivi, comportano un rischio basso o nullo di contagio. In assenza di un pericolo concreto, la condotta meramente imprudente da parte del soggetto sieropositivo non dovrebbe essere punibile. Si pensi, ad esempio, alla normativa svedese, che si caratterizza per l'adozione di una politica di lotta contro l'HIV fortemente incentrata su misure assistenzialistico-cautelari. Il *Communicable Diseases Act* del 2004 impone a «colui che sa di essere portatore di una pericolosa malattia per la salute pubblica di fornire informazioni alle altre persone con cui entrerà in contatto» sui rischi di trasmissione (cap. 2, sez. 2)⁷. In sostanza, la normativa pone a carico del soggetto sieropositivo tutta una serie di controlli periodici e di obblighi, tra cui quello di rivelare la propria

⁵ G. Schultz, *AIDS: public health and the criminal law*, in *St Louis University Public Law Review* 1998, 7, 65 ss.

⁶ Fra i sostenitori c'è l'UNAIDS, ossia il Programma per la prevenzione dell'HIV istituito nel 1996 dal Consiglio economico sociale delle Nazioni Unite nel 1996, secondo cui la politica internazionale in tema di lotta contro l'HIV dovrebbe essere informata al rispetto dei principi di responsabilità individuale del singolo, di solidarietà e di divieto di stigmatizzazione sociale del soggetto sieropositivo. Ne discende che il ricorso allo strumento penalistico dovrebbe essere ispirato alla logica dell'*extrema ratio* e limitato ai casi in cui gli altri strumenti prevenzionistici si siano rivelati inefficaci, altrimenti «*any attempt to press the criminal law into service for the purpose of furthering the public health goal of reducing the spread of the AIDS virus will be expensive, ineffective, and counterproductive*»: così G. Schultz, *AIDS: public health and the criminal law*, cit. Il progetto politico del Programma si propone, quindi, di limitare il ricorso alla legge penale ai soli casi di trasmissione intenzionale, ossia a quelle ipotesi in cui l'agente, consapevole di essere sieropositivo ed informato sui metodi di trasmissione, effettivamente trasmetta il virus. V., nello stesso senso, anche il Report del Segretario generale della 63° Assemblea generale su HIV/AIDS, New York 16.6.2009, in www.unaids.org, secondo cui «*the criminalization of HIV transmission should be limited to intentional transmission*». Se ne desume *ex adverso* – nel disegno dell'UNAIDS – l'irrelevanza penale della condotta di colui che, consapevole della propria sieropositività, ha trasmesso il virus involontariamente, ad es., per ignoranza sui metodi di trasmissione (c.d. trasmissione colposa). In un'ottica liberale, si ritiene altresì preferibile escludere lo strumento penalistico nel caso di c.d. *disclosure*, ossia nelle ipotesi in cui la persona abbia rivelato la propria sieropositività al *partner* e, ciò nonostante, quest'ultimo abbia deciso di intrattenere rapporti sessuali «rischiosi», attraverso la manifestazione -anche per fatti concludenti- di un consenso valido ed informato. Infine, le sanzioni penali non dovrebbero essere applicabili ai soggetti che, consapevoli dei rischi della trasmissione, si siano sottoposti regolarmente al trattamento antiretrovirale e in relazione ai quali, dunque, non sussista più il pericolo di trasmissione del virus, né a coloro che abbiano adottato le opportune precauzioni per evitare il contagio (in ottemperanza alle regole del c.d. *safe sex*). Infatti, l'applicazione di sanzioni penali avrebbe l'effetto di scoraggiare i predetti soggetti dall'adozione delle pratiche prevenzionistiche (dato che sarebbero ugualmente perseguibili in sede penale).

⁷ Prima dell'entrata in vigore del *Communicable Diseases Act*, l'*Infectious Diseases Act* del 1988 distingueva le malattie infettive a seconda che fossero o meno pericolose per la società (l'HIV rientrava nelle malattie pericolose). Attualmente, il *Communicable Diseases Act* ordina le malattie in tre diverse categorie, distinguendo a seconda che si tratti di malattie contagiose, malattie pericolose per la salute pubblica oppure malattie pericolose per la società. Le malattie contagiose sono malattie che possono essere trasmesse da individuo a individuo e che rappresentano una minaccia solo per la salute dell'individuo che le contrae. Le malattie pericolose per la salute pubblica, invece, (tra cui è inserito anche l'HIV) sono malattie contagiose che possono essere «pericolose per la vita dell'individuo, provocare malattie continue o sofferenze o causare altre gravi conseguenze laddove esiste la possibilità di prevenire la diffusione della malattia attraverso misure mirate all'individuo infetto» (*Smittskyddslagen [Communicable Diseases Act]*, Svensk Författningssamling [SFS] 2004:168, ch. 1:3, 2). Le malattie pericolose per la società (ad es. SARS o ebola) sono malattie pericolose per la salute pubblica, che possono diffondersi nella società in modo tale da creare un grave danno o un rischio imminente di grave danno.

sieropositività al *partner* prima del compimento di atti sessuali. Strutturata secondo una logica cautelare-assistenzialistica, la legge di per sé non prevede sanzioni penali. Viene, tuttavia, punita - in base alle disposizioni del codice penale - la condotta di «colui che per grave negligenza espone un altro a pericolo mortale o pericolo di gravi lesioni personali o gravi malattie» (cap. 3, sez. 9)⁸. La mera esposizione, dunque, è punibile, ma è necessario che ci sia stata almeno una “grave negligenza” da parte dell’autore.

In una prospettiva simile, in Francia⁹, il reato di «somministrazione di sostanze pericolose» («*administration de substances nuisibles*») ex art. 222-15 Cp prevede la punibilità solo se il fatto è commesso intenzionalmente, precisamente con l’intenzione di arrecare un pregiudizio alla salute degli altri. In un’interessante sentenza del 5.3.2019¹⁰, definita “storica” e pronunciata in relazione ad un caso di atti sessuali non protetti da parte di una persona con carica virale non rilevabile, la *Cour de cassation* ha escluso la punibilità a titolo di tentativo della condotta meramente espositiva, in mancanza della prova di un pericolo concreto per il bene giuridico tutelato.

Parimenti, in Svizzera, in un caso relativo alla condotta di un uomo, sieropositivo, con una carica virale non rilevabile, la Corte di Ginevra¹¹ ha escluso la punibilità del tentativo di lesioni personali gravi e di tentata diffusione di malattia umana, in considerazione dell’assenza del rischio concreto di trasmissione. Da tale pronuncia, si evince come la giurisprudenza svizzera consideri il reato di cui

⁸ In merito all’applicazione di tale fattispecie, in particolare sotto il profilo della rilevanza penale nel caso di rischio medio-basso di trasmissione - la giurisprudenza non è unanime. Ad esempio nel caso deciso dalla Corte Suprema, *Christian*, 2004, 176, in www.gnpplus.net, la Corte suprema ha ritenuto che l’esposizione al *virus* da parte di un soggetto portatore di una carica virale talmente bassa da non essere rilevabile (UVL), grazie alla terapia antiretrovirale, non integrasse il reato di lesioni, bensì quello di esposizione al pericolo di cui alla sez. 9. Nel caso specifico, un uomo affetto da HIV, pur avendo avuto rapporti sessuali con dieci uomini, senza l’uso del profilattico e senza rivelare la propria sieropositività, non aveva trasmesso il *virus*. Mentre nel giudizio di merito, l’uomo fu condannato per tentate lesioni gravi ed esposizione a pericolo, nel giudizio di ultima istanza è stata confermata soltanto la condanna per l’esposizione a pericolo. Infatti, la Corte Suprema ha ritenuto che il rischio di trasmissione dell’HIV fosse molto ridotto per cui il semplice fatto di avere rapporti sessuali con un elevato numero di *partner* non era riconducibile al tentativo di lesione aggravata. In un caso successivo, nel 2013, la Corte di appello di Skåne-Blekinge si è discostata dal precedente, escludendo la configurabilità anche del reato di esposizione al pericolo, ritenendo che non vi fosse alcun pericolo concreto di trasmissione nel caso di UVL. (per approfondimenti v. www.hivjustice.net/country/se).

⁹ In Francia, la punibilità della trasmissione e/o esposizione da HIV è prevista dagli artt. 221-5, 222-15, 223-1 Cp, nell’ambito dei crimini e dei delitti contro la persona (Libro II): v. il testo normativo, in lingua francese, in www.legifrance.gouv.fr. Innanzitutto, integra il reato di lesioni personali dolose di cui all’art. 223-1 Cp «l’esposizione diretta di qualcuno ad un rischio immediato di morte o lesioni di natura tale da provocare mutilazioni o invalidità permanente in violazione manifestamente intenzionale di un particolare obbligo di sicurezza imposto dalla legge o da un regolamento» (pena di un anno di reclusione e multa di 15.000 Euro). In base all’art. 221-5 Cp, risponde di “avvelenamento” (*Empoisonnement*), chiunque «attenti alla vita di altri con l’uso o la somministrazione di sostanze che possono provocare la morte»: la pena è di trenta anni di reclusione; la fattispecie è stata applicata raramente, in quanto, essendo inserita nell’ambito «*des atteintes volontaires à la vie*», richiede l’intenzione di uccidere. Risponde, invece, del reato di “somministrazione di sostanze pericolose” (*administration de substances nuisibles*), ex art. 222-15 Cp, colui che somministri «sostanze nocive che hanno compromesso l’integrità fisica o psicologica di altri»; sotto il profilo soggettivo, si richiede non già la volontà di uccidere, bensì la volontà di attentare all’integrità della persona; tale reato può concorrere con il reato di lesioni personali. Si tratta di un reato di evento: ai fini della consumazione è necessario che si verifichi l’evento-trasmissione e, nel caso di HIV (cioè di un *virus* che la giurisprudenza ritiene cagionare una diminuzione permanente dell’integrità fisica) è previsto un aumento di pena (art. 222-9 Cp: dieci anni di reclusione e 150.000 Euro di ammenda); nel caso di morte della vittima, si applica l’art. 222-7 Cp che prevede la pena di quindici anni di reclusione.

¹⁰ Cass. 5.3.2019 n.18-82.704, disponibile in francese in www.hivjusticeworldwide.org.

¹¹ Corte di giustizia Ginevra 23.9.2009, S. v. *Procureur Général*, con commento in www.aidsmap.com. Il caso di specie riguardava un uomo sieropositivo, ma con una carica virale talmente bassa da non essere rilevabile, che aveva avuto rapporti sessuali non protetti, dopo aver ricevuto rassicurazioni - da parte di alcuni medici - di non essere a rischio di trasmissione, senza comunicare alle partner il proprio stato di sieropositività. A seguito di tali rapporti, in effetti, le donne non risultavano contagiate. In primo grado, l’imputato era stato giudicato colpevole in relazione ad entrambi i capi di imputazione, sia per il tentativo di lesioni personali che per il tentativo di propagazione di malattie dell’essere umano.

all'art. 231 Cp («Propagazione di malattie dell'essere umano»)¹², collocato nell'ambito dei crimini e dei delitti contro la salute pubblica, come illecito di pericolo concreto, essendo necessario provare l'esistenza di un rischio concreto di trasmissione del *virus*.

Anche la Corte europea sembrerebbe orientata verso un approccio preventivo-assistenzialistico: finora la Corte ha affrontato il tema del rischio di contagio sotto il profilo dei diritti individuali del soggetto sieropositivo. In assenza di uno specifico obbligo giuridico di criminalizzazione, il ricorso allo strumento penalistico e, in generale, alle sanzioni limitative della libertà personale, è stato ritenuto ammissibile solo come *extrema ratio*, allorquando misure meno afflittive si siano rivelate inefficaci, e solo se in misura proporzionata al rischio. La Corte si è orientata nel senso di valutare la legittimità della normativa nazionale, bilanciando i diritti del soggetto sieropositivo e il bene giuridico dell'incolumità pubblica ed individuale. In tale ottica, negli emblematici casi *Enhorn*¹³ e *Kiyutin*¹⁴, sono state ritenute illegittime le presunzioni di pericolosità basate solo sul fatto che l'agente sia infetto, senza accertamenti che dimostrino la pericolosità concreta della sua condotta.

2. In linea con l'approccio preventivo-assistenzialistico, anche nel nostro ordinamento, non è prevista una disciplina penale *ad hoc* in ordine alla criminalizzazione della condotta di esposizione all'HIV¹⁵.

¹² L'art. 231 Cp («Propagazione di malattie dell'essere umano») prevede la punibilità, anche d'ufficio, di chiunque «con animo abietto propaga una malattia dell'essere umano pericolosa e trasmissibile». V. la scheda normativa disponibile, in lingua inglese, in www.hivjustice.net/country/ch. Il testo dell'art. 231 Cp è reperibile, invece, anche in lingua italiana, in www.admin.ch. La disposizione non è stata dettata specificamente in relazione all'HIV, ma al fine di combattere la propagazione di sifilide che si era registrata alla fine degli anni Quaranta. Dopo un lungo periodo di «quiescenza», la disposizione è stata «riscoperta» nel 1989, quando è stata per la prima volta applicata ad un caso di contagio da HIV. La norma è strutturata come reato di evento: nel caso di mera esposizione, si risponde a titolo di tentativo. Nel marzo 2012, ad opera dell'art. 86, l. 28.9.2012 n. 1, disponibile in www.admin.ch, è stata abrogata la corrispondente fattispecie colposa, che prevedeva una pena detentiva alternativa a quella pecuniaria, per il fatto commesso per negligenza.

¹³ Corte EDU, sez. II, *Enhorn v Sweden*, app. n. 56529/00, 25.1.2005, in www.globalhealthrights.org, relativo al ricovero obbligatorio in ospedale - per un totale di quasi sette anni - basato sul rischio di trasmissione del virus di un soggetto sieropositivo che si era rifiutato di adempiere alle prescrizioni cautelari imposte dall'autorità sanitaria svedese. Presentato ricorso alla Corte EDU, il soggetto aveva lamentato la violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza ai sensi dell'art. 5 CEDU. Di contro, il governo aveva sostenuto la legittimità della misura ai sensi della Convenzione, che consente la limitazione della libertà «allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge» (art. 5, lett. b, CEDU) ovvero se si tratta «di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa» (art. 5, lett. e, CEDU). Pur riconoscendo l'ammissibilità di forme limitative della libertà personale, al fine di prevenire la diffusione della malattia, nel caso di specie la Corte europea ha ritenuto tali misure non conformi al principio di proporzionalità, non avendo il Governo considerato la possibilità di adottare misure alternative meno afflittive per il ricorrente, ma parimenti efficaci per l'incolumità pubblica.

¹⁴ Corte EDU, sez. I, *Kiyutin v. Russia*, app. n. 2700/2010, 10.3.2011, in www.hudoc.echr.coe.int, la Corte EDU ha ritenuto che ci fosse stata una violazione dei diritti umani, a seguito del rifiuto delle autorità russe di concedere ad un cittadino uzbeko sieropositivo il permesso di soggiorno. Pur riconoscendo che il rifiuto del permesso aveva perseguito l'obiettivo legittimo di proteggere preventivamente la salute pubblica, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto del privato e vita familiare) CEDU, escludendo la legittimità di misure restrittive della libertà personale di persone in quanto sieropositive, in assenza di un accertamento sulla pericolosità concreta del soggetto.

¹⁵ Nel nostro ordinamento, era originariamente prevista una fattispecie relativa al «contagio di sifilide e di blenorragia» (ex art. 554 Cp). L'art. 554 Cp prevedeva che «chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, è punito, se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno gli atti preveduti dalla disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una lesione personale gravissima. In ambedue i casi il colpevole è punito a querela della persona offesa. Se il colpevole ha agito a fine di cagionare il contagio, si applicano le disposizioni degli articoli 583, 584 e 585». La fattispecie era inserita nell'ambito dei delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe (Titolo X) ed era strutturata come reato di evento. La fattispecie, tuttavia, è stata abrogata ad opera della l. 22.5.1978 n. 194, prima che esplodesse - nel corso degli anni Novanta - l'emergenza sanitaria in relazione all'HIV.

In via interpretativa, la giurisprudenza ha fatto ricorso alle previsioni incriminatrici di cui agli artt. 582 ss., nell'ambito dei delitti contro l'incolumità individuale, attribuendo, ad esempio, rilevanza penale all'esposizione come tentativo di trasmissione¹⁶, oppure, nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica, al reato di epidemia ex art. 438 Cp, per lo più invero applicato con riferimento a episodi di salmonellosi¹⁷ e solo in un caso di HIV¹⁸.

Per quanto riguarda la prima soluzione interpretativa, l'inquadramento del fenomeno dell'esposizione all'HIV nell'ambito dei delitti contro l'incolumità individuale, nella specie come tentativo di omicidio o di lesioni personali, ha dato adito - com'è noto - a molteplici dubbi¹⁹, sia sotto il profilo dell'elemento psicologico (nei termini dell'annosa alternativa tra dolo eventuale e colpa cosciente) sia dell'accertamento causale.

Per quel che concerne l'elemento psicologico, infatti, la giurisprudenza generalmente si è mostrata incline a ritenere integrato il dolo eventuale allorquando l'agente abbia accettato il rischio della trasmissione del *virus* quale «possibile prezzo di un risultato desiderato»²⁰, dimostrando un

¹⁶ Così, ad esempio, la giurisprudenza, in una pronuncia del 2000 ha configurato un'ipotesi di tentativo di omicidio, assumendo come evento rilevante la morte: v. Cass. 3.5.2000 n. 9541, in *DPP* 2001, 1397 ss. Nel caso di specie, l'imputato aveva sputato contro gli agenti di polizia sangue infetto, fuoriuscito dalle ferite che lo stesso si era procurato al momento della perquisizione. Condannato nei primi due gradi di giudizio, la Cassazione ha addirittura (per la prima volta) ritenuto che la condotta dell'imputato era da qualificarsi come tentato omicidio volontario e non come tentate lesioni. In questo senso, la Corte ha ritenuto che «in tema di tentato omicidio, l'idoneità degli atti deve essere considerata sotto il profilo potenziale, dal punto di vista dell'attitudine causale a conseguire il risultato prestabilito, indipendentemente da ogni evento che in concreto abbia impedito la realizzazione dell'evento». In un'altra occasione, invece, la giurisprudenza ha qualificato la condotta di esposizione come tentativo di lesioni gravissime, considerando come evento rilevante l'infezione: v. Trib. Roma 13.11.1992, Cesario, in *CP* 1993, 1567 ss. Il caso riguardava la condotta di due soggetti tossicodipendenti sieropositivi che conficcavano nella mano della vittima l'ago di una siringa appena usata per il consumo di una sostanza stupefacente. In caso di effettiva trasmissione, invece, la giurisprudenza ritiene generalmente integrato il reato di lesione personale gravissima, in quanto la trasmissione del *virus* determina una malattia insanabile: così, v. Cass. 29.9.2010 n. 43763, in *CP* 2011, 3462 ss.

¹⁷ V. Trib. Bolzano, 20.6.1978, in *GM* 1979, 954; Trib. Bolzano, 13.3.1979, in *GM* 1979, 946 ss., relativamente ad un caso di diffusione della salmonellosi tra gli ospiti di due strutture alberghiere: in questa vicenda i giudici hanno escluso la sussistenza del fatto «poiché le persone riscontrate affette da salmonellosi appartenevano tutte a due ristrettissime comunità costituite dai clienti e dal personale di due pensioni di montagna, e quindi da qualche decina di turisti, onde non può certo parlarsi né di "regione" né di "popolazione", e mancò ogni propagazione al di fuori di quel ristretto ambiente»; Trib. Savona, 6.2.2008, in *RP* 2008, 67, relativamente alla diffusione di salmonella tra alcuni fruitori di una mensa.

¹⁸ V., in tal senso, G.u.p. Roma, 14.11.2016, in *DPenCont* 2017, 3, 37 ss., relativo ad un caso in cui il *virus* era stato trasmesso a trenta persone, ed altre ventitré esposte al contagio. In commento, v. F. Lazzeri, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*, in www.sistemapenale.it 19.12.2019; F. Manfredi, *Può un uomo cagionare un'epidemia da virus HIV*, in www.penalecontemporaneo.it 7.3.2017; S. Raffaele, *Il delitto di epidemia tramite contagio: un'analisi critica della giurisprudenza*, in www.discrimen.it 18.12.2020, 13 ss.

¹⁹ In dottrina, per uno sguardo sulla complessità delle questioni, v. S. Canestrari, *La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infecto da HIV nell'orientamento del BGH*, in *FI* 1991, IV, 148 ss.; S. Corbetta, *Contagio da AIDS tramite rapporto sessuale non protetto: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *DPP* 2001, 11, 1236 ss.; F. G. Capitani, *Scegliere di non curarsi (e di morire) non salva l'untore HIV omicida*, in *D&G* 2022, 73 ss.; L. Cornacchia, *Profili di responsabilità per contagio da virus HIV*, in S. Canestrari (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale* 2016, Bologna, 561 ss.; G. Fiandaca, *Omissione di misure anti-AIDS e contagio in un reparto ospedaliero*, in *FI* 1990, II, 59 ss.; G. Forte, *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*, in *FI* 2001, II, 290 ss.; B. Magliona, *Contagio da HIV/AIDS per via sessuale e intervento penale: alcuni spunti di riflessione medico legale*, in *DPP* 2000, 1525 ss.; L. Masera, *Contagio da AIDS e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *DPP* 2008, 1174 ss.; G. Masotti - B. Magliona - D. Rastelli, *Infezione da HIV/AIDS per via sessuale e responsabilità penale. Aspetti medico legali*, in *RIMedLeg* 2003, 507 ss.; E. Nicosia, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*, in *RIDPP* 2001, 1, 299 ss.; K. Summerer, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, in *RIDPP* 2001, 303 ss.

²⁰ Cass. 15.12.2021 n.14560, in www.dejure.it, secondo cui «risponde del delitto di omicidio doloso per contagio da HIV il soggetto che, consapevole di essere sieropositivo e informato della concreta possibilità di trasmissione del virus mediante rapporti sessuali non protetti, con probabile esito letale dell'infezione, non abbia avvisato la compagna della propria condizione, intrattenendo con la stessa tali rapporti e, dopo la scoperta della trasmissione dell'infezione, l'abbia convinta a non sottoporsi a terapia antiretrovirale in ragione di tesi negazioniste, così favorendo l'insorgenza di un linfoma

atteggiamento di disprezzo verso il bene tutelato (la salute o la vita della persona contagiata) o, quantomeno, di indifferenza verso lo stesso. In altre parole, il dolo eventuale ricorrerebbe tutte le volte in cui l'agente, oltre ad essersi rappresentato l'evento come concretamente possibile, abbia anche deciso di accettarne la verifica. Tale lettura "minimalista" rispetto alle più recenti acquisizioni in tema di dolo eventuale è stata proposta - forse anche per l'effetto di un *outcome bias*²¹ - soprattutto nei casi di effettiva trasmissione in cui, a seguito del contagio, si sia verificato l'evento più grave, ossia la morte del *partner*, preferendo la giurisprudenza negli altri casi ricorrere all'imputazione colposa, ancorché con previsione.

Sotto l'aspetto dell'accertamento causale, invece, anche avvalendosi della combinazione di prove scientifiche (c.d. evidenza virologica) e della documentazione medica, si è rivelato spesso difficile determinare, oltre alla direzione dell'evento (chi ha infettato chi), il preciso momento della trasmissione. Del resto, i sintomi del contagio appaiono solo diverse settimane dopo il momento della trasmissione e si possono presentare anche in forma assai lieve e aspecifica. Ed ancora, basti pensare alla *probatio diabolica* dell'esclusione di decorsi alternativi: emblematiche, in tal senso, le intricate vicende giudiziarie - concluse sul versante penale con l'assoluzione degli imputati - scaturite a seguito del drammatico contagio di *virus* HIV, HBV e HCV provocato nella prima metà degli anni Ottanta dalla commercializzazione di emoderivati infetti.

Un cenno a parte merita, poi, il problema della demarcazione della rilevanza delle concause: a prima vista, la responsabilità da contagio parrebbe terreno d'elezione per l'applicabilità della regola di cui all'art. 41 co. 2 Cp in tutti quei casi in cui il *virus* venga trasmesso "a catena" tra più soggetti: si potrebbe sostenere, infatti, che le concause sopravvenute sarebbero idonee a recidere il nesso causale tra l'evento finale del contagio e la concausa originaria, ossia la condotta del primo "untore". Il problema della rilevanza escludente delle cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento potrebbe essere, in verità, apparente. Nel caso di contagi plurimi in successione, infatti, l'ultima condotta - lungi dall'attivare un decorso causale nuovo o eccezionale - si limiterebbe a

non Hodgkin B, patologia "AIDS definente", inizialmente non trattata con la prescritta chemioterapia, che ne cagionava la morte». Le teorie che valorizzano il profilo cognitivo-rappresentativo del dolo eventuale presuppongono che l'agente si sia raffigurato l'evento, esito della condotta, e che abbia previsto il contagio o la morte del *partner* come una concreta possibilità del suo comportamento. Si è talvolta fatto, altresì, riferimento in questo ambito - che può coinvolgere relazioni personali affettive - a una visione emotivo-volitiva del dolo eventuale, allorché si è cercato di valorizzare gli intimi voleri dell'agente. Da quest'ultima prospettiva, si è sostenuto che il contagio e la morte del *partner* affettivo significherebbe il radicale annullamento del reale obiettivo perseguito dall'agente, ossia la prosecuzione del legame affettivo. In questo senso, v. Cass. 14.6.2001 n. 30425, in *CP* 2002, 3096 ss., secondo cui «la condotta del soggetto che, pur consapevole di essere affetto da AIDS, abbia contagiato il coniuge intrattenendo rapporti sessuali senza alcuna precauzione e senza informarlo dei rischi cui poteva andare incontro, sino a determinarne la morte, integra il reato di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento e non quello di omicidio volontario». V. anche Cass. 17.9.2008 n. 44712, in *GD* 2008 (50), 113 ss., con ivi nota di G. Amato, *Va indagato l'"animus" dell'agente senza prescindere dal contesto culturale*. In dottrina, non è mancato chi ha proposto di fare riferimento anche alla personalità dell'agente: fra gli altri, v. E. Nicosia, *Contagio di AIDS tra marito e moglie e omicidio doloso*, cit., 348; K. Summerer, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, cit., 303. Altri Autori, ancora, hanno parlato di "prezzo di azione", come parametro per ritenere sussistente il dolo eventuale in tutti quei casi in cui si accerti che l'agente non ha adottato alcuna misura cautelare per evitare il contagio: così, v. S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura della fattispecie*, Milano 1988, 32.

²¹ L'*outcome bias* è una distorsione tipica del giudizio retrospettivo, per alcuni versi simile all'*hindsight bias* o senno di poi, e consiste nella tendenza dell'uomo a lasciarsi influenzare, nel formulare un giudizio sulla prevedibilità di un evento, dalla natura fausta o infausta di quest'ultimo. Tale *bias* distorcerebbe il giudizio, inducendo a ritenere maggiormente rimproverabile l'agente, a seconda dell'esito della condotta: in caso di evento infausto, come nel caso di specie la morte della persona contagiata, il giudice sarebbe incline a riconoscere un comportamento gravemente negligente, se non addirittura doloso. Si tratta di un errore percettivo, assai frequente nella prassi. La fallacia dipende dal fatto di far dipendere la valutazione della condotta dal risultato da essa prodotta: la gravità del fatto determina un "bisogno di pena" motivato dal soddisfacimento delle istanze di sicurezza sociale e di appagamento di un distopico senso di giustizia riparativa. Per approfondimenti, sia consentito rinviare a D. Perrone, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi. Limiti e possibilità del ricorso alla "giustizia digitale integrata" in sede di accertamento della colpa*, Torino 2021, 56 ss.

propagare ulteriormente il medesimo fattore eziologico naturalistico - l'agente patogeno - già diffuso con il primo contagio. In altre parole, il primo contagio opererebbe come fattore eziologico direttamente ricollegabile alla produzione dell'evento finale²².

La situazione non sembra migliorare con l'inquadramento nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica - nella specie il delitto di epidemia - adottato talvolta dalla giurisprudenza. Aderendo a simile impostazione, i nodi problematici sembrerebbero almeno tre.

In primo luogo, l'epidemia, anche nella sua corrispondente versione colposa ex art. 452 Cp, implica la «diffusione di germi patogeni»²³ in un numero elevato di persone tale da destare un notevole allarme sociale, oltre al pericolo di contagio per un numero indeterminato e notevole di persone, elemento quest'ultimo che rappresenta la «proiezione teleologica»²⁴ della fattispecie. L'elemento della contagiosità è, infatti, essenziale: come chiarito anche dalla Cassazione, l'epidemia implica la diffusione di «una malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione»²⁵.

Ebbene, rispetto a tali forme di trasmissione, sono evidenti le difficoltà applicative della fattispecie di epidemia alle malattie sessualmente trasmissibili come l'HIV che, a differenza delle malattie a trasmissione virale, vengono trasmesse di regola da persona a persona attraverso un contatto, prevalentemente di tipo sessuale, che difficilmente può occasionare un livello di diffusività così elevato. Come è stato efficacemente osservato, nel caso del contagio di un *virus* da persona a persona, ciò che viene a mancare è «proprio il carattere sincronico ed allo stesso tempo necessariamente “massivo” della dimensione fenomenica propria della condotta – di diffusione»²⁶ richiesto dall'epidemia.

Inoltre, la condotta di esposizione è punibile solo a titolo di tentativo di epidemia, non essendosi ancora verificato l'evento (ossia la trasmissione del *virus*): occorre, quindi, accertare in capo all'agente quanto meno il dolo diretto di diffondere il *virus*, con esclusione della punibilità di tutte quelle condotte espositive poste in essere con colpa o a titolo di dolo eventuale. Eppure, come abbiamo già visto in relazione ai delitti contro l'incolumità individuale, la giurisprudenza tende ad escludere il dolo nei casi in cui non si sia verificato l'evento-morte, risultando assai più probabile -

²² In questo senso, v. più approfonditamente A. Vallini, *La responsabilità penale da contagio*, in *RIMedLeg* 2020, 3, 1343 ss.

²³ V. artt. 438 e 452 Cp. Per quanto riguarda il concetto di “diffusione di germi patogeni”, un aspetto delicato e controverso riguarda la possibilità di ritenere integrata la condotta anche attraverso un comportamento omissivo. La giurisprudenza maggioritaria sembra ritenere che non sia configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 c.p., con la locuzione “mediante la diffusione di germi patogeni”, richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto di cui al secondo comma dell'art. 40 c.p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera: Cass. 4.3.2021 n. 20416, in *RIMedLeg* 2021, 4, 1133 ss. Nello stesso senso, v. anche Cass. 26.1.2011 n. 2597, in *RP* 2011, 518. *Contra*, Cass. 26.11.2019 n. 48014, in *www.dejure.it*.

²⁴ A. Gargani, *Emergenza “covid-19” e “rischio penale”: osservazioni sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 11.7.2023, 5; nonché *amplius* Id., *Il danno qualificato dal pericolo, Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino 2005, 160 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 26.11.2019 n. 48014, in *www.dejure.it*, secondo cui «in tema di epidemia, l'evento tipico del reato consiste in una malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione».

²⁵ Cass. 30.10.2019 n. 48014, in *www.sistemapenale.it* 19.12.2019, con *ivi* nota di F. Lazzeri, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*.

²⁶ Così, anche se in relazione alla diffusione del *virus* Covid-19, v. G. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., 983 ss., il quale conclude - in applicazione di un principio di realtà e volendo rifiutare tesi ai confini del “fanta-diritto”, per la «difficoltà di configurare gli estremi di una fattispecie – quale l'epidemia – che, nei contenuti (e nel corrispondente livello delle sanzioni), sembra eccedere la sfera delle capacità operative da parte di un soggetto che, per sua disgrazia, risulti portatore del virus Covid-19».

soprattutto nei casi di mera esposizione - che l'agente abbia trasgredito alle regole cautelari per colpa, semplicemente per negligenza o superficialità, senza avere la volontà di trasmettere ad altri il *virus* e senza rendersi pienamente conto delle implicazioni della sua condotta.

Infine, permane il problema dell'accertamento del nesso causale. Anche nell'epidemia, come nei delitti contro l'incolumità individuale prima considerati (omicidio e lesioni personali), occorre pur sempre dimostrare, secondo la logica della causalità individuale, l'idoneità eziologica degli atti posti in essere dall'agente. Infatti, la struttura del delitto, sulla falsariga dei delitti di disastro, è quella di un delitto di evento qualificato dal pericolo per la salute pubblica²⁷. Nello specifico, occorre accertare che la condotta possa causare una diffusione incontrollata della malattia: non è sufficiente accertare che la condotta determini il pericolo di diffusione del *virus* in un circoscritto numero di individui, non esauendo ancora una simile condotta quell'offesa alla salute pubblica richiesta dalla norma incriminatrice²⁸. Ebbene, al cospetto di decorsi causali di incerta mappatura²⁹, caratterizzati da debolezze gnoseologiche e dalla difficoltà di rinvenire delle leggi scientifiche anche solo di tipo statistico, l'accertamento dell'idoneità epidemiologica della condotta difficilmente potrebbe raggiungere quel livello di conoscenza rinforzata richiesta dalla regola di giudizio *beyond a reasonable doubt* ex art. 533 co. 1 Cpp (c.d. B.A.R.D.).

3. Le criticità appena evidenziate della disciplina nazionale, che già erano emerse in relazione all'esposizione dell'HIV, sono diventate piuttosto evidenti con l'emergenza pandemica degli ultimi anni.

A fronte di una vicenda che si è caratterizzata per l'elevato tasso di mortalità ed è avvenuta nell'ambito di un contesto globalizzato che ne ha reso difficile il contenimento in ragione, tra l'altro, dei sempre più frequenti spostamenti delle persone (c.d. globalizzazione delle malattie infettive), l'assetto normativo si è trovato *impreparato*, lasciando trasparire l'impressione di possibili vuoti di tutela (c.d. *responsibility gaps*)³⁰. Non è un caso che, nell'emergenza, con d.l. 25.3.2020 n. 19, si sia fatto ricorso, per punire la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena, ad una contravvenzione contenuta nel r.d. 27.7.1934 n. 1265, T.U. sulle leggi sanitarie (*id est* l'art. 260 che prescrive la punibilità di chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo). L'elevato numero di contagi ha posto, dunque, all'attenzione degli

²⁷ In questi termini A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, in *Reati di comune pericolo mediante frode*, Milano 2013, 203 ss.

²⁸ Alcuni Autori si sono interrogati sull'utilizzabilità delle leggi epidemiologiche ai fini della dimostrazione del nesso causale verso i potenziali destinatari indeterminati: v. in proposito D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, in www.laegislazionepenale.eu 10.5. 2020, 11; L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano 2017; M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., 526 ss. A favore di tale modello, v. anche di recente S. Tordini Cagli, *L'epidemia come disastro? Considerazioni problematiche sulla rilevanza penale delle epidemie*, Torino 2023, 127, la quale ipotizza in relazione al reato di epidemia «un accertamento della causalità su base epidemiologica attraverso la verifica dell'eccesso dei casi di morbidità, anche in assenza della identificazione delle singole vittime e dei singoli, specifici nessi».

²⁹ Evidenzia la difficoltà dell'accertamento del nesso causale anche G. De Francesco, *Considerazioni introduttive a Atti di convegno*, 14.12.2022, *Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche*, in www.laegislazionepenale.eu 23.5.2023, 3, il quale avverte come «specialmente in relazione alla vicenda epidemica che tuttora ci affligge, il problema causale si fa addirittura imperscrutabile, essendo pressoché impossibile seguire i percorsi di trasmissione dell'agente patogeno».

³⁰ V., sul punto, A. Gargani, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in www.laegislazionepenale.eu 9.9.2020, 6, il quale sottolinea come «il tentativo - inidoneo - di porre rimedio alle pressanti esigenze di tutela poste dall'emergenza sanitaria attraverso interpretazioni volte ad adeguare ex post le norme incriminatrici alle peculiarità del fatto concreto, riflette la sostanziale assenza nell'ordinamento di forme di anticipazione della tutela della vita e della salute del consociato in grado di corrispondere ad esigenze di contenimento del pericolo personale».

interpreti la questione della rilevanza di alcune condotte di difficile inquadramento, come quella del comune cittadino che favorisca il diffondersi del *virus* trasgredendo od omettendo misure cautelari di comune esperienza non formalizzate in un provvedimento amministrativo o quella del datore di lavoro che ometta il controllo sul rispetto di tutte le misure cautelari nei luoghi di lavoro, trasgredendo all'obbligo di garantire la salute dei propri dipendenti o dei propri clienti a fronte del rischio di trasmissione dell'agente patogeno (c.d. *responsibility to protect*)³¹.

Adesso che l'emergenza Covid sembrerebbe essere alle spalle è probabile che, complice anche una certa volontà di superare l'accaduto e di andare finalmente oltre, la questione della responsabilità penale in tema di rischio di contagio torni nel "dimenticatoio", almeno fino alla prossima emergenza sanitaria. Il legislatore lascerà verosimilmente invariato l'attuale assetto, basato sulla dicotomia tra delitti di evento e contravvenzioni di condotta; i primi previsti dal codice penale (omicidio, lesioni personali e epidemia) e i secondi disciplinati nel "polveroso" T.U. delle leggi sanitarie del 1934, al Titolo V, intitolato «provvedimenti contro le malattie infettive e sociali».

Onde scongiurare un simile rischio, non sembra vano valutare in questa sede, facendo tesoro dell'esperienza maturata nel corso della pandemia, l'ipotesi di introdurre nel codice penale un'autonoma previsione incriminatrice - di mera condotta - che assicuri la punibilità dell'esposizione dell'HIV³².

Punire l'esposizione al *virus*, ancor prima della trasmissione vera e propria, avrebbe in effetti un vantaggio. Un simile approccio permetterebbe di arginare il problema dell'accertamento della causalità, talvolta di imperscrutabile geografia in materia di malattie infettive, concentrando il disvalore della condotta sull'assunzione del rischio e sul pericolo cagionato, piuttosto che sull'evento dannoso della trasmissione³³. La *ratio* non sarebbe molto distante da quella sottesa alla fattispecie di cui all'art. 260 r.d. 1256/1934 che, analogamente, è strutturata come reato di condotta ed è volta a impedire la diffusione di una malattia infettiva pericolosa per l'uomo.

La punibilità di quest'ultima fattispecie contravvenzionale, tuttavia, è subordinata ad una specifica modalità condotta, perfettamente confacente alle modalità di trasmissione di tipo virale, ossia l'inosservanza «di un ordine legalmente dato», ma che mal si adatta alle malattie sessualmente trasmissibili, data l'impossibilità da parte dell'Autorità statale di adottare un provvedimento limitativo delle libertà sessuali delle persone sieropositive, pena la violazione dei diritti personali. La specifica modalità della condotta descritta dalla contravvenzione prevista dal T.U. delle leggi sanitarie rende inapplicabile, infatti, la previsione a quelle condotte che comportino il rischio di contagio di malattie infettive pericolose per l'uomo, pur senza violare una regola formalizzata in un provvedimento, come appunto avviene con il compimento di atti sessuali.

³¹ In merito alla responsabilità penale del personale sanitario all'interno delle c.d. strutture protette (RSA, case di cura, case di riposo, *hospice*), v. Cass. 4.3.2021 n. 20416, in *RIMedLeg* 2021, 4, 1133 ss.

³² L'idea non è nuova. In dottrina, ad esempio, non è mancato chi ha avanzato la proposta di introdurre una fattispecie *ad hoc* in relazione all'esposizione da HIV, strutturata come reato di pericolo, eventualmente aggravato nel caso di contagio. La fattispecie avrebbe dovuto essere così formulata: «chiunque, essendo affetto da immunodeficienza acquisita ed occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio è punito con la reclusione fino a tre anni. Se il contagio avviene si applica la reclusione da quattro a otto anni. Se ne deriva la morte la reclusione non può essere inferiore ad anni sette né superiore a quattordici»: la proposta è di E. Fortuna, *Una strategia giuridico-sociale per la lotta all'AIDS*, in *RIMedLeg* 1988, 469 ss. In generale, sulle linee-guida di una possibile riforma dei reati contro la vita e l'incolumità personale, v. G. De Francesco, *Lineamenti di una riforma delle fattispecie qualificate dall'offesa alla vita e all'incolumità personale* e C. Perini, *Osservazioni sulla categoria dei delitti di pericolo concreto individuale nella proposta di riforma*: entrambi i contributi sono pubblicati in AIPDP e DIPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Atti dei seminari*, 2023.

³³ In un senso simile, ma con riferimento al reato di epidemia, v. anche la proposta di S. Tordini Cagli, *L'epidemia come disastro?*, cit., 181 ss., secondo la quale, per superare le difficoltà di accertamento causale, si potrebbe ipotizzare *de iure condendo* una riscrittura dell'art. 438 come fattispecie di condotta, così formulata «chiunque, intenzionalmente, compie atti idonei e diretti a cagionare la diffusione, nei confronti di più persone, di una malattia infettiva, contagiosa e pericolosa per la salute pubblica, è punito...».

Naturalmente, la fattispecie dovrebbe avere natura residuale rispetto ai reati di evento già previsti dal codice penale: per questo motivo, sarebbe essenziale una clausola di riserva - specifica - che ne escluda l'applicabilità nel caso in cui si verifichi la trasmissione del *virus*. Nel caso di effettivo contagio, infatti, dovrebbero trovare applicazione le fattispecie di evento: nel caso di un numero determinato di persone contagiate, i delitti contro l'incolumità individuale (di lesioni o di omicidio); mentre nel caso di una pluralità indeterminata di persone contagiate, il delitto di epidemia.

Sotto il profilo dell'inquadramento sistematico, una simile previsione potrebbe trovare collocazione nell'ambito dei reati contro l'incolumità pubblica. In effetti, la condotta spregiudicata del soggetto sieropositivo determina un potenziale pregiudizio non solo nei confronti dell'incolumità individuale di chi si trova a subire il pericolo di essere contagiato (c.d. contagio diretto), ma anche nei confronti dell'incolumità pubblica, per il pericolo che il danno si propaghi - a catena - ad un numero indeterminato di persone (c.d. contagio secondario o indiretto).

Certo, per evitare possibili tensioni sotto il profilo dell'offensività, la fattispecie dovrebbe pur sempre essere strutturata come un reato di pericolo concreto. In questo senso, sarebbe essenziale accertare la concreta idoneità offensiva della condotta, ossia il pericolo effettivo del contagio ("pericolo" e non "rischio", il quale richiede una quota di sapere meno elevata in termini di pronosticabilità dello sviluppo causale)³⁴. Tale soluzione sembrerebbe essere in sintonia con l'orientamento espresso dalla Corte europea in tema di sussidiarietà e proporzionalità del ricorso allo strumento penalistico (v. *retro* § 1), limitando l'applicazione della sanzione penale ai soli casi in cui il pericolo per la salute sia reale, evitando aprioristiche presunzioni di pericolosità.

Sempre per assicurare la compatibilità con il principio di offensività, sarebbe opportuno circoscrivere il novero dei soggetti attivi ai soli soggetti che risultano sieropositivi, cioè che siano portatori dei germi patogeni e che possano in concreto trasmettere il *virus*. In questo senso, alla stregua di un orientamento giurisprudenziale³⁵, seguito in tema di epidemia, che ha segnato l'allontanamento dalla teoria dell'alterità³⁶, i soggetti attivi potrebbero essere coloro che siano infetti al momento della condotta e che possano in concreto trasmettere il *virus*. Ad esempio, non potrebbero trasmettere in concreto l'HIV i soggetti con *Undetectable Viral Load*, ossia le persone sieropositive, non più contagiose, a seguito della sottoposizione alla terapia antiretrovirale.

In sintonia con quell'approccio preventivo-assistenzialistico di cui avevamo parlato all'inizio, la punibilità dovrebbe essere limitata ai casi di dolo, ancorché eventuale, come nell'ipotesi in cui l'agente, consapevole dell'idoneità patogena dei germi diffusi e delle modalità di trasmissione, abbia agito "costi quel che costi", accettando di esporre al rischio di contagio quale possibile esito della propria condotta. A tal fine, si dovrebbe fare riferimento a quelle condotte particolarmente spregiudicate e reiterate nel tempo poste in essere da soggetti pienamente consapevoli e informati sui rischi di contagio, vuoi per le informazioni ricevute dai medici, vuoi per le precedenti esperienze personali, come i contagi di familiari e amici. Viceversa, per evitare di cadere nell'approccio punitivo-paternalistico, sarebbe opportuno escludere la rilevanza penale delle condotte poste in essere con mera colpa. Si pensi, ad esempio, alla condotta di un soggetto non particolarmente istruito che, ignorando che il contagio avviene attraverso il contatto tra liquidi biologici infetti e le mucose, ponga in essere un atto sessuale diverso dalla penetrazione nella convinzione dell'inidoneità dell'atto a

³⁴ In questo senso, sulla distinzione tra rischio e pericolo per la salute in relazione alla diffusione di un agente patogeno v. G. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., 983 ss.

³⁵ V. Cass. 48014/2019, cit.

³⁶ La c.d. teoria dell'alterità, elaborata nell'ambito del reato di epidemia, richiede che il soggetto attivo del reato sia "in possesso" dei germi patogeni, ossia ne abbia la disponibilità in senso penalistico: si perviene così ad escludere che possa rispondere di epidemia una persona affetta da malattia contagiosa che diffonda i germi della patologia, in quanto non si può dire che il malato "posseda" i germi: v. in tal senso: Trib. Bolzano, 13.3.1979, cit. In favore della necessità del "possesso" dei germi, v. 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*, in www.sistemapenale.it 10.7.2020.

trasmettere l'HIV ovvero di un soggetto molto giovane che, a causa della sua inesperienza, non si avveda del pericolo di contagio.

Più problematico, invece, sarebbe il caso di c.d. *willful blindness*, ossia di quelle condotte di “cecità ostinata” poste in essere da individui che “avrebbero dovuto sapere” di essere infetti, ma si sono sempre rifiutati di sottoporsi ai *test* di accertamento per evitare di ricevere la diagnosi. In simili evenienze, occorrerebbe forse operare una distinzione: da un lato, vi sarebbero i casi in cui l'agente versi in uno stato psichico di completa e assoluta negazione o dissociazione dalla realtà, scientificamente accertabile, attraverso ad esempio una perizia medica; dall'altro, rientrerebbero in casi in cui l'agente sia in realtà mentalmente lucido e pienamente consapevole della possibilità di essere stato contagiato, ma rifiuti - coscientemente - di sottoporsi ai controlli necessari, anche in considerazione dei vantaggi ricavabili dall'ignoranza deliberata. Nella prima ipotesi, si potrebbe forse arrivare ad escludere l'imputabilità, in quanto l'agente cadrebbe in una situazione di incapacità di intendere e di volere, assimilabile per certi versi al vizio di mente, dovuta al c.d. *wishful thinking*, ovvero a quell'«illusione o travisamento ottimistico della realtà o dei fatti [che] impedisca il formarsi di una previsione dell'evento altrimenti ragionevole»³⁷. Nella seconda ipotesi, si dovrebbe, invece, riconoscere l'imputabilità, dato che lo stato psichico di negazione deriva da un rifiuto dominabile e superabile attraverso uno sforzo di volontà dell'agente, per arrivare addirittura a riconoscere il dolo nei casi in cui l'agente – disponendo di tutti i mezzi e le informazioni per ritenere probabile il contagio – abbia intenzionalmente sfruttato la condizione di *willful blindness* per evitare spiegazioni e controlli³⁸.

Infine, il consenso di colui che corre il pericolo di essere contagiato dovrebbe ritenersi tendenzialmente irrilevante. Infatti, in tema di diritti indisponibili, quali sono le lesioni produttive di una diminuzione permanente della integrità fisica, la nostra giurisprudenza è granitica nell'escludere «l'operatività della esimente di cui all'art 50 c.p.»³⁹. L'accertamento del consenso potrebbe, al più, influire sulla valutazione della gravità del reato, ai sensi dell'art. 133 Cp e sulla concessione delle attenuanti, come attualmente avviene in relazione al tentativo di lesioni o di omicidio.

Entro tali limiti, l'introduzione di un reato di esposizione dell'HIV avrebbe forse il vantaggio di arginare i problemi dell'accertamento dell'idoneità causale, pur senza porre (troppi) problemi sotto il profilo della compatibilità con il principio di offensività. In conclusione, lo strumento penale dovrebbe pur sempre essere concepito come *extrema ratio*, privilegiando per quanto possibile l'approccio prevenzionistico (informazione sui rischi, controlli periodici, obblighi cautelari) e solo in via residuale ammettendo il ricorso alla sanzione penale.

³⁷ G. Cocco, *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 10, 177. V. anche sul tema, senza pretesa di esaustività, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, 47 ss.; Id., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *RIDPP* 2001, 3, 906 ss.; M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in *GI* 2016, 10, 2252 ss.; A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *IP* 2010, 13, 9 ss.

³⁸ Si segnala sul punto il lavoro di F. Rossi, *Un'introduzione al problema dell'“ignoranza deliberata” nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, in www.laegislazionepenale.eu 27.9.2022, il quale ritiene che si tratti, almeno in alcuni casi, di ipotesi riconducibili al dolo eventuale.

³⁹ G.i.p. Savona 6.12.2007, in www.dejure.it.

“VIOLENZA SPORTIVA” E RESPONSABILITÀ PENALE. DALLA SCRIMINANTE TACITA DEL “RISCHIO CONSENTITO” AD UN PIÙ RIGOROSO RISCONTRO DELLA “COLPA”

di Gabriele Pontepirino (*Assegnista di ricerca in diritto penale, Università di Genova*)

Lo sport rappresenta un'attività dall'indiscutibile valore educativo e sociale, volta a favorire la crescita e la realizzazione dell'individuo, e ha da ultimo trovato diretta tutela costituzionale nel novellato art. 33. Tuttavia, l'esercizio della pratica sportiva (nei casi di sport violenti o sport di contatto) può comportare l'uso di violenza nei confronti dell'avversario e, dunque, la produzione di un'offesa alla sua incolumità fisica. Il presente scritto si propone di indagare gli sfuggenti confini del penalmente rilevante nei casi di c.d. violenza sportiva, guardando ad alcune innovative pronunce di legittimità, che abbandonano la discussa scriminante tacita del rischio consentito in favore di un più dovizioso riscontro della colpa del soggetto agente.

Sport represents an activity of unquestionable educational and social value, aimed at fostering the growth and development of the individual, and has recently found direct constitutional protection in Article 33. However, the practice of sport (in the case of violent sports or contact sports) may involve the use of violence against the opponent and, therefore, the production of an offence to his physical integrity. This paper aims to investigate the elusive borders of criminal liability in cases of so-called sporting violence, focusing on some innovative decisions of the Italian Supreme Court, which abandon the much-discussed tacit justification of “permissible risk” in favour of a more thorough verification of the agent's culpability.

SOMMARIO: 1. Prologo: la classificazione delle attività sportive. – 2. Il riconoscimento di una scriminante in presenza di violenza sportiva ed il suo incerto inquadramento giuridico. – 2.1. La posizione della giurisprudenza tradizionale: la scriminante non codificata del rischio consentito. – 3. La dubbia riconduzione del rischio consentito nel perimetro delle scriminanti. – 4. La svolta giurisprudenziale del 2021: l'abbandono della scriminante tacita. – 4.1. L'iter motivazionale delle sentenze del 2021 in tema di violenza sportiva: i rapporti tra illecito sportivo ed illecito penale. – 5. La “realistica” posizione espressa dalla sentenza n. 8609/2022: la critica al concetto di rischio consentito e alla figura dell'agente modello. – 5.1. La responsabilità dolosa dello sportivo – 5.2. L'accertamento della colpa: il ruolo delle “regole del gioco”. – 6. Qualche riflessione conclusiva sul “nuovo” orientamento giurisprudenziale: a) l'importanza nell'individuazione della regola cautelare – 6.1. Segue... b) la surrettizia introduzione del limite della colpa grave e la valorizzazione della misura soggettiva della colpa.

1. Lo sport, sin dai tempi antichi, costituisce, senza dubbio, uno strumento di realizzazione dell'individuo, sia come singolo sia come membro di un determinato contesto sociale, rappresentando, non di rado, uno dei principali ambiti in cui si sviluppa la sua vita di relazione¹.

Sino al recentissimo passato, era del tutto pacifico che il diritto allo sport trovasse implicita tutela nella Costituzione, principalmente nell'art. 2 – in quanto fenomeno attraverso cui si “svolge” la personalità dell'individuo – nell'art. 32 – quale corollario del diritto alla salute – e nell'art. 18 – stante

¹ Per una ricostruzione storica dei confini di liceità della pratica sportiva, sin dal diritto romano, si rimanda alla risalente monografia di G. Covassi, *L'attività sportiva come causa di esclusione del reato*, Padova 1984, 9 ss., nonché a T. Delogu, *La teoria del delitto sportivo*, in *Ann. dir. proc. pen.* 1932, 1297 ss. Per un focus sull'evoluzione del c.d. delitto sportivo, nel tempo a cavallo fra Ventennio fascista e l'avvento della Costituzione, A. Simone, *Il delitto sportivo tra etica e diritto. Il contributo di Aldo Pannain*, in *AP* 2/2021, 1 ss.

la frequente connessione fra l'esercizio della pratica sportiva e la fondamentale libertà di associazione². Tuttavia, il 20 settembre 2023, la Camera dei deputati ha unanimemente approvato il disegno di legge costituzionale n. 715-B, introducendo, in coda all'art. 33, un esplicito riferimento alla tutela e alla promozione dello sport, nonché al suo valore educativo, sociale e di implementazione del benessere psicofisico³.

Su altro versante, non si può negare che esso – ove praticato a livello professionale – non sia soltanto volto al miglioramento della qualità di vita della persona, ma abbia anche – e primariamente – finalità lucrative e di intrattenimento⁴, come dimostra *ictu oculi* l'immane dimensione economica acquisita dall'industria sportiva globale nel corso dell'ultimo Secolo.

Al pari di gran parte delle attività umane, anche lo sport⁵ è connotato da un intrinseco coefficiente di pericolosità – il c.d. “rischio sportivo”⁶ – che varia al variare del tipo di disciplina che viene praticata. Noto è l'inquadramento delle attività sportive entro tre diverse categorie⁷: nella prima rientrano quelle – come la boxe o le altre forme di lotta – in cui la violenza sulle persone rappresenta una componente essenziale e che, dunque, postulano l'inflizione di percosse e l'eventuale verificarsi di lesioni in capo ai partecipanti, i quali – accettando le “regole del gioco” – si espongono consapevolmente al rischio di vedere pregiudicata la loro integrità fisica.

Vi sono, poi, sport in cui la violenza è una componente soltanto eventuale ma, in verità, fisiologica: si pensi al rugby, «nel quale si gioca oltre che sulla palla, sull'uomo»⁸ ed al calcio, in cui lo scontro fisico violento tra avversari non può di certo ritenersi un'eccezione. Nel terzo gruppo vengono, infine, collocati gli sport che non prevedono l'uso di alcuna forma di violenza fisica: si pensi, esemplificativamente, allo sci, all'atletica, all'escursionismo, all'arrampicata, alle gare automobilistiche o al ciclismo. Anche queste non sono attività a “rischio zero” ed è possibile che chi vi prende parte, esponendosi volontariamente ad un pericolo, subisca gravi offese alla sua incolumità fisica o perda tragicamente la vita. Il che può eventualmente comportare l'insorgenza della responsabilità penale di soggetti che rivestono una posizione di garanzia (il gestore della struttura o

² Sulla dimensione costituzionale del diritto allo sport, valga per tutti il rinvio a: T. Pensabene Lioni, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Dir. amm* 2012, 415 ss.; E. Lubrano, *Il diritto allo sport come diritto fondamentale in prospettiva anche costituzionale*, in *www.DirittiFondamentali.it*, 2/2020, 234 ss.; G. Travan, *Sport e responsabilità dell'atleta: una questione di antigiuridicità o di colpevolezza?*, in *GI* 2022, 1572 (nota 1). Diffusamente, L. Melica, *Sport e diritti in Italia e nel mondo*, Bologna 2022, 47 ss.

³ Proposta di legge costituzionale 715, disponibile sul portale *www.camera.it*, che ha ricevuto definitiva approvazione dalla Camera il 20 settembre 2023. Come si legge nella *Relazione di accompagnamento* è innegabile «il suo valore educativo, legato allo sviluppo e alla formazione della persona». A ciò si affianca il valore sociale, essendo spesso lo sport uno strumento di aggregazione e di inclusione per individui «in condizioni di vantaggio o marginalità»; infine, lo sport è intimamente connesso al diritto alla salute, intesa nella sua più moderna accezione di «benessere psico-fisico integrale della persona, anziché come mera assenza di malattia». La costituzionalizzazione del diritto allo sport risulta, inoltre, in linea con le previsioni contenute nelle Carte di molti Stati occidentali ed alla forte considerazione di tale attività da parte dell'Unione europea.

⁴ Di «sport impresa» parla F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*⁹, Padova 2021, 300.

⁵ Una definizione di sport è oggi fornita anche dalla legge e, segnatamente, dall'art. 2 lett. nn) d.lgs. 28.2.2021 n. 36 (il quale, in attuazione della l. 8.8.2019 n. 86 ha provveduto al riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici): si tratta di «qualsiasi forma di attività fisica fondata sul rispetto di regole che, attraverso una partecipazione organizzata o non organizzata, ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli».

⁶ Calzante l'espressione di F. Albeggiani, voce *Sport*, in *ED*, XLIII, Milano 1990, 539.

⁷ Cfr. G. De Francesco, *La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti*, in *RIDPP* 1985, 588 ss.; S. Raffaele, *Tipicità e giustificazione di lesioni personali in ambito sportivo*, in *RIDPP* 2006, 1590 s.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci ed E. Dolcini, Padova 2009, 695 s.; F. Albeggiani, *op. cit.*, 543 propone una più agevole bipartizione, distinguendo tra gli sport in cui è esclusa ogni forma di violenza e quelli in cui quest'ultima costituisce una componente necessaria o eventuale.

⁸ Così, T. Delogu, *op. cit.*, 1302.

dell'attività pericolosa, la guida alpina, il sindaco)⁹ e siano colpevolmente venuti meno agli obblighi di cui risultano titolari e finanche – nel caso di sport collettivi – degli altri partecipanti (il pensiero corre al pilota automobilista che compia una manovra vietata dalle regole di gara e cagioni un grave tamponamento, provocando la morte di un altro partecipante)¹⁰.

Al netto di tali categorizzazioni, aventi per lo più finalità esplicativa, è di intuitiva evidenza che nella pratica degli sport di contatto o che, comunque, coinvolgono una pluralità di individui, ciascun giocatore possa vedere offesa la propria integrità fisica dalla condotta di un suo avversario.

È altrettanto chiaro che non ogni lesione cagionata nel corso di una competizione sportiva (ma il discorso può facilmente estendersi a molte altre attività umane per loro natura pericolose)¹¹ assume rilevanza penale: se così fosse, si assisterebbe ad una probabile paralisi di attività dall'indiscussa utilità sociale¹² e ad un vastissimo numero di processi riguardanti gli infortuni causati nel corso delle gare sportive. Fortunatamente, i giudici penali sono chiamati soltanto di raro ad occuparsi di casi di questo genere¹³. E, tuttavia, va registrata una recente evoluzione nella giurisprudenza *in subiecta materia*, che rende opportuno interrogarsi su quali siano i limiti di intervento dello *ius terribile* e sui rapporti tra illecito sportivo e illecito penale.

Si tratta, dunque, di comprendere se la liceità di talune forme di violenza sportiva e la non punibilità delle eventuali lesioni da esse scaturenti dipenda dall'esistenza di una scriminante (normativamente prevista o non codificata), dalla radicale atipicità del fatto o dalla mancanza di colpevolezza in capo al soggetto agente. Un'operazione del genere impone all'interprete di confrontarsi con concetti per loro natura ambigui e sfuggenti, come quelli di rischio consentito, di utilità e di adeguatezza sociale¹⁴, il cui disinvoltato impiego – lo anticipiamo sin d'ora – può rivelarsi gravemente pregiudizievole dei principi cardine del diritto penale, tanto sul versante della determinatezza, quanto – e di conseguenza – su quello della prevedibilità e della certezza del giudizio.

2. Nelle pagine che seguono concentreremo la nostra analisi sugli sport che annoverano la violenza fra le loro componenti necessarie o eventuali¹⁵. I problemi sorgono laddove la condotta di un giocatore, più o meno conforme alle regole del gioco, provochi la lesione e, nei casi più tragici, la morte di un avversario.

L'impostazione per lungo tempo prevalente, sia in dottrina che nella prassi giudiziaria, ha affrontato la questione dell'eventuale (ir)rilevanza penale della c.d. violenza sportiva guardando alla possibilità di applicare una causa di giustificazione¹⁶. Molto diverse sono, tuttavia, le posizioni riguardanti la

⁹ Sui profili di responsabilità penale concernenti l'esercizio di attività sportivo-ricreative in montagna, alla luce del quadro normativo tratteggiato dal d.lgs. 28.3.2021 n. 40, si veda R. Gargani, *Attività sportive in montagna tra pericoli naturali, gestione del rischio e responsabilità penale*, in *RTrimDPenEc* 2023, 72 ss.

¹⁰ F. Albeggiani, *op. cit.*, 544.

¹¹ A riguardo, G. Marini, *"Rischio consentito" e tipicità della condotta. Riflessioni*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari 1994, 551.

¹² Va però ricordato che il concetto di utilità sociale rappresenta – a ben vedere – una «formula vuota», che può essere variamente declinata in relazione al mutare dei tempi, dei costumi, delle persone e di altre condizioni esterne. Cfr. C. Brusco, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Crim* 2012, 389; A.R. Castaldo, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *RIDPP* 1995, 1098.

¹³ Lo rileva F. Consulich, voce *Rischio consentito*, in *Reato colposo. ED*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 1111.

¹⁴ C. Fiore, *Tipicità del fatto colposo e problema del suo accertamento*, Padova 1996, 58 e S. Bonini, voce *Colpa sportiva*, in *Reato colposo. ED*, cit., 268 sottolineano come nel campo delle lesioni sportive entrino in gioco «molti e assai diversificati *topoi* della dottrina penalistica», che rischiano di creare una «miscela esplosiva», fonte di notevoli incertezze.

¹⁵ Il problema dell'operare di una scriminante si pone, infatti, soltanto per gli sport appartenenti a tali categorie, mentre è diffusa l'opinione che quelli non implicanti contatto fisico tra i partecipanti vanno considerati alla stregua delle altre attività pericolose, e dunque il loro perimetro di liceità viene definito già a livello di fatto tipico, senza fare alcun riferimento alle cause di giustificazione. Cfr. F. Bacco, *Attività sportive e rischio consentito: il caso delle competizioni automobilistiche*, in *GM* 2007, 2005.

¹⁶ Rileva come la dottrina tradizionale, pur con diverse sfumature, risolva il problema della liceità della violenza sportiva

scriminante applicabile e la definizione dei suoi confini di operatività. I *Lavori preparatori* del codice penale del 1930¹⁷ e una giurisprudenza ormai superata¹⁸ identificavano quest'ultima nell'art. 50 Cp: la liceità delle lesioni provocate da una condotta rispettosa delle regole del gioco – siano esse fissate in norme positive o consuetudinarie – dipenderebbe dall'esistenza del consenso del giocatore, il quale – nel momento stesso in cui accetta di partecipare alla competizione sportiva – mette consapevolmente a rischio la sua incolumità personale¹⁹.

Una ricostruzione del genere presta il fianco ad un'obiezione immediata, rappresentata dalla previsione contenuta nell'art. 5 Cc, che ridurrebbe il perimetro applicativo della scriminante alle sole ipotesi in cui l'offesa cagionata nell'incontro sportivo non si risolva in una diminuzione permanente dell'integrità fisica dell'avversario²⁰. Ragionando in tal modo, andrebbe in radice negata la validità del consenso prestato con riguardo agli sport a base violenta – come la *boxe* – poiché è insito nella loro pratica il rischio che i colpi inferti possano produrre conseguenze gravemente lesive e financo la morte dei partecipanti. Sarebbe anche difficile sostenere che – in ambito sportivo – la scriminante del consenso non andrebbe incontro ai limiti fissati dall'art. 5 in forza di una norma consuetudinaria che deroga alla previsione legale e, in via mediata, al disposto dell'art. 32 Cost.: se così fosse la consuetudine prevarrebbe sul dettato costituzionale, ammettendo un'inopinata deroga al principio della gerarchia delle fonti²¹.

Peraltro, non convince nemmeno l'individuazione del limite di validità del consenso nel rigido ossequio alle regole del gioco: chiunque abbia assistito ad un incontro di un qualsiasi sport di contatto (pensiamo, banalmente, ad una partita di calcio) può facilmente convenire che l'infrazione delle norme regolamentari sia, in certa misura, connaturata allo svolgersi della dinamica di gioco e che qualsiasi giocatore sia pienamente consapevole di una tale eventualità²².

Un secondo indirizzo dottrinale ha, quindi, reperito il fondamento della liceità della pratica sportiva nella scriminante dell'esercizio di un diritto²³. Saremmo di fronte ad attività autorizzate dall'ordinamento, in via generale dalla l. 16.2.1942 n. 42 istitutiva del CONI e, più specificamente, dalle singole discipline di settore²⁴. L'esistenza di tale autorizzazione sarebbe subordinata al consenso

sul terreno dell'antigiuridicità, M. Bernardini, *La scriminante del rischio consentito nell'attività sportiva*, in CP 2017, 672 s.

¹⁷ Nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Roma 1929, 388 s. si affermava chiaramente che «il consenso dell'offeso deve necessariamente portare alla discriminazione di quelle lesioni che siano cagionate nello stretto esercizio e nei limiti della attività sportiva, perché nessuno può essere punito per fatti che costituiscono esercizio di una attività lecita, trovi questa il suo riconoscimento nel diritto testuale, ovvero nel diritto consuetudinario».

¹⁸ Valga per tutte il richiamo a: Cass. 8.10.1992 n. 9627, in CEDCass., m. 192262-01 e, in precedenza, Cass. 20.11.1973 (Piccardi), in RIDPP 1975, 660 ss., commentata da R. Rampioni, *Sul c.d. delitto sportivo: limiti di applicazione*.

¹⁹ Convintamente T. Delogu, *op. cit.*, 1308, quando afferma che «solo applicando il diritto nella carta e non nella vita si può pensare che un giocatore, che si sia comportato correttamente, possa essere poi chiamato a rispondere delle eventuali lesioni prodotte durante la gara». L'A. ritiene del resto radicata nella coscienza sociale «la convinzione che il disporre della propria persona per un gioco sportivo» sia abitudine del tutto conforme al diritto positivo. In dottrina, si vedano altresì: R. Riz, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova 1979, 245 ss.; R. Rampioni, voce *Delitto sportivo*, in EG, X, Roma 1988, 4 ss.

²⁰ Cfr. G. De Francesco, *La violenza sportiva*, cit., 591 s.; C. Pedrazzi, voce *Consenso dell'avente diritto*, in ED, IX, Milano 1961, 144; S. Zaganelli, *L'illecito penale nell'attività sportiva*, in Riv. dir. sport. 1963, 207.

²¹ La consuetudine, quale norma di rango inferiore, non può incidere su un diritto costituzionalmente protetto, quale quello alla salute. Sul punto, P. Semeraro, *Le lesioni colpose nell'ambito delle competizioni sportive*, in CP 2023, 498.

²² Nuovamente, G. De Francesco, *La violenza sportiva*, cit., 599, che – prendendo ad esempio il pugilato – osserva come i colpi irregolari siano in realtà tutt'altro che infrequenti; nonché R. Pannain, *Violazione delle regole del giuoco e delitto sportivo*, in AP 1962, 671 s.

²³ Si orientano in tal senso: F. Mantovani, voce *Esercizio di un indiritto*, in ED, XV, Milano 1966, 644 ss.; Id., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 300 s.; G. De Francesco, *La violenza sportiva*, cit., 644 s.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, sub art. 51/18. Nella recente manualistica, F. Palazzo-R. Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2023, 403.

²⁴ Diffusamente, R. Beghini, *L'illecito civile e penale sportivo*, Padova 1999, 2 ss. Un'ulteriore conferma della liceità

del singolo partecipante ed alla sua idoneità psicofisica, mentre sul piano obiettivo, il suo operare verrebbe definito dal rispetto delle regole del gioco, cui è demandata la definizione delle «cautele necessarie a contenere il rischio degli eventi offensivi» a fronte di attività comunque pericolose²⁵. Le lesioni provocate da condotte non conformi ai precetti regolamentari potrebbero comunque essere prive di rilevanza penale vuoi per l'intervento del caso fortuito, vuoi per l'assenza di colpevolezza, che andrebbe dimostrata tenendo conto della particolare natura dello sport praticato e del suo intrinseco tasso di rischio²⁶.

Le critiche ad un'impostazione siffatta riguardano, in particolar modo, gli ostacoli nell'applicare l'art. 51 Cp alle attività dilettantistiche, magari non rientranti nell'organizzazione statutaria del CONI e non soggette ai regolamenti federali²⁷. Il che sarebbe, a nostro avviso, paradossale, in quanto è proprio nei contesti non agonistici che l'utilità sociale della pratica sportiva risulta tendenzialmente maggiore. La non pertinenza del richiamo all'art. 51 Cp – si è rilevato – dipenderebbe, inoltre, dal fatto che, nei casi di attività pericolose autorizzate, «non si tratta di giustificare l'attività in astratto», bensì il suo concreto «svolgimento in relazione a dati soggetti, [...] nonché la eventuale produzione di eventi lesivi»²⁸.

Un illustre Autore ha, allora, ipotizzato l'impiego congiunto – o, meglio, alternativo – della scriminante dell'esercizio del diritto e di quella del consenso dell'avente diritto²⁹. La prima opererebbe ogni qual volta l'offesa all'incolumità fisica dell'avversario sia cagionata da comportamenti conformi alle regole del gioco, e ciò a prescindere dall'entità del danno che ne è scaturito. La seconda, invece, potrebbe trovare applicazione a fronte di condotte violente che contravvengono alle prescrizioni regolamentari, ma espressive del fisiologico sviluppo di una determinata pratica sportiva. Qui, il consenso del giocatore scriminerebbe le percosse e le lesioni provocate da condotte che non eccedono la c.d. «violenza base», sempreché non vengano superati i limiti di cui all'art. 5 Cc³⁰. Nei casi in cui dalla condotta sportiva illecita derivino lesioni «esorbitanti i limiti della violenza base», andrà – di norma – affermata la responsabilità penale dell'agente, sempre che si dimostri la sua sussistenza tanto sul piano obiettivo quanto su quello subiettivo³¹. La scriminante del consenso dell'avente diritto potrebbe, inoltre, applicarsi anche in caso di sport praticati fuori dai contesti ufficiali, sempre nel rispetto dei limiti di disponibilità ammessi dall'art. 5 Cc³².

Neppure questa ricostruzione appare convincente: si ripropongono, infatti, le obiezioni concernenti i limiti della validità del consenso, senza considerare le difficoltà che emergono nel definire il nebuloso concetto di «violenza base», che verrebbe facilmente elaborato seguendo la logica del *senno di poi*, guardando cioè alla gravità della lesione patita dalla vittima, più che all'aggressività della condotta del soggetto agente.

dell'attività sportiva sarebbe rinvenibile nell'art. 1 della l. 23.3.1981 n. 91 (in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti), stando al quale «l'esercizio dell'attività sportiva, sia essa svolta in forma individuale o collettiva, sia in forma professionistica o dilettantistica, è libero».

²⁵ F. Mantovani, voce *Esercizio di un indiritto*, cit., 645.

²⁶ *Ibidem*. G. De Francesco, *La violenza sportiva*, cit., 644 s. ricorre al concetto di «violenza base», come tale dovendosi intendere quella normalmente richiesta dal tipo di gioco praticato. Ebbene, essa sarebbe scriminata anche in caso di violazione delle regole del gioco: anche in questi casi l'autorizzazione mantiene la sua validità se la condotta dell'agente è conforme allo «scopo perseguito dalla norma autorizzativa». Per quanto concerne invece «gli eventi offensivi eccedenti la violenza base, la configurabilità della scriminante dipenderà dall'osservanza delle regole del gioco».

²⁷ Cfr., ad esempio, V. Vartolo, *Le scriminanti non codificate. L'esercizio dell'attività sportiva*, in *RP* 2013, 259.

²⁸ Così, D. Pulitanò, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *DigDPen*, Torino 1990, 326.

²⁹ Ci riferiamo alla tesi di F. Albeggiani, *op. cit.*, 553.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*. Nello stesso senso, L.M. Flamini, voce *Violenza sportiva*, in *DigDPen*, Torino 2005, consultato in *One Legale*.

2.1. Le difficoltà incontrate nel ricondurre la violenza sportiva entro una causa di giustificazione prevista *ex lege* hanno spinto alcuni autorevoli penalisti e la giurisprudenza, granitica fino all'autunno del 2021³³, a riconoscere diritto di cittadinanza ad una scriminante non codificata³⁴, facendo principalmente leva sulla nozione di rischio consentito e sulla mancanza di danno sociale scaturente dall'esercizio delle attività sportive³⁵.

Al pari di quanto accade per i trattamenti medico-chirurgici, la chiave della giustificazione non risiede tanto nel consenso individuale, quanto piuttosto nella portata collettiva degli interessi sottesi alla pratica di sport: l'utilità che la società, nel suo complesso, ne riceve, «compensa e legittima» le offese che possono eventualmente derivare in capo al singolo atleta³⁶.

Una soluzione del genere, che postula la “creazione giudiziale” di una scriminante tacita mediante un'estensione analogica *in bonam partem* della disciplina delle cause di giustificazione – operazione di per sé non vietata dalla legge³⁷ –, avrebbe il pregio di neutralizzare le principali obiezioni mosse all'applicazione degli artt. 50 e 51 Cp³⁸. In assenza di riferimenti normativi, è stata pertanto la giurisprudenza a definire, in maniera non sempre univoca, i margini di applicazione della c.d. scriminante sportiva.

Schematizzando e semplificando al massimo, il quadro che veniva a delinearsi – invero piuttosto confuso e disomogeneo – era il seguente³⁹:

- i) qualora gli eventi lesivi verificatisi nel corso della competizione sportiva o dell'allenamento siano cagionati da condotte rispettose delle regole del gioco, essi devono considerarsi scriminati, indipendentemente dalla loro gravità, stante l'applicazione della scriminante atipica dell'accettazione del rischio consentito⁴⁰;
- ii) qualora, invece, le norme regolamentari vengano violate e, nondimeno, la condotta che offende l'avversario costituisca uno «sviluppo fisiologico» dell'azione di gioco, continuerebbe a trovare applicazione l'esimente del rischio consentito. Del resto, la violazione rappresenta «un'evenienza preventivamente nota ed accettata dai competitori, i quali rimettono alla decisione dell'arbitro la risoluzione dell'antigiuridicità, che non tracima dall'ordinamento sportivo a quello generale»⁴¹;

³³ Cfr., *ex plurimis*: Cass. 16.3.2023 n. 11225; Cass. 12.5.2020 n. 14685; Cass. 11.5.2018 n. 21120, reperibili in *One Legale*; Cass. 18.8.2016 n. 34977, in *CEDCass.*, m. 267745-01; Cass. 8.3.2016 n. 9559, commentata da G. Marra, *La scriminante tacita dell'esercizio dell'attività sportiva ed i suoi limiti applicativi*, in *Il Penalista*, 21.4.2016; Cass. 4.7.2011 n. 42114, commentata da G. Marra, *Le lesioni dolose possono ricorrere anche nel corso della gara sportiva*, in *DPP* 2012, 204 ss.; Cass. 13.2.2009 n. 17923, in *One Legale*; Cass. 20.1.2005 n. 19473, in *CEDCass.*, m. 231534; Cass. 25.9.2003 n. 39204, in *RP* 2004, 194 ss.; Cass. 2.12.1999 n. 1951, con nota di F. Bellagamba, *Fondamento e limiti di punibilità della violenza sportiva*, in *DPP* 2000, 995 ss. In dottrina, da ultimo, S. Crimi, voce *Diritto penale dello sport*, in *DigDPen*, Agg. IX, Milano 2016, 319.

³⁴ O, per dirla con C. Pedrazzi, *op. cit.*, 144, di una «scriminante *sui generis*». Cfr. altresì G. Vassalli, *Agonismo sportivo e norme penali*, in *Riv. dir. sport.* 1958, 183.

³⁵ In tal senso, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, 319, secondo cui a base della non punibilità della violenza sportiva vi è la stessa logica che informa le cause di giustificazione, che per l'appunto «si riassume nella mancanza di danno sociale per l'esistenza di due interessi in conflitto, uno dei quali può essere soddisfatto solo a costo del sacrificio dell'altro».

³⁶ Questo il pensiero di C. Pedrazzi, *op. cit.*, 144, il quale esclude che possa operare la scriminante del consenso dell'avente diritto in ragione della natura sovra-individuale degli interessi in gioco.

³⁷ Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini e G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹⁰, Milano 2021, 91; diffusamente M. Amisano, *Le esimenti non codificate. Profili di liceità materiale*, Torino 2003, 209 ss.

³⁸ Così, espressamente, Cass. 13.2.2009 n. 17923, cit.; Cass. 28.2.2012 n. 7768, in *One Legale*.

³⁹ Per un'analisi più dettagliata della casistica giurisprudenziale, P. Veneziani, *op. cit.*, 732 ss. e 744 ss., nonché S. Crimi, *op. cit.*, 320 ss.

⁴⁰ Cass. 11.5.2018 n. 21120, cit.

⁴¹ Così, espressamente, Cass. 8.3.2016 n. 9559, cit.; in senso parzialmente difforme: Cass. 19.7.2011 n. 28772, in *One Legale*; Cass. 20.1.2005 n. 19473, cit., che ravvisa nel rispetto delle regole del gioco il limite dell'operare della causa di giustificazione, affermando che il dolo ricorre quando «la circostanza di gioco» è l'occasione per cagionare l'offesa ad un avversario e la colpa, invece, quando la violazione consapevole del regolamento «è finalizzata non ad arrecare

- iii) di converso, non rientra nell'area del rischio consentito, e può dunque assumere rilevanza penale, la condotta abnorme che contravviene ai doveri di lealtà e correttezza sportiva, risultando del tutto sproporzionata alle concrete modalità di gioco, all'importanza dell'incontro⁴² ed al livello di ardore agonistico⁴³. In tale evenienza, l'atleta risponderà, di norma, a titolo di colpa per le conseguenze lesive derivanti dalla sua azione violenta;
- iv) del pari, non sarebbero esenti da pena le condotte violente occorse durante esibizioni dimostrative o folkloristiche modellate sulla falsariga di uno sport, poiché, in questi casi, vengono meno le *rationes* che giustificano l'applicazione della scriminante⁴⁴;
- v) infine – e logicamente – l'esimente non opera laddove l'esercizio della pratica sportiva divenga il pretesto, la mera occasione, per offendere l'integrità fisica dell'avversario; e ciò a prescindere dal rispetto del regolamento. Qui, sono integrati gli estremi di un delitto doloso, in quanto il contegno dell'agente non ha nulla a che fare con la finalità del gioco, ma è anzi totalmente in contrasto con il sistema di valori sotteso all'esercizio della pratica sportiva⁴⁵. Emblematico è l'esempio del calciatore che, durante una partita, colpisce a gioco fermo l'avversario con un pugno al volto o con una testata: costui andrà ritenuto responsabile di lesioni dolose, poiché il suo comportamento non è funzionalmente legato allo svolgimento della gara, ma concretizza un'autentica aggressione fisica, all'evidenza avulsa dalla dinamica di gioco⁴⁶.

Ebbene, il parallelismo con l'attività medico-chirurgica appare calzante⁴⁷. Non è questa la sede per approfondire la complessa tematica della responsabilità del professionista sanitario: basti però ricordare che in quel contesto viene talvolta evocata l'esistenza di una scriminante *sui generis* avente natura costituzionale⁴⁸, il cui fondamento è rinvenibile nell'art. 32 Cost. Ne consegue che anche quando l'intervento o le cure abbiano avuto un esito infausto (sfociando nella morte o in gravi lesioni per il paziente), il medico non risponde a titolo di dolo laddove il suo agire sia comunque orientato a una finalità terapeutica, potendosi al più ipotizzare la sussistenza della colpa, in caso di violazione

pregiudizi fisici all'avversario, ma al conseguimento – in forma illecita, e dunque antisportiva – di un determinato obiettivo agonistico». L'area del rischio consentito non sarebbe travalicata nell'ipotesi di violazione involontaria, quando cioè il mancato rispetto delle regole dipenda da concitazione o *trance* agonistica.

⁴² Cfr. Cass. 8.3.2016 n. 9559, cit.

⁴³ Cfr. Cass. 11.5.2018 n. 21120, cit. La sentenza ha riconosciuto la responsabilità per lesioni colpose in capo al soggetto che, nel corso della partita di calcio, violando le norme regolamentari, aveva compiuto un duro intervento in scivolata ai danni dell'avversario nel tentativo di interrompere un'azione di contropiede, «in un momento in cui la palla non poteva più essere raggiunta».

⁴⁴ Cass. 18.8.2016 n. 34977, cit.

⁴⁵ Sul concetto di lealtà sportiva, nitidamente, Cass. 20.1.2005 n. 19473, cit., dove afferma che «la funzione altamente educativa dello sport, soprattutto agonistico, sotto forma non solo di cultura fisica, ma di educazione del giovane praticante al rispetto delle norme ed all'acquisizione della regola di vita secondo cui il conseguimento di determinati obiettivi (quale può essere la vittoria di una gara o il miglioramento di record personale) è possibile solo attraverso l'applicazione, il sacrificio e l'allenamento e, soprattutto, deve essere il risultato di tali componenti, senza callide o pericolose scorciatoie».

⁴⁶ È questo il caso affrontato da Cass. 4.7.2011 n. 42114, cit., in cui si afferma perentoriamente che «un pugno inferto all'avversario quando il pallone sia giocato in altra zona del campo è condotta gratuita, estranea alla logica dello sport praticato, nonché dolosa aggressione fisica dell'avversario per ragioni affatto avulse dalla peculiare dinamica sportiva». In termini analoghi, Cass. 1.10.2015 n. 39805, in *One Legale*.

⁴⁷ Lo rileva anche G. Marra, *op. cit.*, 211, ad avviso del quale la specificità dei settori considerati (medico o sportivo) imporrebbe l'adattamento dei principi diritto penale alle peculiarità del contesto, potendosi in proposito parlare di «diritto penale situazionale».

⁴⁸ In proposito, non senza margini di ambiguità, Cass. S.U. 21.1.2009 n. 2437, con note di M. Pelissero, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *DPP* 2009, 447 ss. e di G. Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *FI* 2009, 306. Il riferimento alla scriminante costituzionale compare, più recentemente, in Cass. 7.11.2018 n. 50497, in *De Jure*. Critico intorno a un'opzione siffatta, G. De Francesco, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica, e recenti riforme*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2.5.2017, 1 s.

delle linee guida e delle buone pratiche. Viceversa, laddove lo scopo di cura del paziente venga meno, il sanitario è da considerarsi alla stregua di un criminale comune e le sue azioni non differiscono da quelle di chi leda in modo consapevole e volontario l'integrità fisica altrui⁴⁹.

In breve: così come le condotte del medico verrebbero scriminate dalla presenza di una finalità terapeutica, le violenze perpetrate dallo sportivo resterebbero impunte perché utili socialmente, ed in tanto in quanto ricomprese nella sfera di rischio consentito in relazione all'esercizio di una determinata disciplina e liberamente accettato da coloro che vi prendono parte⁵⁰.

3. Il criterio per lungo tempo utilizzato dalla giurisprudenza penale⁵¹ suscita notevoli perplessità. Esso appare decisamente elastico, poiché i contorni della scriminante tacita risultano indeterminati e, in definitiva, modellabili sulla base delle contingenti esigenze di giustizia. Se infatti è vero che, in materia di cause di giustificazione, il ricorso all'analogia *in bonam partem* non è radicalmente precluso, è vero anche che un'operazione siffatta accresce il tasso di imprevedibilità della legge, attribuendo all'organo giudicante l'improprio compito di definire, di volta in volta, i contorni applicativi dell'esimente⁵².

I problemi riguardano, in particolare, l'impiego della nozione di rischio consentito, che risulta alquanto evanescente; è del resto la stessa Corte di cassazione ad ammettere – con apprezzabile realismo – che il suo perimetro non è misurabile in astratto, ma ha dimensioni variabili, che dipendono dalle concrete risultanze del caso di specie, dal tipo di disciplina e dal livello a cui viene praticata⁵³. Si tratta, insomma, di una valutazione *case by case*⁵⁴.

Un giudizio di questo tipo ha esiti altamente incerti, specie quando ci si confronti con comportamenti non conformi alle regole del gioco. In ipotesi del genere – e salvo che non si aderisca all'impostazione più rigorosa, che individua il limite all'operare della causa di giustificazione nel rispetto delle norme

⁴⁹ Cass. 22.6.2017 n. 14776, con nota di A. Cappellini, *Chirurgia inutile per denaro con morte del paziente: dolo o preterintenzione*, in *GI* 2018, 2484 ss. Da ultimo, Cass. 30.9.2022 n. 48944, commentata da G. Pontepirino, *L'arbitrario esercizio di pratiche eutanasiche. Un'ipotesi di omicidio volontario dal difficile riscontro processuale*, in *DPP* 2023, 655 ss.

⁵⁰ Rileva F. Marzano, *L'attività sportiva tra illecito disciplinare ed attività penalmente rilevante*, in *CP* 2006, 3992 come tale causa di giustificazione tragga comunque fondamento dal consenso dell'atleta, il quale accetta i rischi che comporta il leale esercizio di una determinata «pratica ludica». Del pari, sussisterebbe, in capo all'atleta, il dovere di non esporre gli avversari a rischi superiori a quelli consapevolmente assunti da chi prende parte allo sport di volta in volta considerato. Cfr. G. Merone, *Rischio consentito e responsabilità penale nell'ambito dell'attività sportiva*, in *Diritto dello sport. Profili penali*, a cura di A. Guardamagna, Torino 2009, 19. In realtà, sebbene lo sportivo sia consapevole del rischio di subire infortuni, di certo non può acconsentire al fatto di subire lesioni o di essere ucciso. È semmai l'ordinamento che «consente ed accetta il rischio che ad un consociato possa derivare un danno anche grave dall'esercizio di attività sportiva, scriminando certe condotte, ritenute non socialmente dannose, in quanto costituenti esercizio di un'attività tutelata ed anzi incoraggiata dallo Stato». Cfr. G. Longo, *Illecito sportivo, illecito civile e collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo: un'occasione sprecata*, in *Danno e resp.* 2018, 560; M. Franzoni, *La responsabilità civile nell'esercizio di attività sportive*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 11, 922.

⁵¹ In sede civile – sin da Cass. civ. 8.8.2002 n. 12012, in *De Jure* – viene utilizzato il criterio diverso, in base a cui la responsabilità civile (e quindi il diritto al risarcimento del danno) sarebbe esclusa ogniqualvolta sussista uno «stretto collegamento funzionale tra giuoco ed evento lesivo». Tale collegamento verrebbe meno qualora «l'atto sia stato compiuto allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco»; Cfr. *ex multis*, Cass. civ. 15.2.2023 n. 4707; Cass. civ. 10.5.2018 n. 11270, in *One Legale*. Per una panoramica sugli sviluppi della giurisprudenza civilistica, G. Longo, *op. cit.*, 560, il quale non può fare a meno di registrare come tale giurisprudenza manchi di chiarire se il riconoscimento del menzionato «collegamento funzionale» conduca all'applicazione di una scriminante, nei fatti analoga a quella del rischio consentito, o se invece esso escluda la colpevolezza dell'agente.

⁵² In proposito, criticamente, F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione. Necessità e limiti*, Torino 2018, 449.

⁵³ Cass. 8.3.2016 n. 9559, cit. Ancor più chiaramente Cass. 30.4.1992 n. 9627, in *De Jure*, quando afferma che «l'accertamento del rischio consentito è questione di fatto, da risolvere caso per caso».

⁵⁴ L. Brizi, *La (il)liceità della violenza sportiva tra accettazione del rischio, consenso dell'avente diritto ed esercizio di una facoltà legittima in una recente pronuncia della Corte di cassazione*, in *Giur. pen.* 27.4.2016.

regolamentari⁵⁵ –, spetterebbe soltanto al giudice verificare – secondo il suo prudente apprezzamento – se la violenza da cui è scaturita l’offesa all’incolumità fisica dell’avversario rientri nei fisiologici sviluppi dell’azione di gioco – e fosse quindi “coperta” dall’esimente – o se, invece, risulti sproporzionata ed esorbitante, dovendosi in tal caso concludere per l’antigiuridicità del fatto.

Il pericolo sotteso all’adozione di un simile *modus procedendi* è, ancora una volta, quello di ricadere nell’errore logico del senno di poi, di desumere, cioè, il superamento del rischio consentito dall’entità del danno patito dalla vittima, trascurando completamente il tipo di aggressione perpetrata dal soggetto agente.

Va peraltro rilevato che il riconoscimento di una scriminante tacita, fondata sul suggestivo criterio del rischio consentito rappresenta un *unicum*, dal momento che, a quanto ci consta, non sono rinvenibili costruzioni similari in contesti diversi dall’attività sportiva⁵⁶.

D’altra parte, e nonostante le perduranti incertezze, quello del rischio consentito è un parametro che viene per lo più impiegato nella definizione della tipicità del fatto, specialmente con riguardo ai delitti colposi⁵⁷. Tale concetto, come noto, è stato elaborato dalla dottrina di lingua tedesca dai fautori della teoria della causalità adeguata (il c.d. *erlaubtes Risiko*) e ha poi trovato ampio riconoscimento nell’ambito della teoria dell’imputazione obiettiva dell’evento, quale correttivo di una concezione meramente condizionalistica⁵⁸.

In una prospettiva siffatta, l’accadimento lesivo sarebbe imputabile all’agente soltanto quando la condotta di quest’ultimo abbia creato un rischio totalmente illecito ovvero abbia oltrepassato il livello di rischio socialmente tollerato, e sempreché l’evento realizzatosi ne costituisca la concretizzazione: non potrebbe insomma esservi responsabilità penale come conseguenza di un “rischio permesso”⁵⁹. Nell’ottica della teoria dell’imputazione obiettiva, il parametro del rischio consentito opererebbe in egual misura con riguardo ai reati colposi ed a quelli dolosi, in ragione di un supposto «rapporto di concentricità» tra l’una e l’altra tipologia di illecito (sulla scorta del noto brocardo «non c’è dolo senza colpa»⁶⁰), che sarebbero, per l’appunto, accomunate dallo «scavalcamento» di una medesima soglia di rischio⁶¹.

A nostro avviso, ha però ragione chi sostiene che parlare di “rischio consentito doloso” rappresenti una sorta di «ossimoro giuridico», poiché la presenza di una volontà lesiva in capo al soggetto agente è logicamente incompatibile con il perseguimento di interessi meritevoli di tutela (o comunque non vietati), che giustificano la definizione di un livello di rischio tollerato⁶².

⁵⁵ Cfr. Cass. 6.6.2006 n. 38143, in *RP* 2007, 149, e le già menzionate Cass. 19.7.2011 n. 28772, cit.; Cass. 20.1.2005 n. 19473, cit.

⁵⁶ Così anche S. Bonini, *op. cit.*, 268.

⁵⁷ Per gli opportuni approfondimenti sull’inquadramento teorico dell’*erlaubtes Risiko* si vedano, tra gli ormai molti raffinati studi della nostra dottrina: M. Donini, *Imputazione oggettiva dell’evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 41 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 453 ss.; in precedenza, già M. Gallo, voce *Colpa penale*, in *ED*, VII, Milano 1960, 638, nonché G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, ora in *Id.*, *La colpa. Studi*, Milano 2013, 164 ss.; più in generale, sul rischio nel diritto penale: V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, 371 ss.

⁵⁸ Per tutti, nella manualistica recente, M. Pelissero, *Rapporto di causalità*, in C.F. Grosso-M. Pelissero-D. Petrini-P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano 2023, 262.

⁵⁹ A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano 2020, 419.

⁶⁰ Che trae spunto dal titolo del notissimo saggio di G. Marinucci, *Non c’è dolo senza colpa. Morte della imputazione oggettiva dell’evento e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *RIDPP* 1991, 3 ss.

⁶¹ In buona sostanza, «il dolo presupporrebbe, alla base, l’esistenza di un rischio colposo». La questione è più ampiamente trattata, in senso critico, da C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, *ED*, Annali, Milano 2017, 250, il quale ravvisa una «incompatibilità strutturale» fra tipo doloso e tipo colposo (ritenendo che essi siano «strutturalmente antitetici»), nonché da C. Brusco, *op. cit.*, 390.

⁶² Sull’intrinseca diversità fra “rischio colposo” e “rischio doloso”, diffusamente, F. Consulich, voce *Rischio consentito*, cit., 1121.

La necessità di individuare la soglia del rischio consentito è, pertanto, intimamente connessa al contesto delle attività lecite ma pericolose e, dunque, alla delimitazione dei confini del tipo colposo⁶³. Le condotte che si collocano sotto questa soglia sono penalmente irrilevanti anche quando la loro realizzazione si risolva in un'offesa ad un interesse meritevole di tutela. Il rispetto delle regole cautelari, infatti, fa sì che il contegno «pure materialisticamente legato ad un evento di danno non possa ritenersi tipic[o], proprio perché espressione di un rischio lecito, relativo ad un'attività rischiosa, ma socialmente utile»⁶⁴.

Ebbene – al netto delle questioni dogmatiche – ci preme sottolineare che per definire il perimetro del rischio consentito è imprescindibile compiere scelte di valore, di natura politica, a cui è sottesa una più o meno complessa analisi costi/benefici⁶⁵: nel nostro caso, ad esempio, si tratta di ricercare un difficile compromesso fra la tutela della salute e dell'integrità fisica dell'atleta da una parte e, dall'altra, la riconosciuta utilità sociale dello sport e la libertà dell'individuo di praticarlo nella massima sicurezza e competitività. L'individuazione della soglia di rischio consentito presuppone, insomma, un bilanciamento fra interessi contrapposti, invero non sempre conciliabili. Il che chiama intuitivamente in gioco la materia delle scriminanti; tuttavia, sebbene la necessità di garantire un equilibrio fra esigenze in conflitto costituisca il tratto essenziale delle cause di giustificazione, non si può negare che una simile operazione non riguarda soltanto la categoria dell'antigiuridicità, ma ha carattere ubiquitario e presiede, innanzitutto, alla definizione della tipicità del fatto⁶⁶.

Ed è proprio su questo piano che – lo abbiamo osservato poc'anzi – vengono, di norma, inquadrare le questioni concernenti il rischio consentito⁶⁷: la sua misurazione, giova ribadirlo, consente di autorizzare *ex ante* una condotta pericolosa, così precludendo che il soggetto agente risponda della possibile causazione di un evento lesivo⁶⁸. Evento che, si badi bene, non è affatto giustificato⁶⁹: ad essere lecita è soltanto la condotta che l'ha cagionato, naturalmente a condizione che questa rispetti pedissequamente le regole cautelari concernenti l'esercizio di quell'attività umana⁷⁰.

Di converso, il riconoscimento di una scriminante legittima – sin dal principio – anche le eventuali conseguenze dannose derivanti da un certo contegno⁷¹; una tale condizione non sembra invero sussistere in ambito sportivo, poiché la delimitazione dell'area di rischio consentito autorizza determinate forme di violenza fisica – escludendone a monte la tipicità penale – ma di certo non le lesioni o finanche la morte da esse scaturenti, che restano effetti collaterali «impedibili e non

⁶³ Cfr. C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 39 ss.; si veda altresì G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 251, secondo cui il rischio consentito avrebbe il precipuo ruolo di «delimitare l'oggetto del divieto penale, rendendo possibile l'esplicazione di attività socialmente rilevanti». Sulla relazione che intercorre fra il concetto di rischio ed il tipo colposo, si veda C.E. Paliero, *Il tipo colposo*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze 2010, 552 ss.

⁶⁴ Così, C. Piergallini, *op. cit.*, 250. Tale conclusione – puntualizza anche F. Consulich, voce *Rischio consentito*, cit., 1110 – è nella sostanza condivisa tanto dai fautori della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, quanto da chi aderisce ad una concezione normativa della colpa ed attribuisce rilievo al rischio consentito quale parametro di definizione della tipicità colposa.

⁶⁵ Come sottolinea G. Forti, *op. cit.*, 255, il criterio per determinare il perimetro del rischio consentito è per l'appunto il bilanciamento tra il valore o l'utilità dell'attività considerata ed il tipo e le dimensioni dei possibili danni che possono derivarne.

⁶⁶ F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 67 ss.

⁶⁷ Con riguardo alla pratica sportiva, cfr. G. Marini, *op. cit.*, 554, 561; S. Fiore, *op. cit.*, 58 ss.

⁶⁸ Sul punto, S. Fiore, *op. cit.*, 63.

⁶⁹ Nitidamente, M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 48.

⁷⁰ Come ben precisato da C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l.8 marzo 2017 n. 24 (legge Gelli - Bianco)*, Milano 2017, 60, consentito è solo quel rischio che permane *nonostante* l'osservanza rigorosa delle cautele, un rischio *prevedibile ma non prevenibile*. A riguardo, G. Forti, *op. cit.*, 456 parla di *rischio residuo* (il c.d. *Restrisiko*).

⁷¹ F. Consulich, voce *Rischio consentito*, cit., 1110 rileva, puntualmente, che la «legittimità del rischio» di una certa condotta umana non si traduce, automaticamente, nella «conformità a diritto dell'evento come invece accadrebbe in presenza di una scriminante». Non c'è alcuna autorizzazione previa a ledere gli interessi altrui, ma una semplice limitazione delle conseguenze giuridiche (in questo caso, della rilevanza penale) che possono eventualmente scaturire dall'esercizio di una certa attività pericolosa.

giustificati» di un'attività pericolosa⁷², a fronte dei quali può ipotizzarsi l'insorgenza di doveri risarcitori⁷³.

4. Sin dal 2021, si è assistito ad una parziale svolta della giurisprudenza della S.C.⁷⁴ in tema di violenza sportiva, segnata dall'abbandono della scriminante non codificata del rischio consentito. Le sentenze che si inscrivono in questo nuovo indirizzo partono dal presupposto – che alla luce di quanto sinora rilevato risulta pienamente condivisibile – secondo cui l'esercizio della pratica sportiva non può ritenersi “coperto” da una causa di giustificazione.

Anche qui, come in ambito medico, il richiamo alla categoria dell'antigiuridicità non appare conferente, poiché in entrambi i settori ci si confronta con attività pienamente lecite, che trovano tutela in Costituzione ed il cui esercizio viene, per gran parte, regolato dalle relative normative di settore⁷⁵. Non si discute affatto della legittimità della pratica sportiva – che non solo è permessa, ma anzi fortemente incentivata, in ragione dei riconosciuti effetti positivi sulla salute e sull'armonico sviluppo dei consociati⁷⁶ – bensì dei limiti entro i quali un'azione violenta, declinata in un peculiare contesto ludico-agonistico, è penalmente irrilevante.

Trattandosi di attività pericolose, seppur socialmente apprezzate, il loro svolgimento è presidiato da regole cautelari, a cui devono attenersi tanto gli atleti quanto chi, a vario titolo, è chiamato a garantire che la pratica sportiva si svolga in condizioni di massima sicurezza.

È il rispetto di queste regole – *id est*, il mancato superamento della soglia di rischio consentito – che rende *ab origine* lecito il comportamento dello sportivo e, di conseguenza, non punibile l'offesa all'incolumità fisica altrui. Ecco, allora, che le lesioni o la morte cagionate da un atleta ad un altro nell'osservanza delle necessarie cautele corrisponderebbero solo naturalisticamente ad un fatto conforme al tipo, ma – sul piano giuridico – non integrerebbero gli estremi obiettivi della fattispecie di lesioni o di omicidio colposo⁷⁷.

Le valutazioni concernenti la responsabilità penale dello sportivo non ineriscono dunque all'antigiuridicità, ma, prima di tutto, alla tipicità del fatto⁷⁸ ed eventualmente alla colpevolezza⁷⁹: in

⁷² Nuovamente, M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 48.

⁷³ Sul punto, F. Consulich, voce *Rischio consentito*, cit., 110. Nel senso che dall'esclusione dell'antigiuridicità deriva l'esclusione dell'obbligo di risarcimento, Cass. 8.3.2016 n. 9559, cit. Sui confini del danno risarcibile nel contesto sportivo, si legga, però, G. Ponzanelli, *Responsabilità civile e attività sportiva*, in *Danno e resp.* 2009, 603 ss.

⁷⁴ Sono espressive di un orientamento siffatto: Cass. 21.10.2021 n. 3284, con nota di E. Florio, *La Cassazione alle prese con le lesioni in ambito sportivo: l'eclissi della scriminante del rischio consentito?*, in www.sistemapenale.it, 15.3.2022; Cass. 28.10.2021 n. 8609, con commento di F. Consulich, *L'analogia dai mille volti: tramonto dell'agente modello e alba del principio di lealtà sportiva*, in *CP* 2023, 2764 ss.; Cass. 3.10.2022 n. 37178, commentata da P. Semeraro, *Le lesioni colpose nell'ambito delle competizioni sportive*, cit., 492 ss.; Cass. 19.5.2023 n. 21452, in *DPP* 2021, 1021. Si vedano, inoltre, le notazioni di D. Petrini, *Colpa penale*, in C.F. Grosso-M. Pelissero-D. Petrini-P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 397. Nella giurisprudenza civile, si veda la coeva Cass. civ. 19.11.2021, ord. n. 35602, in *GI* 2022, 1570, la quale afferma la centralità di un rigoroso accertamento della colpa dell'agente. La pronuncia, a quanto ci consta, non ha però trovato seguito in alcun successivo arresto, continuando ad essere adottato il flessibile criterio del «collegamento funzionale».

⁷⁵ Con riguardo all'attività medica, per tutti: M. Pelissero, *op. cit.*, 447 ss.; G. De Francesco, *In tema di dovere terapeutico*, cit., 1, ad avviso del quale è improprio parlare di giustificazione: considerando che il medico è «tenuto ad intervenire in favore del malato, è difficile comprendere perché il suo comportamento dovrebbe considerarsi offensivo di quel medesimo interesse alla cui salvaguardia risulta finalizzata l'imposizione di quel dovere».

⁷⁶ Testualmente, Cass. 2.12.1999 n. 1951, cit.

⁷⁷ S. Fiore, *op. cit.*, 61.

⁷⁸ Cfr. D. Castronuovo, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *RIDPP* 2013, 1723 ss.; P. Veneziani, *op. cit.*, 737, che – aderendo alla concezione normativa – ribadisce come la colpa (*ergo*, l'inosservanza delle regole cautelari) modella *in primis* la tipicità del fatto.

⁷⁹ Chiaro sul punto F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 448 s., ad avviso del quale non occorre ricorrere ad una scriminante non codificata per liceizzare l'attività sportiva: «i suoi confini di accettazione collettiva sono segnati da regole di condotta, il cui eventuale travalicamento comporta una responsabilità penale (naturalmente in dipendenza dell'elemento soggettivo che accompagna il soggetto agente)».

buona sostanza, il problema è quello di stabilire se l'evento lesivo occorso durante una manifestazione sportiva «sia conseguenza di un'azione dolosa o colposa penalmente rilevante, in quanto commessa con consapevole volontà lesiva (dolo)» o – più probabilmente – se esso sia scaturito dalla «violazione di una regola cautelare scritta o non scritta» che l'agente era tenuto ad osservare «in relazione alle caratteristiche e alle peculiarità» della disciplina considerata⁸⁰.

4.1. Se le premesse teoriche da cui prendono le mosse le pronunce espressive del nuovo orientamento risultano piuttosto chiare, le difficoltà sorgono al momento di definire il contenuto delle regole cautelari applicabili in relazione alle diverse tipologie sport. La loro individuazione impone, preliminarmente, di affrontare l'annosa tematica dei rapporti tra responsabilità sportiva e responsabilità penale: le sentenze in esame ritengono che fra le due tipologie di illecito non sussista un rapporto di corrispondenza biunivoca, ma che essi si muovano su due piani diversi e non completamente sovrapponibili.

Diverse, per struttura e funzione, sarebbero infatti le regole che presiedono al loro accertamento: quelle sportive sono primariamente volte a definire le modalità di gioco, a consegnare una “grammatica comune” ai soggetti coinvolti (atleti, arbitri, organizzatori e finanche il pubblico), mettendo al corrente gli atleti delle conseguenze di determinate azioni, dei possibili rischi derivanti dal fisiologico esercizio di quella determinata attività, nonché delle sanzioni comminabili in caso di sussistenza di un illecito sportivo. Esse non hanno necessariamente valenza cautelare, ma una precipua funzione di disciplina e la loro violazione non conduce all'automatica insorgenza di responsabilità penale, il cui riconoscimento è subordinato all'ordinario riscontro del dolo o, più probabilmente, della colpa⁸¹.

In particolare, con riguardo ai reati colposi, verrebbe in rilievo la violazione di norme prudenziali specificamente volte ad evitare il pericolo del verificarsi di un evento dannoso prevedibile, che si collochi fuori dall'area consentita dell'azione di gioco. Regole che non – ad avviso della prima delle sentenze riconducibili all'indirizzo in esame, la n. 3284/2022 – coinciderebbero con quelle contenute nei regolamenti di settore, ma andrebbero modellate secondo i canoni della diligenza, della prudenza e della perizia.

Sulla scorta di tali premesse – e veniamo all'aspetto di maggiore criticità della sentenza in questione – la S.C. ha incidentalmente affermato che la liceità sportiva, integrata dal rispetto della disciplina di riferimento, non copre per intero la liceità penale: potrebbe, infatti, residuare una colpa generica anche a fronte di condotte conformi alle regole del gioco e tuttavia non rispondenti ai doveri di prudenza, in ragione «dell'eccesso nella gestione del gesto atletico» o «dell'inutilità al fine sportivo» dell'azione violenta⁸².

In sostanza, la Cassazione ipotizza la costruzione di due binari paralleli: da un lato, l'illecito sportivo, che – per lo meno in ambito agonistico – trae fondamento da norme scritte cristallizzate, e dall'altro l'eventuale reato, la cui integrazione deve essere provata facendo riferimento a «standard cautelari generici diversi ed ulteriori rispetto a quelli posti dal regolamento sportivo».

Una simile lettura potrebbe avere effetti potenzialmente dirompenti e – se portata alle sue conseguenze più estreme – finirebbe per condurre ad una paralisi degli sport di contatto, e in particolare di quelli a violenza necessaria, che hanno come scopo ultimo proprio sovrastare fisicamente l'avversario. Affermare che i partecipanti – oltre ad attenersi scrupolosamente al regolamento – sono tenuti ad osservare altri doveri prudenziali, significherebbe fare ricadere sulle loro spalle un'autentica “spada di Damocle”, imponendo un irrealistico obbligo di «picchiare con cautela», pena l'integrazione del reato di lesioni⁸³.

⁸⁰ Molto chiara, Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit.

⁸¹ In termini sostanzialmente analoghi Cass. 21.10.2021 n. 3284, cit.; Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit.

⁸² Cass. 21.10.2021 n. 3284, cit. Similmente, in dottrina, G. Vassalli, *op. cit.*, 184, secondo cui l'osservanza dei regolamenti sportivi non esclude necessariamente la presenza di una colpa penale.

⁸³ Rilievi in tal senso in E. Florio, *La Cassazione alle prese*, cit.

Sul piano pratico, l'orientamento qui brevemente descritto sembra, però, avere un duplice pregio: *in primis*, il richiamo alla colpa generica ed al giudizio di prevedibilità ed evitabilità scongiura il rischio di un «appiattimento della responsabilità penale su quella sportiva»⁸⁴, evenienza che potrebbe verificarsi laddove il giudicante identificasse sbrigativamente i limiti di tipicità penale con l'inosservanza delle regole del gioco; *in secundis*, tale *modus procedendi* consentirebbe di arginare quello che abbiamo visto essere un non infrequente effetto collaterale dell'impiego della flessibile scriminante del rischio consentito, il ricorso alla logica del *senno del poi*.

Basti pensare al caso affrontato dalla stessa sentenza n. 3284/2022: la fattispecie riguardava un serio infortunio (plurime fratture scomposte) cagionato ad un atleta da un violento *tackle* di un avversario nel corso di una partita amatoriale di calcio a 5. I giudici di prime cure, e così la Corte di Appello, avevano negato l'applicazione della scriminante atipica e concluso per la responsabilità penale dell'agente a titolo di lesioni colpose, operando un'inversione logica, desumendo cioè dalla gravità del danno patito dalla vittima l'illiceità della condotta dell'imputato. Ebbene, la S.C. – dopo aver rimarcato che «non è l'entità del danno a discriminare l'azione illecita, ma la travalicazione della norma cautelare prestabilita che renda prevedibile l'evento, sia perché disapplicata, sia perché inutilmente trascesa, al fine del raggiungimento del risultato» – ribadisce che, ai fini dell'integrazione del reato, è imprescindibile un puntuale riscontro sulla sussistenza degli elementi del tipo colposo, immune da derive presuntive. Orbene, una volta dichiarata l'intervenuta prescrizione, la Corte ha rinviato al giudice civile competente per la determinazione dei relativi effetti, prescrivendogli una più doviziosa verifica sulla concreta prevedibilità dell'evento.

A conclusioni analoghe è pervenuta la seconda delle sentenze che predicano l'abbandono della scriminante non codificata (la n. 8609/2022), questa volta riguardante le lesioni provocate da un giocatore di una squadra di calcio amatoriale che, durante le fasi finali del campionato, era entrato in scivolata sulla gamba dell'avversario a palla ormai irraggiungibile, infortunandolo gravemente. Anche in quest'occasione, la S.C. ha censurato la decisione dei giudici del merito, rei di avere completamente omesso di individuare la regola cautelare violata e di essere pervenuti ad un'affermazione di colpevolezza sulla base di un giudizio a posteriori (ecco, nuovamente, il *senno di poi*) focalizzato sull'inutilità dell'intervento fallosa e sull'eccessiva carica agonistica del soggetto agente. Tralasciando gli ulteriori dettagli della vicenda, è interessante soffermarsi sulle motivazioni della presente statuizione, nelle quali la S.C. ha sviluppato con maggiore ampiezza le riflessioni sulla c.d. colpa sportiva, precisando e, in parte, rimodulando i *dicta* dalla pronuncia n. 3284/2022.

5. Le plurime questioni tematizzate dalla sentenza n. 8609/2022 possono idealmente suddividersi, a mero scopo esplicativo, in una *pars destruens*, nella quale la S.C. ribadisce le ragioni che hanno condotto all'accantonamento della scriminante non codificata e in una *pars costruens*, in cui viene invece declinato un criterio volto ad assicurare un più rigoroso accertamento della responsabilità penale nei casi di violenza sportiva. Criterio che ha poi trovato applicazione nella pronuncia n. 21452/2023, la quale – in piena continuità con l'orientamento recentemente affermatosi *in subiecta materia* – conferma l'abbandono della logica della giustificazione in favore di un più accurato riscontro della colpevolezza colposa.

Procediamo con ordine.

Nella c.d. *pars destruens*, la Corte muove sferzanti critiche al criterio del rischio consentito, che viene ritenuto insoddisfacente per individuare, in termini giuridicamente apprezzabili, il discrimine tra condotte lecite e illecite nell'ambito di danni fisici procurati nell'esercizio di attività sportive, in quanto presenta le sembianze di una “clausola di stile” liberamente plasmabile dall'organo giudicante⁸⁵.

⁸⁴ E. Florio, *Rischio sportivo e rischio penale nuovamente all'esame della Cassazione*, in *Giur. pen.* 10/2022, 5.

⁸⁵ Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit.

La S.C. sottolinea l'intima connessione fra il rischio consentito e la figura dell'agente modello, che sarebbero, in realtà, due facce di una stessa medaglia. L'agente modello⁸⁶, come noto, rappresenta un parametro largamente impiegato dalla giurisprudenza in materia di reati colposi nel giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, volto ad individuare le regole cautelari non scritte a cui un soggetto, appartenente ad un determinato «circolo di rapporti», avrebbe dovuto attenersi, assumendo a metro di paragone quanto è di norma lecito attendersi dal «modello di uomo che svolge paradigmaticamente una certa attività» pericolosa⁸⁷.

Esso opera, in primo luogo, sul piano della tipicità e contribuisce a definire i limiti del divieto penale⁸⁸. Appare, dunque, chiaro come la fisionomia dell'agente modello «emerge in controluce» rispetto al concetto di rischio consentito⁸⁹, con cui non si designerebbe altro che quel rischio non prevedibile dall'agente modello o, ancorché prevedibile, «non tale da influire sulle sue modalità di condotta». I contorni di questa figura ideale coincidono, pertanto, con i margini dell'*erlaubtes Risiko*⁹⁰, il cui impiego risulterebbe in definitiva superfluo, perché non fornisce alcun reale contributo alla definizione delle regole cautelari⁹¹.

Sgombrato il campo dal concetto di rischio consentito, la Corte – allineandosi sul punto alle posizioni di avveduta dottrina⁹² e di una recente filone giurisprudenziale – mette in luce le problematiche

⁸⁶ Il tema è ampiamente approfondito da molti autorevoli studiosi e in questa sede non può essere nemmeno sommariamente ripercorso. Si veda, però, l'affresco tratteggiato da: F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.3.2012; V. Attili, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione*, in *RIDPP* 2006, 1240 ss.; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 52 ss.; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, 68 ss., nonché da ultimo F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, 89 ss. (in particolare, v. nt. 63 e 65 per più ampi riferimenti bibliografici). Imprescindibili, inoltre, le pagine di G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 150 ss.

⁸⁷ Ricorrente è l'affermazione secondo cui «con specifico riferimento alla verifica della prevedibilità dell'evento, si impone il vaglio delle possibili conseguenze di una determinata condotta commissiva od omissiva avendo presente il cosiddetto modello d'agente ossia il modello dell'uomo che svolge paradigmaticamente una determinata attività, che importa l'assunzione di certe responsabilità, nella comunità, la quale esige che l'operatore concreto si ispiri a quel modello e faccia tutto ciò che da questo ci si aspetta». Cfr. *ex plurimis*: Cass. 20.9.2016 n. 39028, in *CEDCass.*, m. 39028; Cass. 29.5.2014 n. 22249, in *CEDCass.*, m. 259230.

⁸⁸ L'opzione sistematica oggi prevalente si basa sulla «doppia misura» della colpa, che viene primariamente in rilievo sul piano della tipicità, «dove viene in considerazione il superamento del rischio consentito o comunque l'inosservanza del dovere oggettivo di diligenza definito da regole di cautela» e solo in un secondo momento su quello della colpevolezza, dove si valuta la concreta capacità dell'agente di uniformarsi alla regola cautelare violata. Cfr. da ultimo la schematica ricostruzione di D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, in *Reato colposo. ED*, cit., 207 ss. A tale impostazione fa eco chi sostiene che le valutazioni sulla colpa andrebbero poste sul solo piano della colpevolezza (c.d. misura unica della colpa). Cfr. ad esempio G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro di orizzonte*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 5.1.2020, 1 ss.

⁸⁹ Lo rileva S. Preziosi, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *CP* 2011, 1952 ss.

⁹⁰ G. Forti, *op. cit.*, 255. In altre parole, «l'agente modello diviene [...] la cristallizzazione di un bilanciamento di interessi sociali, da cui scaturisce l'area del rischio consentito». Sulla correlazione tra agente modello e rischio consentito, si veda diffusamente S. Preziosi, *op. cit.*, 1953; A. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino 2011, 188 ss.

⁹¹ Rilievi sul punto in S. Dovere, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, in *Reato colposo. ED*, cit., 581. In tal senso altresì C. Perini, *op. cit.*, 39, 541 ss., che reputa il rischio consentito un «duplicato» del giudizio di tipicità colposa.

⁹² Feroci le critiche che gli sono rivolte in numerosi scritti da F. Giunta, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *DPP* 1999, 1295 ss.; Id., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2013, 69 ss.; Id., *Culpa, Culpae*, in *Discrimen*, 4.6.2019; D. Micheletti, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *Crim* 2018, 705 ss.; Id., *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli 2021, 117 ss. Gli AA. rinviengono negli usi sociali o nelle consuetudini la fonte delle regole cautelari. Essi non coinciderebbero con la prassi sciatta ma con regole prudenziali tratte dall'esperienza e dalla consuetudine, diffuse nel consesso sociale di riferimento, e pertanto doverose per chiunque svolga un determinato tipo di attività. Su diverse posizioni si attesta F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 300; Id., voce *Colpa*, in

sottese all'utilizzo del criterio dell'agente modello. La sua declinazione imporrebbe un irrealistico confronto tra un soggetto "in carne e ossa" ed un ipotetico individuo «virtuoso, onnisciente e onnipotente», che porterebbe ad affermare la sussistenza della colpa ogniqualvolta venisse ravvisato uno «scostamento dal comportamento diligente, ritenuto esigibile perché (teoricamente) possibile all'agente modello»⁹³.

Orbene, la sentenza in esame, riprendendo testualmente quanto affermato pochi mesi prima dalla stessa IV^a Sezione nella più nota pronuncia resa all'esito del processo per il disastro ferroviario di Viareggio, reputa la/le figura/e dell'agente modello «foriera di un esercizio di discrezionalità giudiziale confliggente con la necessità di determinatezza della norma incriminatrice e di affermazione di responsabilità solo in presenza di colpevolezza»⁹⁴.

Rilievi certo non nuovi: è del resto opinione diffusa fra i commentari che, nella sua dimensione prasseologica, il richiamo all'agente modello – quasi fosse una «formula magica»⁹⁵ – finisce non di rado per semplificare l'accertamento della responsabilità colposa, rendendo piuttosto agevole la motivazione di un verdetto di condanna⁹⁶. In effetti, è quasi scontato che i comportamenti dell'agente concreto divergano da quelli che avrebbe idealmente tenuto un individuo che rappresenta l'utopistico e inesistente condensato di virtù e saggezza, sempre pronto a sacrificare la sua libertà di azione sull'altare della massima prudenza⁹⁷. Così inteso, l'agente modello si rivela espressione delle istanze general preventive, a scapito dei valori della colpevolezza e della personalità della responsabilità penale: esso – a ben vedere – non dice nulla in merito alla prevedibilità dell'evento lesivo da parte dell'imputato e non fornisce quindi alcun effettivo apporto al processo di personalizzazione del rimprovero⁹⁸.

Peraltro, il concetto di agente modello risulta di estrema flessibilità e si presta ad essere plasmato in base alle personali conoscenze ed intuizioni del giudice procedente, il quale diverrebbe così creatore della regola cautelare su cui si fonda l'addebito a titolo di colpa generica⁹⁹. Sin troppo chiaro è il

DigDPen, Torino 1988, 205, secondo cui sarebbero la miglior scienza ed esperienza dello specifico momento storico a determinare il contenuto della regola cautelare, mentre il parametro dell'agente modello opererebbe in un secondo momento, al tempo di accertare la misura soggettiva della colpa. Cfr. altresì, T. Padovani, *Diritto penale*¹², Milano 2023, 262 ss. Sui criteri di individuazione delle regole cautelari, *amplius* S. Grosso, *alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari. Un dialogo tra diritto sostanziale e processuale*, in *RIDPP* 2016, 146 ss.

⁹³ Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit.

⁹⁴ Cass. 8.1.2021 n. 32899, in *CEDCass.*, m. 281977, commentata da V. Mongillo, *Disastro colposo - Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo: il disastro di Viareggio*, in *GI* 2022, 953 ss. e da P. Brambilla, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 9.11.2021. Rileviamo, incidentalmente, come la composizione dei collegi giudicanti che hanno reso le due sentenze *de quibus* fosse diversa, se non per la presenza del magistrato Salvatore Dovere (in qualità di presidente nella n. 8609/2022 e di consigliere relatore in quella riguardante il disastro di Viareggio).

⁹⁵ Così, C. Piergallini, *op. cit.*, 240.

⁹⁶ M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 145.

⁹⁷ Sull'inidoneità dell'agente modello a tracciare i confini del tipo colposo in modo non preconconcetto, M. Grotto, *op. cit.*, 145.

⁹⁸ Sul punto, F. Consulich, *Il concorso di persone*, cit., 94, secondo cui i connotati dell'agente modello rendono impossibile che esso divenga uno «strumento di inveroamento della colpevolezza» e M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.5.2019, 3, il quale osserva come la colpa venga talora «riempita» di prevenzione generale attraverso il parametro dell'agente modello, divenendo responsabilità oggettiva. L'A. distingue l'agente modello indifferenziato dal c.d. *homo eiusdem condicionis et professionis*, il quale andrebbe individuato in relazione alle singole attività svolte e corrisponderebbe «al modello di agente che svolga la stessa professione, lo stesso mestiere, lo stesso ufficio, la stessa attività, insomma dell'agente reale, nelle medesime circostanze concrete in cui opera quest'ultimo» (così, Cass. 3.5.2010 n. 16761, in *CEDCass.*, m. 247016). Ragionando in tal modo, il rischio di scivolamenti verso forme di responsabilità obbiettiva «mascherata» sarebbe, indubbiamente, minore. Cfr. A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'analisi sistemica*, Napoli 2020, 300 ss.

⁹⁹ R. Bartoli, voce *Fonti della colpa*, in *Reato colposo. ED*, cit., 539, parla coraggiosamente di «eterointegrazione giudiziaria», in quanto è in definitiva il giudice che – nel forgiare la regola cautelare – compie bilanciamenti e valutazioni di opportunità politica». In giurisprudenza, Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit., par. 19.2, laddove mette in guardia dal pericolo che «il processo di identificazione della regola cautelare» si trasformi in un indebito «processo creativo, laddove esso non

rischio che un simile approccio, lungi dal favorire l'individuazione di una norma cautelare preesistente al fatto, si risolva in un indebito giudizio *ex post*, in base a cui le valutazioni sulla doverosità della condotta e sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo sono inesorabilmente influenzate dal suo effettivo verificarsi e dalla sua concreta gravità¹⁰⁰. Ancora una volta, dunque, un malcelato ripiegamento sulla censurabile logica del *senno di poi*¹⁰¹.

Dopo aver censurato le evanescenti nozioni di rischio consentito e agente modello, la Cassazione ribadisce un concetto apparentemente ovvio, ossia che per valutare la rilevanza penale della condotta dell'atleta a fronte di episodi di violenza sportiva è imprescindibile fare leva sui criteri usualmente impiegati nell'ambito dei reati di evento: «verifica oggettiva del fatto dannoso (azione e nesso di causalità) e configurabilità della colpevolezza dell'agente sotto il profilo della sussistenza del dolo e della colpa»¹⁰². Ebbene, proprio in questa prospettiva va letto il commiato da parametri per loro natura indeterminati (quali evidentemente sono il rischio consentito e l'agente modello), la cui (scorretta) enunciazione può rivelarsi un *escamotage*, un espediente retorico volto a favorire il riconoscimento della responsabilità penale anche in assenza di una rigorosa dimostrazione degli elementi costitutivi del tipo delittuoso¹⁰³.

5.1. Passiamo alla *pars costruens*.

Solo qualche parola sull'accertamento del dolo. Sul punto non si registrano particolari problemi e l'eventuale accantonamento della scriminante tacita non è destinato ad influire sulle modalità di riscontro dell'elemento volitivo.

Dunque, se da un lato «lo sport, come ogni altra cosa, può essere un mezzo per dar sfogo alla criminalità latente»¹⁰⁴, dall'altro bisogna tener conto del fatto delle peculiarità della disciplina di volta in volta considerata, specialmente laddove questa si risolva nel fisiologico esercizio di violenza fisica nei confronti dell'avversario.

Così come in ambito medico¹⁰⁵, è l'utilità sociale dell'attività che rende difficilmente ipotizzabile un'imputazione a titolo di dolo in capo al soggetto che provochi un'offesa all'incolumità fisica dell'avversario, sempreché la sua condotta violenta risulti conforme al leale perseguimento degli scopi di quel determinato sport. «L'uso della violenza, intesa come energia fisica positiva, tale in quanto spiegata, in forme corrette, al perseguimento di un obiettivo agonistico, conseguibile vincendo la resistenza dell'avversario»¹⁰⁶ sarebbe, pertanto, incompatibile con il dolo di lesioni, che invece

può essere che ricognitivo, proprio per il rispetto che si deve ai principi di legalità e colpevolezza».

¹⁰⁰ Molto coloriti ma puntuali i rilievi di F. Giunta, *I tormentati rapporti*, cit., 1296: «l'agente modello non preesiste alla condotta pericolosa, non è consultabile da parte dell'agente reale [...] ma entra in scena *ex post*, nel ruolo di consulente dello stesso giudice, che lo ha creato in funzione del giudizio che deve emettere». E, ancora: «il giudice che consulta l'agente modello ricorda il soliloquio del ventriloquo che anima un fantoccio, la cui saggezza – nel dubbio – sconsiglia ogni assunzione di rischio». In termini analoghi A. Manna, *Prevedibilità-evitabilità dell'evento o prevedibilità-evitabilità del rischio nei delitti colposi di danno?*, in AP 3/2013, 9, a parere del quale l'agente modello «risulta essere molto spesso un biancosegno nelle mani del giudice che rende a piacimento prevedibile ed evitabile un evento».

¹⁰¹ Il pensiero corre alle distorsioni cognitive dipendenti dall'*hindsight bias* (la propensione dell'essere umano ad affermare la prevedibilità di un accadimento poi verificatosi) e dall'*outcome bias* (che rischia di condizionare il giudizio di evitabilità dell'evento, facendo dipendere dalla verifica di quest'ultimo e della sua entità la sussistenza della colpa). Cfr. S. Dovere, *op. cit.*, 581 s.; diffusamente, A. Di Landro, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17.1.2018, 12 ss.; S. Grosso, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in Riv. it. med. leg. 2016, 584 ss.

¹⁰² Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit.

¹⁰³ Rilievi sul punto anche in G. Salcuni, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in AP 2/2017, 20 (nota 81).

¹⁰⁴ Cfr. T. Delogu, *op. cit.*, 1302.

¹⁰⁵ Le Sezioni unite, nel 2009, hanno espressamente affermato che «la finalità curativa comunque perseguita dal medico deve ritenersi concettualmente incompatibile con la consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva della integrità fisica della persona offesa». Cfr. Cass. S.U. 21.1.2009 n. 2437, cit.

¹⁰⁶ Così, Cass. 20.1.2005 n. 19473, cit.

sussisterebbe in tutti quei casi in cui l'esercizio dello sport si rivelasse «funzionale» alla realizzazione di un crimine.

Nelle parole della S.C., il dolo dello sportivo sembra doversi accertare attraverso un singolare «criterio finalistico, applicabile solo in tale determinato ambito» e potrebbe dirsi integrato ogniqualevolta emergesse che la finalità lesiva ha costituito «prevalente spinta all'azione», a prescindere dal rispetto o meno delle regole del gioco¹⁰⁷. Il che è certamente vero. Tuttavia, nel reato di lesioni (ma discorso analogo vale per l'omicidio), l'accertamento del dolo impone sempre e soltanto il puntuale riscontro della volontà lesiva dell'imputato (e, nel caso di dolo eventuale, di qualcosa ad essa assimilabile)¹⁰⁸ e non occorre necessariamente comprendere quali siano gli scopi che lo hanno intimamente spinto ad agire.

Ecco, allora, che – anche nel settore sportivo – il dolo va provato su base indiziaria, tenendo però conto delle indubbie peculiarità del contesto sportivo¹⁰⁹. A questo proposito, la giurisprudenza ha individuato alcuni particolari indicatori, che – a quanto emerge dall'esperienza giudiziaria – forniscono un'utile guida in tale complessa operazione, arginando il rischio di valutazioni intuitive e derivate moraleggianti¹¹⁰. Si pensi, a mero titolo esemplificativo: a) alla regione del corpo colpita dall'agente: aggredire un avversario con una forte testata o col già menzionato pugno in faccia è fortemente indicativo della presenza di una volontà lesiva; b) al momento in cui si è realizzata la violenza: il fatto che un colpo venga inflitto «a gioco fermo» o «per finalità all'evidenza estranee all'azione» deporrebbe a favore della sussistenza del dolo; c) o, ancora, nei casi di sport di squadra, alla lontananza dall'evento lesivo dall'azione di gioco (si pensi al c.d. fallo di frustrazione)¹¹¹. Tra gli indici «esteriori-materiali-oggettivi»¹¹² richiamiamo ancora – pensando alla *Thyssen* – quelli che guardano ai comportamenti tenuti dal reo prima e dopo il fatto; ad esempio, una condotta di gara gravemente sleale ed espressiva di un atteggiamento di generale «disprezzo per l'altrui integrità fisica» sarebbe sintomatica della sussistenza del dolo¹¹³. Infine – e in via sussidiaria – andrebbero eventualmente presi in considerazione gli indicatori di tipo soggettivo, concernenti la «personalità», la «storia», le «precedenti esperienze» del soggetto agente¹¹⁴, nonché le sue «manifestazioni dell'animo» e la «causale del delitto»; con l'avvertenza che tali parametri vanno maneggiati con estrema cautela, in ragione della loro naturale ambiguità¹¹⁵.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit.; Cass. 20.1.2005 n. 19473, cit. Ai fini dell'accertamento del dolo non assume alcun rilievo la violazione delle regole cautelari, ma occorre – più semplicemente – valutare se l'agente si sia rappresentato e abbia voluto (in caso di dolo eventuale, accettato) le conseguenze lesive eziologicamente scaturite dalla sua azione. Il tipo doloso ha, insomma, un diverso DNA rispetto a quello colposo, perché è connotato da «un disvalore di intenzione che si riverbera nel fatto in un rapporto consustanziale»: se nel corso di un *match* di pugilato un individuo uccide *intenzionalmente* l'avversario (e si rinviene la prova della volontarietà della sua azione), la sua incriminazione non sarà esclusa in caso di rispetto delle regole del gioco: ciò che infatti «viene trasgredito è il precetto che vieta di uccidere, non già una regola cautelare». Sul punto, C. Piergallini, *op. cit.*, 240; F. Consulich, voce *Rischio consentito*, cit., 1121.

¹⁰⁸ Parafrasando Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, in *CEDCass.*, m. 261112.

¹⁰⁹ Sulla peculiare dimensione del dolo in ambito sportivo, si veda G. Marra, *op. cit.*, 208, nonché S. Raffaele, *op. cit.*, 1598.

¹¹⁰ Il punto è ben approfondito da A. Loreto, *Violenza Sportiva*, in S. Canestrari, *I reati contro la persona. Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino 2006, 599 ss.; S. Bonini, *op. cit.*, 271 ss.

¹¹¹ Cfr. Cass. 15.12.2023 n. 11225, cit.; Cass. 13.2.2009 n. 17923, cit.; si vedano gli ulteriori esempi riportati *supra*, par. 3.2.

¹¹² S. Bonini, *op. cit.*, 272.

¹¹³ In tal senso, Cass. 27.3.2001 n. 24942, in *One Legale*.

¹¹⁴ Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, cit., par. 51.3.

¹¹⁵ Sul punto, G.M. Demuro, *Il dolo eventuale alla prova della ricettazione*, in *RIDPP* 2011, 325 s., il quale chiarisce che la dimostrazione del dolo segue due direttrici: quella principale guarda agli «elementi della fattispecie legale obiettiva», quella secondaria agli «elementi che, pur essendo posti al di fuori della fattispecie, attengono alla personalità dell'agente, alla sua figura intellettuale e morale, al suo carattere».

5.2. Se l'accertamento del dolo dello sportivo non pone particolari problemi, il *punctum dolens* – come ben sappiamo – è rappresentato dal riscontro della colpa. A tal proposito, la sentenza n. 8609/2022, ponendosi nel solco della più avveduta giurisprudenza, sottolinea come il contenuto della regola cautelare debba essere individuato in relazione all'agente concreto, inserito nello specifico contesto spazio-temporale in cui si sviluppa la vicenda delittuosa.

In un'operazione siffatta, le regole del gioco – pur non avendo tutte immediata funzione cautelare – si rivelano un primo fondamentale appiglio nell'individuazione delle cautele doverose. Sul punto, la pronuncia *de qua* – come del resto le successive statuizioni ascrivibili all'orientamento in esame – effettua un ragionevole passo indietro rispetto alla pronuncia n. 3284/2022¹¹⁶. Quest'ultima, lo abbiamo visto poc'anzi, paventava, in un *obiter dictum*, la possibile configurabilità della colpa penale anche in assenza di un illecito sportivo.

Un'eventualità del genere – a parere di chi scrive – risultava paradossale ed irrealistica: paradossale perché avrebbe esposto gli sportivi al rischio di essere chiamati a rispondere penalmente quand'anche avessero agito in maniera conforme a quanto prescritto dal regolamento sportivo accettato da tutti i partecipanti, i quali sono del tutto consoci delle possibili conseguenze lesive che possono derivare da talune condotte di gioco; irrealistica perché, ad uno sguardo più attento, i regolamenti sportivi – in particolare quelli delle discipline a base violenta – definiscono con estrema dovizia le modalità attraverso cui può realizzarsi lecitamente la sottomissione fisica dell'avversario e, di converso, i comportamenti vietati (ad esempio, l'art. 64 del Regolamento del Settore Pro del pugilato elenca i c.d. "colpi proibiti")¹¹⁷. Sicché, sarebbe davvero arduo ipotizzare che chi aggredisca l'avversario in ossequio alle prescrizioni e alle finalità del gioco possa essere chiamato al rispetto di cautele ulteriori¹¹⁸.

Ecco allora che – salvo il caso limite di un comportamento dolosamente orientato a ledere l'avversario ma di per sé conforme al regolamento – le condotte sportivamente lecite, ancorché pericolose, sarebbero prive di rilevanza penale, in quanto per natura rispondenti ai valori di correttezza che presidiano lo svolgimento della competizione¹¹⁹.

Di converso – prosegue la Corte – il mancato rispetto delle regole del gioco e l'integrazione di un illecito sportivo non autorizzano il giudice ad affermare, per ciò solo, la sussistenza della colpa penale. Costui sarebbe, infatti, chiamato a definire il contegno doveroso «secondo standard di prudenza e di diligenza che non esorbitino dalle regole del gioco e non si pongano in contrasto con il naturale sviluppo della pratica sportiva»¹²⁰, tenendo primariamente conto delle peculiarità del singolo caso.

Un'operazione siffatta impone di valorizzare la dimensione relazionale della colpa¹²¹ e, dunque, il principio di affidamento, in base a cui gli atleti – praticando volontariamente un certo tipo di sport e ad un certo livello – confidano che i loro avversari terranno comportamenti conformi al dovere di lealtà e correttezza ed in linea con il particolare contesto nel quale si svolge quella determinata

¹¹⁶ La posizione espressa nella sentenza n. 8609 del 2022 è stata pienamente condivisa dalle successive Cass. 3.10.2022 n. 37178, cit.; Cass. 19.5.2023 n. 21452, cit.

¹¹⁷ Reperibile sul portale della Federazione pugilistica italiana www.fpi.it.

¹¹⁸ Ha ragione E. Florio, *La Cassazione alle prese*, cit. quando sostiene che «non può realisticamente patrocinarsi [...] l'idea che il pugile debba prendere a pugni l'avversario, ma che si curi al contempo di farlo con cautela». Sull'irrelevanza penale dei danni cagionati da un'azione aderente alle regole del gioco, cfr. Cass. 28.4.2010 n. 20595, in *De Jure*.

¹¹⁹ *Contra*, F. Marzano, *op. cit.*, 3994, ad avviso della quale è ipotizzabile un residuo di colpa allorché il gesto dello sportivo sia conforme al regolamento, «e tuttavia il suo espletamento debba far prevedere evitabili effetti pregiudizievoli per l'avversario», a fronte dei quali l'atleta avrebbe dovuto astenersi dall'agire.

¹²⁰ Cfr. Cass. 3.10.2022 n. 37178, cit.

¹²¹ Sulla natura quasi necessariamente relazionale del tipo colposo, la cui integrazione postula – quale suo presupposto empirico – l'esistenza di un'interazione o, comunque, di un contatto (diretto o indiretto) tra due o più individui, D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *AP* 2/2019, 1 ss. e – più ampiamente – *Id.*, *La colpa penale*, Milano 2009, 279 ss.

attività¹²². Laddove tale affidamento venisse tradito, vi sarebbe (quantomeno) una violazione dei doveri di diligenza e potrebbe sì dirsi superata l'area del rischio sportivo per entrare nel campo del penalmente rilevante¹²³.

Infine, dopo aver individuato, all'esito di un giudizio *ex ante* e in concreto, la regola cautelare più pertinente alla particolare «situazione sportiva» ed appurata la sua inosservanza, è imprescindibile dimostrare la causalità della colpa (*id est*, l'evitabilità dell'evento a fronte di un comportamento alternativo lecito) e, da ultimo, l'esigibilità della condotta doverosa¹²⁴.

6. L'orientamento da ultimo affermatosi in tema di violenza sportiva è, a nostro avviso, convincente, se non altro perché – messa da parte la logica della giustificazione – attribuisce un rilievo centrale all'accertamento della colpa, tanto nella sua misura oggettiva, al momento di individuare la pretesa doverosa, quanto in quella soggettiva, ossia nel riscontro della c.d. colpevolezza colposa (la c.d. misura soggettiva o misura individuale della colpa)¹²⁵.

Da salutare con favore è l'abbandono dello sfuggente parametro del rischio: a ben vedere, infatti, l'eventuale richiamo a tale concetto ha soltanto una funzione argomentativa, laddove si tratti di meglio precisare quali sono le ragioni che giustificano l'esclusione della responsabilità penale nel caso in cui un comportamento lecito ma pericoloso abbia portato alla realizzazione di un evento lesivo. L'*erlaubtes Risiko* non contribuisce, però, a definire la soglia oltre la quale il contegno dell'agente assume rilevanza penale: affermare che una certa condotta non ha superato il rischio consentito non significa altro che ribadire la sua aderenza ad un precetto cautelare preventivamente individuato¹²⁶.

Facendo nostre le parole di un autorevole studioso, «il discrimine tra forme lecite e illecite di esposizione a pericolo del bene tutelato dipende», sempre e comunque, «dall'imposizione di una regola cautelare come doverosa, dall'inosservanza della medesima e dal prodursi dell'evento quale conseguenza dell'inosservanza stessa, i.e. da grandezze normative che attengono [...] all'elemento della condotta colposa, un lato, e del nesso tra colpa ed evento, dall'altro lato, ma rispetto alle quali il rischio [...] resta di fatto impermeabile»¹²⁷.

Anche le critiche rivolte all'impiego giudiziale dell'agente modello – inteso quale figura ideale e archetipica, del tutto slegata dall'agente concreto – colgono nel segno, nella misura in cui introducono un argine alla discrezionalità del giudice, il quale non può limitarsi a fare uso di vuote formule

¹²² Rileviamo incidentalmente che, stando alle pronunce qui esaminate, intensità e vigore fisico nel gioco – e, di conseguenza, l'affidamento dei partecipanti in merito ai comportamenti altrui – varierebbero a seconda che si tratti di un allenamento o di una gara ufficiale. Lo stesso discorso varrebbe per competizioni di livello diverso: in un incontro professionistico, gli atleti dovrebbero attendersi dagli avversari una maggiore intensità rispetto a quella che caratterizza (*rectius*, dovrebbe astrattamente caratterizzare) una partita tra dilettanti. Peraltro (come afferma Cass. civ. 19.11.2021, ord. n. 35602, cit.) potrebbe «anche rilevare la qualità dell'atleta, nel senso che altro è lo sportivo professionista, da cui è richiesta maggiore attenzione, altro il dilettante in quanto quest'ultimo non ha le capacità tecniche di chi invece esercita l'attività sportiva su basi professionali e che meglio sa conformare la propria condotta alle regole del gioco». Si tratta di affermazioni di indubbio buon senso, ma la cui validità – ad avviso di chi scrive – deve essere oggetto di puntuale e motivata valutazione, pena un ripiegamento su argomentazioni apodittiche e presuntive.

¹²³ Cfr. Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit.

¹²⁴ Cass. 3.10.2022 n. 37178, cit.

¹²⁵ Per tutti, A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari” un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art.590 sexies cp*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7.12.2017, 10.

¹²⁶ «Un comportamento non è [...] non conforme al tipo perché consentito, ma è al contrario consentito perché diligente». Perentorio M. Romano, *op. cit.*, 461, il quale ribadisce come tale parametro non possa diventare un «singolare e indebito cappello protettivo per attività pericolose» non conformi alle necessarie cautele. Sull'innocuità e, dunque, sulla sostanziale inutilità dell'*erlaubtes Risiko*, D. Micheletti, *Attività medica*, cit., 51; nonché F. Consulich, voce *Rischio consentito*, cit., 1121, che lo ritiene radicalmente sprovvisto di efficacia euristica, poiché ogni risultato che sembra derivarne consegue ad un previo «di atipicità della condotta, di cui rappresenta la pura perifrasi».

¹²⁷ C.E. Paliero, *op. cit.*, 552.

concettuali, riempiendole contingentemente di significato attraverso lo «specchio deformante dell'evento»¹²⁸.

Il maggior pregio dell'indirizzo giurisprudenziale qui esaminato è dunque quello di aver favorito un recupero di sistematicità e chiarezza nell'accertamento della responsabilità penale in campo sportivo. Sebbene nella prassi, l'applicazione della scriminante tacita aveva assicurato il raggiungimento di soluzioni nella sostanza condivisibili, nelle scorse pagine abbiamo osservato come la definizione del suo perimetro di operatività risultasse estremamente confusa, e fosse legata a parametri – quali la lealtà, la correttezza, le finalità del gioco, la stanchezza fisica, la foga, la carica agonistica¹²⁹ – che sembrano trovare naturale collocazione dogmatica non certo sul piano dell'antigiuridicità ma, per l'appunto, su quello della colpa¹³⁰.

Peraltro, molte delle pronunce che utilizzavano la nozione di rischio consentito, dopo aver negato il riconoscimento della causa di giustificazione, affermavano la sussistenza della colpa sulla base di argomentazioni generiche: talora si parlava di «eccessiva foga agonistica», talaltra di «violenza trasmodante» e foriera di «conseguenze dannose non necessarie»¹³¹. Esse non di rado omettevano di indicare il precetto cautelare violato o, nel migliore dei casi, si limitavano a rilevare l'inosservanza del regolamento sportivo, desumendo la sussistenza della colpa da una più o meno dettagliata analisi della dinamica di gioco. Inevitabile che il giudice di merito, privo di qualsivoglia parametro-guida si facesse guidare dalla personale sensibilità e le sue valutazioni fossero nei fatti influenzate dalla gravità dell'evento lesivo.

Le sentenze inserite nel nuovo filone giurisprudenziale offrono un contributo alla risoluzione di tali problematiche: come visto, esse attribuiscono assoluta centralità al momento dell'individuazione della regola cautelare più pertinente al caso di specie, che andrebbe puntualmente indicata già nel capo di imputazione, per poi essere sottoposta al contraddittorio processuale e, infine, passata al vaglio del giudicante. Il che dovrebbe diminuire il tasso di aleatorietà del giudizio e i pericoli di derive intuizionistiche, rendendo più controllabile il ragionamento decisorio.

Restano, però, alcuni nodi problematici. Come si è visto, le pronunce *de quibus* ricorrono al paradigma della colpa generica ed individuano il contenuto della cautela doverosa (l'*Anlass* dell'antidoverosità)¹³² facendo principalmente leva sul principio di affidamento, i cui limiti operativi – definiti sulla base dei generali valori di lealtà, correttezza e di rispetto per l'avversario – variano al variare delle caratteristiche del caso concreto¹³³. Soltanto l'atleta che tradisse questo affidamento, tenendo un contegno eccentrico o esorbitante rispetto al normale sviluppo del gioco, potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente.

¹²⁸ A. Di Landro, *op. cit.*, 12.

¹²⁹ *Ex plurimis*, Cass. 8.8.2000 n. 8910, in *De Jure*.

¹³⁰ Si veda, S. Bonini, *op. cit.*, 269.

¹³¹ Cfr. ad esempio, Cass. 8.3.2016 n. 9559, cit.

¹³² La portata del concetto di *Anlass*, teorizzato dalla dottrina tedesca, ma ormai oggetto di ampia considerazione da parte di molti autorevoli penalisti italiani è ben descritta in F. Giunta, *Culpa, Culpa*, cit., 15 ss. Letteralmente *Anlass* significa «occasione», «abbrivio»: con tale termine si suole indicare l'insieme di «circostanze che, in un dato quadro di vita reale, concretizzano l'obbligo di adottare la cautela doverosa». Esso, in altri termini, si identifica con le «condizioni di innesco» della responsabilità colposa: non solo, dunque, indicazione del comportamento diligente, ma anche presupposti che, in concreto, ne determinano l'obbligatorietà. Intorno alla nozione di *Anlass*, ampiamente G. Forti, *op. cit.*, 231 ss. e, da ultimo, L. Carraro, *Spazi teorici di autoreponsabilità e colpa "stradale" nell'investimento di un pedone: rigidità giurisprudenziale e prospettazioni dogmatiche*, in AP 2/2023, 17.

¹³³ Sul punto, M.L. Mattheudakis, *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4/2019, 65 ss., il quale giustamente osserva come il principio di affidamento «è in grado di incidere sui contenuti del dovere cautelare, quindi sul perimetro della tipicità colposa, consentendo ordinariamente a ciascuno di non preoccuparsi dell'operato altrui e quindi confidare che gli altri soggetti con cui si interagisce rispettino le regole di cautela di loro spettanza». Cfr. altresì A. Perin, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2/2012, 105. Sulla portata del principio di affidamento e sul suo circoscritto riconoscimento giurisprudenziale, si rimanda alla monografia di M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, Milano 1997, e più di recente Id., voce *Affidamento (principio di)*, in *Reato colposo. ED*, cit., 1 ss.

Tanto premesso, è necessario soffermarsi su quale sia la funzione delle regole del gioco nella definizione del precetto cautelare. Orbene, nonostante le menzionate pronunce le mettano all'apparenza in secondo piano, le norme scritte che disciplinano l'esercizio dell'attività sportiva – ove presenti – giocano un “ruolo chiave” nella definizione del tipo colposo.

Chiaramente, non tutte le regole che disciplinano l'attività sportiva hanno efficacia preventiva rispetto ad una certa tipologia di evento: alcune di esse si limitano a descrivere le modalità di gioco e, a questo scopo, individuano infrazioni aventi mera rilevanza sul piano sportivo. Si pensi, nel calcio, all'illecito sportivo integrato dalla commissione di un fallo tattico: qui l'intervento dell'atleta è volto ad interrompere un'azione di contropiede che potrebbe potenzialmente sfociare nella segnatura della rete della squadra avversaria, ma la norma che lo sanziona non è volta a prevenire il verificarsi di possibili lesioni in capo al destinatario dell'azione fallosa. Al contrario, questo tipo di prescrizioni – nel vietare espressamente certe tipologie di condotte – ammette la loro stessa realizzazione, in quanto rappresentano una naturale ed insopprimibile componente della dinamica sportiva.

Altre disposizioni – ricordiamo gli esempi sul pugilato – proibiscono in maniera assoluta determinati comportamenti, perché ritenuti potenzialmente pericolosi per l'integrità fisica degli avversari. Si tratta, con tutta evidenza, di «norme cautelari rigide»¹³⁴, di pretese cristallizzate che l'agente è tenuto integralmente a rispettare e la cui violazione è idonea a fondare un addebito a titolo di colpa specifica. Anche in questi casi, il giudice di merito deve valutare se l'evento lesivo cagionato dall'agente costituisca la concretizzazione del rischio che la regola infranta mirava a prevenire, perché – in caso contrario – si finirebbe con il riconoscere, surrettiziamente, una colpa *in re ipsa*¹³⁵.

Vi sono poi norme dei regolamenti sportivi che hanno sì funzione preventiva nei confronti delle offese all'incolumità degli avversari, ma presentano una formulazione tanto generica da lasciare sostanzialmente indeterminato il contenuto del precetto doveroso. Prendiamo, ancora, il caso del calcio. La regola 12 del Regolamento FIGC – riguardante i «falli» e le «scorrettezze» – elenca una serie di infrazioni integranti l'illecito sportivo (ad esempio: il grave fallo di gioco, la condotta violenta e una molteplicità di altri comportamenti vietati) e, nel descriverle, utilizza largamente espressioni elastiche, quali «negligenza», «imprudenza» e «vigoria sproporzionata»¹³⁶. Espressioni che, come è evidente, ricalcano il paradigma della colpa generica e che, quindi, devono essere «riempite di significato» alla luce delle particolarità del caso di specie¹³⁷.

Basti ricordare, a questo proposito, quanto affermato da una nota pronuncia delle Sezioni unite, nella quale si legge che «la colpa non consiste nella violazione di una generica obbligazione di diligenza dal contenuto neutro ed indeterminato, bensì nella violazione di una specifica regola di diligenza, il cui contenuto va di volta in volta determinato in base alle circostanze del caso concreto. La colpa è, invero, violazione di una regola di condotta «che prescrive le modalità di comportamento da adottare in un caso concreto per evitare il verificarsi di uno specifico evento offensivo»¹³⁸.

¹³⁴ Così, Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit.

¹³⁵ Cfr. C. Piergallini, *op. cit.*, 240, che puntualizza come l'evento possa ritenersi tipico unicamente quando corrisponde ad uno dei rischi che la regola cautelare – sebbene rigida e formalizzata – annoverava «nel suo spettro previsivo e prevenzionale». Sulla distinzione tra regole cautelari rigide ed elastiche, per tutti R. Bartoli, *op. cit.*, 539 ss.

¹³⁶ La Regola 12 ne fornisce anche una definizione, invero altrettanto generica. Con il concetto di negligenza si allude al calciatore che «mostra una mancanza di attenzione o considerazione nell'effettuare un contrasto o che agisce senza precauzione». In caso di imprudenza «il calciatore agisce con noncuranza del pericolo o delle conseguenze per l'avversario e per questo deve essere ammonito». Con «vigoria sproporzionata», infine, «si intende che il calciatore eccede nell'uso della forza necessaria e/o mette in pericolo l'incolumità di un avversario e per questo deve essere espulso». Cfr. AIA, *Regolamento del giuoco del calcio*, in www.figc.it.

¹³⁷ È del resto opinione diffusa che, in presenza di regole cautelari elastiche, sia comunque indispensabile procedere ad una loro più puntuale individuazione, secondo le modalità di norma impiegate nel riscontro della colpa generica. Cfr. C. Piergallini, *op. cit.*, 240; S. Dovero, *op. cit.*, 581. Molto chiara Cass. 19.5.2023 n. 21452, cit.: in sede di accertamento della colpa – sia generica, sia a fronte di regole formalizzate abbiano contenuto elastico – «il giudice deve indicare la regola cautelare violata preesistente al fatto, e quindi specificare quale sia – sulla base della diligenza, prudenza e perizia – in concreto ed *ex ante* il comportamento doveroso prescritto».

¹³⁸ Cass. S.U. 22.1.2006 n. 22676, in *DPP* 2009, 978 ss.

Ecco allora che, in definitiva, va nettamente rifiutata l'equazione illecito sportivo-reato: il giudice che sia chiamato a interrogarsi sulla rilevanza penale di una condotta inosservante delle regole del gioco causativa di un danno all'incolumità fisica dell'avversario deve, in primo luogo, valutare se la prescrizione violata abbia in effetti funzione cautelare rispetto al verificarsi di quella determinata tipologia di evento¹³⁹, mediante il consueto giudizio sulla riconoscibilità del rischio e sulla prevedibilità ed evitabilità, da effettuare, rigorosamente, *ex ante* e alla luce delle peculiari circostanze di fatto¹⁴⁰.

Se, in caso di attività sportive ufficiali e sottoposte alla disciplina di settore, le “regole del gioco” rappresentano un fondamentale appiglio nel riscontro della colpa sportiva, il discorso cambia nelle ipotesi, non infrequenti, di incontri amatoriali (si pensi al classico calcetto tra amici). Questi ultimi – nei loro tratti essenziali – ricordano la pratica di un certo sport, ma non sono sottoposti al relativo regolamento e, molte volte, non è presente alcun giudice di gara. Ebbene, fatti salvi gli sport a base violenta, la cui pratica deve di norma essere autorizzata, è pacifico che anche le competizioni non ufficiali, sebbene comportino un minimo di pericolosità, siano socialmente apprezzabili e meritevoli di piena tutela.

L'assenza di un regolamento scritto rende però più complicato procedere, in caso di aggressioni all'incolumità altrui, alla definizione dei confini del tipo colposo (detto altrimenti, al tracciamento della soglia del rischio consentito).

Il ristretto perimetro di questo lavoro non consente di approfondire l'annosa diatriba dottrinale che vede fronteggiarsi chi predica l'impiego dell'agente modello differenziato – e ritiene che l'individuazione della pretesa doverosa si fondi su un giudizio di prevedibilità ed evitabilità parametrato ad soggetto quanto più possibile prossimo all'agente concreto – ed i fautori di un approccio “normativistico” e “socio-prasseologico”, i quali di converso censurano il ricorso alla figura dell'agente modello concreto – perché foriera di eccessiva discrezionalità – e rimandano all'utilizzo delle consuetudini e delle prassi cautelari invalse nel consesso sociale e di cui il giudice sarebbe un mero fruitore¹⁴¹.

Al netto delle “etichette concettuali” ci pare che, anche nel caso di competizioni non regolate da leggi scritte, il contenuto della pretesa doverosa debba essere individuato con riguardo al modello di attività concretamente svolta (ossia, alla tipologia di sport praticato, al grado di agonismo atteso in contesti del tipo di quello considerato e dunque all'affidamento riposto dai partecipanti nella correttezza del contegno altrui)¹⁴², avendo quale stella polare i più volte menzionati doveri di lealtà, correttezza e rispetto reciproco, cui deve necessariamente ispirarsi la pratica di qualsiasi tipo di sport e a qualsiasi livello.

6.1. Da ultimo, suscita qualche perplessità un passaggio motivazionale rinvenibile in alcune delle pronunce qui analizzate, quello in cui si sostiene che la colpa penale sussisterebbe allorché si riscontrasse una «violazione esorbitante» delle regole ed in contrasto con il «naturale sviluppo della

¹³⁹ In tal senso, Cass. civ. 19.11.2021, ord. n. 35602, cit.

¹⁴⁰ Così anche P. Semeraro, *op. cit.*, 500 ss.

¹⁴¹ Nel primo senso, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini e G.L. Gatta, *op. cit.*, 402 ss.; in favore della seconda concezione, tra gli altri, Giunta e Micheletti, in tutti gli scritti *sopra* citati. Rileva nondimeno F. Consulich, *Il concorso di persone*, cit., 110 come con la crescente positivizzazione delle cautele stia progressivamente riducendo lo spazio riservato alla figura dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, «a favore di un giudizio più sillogistico» basato su un confronto tra il caso concreto e «i modelli codificati di comportamento», che sintetizzano le pratiche invalse in un dato settore.

¹⁴² Richiamando, ancora, le parole di F. Consulich, *Il concorso di persone*, cit., 89 s., il giudizio di prevedibilità ha una reale funzione selettiva solo se viene condotto prendendo le mosse «da una prospettiva *ex ante*» coincidente con quella «dell'agente concreto in un dato momento e inserito nello specifico contesto in cui è maturato il fatto». La formazione della regola cautelare è del resto frutto di un processo «a spirale». Esso consiste in un continuo confronto tra fatti di un certo tipo e la fattispecie astratta, «un giudizio di prevedibilità» che viene replicato più volte sino a «divenire patrimonio comune» tra i membri di un ben determinato «circolo di rapporti».

pratica agonistica»¹⁴³. Con affermazioni di questo tipo – già rinvenibili in molte delle sentenze fondate sulla logica del rischio consentito (ove si parlava di condotte avulse dal «fisiologico» sviluppo della dinamica di gioco¹⁴⁴ o di assenza di un «collegamento funzionale» con l'azione di gioco¹⁴⁵) –, la S.C. sembra, in realtà, introdurre un implicito limite di tipicità alle ipotesi di colpa grave, lasciando, invece, fuori dal penalmente rilevante i casi di colpa lieve¹⁴⁶.

Un'opzione di certo ragionevole – in quanto motivata dalla necessità di arginare l'espansione dello *ius terribile* a fronte di attività costituzionalmente protette – ma che si pone in palmare contrasto con la lettera della legge. *De jure condendo*, la scelta di incriminare le sole ipotesi di lesioni sportive cagionate con colpa grave sarebbe a nostro avviso auspicabile¹⁴⁷, in quanto garantirebbe una riduzione dei margini di intervento dello strumento penalistico fedele ai valori di frammentarietà e dell'*extrema ratio*, peraltro in relazione ad attività di certo pericolose, ma la cui utilità sociale e collettiva è direttamente riconosciuta in Costituzione.

De jure condito, appare invece imprescindibile potenziare il momento del riscontro della *colpevolezza colposa*. Come noto, la giurisprudenza tradizionale, in linea con la dominante concezione normativa, ha per lungo tempo proceduto ad un riscontro di matrice oggettiva, tale per cui la violazione della cautela doverosa rivelerebbe *di per sé* la sussistenza della responsabilità penale.

Emergeva – e in parte emerge ancora oggi – una notevole svalutazione dell'accertamento della c.d. misura soggettiva della colpa: le ragioni della riluttanza nella considerazione degli elementi «psicologici» e «individualizzanti» andavano probabilmente ricercate nel timore che un'eccessiva soggettivizzazione del giudizio finisse con il privare di «contenuto obiettivo» il tipo colposo e favorisse, così, l'affermarsi di interpretazioni nella sostanza arbitrarie, dipendenti dalla latitudine che si volesse contingentemente attribuire «alla capacità del singolo di conformarsi alla cautela doverosa»¹⁴⁸. Certo era che un tale *modus procedendi* recava un grave *vulnus* al principio di colpevolezza, il cui rispetto veniva fortemente messo in dubbio dalla mancata costruzione di un rimprovero realmente «personalizzato»¹⁴⁹.

Fortunatamente, negli ultimi anni, la S.C. (in particolare proprio la Quarta sezione, nell'ambito della sicurezza del lavoro)¹⁵⁰ ha mostrato una crescente attenzione verso i fattori «soggettivi» e

¹⁴³ Cfr. Cass. 3.10.2022 n. 37178, cit.; similmente Cass. 28.10.2021 n. 8609, cit. e, in sede civile, Cass. civ. 19.11.2021, ord. n. 35602, cit.

¹⁴⁴ Per tutte, Cass. 20.1.2005 n. 19473, cit.

¹⁴⁵ Allude all'impiego del criterio del collegamento funzionale anche in ambito penale Cass. 11.5.2018 n. 21120, cit. Ci sembra però emblematica della tendenza a negare la rilevanza della colpa lieve nel contesto sportivo, Cass. civ. 20.10.2004 n. 20597, in *De Jure*, laddove afferma che il nesso funzionale sarebbe escluso «dall'impiego di un grado di violenza o di irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato, ovvero col contesto ambientale nel quale l'attività si svolge in concreto, o con la qualità delle persone che vi partecipano».

¹⁴⁶ Lo rilevava, incidentalmente, Cass. 28.4.2010 n. 20595, cit.; in dottrina, F. Marzano, *op. cit.*, 3994; P. Veneziani, *op. cit.*, 752.

¹⁴⁷ Resterebbero, in assenza di un apposito intervento legislativo in tal senso, i problemi nel definire i limiti della colpa grave. *De lege lata*, taluni identificano quest'ultima con la colpa con previsione (nuovamente, F. Marzano, *op. cit.*, 3994); in realtà, per individuare la colpa grave, sarebbe necessario considerare una pluralità di parametri valutativi, quali – oltre, eventualmente, alla previsione dell'evento – la divergenza della condotta tenuta dagli *standard* diligenti, le motivazioni della condotta, nonché «la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente». Sul punto, si rimanda a S. Dovere, *op. cit.*, 581. Per un tentativo di definizione della colpa grave, si veda P.F. Poli, voce *Colpa grave*, in *Reato colposo*. ED, cit., 126 ss. Più in generale sull'opportunità di introdurre imputazioni per colpa grave, perché – così facendo – si darebbe attuazione ai principi di sussidiarietà e colpevolezza, M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 124 ss.

¹⁴⁸ Cfr. M. Caputo, *op. cit.*, 88. Sull'indispensabilità di un riscontro della dimensione soggettiva della colpa, D. Petrini, *op. cit.*, 407.

¹⁴⁹ Per una puntuale sintesi della questione e una disamina dello stato dell'arte, si rinvia a D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 207 ss., nonché a M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 2 ss.

¹⁵⁰ Si vedano, a esempio, Cass. 10.6.2022 n. 22628; Cass. 6.3.2019 n. 20270; Cass. 8.10.2020 n. 1096; Cass. 18.5.2021 n. 19565; Cass. 11.12.2020 n. 9749; in tema di bancarotta: Cass. 17.5.2021 n. 19338, tutte reperibili in *One Legale*. Per un'analisi di tale filone giurisprudenziale, S. Dovere, *op. cit.*, 581.

«psicologici» della colpa, aprendo le porte alla valutazione sulle effettive possibilità dell'autore del reato di «uniformarsi al precetto cautelare» preventivamente determinato¹⁵¹. Occorrerebbe, in altri termini, verificare – alla luce delle variabili individuali e di contesto – se dal soggetto agente potesse pretendersi il rispetto dello standard di diligenza dovuto o, viceversa, se le peculiari condizioni del caso di specie rendessero concretamente inesigibile il comportamento alternativo lecito¹⁵².

Orbene, calandoci nell'ambito della violenza sportiva, la valorizzazione della misura soggettiva della colpa appare davvero indispensabile. È proprio al momento di accertare la colpevolezza colposa che dovrebbero essere presi in considerazione, in eventuale chiave esimente, una serie di fattori concreti, che talvolta vengono impropriamente e confusamente evocati per tracciare il mutevole perimetro operativo della scriminante del rischio consentito¹⁵³. Ci riferiamo, a mero titolo esemplificativo, alla stanchezza dell'atleta, allo stress, al peculiare livello di agonismo messo in campo in una determinata partita, alla pressione per ottenere il risultato in quella precisa fase della competizione o al possibile stato di *tranche* agonistica.

Non si tratta, dunque, di compiere indagini di natura psicologica – riguardanti i motivi, i tratti caratteriali o le condizioni emotive del reo – le quali, in effetti, rischierebbero di condurre ad un'ipersoggettivizzazione del rimprovero, legittimando soluzioni «empatiche» o «eticizzanti»¹⁵⁴, e in ogni caso altamente discrezionali¹⁵⁵. Si tratta, invece, di verificare – in un giudizio, comunque, di tipo normativo¹⁵⁶ – se l'eventuale presenza di elementi «situazionali» e «individuali» abbia reso concretamente inesigibile l'osservanza del dovere cautelare. Solo un approccio di questo genere sembra consentire un recupero della dimensione più squisitamente soggettiva della colpa, che – diversamente – sarebbe ridotta «a pura antiprecettività»¹⁵⁷.

¹⁵¹ Cfr. R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino 2020, 298.

¹⁵² Sulla crescente valorizzazione della misura soggettiva della colpa, troppo spesso relegata dal diritto vivente ad «inutile orpello», C. Piergallini, *op. cit.*, 240 ss.; sul processo di «concretizzazione-individualizzazione della colpa» e sul giudizio di inesigibilità, si leggano poi D. Castronuovo, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *GI* 2021, 2218 ss., Id., voce *Colpa penale*, cit., 207 ss., che sottolinea come l'accertamento riguardi qui «l'eventuale sussistenza di elementi anomali ai quali si possa attribuire una funzione scusante o di esclusione della colpevolezza, nella misura in cui rendano “inesigibile” in concreto il rispetto del dovere di diligenza»; F. Consulich, *Il concorso di persone*, cit., 118 ss.

¹⁵³ Sottolinea come molti dei concetti afferenti alla misura soggettiva della colpa (sportiva) siano spesso collocati nell'alveo delle scriminanti, S. Bonini, *op. cit.*, 269. Sulla valorizzazione dell'accertamento della colpevolezza colposa nel contesto sportivo si veda, altresì, D. Castronuovo, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1723 ss. Da ultimo, F. Consulich, voce *Rischio consentito*, cit., 1111.

¹⁵⁴ Il giudice potrebbe, infatti, essere portato a immedesimarsi nell'agente in carne e ossa – comprendendone le ragioni – e pervenire così a verdetti troppo benevoli; o, al contrario, questi potrebbe valorizzare le componenti psicologiche e motivazionali nell'ottica di una repentina affermazione di responsabilità. A riguardo, nuovamente, M. Caputo, *op. cit.*, 59, 85.

¹⁵⁵ Sui rischi di valutazioni improvvisate, R. Blaiotta, *Le coordinate del sistema: concezione normativa e “misura soggettiva”*, *Intervento al convegno “La colpa penale: novità normative ed orientamenti degli interpreti”*, Corte di cassazione, 9.5.2022, in www.cortedicassazione.it.

¹⁵⁶ D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 207 ss., nel rilevare le notevoli difficoltà nel processo di individualizzazione del giudizio sulla colpa, osserva come non si possa prescindere da un *minimum* di astrazione. Non c'è spazio – nel riscontro della colpa – per l'analisi delle «connotazioni più personali dell'agente». Cfr. F. Consulich, *Il concorso di persone*, cit., 121.

¹⁵⁷ F. Consulich, *Il concorso di persone*, cit., 123.

LA “CULTURAL DEFENSE”: DALLE ORIGINI FINO AI “NUOVI ORIZZONTI” RESI POSSIBILI DALLA RIFORMA CARTABIA

di Alessandro Provera (*Ricercatore di diritto penale, Università del Piemonte Orientale*)

I reati culturalmente orientati, oggetto di costante riflessione dottrinale negli ultimi decenni, sono poco frequenti nella prassi giudiziaria. Ciò non significa, però, in primo luogo, che l'interesse – anche dell'opinione pubblica – sia scarso, viste le numerose e, alle volte, scomposte reazioni a fronte di alcune notizie di cronaca, anche recenti. Non significa neppure che la giurisprudenza, nel corso degli anni, non abbia sperimentato diverse soluzioni *de lege lata* per attribuire rilevanza all'orientamento culturale. Tali soluzioni, tuttavia, non sembrano condivisibili sul versante dogmatico. Con la recente Riforma Cartabia (d.lgs. 150 del 2022), anche in ragione dell'introduzione della giustizia riparativa in ambito penale, si sono schiuse nuove prospettive *de lege lata* che sembrano, come si argomenta nel saggio, poter attribuire il giusto rilievo all'appartenenza culturale del *cultural offender*.

Cultural offenses, which are subject of constant doctrinal reflection in recent decades, are not frequent in Italian case law. This does not mean, however, first of all, that interest – even among public opinion – is low, given the numerous and, at times, disjointed reactions to some criminal cases, even recent ones. It does not mean that jurisprudence, over the years, has not experimented with various *de lege lata* solutions to attribute relevance to cultural orientation. These solutions, however, do not seem acceptable on the dogmatic side. The recent “Cartabia reform” (Dlgs 150/ 2022), also due to the introduction of restorative justice in the criminal field, new perspectives *de lege lata* have opened up which seem, as argued in the essay, to be able to give the right importance to the cultural belonging of the cultural offender.

SOMMARIO: 0. Una breve premessa. – 1. La nascita e l'evoluzione della c.d. *cultural defense*. – 1.1. *Defense de minimis*: mancanza dell'“offesa”. – 1.2. *Justifications*. – 1.3. *Excuses: Insanity e Diminished Capacity*. – 1.4. *Excuse of Mistake of Fact*. – 2. Il dibattito sulla *cultural defense*. – 3. Le proposte della dottrina americana per la *cultural defense* formale. – 4. Alcuni tra i sistemi penali più rilevanti per lo studio della *cultural defense*. – 4.1. La Germania. – 4.2. Il Regno Unito. – 4.3. Israele: multinazionalità e multiculturalismo. – 5. Il sistema italiano – 6. Corte Edu e giurisprudenza di legittimità italiana. – 7. L'introduzione della giustizia riparativa con la Riforma Cartabia.

0. È interessante notare – ed è una costante diacronica, perlomeno in Italia – che la tematica dei reati culturalmente orientati generi, ogni qual volta un caso di cronaca giudiziaria lo suggerisca, un infuocato e scomposto dibattito. Potremmo dire che l'interesse verso questo tema è inversamente proporzionale al numero di processi nelle aule italiane. Ciò non deve ovviamente far pensare che siano numericamente pochi i casi di reato culturalmente orientato, perché il campo oscuro per alcuni delitti, quali per esempio le mutilazioni genitali femminili, è assai vasto. Questa attenzione – soprattutto mediatica – verso il fenomeno suggerisce tuttavia che la tematica non venga affrontata, perlomeno sui mezzi di comunicazione, con la dovuta competenza scientifica e si presti invece a essere strumentalizzata a seconda degli umori politici e sociali del Paese.

Questo interesse verso tale tipologia di reati mette, infatti, a nudo le impostazioni ideologiche, alle volte opposte e inconciliabili, da cui si originano le varie opinioni. E questo non può che portare a conseguenze pericolosamente populiste o infondate.

Mentre si scrivono le presenti note, solo per fare l'ultimo esempio possibile, è ancora forte l'eco dei “fatti di Brescia”¹. Recentemente, in un processo, al termine del dibattimento, il PM ha chiesto

¹ https://milano.repubblica.it/cronaca/2023/09/11/news/marito_violento_brescia_bangladesh_procura_assoluzione-

l'assoluzione (ma prima ancora aveva chiesto l'archiviazione, non accolta dal GIP che aveva disposto l'imputazione coatta) per un uomo di origine bengalese che maltrattava la moglie, sul rilievo che questa sarebbe una condotta culturalmente orientata.

Al netto dello strepito che ha impedito finora un dibattito serio sul punto, il caso di Brescia, come molti altri, pare potersi facilmente commentare sottolineando l'assenza di un reato culturalmente orientato. Infatti, nella cultura del reo, non vi era alcun precetto specifico che imponesse la condotta tenuta. Come si avrà modo di ricordare più precisamente nelle successive riflessioni, è stata Cristina de Maglie², nel suo fondamentale lavoro in materia, a mettere in guardia dal semplicismo con cui a volte si definisce culturalmente orientato un reato che in realtà non lo è affatto, come anche dalle poco sostenibili soluzioni *de lege lata*. Occorre, infatti, secondo l'Autrice, dotarsi di una nozione stringente, precisa di reato culturalmente orientato e non sostituirla col ben più vago concetto di influsso culturale, completamente evanescente e poco normativo. Ed è questo l'antidoto alle impostazioni criticabili a volte assunte anche dalla magistratura in questa materia tormentata.

Per questo motivo, pur non volendo cadere nel mero intento didascalico, è sempre importante ricordare come sia nata e soprattutto si sia evoluta nei vari ordinamenti la categoria delle *cultural offense*, per apprendere dal recente passato e principalmente dagli errori di impostazione commessi. Per esempio, dai fatti di Brescia, emerge che il PM ha ritenuto l'orientamento culturale un fattore incidente sul dolo, visto che porta alla sua esclusione, argomento principale in tutta la giurisprudenza straniera e italiana, come si avrà modo di osservare, ma che è un'impostazione alquanto problematica presentando criticità, a parere di chi scrive, insuperabili. Come appare, già a una prima lettura, evidente, ritenere che l'orientamento culturale incida sul dolo significa considerarlo alla stregua di un fattore patologico che impedisce la possibilità, per esempio, di rappresentarsi e volere ledere o privare della libertà personale un individuo. E questo è difficilmente sostenibile, come si avrà modo di argomentare meglio.

1. Da molti decenni, ormai, il dibattito sulla possibilità di considerare in chiave attenuante o esimente l'orientamento culturale della condotta del reo (c.d. *cultural defense* o esimente culturale) ha caratterizzato la dottrina e la giurisprudenza, dapprima dei Paesi a forte pluralismo culturale e religioso, come gli Stati Uniti, in seguito anche dei Paesi europei attraversati da flussi migratori più recenti, come l'Italia³.

Per approfondire tale dibattito sulla *cultural defense* è in primo luogo necessario dotarsi di una definizione di reato culturalmente orientato. È infatti ragionevole porsi il problema della rilevanza dell'orientamento culturale solo se si è in presenza di una condotta effettivamente imposta o perlomeno tollerata da una determinata cultura e non per qualsiasi reato commesso da un soggetto appartenente a una cultura diversa da quella dominante nel contesto in cui vive. Il reato culturalmente orientato (secondo un'altra terminologia ricorrente *culturalmente motivato*) è un'azione commessa da un appartenente a una cultura minoritaria che, pur se considerata reato dal sistema penale ospitante, viene giustificata, accettata, promossa o approvata all'interno del proprio gruppo culturale.

È nell'ordinamento statunitense che si è affermato, per la prima volta, un importante indirizzo giurisprudenziale che ha riconosciuto rilevanza all'orientamento culturale della condotta illecita

414140103/

² C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati*, Pisa 2010.

³ Per una panoramica generale si vedano i numerosi studi di C. de Maglie, voce *Reati culturalmente condizionati*, in *Enc. dir. Ann.*, VII, Milano 2014, 875 ss., *I reati culturalmente motivati*, op. cit., *Premesse a uno studio su Società multiculturali e diritto penale*, in W. Hassemer - E. Kempf - S. Moccia (hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009, 129 ss., voce *Multiculturalismo (dir. pen.)*, in F. Giunta (a cura di), *Dizionario di diritto penale*, Milano 2008, 732 ss., *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *RIDPP*, 2008, IV, p. 1088 ss., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in G. Forti - M. Bertolino (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli 2007, 3 ss., *Società multiculturale e diritto penale: la cultural defense*, in C. E. Paliero - E. Dolcini (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano 2006, 215 ss.

grazie alla c.d. *cultural defense*, o esimente culturale. La *cultural defense* più precisamente è una causa attenuante o di esclusione della responsabilità, invocabile da coloro che commettono una *cultural offense*. Un tale riconoscimento, secondo la celebre nota *The Cultural Defense in Criminal Law*, uno degli scritti dottrinali da cui si è avviato il dibattito sul rapporto tra diritto penale e cultura, si fonderebbe sul principio di *individualizing justice*⁴, elaborato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti⁵, in base al quale occorrerebbe giudicare ogni fatto facendo specifico riferimento alle caratteristiche dell'individuo, tra cui un ruolo centrale è svolto dall'appartenenza culturale⁶. Si è così originato un acceso dibattito dottrinale intorno alla necessità di riconoscere formalmente rilevanza all'appartenenza culturale in sede penale⁷. Si sono, infatti, proposte da parte della dottrina, come si approfondirà in seguito, diverse soluzioni sul versante politico-criminale volte a introdurre nell'ordinamento apposite normative volte a prevedere un'esimente culturale (c.d. *cultural defense formale*). Dall'altro lato, in assenza di una previsione normativa, le Corti statunitensi hanno fatto invece ricorso alla c.d. *cultural defense* sostanziale al fine di attribuire rilevanza all'orientamento culturale. In funzione di esimente o di attenuazione della responsabilità si è fatto quindi costantemente ricorso agli istituti esistenti.

Per inquadrare tale giurisprudenza, occorre aver chiara l'importanza della categoria delle *defenses*, cui si possono ascrivere le *justifications* e le *excuses*⁸, che determinano entrambe la non punibilità, ma per ragioni diverse. Le *justifications* sono cause di esclusione della responsabilità previste per un soggetto che ha commesso *un fatto sì lesivo, ma giustificato dall'ordinamento per via delle condizioni concrete in cui è stato commesso, che rendevano necessaria la condotta al fine di proteggere un determinato interesse meritevole di tutela*⁹. Sono dunque istituti affini alle cause di giustificazione dell'ordinamento italiano, che escludono l'illiceità, ossia la contrarietà del fatto all'ordinamento giuridico. Esempio di *justification*, come si vedrà nel caso Croy, è la *self defense*. Le *excuses*¹⁰, invece, escludono la responsabilità in ragione dell'*inesigibilità di una condotta diversa da quella tenuta*¹¹. Sono dunque cause che, come quelle di esclusione della colpevolezza dell'ordinamento italiano, escludono la rimproverabilità della condotta al suo autore. Le *defenses* del diritto statunitense tengono, inoltre, prevalentemente in considerazione l'aspetto soggettivo del *defendant*, attribuendo altresì particolare rilevanza alla *ragionevolezza* della sua condotta¹². Tant'è che la *reasonableness* risulta criterio delimitante l'operatività delle *excuses* e, in generale, di tutte le *defenses*. Il sistema americano riconosce altresì alcune *defenses* imperfette (come la *imperfect self defense*), molto simili a quelle che, in una certa dottrina italiana, sono classificate come *quasi scriminanti*.

Già prima della elaborazione della *cultural defense* sostanziale, erano nate nella prassi le c.d. *new excuses*, per condotte criminose causate dall'*ambiente sociale 'malato'* (*toxicity of social environment*)¹³: la *battered woman syndrome defense*, la *rotten social background defense*, criticate

⁴ *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Har. L. Rev.*, 99, 1986, 1298 ss.

⁵ Le due sentenze della Corte Suprema sono *Woodston v. North Carolina* (U.S. Sup. Ct. 1976) e *Greeg v. Georgia* (U.S. Sup. Ct. 1976).

⁶ D. L. Coleman, *Individualizing Justice. Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Col. L. Rev.*, 96, 1996, 1098-1099.

⁷ C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati*, *op. cit.*, 80 ss. e 114 ss.

⁸ G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, New York 1978, 759 ss. Si veda anche G. P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale*, trad. it. di M. Papa, Bologna 2004, 126 ss. Si veda C. de Maglie, *I reati*, *op. cit.*, 83-87 e anche B. Pastore, *Multiculturalismo e processo penale*, in *CP*, 2006, 3078 e A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino 2006, 77-80.

⁹ P. H. Robinson, *Criminal Law Defenses*, II, St. Paul (Min.) 1984, 7.

¹⁰ P. H. Robinson, *Criminal Law Defenses*, II, *op. cit.*, 221 ss. Nel diritto inglese, si veda *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford 2007, 47-61.

¹¹ P. H. Robinson, *Criminal Law Defenses*, II, *op. cit.*, 221 ss.

¹² M. Donini, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *RIDPP*, 2017, I, 41 ss.

¹³ L. Monticelli, *Le "Cultural Defense" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *IP*, 2003, 539.

da chi ne ha rilevato il carattere di *abuse excuse*¹⁴, consistente nel ‘premiare’ i soggetti emarginati per via della mancanza di opportunità o di protezione, legittimandoli alla violenza.

È probabilmente per quest’ultimo motivo che, nonostante la nuova sensibilità giurisprudenziale, non si è mai giunti ad applicare una *defense* di creazione ‘pretoria’ fondata esclusivamente sull’orientamento culturale della condotta. Si sono, invece, utilizzati istituti già esistenti, sul rilievo che l’orientamento culturale potesse integrarne i presupposti.

1.1. Occorre dunque procedere analizzando, seppur sinteticamente, la giurisprudenza statunitense più significativa.

Mohammad Kargar, un afgano rifugiato negli Stati Uniti, venne un giorno visto da una vicina di casa mentre baciava il pene del figlioletto; si procedette pertanto nei suoi confronti per *gross sexual assault*¹⁵, in quanto la legge del Maine puniva come violenza sessuale ogni contatto tra la bocca di un adulto e l’organo genitale di un bambino, non essendo richiesta la finalità di libidine. Durante il processo, Kargar si difese invocando la *defense de minimis*, la quale si applica qualora *non si sia cagionato il danno o esposto qualcuno a un pericolo*¹⁶. Venne così assolto dalla Corte d’Appello,¹⁷ la quale ritenne, che la condotta, in ragione dell’orientamento culturale, non fosse in alcun modo lesiva, non comportando alcun *vulnus* alla sfera della sessualità del bimbo¹⁸.

1.2. Un altro celebre caso ha riguardato Patrick Croy, un giovane *american native*, in parte *karuk* e in parte *shasta*, popolazione quest’ultima che fu quasi completamente distrutta dall’espansione dei coloni verso ovest. Assieme ad altri *natives*, Croy si era fermato presso un *discount*. Al momento di pagare la merce, scoppiò una rissa tra Croy e il cassiere. Fuggendo, inseguito da ben quindici poliziotti, vedendosi accerchiato, Croy sparava un colpo di pistola ferendo a morte un agente¹⁹.

La Suprema Corte della California riconobbe la *self defense* e Croy fu assolto²⁰. La reazione del giovane sarebbe stata, infatti, *ragionevole*, poiché orientata dall’appartenenza culturale: la ‘consapevolezza innata’ in ogni *native* della possibilità di essere vittima di una discriminazione o di un’aggressione da parte di un *wasp* renderebbe la condotta reattiva sempre proporzionata al pericolo percepito. Occorre segnalare che, nel sistema statunitense, la *self defense* viene riconosciuta in tutti i casi in cui il soggetto attivo agisca per necessità di difendere la propria persona da un’offesa immediata²¹ e ingiusta, sempre che la forza utilizzata sia proporzionale e la condotta «ragionevole»²². È chiaro quindi che Cory abbia interpretato l’inseguimento come preludio a un’aggressione o a una condotta discriminatoria del *wasp*, sulla base di quella consapevolezza innata in ogni *native*, di cui si diceva poc’anzi. Un ulteriore requisito, stabilito dal § 3.0 del *Model Penal Code*, è il *deadly attack*: si può agire in legittima difesa cagionando la morte allorché sussista una minaccia di omicidio. In

¹⁴ A. M. Dershowitz, *The Abuse Excuse: And Other Cop-Outs, Sob Stories, and Evasions of Responsibility*, Boston 1994, 33 ss..

¹⁵ *State v. Kargar*, no. 679 A2d 81, N. A. Wanderer - C. R. Connors, *Culture and Crime: Kargar and Existing Framework for a Cultural Defense*, in *Buf. L. Rev.*, 1999, 829, C. de Maglie, *I reati*, op. cit., 94-97, F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano 2010, 297-298 e F. Parisi, *Cultura dell’“altro” e diritto penale*, Torino 2010, 72.

¹⁶ C. de Maglie, *I reati*, op. cit., p. 95, P.H. Robinson, *Criminal Law Defenses*, op. cit., 320.

¹⁷ La *defense de minimis* ex section 12. Il *Model Penal Code* prevede la *defense* al paragrafo 2.12.

¹⁸ *State v. Ramirez* No. CR-04-213 (Maine Sup. Ct.), 10.11.2005.

¹⁹ A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, op. cit., 37. Sul punto v. anche T. F. Goldstein, *Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a Cultural Defense?*, in *Dick. L. Rev.*, 99, 1994, 152. F. Basile, *Immigrazione*, op. cit., 290. Vedi anche A. D. Renteln, *Raising Cultural Defenses*, in L. Fridaman Ramirez (ed.), *Cultural Issues in Criminal Defense*, III ed., New York 2010, 794 ss. *People v. Croy* (1985) 41 Cal.3d 1, 221 Cal. Rptr. 592; 710 P.2d 392.

²⁰ *People v. Croy* No. 52587 (Placer Sup. County Ct.), aprile 1990.

²¹ P. H. Robinson, *Criminal Law Defenses*, op. cit., § 131, 76.

²² E. Grande, *Justification and excuses*, in *DigDpen.*, VII, Torino 1993, 330. P.H. Robinson, *Criminal Law Defenses*, op. cit., § 131, 81 ss. H. Maguigan, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, in *N.Y. Un. L. Rev.*, 1995, 70, 79.

caso contrario, la *defense* non trova applicazione, perlomeno non in forma *perfect*²³. È poi affine alla disciplina dell'art. 59 comma 4 Cp italiano quella del § 3.04 del *Model Penal Code* che stabilisce l'equivalenza tra il putativo e il reale. La *self defense*, quindi, poteva essere applicata nel caso di specie, solo riconoscendo il *reasonable belief* di Croy e, di conseguenza, considerando la sua azione coperta da una sorta di scriminante putativa.

1.3. A prescindere dai casi appena riferiti e da pochi altri analoghi, il maggior numero delle sentenze che hanno riconosciuto rilevanza all'orientamento culturale ha però considerato, indebitamente, l'appartenenza etnica un *condizionamento mentale* e, di conseguenza, una limitazione della *capacità di intendere e di volere*. L'ordinamento statunitense prevede due *excuses* in tema di imputabilità: l'*insanity*²⁴ e la *diminished capacity*²⁵.

Il *leading case* è il "*caso Poddar*"²⁶, in cui un giovane indiano aveva creduto di essersi fidanzato con una sua connazionale²⁷, la quale in realtà non aveva la ben che minima intenzione di intrattenere con costui una relazione sentimentale. Accortosi in seguito dell'effettiva volontà della ragazza e sentendosi ingannato, Poddar la uccise. Gli psichiatri affermarono che il ragazzo aveva commesso il reato poiché vittima di uno *shock* dovuto alla necessità di *far coincidere i precetti della sua cultura con quelli della società ospitante*²⁸. L'infermità di Poddar sarebbe stata dunque il frutto della avvertita impossibilità di coniugare il precetto culturale e quello dell'ordinamento giuridico.

Primo caso di applicazione dell'*excuse of diminished capacity*²⁹ nell'ambito dei reati culturalmente orientati è stata invece la celebre vicenda di Fumiko Kimura³⁰. La difesa della donna di origine giapponese che aveva ucciso i figli e tentato di togliersi la vita, essendo stata tradita dal marito (rito dello *ojako shinju*), era fondata sull'equiparazione tra orientamento culturale e incapacità di intendere e di volere dell'imputata. Nel sistema americano, la fattispecie di *murder* necessita dell'elemento soggettivo della *malice*, corrispondente alla *deliberata intenzione di uccidere*, che può venir meno per una patologia mentale. Sei psichiatri affermarono lo stato di *brief reactive psychosis*: una reazione 'a corto circuito' al momento della commissione del fatto, causata dall'interiorizzazione delle regole della cultura di appartenenza³¹. Nell'ambito del *plea bargain*, l'imputazione per *murder* venne, di conseguenza, derubricata in *voluntary manslaughter*. L'applicazione della *defense* è quindi spiegabile sulla base di quella giurisprudenza californiana che riteneva sussistente la *diminished capacity* anche quando il soggetto attivo, pur agendo con *malice*, non poteva comprendere il dovere di controllare la sua condotta in accordo con il precetto dell'ordinamento.

Le corti statunitensi hanno equiparato la *cultura etnica* alla *patologia* anche mediante l'applicazione di altri istituti fondati sul concetto di *disturbo emozionale*: le *excuses of extreme emotional disturbance* e *of provocation*. La più importante sentenza in tema di *extreme emotional disturbance* è quella pronunciata a carico di Dong Lu Chen³², imputato per *first murder degree*. Grazie alla perizia

²³ J. Grumer, *Self Defense*, in *Loyola of Los Angeles L. Rev.*, 2004, 36, 1588.

²⁴ P.H. Robinson, *Criminal Law Defense*, II, *op. cit.*, § 173, 280 ss. Più di recente, H. F. Fradella, *From Insanity to Diminished Capacity*, Bethesda 2007, 13.

²⁵ G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, 250-253. Si veda anche J. P. Sams, *The Availability of the "Cultural Defense" as an Excuse for Criminal Behavior*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1986, 16, 341-342.

²⁶ *People v. Poddar* No. 910 (Cal. Ct.), 1974.

²⁷ F. Quassoli, *Riconoscersi*, Milano 2007, 97 ss.

²⁸ A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, *op. cit.*, 31.

²⁹ P.H. Robinson, *Criminal Law Defense*, *op. cit.*, I, § 101, 474.

³⁰ *The People v. Fumiko Kimura* (1985) Case no. 091133, 21 aprile 1985, sulla quale si veda A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, *op. cit.*, 25, D. Woo, *The People v. Fumiko Kimura: But which people?* *International Journal of Sociology of Law*, 17, 1989, 405-406, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, *op. cit.*, 1295.

³¹ D. Woo, *The People v. Fumiko Kimura*, *op. cit.*, 418.

³² *People v. Chen*, No. 7774/87 (N.Y. Supr. Court 1989). Sul processo Chen Woo, *The People v. Fumiko Kimura*, *cit.*, p. 422.

antropologica³³, secondo cui l'uomo, per via della sua cultura, non poteva reagire diversamente alla scoperta del tradimento della moglie³⁴, l'imputato fu condannato per *manslaughter* e non per *murder*. L'orientamento culturale avrebbe, infatti, portato Chen a subire un'*extreme emotional disturbance*, presupposto per la derubricazione da *murder* a *manslaughter*.

Si comprende tuttavia agevolmente che ravvisare l'incidenza dell'orientamento culturale sulla volontà o, addirittura, sulla capacità di intendere e di volere, segnala una pericolosa equiparazione tra diversità culturale e patologia, negata dagli studi sociologici e antropologici³⁵.

1.4. Un altro istituto utilizzato dalla giurisprudenza per attribuire rilevanza all'orientamento culturale è la *defense of mistake of fact*³⁶. Ci si troverebbe di fronte a un errore determinato da un 'condizionamento' culturale che impedirebbe l'esatta comprensione della situazione di fatto. È quindi chiaro che assuma nuovamente rilievo la *reasonableness*³⁷, quale criterio per riconoscere efficacia scusante all'errore.

Si consideri il caso "Kong Moua"³⁸. La fidanzata dell'imputato, dopo essere stata rapita e portata a casa di un parente, aveva opposto resistenza, dicendo di non essere ancora pronta all'atto sessuale. Moua interpretò il comportamento della ragazza come il tradizionale finto rifiuto al rapporto sessuale che le donne Hmong oppongono durante il rito dello *zij poj niam*³⁹. Nel caso di specie, tuttavia, il rifiuto della donna era tutt'altro che simulato. Al pur evidente errore in cui era incorso Moua, non si riconobbe, però, la completa ragionevolezza⁴⁰.

2. La dottrina statunitense che ha preso in esame la *cultural defense* ha messo in luce i difetti di un suo riconoscimento esclusivamente giurisprudenziale, e ha al contempo affermato l'opportunità di una espressa disciplina normativa in materia⁴¹. Il modello *multiculturalista debole* si dimostrerebbe, infatti, troppo 'oscillante' e rischierebbe concretamente di impedire all'appartenenza culturale di ottenere un corretto riconoscimento. Si ritiene, infatti, che le obiezioni mosse circa l'inafferrabilità del concetto di cultura⁴² e la difficoltà del suo accertamento processuale, sollevate da un settore della dottrina, siano superabili⁴³, perché al diritto penale non interesserebbe giungere a definire cosa s'intenda per cultura⁴⁴ o religione, ma individuare i casi in cui queste ultime orientino la condotta dell'autore del reato⁴⁵.

Si sostiene inoltre che, attraverso il riconoscimento formale di una *cultural defense*, i giudici sarebbero obbligati a valutare il fatto in chiave soggettiva, accertando il grado di *moral culpability* dell'imputato⁴⁶, garantendo così piena operatività ai principi della *individualizing justice*⁴⁷, di

³³ L. Volpp, *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the "Cultural Defense"*, in *Harv. Women's L. Rev.*, 57, 1994, 72.

J. G. Connel, *Using Cultural Experts*, in A. N. Appiah (ed.), *Cultural Issues in Criminal Defense*, New York 2015, 457 ss.

³⁴ L. Volpp, *(Mis)Identifying Culture*, op. cit., 65.

³⁵ Per tutti, T. Sellin, *Culture conflict and crime*, New York, 1937.

³⁶ *Model Penal Code*, al § 2.04.

³⁷ H. Maguigan, *Cultural Evidence*, op. cit., 79.

³⁸ Sul caso Moua si veda anche H. Maguigan, *Cultural Evidence*, op. cit., 66.

³⁹ S. Song, *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*, University of California Press, Berkeley, 2007, p. 92, D.L. Coleman, *Individualizing Justice*, op. cit., 1106.

⁴⁰ Sams, *The Availability*, op. cit., 342.

⁴¹ Lee, *Cultural Convergence*, op. cit., 911.

⁴² H. Maguigan, *Cultural Evidence*, op. cit., 52 sostiene che il termine cultura sarebbe polisemico.

⁴³ Sams, *The Availability*, op. cit., 345-348.

⁴⁴ S. M. Okin, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano 2007, 4 e N. S. Kim, *The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis*, in *N. Mex. L. Rev.*, 1997, 27, 115.

⁴⁵ N.S. Kim, *The Cultural Defense*, cit., p. 132 e Maguigan, *Cultural Evidence*, op. cit., 90.

⁴⁶ A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, op. cit., 187 ss. Sul rapporto tra *individualized justice* e *moral culpability* si veda D.L. Coleman, *Individualizing Justice*, op. cit., 1115-1118. *The Cultural Defense in Criminal Law*, op. cit., 1298 (nota n. 29).

⁴⁷ A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, op. cit., 187.

uguaglianza⁴⁸ e di libertà⁴⁹. Solo in questo modo⁵⁰ si colmerebbe l'evidente distanza tra *legal culpability* e *moral culpability*.

Tale impostazione non è, tuttavia, pacifica⁵¹. Alcuni autori ritengono che la *cultural defense* formale violerebbe il principio d'uguaglianza, distinguendo una giustizia per gli americani da una per gli immigrati⁵². La *cultural defense* potrebbe inoltre portare a stigmatizzare in modo negativo il *cultural offender* e, in generale, la sua cultura⁵³. Si opererebbe così una *disumanizzazione*⁵⁴, riducendo l'uomo a una sua caratteristica, che assumerebbe perlopiù caratteri negativi⁵⁵.

Un argomento, invece, solitamente utilizzato a favore della formalizzazione della *cultural defense* è che quest'ultima garantirebbe il pieno riconoscimento del diritto alla cultura⁵⁶. Secondo alcuni, la previsione normativa della *cultural defense* sarebbe perfino obbligatoria, visto che l'appartenenza culturale è pacificamente riconosciuta come un *diritto fondamentale*⁵⁷, sulla base dell'art. 27 del *Patto internazionale dei diritti civili e politici*⁵⁸.

Non si deve, tuttavia, trascurare il fatto che "diritto alla cultura" significa anche possibilità di far evolvere la stessa o di abbandonarla⁵⁹. Si afferma allora, a tal proposito, che l'esimente culturale non permetterebbe il "diritto d'uscita" della vittima dalla propria cultura (*right to exit*). A quest'ultima critica si obietta, tuttavia, che la *cultural defense* permetterebbe la *libera formazione della propria identità*⁶⁰.

I fautori della *defense* formale culturale sostengono, poi, che l'inflizione della pena, nel caso di commissione di una *cultural offense*, non svolgerebbe alcuna funzione, né di risocializzazione, né di deterrenza⁶¹. Sarebbe, infatti, più utile rivolgere al *cultural offender* un monito in conclusione del processo⁶². La pena non sarebbe, inoltre, strumento di comunicazione sociale, marcando ancor di più la divisione tra gruppi etnici⁶³.

Diversa la posizione di quanti sostengono che, dal punto di vista della prevenzione generale, l'esclusione della responsabilità per i reati culturalmente orientati o l'attenuazione della pena priverebbe il precetto penale di forza deterrente in relazione ai consociati⁶⁴. La *cultural defense* formale impedirebbe, inoltre, la risocializzazione del reo, il quale non percepirebbe il disvalore della condotta tenuta, in assenza dell'inflizione della pena⁶⁵.

Tali critiche non terrebbero in debito conto, tuttavia, secondo i fautori della *cultural defense*, dell'analisi criminologica, da cui emerge che la conformità all'ordinamento non viene stimolata dalla

⁴⁸ Secondo N. A. Gordon, *The Implications of Memetics for the Cultural Defense*, in Duke L. J., 2001, 1829.

⁴⁹ *The Cultural Defense in Criminal Law*, op. cit., 1300 ss.

⁵⁰ D. Woo, *The People v. Fumiko Kimura*, op. cit., 424.

⁵¹ D.L. Coleman, *Individualizing Justice*, op. cit., 1127.

⁵² M. M. Sheybani, *Cultural Defense. One Person's Culture is Another's Crime*, in Loy. L.A. Int. Comp. L. Rev., 1987, 9, 751. Secondo V. L. Sacks, *An Indefensible Defense: On the Misuse of Culture in Criminal Law*, in Ariz. J. Int'l & Comp., 13, 1996, 543.

⁵³ K.L. Levine, *Negotiating the Boundaries of Crime and Culture: A Sociolegal Perspective on Cultural Defense Strategies*, in L. Soc. Inq., 1, 2003, 78, Chiu, *The Cultural Defense*, op. cit., 1104 ss. e Volpp, *(Mis)Identifying Culture*, op. cit., 62.

⁵⁴ L. Volpp, *(Mis)Identifying Culture*, op. cit., 95.

⁵⁵ L. Volpp, *(Mis)Identifying Culture*, op. cit., 95.

⁵⁶ *The Cultural Defense in Criminal Law*, op. cit., 1300. Sulla stessa linea anche L. Volpp, *(Mis)Identifying Culture*, op. cit., 82 ss. e E. M. Chiu, *Culture in Our Midst*, in Un. Flo. J. L. Pub. Pol., 2006, 17, 231.

⁵⁷ A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, op. cit., 464.

⁵⁸ Art. 27 PIDCP.

⁵⁹ D.L. Coleman, *Individualizing Justice*, op. cit., 1140.

⁶⁰ S. Fish, *Boutique Multiculturalism or Why Liberals Are Incapable of Thinking about Hate Speech*, riportata da D.L. Coleman, *Individualizing Justice*, op. cit., 1119.

⁶¹ *The Cultural Defense in Criminal Law*, op. cit., 1303 ss.

⁶² A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, op. cit., 453.

⁶³ *The Cultural Defense in Criminal Law*, op. cit., 1304.

⁶⁴ Goldstein, *Cultural Conflicts, Should the American Criminal Justice System formally Recognise a "Cultural Defense"?*, in Dickinson Law Review, 1994, 161.

⁶⁵ D.L. Coleman, *Individualizing Justice*, op. cit., 1137, Contra A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, op. cit., 192.

severità della sanzione comminata, *ma esclusivamente dalla capacità di quest'ultima di implementare la comunicazione fra gruppi di individui caratterizzati da un'appartenenza etnica diversa*⁶⁶ e di sviluppare la riflessione critica dei singoli sulle proprie convinzioni⁶⁷.

Alla *cultural defense doctrine* si imputa infine di consentire la discriminazione di *specifiche vittime*⁶⁸: donne e bambini⁶⁹, le quali otterrebbero dall'ordinamento una protezione inferiore rispetto alle persone offese nei reati comuni⁷⁰, vista la frequenza con la quale questi soggetti figurano come vittime di reati culturalmente orientati.

3. Una parte della dottrina statunitense, per cercare di superare specialmente le critiche da ultimo qui riferite, ha proposto di introdurre nell'ordinamento la previsione di un modello di *cultural defense*, da configurare come risultato di un giudizio di bilanciamento⁷¹ che, da un lato, garantisca l'ordine pubblico e il rispetto dei diritti fondamentali e, dall'altro, esprima un essenziale riconoscimento dell'orientamento culturale. Di conseguenza, non andrebbe applicata a tutti i reati, ma solo a quelli commessi *senza violenza fisica e morale*, ai c.d. *victimless crimes* e, infine, nei casi in cui la persona offesa abbia prestato consenso⁷². Inoltre, si potrebbe applicare la *defense* esclusivamente qualora la *cultural offense* fosse stata commessa per perseguire un proprio *interesse essenziale*, almeno secondo la valutazione della cultura di appartenenza⁷³. Il *cultural offender*, infine, dovrebbe richiamarsi *ragionevolmente* ai precetti della propria cultura per poter beneficiare dell'esimente.

Secondo un'altra impostazione⁷⁴, si ritiene invece opportuno prevedere una *partial excuse*, che abbia l'effetto di una circostanza attenuante applicabile a tutti i reati. L'orientamento culturale, infatti, mostrerebbe sempre la minore rimproverabilità (*blameworthy*) del *cultural offender*. Pertanto, anche il motivo culturale dovrebbe essere sempre preso in considerazione. Il riconoscimento dell'orientamento culturale dovrebbe inoltre essere graduale: più il rapporto tra l'individuo e la cultura fosse vincolante, più la *cultural defense* dovrebbe operare in funzione diminvente della pena⁷⁵.

4.1. Le Corti tedesche, negli ultimi decenni, si sono dovute pronunciare sovente su casi di omicidio culturalmente orientato. La questione principale era stabilire se tale delitto fosse un *Mord* (omicidio di primo grado), oppure un *Totschlag* (omicidio di secondo grado). Per esempio, nel 1979, il *Bundesgerichtshof*⁷⁶ sostenne che l'aggressione a uno studente turco, che non voleva sposare una propria connazionale dopo averla messa incinta, dovesse considerarsi tentato omicidio di secondo grado, anziché di primo, in ragione dell'orientamento culturale della vendetta di sangue (*Blutrache*)⁷⁷. Occorre segnalare che uno dei presupposti, non l'unico, che permette di qualificare il fatto come *Mord* è, per l'appunto, l'esistenza di futili motivi.

Anche in altre due sentenze⁷⁸ il mutamento di titolo di reato è dipeso essenzialmente dal fatto che una delle forme in cui si può manifestare il *Mord* è l'omicidio per motivi abietti (*niedrige*

⁶⁶ *The Cultural Defense in the Criminal Law*, op. cit., 130.

⁶⁷ A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, op. cit., 194.

⁶⁸ Così D.L. Coleman, *Individualizing Justice*, op. cit., 1127 e Volpp, *(Mis)Identifying Culture*, op. cit., 93 ss.

⁶⁹ D.L. Coleman, *Individualizing Justice*, op. cit., 132.

⁷⁰ S. M. Okin, *Diritti delle donne*, op. cit., 1 ss.

⁷¹ *The Cultural Defense in the Criminal Law*, op. cit., 1308.

⁷² C. Villareal, *Culture in Lawmaking. A Chicano Perspectives*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 1991, 1238.

⁷³ *The Cultural Defense in the Criminal Law*, op. cit., 1310.

⁷⁴ A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, op. cit., 187 ss.

⁷⁵ J. van Broeck, *Cultural Defence. and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9/1, 2001 28-32.

⁷⁶ BGHStr, 27 novembre 1979.

⁷⁷ BGH, 26 aprile 1966, in GA, 1967, p. 244 e BGH, 26 giugno 1997, in StV, 1997, p. 565. Sul tema, K. Varol, *Ehre, Egrenmord, Blutrache*, Kovac, Hamburg, 2016, pp. 63 ss. e R. Rengier, *Strafrecht. Besonder Teil, II*, München 2017, 24 § 22.

⁷⁸ BGH, 7 ottobre 1994 - 18 novembre 1994, O. Höffe, *Gobalizzazione e diritto penale*, Torino 2001, 56 e F. Parisi, *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, in RIDPP, 2008, III, 1447 ss. e nota n. 1.

Beweggründe)⁷⁹. Escludere quindi che la cultura possa considerarsi tale significa qualificare il reato come *Totschlag*.

A differenza delle corti di merito, che hanno da tempo mostrato una certa propensione al riconoscimento culturale, il *Bundesgerichtshof* tende ad adottare una posizione più restrittiva⁸⁰. In questo modo⁸¹ si tenta di arginare una prassi anteriore molto più aperta al riconoscimento dell'orientamento culturale.

La giurisprudenza tedesca, nonostante sia da tempo sensibile all'appartenenza etnica del soggetto⁸², sente quindi il bisogno di limiti ben precisi per il riconoscimento della rilevanza dell'orientamento culturale al fine di impedire un'eccessiva discrezionalità.

Nonostante la maggior parte delle sentenze tedesche si sia concentrata sull'esistenza dei motivi abietti, esistono poi altre pronunce che, in linea con una delle prassi statunitensi prima ricordate, ritengono l'orientamento culturale un fattore incidente sulla colpevolezza (*Schuld*).

Occorre prendere in considerazione a tal proposito un caso che ha suscitato molto scalpore, soprattutto in Italia, poiché riguardava un sardo⁸³, condannato a sei anni di reclusione per privazione della libertà personale in concorso con lesioni e violenza sessuale. Anche in questo caso, l'orientamento culturale avrebbe inciso su uno dei presupposti della colpevolezza. In particolare, dopo i primi maltrattamenti a danno della fidanzata⁸⁴, l'imputato diede vita a un'*escalation* di violenze fisiche e morali brutali nei confronti della donna.

Nonostante l'evidente assenza di un reato culturalmente orientato, nella sentenza di condanna si legge però che i giudici hanno ritenuto di infliggere una pena inferiore a quella prevista per il fatto non solo perché l'imputato non aveva precedenti penali, ma anche per la mancanza di autocontrollo a causa di un «attacco, di gelosia [...] derivante dalle particolari impronte culturali ed etniche del soggetto [...] egli è sardo». Il giudice ha ritenuto che «il quadro dell'uomo e della donna esistente nella sua patria, non può certo valere come scusa, ma deve essere tenuto in considerazione come attenuante»⁸⁵.

La condotta, in questo caso, come nel processo bresciano da cui si sono originate le presenti note e in moltissimi altri processi, non si può definire, tuttavia, culturalmente orientata⁸⁶, non esistendo nella cultura sarda un obbligo di spegnere le sigarette sul copro della propria fidanzata, o di costringerla a rapporti sessuali con amici. Inoltre, anche se, a mero titolo di ipotesi, tali prassi fossero riscontrabili nella cultura degli abitanti dell'isola, la ragionevolezza del riferimento dell'uomo alla sua appartenenza etnica sarebbe veramente minimo se non addirittura nullo, poiché egli proveniva da una zona industrializzata della Sardegna e aveva un tenore di vita elevato che gli permetteva di vivere ben inserito nella società ospitante e con sufficiente autonomia rispetto alle forme culturali più arretrate del suo territorio di provenienza.

Anche dalla giurisprudenza tedesca parrebbe dunque evincersi la convinzione che l'elemento culturale assuma rilievo sul piano della colpevolezza escludendo o attenuando la rimproverabilità. Inoltre, per via della criticabilità di alcune decisioni, si coglie, anche in quest'ordinamento, l'esigenza di un riconoscimento formale dell'orientamento culturale per via dell'estrema divergenza tra le soluzioni adottate dalle varie sentenze e dei loro numerosi profili problematici⁸⁷.

⁷⁹ J. Kaspar - C. Broichmann, *Grundprobleme der Tötungsdelikte*, in *ZJS*, 3, 2013, 255 ss.

⁸⁰ BGH, 10 gennaio 2006, in *NJW*, 2006, p. 1008.

⁸¹ F. Parisi, *Colpevolezza attenuata*, cit., p. 1448. V. BGH, 11 ottobre 2005, in *NStZ*, 2006 p. 284, e BGH, 5.9.2007, in www.bundesgerichtshof.de.

⁸² La considerazione è di F. Parisi, *Colpevolezza attenuata*, op. cit., 1448.

⁸³ Tribunale di Bückeburg, I grande sezione penale, 25 gennaio 2006, n. 4268, pubblicata in *RIDPP*, 2008, II, 1441 ss., F. Parisi, *Colpevolezza attenuata*, ivi, 1447 ss.

⁸⁴ Trib. Bückeburg, 25 gennaio 2006, n. 4268, cit., 3.

⁸⁵ Trib. Bückeburg, 25 gennaio 2006, n. 4268, cit., C. de Maglie, *I reati*, op. cit., 70.

⁸⁶ F. Parisi, *Colpevolezza attenuata*, op. cit., 1454.

⁸⁷ O. Hoeffe, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino 2001.

4.2. Anche la giurisprudenza britannica ha dovuto affrontare il problema dei reati culturalmente orientati già a partire dagli anni Settanta. Per un primo periodo la giurisprudenza non ha tenuto in considerazione l'elemento culturale pur presente in alcuni reati. Un passo in avanti è stato fatto da una sentenza⁸⁸ in cui il giudicante, pronunciandosi su una vicenda di importazione di *cannabis*, ha riconosciuto il carattere religioso dell'uso della stessa.

A questa impostazione continuava tuttavia a opporsi il diverso orientamento che negava la rilevanza dell'appartenenza culturale, come dimostra il caso di una donna nigeriana che, durante le celebrazioni del Capodanno, praticò alcuni segni rituali sulle guance di entrambi i figli maschi. La donna venne imputata di *assault occasioning actual bodily harm* ai sensi della sec. 47 dell'*Offences against the Person Act* del 1861. La Corte, pur rilevando esplicitamente l'esistenza di un orientamento culturale della condotta della donna, la condannò, ritenendo che la consuetudine nigeriana non potesse essere considerata un'esimente. Venne concesso tuttavia un esonero totale dalla pena (*absolute discharge*), rilevando che i segni delle c.d. scarificazioni erano destinati a scomparire con il tempo e che la donna aveva sempre tenuto un comportamento eccellente come madre, non accorgendosi neppure dell'illiceità della sua condotta.

Tale ultima soluzione non è invece stata accolta da una pluralità di sentenze in materia di atti sessuali con minorenni commessi soprattutto nell'ambito della comunità caraibica. Le corti in tali casi hanno inflitto una pena, anche se molto più mite rispetto a quella prevista per i reati comuni per via dell'appartenenza culturale⁸⁹.

Un vero punto di svolta nella giurisprudenza inglese, non solo penale, è stata la c.d. sentenza *Mandla*, soprattutto per l'elaborazione dei celebri *Mandla (o Mandela) criteria*⁹⁰, essenziali per determinare l'esistenza di un gruppo etnico⁹¹. La giurisprudenza inglese successiva alla sentenza *Mandla*, si è caratterizzata sempre di più per una *progressiva apertura* al riconoscimento dell'orientamento culturale. Se, infatti, vi sono ancora sentenze che non tengono in alcuna considerazione l'appartenenza etnica dell'individuo⁹², in altre le soluzioni adottate sono simili a quelle della giurisprudenza americana, venendo applicate vere e proprie *cultural defenses* sostanziali⁹³.

Non mancano però anche di recente sentenze che negano la rilevanza all'orientamento culturale⁹⁴.

4.3. Com'è noto, la popolazione di Israele è composta sia da israeliani, sia da palestinesi. È una multinazionalità, peraltro parzialmente diversa rispetto a quella presente in alcuni Stati europei. I palestinesi sono autoctoni, mentre gli israeliani sono in parte autoctoni e in parte originari di molti Stati, non solo europei. Inoltre, all'etnia non corrisponde sempre un'unica religione, come nel caso dei palestinesi, che sono in maggioranza musulmani, ma anche cristiani. Esistono, infine, giurisdizioni di carattere religioso, i Tribunali rabbinici, competenti in materia di famiglia⁹⁵. La complessità della multiculturalità israeliana e le difficili relazioni tra popoli e religioni rendono Israele un osservatorio privilegiato per ogni riflessione sulla giustizia, *in primis* quella concernente i rapporti tra diritto penale e multiculturalismo.

La giurisprudenza in materia di reati culturalmente orientati è cospicua, come mette in luce una ricerca⁹⁶. Tale giurisprudenza si è attestata su posizioni più severe di quelle espresse dai giudici

⁸⁸ R. V. Williams, 1979, [1979] 1 Cr App. Reports (S) 306.

⁸⁹ *People v. Bailey* [1964], in *Crim. L. R.*, p. 671 e *R. v. Byfield* [1967], in *Crim. L. R.*, p. 378, su cui F. Basile, *Immigrazione*, op. cit., 215.

⁹⁰ *Mandla vs. Dowell Lee*, 1983, cit.

⁹¹ Una storia condivisa, che il Gruppo percepisce e di cui tramanda la memoria, una tradizione culturale.

⁹² *R V. Haq e R. v. Saleem* (App. Ct. Crim. Div.), 16 febbraio 1996, sul caso si veda anche A. Philips, *When Culture Means Gender. Issues of Cultural Defence in the English Courts*, in *Mod. L. Rev.*, 66, p. 520.

⁹³ *R. v. Shabir Hussain* (Newcastle Crown Ct.), 28 luglio 1998.

⁹⁴ *R. v. Shazad Naz* (Nottingham High Ct.), 25 maggio 1999 e *Faqir Mohamed* (Manchester Crown Ct.), 18 febbraio 2002

⁹⁵ S. Baldin, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, dattiloscritto in <https://www.docenti.unina.it>.

⁹⁶ T. Tomer-Fishman, *Criminology: "cultural defense", "cultural offence", "or no culture at all?"*; *an examination of Israeli judicial decision in cultural conflict criminal cases and the factors affecting them*, in *J. Crim. L. Crimin.*, 2010, 100,

statunitensi e inglesi, nonostante sia nel codice penale del Mandato britannico, sia nella legislazione successiva i principi base del diritto penale siano quelli propri dei sistemi giuridici anglosassoni.

Da sottolineare che i due terzi dei casi giudiziari relativi a conflitti culturali riguardano arabi. I reati commessi sono molto vari, si va dai delitti d'onore (ventinove per cento), alla vendetta di sangue e dalla bigamia (venti per cento) al *talaq*.

Solo in pochi casi, come nelle sentenze “Shlomo” e “Al Sayad”⁹⁷, l'origine culturale è stata considerata un'attenuante, per esempio della bigamia. In altri, invece, l'appartenenza culturale viene considerata irrilevante ai fini della valutazione della capacità di intendere e di volere⁹⁸ e di ogni altro presupposto del reato, oppure è ritenuta prova di una più grave colpevolezza⁹⁹. In generale, la maggioranza delle pronunce ignora comunque l'elemento culturale, oppure lo ritiene un'aggravante. Quasi nel settanta per cento dei casi l'appartenenza culturale non viene quindi presa in considerazione e solo nella restante parte rileva invece nella di motivazione, il più delle volte per aggravare la responsabilità (quasi il venti per cento dei casi)¹⁰⁰.

I dati empirici dimostrano la completa irrilevanza, ai fini del riconoscimento in sede penale dell'appartenenza culturale, di alcuni fattori che in astratto si potrebbero ritenere condizionanti la decisione: la gravità dell'offesa e l'etnia dell'autore del reato e della vittima.

Le decisioni giudiziali, in caso di rigetto della *cultural strategy*, sarebbero, secondo alcuni, influenzate dalla concezione della superiorità di una cultura sull'altra¹⁰¹ e, soprattutto, dalla necessità di mantenere l'ordine pubblico¹⁰².

5. In vari studi sul rapporto tra diritto penale e multiculturalismo, si osserva che l'Italia solo di recente ha dovuto affrontare la sfida del pluralismo culturale sul versante giuridico. L'affermazione ha senza dubbio del vero se rivolgiamo lo sguardo al fenomeno migratorio verso il nostro Paese, molto più recente rispetto a quello che ha riguardato Francia, Germania o Inghilterra. È bene infatti sempre ricordare, anche come antidoto a impostazioni ideologiche, che l'Italia per lungo tempo è stato Paese di emigrazione.

Ciò premesso, occorre notare che anche l'Italia ha avuto un passato coloniale che, tra le altre cose, ha comportato un primo incontro tra il sistema giuridico metropolitano e quello indigeno. Senza pretesa di sintetizzare un'esperienza storica complessa e contraddittoria, occorre tuttavia osservare che il colonialismo italiano si divide in due periodi: quello del governo liberale dello Stato, fino al 1922, e quello durante il Ventennio fascista più marcatamente imperialista. In Libia e nel Corno d'Africa o, meglio, nella parte di esso che si cita con l'acronimo A.O.I., esistevano diverse raccolte di norme consuetudinarie, per esempio il *Fata Neghesti* e il *Fata Nagarè* dell'Eritrea, oltre che a una diffusissima presenza di regole di derivazione coranica rispettate da varie realtà sociali. È significativo che, per esempio, l'art. 33 R.d. 9 febbraio 1902 n. 51 sull'ordinamento giudiziario in Eritrea, imponesse al giudice di attenersi al diritto italiano, ai commentari dell'Islam e al *Fata Neghesti* e al *Fata Nagarè*. In linea di principio, quindi, una tale affermazione poteva portare, nelle controversie riguardanti la popolazione indigena, a dare massima attuazione al diritto consuetudinario locale. In pratica, invece, come osservano alcuni autori¹⁰³, ci fu una tendenza inequivocabile, a partire però dal Ventennio, a far prevalere i principi fondamentali del diritto metropolitano, giungendo a una

2, pp. 475 ss. F. Consorte, *Fattore culturale e diritto penale. Spunti di riflessione a partire dall'ordinamento di Francia, Inghilterra e Israele*, in L. Stortoni - S. Tordini Cagli (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna 2012, 39 ss.

⁹⁷ CrimA 287/758 Shlomo v. HaYoetz HaMishpati LaMemshala (1958) IsrSC 13 197 e CrimA 434/69-424/69 Al Sayad v. Israel (1969) IsrSC 23(2) 823, 825.

⁹⁸ CrimC CrimA 228/78 Botel v. State of Israel (1976) IsrSC 31(2) 141 - 148, in tema di stregoneria.

⁹⁹ CrimC 202/91 The State of Israel v. Faares (1991) IsrDC 1993 (2) 177 in tema di omicidio.

¹⁰⁰ T. Tomer-Fishman, *Criminology*, op. cit., 494 ss.

¹⁰¹ CrimA 596/73 Israel v. Mahamid (1973) IsrSC 28(1) 773, 776.

¹⁰² CrimA 7/53 Rassi v. HaYoetz HaMishpati La Memshala Attorney General (1953) IsrSC 7(2) 790.

¹⁰³ L. Martone, *Diritto d'oltremare*, Milano 2008, 26 ss.

sorta di italianizzazione dei principi consuetudinari, anche di quelli di origine coranica. Altra prerogativa del diritto coloniale è stata quella di riconoscere la diversità culturale e normativa solo in chiave stigmatizzante, discriminando una parte della popolazione rispetto a quella italiana che doveva rimanere dominante¹⁰⁴. Un'altra opinione dottrinale sottolinea la tendenza della normativa coloniale a imporre alle popolazioni indigene una presunta civilizzazione¹⁰⁵, e ciò a far data non solo dal Ventennio, ma già dal crepuscolo del periodo liberale. Beninteso, una tale critica è lungi dal riguardare solo il diritto coloniale italiano. Occorre, infatti, segnalare che, per esempio, una delle critiche mosse in ambito statunitense alla *cultural defense* è che la stessa venga utilizzata in chiave stigmatizzante e quindi ghetizzante delle minoranze etniche, di modo da portarle indirettamente ad abbracciare le tradizioni della cultura ospitante. Da ciò si comprende che non è affatto escluso che un apparente riconoscimento di rilevanza all'appartenenza culturale possa essere utilizzato in concreto in chiave antitetica a un'impostazione effettivamente multiculturale. Emerge inoltre che la tendenza a pensare una cultura superiore ad altre possa pericolosamente riguardare sistemi giuridici molto distanti tra loro come ispirazione. Sta di fatto che, tuttavia, un principio come quello enunciato dal predetto art. 33 R.d. 51/1902 non si rinviene in molte altre legislazioni coloniali, improntate al dichiarato assimilazionismo, e avrebbe potuto avere importanti conseguenze applicative, se non fosse stato letto nei decenni successivi all'emanazione (che, è bene ricordarlo, risale al periodo liberale) in ottica spiccatamente assimilazionista con prevalenza netta del diritto metropolitano.

Venendo a epoche più recenti, il rapporto tra diritto penale e multiculturalismo è stato indagato in Italia dagli studi pionieristici, a cavallo tra i primi due decenni del nuovo Millennio, di Cristina de Maglie, Fabio Basile, Alessandro Bernardi, Francesco Parisi, Giovannangelo De Francesco, Gabriele Fornasari¹⁰⁶.

Questi studi si caratterizzano per una parte ricostruttiva degli orientamenti stranieri in tema di *cultural defense*, ma si differenziano molto, in primo luogo, sul versante definitorio relativo alla concettualizzazione della *cultural offence*, nonché in rapporto alle prospettive di politica criminale.

De Maglie, per esempio, come anticipato, pone alla base della sua riflessione un concetto stringente di *cultural offence*, elaborato sulla scia del pensiero del politologo Will Kymlicka: il reato culturalmente motivato sarebbe una condotta lecita nella cultura d'origine di un immigrato, se non addirittura *imposta* dalla stessa, che risulta illecita nel Paese ospitante a seguito dell'emigrazione. Ben più estesa l'accezione assunta da Basile, per il quale *cultural offence* è il reato commesso da un immigrato, o da Bernardi dove si parla di 'fattore culturale' che motiva la condotta, anziché di una precisa norma culturale che imponga una specifica azione.

¹⁰⁴ L. Martone, *Il diritto coloniale*, in [https://www.treccani.it/enciclopedia/il-diritto-coloniale_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/il-diritto-coloniale_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/)

¹⁰⁵ L. Ricci, *Alterità e potere punitivo nello scenario europeo contemporaneo. Spunti a sostegno di un approccio critico post-coloniale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.12.2022, 26-27-

¹⁰⁶ C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, op. cit., G. De Francesco, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. Bernardi (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani e pena*, Torino 2006, 136 ss., A. Bernardi, *Il «fattore culturale» nel sistema penale*, Torino 2010, Id., *«Fattore culturale» e personalizzazione dell'illecito penale*, in L. Riscato - E. La Rosa (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penale ed extrapenali*, Torino 2009, 126 ss., Id., *Modelli penale e società multiculturali*, Torino 2006, F. Parisi, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Torino 2010, F. Basile, *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *QuestG*, 2017, 1, 126 ss., *Commento sub art. 583-bis*, in E. Dolcini - G. L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano 2015, IV ed., 2994 ss., *Il reato di «pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili» alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2013, 24, in http://www.statoeche.it/images/stories/2013.7/basile_il_reato.pdf, *Commento sub art. 583-bis*, in E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano 2012, III ed., 5328 ss., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano 2010, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale*, in *RIDPP*, 2008, I, 149 ss., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *RIDPP*, 2007, IV, 1296 ss., *Commento alla legge n. 7 del 2006*, in *DPP*, 2006, 678 ss.) G. Fornasari, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, München 2009, 187.

Il tema non è di poca importanza, posto che, per evitare discriminazioni o trattamenti indulgenziali a livello giurisprudenziale, è senza dubbio preferibile una definizione stringente di reato culturalmente orientato che porti a un suo accertamento processuale con il minimo di discrezionalità.

Oltre a questo aspetto vi è poi il problema, connesso al precedente, della ragionevolezza dell'affidamento che i *cultural offender* operano nei riguardi della cultura di appartenenza, su cui si è interrogata parte della dottrina italiana¹⁰⁷ ritenendo convincente una teoria statunitense, la quale propone un *cultural test*. In base a quest'ultimo, i giudici dovrebbero valutare se l'imputato fosse in grado di agire al di fuori dei dettami della propria cultura. Sul punto, si propone una *reasonableness inquiry*, che deve considerare una serie di requisiti: a) il grado di assimilazione nella società ospitante; b) il grado di identificabilità; c) il grado di coesione della minoranza culturale; la grandezza del gruppo etnico; d) la coerenza della condotta tenuta dall'agente con quella del gruppo etnico.

Un'altra Autrice¹⁰⁸ ha sostenuto l'opportunità di introdurre un diverso *test* per accertare la *cultural offence*. Tale test è composto di tredici punti, che consistono in accertamenti che il giudice deve compiere o domande cui occorre dar risposta: 1) la categoria "cultura" è utilizzabile? 2) descrivere la pratica culturale e le caratteristiche del gruppo; 3) inserire la singola pratica nel più ampio sistema culturale da cui proviene; 4) la pratica è essenziale per la sopravvivenza del gruppo, obbligatoria o facoltativa? 5) quanto la pratica è condivisa dal gruppo o è contestata? 6) come si comporterebbe l'agente modello di quella cultura? 7) quanto è sincero e coerente il soggetto che rivendica la pratica? 8) il gruppo è discriminato nella società? 9) esiste un equivalente culturale nella cultura della maggioranza? 10) la pratica arreca un danno? 11) la pratica perpetua il patriarcato? 12) che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite? 13) che buone ragioni presenta la minoranza per continuare la pratica?

Chiaramente alcuni di questi criteri sono volti a stabilire non tanto la sussistenza di un reato culturalmente orientato, quanto a decidere se attribuire rilevanza all'orientamento culturale. Per esempio, l'aver cagionato un danno o considerare la condotta frutto di una visione patriarcale della società non sono elementi che escludono la sussistenza di un reato culturalmente orientato. Possono, viceversa, essere tenuti in considerazione per stabilire se attribuire esplicita rilevanza a livello normativo all'orientamento culturale, ma ciò non è compito del giudice, bensì del legislatore. in una prospettiva necessariamente *de lege ferenda*.

Sul versante *de lege ferenda*, le proposte dottrinali italiane divergono significativamente. Cristina de Maglie, per esempio, propone l'introduzione di una causa di non punibilità¹⁰⁹, sulla falsariga dell'art. 649 Cp per i reati culturalmente orientati che non ledano beni giuridici fondamentali. Altri Autori, invece, come Bernardi o Basile, prediligono la prospettiva *de lege lata*, con l'applicazione di istituti già esistenti ai reati culturalmente motivati¹¹⁰.

¹⁰⁷ De Maglie, *I reati*, op. cit., 278 ss.

¹⁰⁸ I. Ruggiu., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2013, 268 ss. e, successivamente, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *QuestG*, 2017, 1, 224 ss.

¹⁰⁹ De Maglie, *I reati*, op. cit., 218 ss.

¹¹⁰ Nelle opere già citate dei due autori, vengono proposte interessanti soluzioni sul versante *de iure condito* che in primo luogo hanno il merito di rispondere all'inerzia del legislatore e in seconda battuta di trovare soluzioni adeguatamente differenziate a seconda della situazione concreta. Sono tuttavia soluzioni che sarebbero rimesse all'arbitrio del giudice e che, soprattutto, presentano criticità sul versante dogmatico. Tali soluzioni riguardano, infatti, molti degli elementi costitutivi del reato. Senza pretesa di esaustività, per Basile, il diritto alla cultura potrebbe integrare la scriminante di cui all'art. 51, purché la condotta non leda beni fondamentali. Sarebbero invece da riconoscere al *cultural offender* le circostanze attenuanti generiche qualora venga integrata una c.d. quasi scriminante. L'Autore, inoltre, sostiene che nella maggioranza dei casi di reato culturalmente orientato *de lege lata* viene in rilievo la categoria della colpevolezza, visto che si può sostenere l'esclusione del dolo. Bernardi, primo a essersi cimentato in tale studio, concorda sul fatto che la soluzione *de lege lata* per i reati culturalmente orientati possa trovarsi nella categoria della colpevolezza, facendo riferimento alla inesigibilità, all'elemento soggettivo del dolo, all'imputabilità, a seconda dei casi. Molto interessante anche la prospettiva dell'Autore circa la possibilità di ricorrenza, limitatamente ad alcuni casi, della scriminante putativa.

Il riferimento a istituti già esistenti rischia tuttavia di non attribuire la giusta rilevanza all'orientamento culturale. Si è vista infatti la problematicità della considerazione di tale elemento quale fattore incidente sulla colpevolezza o sulla capacità di intendere e volere. Come non sarebbe ammissibile ritenere che l'orientamento culturale incida sull'antigiuridicità eliminandola, anche in questo caso, sia *de lege lata*, sia *de lege ferenda*. Infatti, l'orientamento culturale non incide sull'illiceità: il fatto commesso risulta contrario all'ordinamento. In pochi casi, poi, tale elemento può escludere l'offesa al bene giuridico e quindi la tipicità¹¹¹. Una causa di esclusione della punibilità, infine, appositamente introdotta, se limitata ai reati che non ledano interessi fondamentali, rischierebbe di avere un perimetro di applicazione minimo. Inoltre, appare incerta l'attitudine di una tale soluzione volta a favorire una maggiore adesione ai valori dell'ordinamento da parte dei gruppi minoritari.

6. Il primo passaggio essenziale, a parere di chi scrive, per muovere qualche passo sulla strada di una risposta politico-criminale al problema dei reati culturalmente orientati, è un'attenta analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima non perviene mai all'affermazione della prevalenza del diritto alla cultura su altri diritti considerati di rango superiore, soprattutto quando la condotta culturalmente orientata sia un reato, come è stato ad esempio affermato in tema di mutilazioni genitali femminili¹¹². Anche la Corte di Cassazione italiana sembra orientarsi in modo conforme alla giurisprudenza della Corte Edu. Non spetta certamente al giudice attribuire rilievo arbitrariamente alla cultura del soggetto agente. Piuttosto, secondo l'imposizione della Corte, sarebbero le clausole che fanno riferimento alla morale collettiva che dovrebbero essere interpretate considerando la natura multiculturale della società. Non si tratta dunque propriamente di flessibilità, bensì di applicazione di una regola di giudizio che viene ritenuta più rispettosa della diversità culturale insita nella popolazione.

C'è tuttavia un *limite ben preciso* oltre il quale il giudice non si dovrebbe spingere. Il riconoscimento culturale non deve violare *i principi essenziali su cui si fonda l'ordinamento o ammettere limitazioni dei diritti fondamentali*. È questo, d'altronde, l'orientamento della S.C. fin dal c.d. caso Bajrami¹¹³, di recente accolto anche nell'ultima sentenza di legittimità sul porto del kirpan¹¹⁴, coltello rituale dei *sikh*. Seguendo questa impostazione, non ci potrebbe essere alcuno spazio per la rilevanza dell'appartenenza culturale quando il bene violato sia la libertà sessuale. La Corte mostra quindi di considerare come limite principale al riconoscimento del "diritto alla cultura" il rispetto complessivo di tutti i diritti fondamentali previsti dalla CEDU.

Come, tuttavia, sottolineato in un precedente lavoro¹¹⁵, la Suprema Corte con la sentenza richiamata da ultimo mostra palesemente i limiti di una tale interpretazione. Infatti, l'orientamento della Corte Edu si è formato riguardo a casi in cui vi era un conflitto tra il diritto alla cultura e beni fondamentali dell'individuo. Al contrario, nel caso deciso dalla Suprema Corte, la condotta culturalmente orientata, il porto del *kripan*, è completamente inoffensiva. Correttamente, i commentatori della pronuncia della Suprema Corte ne hanno quindi censurato il profilo di totale e ingiustificata chiusura nei confronti del riconoscimento culturale¹¹⁶.+

¹¹¹ Sul punto, A. Provera, *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *RIDPP* 2010, 964 ss.

¹¹² *Collins e Akaziebie c. Svezia*, (App. 23944/05), 8 marzo 2007.

¹¹³ Cass., Sez. IV pen., 20 ottobre 1999, n. 3398, Bajrami, in *Riv. pen.*, 2000, 238-239.

¹¹⁴ Cass., Sez. I pen., 31 marzo 2017, n. 24084, su cui criticamente A. Bernardi, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *RIDPP*, 2017, II, 670 ss. La pronuncia indicata è conforme alle precedenti Cass., Sez. I pen., 16 giugno 2016, n. 25163 e Cass., Sez. I pen., 14 giugno 2016, n. 24739.

¹¹⁵ A. Provera, *Tra frontiere e confini*, op. cit., 228 ss.

¹¹⁶ A. Bernardi, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *RIDPP* 2017, 677.

7. In un precedente lavoro ¹¹⁷, si sosteneva, in prospettiva prettamente politico-criminale, l'opportunità, relativamente ai reati culturalmente orientati, di ricorrere alla giustizia riparativa ¹¹⁸.

Nello specifico, si riteneva che percorsi di *restorative justice* potessero avere un ruolo importante. Adottando un concetto di *offesa non istantanea bensì protratta e relazionale* ¹¹⁹, si proponeva, qualora l'offesa arrecata fosse completamente riparata, che il reato si estinguesse, a seguito dell'esito positivo del percorso di giustizia riparativa. Ciò, infatti, potrebbe realizzarsi anche per alcuni reati culturalmente orientati, poiché una parte di essi non lede diritti fondamentali e non determina offese irreparabili. Uno di questi reati è, per esempio, il gioco d'azzardo. La comprensione del precetto e le condotte riparative poste in essere eliminerebbero, in tal caso, completamente l'offesa. Si perverrebbe così a un esito analogo a quello proposto da una parte della dottrina che, per tali reati, ritiene applicabile una causa di non punibilità del tipo dell'art. 649 c.p., ma è preferibile rispetto a quest'ultima opzione, poiché permette un confronto tra impostazioni culturali differenti, una comunicazione tra gruppi sociali e la creazione di legami tra essi. L'esclusione della punibilità farebbe invece percepire da parte del soggetto portatore di una cultura minoritaria una mera scelta di opportunità da parte dell'ordinamento giuridico, estranea a un reale riconoscimento atto a favorire maggiore coesione sociale.

Con la c.d. riforma Cartabia, d.lgs. 150 del 2022, è stato introdotto un sistema organico di giustizia riparativa, disciplinato dagli artt. 42-67 ¹²⁰. Questa importante novità normativa – che si può definire, come spesso accade, epocale – offre la possibilità di accennare, senza pretesa di completezza, perché l'argomento meriterebbe ben altra estensione, ad alcuni *scenari futuri* cui è chiamato il diritto penale, che genereranno, come ci si augura, ponderate riflessioni. Inoltre, alcune ipotesi politico-criminali, che si erano all'epoca del precedente scritto proposte, paiono oggi praticabili in concreto proprio grazie alla riforma.

Qualche cenno preliminare su quanto previsto dalla Riforma Cartabia è essenziale prima di analizzare la sua rilevanza in tema di reati culturalmente orientati. L'art. 42 d.lgs. 150 del 2022 definisce giustizia riparativa *ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore*. A tali percorsi di giustizia riparativa si può accedere in ogni fase del procedimento, anche in esecuzione e, significativamente, per ogni tipo di reato (art. 44).

Oltre a questi primi cenni, è sempre importante ricordare il sistema delle garanzie che riguardano i percorsi di giustizia riparativa (ex art. 43) ¹²¹: la riservatezza, che impedisce di divulgare il contenuto

¹¹⁷ A. Provera, *Tra frontiere e confini*, op. cit., 313 ss.

¹¹⁸ Sul tema, solo per citare alcune delle opere fondamentali, G. Mannozi – G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa*, Napoli 2017; G. Mannozi – G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna 2015; F. Reggio, *Giustizia dialogica*, Milano 2010; C. Mazzucato, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Roma 2005; M. Bouchard – G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, Milano 2003.

¹¹⁹ Concezione che, come si spiegava nel volume monografico, è ispirata al 'delitto riparato' così come elaborato da M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in DPC, dello stesso autore, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, in *Sistemapenale*, 20.12.2022, *Le due anime dalla riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in CP, 2022, 2027 ss.;

¹²⁰ R. Bartoli, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sistemapenale*, 22.11.2022. Si veda anche F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I «disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in *Sistemapenale*, 27.2.2023. F. Palazzo, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in www.lalegislazionepenale.eu, 31.12.2022; Id., *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in PD., 2017, 357 ss.;

¹²¹ M. Bouchard, *Cura e giustizia dell'offesa ingiusta: riflessioni sulla riparazione*, in *QuestG*, 25.7.2022; A. Presutti, *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in *Sistemapenale*, 20.7.2022; F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, in FI, 4/2022, V, 142 ss.; G. Mannozi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla*

del percorso stesso, l'imparzialità del mediatore, ma soprattutto il *consenso* dei soggetti coinvolti, il che esclude qualsiasi forma di coercizione che imponga di accedere alla giustizia riparativa. Tutte le dichiarazioni effettuate dai partecipanti sono inutilizzabili nell'ambito del processo penale, per garantire la spontaneità, solamente le dichiarazioni assunte nella sede dibattimentale con le necessarie garanzie dettate dal codice di rito penale sono utilizzabili. Al termine del percorso, il mediatore invia una relazione all'Autorità procedente (artt. 57 ss. d.lgs. 150 del 2022).

Per il discorso fin qui intrapreso, l'introduzione del sistema di giustizia riparativa nell'ambito penale riveste sicuramente una notevole importanza in ordine alle conseguenze dell'esito positivo che può essere raggiunto al termine del percorso. Per conseguenze si intendono le ricadute che l'esito positivo ha nell'ambito del processo penale. In primo luogo, però, occorre definire l'esito riparativo, che può essere di due tipi: *simbolico* o *materiale* (art. 56). L'esito simbolico può comprendere dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi. L'esito materiale può comprendere il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori.

Sul versante del rapporto tra giustizia riparativa e processo penale, il legislatore delegato del 2022 ha optato per un modello composito: per alcuni reati giustizia riparativa e giustizia penale si pongono in termini di *alternatività*, per tutti gli altri reati sono sistemi *complementari*.

Partendo dal primo di questi scenari, l'esito riparativo positivo, sia simbolico, sia materiale, può in primo luogo avere efficacia estintiva del reato, laddove lo stesso sia procedibile a querela. L'esito positivo del percorso vale, infatti, quale causa di remissione della querela (art. 152 così come riformulato dal d.lgs. 150 del 2022).

Ma vi è anche un altro istituto che potrebbe essere applicato ai reati culturalmente orientati che non ledano diritti fondamentali e che porterebbe all'esito della non punibilità per particolare tenuità: l'art. 131 *bis* c.p. In dottrina, si era già osservato, anche sulla base di alcune aperture giurisprudenziali in tal senso, che sarebbe stato possibile tenere in considerazione, ai fini dell'applicazione della tenuità del fatto, anche condotte o fatti successivi alla commissione del reato¹²², come sarebbe l'aver partecipato, con esito positivo, al percorso di giustizia riparativa.

Tale possibilità, ossia tenere in considerazione fatti successivi alla commissione del reato, è una delle innovazioni più significative del d.lgs. 150 del 2022 in materia di tenuità del fatto, oltre all'eliminazione del tetto massimo di pena prima prevista per l'operatività dell'istituto.

Tale ampliamento dei presupposti di operatività dell'art. 131 *bis* Cp, raccoglie l'auspicio della dottrina di leggere il principio di offensività secondo una «prospettiva collegata alle funzioni della pena»¹²³, «valorizzando però al contempo la portata selettiva del principio di sussidiarietà»¹²⁴. Infatti, come è stato sostenuto: «l'avanzare sulla scena della "penalità" della giustizia e, prima ancora, dell'idea riparativa è infatti di per sé un fattore di ulteriore potenziamento del principio di sussidiarietà, non foss'altro per il materializzarsi e sempre più consolidarsi di un concreto percorso alternativo o, comunque, complementare rispetto alla giustizia penale tradizionale»¹²⁵.

Nel caso, invece, di *reato culturalmente orientato che ledesse diritti fondamentali dell'individuo*, come già sostenuto nel precedente scritto menzionato, non si dovrebbe giungere all'estinzione del reato o alla non punibilità, poiché le condotte riparative non eliminerebbero l'offesa. Tuttavia, aver partecipato al programma di giustizia riparativa è una condotta successiva al reato che incide sul

legge delega 134/2021, in AP, 31.5.2022; L. Eusebi, *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in AP, 28.3.2022; F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistemapenale*, 8.9.2021, R. Muzzica, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei percorsi di giustizia riparativa*, in *Sistemapenale*, 14.2.2023.

¹²² G. Forti, *Il fatto di reato e un'idea di diritto penale sostanziale*, in A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino, A. Vallini (a cura di), *Tra principi del diritto penale e teoria del reato*, Pisa 2022, 156 ss.

¹²³ G. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016.

¹²⁴ G. Forti, *Il fatto di reato*, op. cit., 160, che riprende C.E. Paliero, *Il mercato della penalità*, Torino 2021, 51 ss.

¹²⁵ G. Forti, *Il fatto di reato*, op. cit., 162.

disvalore del fatto complessivamente inteso, attenuandolo. Si sarebbe dovuto, quindi, secondo la proposta politico criminale avanzata, prendere spunto da quanto sostenuto da un settore della dottrina¹²⁶, secondo cui, traendo ispirazione dal sistema neozelandese, sarebbe stato possibile prevedere *circostanze attenuanti* a fronte di uno specifico percorso riparativo con esito positivo. In questo modo, la risposta al reato non determinerebbe solamente un *pati*, permettendo un dialogo tra il condannato e l'ordinamento giuridico, che soddisferebbe l'esigenza umana di confronto con i sistemi culturali, permettendo di meglio approfondire rispetto al processo tradizionale la reale motivazione o giustificazione della condotta criminale.

Si riteneva, sempre nello scritto poc'anzi citato in cui si formulava tale proposta politico-criminale, che fosse opportuna la previsione di una circostanza attenuante autonoma che determinasse una cornice edittale specifica per il delitto culturalmente orientato riparato. Sarebbe stato inoltre necessario, al fine di non vanificare tale previsione, rendere la circostanza *non bilanciabile* con altre. In dottrina, risale a De Francesco¹²⁷ la proposta di attribuire rilevanza all'orientamento culturale grazie alle circostanze di cui all'art. 62 qualora non fosse stato possibile giungere all'esito dell'esclusione della punibilità. La tesi, molto stimolante, apriva anche la strada al ricorso a strumenti che potessero sviluppare quella «capacità di penetrazione culturale propria dei diritti, esplicitantesi nell'evocazione simbolica di quel sostrato di libertà che si traduce, prima di tutto, nel poter partecipare a terzi le proprie esperienze, credenze e pratiche di costume»¹²⁸. Si ritiene che questo possa avvenire con il riconoscimento di una circostanza attenuante al *cultural offender* che sia ancorata esplicitamente alla partecipazione a un percorso di giustizia riparativa per evitare che sia dipendente solo da fattori che non incidono sul contenuto dell'offesa.

Anche nel caso di reati culturalmente orientati che ledono beni fondamentali, il d.lgs. 150 del 2022 pare permettere in concreto quanto proposto anni fa in chiave politico criminale. Si stabilisce, infatti, nella riforma che l'esito positivo (e solo l'esito positivo del percorso, occorre rimarcarlo, per evitare il pericoloso fraintendimento che anche quello negativo possa incidere sul processo), oltre alle conseguenze già menzionate poc'anzi in relazione alla remissione di querela e alla tenuità del fatto, che non riguardano i reati culturalmente orientati più gravi di cui ora si discute, possa assumere rilevanza ai fini dell'applicazione anche di altri istituti. Tra essi assumono particolare importanza le circostanze attenuanti comuni di cui all'art. 62 e i criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 Cp. Come dato, nuovamente, può essere fatta risaltare l'impostazione del legislatore che ritiene possibile che fatti successivi alla commissione del reato possano determinare una attenuazione dell'offesa, incidendo di conseguenza sulla quantificazione della pena.

Come prospettato, sia la circostanza attenuante di nuova formulazione, sia il riformato art. 133 Cp possono senz'altro applicarsi ai reati culturalmente orientati, visto che sono norme generali, applicabili a tutti i reati. Non si può tuttavia non segnalare alcune criticità. In primo luogo, la nuova circostanza, dipendente dall'esito positivo del percorso di giustizia riparativa, non è 'blindata', il che la fa soggiacere al giudizio di bilanciamento e alla possibilità di soccombenza *ex art. 69 Cp*. Sarebbe forse stato più opportuno, vista la rilevanza che il percorso di giustizia riparativa assume, rendere la medesima non bilanciabile. Si rischia altrimenti la sua irrilevanza. La possibilità di tenere in considerazione l'esito positivo del percorso di giustizia riparativa nell'ambito sia delle circostanze, sia dei criteri di commisurazione può poi portare a una duplicazione dei fattori che vengono tenuti in considerazione per la determinazione della pena.

Spostando l'attenzione su un altro aspetto, che non concerne le conseguenze del percorso riparativo, ma non per questo risulta meno rilevante, occorre concentrare lo sguardo sulla *comunità* e sul *mediatore*, seppure con brevi cenni.

¹²⁶ G. Mannozi, *Pena, riparazione, e riconciliazione*, Como 2007, 165.

¹²⁷ G. De Francesco, *Multiculturalismo*, op. cit., 160

¹²⁸ G. De Francesco, *Multiculturalismo*, op. cit., 161.

Partendo dalla comunità, che, come riferito, è soggetto dei programmi di giustizia riparativa, non si deve con essa intendere esclusivamente quella di appartenenza del reo, ma anche quella della vittima, qualora le stesse siano diverse. In ogni caso, allorché la comunità del reo fosse la medesima di quella della vittima, occorrerebbe sempre coinvolgere anche rappresentanti della comunità ospitante, in primo luogo per garantire maggiore dialogo sociale che può, invero, generare anche maggiore condivisione valoriale. In secondo luogo, sarebbe pericoloso che la vittima avesse contatto solo con la propria comunità, in quanto, la stessa condivide la medesima cultura del reo e sarebbe perciò molto più probabile una vittimizzazione secondaria. Ovviamente tale rischio deve essere in ogni caso scongiurato dal mediatore.

La riforma Cartabia si limita, in accordo con i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* dell'Onu, a stabilire che il mediatore debba essere specificamente formato e che sia imparziale. Il principio rischia tuttavia di essere troppo generico, salvo che lo si legga in chiave multiculturale. Il che porterebbe la formazione del mediatore a essere specificamente finalizzata alla comprensione dei conflitti culturali. Con un'avvertenza, però, non secondaria. È chiaro che non si possa richiedere al mediatore la conoscenza di qualsivoglia cultura, pertanto, dovrebbe essere sostenuto e coadiuvato nella sua attività da esperti antropologi che gli forniscano l'adeguato bagaglio di conoscenze.

Al netto di queste problematicità, è senz'altro da salutare positivamente il ricorso alla giustizia riparativa per i reati culturalmente orientati, in quanto ricucire il rapporto non solo tra reo e vittima, bensì anche tra reo vittima e società non può che portare a un esito di riduzione del conflitto sociale determinato dal pluralismo culturale e dalla difficoltà di far convivere culture diverse nel medesimo ordinamento giuridico.

LIFE IMPRISONMENT IN EXTRADITION CASES IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (ECHR)

by Prof. Dr. Robert Esser*, Romina Milles**

Extradition is an act of international cooperation for the repression of criminal activities of offenders by sovereign states at the request of another sovereign state, which is obliged to prosecute and punish criminal acts within its own territory over which it exercises jurisdiction. In the fight against impunity for crimes of international concern states may even be obliged under the principle “aut dedere aut judicare” to either extradite or prosecute a suspect. The purpose of this article is to highlight the problems faced by Council of Europe (CoE) member states when a suspect to be extradited is facing a life sentence in the requesting state. By outlining the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR), it aims to show when an extradition is in accordance with the ECHR and hence possibly will be granted.

SUMMARY: I. Introduction. – II. General Principles of Extradition Law between CoE Member States and Third Parties. – III. Compliance with the ECHR. – 1. The Prohibition against Torture and inhumane and degrading Treatment or Punishment. – a. Scope of protection of Article 3 ECHR. – b. Additional International Legal Framework. – 2. The ECtHR’s case-law concerning life imprisonment. – a. *Kafkaris* and *Vinter*. – b. *Murray* (2013, 2016) and *Horion* (2023). – c. *T.P. and A.T. v Hungary* (2016). – d. *Hutchinson v The United Kingdom* (2017). – e. *Matiošaitis and Others v Lithuania* (2017). – f. *Marcello Viola (No 2) v Italy* (2019). – 3. ECtHR’s Case-Law Concerning Extradition. – a. *Soering v The United Kingdom* (1989). – b. *Trabelsi v Belgium* (2014). – c. *Findikoglu v Germany* (2016). – d. *Harkins v United Kingdom* (2017). – e. *Sanchez-Sanchez v United Kingdom* (2022). – f. *McCallum v Italy* (2022). – IV. Conclusion.

I. With the abolition of the death penalty in almost all European countries by signing and ratifying Protocol 13 to the ECHR¹ – Armenia and Azerbaijan² have only signed but not ratified this treaty while Belarus is still carrying out this type of punishment³ – the number of cases in which life sentences have been imposed upon offenders have significantly risen whereas death sentences

* Robert Esser (1970) joined the University of Passau in 2007 as Professor in Law. He holds the Chair of German, European and International Criminal Law, Criminal Procedure Law and White-Collar Crime. In 2010 he founded the Research Center “Human Rights in Criminal Proceedings” at the University of Passau. HRCP is a research and advanced training center as well as an expert helpdesk specialized in all branches of international protection of human rights in criminal proceedings. Robert Esser was engaged in the German-Chinese Dialogue concerning the Rule of Law organised by the German Ministry of Justice. He extended his activities to the German-Vietnamese Dialogue concerning the Rule of Law from 2010 onwards. Since 2012 he is a co-organizer of the German-Taiwanese-Criminal Law-Forum. His key publications include numerous articles on European Criminal Law and Criminal Procedure as well as on the subject of “Human rights in criminal proceedings” (European Convention on Human Rights). E-Mail: robert.esser@uni-passau.de.

** Romina Milles (1994) is an Academic Assistant at the Chair for German, European and International Criminal Law, Criminal Procedure Law and White-Collar Crime and at HRCP (University of Passau).

¹ Protocol No 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances (ETS No 187).

² Cf. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=187> – last visited on 5.4.2023. Both countries have, however ratified the [Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights \(ICCPR\), aiming at the abolition of the death penalty](#) (ICCPR-OP2) – <https://indicators.ohchr.org> – last visited on 5.4.2023.

³ Cf. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/05/death-penalty-2021-facts-and-figures/> – last visited on 5.4.2023.

alongside with life imprisonment continue to coexist and to be carried out as possible forms of punishment in several countries of the world.

Life sentences cover a wide range of practices in different states, from the most severe form of life imprisonment without the possibility of parole or so-called whole life sentences to formal impositions of life sentences to informal ones. The latter can be regarded as cases in which a person is sentenced to a fixed term of imprisonment, which nonetheless effectively means imprisonment for life. Drawing a comparison, a life sentence is the most severe form of punishment in Europe, whereas one could assume it is hence the milder form of punishment in countries still applying the death penalty.

When dealing with extradition cases it must be borne in mind that most European countries have signed and ratified the ECHR, which provides basic and fundamental rights to each individual and simultaneously poses positive obligations to its contracting states. With the Protocols No 6 and No 13, the death penalty has been abolished “*in all circumstances*” and the ECtHR has a well-established case-law on life sentences and their compatibility especially with Article 3 ECHR, which prohibits torture and inhuman or degrading treatment or punishment. A contracting state willing to extradite a suspect or convicted person, who is possibly facing a life sentence, has to apply the minimum standards of the ECHR. Otherwise, the application for extradition must be denied.

The following statements aim to give an overview of the standards of the ECHR and the aforementioned well-established case-law of the ECtHR on life imprisonment, with a special focus on the most recent changes in the jurisprudence concerning extradition cases. According to the Court in Strasbourg, Article 3 ECHR is an unrestricted guarantee of the Convention and is of high importance in extradition cases because it constitutes one of the most fundamental values of democratic societies. Therefore, a contracting state's decision to extradite is examined whether it may give rise to a review under Article 3 ECHR, which would trigger that state's responsibility under the Convention, not to extradite. This can be the case when reasonable grounds exist to believe that the suspect or convict, once extradited, would be at real risk of torture inhuman or degrading treatment or punishment. Facing a life sentence, which does not itself meet the Convention's criteria, might amount to such inhuman and/or degrading punishment, meaning that the extradition will fail.

II. As an old concept, extradition procedures date back to the early non-western states,⁴ and have become one of the most important components of international cooperation in the global fight against crime and impunity.⁵ From the period between the eighteenth and the first half of the nineteenth century, when extradition treaties tended to focus on military deserters, an understanding has evolved to the present time which increasingly takes into account rights of the alleged offender and retains the central purpose of the process to prevent and combat crime. In order to find the specific regulatory system under which the extradition is possible one needs to have a closer look into the national regulations. By the example of Germany as a CoE member state and China, a third state party, this article wants to showcase under which circumstances an extradition would be possible in practice.

The concept of international extradition law today governs provisions and principles under which states extradite persons for prosecution or execution of a sentence at the request of another state. These laws and principles, however, vary from country to country and are dependent on the specific regulatory system which is selected. It is important to understand that the laws of extradition can be set out in either bi- or multilateral treaties between countries as well as through membership in international organizations and treaties such as the United Nations, Interpol, or the Council of Europe. The latter provide inter alia guidelines, recommendations, and models for extradition treaties to help

⁴ V. Epps, The Development of the Conceptual Framework Supporting International Extradition, Loy. L.A. Int'l & Comp L. Rev 25 369 2003, 369.

⁵ G. Griffith / C. Harris, Recent Developments in the Law of Extradition, Melbourne Journal of International Law, MelbJIntLaw, 2005 6(1) 33.

states with their extradition regulatory systems. It also helps to harmonize extradition laws between its member states.

Some core principles, nevertheless, are entailed by all regulations of this kind: The principle of double criminality ensures that a person is only extradited if the act for which he/she is charged constitutes a criminal offense in both the requesting and the requested state. On top of that bi- or multilateral treaties can list offenses for which an extradition shall be possible. Usually, these lists contain the most serious crimes such as terrorism, drug or human trafficking or murder whereas political crimes against the political order of a country are excluded. In extradition law the fundamental human rights guarantees such as human dignity, the concept of a fair trial and legal certainty as well as proportionality are taken into consideration to prevent extradited persons from inhumane or unfair treatment. The latter includes the prohibition of extradition in cases of death penalty or torture in the requesting country.⁶

As far as Germany is concerned the Constitutional Court (BVerfG) defined it as following: *“Extradition means the forcible removal of a person, upon request, from the area of domestic jurisdiction and transfer of that person to a foreign jurisdiction for the purpose of completing criminal proceedings conducted or enforcing a sentence imposed there.”*⁷ Until 2000 German citizens were protected by Article 16 § 2 of the German Constitution (GC) so that any extradition request had to be denied.⁸ This principle was upheld until Germany ratified the Rome Statute of the International Criminal Court⁹ and at the same time committed to an increased international cooperation in criminal matters at a special meeting of the European Council in Tampere/Finland at the 15/16th October 1999.¹⁰ Afterwards, Germany started extraditing even German nationals if a member state of the European Union or an international court or tribunal requested it.¹¹

In recent times, especially China has signed numerous bi- or multilateral treaties¹² concerning extradition. When signing such contracts, states also need to evaluate and consider if the agreements are compatible with the aforementioned principles in international law.

III. Under international extradition law a conviction, execution and an enforcement of sentences in the requesting state must not breach fundamental rights. The most important source for the development of human rights law in Europe is the ECHR. The aim of the Convention and of the jurisprudence of the ECtHR is to guarantee a minimum level of protection under human rights law, which is achieved both by safeguarding already existing standards and by further developing the case law.¹³ The binding effect of a Court’s judgement according to Article 46 ECHR can implement the preceding considerations at the level of public international law.¹⁴ As both issues, a humane form of a life sentence and extradition itself are built around the prohibition against torture and inhuman and degrading treatment or punishment as enshrined in Article 3 ECHR, this article will discuss the case-law surrounding these two topics. Important principles, decisions and judgements will be discussed to showcase the emergence of principles and current practice of an ECHR-compliant extradition of a person facing a life sentence. When both issues are concerned in one case, however, it will be shown how the ECtHR modifies its standards for the laws and regulations in the requesting state to meet the

⁶ See M. Costa, *Extradition Law – Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, 2020, 71 ff.

⁷ German Constitutional Court, BVerfG, Decision, 20.10.1959 – 1 BvR 125/59.

⁸ Act amending the GG (German Constitution – GC) (Article 16), 29.11.2000, BGBl. I 2000, 1633.

⁹ Act on the Introduction of the International Criminal Code, 26.6.2002, BGBl. I 2002, 2254.

¹⁰ See https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm – last visited on 31.3.2023.

¹¹ A. Oehmichen, *Verfassungs- und europarechtliche Grenzen der Auslieferung*, StV 2017, 257, 257.

¹² See <https://www.globaltimes.cn/content/1204670.shtml> – last visited on 31.3.2023.

¹³ R. Esser, sub. Einf. in: Löwe-Rosenberg EMRK/IPBPR, 2023 Ed. 27, 4 ff., 82 ff., 193 ff.; M. Mahlmann, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, *Europarecht (EuR)* 2011, 469, 475.

¹⁴ C. Grabenwarter / K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Ed 7, 2021, § 2, 1.

obligations of the CoE member states with regard to the international law principle “*aut-dedere-aut-iudicare*” on the one hand and acting in conformity with the ECHR on the other.

1. The ECtHR has established a detailed case-law concerning the compatibility of life sentences with Article 3 ECHR which aim to set a high standard against whole life sentences for CoE member states. In the history of the case law, it seemed, that the Court tried to expand this scrutiny for this type of harsh punishment onto extradition cases as well. With its more recent judgements, however, it will be shown, it seems that the Court decided to decide less strictly when extradition cases are brought before its judges. In order to scrutinize the ECtHR’s recent decision to narrow the application of its case-law, it is important to understand the criteria which must be fulfilled to render a life sentence *per se* compatible with Article 3 ECHR.

a. Article 3 ECHR protects the physical and mental integrity of an individual.¹⁵ Its scope is outlined by the case-law of the ECtHR. Although not being mentioned verbatim as in Article 10 ICCPR,¹⁶ the ECtHR finds, that human dignity in its core content is also protected.¹⁷ As a human right without limitation, it does not allow any interference in principle. A violation is determined based on the scope of protection by requiring a certain intensity of the interference: a certain threshold must be exceeded.¹⁸ On top of that, *procedural* rights are also guaranteed. Even an unintentional accumulation of poor prison conditions may lead to a violation of Article 3 ECHR.¹⁹ Together with Article 8 ECHR the Court handed down judgements that dealt with the protection of human dignity in the execution of sentences. The imposition of a grossly disproportionate sentence is presumed to result in a violation of Article 3 ECHR,²⁰ although there is no case-law to date in which a sentence itself has been presumed to infringe with these values. Contracting states have a certain *margin of appreciation* in sentencing, which has not been considered to have been exceeded so far.²¹ The ECtHR held that a life sentence *per se* is not to be regarded as contrary to the Convention.

Regarding extradition cases,²² the ongoing debate whether Article 3 ECHR has a higher threshold when conducting of a third state is examined which can be based on the ECtHR’s somewhat inconsistent jurisprudence on that matter, seems to now be answered according to the latest jurisprudence in this matter which will be discussed in para. III. 3. lit. e.²³ From a human rights perspective, it should be noted, that for the individual facing ill-treatment, it does not make any difference whether the prohibited action is caused by a contracting state of the ECHR or by a third state. Therefore, the higher threshold is not favourable and should not be applied.²⁴

¹⁵ C. Grabenwarter / K. Pabel, a.a.O., § 20, 41 ff.

¹⁶ R. Esser, sub. Article 3 ECHR/Article 7 IPBPR in Löwe-Rosenberg, a.a.O., EMRK/IPBPR, 2; D. van Zyl Smit, Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law, 2002, 11 f.

¹⁷ C. eur., 24.4.1978, Tyrer v The United Kingdom, App no 5856/72, § 33.

¹⁸ R. Bank, in: O. Dörr / R. Grote / T. Marauhn (Publ)/EMRK/GG Konkordanz-Kommentar, Vol 1, Chap 11-19, 2nd Ed, 2013, 39 ff.

¹⁹ C. Grabenwarter / K. Pabel, a.a.O., § 20, 58; R. Esser, sub. Article 3 ECHR/Article 7 IPBPR in Löwe-Rosenberg EMRK/IPBPR, 201 f.

²⁰ J. Meyer-Ladewig / M. Nettesheim / S. von Raumer, (Publ)/J. Meyer-Ladewig / M. Lehnert, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, 4th Ed 2017, Article 3 para 58-59.

²¹ R. Esser, sub. Article 3 ECHR/Article 7 IPBPR in Löwe-Rosenberg EMRK/IPBPR, 203 f.

²² For a checklist regarding other breaches of Article 3 ECHR in conjunction with extradition see J. Silves, Extradition and Human Rights, Diplomatic Assurances and Human Rights in the Extradition Context <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048bdaf> – last visited on 31.3.2023.

²³ See M. Costa, a.a.O., 83.

²⁴ M. Costa, a.a.O., 86-87.

b. Not only the ECHR, but also other important international legal instruments follow human rights standards which can influence the ECHR as *a living instrument*²⁵ and vice versa. There are many materials dealing with the imposition and execution of life imprisonment. Furthermore, there are legal instruments which try to regulate the treatment of life prisoners. All of them seem to be focused on rehabilitation and human dignity.

Article 10 § 1 ICCPR requires that all persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human being. Article 10 § 3 ICCPR states that the purpose of the penal system is the reformation and social rehabilitation of prisoners. They should have the opportunity to reintegrate into society and lead a life free of crime, even if they have been convicted of the most serious offences. Special care should be taken to ensure a universal application of these principles to all convicts.²⁶ Also prisoners, who are serving a life sentence, fall under the scope of Article 10 § 3 ICCPR.²⁷

Recommendations of the CoE aim at a resocialization-oriented execution and the possibility of release: regarding the problem of overcrowding, Rec (99) no 23, 24²⁸ and Rec (2003)23²⁹ recognize that long sentences are not helping in lowering the prison population and want to encourage member states to rethink their prison policies. On top of that, six general principles exist as guidelines to achieve these goals, reinforced by the European Prison Rules (EPR)³⁰ and the United Nations Minimum Standards for the Treatment of Prisoners revised in 2015 (Nelson Mandela Rules – 2015).³¹ EPR no 6 requires the possibility of release for lifers. Rules 107.1 – 107.5 deal with the release in detail.³²

Rec. (2003)22³³ understands release as a helpful tool to reduce prison overcrowding. Its preamble recognizes that conditional release is a particularly effective and constructive measure to prevent recidivism and to promote the reintegration of prisoners into the social community according to plan, with the provision of assistance and accompanied by supervision measures. These ideas are also supported by the Committee against Torture's 25th General Report (2016)³⁴ which describes irreducible life sentences as inhuman and elaborates guidelines for a resocializing prison regime.³⁵

2. a. There has been increased discussion of life sentences and their compatibility with Article 3 ECHR since the *Kafkaris* judgement of the Court in 2008. Drawing on international legal sources, the ECtHR held that a life sentence is compatible with Article 3 ECHR only if it is *de jure* and *de*

²⁵ R. Esser, sub. Article 5 ECHR / Articles 9, 10, 11 IPBPR, in: Löwe-Rosenberg, a.a.O., EMRK/IPBPR, 651 ff.; 665 f.; § 4 General Comment 21, 1992.

²⁶ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted and opened for signature, ratification, and accession by GA/RES/2200A (XXI) on 16.12.1966, entry into force on 23.3.1967, in accordance with Article 49.

²⁷ See F. Neubacher / M. Bachmann / F. Goeck, Konvergenz oder Divergenz? – Einstellung zur Todesstrafe weltweit, Zeitschrift für Internationales Strafrecht, ZIS, 6/2011, 517, 522 f.; Esser, sub. Article 5 ECHR/Article 9, 10, 11 IPBPR, in: Löwe-Rosenberg, a.a.O., EMRK/IPBPR, 665 f, who all pledge to view the replacement of the death penalty with life imprisonment without the possibility of parole – a trend which can be recognized in the United States – with caution.

²⁸ Council of Europe, 9.10.2003, Recommendation, Rec (2003)23 of the Committee of Ministers to member states on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners.

²⁹ Council of Europe, 30.9.1999, Recommendation, Rec (99)22 of the Committee of Ministers concerning prison overcrowding and prison population inflation.

³⁰ Council of Europe, 11.1.2006, Recommendation, Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules; for further information see van D. Zyl Smit / S. Snacken, Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights, 1. Vol, 2009.

³¹ GA/Res/70/175, United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules), Resolution adopted by the General Assembly on 17.12.2015, 70th Session.

³² See also F. Neubacher / M. Bachmann / F. Goeck, a.a.O., 517, 522 f.

³³ Council of Europe, 24.9.2003, Recommendation, Rec (2003)22 of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole).

³⁴ Council of Europe, 25th General Report of the CPT: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, 1.1.-31.12.2015, 14.4.2016.

³⁵ Council of Europe, 25th General Report of the CPT, a.a.O., p 37, para 73.

facto reducible. To meet the requirements, there must be both a *prospect of early release* and a *possibility of review*. In this judgement, no violation of the human right was assumed because Cypriot law allowed for an early release by means of clemency.³⁶ This means that an executive review mechanism is enough for the ECtHR. In a concurring opinion, *Judge Bratza* urged that it would be time for the ECtHR to judge irreducible life sentences for adults *per se* as a violation of Article 3 ECHR.³⁷ Such a punishment was not compatible with the idea of *resocialization* and therefore not compatible with Article 3 ECHR.

In contrast to *Kafkaris*, the Court assumed a violation of *whole life orders* against Article 3 ECHR in the landmark judgement of *Vinter* in 2013, because English law did not allow a review for early release, but only for *humanitarian* reasons.³⁸ Significantly, a violation existed as soon as the sentence was *imposed* on the person concerned. The ECtHR saw the judgement as the relevant time to consider whether a life sentence as specific form of punishment is in accordance with Article 3 ECHR, in order to assess whether a violation would occur in the later course of execution.³⁹ The Court required that sentencing and execution of a life sentence must be justified by legitimate penological grounds. It is important to note, that especially in the case of a long execution period, the balance of these individual grounds may shift according to the Court's view. For reasons of legitimacy, the sentence must be re-examined after a certain period of time. According to a legal comparison between different criminal justice systems in Europe and other international legal instruments the ECtHR came to the result that 25 years mark the *maximum* execution period.⁴⁰ The Court further concluded that internationally, *resocialization* is regarded as the most important purpose of punishment.⁴¹ Lastly, it explicitly drew on the 1977 judgement of the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) to establish a direct link between *resocialization* and human dignity, which means that this reasoning must now also be considered in the context of Article 3 ECHR.⁴² It makes no sense for the prisoner to participate in *resocializing* measures if he has no hope of future release.⁴³

b. The post-*Vinter* jurisprudence continued the series of significant judgements which set minimum standards within the ECHR as a *living instrument* for the *reducibility* criterion. In *Murray* (2016) the ECtHR further developed its jurisprudence, particularly regarding the requirements for *de facto reducibility*.

Murray was a criminally responsible but mentally ill⁴⁴ offender who had killed his former partner's niece in revenge for the failure of the relationship. He was sentenced in 1980 to life imprisonment by a court on Curacao. The sentence was partially executed on Curacao and Aruba. Numerous petitions for clemency and a review of his sentence carried out in September 2012, which had been made possible by a legal possibility introduced in November 2011 (Article 1:30 of the Curaçao Criminal Code),⁴⁵ were unsuccessful: for lack of adequate treatment options in the penitentiary, he continued to be classified as too dangerous. Only when he became seriously ill, so that his death was foreseeable, he was released from prison in March 2014.⁴⁶

³⁶ C. eur. GC, 12.2.2008, *Kafkaris v Cyprus*, App no 21906/04, §§ 98 ff.

³⁷ C. eur. GC, a.a.O., *Kafkaris v Cyprus*, concurring opinion Judge Bratza.

³⁸ C. eur. GC, 9.7.2013, *Vinter et al v The United Kingdom*, App nos 66069/09 et al, §§ 123 ff.

³⁹ C. eur. GC, 9.7.2013, *Vinter et al v The United Kingdom*, App nos 66069/09 et al, § 122.

⁴⁰ C. eur. GC, a.a.O., *Vinter et al v The United Kingdom*, § 111.

⁴¹ C. eur. GC, a.a.O., *Vinter et al v The United Kingdom*, §§ 99 ff., 115.

⁴² C. eur. GC, a.a.O., *Vinter et al v The United Kingdom*, §§ 69 f., 113; German Constitutional Court, BVerfGE Decision, 45, 187 (1977).

⁴³ C. eur. GC, a.a.O., *Vinter et al v The United Kingdom*, concurring opinion, Judge Power-Forde.

⁴⁴ C. eur. GC, 26.4.2016, *Murray v The Netherlands*, App no 10511/10, §§ 94 f., 101 ff., 116.

⁴⁵ C. eur. GC, a.a.O., *Murray v The Netherlands*, §§ 55 f.

⁴⁶ C. eur. GC, a.a.O., §§ 8,12-17.

After a Chamber of the Court had held that Article 3 ECHR had not been violated,⁴⁷ the Grand Chamber (GC) ruled differently. Even though *de jure* a possibility of release existed, *Murray*'s execution had to be planned and made possible from the outset of his conviction. His life sentence was therefore not *de facto* reducible.⁴⁸ The judgement is of importance as it considers *resocializing* mentally ill and disabled life prisoners. In the ECtHR's view, such prisoners also have a right to early release, provided they are no longer too dangerous. The latter could be achieved with the establishment and regular review of individualized treatment programs. Prisoners could thus be encouraged to *resocialize* themselves and lead responsible lives. If they are open to treatment, they should receive it, even if they do not themselves actively ask for it, if it is an indispensable condition for their eventual release from prison.⁴⁹ Accordingly, mentally ill life prisoners should be detained and provided with such treatment under conditions that give them a realistic opportunity to improve themselves in order to have hope of release. Otherwise, life imprisonment could become *de facto* irreducible.⁵⁰

Abstract requirements for the review mechanism are set as follows: Sufficient objective criteria must be established and guaranteed by sufficient procedural rights. Prisoners must receive information not only regarding the decision of the body, which is responsible for reviewing the life sentence, but also beforehand, what they must do in order to rehabilitate themselves. No form for the review mechanism can be prescribed by the *margin of appreciation* of the contracting states. In any case, the possibility of a judicial review of this decision is necessary. Among other things, statistical surveys should be included in the *de facto* assessment.⁵¹ If the state, in addition to its obligation to protect the population from dangerous offenders, were unable to provide such a real possibility, any review would be undermined. This would result in the *de facto* non-reducibility of life imprisonment.⁵² There is a positive obligation on contracting states to operate a prison regime that is compatible with and promotes the goal of *resocialization*, thereby reducing the risk of recidivism.⁵³

For *Murray*, treatment of his mental health problems was indeed a prerequisite for a positive clemency and release decision, as it was the only way he could reduce his risk of recidivism.⁵⁴ It had been impossible for him to show progress and improvement in any of his numerous clemency applications in the period before a review mechanism had been introduced, so that his continued incarceration could no longer be legitimized with arguments based on the grounds of deterrence and retribution. This assessment also extended to the only periodic review of his imprisonment conducted after a legal option was introduced. The absence of any treatment and the failure of prisons to determine his individual treatment needs and options meant that he had not made significant progress. Therefore, his life sentence was *de facto* irreducible and in violation of Article 3 ECHR.⁵⁵

In *Horion* the ECtHR reaffirmed its jurisprudence in *Murray*. The applicant was detained for approximately 44 years since 1979 in a Belgium prison. In 1981 he had been sentenced to life imprisonment for committing the murder of five people in connection with a robbery.⁵⁶ The Court found that his rights enshrined in Article 3 ECHR have been violated because he has in particular at least since January in 2018 not been able to receive psychiatric treatment despite psychiatric experts' findings that placing the applicant in a usual prison was no longer appropriate as the reasons for his detention – neither public safety reasons nor the reasons of *resocialization* – continued to exist.⁵⁷

⁴⁷ C. eur., C, 10.12.2013, *Murray v The Netherlands*, App no 10511/10, §§ 71 ff.

⁴⁸ C. eur. GC, 26.4.2016, *Murray v The Netherlands*, App no 10511/10, §§ 111 f.

⁴⁹ C. eur. GC, a.a.O., *Murray v The Netherlands*, App no 10511/10, §§ 103 ff., 121 ff.

⁵⁰ C. eur. GC, a.a.O., *Murray v The Netherlands*, §§ 107 ff.

⁵¹ C. eur. GC, a.a.O., *Murray v The Netherlands*, §§ 99 f.

⁵² C. eur. GC, a.a.O., *Murray v The Netherlands*, §§ 111 ff.

⁵³ C. eur. GC, a.a.O., *Murray v The Netherlands*, §§ 104 ff., 117, 124.

⁵⁴ C. eur. GC, a.a.O., *Murray v The Netherlands*, § 125.

⁵⁵ C. eur. GC, a.a.O., *Murray v The Netherlands*, §§ 113 ff.

⁵⁶ C. eur., 9.5.2023, *Horion v Belgium*, App no 37928/20, §§ 4 ff.

⁵⁷ C. eur., a.a.O., *Horion v Belgium*, §§ 27, 69 ff.

Receiving forensic psychiatric treatment would have rendered him eligible for parole. Being eligible for parole, however, would have made his life sentence *de facto* reducible.⁵⁸ Due to the fact that the Belgium law regime only funded such a treatment only for compulsory confinement and not for convicted offenders, the national courts and the government did not present the applicant with any chance to receive treatment.⁵⁹ This practical impossibility rendered his prospect of release impossible which violated the applicant's Article 3 ECHR rights.⁶⁰

c. On 4.10.2016 the ECtHR dealt significantly with the new legislation introduced in Hungary in 2015 to review life sentences focusing on the clemency procedure as well. In *László Magyar* (2014) the Court had found a violation of Article 3 ECHR. The right to clemency, which at the time was the only way to release a prisoner sentenced to life without parole, did not allow life prisoners to know what they had to do to be released and under what conditions. In the ECtHR's view, the system for reviewing life sentences in Hungary therefore needed reform.⁶¹

To meet the requirements of the ECHR and to comply with the Court's judgement, Hungary enacted new legislation⁶² that introduced an automatic review of life sentences after a convict had served 40 years of his sentence. In the ECtHR's view, a 40-year execution period was too long before a prisoner could initiate a clemency petition for the first time. Such a period clearly exceeded the maximum recommended time frame of 25 years. According to the ECtHR, such a long execution period is outside any acceptable margin of discretion states enjoy in structuring their criminal law and sentencing system.⁶³

Moreover, concerns had been raised about the clemency procedure provided for in the new legislation: While objective criteria had been established to be considered by a Clemency Board in making pardon decisions, it was unclear whether they also applied to the Hungarian President. The latter regularly has the final decision-making power on a possible pardon. Since there is no obligation for him to express reasons for a negative decision to the prisoner, this procedure does not meet the criteria of Article 3 ECHR of legal certainty and clarity. Thus, in any case, the risk that the president's decision was not legal but political or arbitrary could not be eliminated.⁶⁴ The ECtHR assessed both termination options cumulatively and was in the end not convinced that they offered the complainants a *real prospect* of release and an adequate opportunity for review. Thus, their sentences remained inhuman and degrading and violated Article 3 ECHR because the convicts had not been provided with hope of release.

d. In *Hutchinson*, the ECtHR unexpectedly concluded that the convict's prison sentence was reducible,⁶⁵ despite the fact that the domestic legal situation had remained unchanged since *Vinter*. The reason for this was the judgement in *R. v McLoughlin*.⁶⁶ It said that criticism of the review of a sentence entrusted to the Secretary of State in England and Wales would be countered by the effect of the Human Rights Act (HRA). The latter was bound by Section 6 of the HRA to exercise the power to release in a manner compatible with the ECHR, i.e., considering the jurisprudence of the ECtHR and giving reasons for each decision.⁶⁷ According to the HRA, the "exceptional circumstances" as defined in Section 30 of the Crime (Sentences) Act are not legally limited to end-of-life situations,

⁵⁸ C. eur., a.a.O., *Horion v Belgium*, §§ 66. 74 ff.

⁵⁹ C. eur., a.a.O., *Horion v Belgium*, §§ 40 f, 70 ff.

⁶⁰ C. eur., a.a.O., *Horion v Belgium*, §§ 74 ff.

⁶¹ C. eur., 20.5.2014, *László Magyar v Hungary*, App no 73593/10, §§ 58 f., 71.

⁶² C. eur., 4.10.2016, *T.P. and A.T. v Hungary*, App nos 37871/14 et al, §§ 16 f.

⁶³ C. eur. a.a.O., *T.P. and A.T. v Hungary*, §§ 42 ff.

⁶⁴ C. eur. a.a.O., *T.P. and A.T. v Hungary*, §§ 49 ff.; see also: C. eur., 12.3.2019, *Petukhov v Ukraine* (No 2), App no 41216/13, § 179.

⁶⁵ C. eur. GC, 17.1.2017, *Hutchinson v The United Kingdom*, App no 57592/08, §§ 70 ff.

⁶⁶ *R v McLoughlin* [2014] EWCA Crim 188, §§ 19 ff.

⁶⁷ C. eur. GC, 17.1.2017, *Hutchinson v The United Kingdom*, App no 57592/08, §§ 19 ff.; 54 ff.

and thus are not exhaustive, as announced in the *Lifer Manual*, but cover all circumstances relevant to release.⁶⁸ It must therefore be assumed that the term “compassionate grounds” is not limited to humanitarian grounds, but has a broad meaning compatible with Article 3 ECHR. Based on this, there is a review that assesses progress in resocialization. The continued existence of legitimate penal grounds would thus be examined.

The ECtHR’s approach has been strongly criticized as bowing to the United Kingdom’s pressure. Since this is at the expense of human rights standards and ultimately of all those prisoners serving life sentences, the Court has been urged to remain consistent in its jurisprudence in order to avoid a discrepancy in the standards set for different contracting states.⁶⁹

e. At the time of the application in 2017, eight nationals were serving life sentences in the Lukiškės Prison. All alleged that there was no realistic prospect of commutation of their sentences and that they were therefore imprisoned with no prospect of release. Part of the complaint was the regime in Lukiškės Prison, where all life prisoners serve the first ten years of their sentence. Despite resocializing measures, the execution of sentences in this facility is rated as questionable overall.⁷⁰

According to the legal situation in Lithuania at the time of the complaint, the right of amnesty existed, but life prisoners were explicitly excluded from its application. Furthermore, there was the right to commute a life sentence to a term of imprisonment pursuant to Article 3 of the new Criminal Code. Each prisoner was allowed to claim his right only once. In case of a negative decision of this claim, the only chance left for being released was in case of advanced illness.⁷¹ In the opinion of the ECtHR, these factors contradicted the requirements set by Article 3 ECHR, as they emerged from *Vinter, Murray and Hutchinson*.⁷²

Furthermore, early release could be achieved through the right of clemency. The ECtHR found this procedure to be transparent and accessible, recognizing that it included a set of objective criteria that, based on advice from the Pardon Commission, allowed for an assessment of continued detention on legitimate penological grounds.⁷³

Nevertheless, neither the Pardon Commission nor the President were required to give reasons for their decision, which itself was not subject to judicial review and could not be challenged by the prisoners.⁷⁴ Moreover, the work of the Pardon Commission was not considered transparent. It was further considered insufficient because its recommendations were not legally binding on the president. Overall, the pardon regime in Lithuania was considered to be the modern equivalent of the royal prerogative of mercy, motivated by humanitarian reasons and not based on a mechanism with adequate procedural guarantees for reviewing the prisoners’ situation. The difference was that the decision of the executive branch was lacking judicial review to avoid even the appearance of state arbitrariness.⁷⁵ Further, the ECtHR denounced the conditions of detention for life prisoners as currently prevailing, according to the CPT, because they did not further the *resocialization* purpose.

⁶⁸ C. eur. GC, a.a.O., *Hutchinson v The United Kingdom*, §§ 56 ff.

⁶⁹ C. Appleton / D. van Zyl Smit, *The Paradox of Reform: Life Imprisonment in England and Wales*, in: C. Appleton / D. van Zyl Smit (Publ), *Life Imprisonment and Human Rights*, 2016, 217, 230; M. Pettigrew, *Retreating From Vinter in Europe: Sacrificing Whole Life Prisoners To Save The Strasbourg Court?*, *European Journal Of Crime, Crime Law and Criminal Justice (EJCCL&CJ)*, 2017 25, 260, 262 ff.; A. Reichstein / D. van Zyl Smit, *Lebenslang in Europa: Die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, *Forum Strafvollzug (FS)* 2017, 229, 231; M. Costa, a.a.O., 84-85, 101 f.

⁷⁰ C. eur., 23.5.2017, *Matiošaitis et al v Lithuania*, App nos 22662/13 et al, § 116.

⁷¹ C. eur., a.a.O., *Matiošaitis et al v Lithuania*, §§ 61 ff.

⁷² C. eur., a.a.O., *Matiošaitis et al v Lithuania*, §§ 156 ff.

⁷³ C. eur., a.a.O., *Matiošaitis et al v Lithuania*, §§ 165 ff.

⁷⁴ C. eur., a.a.O., *Matiošaitis et al v Lithuania*, §§ 174, 181 ff.

⁷⁵ C. eur., a.a.O., *Matiošaitis et al v Lithuania*, §§ 171 ff.

The pardon procedure in Lithuania, overall, *de facto* did not allow prisoners to know what they had to do to be released, so they have no right to hope. This was a violation of Article 3 ECHR.⁷⁶

f. One of the latest judgements in the ECtHR's series on life imprisonment so far is the case of *Marcello Viola no 2* (2019). The applicant was a prosecuted member of the mafia who was found guilty of murder, abduction and mafia membership charges and sentenced to life imprisonment.⁷⁷ The law in place at the time, Article 22 of the Italian Criminal Code and Article 4 of the Italian Prison Administration Act,⁷⁸ demanded for a prisoner to be considered eligible for parole to cooperate with the government. The Court found that the Italian law in place did not offer lifers an appropriate review mechanism because of this criterion. For someone who once has been involved with criminal organizations like the mafia it is not a real choice to cooperate as he could risk his own or his family's lives when they ignore the organization's rules.⁷⁹ Individuals of that or a similar background subjected to this law did not have a proper prospect of release because Italian law considers non-cooperative behaviour as an indicator of a person's continued adherence to criminal belief and therefore their release as a risk for society. For these reasons, the life sentence imposed on Mr. Viola is considered as ill-treatment and a violation of Article 3 ECHR.⁸⁰

3. a. As the case *Soering* concerned the death penalty and the so called "death row phenomenon" it is a crucial judgement which still builds the basis for the following judgements and decisions of the ECtHR dealing with life imprisonment⁸¹ and is therefore discussed.

In 1989 *Soering*, a German national who had been imprisoned for cheque fraud in the United Kingdom, was requested to be extradited to the United States of America as he was a prime suspect in the murder of his ex-girlfriend's parents – a crime which could lead to a death sentence.⁸² Without Protocol 13 existing at the time, the Court was not able to conclude, that facing a death sentence *per se* is a severe violation of the ECHR. Nevertheless, the principle was developed, in the concrete case for Article 3 ECHR, that a fundamental right of such high importance and without limitation must be considered in extradition cases.⁸³ The guarantees of Article 6 ECHR can also be considered, if otherwise a *flagrant denial of justice* would occur.⁸⁴ The Court held, that these considerations must be exercised, however, without undermining the fundamentals of extradition law.⁸⁵ The ECtHR held, if a death penalty was imposed, the physical and psychological effects of the so-called "death-row-phenomenon" would be likely to affect the applicant.⁸⁶ This means that the endurance of several years of fearful awaiting one's own execution can rise to a level that meets the threshold of severity considered as ill-treatment. The ECtHR held that the extradition would for these reasons breach Article 3 ECHR.⁸⁷

The *Soering* judgement widens the scope of state responsibility for breaches of the ECHR in the way that the extraditing signatory state must review the law of the requesting state for its compatibility with the fundamental guarantees of the ECHR.⁸⁸

⁷⁶ C. eur., a.a.O., *Matiošaitis et al v Lithuania*, §§ 179 ff.

⁷⁷ C. eur., 13.6.2019, *Marcello Viola v Italy* (No 2), App no 77633/16, §§ 14 ff.

⁷⁸ C. eur., a.a.O., *Marcello Viola v Italy* (No 2), §§ 95 ff.

⁷⁹ C. eur., a.a.O., *Marcello Viola v Italy* (No 2), §§ 114 ff., 127 ff.

⁸⁰ C. eur., a.a.O., *Marcello Viola v Italy* (No 2), §§ 137 ff.

⁸¹ M. Costa, a.a.O., 80: "Groundbreaking as it unquestionably was".

⁸² C. eur. 7.7.1989, *Soering v The United Kingdom*, App no 14038/88, §§ 11 ff.

⁸³ C. eur. a.a.O., *Soering v The United Kingdom*, §§ 88-91.

⁸⁴ C. eur. a.a.O., *Soering v The United Kingdom*, 112-113.

⁸⁵ C. eur. a.a.O., *Soering v The United Kingdom*, §§ 104, 113.

⁸⁶ C. eur. a.a.O., *Soering v The United Kingdom*, §§ 93-99.

⁸⁷ C. eur. a.a.O., *Soering v The United Kingdom*, §§ 100-111.

⁸⁸ C. eur. a.a.O., *Soering v The United Kingdom*, §§ 86 ff.; S. Zühlke / J. Pastille, *Extradition and the European Convention – Soering Revisited*, *Heidelberg Journal of International Law (HJIL)*, 1999 (59), 749-784.

b. After a series of jurisprudence of the ECtHR concerned with extradition situations in which the Court found *no violation* of Article 3 ECHR, the landmark judgement *Trabelsi* was a significant turning point. After being sentenced to ten years in prison by the Brussels Court of Assizes on 30th September 2003 and already having served five years of the sentence, the United States Department of Justice requested *Trabelsi*'s extradition to the U.S. to face criminal charges of conspiracy to kill U.S. nationals, conspiracy to use weapons of mass destruction and providing material support to al-Qaeda which would subject him only to life imprisonment under the U.S. Criminal Code, and not to the death penalty. The Belgian minister and U.S. authorities believed that this form of life sentence was discretionary and not a mandatory life sentence because the U.S. Constitution provides for executive clemency, which past presidents had used to commute such life sentences.⁸⁹ After exhausting all national legal remedies, *Trabelsi* lodged an individual complaint before the ECtHR in which he alleged that he, if extradited, would face ill-treatment contrary to Article 3 ECHR as terrorists would not be granted a prospect of parole or presidential pardon after the attack on the World Trade Centre on 11th September 2001 and that he therefore would likely face being sentenced to an *irreducible life sentence*.⁹⁰ Although an interim measure had been put into place by the ECtHR, Belgium extradited *Trabelsi* to the United States.⁹¹ The Court held that this action of extradition⁹² violated the applicant in his rights guaranteed in Article 3 ECHR of the Convention, which is linked to the case-law concerning the compatibility of life imprisonment with Article 3 ECHR, as it could amount to degrading treatment or punishment when the imposed sentence is not *de jure* and *de facto* reducible. This means that there needs to be a prospect of release and the possibility of review. Significant was the Court's finding that signatory states have an affirmative (positive) obligation to investigate and determine the likelihood of the act of extradition itself to someone who is facing criminal proceedings,⁹³ which could lead to the individual being sentenced to a life sentence. If the regulations in the receiving state, which does itself not need to have ratified the ECHR, are not compatible with the conventional guarantees, this act of extradition violates the guarantees enshrined in Article 3 ECHR. According to the findings in *Trabelsi*, the extraditing state must review foreign law for compatibility with the Convention.⁹⁴

c. In *Findikoglu* the applicant argued that facing a maximum consecutive sentence of 247,5 years in the U.S. would amount to an *informal* life sentence with no prospect of release.⁹⁵ Without excluding consecutive sentences *per se* from the protection of Article 3 ECHR,⁹⁶ the Court held that the case was inadmissible since the applicant was not able to demonstrate, that there was a *real risk* of him being subjected to an informal life sentence nor that no possibility of review existed for him. The competent U.S. criminal court according to the law had discretion in its sentencing. Therefore, it was not clear why the judges would, in *Findikoglu*'s opinion, necessarily impose the maximum sentence for each offence he was accused of so that all of the sentences would in sum be of such a length that the ECtHR would consider them as an informal life sentence. This decision of the ECtHR shows, that if there is no risk of being sentenced to a *formal* life sentence, the applicant has to present *detailed and reasonable arguments*⁹⁷ which render his timely sentence as

⁸⁹ C. eur. 4.9.2014, *Trabelsi v Belgium*, App no 140/10, §§ 5 ff.

⁹⁰ C. eur. a.a.O., *Trabelsi v Belgium*, §§ 94 ff.

⁹¹ C. eur. a.a.O., *Trabelsi v Belgium*, § 154.

⁹² C. eur. a.a.O., *Trabelsi v Belgium*, §§ 121-139.

⁹³ C. eur. a.a.O., *Trabelsi v Belgium*, §§ 116 ff.

⁹⁴ Which is perceived as an **indirect (extraterritorial) effect**, B. Miltner, Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and its Lessons, Michigan Journal of International Law, 33(4), 693, 731; M. Costa, a.a.O., 84, 98.

⁹⁵ C. eur. dec., 7.6.2016, *Findikoglu v Germany*, App no 20672/15, § 35.

⁹⁶ C. eur. dec., a.a.O., *Findikoglu v Germany*, § 36.

⁹⁷ C. eur. dec., a.a.O., *Findikoglu v Germany*, §§ 37-40.

an informal life sentence for meeting the threshold criteria needed to reach the level of a mistreatment under Article 3 ECHR. This decision has the potential of weakening the legal principles in *Trabelsi*, as the burden of proof as decided in *Findikoglu* lies on the applicant in extradition proceedings.⁹⁸

d. The case *Harkins* concerned a British national facing extradition to the United States of America to face trial for first-degree murder. He argued that he would be violated in his rights guaranteed under Articles 3 and 6 ECHR, if he was extradited and because of this action convicted to a mandatory life imprisonment.⁹⁹ The application was declared inadmissible.¹⁰⁰ Concerning the violation of Article 3 ECHR the Court held, that as *Harkins* had already filed an individual complaint in 2012 and that both complaints were “substantially the same” within the meaning of Article 35 § 2 (b) ECHR. Concerning Article 6 ECHR the ECtHR concluded that the applicant would not suffer a flagrant denial of justice in the criminal proceedings against him.¹⁰¹

Even though *Harkins* argued that since his first application the Court’s case-law had tremendously changed, the ECtHR did not see relevant circumstances for which the case needed to be re-examined.¹⁰² This means that cases (facts) which have already been decided on in the past are not likely to be won only because the jurisprudence of the ECtHR has changed.

e. *Sanchez-Sanchez* concerned a Mexican national detained in the United Kingdom who faced extradition to the United States of America where he was wanted on federal charges for drug dealing and trafficking. The applicant argued unsuccessfully before the national courts and the ECtHR that his extradition would amount to ill-treatment contrary to Article 3 ECHR as his sentence, if convicted, would be leveled 43 in the US Sentencing Guidelines meaning that he would be at *real risk* of facing life imprisonment without the possibility of parole.

In its Grand Chamber judgement, the ECtHR stated that the *Trabelsi* judgement needed to be overruled as the Court in this case failed to address an important step of examination in extradition cases which concerned life imprisonment sentences.¹⁰³ As previously held in *Findikoglu* and *López Elorza*¹⁰⁴, the Court’s legal view is that before the compatibility of the actual life sentence in the requesting state with the principles of Article 3 ECHR (“*second stage*”)¹⁰⁵ can be examined, a preliminary (“*real risk*” assessment) must be fulfilled as a first stage. The burden of proof lies on the applicant¹⁰⁶ who needs to demonstrate having adducted *evidence* capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if extradited, and in the event of his conviction, there is a *real risk* that a sentence of life imprisonment without the possibility of parole will be imposed on him. Proving that such a *real risk* does exist is easier if he either has already been convicted to a life sentence or if the sentence of life imprisonment is mandatory for the alleged offence.¹⁰⁷

Furthermore, the ECtHR held that at a *second stage* the criteria set out in the *post-Vinter* jurisprudence on whole life orders in the domestic context cannot be fully applied on extradition cases. This distinction is important because of principle and practical matters resulting in the application of the

⁹⁸ Cf. M. Costa, a.a.O., pp 100 ff., when he argues that the ECtHR’s jurisprudence on life imprisonment and Article 3 ECHR weakened the meaning of C. eur. GC, 9.7.2013, *Vinter et al v The United Kingdom*, App nos 66069/09 et al, and C. eur., a.a.O., *Trabelsi v Belgium*.

⁹⁹ C. eur., 15.6.2017, *Harkins v The United Kingdom*, App no 71537/14, §§ 31-32.

¹⁰⁰ C. eur., a.a.O., *Harkins v The United Kingdom*, § 57.

¹⁰¹ C. eur., a.a.O., *Harkins v The United Kingdom*, §§ 58-68.

¹⁰² C. eur., a.a.O., *Harkins v The United Kingdom*, § 56.

¹⁰³ C. eur. GC, 3.11.2022, *Sanchez-Sanchez v The United Kingdom*, App no 22854/20, § 98.

¹⁰⁴ C. eur., 12.12.2017, *López Elorza v Spain*, App no 30614/15, §§ 97 ff., 117. In this case the ECtHR again stressed that the burden of proof relies on the applicant to adduce evidence capable of showing the real risk of being subjected to treatment contrary Article 3.

¹⁰⁵ C. eur. GC, a.a.O., *Sanchez-Sanchez v The United Kingdom*, § 97.

¹⁰⁶ C. eur. GC, a.a.O., *Sanchez-Sanchez v The United Kingdom*, § 87.

¹⁰⁷ C. eur. GC, a.a.O., *Sanchez-Sanchez v The United Kingdom*, §§ 95 ff., §§ 107 f.

substantial criteria set forth in the settled case law only. The procedural safeguards demanded by Article 3 ECHR in the domestic context should not fully be applied because the examination of a third state's law regime and practice in this regard is considered an over-extensive interpretation. The ECtHR is of the opinion that this task collides with the Member State's international treaty obligations *inter alia* preventing the creation of safe havens for individuals guilty of the most serious crimes by inter-state cooperation in criminal matters.¹⁰⁸

Accordingly, the *second stage* test only provides for the CoE member state as the requested state to examine whether a review mechanism for a life sentence does exist in the requesting state in which changes in the prisoner's character is considered while serving his sentence. If the prisoner's positive changes are so significant that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds, they must be considered for release.

In this case the ECtHR did not rule in favor of the applicant as he was not able to present enough evidence on the *first stage*. He failed to prove that he was being at real risk to face a conviction which entailed life imprisonment. According to the Court, he, as a potential head and co-conspirator in a drug trafficking case, needed to present the Grand Chamber with case records comparable to his own case instead of simply arguing that his case would differ from the cases of his co-conspirators who were not considered as heads of the drug trafficking operation, who did not face charges which entailed that their illegal conduct led to anyone's death and who pleaded guilty. Concerning the demanded comparable cases, he additionally needed to present that his conviction would result in a conviction to life imprisonment.¹⁰⁹

f. In the case of *McCallum* in which the applicant faced extradition to the State of Michigan (USA) where charges of being the leader and co-conspirator in a homicide of her belated husband in 2002 and in the removal and burning of his corpse awaited her, the ECtHR declared the application to be inadmissible as being manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 ECHR.¹¹⁰ Due to the fact that the Italian authorities had received a Diplomatic Note from the US Embassy in Rome clarifying that, if convicted, the applicant would still be eligible for parole, and due to the amendment of the original extradition request, the ECtHR was of the opinion that the applicant failed to show that there was a *real risk* of facing treatment contrary to Article 3 ECHR.¹¹¹

After the Court of Appeal of Rome had granted the extradition request in 2020, confirmed by the Court of Cassation, the applicant lodged a complaint before the ECtHR arguing that her extradition would breach Article 3 ECHR because she faced a *real risk* of being sentenced to life imprisonment without the possibility of parole.¹¹² The Chamber relinquished the complaint to the Grand Chamber in September 2021.¹¹³ After being extradited the applicant challenged the reliability of the Diplomatic Note.

The Court held that a diplomatic note carries in general a presumption of good faith.¹¹⁴ In the ECtHR's opinion this is the case because of Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) which stands for the duty of good faith performance of treaty obligations (*pacta sunt servanda*). This norm would hinder the requesting state to revive the original charges once a diplomatic note has been issued.¹¹⁵ In *McCallum* the competent prosecutor of the state of Michigan made such a commitment by guaranteeing measures in the proceedings against the applicant which

¹⁰⁸ C. eur. GC, a.a.O., *Sanchez-Sanchez v The United Kingdom*, §§ 94 ff.

¹⁰⁹ C. eur. GC, a.a.O., *Sanchez-Sanchez v The United Kingdom*, §§ 107 f.

¹¹⁰ C. eur. GC, dec., 21.9.2022, *McCallum v Italy*, App no 20863/21, § 56.

¹¹¹ C. eur. GC, dec., a.a.O., *McCallum v Italy*, §§ 54 ff.

¹¹² The complaint was lodged on the 22.4.2021, *McCallum v Italy*, App no 20863/21 – <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210410> – last accessed on 4.4.2023.

¹¹³ C. eur., 7.9.2021 relinquishment according to Article 30 ECHR, *McCallum v Italy*, App no 20863/21.

¹¹⁴ C. eur. GC, dec., 21.9.2022, *McCallum v Italy*, App no 20863/21, §§ 49 ff.

¹¹⁵ C. eur. GC, dec., *McCallum v Italy*, § 52.

would render the outcome, namely the actual sentence, to be in accordance with the ECtHR's jurisprudence on the compatibility of life imprisonment with Article 3 ECHR.¹¹⁶ Further the Court held, that the procedural guarantees of the *post-Vinter* case-law on Article 3 ECHR would not equally apply to cases in an extradition context by referring to *Sanchez-Sanchez*.¹¹⁷

IV. With the judgement in *Sanchez-Sanchez* the ECtHR has not only overruled *Trabelsi*. The Court has also limited the applicability of certain criteria set out in the jurisprudence of Article 3 ECHR on life sentences to extradition cases.¹¹⁸ This reasoning is startling as Article 3 ECHR is of absolute nature. It creates additional hurdles for potential applicants who want to claim a violation of their rights enshrined in Article 3 ECHR in extradition cases in combination with irreducible life sentences. The fact that the applicant bears the burden of proof makes it immensely difficult for the individual affected by a possible extradition to a non-CoE member state to effectively enforce their rights under Article 3 ECHR. The Court's decision to declare the application in the case *McCallum* inadmissible illustrates this difficulty. It is highly likely that future cases before the Court will not be successful because of the applicant's inability to prove the life sentence to violate their rights under Article 3 ECHR. This is especially true as the ECtHR is content that a diplomatic note suffices on the other hand to ensure the lack of treatment contrary to Article 3 ECHR. In the Courts opinion a state would not revive original charges if declared in such an official note because of the duty of good faith according to Article 26 VCLT.

While it is true that international obligations should be considered duly and it is not for the CoE member states to impose the Convention rights on third requesting states, it is unfortunate that the ECtHR weighed those colliding interests in favour of the state's international obligations. As a result, the burden to prove a real risk of an imminent violation of their conventional rights is solely placed upon the applicant. This seems to be an extremely difficult task when facing a discretionary life sentence. On top of that, the limitation of the scope of the *second stage test* to the substantial criteria in the *post-Vinter* jurisprudence only weakens the applicant's "right to hope" of actually being released into society again because without procedural safeguards in place the mere existence of a review mechanism does not guarantee this mechanism to be effective in any way.¹¹⁹ From a human rights standpoint it would be preferable if the Court re-evaluated its findings in order to effectively guarantee the protection of the absolute rights enshrined in Article 3 ECHR.¹²⁰

One can only hope that the ECtHR does not change its jurisprudence on the topic of life imprisonment and its compatibility with Article 3 ECHR as well. In fact, a more stringent jurisprudence on the *de jure* and *de facto* criteria would help to safeguard the guarantees of this provision in a better way. This could be achieved by narrowing the *de jure* criterion down by creating clearer and more certain procedural safeguards concerning the process of judicial review. While it is understandable that the ECtHR wants to stay within its competence when it comes to reviewing the national law policies,¹²¹ it would provide more legal clarity and certainty for the individual subjected to those procedures.¹²² Even if a multi- or bilateral extradition agreement exists between states involved in an extradition process, the extraditing state as a CoE-member state must take the ECHR into account insofar as

¹¹⁶ C. eur. GC, dec., *McCallum v Italy*, § 50.

¹¹⁷ C. eur. GC, dec., *McCallum v Italy*, § 53.

¹¹⁸ C. eur. GC, dec., *McCallum v Italy*, § 53.

¹¹⁹ See also P. Arnell: *Extradition and the Regrettable Influence of Politics upon Law: The European Court of Human Rights' Decision in Sanchez-Sanchez v UK*, *VerfBlog*, 2022/11/17, <https://verfassungsblog.de/extradition-and-the-regrettable-influence-of-politics-upon-law/>, DOI: [10.17176/20221117-215703-0](https://doi.org/10.17176/20221117-215703-0) – last visited on 31.3.2023.

¹²⁰ Different point of view: L. Graham, *Life Sentences and Article 3 ECHR in the Extradition Context: Sanchez-Sanchez v United Kingdom*, *European Human Rights Law Review* 2023, 40.

¹²¹ C. eur. GC, 12.2.2008, *Kafkaris v Cyprus*, App no 21906/04, §§ 104 ff.

¹²² Similar C. eur. GC, 26.4.2016, *Murray v The Netherlands*, App no 10511/10, partly concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, §§ 13-16; D. Galliani, *The Reducible Life Imprisonment Standard from a Worldwide and a European Perspective*, *Global Jurist* 2016 16, 81, 99, demands judicial review in general.

absolute fundamental guarantees of human rights protection, as Article 3 ECHR, give grounds for refusal. States are not allowed to deviate from these international standards by mutual consent and agreement.¹²³ Although states like the United Kingdom or Belgium have not obliged with interim measures of the ECtHR (*Rule 39*) in the past and extradited suspects to the USA, this does not mean that their actions were in accordance with the ECHR. Even with the changed jurisprudence on this particular matter, Article 3 ECHR can still prevent an extradition request to be granted.

If non-CoE member states want their extradition requests to be granted, they should make sure beforehand that their sentences and prison regimes comply with the aforementioned principles of the ECHR. If they are not in accordance with these human rights standards, they should consider the possibility (eg through formal diplomatic guarantees¹²⁴) of refraining from practices or penalties that are contrary to the ECHR in their criminal proceedings involving the person subject to the extradition. Otherwise, a CoE-member state requested for extradition will have to abstain from extradition in order to avoid breaching the ECHR itself.

¹²³ Relative human rights can but do not always give grounds for refusal, see M. Costa, a.a.O., 91-93.

¹²⁴ Cf. C. eur. GC, dec., 21.9.2022, *McCallum v Italy*, App no 20863/21, §§ 49 ff.; here, the ECtHR also imposes certain requirements, see A. Oehmichen, *Verfassungs- und europarechtliche Grenzen der Auslieferung*, StV 2017, 257, 258; J. Silves, *Extradition and Human Rights, Diplomatic Assurances and Human Rights in the Extradition Context* - <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048bdaf> – last visited on 31.3.2023.

LA PROSPETTATA ABROGAZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO: PIÙ PRO CHE CONTRO

di Bartolomeo Romano (*Professore ordinario di diritto penale, Università di Palermo*)

L'articolo si sofferma sulla continua riforma dell'abuso di ufficio, dall'originario testo del 1930 sino all'ultima versione del 2020. Alla luce di tutte tali modifiche, insufficienti e poco durature, l'articolo verifica la praticabilità della recente proposta di abrogare l'art. 323 c.p., dovuta al disegno di legge Senato 808, concludendo nel senso della prevalenza delle ragioni favorevoli rispetto a quelle contrarie.

The article focuses on the continuous reform of abuse of office, from the original text of 1930 to the latest version of 2020. In light of all these insufficient and short-lasting modifications, the article verifies the feasibility of the recent proposal repeal the art. 323 c.p., due to Senate bill 808, concluding in the sense of the prevalence of favorable reasons over those against

SOMMARIO: 1. Un quadro complesso. – 2. L'abuso innominato nella versione del 1930. – 3. La lettura costituzionalmente orientata dei delitti contro la P.A. – 4. L'intervento del diritto penale sull'azione amministrativa e la burocrazia del non fare. – 5. La riforma dovuta alla l. 26.4.1990 n. 86. – 6. Le modifiche dovute alla l. 16.7.1997 n. 234, ed alla l. 6.11.2012 n. 190. – 7. La riforma del 2020. – 8. La via dell'abrogazione nel d.d.l. S. 808. – 9. I contro e i pro all'abrogazione: a) la ritenuta presenza di vincoli sovranazionali. – 10. b) La temuta riespansione di fattispecie punite più gravemente. – 11. c) La creazione di vuoti di tutela. – 12. d) L'indebolimento della "lotta" alla corruzione. – 13. e) Lo sviamento da altri profili critici dei delitti contro la pubblica amministrazione. – 14. f) La capacità del "sistema giustizia" a generare poche condanne. – 15. La prevalenza delle ragioni dell'abrogazione sulla sostanziale conservazione dello *status quo*.

1. Da qualche anno, uno dei miei poli di interesse scientifico è rappresentato dal delitto di abuso di ufficio¹.

Del resto, l'abuso d'ufficio ha rappresentato, e ancora rappresenta, una delle fattispecie penali maggiormente stimolanti, controverse e discusse; e non solo tra i delitti contro la pubblica amministrazione².

¹ B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica Amministrazione*, ne *Il Penalista*, Focus del 28.7.2020; Id., *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale*, ne *Il Penalista*, 11.12.2020; Id., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *PDP*, 19.1.2021; Id., *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, ne *Il "nuovo" abuso di ufficio*, a cura di B. Romano, Pisa 2021, 5-13; Id., *Brevi considerazioni sulle ulteriori proposte di riforma dell'abuso di ufficio, a partire dalle responsabilità dei sindaci*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2021, 11; Id., *Legittima la scelta di abrogare parzialmente l'abuso di ufficio mediante decreto-legge*, in *PDP* 2021, 803-808; Id., *La Cassazione ribadisce la parziale abolitio criminis dell'abuso di ufficio*, ne *Il Penalista*, *Giurisprudenza commentata* del 20.9.2022. Per uno sguardo al contesto, Id., *Nozioni introduttive*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano e A. Marandola, Milano 2020, 3-21. Volendo, cfr. anche B. Romano, *La burocrazia del non fare crea spazi per i favori*, ne *Il Giornale di Sicilia*, 1.3.2020, 1 e 6; Id., *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso di ufficio*, ne *Il Dubbio*, 1.8.2020, 6 e 7.

² Sui delitti contro la pubblica amministrazione, limitandomi alle principali trattazioni generali: N. Levi, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano 1935; F. Grispigni, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Roma 1953; S. Riccio, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino 1955; R. Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli 1966; *La riforma dei delitti contro la P.A.*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1987; A.M. Stile, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *DigDPen*, I, Torino 1987, 129; V. Russo, *I reati contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli 1991; P. Severino Di Benedetto, *Pubblica amministrazione (delitti contro la)*, in *EG*, XXV,

Infatti, le vicende che coinvolgono il delitto di cui all'art. 323 del codice penale hanno una importanza che esorbita la stessa funzione e lo stesso ruolo dell'abuso di ufficio, poiché investono la nozione di pubblica amministrazione, anche nei suoi rapporti con gli altri "settori" dello Stato (soprattutto, la magistratura), e interessano tematiche penalistiche di straordinaria rilevanza ed importanza, prime tra tutte la tassatività o determinatezza e la successione di norme penali nel tempo.

Dall'originario testo del 1930 sino all'ultima riforma intervenuta nel 2020, la continua riscrittura dell'abuso di ufficio è anche la narrazione del tentativo del legislatore di dare maggiori certezze al pubblico funzionario circoscrivendo la fattispecie, ma lasciando comunque ampi margini all'intervento del diritto penale. È tuttavia una storia caratterizzata da riforme parziali, insufficienti e poco durature.

Di qui, dalla considerazione che l'abuso di ufficio è irrimediabile e irriducibile, il d.d.l. S. 808, recante «modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare», comunicato alla Presidenza il 19.7.2023, prevede – all'art. 1 co. 1 lett. b – l'abrogazione dell'art. 323 Cp.

Per comprendere se tale esito sia ragionevole e possibile occorre ripercorrere rapidamente la storia normativa dell'art. 323 Cp, verificando poi le ragioni contrarie e quelle favorevoli ad un esito così netto³.

2. Nell'impianto del codice penale del 1930, il delitto di cui all'art. 323, rubricato «abuso di ufficio in casi non previsti specificamente dalla legge», rappresentava una sorta di norma di chiusura del sistema, peraltro già di per sé abbastanza indeterminato e generico, in virtù della coesistente presenza del peculato per distrazione (art. 314 Cp) e, soprattutto, del delitto di interesse privato in atti di ufficio (art. 324 Cp)⁴.

Roma 1991; *Reati contro la pubblica amministrazione. Scritti in memoria di Angelo Raffaele Lataglia*, a cura di F. Coppi, Torino 1993; *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di T. Padovani, Torino 1996; G. Iadecola, *La riforma dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino 1998; *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'Avirro, Padova 1999; *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di A. Segreto, G. De Luca, Milano 1999; C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, I, Padova 2001; B. Bevilacqua, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova 2003; *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, Torino 2004; *I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino 2008; A. Pagliaro, M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*¹⁰, Milano 2008; S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008; *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, V, Torino 2011; *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, in S. Moccia, *Trattato di diritto penale*, II, Napoli 2011; *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, VI, Milano 2015; *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali*, a cura di G. Flora, A. Marandola, Pisa 2019; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Artt. 314-335-bis cod. pen., in *Commentario sistematico*⁴, Milano 2019; *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, Torino 2020.

³ Per riflessioni *de jure condendo*, ma ovviamente prima dell'ultima riforma approvata e di quella da ultimo prospettata, *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, Torino 2018.

⁴ Sull'originaria formulazione dell'art. 323 Cp, oltre ad alcune tra le opere citate nella nota precedente, cfr. almeno: E. Contieri, *Abuso innominato di ufficio*, in *ED*, I, Milano 1958, 187 ss.; F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *RIDPP* 1966, 985 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*⁵, V, a cura di P. Nuvoletti, G.D. Pisapia, Torino 1981, 271; S. Seminara, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti d'ufficio*, in *FI* 1984, II, 342 ss.; T. Padovani, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in *RIDPP* 1986, 1042 ss.; Id., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *RIDPP* 1989, 76 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale, Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*⁴, Milano 1986, 269 ss.; M. Parodi Giusino, *Abuso innominato d'ufficio*, in *DigDPen*, I, Torino 1987, 41 ss.; B. Romano, *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, cit., 5 ss.

In particolare, per l'originario art. 323 Cp: «il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire cinquecento a diecimila».

Dunque, il soggetto attivo del delitto era solo il pubblico ufficiale e non anche l'incaricato di un pubblico servizio. Previsione che era stata frutto di convincenti riserve⁵, tanto che, a partire dalla riforma dell'art. 323 Cp dovuta alla legge n. 86 del 1990, soggetti attivi possono essere sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio.

Un altro punto di particolare rilievo riguardava la clausola di riserva presente nella disposizione: «qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge» (di qui, la locuzione abuso «innominato» d'ufficio). Si trattava di una clausola di riserva assolutamente indeterminata, che serviva a qualificare l'art. 323 Cp come norma «sussidiaria», alla quale si poteva ricorrere, per espressa volontà del legislatore, solo qualora non fossero applicabili altre norme⁶. Oggi, invece, è presente una clausola di consunzione, legata alla eventuale configurabilità di «un più grave reato», al quale quello disciplinato dall'art. 323 Cp deve cedere il passo. In tal modo, si è persa, in parte, la vecchia funzione di norma di chiusura del sistema e, al contempo, è stata necessaria una maggiore determinatezza della fattispecie, alla quale hanno aspirato tutte le modifiche normative dell'abuso di ufficio intervenute negli anni.

Inoltre, un ruolo centrale, nell'originario art. 323 Cp, lo ricopriva la nozione di «abuso di potere» da parte del pubblico ufficiale. Si trattava di una espressione certamente generica, sebbene fosse precisato che si dovesse abusare di poteri inerenti alle funzioni del pubblico ufficiale. Secondo la lettura preferibile, l'abuso di potere doveva comportare uno «sviamento del potere dalla causa tipica, per la quale il potere stesso è conferito al pubblico ufficiale»⁷. Proprio sul punto si sono registrati i maggiori sforzi di tipizzazione della fattispecie, a partire dalle modifiche dovute all'art. 1 della legge 16.7.1997 n. 234 («in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti»: *infra*, par. 6), per giungere al testo vigente, dovuto all'art. 23 del d.l. 16.7.2020 n. 76, convertito sul punto senza modificazioni dalla legge 11.9.2020, n. 120 («in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti»: *infra*, par. 7).

Peraltro, nell'originario art. 323 Cp, la presenza del dolo specifico («per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio»), se da un lato serviva a circoscrivere la fattispecie, dall'altro rendeva sufficiente il perseguimento della finalità ulteriore, senza che fosse necessaria la realizzazione del fine⁸. Sempre per tentare di limitare gli spazi di intervento della fattispecie, a partire dalla versione dell'art. 323 Cp dovuta all'art. 1 della l. 16.7.1997 n. 234, il legislatore richiederà il dolo intenzionale e, dunque, legherà la consumazione del reato alla condotta del soggetto attivo che intenzionalmente «procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto». Infine, occorre notare come, nella versione originaria dell'art. 323 Cp, la pena fosse particolarmente lieve, come spesso si usa nelle norme di chiusura: la reclusione fino a due anni, addirittura alternativa (come indicato dalla disgiuntiva «o») alla multa da lire cinquecento a diecimila. *More solito*, la pena è, negli anni, lievitata: da sei mesi ai tre anni di reclusione sino alla attuale reclusione da uno a quattro anni (dovuta alla l. 6.11.2012 n. 190). Pena ancora aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno abbiano un carattere di rilevante gravità.

⁵ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 272.

⁶ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 275; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 235 ss. Sulle clausole di riserva, più in generale, cfr. B. Romano, *Diritto penale, parte generale*⁴, Milano 2020, 423.

⁷ A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 211 ss.

⁸ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 284 ss.

3. L'originario abuso di ufficio rifletteva la convinzione che i delitti contro la pubblica amministrazione in generale tutelassero l'interesse pubblico concernente il normale funzionamento ed il prestigio della pubblica amministrazione per ciò che concerne la probità, la fedeltà e il rispetto dovuto soprattutto dai pubblici funzionari⁹.

Per tali ragioni, il Titolo II del Libro II del codice penale segnava un netto distacco tra pubblica autorità e (sudditi, oggi) cittadini, con un rapporto fortemente subordinato dei secondi rispetto alla prima. Questa impostazione rispecchiava certamente una visione pubblicistica e verticistica dei delitti in esame, nei quali l'autorità era "incarnata" dai pubblici ufficiali che si ponevano su una sorta di piedistallo, sul quale erano maggiormente tutelati, ma anche in maggior misura responsabili rispetto ai comuni cittadini¹⁰.

In tal senso, potevano leggersi, da un lato, la mancata previsione della non punibilità della c.d. reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, poi introdotta dall'art. 4 d.l. 14.9.1944 n. 288, ed oggi disciplinata dall'art. 393-bis Cp; e, dall'altro, la severa disciplina della concussione, di cui all'art. 317 Cp, o dell'originario oltraggio a un pubblico ufficiale, di cui all'art. 341 Cp (non a caso, dichiarato costituzionalmente illegittimo da C. cost. 341/1974, nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la reclusione per mesi sei).

Per reazione e contrasto all'impianto originario del codice penale, parte della dottrina ha ritenuto preferibile ancorare il bene giuridico tutelato nei delitti contro la pubblica amministrazione alla Costituzione e, in particolare, all'art. 97, il quale, al comma 2, chiarisce che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»¹¹. Dunque, i veri beni giuridici tutelati sarebbero, appunto, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione: il primo garantirebbe l'efficienza dell'azione amministrativa in aderenza al pubblico interesse; la seconda sarebbe posta a presidio della parità di trattamento tra tutti i cittadini, che non dovrebbe essere alterata dalla condotta (illecita) dei pubblici agenti.

Certo, neanche tale impostazione è andata esente da critiche. In particolare, si è da più parti osservato che il riferimento al buon andamento ed all'imparzialità della pubblica amministrazione è comunque generico e, dunque, non in grado di fotografare con precisione il vero oggetto della tutela penale¹². Inoltre, si è rilevato come la Costituzione, all'art. 54 co. 2, richiami correttezza e prestigio della pubblica amministrazione, allorché sancisce che «i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore»¹³; e, quindi, abbandonare il riferimento al prestigio della pubblica amministrazione sarebbe opzione non del tutto condivisibile. Infine, si è sottolineato che, in realtà, i reati contro la pubblica amministrazione sarebbero reati plurioffensivi, nei quali al bene giuridico di categoria, spesso riflettente una pluralità di beni-interessi, dovrebbe aggiungersi il bene giuridico specifico¹⁴. In tal senso, si tende ad ammettere la possibilità che il

⁹ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 1. Sul punto, cfr. le osservazioni di R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano 1984, 20 ss.

¹⁰ Cfr. M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 4 ss.

¹¹ F. Bricola, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 569 (nonché in *Scritti di diritto penale*, II, t. I, Milano 1997, 2390). Analogamente: F. Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel diritto penale*, Milano 1973, 140 ss.; R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., 79 ss.; M. Catenacci, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 9 ss. Anche la giurisprudenza aderisce a questa impostazione: per tutte, Cass. S.U. 25.6.2009 n. 38691, in *DPP* 2010, 433, con commento di V. Maiello.

¹² In tal senso, già F. Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel diritto penale*, cit., 157 ss.

¹³ Cfr., M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 11 ss.

¹⁴ S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 18. In argomento, per una diversa impostazione, S. Massi, «Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur». «Offesa» e «infedeltà» nella struttura della corruzione propria, Torino, 2004, *passim*.

privato si opponga alla richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero, ai sensi dell'art. 410 Cpp¹⁵.

In ogni caso, rispetto ad un originario approccio, di stampo certamente verticale, con uno sguardo sui delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione quali strumenti di tutela del prestigio di una parte dell'apparato statale o, comunque, pubblico, si è a poco a poco, anche in virtù di un ancoraggio costituzionalmente orientato alla tutela del buon andamento e dell'imparzialità della P.A., spostata la prospettiva, con una visione quasi rovesciata, della offesa ricevuta, da noi tutti, da parte di un "pubblico" che non salvaguarda i cittadini e che finisce per essere il luogo del malaffare e del privilegio di pochi. Di qui, probabilmente, il ruolo fondamentale e centrale attribuito, almeno nella percezione diffusa, alla corruzione, da contrastare e combattere sino in fondo. Forse, più che l'efficienza dell'azione amministrativa, la richiesta maggiormente avvertita – almeno da larga parte della opinione pubblica – è quella di non fare uso privato del *munus* pubblico.

Ma, anche al di là di tali riserve, l'odore di antico che, alla luce della nuova sensibilità, sembrava si diffondesse dal "vecchio" abuso innominato in atti d'ufficio ne indicava comunque la vetustà e l'inadeguatezza. Soprattutto, il richiamo alla Costituzione esponeva, tecnicamente, il testo originario dell'art. 323 Cp, dal punto di vista della legittimità costituzionale, ad almeno due diversi dubbi.

Il primo, come anticipato, concerneva la lamentata indeterminazione della disposizione, divenuta un problema, almeno in astratto, in relazione all'art. 25 co. 2 Cost.¹⁶. Il secondo profilo riguardava la supposta disparità di trattamento, ai sensi dell'art. 3 Cost., tra il pubblico ufficiale, punito dall'art. 323 Cp, e l'incaricato di un pubblico servizio, che invece non era indicato tra i soggetti attivi del delitto. La Corte costituzionale, con sentenza n. 7 del 4.2.1965, tuttavia, ritenne infondati entrambi i dubbi¹⁷.

Oggi, come chiarito nel paragrafo precedente, il secondo dei due temi indicati è stato superato, poiché la norma vigente prevede espressamente che soggetto attivo del reato possa essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio¹⁸. Rimane, invece, l'altro profilo, quello legato alla tassatività o determinatezza, sul quale si sono esercitati il legislatore, nonché la dottrina e la giurisprudenza, negli ultimi decenni.

4. Nel sistema del 1930 – pur in presenza di un grave *deficit* di efficienza e di trasparenza dell'azione amministrativa e di una oggettiva carenza dei controlli interni – l'intervento della magistratura penale, con ruoli di vera e propria supplenza, come lo conosciamo oggi¹⁹, era però fortemente limitato da un complesso normativo estraneo al diritto penale in senso stretto, ma che comunque ne circoscriveva la disciplina e la rilevanza. Aspetto, questo, particolarmente significativo ai nostri fini, poiché è noto che le intersezioni più significative tra sindacato del giudice penale e attività amministrativa – e cioè, sostanzialmente, tra potere giudiziario e potere esecutivo – si sono verificate proprio nella disciplina del delitto di abuso di ufficio (e nei reati edilizi)²⁰.

¹⁵ M. Catenacci, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, cit., 17 ss.

¹⁶ Sul punto, per ragioni di sintesi, sia consentito il rinvio a B. Romano, *Diritto penale, parte generale*, cit., 116 ss.

¹⁷ La sentenza, oggi facilmente consultabile in www.cortecostituzionale.it, ha trovato, in dottrina, opinioni favorevoli (per tutti, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale, Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 224) e critiche (tra gli altri, F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art 323 c.p.*, in *RIDPP* 1966, 984, e S. Seminara, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti d'ufficio*, cit., 352).

¹⁸ In argomento, da ultimo, M. Lombardo, *Le qualifiche soggettive*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, cit., 23 ss., cui si rinvia per tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁹ M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 13 ss.

²⁰ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 7 ss.; A. Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.11.2012; F. Prete, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, ivi, 20.9.2013. Per una ampia indagine, M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano 2002.

Infatti, in passato, innanzitutto era presente l'istituto della c.d. garanzia amministrativa, che condizionava l'esercizio dell'azione penale nei confronti di determinati funzionari pubblici ad una previa autorizzazione. In particolare, tale autorizzazione a procedere poteva essere concessa con decreto del Capo dello Stato, sentito il Consiglio di Stato, a tutela del prefetto (salvo che per i reati elettorali) e del sindaco agente quale ufficiale del governo, e dal Ministro della giustizia nei confronti di ufficiali e agenti della polizia giudiziaria per le ipotesi di reati commessi con l'uso delle armi. L'istituto è stato dichiarato illegittimo con sentenze n. 94 del 1963 e n. 4 del 1965 della Corte costituzionale per contrasto con l'art. 28 Cost., che sancisce la piena responsabilità penale di tutti i pubblici funzionari²¹; è, dunque, venuto meno un "filtro" che oggi appare certamente anacronistico²². Allo stesso modo, il codice di rito penale del 1930, nato strategicamente in uno con il coevo codice penale, disciplinava le questioni pregiudiziali sia pure nel segno della facoltatività (art. 20 Cpp) e fissava una generale (salvo taluni casi) autorità del giudicato che decideva la questione pregiudiziale amministrativa: così, sembrava limitarsi, almeno in parte, la supremazia della via penalistica. Invece, la disciplina del sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi prevista dal codice di procedura penale del 1988 va in diversa direzione. Infatti, il codice Vassalli stabilisce che il giudice penale risolva ogni questione dalla quale dipende la decisione (salvo che sia diversamente stabilito) e che la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione amministrativa (o civile oppure penale) non abbia efficacia vincolante in nessun altro processo (art. 2 Cpp). Ancora una ragione che segna un accresciuto ambito di intervento della magistratura penale, solo leggermente attenuato da quanto previsto dall'art. 479 Cpp, nell'eventualità che la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia (civile o) amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente. In tal caso, il giudice penale, se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, può disporre la sospensione del dibattimento, fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato²³.

Saltati, nel tempo, i ricordati limiti, i difetti dell'originaria norma sull'abuso di ufficio sono emersi con particolare evidenza.

A ciò si aggiunga che il delitto di cui all'art. 323 Cp ha subito un destino, comune a quasi tutte le fattispecie presenti tra i delitti contro la pubblica amministrazione, amplificato e reso evidente da fenomeni diffusi di malcostume e di vera e propria corruzione sistemica, sino alla emersione (e, forse, alla emergenza) di "tangentopoli" all'inizio degli anni '90 del secolo scorso, con conseguente affermazione della c.d. questione morale²⁴.

Almeno da allora, ciclicamente, più che l'efficienza dell'azione dell'apparato pubblico, si è inteso porre al centro dell'attenzione del legislatore la questione della "lotta" o del "contrasto" alla corruzione, ritenuta – certo, non a torto – un problema gravissimo del nostro Paese²⁵, soprattutto alla

²¹ C. cost. n. 94 del 1963 si può leggere in www.cortecostituzionale.it, nonché in RIDPP 1963, 923, con nota di E. Casetta, *Cade l'istituto della garanzia amministrativa*, ed in *Giur. cost.* 1963, 783, con nota di V. Crisafulli, *Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex art. 16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione*. Per C. cost. n. 4 del 1965 (oltre che www.cortecostituzionale.it), cfr. RIDPP 1965, 1045, con nota di I. Gorlani, *In ordine all'illegittimità costituzionale dell'autorizzazione a procedere contro il sindacato ed il prefetto*, e *Giur. cost.* 1965, 21, con nota di G.B. Verbari, *Un anacronismo costituzionalmente illegittimo: l'istituto della garanzia amministrativa*.

²² Per tale sottolineatura, S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 8.

²³ La sospensione è disposta con ordinanza, contro la quale può essere proposto ricorso per cassazione, che non ha effetto sospensivo. Tuttavia, qualora il giudizio civile o amministrativo non si sia concluso nel termine di un anno, il giudice, anche di ufficio, può revocare l'ordinanza di sospensione.

²⁴ Cfr. P. Davigo, G. Mannozi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari 2007, *passim*. Più recentemente, R. Borsari, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, Torino 2020, 326 ss.

²⁵ Sul punto, A. Vannucci, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 25 ss.

luce della c.d. corruzione percepita²⁶. La normativa italiana, dunque, è stata spesso ritenuta insufficiente e, anzi, una sorta di concausa del malcostume e della corruttela. Anche ciò ha contribuito ad una notevole (per molti, eccessiva) ampiezza dell'intervento della magistratura sulla pubblica amministrazione, attraverso il c.d. controllo di legalità, spesso perseguito proprio tramite il “cavallo di Troia” dell'abuso di ufficio.

Questo aspetto è molto importante, perché si sono affidati al diritto penale, al processo penale e a tutto ciò che “gira” loro intorno un ruolo ed una funzione che hanno in ben pochi Paesi. Nel campo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, come in molti altri settori, ma forse più che in altri settori, il contrasto penalistico rappresenta un simbolo, trasmette “messaggi”, testimonia impegno alla repressione di un fenomeno certamente disdicevole e meritevole di attenzione da parte della polizia giudiziaria e della magistratura.

Tuttavia, anche per reazione a tale situazione, i pubblici agenti hanno adottato una condotta che ha dato luogo alla “burocrazia del non fare” (o “burocrazia difensiva”), con un generalizzato immobilismo della pubblica amministrazione. In particolare, l'abuso di ufficio, a tutti i livelli, sia quelli statuali, che regionali o locali, è avvertito come un rischio reale, effettivo, che terrorizza chi deve prendere decisioni. La norma di cui all'art. 323 Cp è stata, ed è, probabilmente una delle principali cause della c.d. fuga dalla firma.

È un “blocco”, questo, che immobilizza il Paese e la sua economia; profilo particolarmente rilevante in un momento, come l'attuale, nel quale occorre garantire la piena attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), con ben 191,5 miliardi di euro da spendere (dei quali 2,3 dedicati alle riforme in materia di giustizia): una cifra enorme per un'occasione storica, talmente importante che non la dovremmo assolutamente perdere²⁷.

5. Dunque, nel tentativo di conferire maggiore determinatezza alla norma sull'abuso di ufficio ed al contempo limitare le paure dei pubblici funzionari nei confronti di azioni penali nei loro confronti, si giunse alla riforma dovuta alla l. 26.4.1990 n. 86, la quale, tra l'altro, sostituì integralmente l'art. 323 Cp²⁸. Più precisamente, il nuovo testo, sotto una rubrica più asciutta («abuso d'ufficio») stabilì: «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è

²⁶ Secondo *Transparency International*, organizzazione internazionale non governativa che si occupa della corruzione, nel 2022 l'Indice di Percezione della Corruzione vedrebbe l'Italia al 41° posto nel mondo su 180 Paesi, con un punteggio di 56 su 100. Si confermerebbe, quindi, il *trend* in lenta crescita del nostro Paese nella classifica globale. Sempre sulla base di 13 sondaggi e valutazioni di esperti sulla corruzione nel settore pubblico (ognuno dei quali assegna un punteggio da 0, altamente corrotto, a 100, per niente corrotto), dal 2012 (con l'introduzione della Legge Severino e poi con l'istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione) l'Italia è tra i Paesi dell'area dell'Europa occidentale e dell'Unione europea che hanno registrato maggiori progressi (ha, infatti, guadagnato 14 punti), nonostante resti ancora sotto la media del punteggio europeo. L'Indice di Percezione della Corruzione conferma l'Italia al 17° posto tra i 27 Paesi membri dell'Unione Europea. Per maggiori informazioni, cfr. www.transparency.it.

²⁷ Naturalmente, non può essere questa l'unica ragione che può condurre ad un esito abrogativo, come invece sembra ritenere E. Amodio, *Il fine vita dell'abuso di ufficio: uno scudo per la gestione libera di fondi europei?*, in *DisCrimen*, 22.6.2023. Ma è un argomento del quale tenere realisticamente e trasparentemente conto nel quadro complessivo delle motivazioni di una riforma.

²⁸ Sul testo dovuto alla l. 24.6.1990 n. 86: A.M. Stile, *Commento all'art. 16, l. 26/4/1990, n. 86*, in *LP* 1990, 331 ss.; C.F. Grosso, *L'abuso di ufficio*, in *RIDPP* 1991, 321 ss.; T. Padovani, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile, Milano 1991, 584; F. Bricola, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino 1993, 18 ss.; R. Rampioni, *L'abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, cit., 117 ss.; M. Parodi Giusino, *Abuso d'ufficio*, in *DigDPen*, VIII (app. aggiorn.), Torino 1994, 600 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*⁷, Milano 1995, 242 ss.; P. Pisa, *Abuso di ufficio*, in *EG*, II, Roma 1995, 10; A. Segreto, G. De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*², Milano 1995, 514 ss.; C. Cupelli, *La riforma del 1990*, in *Il “nuovo” abuso di ufficio*, cit., 15 ss.

commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».

È il caso di segnalare, sia pur sinteticamente, come la complessità dell'intervento normativo dovuto alla legge del 1990 (con abrogazioni, sostituzioni ed aggiunzioni), la consueta mancanza di norme transitorie, unita alla importanza ed alla delicatezza della materia e alla presenza di numerosissimi procedimenti penali pendenti su tutto il territorio nazionale per delitti contro la pubblica amministrazione, segnarono l'inizio di un dibattito, poi mai più interrotto, sulla tematica, di carattere generale, della successione di norme penali nel tempo. Infatti, fu la prima volta che si delineò con nettezza la ormai nota distinzione tra *abrogatio cum abolitione* e *abrogatio sine abolitione*²⁹.

6. Tuttavia, i risultati sperati dall'intervenuta riforma dell'abuso di ufficio non furono raggiunti e, pochi anni dopo, il legislatore ritornò a modificare l'art. 323 del codice penale³⁰.

Nuovamente, con l. 16.7.1997 n. 234, l'art. 323 Cp fu integralmente sostituito, con tale testo: «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».

Più recentemente, la l. 6.11.2012 n. 190 (c.d. legge Severino, significativamente intitolata «disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»), nel consueto rilancio in termini di gravità della cornice edittale, ha addirittura aggravato la pena prevista dal primo comma dell'art. 323 Cp, sostituendo le parole «da sei mesi a tre anni» con le seguenti: «da uno a quattro anni».

Inutile ribadire che i problemi sopra indicati non soltanto non sono stati superati con i due interventi normativi da ultimo considerati, ma si sono persino ulteriormente complicati, considerato l'aumento di pena.

7. Con tali premesse, non può stupire che il lungo e tormentato cammino dell'abuso di ufficio recentemente abbia incrociato, ancora una volta, il legislatore. Infatti, con il d.l. 16.7.2020 n. 76, recante «misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito (sul punto) senza modificazioni dalla l. 11.9.2020 n. 120, il legislatore è nuovamente intervenuto sull'abuso di ufficio³¹.

²⁹ Sul punto, mi permetto di rinviare a B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 66 ss.

³⁰ Sul testo dovuto alla l. 16.7.1997 n. 234, ed alla l. 6.11.2012 n. 190: C. Cupelli, *Il nuovo abuso d'ufficio: tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Legalità e giustizia*, 1998, 47 ss.; Id., *L'abuso di ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, cit., 273 ss.; M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit.; A. Tesaro, *Violazione di legge ed abuso di ufficio*, Torino 2002; S. Seminara, Art. 323, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, Padova, 2003, 938 ss.; A. di Martino, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, cit., 236 ss.; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino 2004; E. Infante, *Abuso d'ufficio*, ne *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di Diritto penale, parte speciale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 295 ss.; G. Ruggiero, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, cit., 345 ss.; C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova 2016, 411 ss.; M. Catenacci, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, cit., 131 ss.; S. Fiore, *Abuso d'ufficio*, ne *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Fiore, G. Amarelli, Torino 2018, 223 ss.; S. Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *AP* 2019, 5 ss.; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 349 ss.; A. Merlo, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, ne *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., 33 ss.

³¹ Sull'intervento del 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

In particolare, l'art. 23 del citato d.l. 16.7.2020 n. 76, ha disposto che, all'art. 323 co. 1 Cp, le parole «di norme di legge o di regolamento,» siano sostituite dalle seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Dopo la feroce “caccia all'uomo”, ed al funzionario infedele, tipici della legge Severino e, soprattutto, della c.d. spazza-corrotti (l. 9.1.2019 n. 3, recante «misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici»), si è tentata una sorta di rivoluzione copernicana, frutto di un approccio diverso. Più precisamente, il decreto-legge *de quo* agisce dichiaratamente – secondo il comunicato stampa diffuso subito dopo l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri del 7.7.2020, nonché la stessa conferenza stampa dell'allora Presidente del Consiglio – al fine di semplificare i procedimenti amministrativi, eliminare e velocizzare gli adempimenti burocratici, digitalizzare la pubblica amministrazione, sostenere l'economia verde e l'attività di impresa. A tal fine, si opera con semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia, semplificazioni procedurali e responsabilità, misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale, semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e *green economy*.

Quanto allo specifico tema della responsabilità dei pubblici agenti, si agisce “a forbice”, sia sotto il profilo della responsabilità erariale, che sotto quello della responsabilità penale.

Per quanto attiene, in particolare, alla responsabilità erariale, innanzitutto si incide sull'art. 1 della legge sulla Corte dei conti (l. 20/1994), al quale si aggiunge che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso». Pertanto, il procuratore della Corte dei conti non potrà limitarsi a provare che la condotta sia stata frutto della previsione e volontà dell'incolpato, ma deve dimostrare la volontà dell'evento. Inoltre, l'art. 21 del d.l. 76/2020 prevede che, limitatamente ai fatti commessi dal 17.7.2020 e fino al 31.7.2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti «è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta», a meno che non si tratti di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente: siamo in presenza, dunque, di una specie di scudo erariale, pur dalla portata transitoria.

L'altra parte della “sforbiciata”, invece, riguarda da vicino il diritto penale e incide direttamente sull'art. 323 Cp. Rispetto al passato, non è più sufficiente che il pubblico funzionario violi qualsiasi norma di legge o di regolamento.

Innanzitutto, occorre che la violazione concerna leggi o atti aventi forza di legge: pertanto, “norme primarie” e non più anche il regolamento. Questa modifica ha una portata di grande respiro, tagliando di fatto la punibilità di un numero elevatissimo di condotte prima punibili.

Inoltre, il d.l. 76/2020 richiede che la violazione sia (non più di qualsiasi violazione di una norma, ma) «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Anche questa innovazione restringe notevolmente la sfera del penalmente rilevante, poiché non sembrerebbe potersi più fare riferimento – come faceva la precedente giurisprudenza – alla violazione dell'art. 97 Cost. (con il generico riferimento al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, che tutto può fagocitare e comprendere) ma occorre individuare singole condotte espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge.

www.sistemapenale.it, 17.7.2020; G. Insolera, *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *DisCrimen*, 31.7.2020; B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica Amministrazione*, cit.; Id., *La prima pronuncia della Cassazione sul “nuovo” abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit.; Id., *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit.; Id., *Legittima la scelta di abrogare parzialmente l'abuso di ufficio mediante decreto-legge*, cit.; Id., *La Cassazione ribadisce la parziale abolitio criminis dell'abuso di ufficio*, cit.; Id. (a cura di), *Il “nuovo” abuso di ufficio*, cit. (e ivi soprattutto i contributi di G.L. Gatta, M. Gambardella, T. Padovani).

Infine, il d.l. 76/2020 chiarisce che occorre la violazione di specifiche regole di condotta, espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, «dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Dunque, se il pubblico agente esercita un potere discrezionale, non dovrebbe essere possibile farne derivare una responsabilità penale, almeno per il delitto di abuso di ufficio.

Con l'ultimo intervento normativo si è tentato, quindi, nuovamente di incidere sull'abuso di ufficio e di limitare la “burocrazia difensiva”. Rimangono, peraltro, alcuni profili dubbi, quali – ad esempio – quello legato alla punizione dell'inosservanza di regole di condotta puramente formali o di natura meramente procedimentale, benché fissate dalla legge o da atti aventi forza di legge e prive di margini di discrezionalità. Si sarebbe potuto, allora, ulteriormente specificare che le regole violate dovrebbero essere collegate alle funzioni e al servizio esercitato o riguardare la disciplina degli interessi affidati alla tutela della pubblica amministrazione.

In ogni caso, a fronte di tutte le ricordate riforme, ed anche di quella intervenuta nel 2020, il delitto di abuso di ufficio non è giunto ad una versione rassicurante e dai confini certi e predeterminati³².

8. La prova del nove di un esito normativo indeterminato e fumoso è nei numeri. Come emerge dalla relazione al d.d.l. S. 808, nel 2021 vi sono state 4.745 iscrizioni nel registro degli indagati, con ben 4.121 provvedimenti di archiviazione. Le condanne, invece, sono state 18 in dibattimento in primo grado (naturalmente, passibili di riforma in appello o in Cassazione), 9 davanti al GUP e sono intervenute 35 sentenze di patteggiamento. Nel 2022 sono state iscritte nel registro degli indagati 3.938 persone, con 3.536 archiviazioni.

Numeri insostenibili, che meritano una profonda riflessione critica³³. Come anticipato, la scelta fatta con il d.d.l. S. 808 non è stata quella di riformulare ulteriormente il delitto *de quo*, ma è stata quella di abrogarlo, anche sulla base della considerazione che non mancano – nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, che potrebbero punire singole condotte³⁴. È dunque opportuno verificare, naturalmente dal mio punto di vista, se tale scelta sia possibile, sia condivisibile oppure se vi siano prevalenti ragioni contrarie.

9. Un primo ordine di obiezioni e di riserve critiche sulla possibilità di abrogare l'abuso di ufficio è riconducibile alla ritenuta presenza di vincoli sovranazionali che impedirebbero di perseguire tale esito.

In particolare, si afferma che l'Italia, abrogando l'art. 323 Cp, violerebbe gli obblighi internazionali che impongono una penalizzazione di condotte abusive, innanzitutto per contrasto con l'art. 19 della

³² Cfr. anche A. Sessa, *L'art. 323 c.p.: l'abuso d'ufficio del “quinto” tipo tra dommatica di garanzia e razionalità della politica criminale*, in Riv. trim. dir. pen. ec. 2022, 625 ss.

³³ Per una rassegna stampa dei casi più celebri, cfr. <https://presuntoinnocente.com/documenti-chi-abusa-dellabusu>. Per una diversa lettura, C. Pagella, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Corte di Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 sentenze*, in SP 2023, 229 ss.

³⁴ Per tale conclusione, sia pur in termini problematici, già: B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica Amministrazione*, cit.; Id., *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso di ufficio*, cit., 7. Analogamente, con sfumature diverse, tra gli altri: V. Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in RIDPP 1997, 1234 s.; S. Perongini, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, a cura di A.R. Castaldo, cit., 20; L. Stortoni, *Intervento*, ivi, 117 ss.; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019, 124; Id., *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, in www.sistemapenale.it, 1.3.2021, 16; G. Fiandaca, A. Merlo, *Non si sblocca l'Italia senza togliere potere alla repubblica giudiziaria*, ne *Il Foglio*, 9.7.2020, IV; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it, 20.11.2020, 12 s.; S. Vinciguerra, *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in FI 2020, 373; L. Della Ragione, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, M. Nadeo, Torino 2021, 126; S. Fiore, *Abuso d'ufficio*, ne *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*², a cura di S. Fiore, G. Amarelli, Torino 2021, 289; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta*, Napoli 2022, 349 ss.

Convenzione di Merida del 2003, ratificata dal nostro Paese con la legge n. 116 del 2009³⁵. Ciò esporrebbe inoltre la scelta legislativa a vizi di costituzionalità (anche se *in malam partem*), per contrasto con l'art. 117 Cost.³⁶.

Inoltre, sarebbe ostativa ad una ipotesi di abrogazione anche la recente Proposta di Direttiva UE in materia di contrasto alla corruzione del 3.5.2023 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio – ove all'art. 11 è previsto, per la prima volta, un obbligo di incriminazione dell'abuso di ufficio³⁷.

Tuttavia, a mio avviso, la Convenzione di Merida è una “Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione” che infatti impone un obbligo di incriminazione per le sole fattispecie corruttive (artt. 15 e 16), per le quali adopera l'espressione «*shall adopt*» (adotteranno); mentre all'art. 19 rimette la scelta di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio agli Stati membri, tanto è vero che utilizza la diversa espressione «*each State party shall consider adopting*» (ciascun Stato membro valuterà di adottare), anche alla luce del quadro complessivo della legislazione interna³⁸.

Quanto poi alla Proposta di Direttiva UE in materia di contrasto alla corruzione del 3.5.2023, da un lato essa conferma che nella Convenzione di Merida non vi è un obbligo di incriminazione per l'abuso di ufficio³⁹. Ma soprattutto, occorre considerare che, sulla stessa Proposta di Direttiva, la XIV Commissione della Camera dei Deputati (Politiche dell'Unione Europea) il 19.7.2023 ha redatto un “parere motivato” (ai sensi dell'art. 6, Protocollo n. 2, allegato al TUE e al TFUE), esponendo le ragioni per le quali entrerebbe in frizione con il principio di sussidiarietà e con il principio di proporzionalità, e, per quanto riguarda proprio il reato di abuso d'ufficio ha sottolineato, tra l'altro, come non sia dimostrato «l'asserito carattere transnazionale del fenomeno criminale oggetto della disciplina, invocato dalla Commissione europea a sostegno della conformità dell'intervento normativo al principio di sussidiarietà». E il parere negativo della Commissione Politiche dell'UE è stato confermato dall'aula della Camera il 26.7.2023 (con 187 sì, 100 contrari e 3 astenuti)⁴⁰.

10. Un secondo ordine di obiezioni all'intervento abrogativo riguarda la possibile riespansione di altre fattispecie, punite più gravemente⁴¹.

In realtà, però, tale preoccupazione prova troppo perché, rispetto a fattispecie più gravi, il vigente art. 323 Cp già soccombe per effetto della prevista clausola di riserva, anzi di consunzione, «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato»⁴².

³⁵ M. Romanelli, *L'insostenibile leggerezza della paura (della firma)*, in SP 2023, 55. In senso adesivo, B. Musolino, *Prospettive per una nuova riforma dell'abuso d'ufficio: è l'abrogazione dell'art. 323 c.p. la soluzione definitiva per superare la “paura della firma”?*, in PDP, 11.7.2023, 12.

³⁶ C. Cupelli, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23.1.2023; G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in SP 2023, 169.

³⁷ Così G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio*, cit., 169.

³⁸ Analogamente, L. Stortoni-G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in DisCrimen, 8.6.2023.

³⁹ Così, L. Stortoni-G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet*, cit.

⁴⁰ In senso critico su tale voto parlamentare, cfr. comunque M. Gambardella, *La “proposta di direttiva in materia di lotta alla corruzione” al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze*, in www.sistemapenale.it, 27.7.2023.

⁴¹ Per questa preoccupazione M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in DPP 2023, 618.

⁴² Infatti M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, cit., 618, ritiene, dal mio punto di vista erroneamente, trattarsi di una «clausola di sussidiarietà».

L'unico esito da contrastare sarebbe, semmai, una interpretazione estensiva delle fattispecie più gravi che, pur non potendosi escludere, sarebbe possibile già oggi, in presenza del vigente delitto di abuso di ufficio⁴³.

11. All'opposto, secondo una diffusa opinione, l'abrogazione dell'art. 323 Cp lascerebbe vuoti di tutela e indebolirebbe la salvaguardia apprestata dai delitti contro la pubblica amministrazione⁴⁴. Inoltre, l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio favorirebbe il consolidamento, ed anzi la diffusione, di condotte lontane dai parametri fissati dall'art. 97 Cost.⁴⁵.

Ora, è veramente singolare che ormai da decenni ci si lamenti di un diffuso panpenalismo, di una inflazione penale, di un uso simbolico della legislazione penale, e si spinga verso ipotesi di ampia depenalizzazione (o decriminalizzazione); ma, di contro, ogni qual volta si tenti di eliminare uno o due reati dal panorama penalistico, peraltro affollato da migliaia di incriminazioni che probabilmente colmeranno i vuoti creati, si alzino gli scudi e si gridi alla possibile diffusione della criminalità. Mi viene in mente «*not in my back yard*», «non nel mio giardino»: tutti si dichiarano, in astratto, favorevoli ad uno sfoltimento della foresta penalistica, ma poi – in concreto – non è mai la disposizione “giusta” quella da abrogare⁴⁶.

Peraltro, lunghe ed approfondite riflessioni sul carattere frammentario del diritto penale, e sul suo dover essere *extrema ratio*, dovrebbero semmai dare maggiore spazio e controllo all'apparato amministrativo, perché non tutti gli eventuali illeciti configurabili devono necessariamente essere illeciti penali⁴⁷.

12. In parziale continuità con le riserve sopra indicate, vi è chi afferma che l'abrogazione dell'abuso di ufficio indebolirebbe la “lotta” alla corruzione, almeno della corruzione “in senso ampio”⁴⁸.

In realtà, in un sistema come il nostro basato sul principio di stretta legalità e sul divieto di interpretazione analogica *in malam partem*, non sembra opportuno affidarsi a fattispecie che dovrebbero avere ampi ed indeterminati campi applicativi o che dovrebbero svolgere funzioni e rivestire ruoli eccedenti i predeterminati e circoscritti settori di intervento repressivo⁴⁹.

⁴³ Analogamente, E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio*, cit., 351.

⁴⁴ In tal senso, tra gli altri: P. Tanda, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in CP 1999, 2133 s.; G. Salcuni, *La “disciplina altrove”. L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli 2019, 213; M. Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, in SP 2021, 100 ss.; G. Morbidelli, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano 2000, 24. Più recentemente, M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23.6.2023; R. Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra pnrr e rilancio della macchina dello Stato*, in www.sistemapenale.it, 27.3.2023; A. Manna, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio: “cronaca di una morte annunciata”?*, in *DisCrimen*, 7.7.2023.

⁴⁵ A.R. Castaldo, *La riforma del 2020*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, M. Naddeo, cit., 79; M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, cit., 619.

⁴⁶ Per una sintesi, B. Romano, *Diritto penale, parte generale*, cit., in particolare 29 ss., 132 ss., 589 ss.

⁴⁷ Sul punto, cfr. le osservazioni di G. Viciconte, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Rivista della Corte dei Conti* 2021, 3, 50 ss. ed in *DisCrimen*, 2.8.2021.

⁴⁸ M. Gambardella, *La “proposta di direttiva in materia di lotta alla corruzione” al vaglio del Parlamento*, cit., 3; Id., *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel “disegno di legge Nordio”*, in www.sistemapenale.it, 26.11.2023; G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra “paura della firma”*, cit., 169.

⁴⁹ Neppure sembra avere rilievo la direttiva PIF (Protezione Interessi Finanziari) – direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, attuata con d.lgs. 14.7.2020 n. 75, poi modificato con d.lgs. 4.10.2022 n. 156 – la quale, all'art. 4, § 3, non impone un obbligo di incriminazione avente ad oggetto specificamente l'abuso d'ufficio, ma un'ipotesi di reato – denominata «*misappropriation*» (appropriazione indebita) – che sembra riconducibile all'ambito di applicazione di altre fattispecie incriminatrici previste nel nostro ordinamento, quale, ad esempio, il peculato (più precisamente, il vecchio peculato per distrazione).

Né sarebbe ragionevole affermare che il delitto di abuso di ufficio è una disposizione da utilizzare come una sorta di “cavallo di Troia”, una “fattispecie spia” per scoprire e disvelare contigue sacche di illegalità⁵⁰. Altrimenti, si dovrebbe immaginare un sistema penale ancora più ricco e pregno di incriminazioni, con una sorta di “grande fratello” occhiuto, in chiave penalistica, che perseguisse ogni comportamento minimamente illecito, sulla base della considerazione che, induttivamente, dal piccolo illecito sarebbe possibile risalire al grande delitto o a “sistemi” criminali.

Un siffatto modo di pensare ricorderebbe la distorta lettura de “il fine giustifica i mezzi” di machiavelliana memoria. Saremmo di fronte ad un regime certamente autoritario, in quanto soffocherebbe le libertà dei cittadini⁵¹. È forse la stessa idea che sta alla base di molte impostazioni, dal mio punto di vista illiberali, sul superamento della prescrizione del reato come istituto a garanzia delle libertà individuali⁵².

13. Ancora, secondo una ulteriore lettura, l’abrogazione dell’art. 323 Cp distoglierebbe l’attenzione da ben altri profili di necessaria riforma relativi ai delitti contro la pubblica amministrazione⁵³.

Ora, che ci siano altri profili meritevoli di attenzione e di un afflato riformatore, proprio nel quadro dei delitti contro la pubblica amministrazione, è dato certo. Ma da qualche parte bisogna pur sempre iniziare. E a me sembra che proprio il delitto di abuso di ufficio e il delitto di traffico di influenze illecite rappresentino un buon punto di inizio⁵⁴.

In un Paese nel quale è complicato fare riforme organiche e che, nonostante i vari tentativi esperiti nel passato, ha come suo testo fondamentale il codice penale del 1930, la sindrome del “benaltrismo” condurrebbe a non fare neppure le riforme, pur settoriali, contingentemente possibili.

14. Un ultimo argomento teso a confutare la ragionevolezza di una possibile abrogazione del delitto di abuso di ufficio è legato alla considerazione che, in fondo, il sistema giudiziario italiano sarebbe in grado di distinguere il grano dal loglio. Fuor di metafora, proprio l’elevato numero di archiviazioni e di assoluzioni dimostrerebbe che il “pericolo” dell’abuso di ufficio è schivato dalle poche condanne intervenute. Saremmo dunque in presenza della «capacità della giurisprudenza di selezionare gli abusi penalmente rilevanti»⁵⁵; e comunque non sarebbe ragionevole ipotizzare l’abrogazione di reati per i quali le raccolte di giurisprudenza contengono poche condanne, come «per i delitti di strage, di epidemia, di avvelenamento di acque, o per vari disastri»⁵⁶.

A mio avviso, tuttavia, la prima obiezione sembra dimenticare che «il processo è di per sé una pena»⁵⁷ e che ancor di più lo è oggi per i noti effetti della c.d. legge Severino in materia di sospensione automatica dalla carica di chi sia stato condannato in via non definitiva per reati di particolare gravità o commessi contro la pubblica amministrazione⁵⁸.

⁵⁰ Così, invece, R. Cantone, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, in www.sistemapenale.it, 19.9.2023.

⁵¹ Apparentemente opposta la lettura di M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, cit., per il quale l’abrogazione dell’abuso di ufficio lascerebbe i cittadini privi di tutela di fronte alla pubblica amministrazione.

⁵² B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano 2016, 119 ss., in www.penalecontemporaneo.it, 15.2.2016, ed in *DPenCont* 2016, 79 ss.

⁵³ Così M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, cit., 619.

⁵⁴ Per i miei rilievi critici sul delitto di cui all’art. 346-bis Cp: B. Romano, *L'insostenibile leggerezza del traffico di influenze illecite*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2021, 11; Id., *La Cassazione prova nuovamente a definire l'inafferrabile traffico di influenze illecite*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2022, 1; Id., *Il fumus dello sfuggente traffico di influenze illecite*, ne *Il Penalista*, *Giurisprudenza commentata* del 6.5.2022.

⁵⁵ R. Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 6.

⁵⁶ M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, 4.

⁵⁷ F. Carnelutti, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 161; Id., *Principi del processo penale*, Napoli 1960, 55.

⁵⁸ Con sentenza n. 35 del 2021, in www.cortecostituzionale.it, la Corte costituzionale ha peraltro dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 8 co. 1 lett. a del d.lgs. 31.12.2012 n. 235 (Testo unico delle disposizioni

Quanto al fatto che esistano reati gravissimi per i quali intervengono poche condanne, questo è un dato certamente vero. Tuttavia, per quel che attiene al delitto di abuso di ufficio, il vero problema non è che ci siano poche condanne, ma che ci siano troppe archiviazioni o troppe assoluzioni: dunque un numero eccessivo di procedimenti penali a fronte di rari accertamenti della responsabilità penale. Con vite stravolte; carriere irrimediabilmente bruciate; elezioni poste nel nulla (con la sottrazione dell'innocente, presunto colpevole, all'unico giudice che – in quanto innocente – gli sarebbe dovuto spettare: il corpo elettorale) con un *vulnus* per la stessa democrazia.

15. In conclusione, di fronte alle numerose riforme sin qui susseguitesì, con gli esiti insoddisfacenti sopra ricordati, la via di una ulteriore rimodulazione del delitto di abuso di ufficio – peraltro da moltissimi anni oggetto di attente, e prevalentemente critiche, letture da parte della dottrina italiana – richiamerebbe alla mente una sorta di tela di Penelope, che lascerebbe la situazione normativa perennemente perfettibile, ma concretamente imperfetta.

Dunque, mi sembra che le ragioni di una possibile strada abrogatrice prevalgano su una visione più prudente, tendente ad una sostanziale conservazione dello *status quo*. E ciò in linea con l'*in dubio pro reo*, o con una sua possibile esplicitazione («meglio un colpevole fuori che un innocente in galera»), che ormai da centinaia di anni aleggia, per fortuna (ma, evidentemente, con alterne fortune), sul diritto penale e sulla procedura penale⁵⁹.

In questa luce, ove mai l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio lasciasse limitati vuoti di tutela in settori ancora meritevoli dell'intervento del diritto penale, si potrebbe intervenire selettivamente. Del resto, nella stessa relazione al d.d.l. S. 808 testualmente si afferma che «resta ferma, peraltro, la possibilità di valutare in prospettiva futura specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena in forza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero sopravvenire».

in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'art. 1 co. 63 l. 6.11.2012 n. 190), sollevate dal Tribunale ordinario di Genova, in riferimento agli artt. 117 e 122 Cost. e al principio di leale collaborazione, nonché in riferimento all'art. 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20.3.1952.

⁵⁹ *Digesto giustiniano*, 50.17.125.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ACCOMPAGNATORI IN MONTAGNA: ANATOMIA DI UN CASO (SCIALPINISTI TRAVOLTI DA UNA VALANGA DURANTE UN CORSO CAI)¹

di Carlo Ruga Riva (*Professore ordinario di diritto penale, Università di Milano-Bicocca*)

Il contributo analizza i profili di responsabilità penale degli accompagnatori in montagna (guide alpine, istruttori del Club alpino italiano) per eventi avversi (morte/lesioni degli accompagnati, frane e valanghe), a partire da un caso concreto: la morte di due scialpinisti durante un Corso di scialpinismo avanzato organizzato dal Cai. L'analisi del caso fa emergere l'estremo rigore della giurisprudenza nell'interpretazione degli istituti coinvolti (colpa, posizioni di garanzia), e, per contro, la sottovalutazione dei temi del rischio consentito e dell'autoesposizione a pericolo. In termini più generali, la giurisprudenza non sembra cogliere appieno le peculiarità delle varie attività alpinistiche, segnate dai rischi naturali che le rendono intrinsecamente pericolose.

The contribution analyses the criminal liability profiles of mountain guides and Italian Alpine Club instructors for adverse events (death/injuries of escorts, landslides and avalanches), starting from a concrete case: the death of two ski mountaineers during an advanced ski mountaineering course organised by the CAI. The analysis of the case brings out the extreme rigour of jurisprudence in the interpretation of issues involved (fault, positions of guarantee), and, on the other hand, the underestimation of the issues of permitted risk and self-exposure to danger. In more general terms, case law does not seem to fully grasp the peculiarities of the various mountaineering activities, marked by the natural risks that make them intrinsically dangerous.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rischio in montagna. – 3. Il caso: una valanga travolge i partecipanti ad un Corso di Scialpinismo. – 3.1. Il capo di imputazione e la ricostruzione del fatto. – 3.2. I singoli profili di colpa generica. – 4. Lo standard cautelare è condizionato dalla posizione di protezione rivestita dal garante? – 5. Valanga penalmente rilevante? – 6. Conclusioni.

1. I rischi in montagna sono dovuti a fenomeni in larga parte naturali: frane, valanghe, distacchi di sassi in parete o di seracchi da ghiacciai, fulmini, nebbia, tempeste di neve, ecc.

L'uomo, al più, può agevolare determinati inneschi causali (si pensi al sovraccarico di scialpinisti su pendio con neve non assestata; a frane innescate da escursionisti o favorite da disboscamenti operati dall'uomo) o può trovarsi al momento sbagliato nel posto sbagliato.

Mi occuperò esclusivamente della (eventuale) responsabilità penale di accompagnatori variamente titolati per incidenti in montagna che coinvolgono gli accompagnati.

In Italia si celebrano processi a carico di uomini o donne (guide alpine, istruttori del Club Alpino Italiano o di vari sport) per avere sottovalutato (*ex ante*) determinati fattori di rischio, concretizzatisi *ex post* in eventi (morte, lesioni, frane o valanghe) penalmente rilevanti.

Secondo la giurisprudenza, Guide alpine, istruttori del Club alpino italiano (CAI), accompagnatori escursionistici di mezza montagna, ecc. hanno specifiche competenze che li qualificano, per legge o per contratto, come garanti della vita e integrità fisica altrui (cfr. criticamente *infra*, 3.).

In questo contributo svolgerò alcune brevi considerazioni sulla natura delle attività svolte in montagna dall'uomo (escursionismo, alpinismo, scialpinismo) per poi approfondire un caso specifico

¹ Il contributo costituisce la rielaborazione di una relazione tenuta al Convegno di Innsbruck del 9 e 10 novembre 2022, su *Pericoli naturali in montagna: gestione del rischio e responsabilità. Sfide per la società e il diritto*, destinato ad essere pubblicato nei relativi Atti dall'editore Giappichelli; si ringraziano le curatrici prof.sse M. Helfer e K. Summerer e il curatore prof. A. Melchionda per il consenso alla previa pubblicazione.

relativo ad una valanga con due morti provocata da un gruppo di scialpinisti nell'ambito di un corso organizzato dal CAI.

Dall'esame del caso, assunto come paradigmatico di tendenze consolidate rispetto agli incidenti in montagna occorsi a persone accompagnate, emergerà – lo anticipo – la necessità di sottoporre a critica la lettura che la giurisprudenza è usa fare di vari istituti coinvolti dalla tematica oggetto di indagine: colpa, autoresponsabilità della vittima, posizioni di garanzia, rischio consentito.

2. Lo dico apoditticamente, non avendo tempo di spiegarlo nei dettagli (ma del resto chi va in montagna lo sa benissimo): in montagna i rischi naturali sono sempre presenti, non pienamente dominabili e sempre evitabili.

Se ragioniamo con le classiche categorie della prevedibilità² ed evitabilità arriveremo sempre a considerare colpevoli i soggetti garanti per eventi occorsi ad accompagnati.

Oggi, anche alla luce dei cambiamenti climatici, il distacco di un seracco è sempre prevedibile; nello scialpinismo, il rischio zero corrisponde per definizione all'assenza di neve, e dunque in concreto si affrontano sempre gite con rischio almeno pari a uno (piuttosto raro), ma più spesso pari a due o, a certe condizioni e per certi pendii, pari a tre.

Livelli di rischio rispettivamente, “debole”, “moderato” o “marcato”, dunque più o meno consistente, che scialpinisti prudenti di regola (sicuramente rischio uno e due) accettano in linea di massima come ragionevole, adottando determinate cautele che non abbattano totalmente il rischio di valanga, ma al più lo contengono entro limiti valutati (*ex ante*) come accettabili.

Del resto l'ordinamento giuridico italiano, in presenza di rischio valanga obbliga scialpinisti (e ciaspolatori) a munirsi di Artva, pala e sonda³, in tal modo dimostrando di considerare lecito il rischio di rimanere sepolti; volendo fare un paragone, non si vieta la circolazione stradale, sicuramente pericolosa, ma si impone l'obbligo di cinture di sicurezza agli automobilisti e di casco ai motociclisti. L'alpinismo e l'arrampicata sono a loro volta attività rischiose; non solo per potenziali errori umani, ma anche per fenomeni naturali (ad es. la caduta di sassi in parete).

D'altra parte andare in montagna non è attività di per sé necessaria; vi si può rinunciare, e dunque il rischio di incidenti è sempre evitabile, semplicemente scegliendo l'opzione divano.

In altre parole, la frequentazione della montagna è sempre più o meno rischiosa, e un certo margine di rischio è ineliminabile.

Dirò di più: è la presenza di un certo tipo di rischio, l'arrivare vicino al limite delle proprie capacità e delle proprie paure a rendere la montagna emozionante e attrattiva.

Raggiungere una cresta alpinistica, scalare da primo una via difficile, imboccare un pendio molto ripido con gli sci, o semplicemente percorrere un sentiero impervio e poco battuto sono cose che contribuiscono a rendere l'esperienza in montagna meritevole di essere vissuta.

Con un po' di retorica, si può dire che è il desiderio di una vita più piena a condurre talvolta alla morte.

3. Questo il caso, giudicato dal Tribunale di Aosta nel 2021: la morte di due persone causata da una valanga staccatasi durante una gita organizzata da una Scuola di Scialpinismo avanzato (SA2) del

² Basti pensare al titolo di uno dei classici della divulgazione sulle valanghe, C. Fraser, *L'enigma delle valanghe*, Bologna 1970. Naturalmente lo studio scientifico delle valanghe ha vissuto nel frattempo notevoli progressi; resta il fatto che la nivologia è materia a tutt'oggi assai complessa per le molte variabili che incidono sulla composizione e stabilità della neve. Per un quadro scientifico aggiornato v. A. Cagnati, *Il fenomeno valanghivo: caratterizzazione e dinamismi*, in *Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, diretto da A. Melchionda e S. Rossi, Trento 2019, 9 ss., il quale riporta il dato di 312 morti da valanga nel periodo 2001-2015, e di una media di circa 20 vittime all'anno dal 1986 al 2017 (16 ss.).

³ Art. 26 co. 2 d.lgs. n. 40/2021: «I soggetti che praticano lo sci-alpinismo o lo sci fuoripista o le attività escursionistiche in particolari ambienti innevati, anche mediante le racchette da neve, laddove, per le condizioni nivometeorologiche, sussistano rischi di valanghe, devono munirsi di appositi sistemi elettronici di segnalazione e ricerca, pala e sonda da neve, per garantire un idoneo intervento di soccorso».

CAI; condannati il Direttore del Corso e altri cinque istruttori per omicidio colposo (di un istruttore e di un allievo) e valanga colposa, ad una pena elevata (rispettivamente due anni e un anno e sei mesi), senza attenuanti generiche e senza sospensione condizionale della pena, nonostante l'avvenuto risarcimento del danno e l'incensuratezza degli imputati.

A detta del giudice di prime cure gli imputati non avrebbero compreso di avere commesso imprudenze, ed anzi avrebbero rivendicato in aula la correttezza (*ex ante*) delle loro scelte, e dunque sarebbero capaci di commettere ulteriori reati in futuro.

La sentenza è stata sostanzialmente confermata in appello⁴, con riduzione della pena e concessione della sospensione condizionale della pena.

3.1. La contestazione, in assenza di discipline *ad hoc* sullo scialpinismo, si articola su vari profili di colpa generica:

- avere scelto un percorso rischioso a causa della presenza di pendii esposti a rischio valanghe;
- avere condotto un gruppo di ventuno persone sul pendio anziché di quattro o cinque al massimo;
- avere scelto un orario di partenza non adeguato in relazione alla tipologia di percorso ed al bollettino valanghe;
- avere omesso di assumere adeguate informazioni sul percorso contattando professionisti esperti del luogo.

La situazione in fatto era la seguente: gruppo numeroso (una ventina di persone) in avvicinamento ad un rifugio, tappa intermedia per l'ascensione ad una cima prevista per il giorno successivo; informazioni assunte dagli organizzatori tramite guide scritte, informazioni più recenti raccolte in rete e informazioni richieste alla gestrice del rifiuto, che raccomanda di non percorrere quell'itinerario dopo le ore 14; pendio di circa 35° nella sua parte sommitale, inferiore a 30° nella parte inferiore.

Il bollettino valanghe dà rischio 2 ("moderato", scala da 0 a 5⁵), con aumento a 3 nel pomeriggio per valanghe di neve "bagnata"; la tendenza per il giorno successivo è di pericolo in diminuzione.

Il gruppo parte di mattina, non prestissimo perché attende l'apertura della funivia Aosta-Pila e della seggiovia "Chamolè" per l'avvicinamento; mette gli sci (con pelli) ai piedi intorno alle 9.30.

Poco prima delle 11 alcuni sciatori (verosimilmente il primo gruppo di quattro) giunti in prossimità del colle, su di una sella posta ad ovest, staccano una valanga a lastroni, di 200x570 mt di fronte, che trascina a valle alcune persone; una rimane ferita e due muoiono, una delle quali annegata nel sottostante lago ghiacciato.

Il giorno dopo il bollettino viene rivisto (a 3) e la sera stessa dell'incidente le piste da discesa non lontane vengono bonificate con cariche esplosive, che provocano varie valanghe.

3.2. Il Tribunale di Aosta considera integrati tutti i profili di colpa contestati.

In primo luogo, si addebita a tutti gli istruttori (il Direttore del Corso e gli altri cinque istruttori regionali Cai) di avere scelto collegialmente un itinerario pericoloso, a rischio valanga.

In tal senso viene evocato il bollettino valanghe (pericolo 2 in aumento nelle ore più calde a 3) nonché il dato storico, desumibile dal catasto valanghe, di due precedenti valanghe (cadute rispettivamente nel 2008 e nel 2013).

Questi due profili di colpa generica, ad una rigorosa lettura *ex ante*, appaiono inconsistenti.

Il bollettino nivologico, redatto da professionisti esperti appartenenti ad ente pubblico (Aineva), dava, al mattino, rischio 2, ovvero moderato.

⁴ App. Torino, 14.2.2023.

⁵ La scala europea Valanghe è stata adottata nel 1993; per una sintesi dei gradi di pericolo e per una definizione di altri concetti chiave ("ripido", "sovraccarico", ecc.), v., ad es. <https://www.arpa.piemonte.it/rischinaturali/approfondimenti/pericolo-valanghe/bollettino-valanghe/scala-europea-pericolo-valanghe.html>.

La cornice epistemologica teorica era dunque piuttosto rassicurante; certo, ogni previsione va verificata in loco, in relazione al singolo itinerario, ai relativi pendii, esposizioni ecc., alla ricerca di indizi di conferma o di confutazione.

I *signa facti*, agli occhi di ben sette esperti, confermavano la valutazione favorevole; proprio la rilevata presenza, su pendii più soggetti all'irraggiamento solare, di preesistenti valanghe a pera, in uno con la neve portante trovata sull'itinerario prescelto, lasciavano supporre che la neve fosse consolidata e che solo nel pomeriggio potessero ipotizzarsi valanghe "da caldo".

Insomma, *ex ante* il rischio era moderato per quell'ora e su quel pendio a ovest.

D'altro canto il dato storico di due valanghe precedenti (nel 2008 e nel 2013) su quel pendio è di nessun significato;

In tutte le Alpi e in tutti gli Appennini su pressoché tutti gli itinerari di scialpinismo si sono negli anni staccate varie valanghe. Come noto a tutti gli scialpinisti, anche ai principianti, le valanghe possono, e di fatto si staccano, su pendii (eventualmente a monte di quelli percorsi) con pendenza superiore a 27°, ovvero su pendii che tipicamente vengono sciati da scialpinisti.

È dunque del tutto normale che su quel tipo di pendio si siano staccate valanghe in presenza di determinati fattori favorevoli (forti nevicate, vento impetuoso ecc.): non è di per sé un campanello di allarme; anzi, due eventi in molti anni sono pochi.

Ambedue i dati (pericolo e pregresso storico) vengono valorizzati *ex post*, ma come visto non lasciavano presagire eventi avversi ad una valutazione autenticamente *ex ante*.

In secondo luogo, si rimprovera agli imputati di avere condotto un gruppo di ventuno persone sul pendio anziché di quattro o cinque al massimo.

Certamente il gruppo era numeroso, e il relativo sovraccarico era potenzialmente elevato.

Tuttavia, il gruppo era stato suddiviso in sottogruppi da tre, che mantenevano tra loro qualche metro di distanza, sicché il carico era distribuito su una superficie piuttosto ampia.

D'altra parte, da quel che risulta in sentenza, il gruppo che provocò il distacco era di 4 persone, giunte in prossimità del colle, con gli altri ancora relativamente distanti; ergo anche un gruppo di quattro o cinque avrebbe provocato il distacco; certo, non avrebbe travolto gli altri ancora in fase di salita; questo profilo di colpa dipende però dalla prevedibilità o meno del rischio valanga, che per le ragioni anzidette era stato ragionevolmente stimato come moderato, sia dai previsori regionali che dagli organizzatori della gita in loco.

Il terzo profilo di colpa attiene alla scelta di un orario di partenza non adeguato in relazione alla tipologia di percorso ed al bollettino valanghe.

Questo profilo di colpa generica è collegato al primo, ovvero alla scelta di un itinerario a rischio valanga; come ricordato il rischio da bollettino valanga era classificato moderato al mattino e marcato nelle ore più calde su pendii diversi da quelli dal quale, prima delle 11, si staccò la valanga.

In sostanza, per una serie di circostanze avverse, conoscibili solo *ex post*, ovvero col senno del poi (errore di classificazione del pericolo da parte del previsore regionale; presenza di strati non coesi di nevi diverse, non visibili né facilmente individuabili) il manto nevoso sollecitato dal passaggio del primo gruppo di scialpinisti non era stabile, tanto che si fratturò causando la valanga.

Il quarto profilo di colpa accertato dal Tribunale di Aosta riguarda l'omessa assunzione di adeguate informazioni sul percorso da chiedersi a professionisti esperti del luogo.

Nell'istruttoria dibattimentale era emerso che la gestrice del rifugio aveva sconsigliato di salire quell'itinerario dopo le 14, appunto per pericolo valanghe.

La difesa aveva obiettato che la gestrice non era esperta di montagna e che in ogni caso il suggerimento si riferiva ad orario diverso da quello di salita effettiva.

Più in generale, è molto discutibile immaginarsi che l'organizzatore di una gita, oltre a consultare le guide cartacee e i siti *web* specializzati (ove si trovano relazioni aggiornate delle gite di interesse) debba contattare esperti locali (guide alpine o istruttori CAI locali); ciò perché le guide cartacee già sintetizzano e tengono conto del sapere degli esperti del luogo, e le relazioni reperibili sul *web* danno informazioni temporalmente aggiornate.

4. Il Giudice di primo grado opera due premesse: una sulla natura dell'attività scialpinistica e una sul metodo di valutazione dello standard cautelare.

- a) Lo scialpinismo, si legge, è pratica "estrema", per difficoltà e complessità (pag. 16 sentenza);
- b) Lo standard cautelare va interpretato in modo particolarmente rigoroso in relazione a chi sia rivestito di posizioni di protezione (come appunto gli istruttori del CAI, pag. 17 sentenza).

La prima premessa non è corretta.

Tra le pratiche estreme in montagna possono annoverarsi lo sci ripido, il paracadutismo con tute alari, l'alpinismo di ricerca; attività che richiedono competenze atletiche e tecniche particolarmente elevate e che sono soggette a notevoli rischi.

La pratica scialpinistica – quanto meno quella svolta in un Corso SA2 – è un'attività non estrema, ma diremmo normale, la quale esige discreta forma fisica e buone competenze sciistiche in fuori pista, ma non contempla competenze eccezionali.

Piuttosto, si tratta di attività pericolosa, nel senso indicato in apertura, ovvero con un margine di rischio ineliminabile dovuto a fattori naturali⁶.

Anche la seconda premessa metodologica – secondo la quale lo standard cautelare va innalzato rispetto a chi riveste una posizione di protezione – non appare condivisibile.

I doveri di impedire l'evento devono essere doveri giuridici (art. 40 cpv Cp), e dunque saranno *delimitati da disposizioni di legge* (o regolamentari, o da clausole contrattuali); diversamente la colpa generica (l'unica oggetto di contestazione, in assenza di discipline ad hoc sullo scialpinismo) ha *fonte sociale*, in mitologiche competenze ed esperienze bagaglio dell'idealizzato agente modello.

Si tratta dunque di due temi distinti, per quanto a rischio di sovrapposizione.⁷

Ora, è vero che, correttamente, i reati di omicidio colposo e di valanga colposa non sono contestati in forma omissiva: gli istruttori infatti scelsero un determinato itinerario sul quale portarono gli allievi, e un gruppo (misto di istruttori e allievi) attivamente causò la valanga, sovraccaricando il pendio con neve instabile.

D'altra parte anche gli istruttori che non provocarono attivamente la valanga, non facendo parte del gruppo di testa, vengono ritenuti responsabili dal Giudice in quanto avrebbero condiviso e avallato la scelta dell'itinerario, dunque tenendo una condotta latamente attiva nel senso del concorso morale (rafforzamento della volontà di percorrere l'itinerario prescelto dal Direttore del Corso).

Se mai in alcuni addebiti (mancate informazioni richieste a esperti del luogo; mancata riduzione del numero di partecipanti) traspare il cosiddetto momento omissivo della colpa.

Tuttavia, come ricordato, la posizione di protezione è invocata dal Tribunale di Aosta per interpretare (più severamente) lo standard cautelare esigibile dagli accompagnatori, sicché il tema della posizione di garanzia va comunque analizzato.

Gli istruttori del CAI hanno davvero una posizione di protezione nei confronti degli allievi del Corso?

La legge n. 2.1.1989 n. 6, quasi esclusivamente dedicata all'attività di guida alpina⁸, dedica un solo articolo agli istruttori dei CAI, o meglio al CAI, prevedendo che lo stesso possa istituire Corsi di vario

⁶ Si consideri che i criteri di valutazione del rischio valanghe elaborati da singoli esperti (W. Munter) o associazioni (es. Club alpino austriaco) hanno l'obiettivo di ridurre il rischio, ma non hanno, come ovvio, la pretesa di abbatterlo totalmente; per un interessante esame di tali criteri v. M. Helfer, *I criteri di accertamento della colpa in caso di caduta di valanghe*, in IP 2004, 689 ss., la quale dà conto della loro applicazione in un caso deciso da T. Bolzano, sez. di Silandro, conclusosi con l'assoluzione di uno sciatore che, pur in presenza di un cartello che segnalava il pericolo di valanghe in un pendio fuori pista contiguo a piste battute, aveva provocato una grossa valanga in Val Senales, senza causare morti.

⁷ Per una analisi della questione, e per una rivendicazione delle differenze (funzione, destinatari, contenuto, momento e violazione), v. I. Leoncini, *Obblighi di attivarsi, obblighi di garanzia, obblighi di sorveglianza*, Torino 1999, 118 ss.

⁸ Il cui art. 11, intitolato «Doveri della guida alpina», non contempla peraltro espressi obblighi di protezione dell'incolumità degli accompagnati, se non limitatamente all'obbligo di mettere in sicurezza il cliente qualora la guida, imbattendosi in terzi in difficoltà, debba prestare soccorso a questi ultimi; d'altro canto, la legge non indica poteri in capo alla guida alpina (ad es. di interrompere la gita o di obbligare il cliente a tornare sui suoi passi).

tipo, ed anche di scialpinismo; nulla si dice su obblighi e poteri degli istruttori, salvo che la loro attività non deve essere retribuita (art. 20).

Nello stesso senso la legge 24.12.1985 n. 776 sul riordinamento del CAI menziona la facoltà di creare Scuole ecc., non prevedendo alcun obbligo di protezione in capo agli istruttori.

In assenza di disposizioni specifiche, il Giudice, rifacendosi a giurisprudenza consolidata, fa riferimento all'art. 2043 Cc (pag. 17), cioè ad un canone civilistico ispirato al *neminem laedere*, strutturalmente inidoneo a fondare obblighi di protezione, anche perché riferito alla generalità dei consociati⁹.

Se davvero l'obbligo civilistico di non danneggiare il prossimo fondasse una posizione di garanzia penalmente rilevante, essendo rivolto a tutti implicherebbe la responsabilità addirittura degli allievi del Corso per la valanga e per le morti dei travolti.

L'art. 2043 Cc non è una fonte di obblighi giuridici, non attribuendo alcun potere e non individuando alcun dovere specifico (elementi necessari a distinguere la posizione di protezione dall'obbligo generico di attivarsi¹⁰), ma si limita a responsabilizzare *ex post* l'autore di un danno ingiusto.

Altre disposizioni civilistiche (ad es. art. 2050 Cc su attività pericolose o 2048 Cc sulla responsabilità dei maestri nei confronti degli allievi) sarebbero a mio avviso altrettanto inidonee a fondare posizioni di protezione.

L'art. 2050 Cc prevede che nell'ambito di attività pericolose per loro "natura", come ad es. lo scialpinismo, colui che cagioni un danno sia tenuto al risarcimento; tale disposizione – a mio avviso¹¹ – non fonda una posizione di protezione, ma ha funzione tipicamente civilistica, risarcitoria *ex post* e non preventivo cautelare *ex ante*; nel caso di specie, a ragionare diversamente, anche l'allievo dovrebbe essere ritenuto garante della incolumità degli altri allievi (e perfino degli istruttori!), sol perché partecipe di un'attività intrinsecamente pericolosa.

Ancora, l'art. 2050 Cc si è osservato, ha l'unica funzione di invertire l'onere della prova (*in dubio contra reum*, quindi agli antipodi della nostra materia penale) gravando l'esercente un'attività pericolosa dell'onere di dimostrare di "avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno"¹².

D'altra parte l'art. 2048 Cc, nel prevedere che i precettori siano «responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi [...] nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza», riveste anch'esso una funzione «*ex post* e riparatoria, e non certo preventiva e impeditiva *ex ante*»¹³.

Nel caso di specie alcuni allievi sarebbero co-autori del fatto illecito (avendo sovraccaricato il pendio), ma un altro sarebbe vittima; e lo stesso discorso vale per i precettori (un istruttore deceduto e sei ritenuti responsabili del distacco).

⁹ Per una interessante pronuncia di assoluzione di un padre, esperto scialpinista, chiamato a rispondere per non avere impedito che il figlio maggiorenne ad un certo punto prendesse la testa del gruppo, inizialmente condotto dal padre, e staccasse una valanga produttiva di morti, estranei al suo gruppo, cfr. T. Sondrio, sez. Uff. indagini prel., 10.3.2005, in *FA* 2005, 10; secondo il Tribunale lombardo il padre non ha alcuna posizione di protezione rispetto al figlio maggiorenne anch'egli esperto; l'avrebbe viceversa rivestita rispetto ad altri due partecipanti (principianti) al gruppo, qualora questi ultimi avessero provocato la valanga. In generale, per una diversa impostazione v. Cass. 25.5.2022 n. 21869: «In tema di reati omissivi colposi, la posizione di garanzia può essere generata non solo da investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante, purché l'agente assuma la gestione dello specifico rischio mediante un comportamento di consapevole presa in carico del bene protetto».

¹⁰ Sulla distinzione tra obblighi di garanzia (gli unici a fondare la responsabilità per omesso impedimento dell'evento), obblighi di attivarsi e obblighi di sorveglianza v. I. Leoncini, *Obblighi di attivarsi*, cit., specie 14 ss.

¹¹ *Contra* Cass. 14.2.2014 n. 31734, Pezzolla, con nota di G. Civello, *La posizione di garanzia dell'allenatore sportivo: fra obblighi di protezione e autoresponsabilità*, in *AP* 2014, 3, ha ritenuto sussistente una posizione di garanzia in capo all'allenatore, ex art. 2050 Cc, in un caso di infortunio occorso ad un atleta di taekwondo (agonista della squadra nazionale e cintura nera!), che combatteva in allenamento senza il prescritto caschetto, in presenza dell'allenatore. Per una convincente critica a tale sentenza e più in generale al *neminem laedere* e all'art. 2050 Cc come fonte dell'obbligo di impedire eventi penalmente rilevanti v. G. Civello, *op. cit.*

¹² G. Civello, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2017, 263.

¹³ G. Civello, *op. cit.*, 273.

A maggior ragione l'art. 2048 Cc non potrebbe invocarsi nei confronti degli istruttori superstiti per la morte dell'istruttore, che certo non può qualificarsi come allievo di altri istruttori (quanto meno dei cinque di pari grado): l'istruttore deceduto aveva condiviso la scelta dell'itinerario con gli altri accompagnatori, e dunque dovrebbe valere, nei suoi confronti, il principio del *sibi imputet*, con conseguente esonero della responsabilità penale degli altri accompagnatori per la sua morte¹⁴.

Infine, la stessa giurisprudenza civilistica¹⁵ precisa che il dovere di vigilanza in capo ai maestri va commisurato all'età e al grado di maturazione dei discenti; qui gli allievi sono scialpinisti relativamente esperti (Corso avanzato), maggiorenni, in grado di leggere un bollettino nivologico e di valutare le condizioni di pericolo, seppur con minor grado di esperienza e competenza degli istruttori.

Insomma, le citate disposizioni civilistiche hanno la funzione di attribuire responsabilità risarcitorie *ex post*, e, in talune ipotesi, di allocare l'onere della prova¹⁶ dell'assenza di responsabilità in capo a certi soggetti.

Quand'anche, diversamente da quanto sopra sostenuto, lo standard cautelare fosse da interpretarsi in modo più severo rispetto all'agente-modello garante, va comunque considerato che si tratta di attività intrinsecamente pericolosa, con margine di rischio "naturale" non pienamente evitabile.

Sicché in tale contesto fattuale la cautela va comunque intesa nell'ambito di una cornice di rischio consentito, accettato da accompagnatori e accompagnati (e dall'ordinamento, che come ricordato obbliga in caso di pericolo valanghe, non quantificato, solamente a munirsi di Artva, pala e sonda).

Quali siano i confini normativi di questo rischio consentito secondo l'ordinamento – che come detto e per fortuna non disciplina in nessun modo l'attività scialpinistica – non è dato sapere.

Tuttavia, come ogni scialpinista esperto e prudente ben sa, il rischio moderato 2 (quello previsto per quella mattina) è considerato generalmente accettabile, quanto meno in assenza di segni contrari incontrati sull'itinerario.

È d'altra parte ovvio che il rischio che gli scialpinisti sono disposti a correre è tendenzialmente maggiore di quello che pare ragionevole, *ex post*, ad un giudice, magari digiuno di scialpinismo.

In questo iato sta probabilmente la spiegazione dell'incomprensione tra gli imputati, che si sottopongono a interrogatorio rivendicando la correttezza *ex ante* del proprio operato, e il Giudice, che sottolinea la mancata consapevolezza da parte degli imputati della gravità delle proprie colpe, così elevata da portare a non concedere la sospensione condizionale della pena.

La discutibile impostazione del Giudice, che condiziona lo standard cautelare alla posizione di protezione, ha tuttavia – ci pare – una sua "logica", che affonda le radici nella estrema e comune vaghezza sia della colpa generica (qui sotto forma di imprudenza) che delle asserite fonti (civilistiche, per clausole generali) dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Se si discute di generica imprudenza e di generalissimo principio del *neminem laedere*, è fatale che, col senno del poi, ad evento accaduto, le due figure tendano a sovrapporsi offrendo argomenti per la condanna.

Valutazioni così severe sugli obblighi cautelari finiscono con il produrre esiti disfunzionali.

¹⁴ G. Civello, *op. cit.*, *passim*. Sul principio di autoresponsabilità riferito all'attività in montagna v. per tutti M. Helfer, *L'autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?*, in *AP* 2020, 1, che tra l'altro discute proprio il tema del cliente che si fa accompagnare da una guida alpina in attività di skitouring (7) nonché, in termini generali, M. Ronco e M. Helfer, *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e soggetti vulnerabili*, Torino 2020. Per una interpretazione condivisibilmente ampia di tale principio, anche in riferimento ad attività rischiose in montagna, v. K. Schwaighofer, *L'autoresponsabilità quale causa di esclusione della responsabilità penale in Austria*, in *Diritto penale e autoresponsabilità*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Torino 2020, 79 ss. Nel caso in commento si tratterebbe di una *Selbstgefährdung*, nel senso che il dominio sulla condotta rimarrebbe nelle mani dell'accompagnato.

¹⁵ Cass. 10.12.1998 n. 12424.

¹⁶ Sull'onere di provare il fortuito o la forza maggiore in capo alla guida alpina per infortunio occorso al cliente v. ad es. T. Udine 19.11.2015, in *FI* 2016, 10, 3312.

Non occorre essere adepti delle analisi economiche del diritto per congetturare che sentenze come quella in commento produrranno maggiore insicurezza nella pratica dello scialpinismo.

È infatti verosimile che meno istruttori saranno disponibili a sacrificare il proprio tempo libero per accompagnare gratuitamente allievi di un Corso che, per le ragioni anzidette, presenta margini di rischio non eliminabili se non astenendosi dal realizzarlo.

Naturalmente, gli aspiranti scialpinisti (principianti o “avanzati”) andranno da soli, o con amici più esperti, e ben raramente si affideranno a guide alpine, che ovviamente costano centinaia di euro al giorno, e dunque molte migliaia di euro se impiegate per un tempo paragonabile a quello di un Corso, che prevede varie lezioni teoriche e varie uscite, anche di due giorni.

Breve: l’individuazione di un elevato standard cautelare in capo all’asserito garante (istruttore), nell’ambito di attività pericolose, rischia concretamente di lasciare campo libero a molti potenziali imprudenti accompagnati, digiuni o quasi di cultura della sicurezza, con incremento degli incidenti da valanga.

5. Secondo i due giudici di merito l’imponente distacco di neve, per un fronte pari 200x570 mt, con 300 mt di dislivello, in uno con il trascinarsi di sette persone, integra il delitto di valanga colposa¹⁷. Il punto che rimane discutibile riguarda la causazione di pericolo per un numero “indeterminato” di persone¹⁸.

Ebbene, l’unica presenza umana nell’anfiteatro del lago Chamolè, quella mattina, era rappresentata dal gruppo di ventuno persone facenti parte (come istruttori o allievi) della Scuola CAI Pietramora. Nessun altro escursionista era presente *in loco*; peraltro, trattandosi di anfiteatro, la visuale era aperta sia in concreto agli istruttori che in astratto ad un ideale agente modello; inoltre la parte basse dell’anfiteatro è chiusa da un lago, e dunque non c’era e non c’è rischio di ulteriori trascinalamenti a valle e di coinvolgimento di altre persone non visibile da monte.

Dunque anche *ex ante* – e quale che sia la base di giudizio, parziale o totale¹⁹ – non sussisteva il pericolo di coinvolgimento in potenziali valanghe di soggetti diversi dai partecipanti al Corso (soggetti per definizione predeterminati)²⁰.

Se prendiamo sul serio la valanga come delitto di comune pericolo, il pericolo per soggetti non predeterminati o predeterminabili non c’era e non poteva esserci.

Il Tribunale di Aosta ritiene comunque integrato il reato di valanga, anche richiamando un precedente della Cassazione²¹, secondo il quale il reato sussiste anche ove la valanga si stacchi in zona non antropizzata, per il potenziale coinvolgimento di scialpinisti, escursionisti o ciaspolatori.

¹⁷ Sul delitto di valanga per una stimolante ricostruzione critica, attenta anche alla storia dello scialpinismo e al significato che esso assume per i praticanti, v. A. Simoni e F. Romoli, *Il codice penale e le valanghe. Riflessioni con e senza gli scia ai piedi*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova 2016, 1329 ss.

¹⁸ Su tale concetto v. S. Corbetta, *Delitti contro l’incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Padova 2003, 17 ss., che distingue accezione quantitativa, da lui patrocinata, e qualitativa, da lui avversata; sul pericolo comune contrassegnato dalla diffusibilità degli effetti e dalla indeterminatezza delle vittime v. A. Gargani, *Reati contro l’incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*⁹, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano 2008, 94 ss.

¹⁹ Sul punto, e per la tesi secondo cui il pericolo va accertato su base totale, cfr. G. Marinucci, E. Dolcini e G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano 2022, 284.

²⁰ In generale, osservano come di solito le valanghe staccate da scialpinisti travolgono i medesimi (o altri) scialpinisti, e dunque una comunità che accetta gli stessi rischi, e non un indeterminato “pubblico” (ovvero l’incolumità pubblica), A. Simoni e F. Romoli, *Il codice penale e le valanghe*, cit., 1332. Sottolineano come nel caso di una valanga che ha coinvolto 12 persone accompagnate in fuori pista da un maestro di sci, con la morte di tre discenti e il ferimento di un quarto, non sia stato neppure contestato il reato di valanga, ma solo quello di omicidio colposo e lesioni colpose, S. Rossi, G. Rispoli, *Il ‘pericolo valanghe’ tra prevenzione e responsabilità*, in *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, a cura di A. Melchionda e S. Rossi, Trento 2019, 37 s., a commento di Cass. 8.5.2008 n. 26116.

²¹ Cass. 14.11.2018 n. 14263, in *CP* 2020, 2872.

La pronuncia della Suprema Corte è in sé condivisibile – e del resto la gran parte delle valanghe cade in zone non antropizzate – ; tuttavia, il precedente citato è riferito a tre distacchi di valanghe provocate da uno snowboarder e da uno sciatore che si erano allontanati di poco dalla pista battuta, fuoriuscendo dalla palinatura della pista in presenza di appositi divieti; dunque in tal caso ben tre valanghe avevano coinvolto una zona contigua alle piste battute, ove la presenza anche solo di sciatori di pista attratti dalla neve fresca è ben possibile.

Nel caso di specie sia gli istruttori in carne ed ossa che l'agente modello, *ex ante*, erano perfettamente in grado di escludere la presenza di altri sul pendio (un ampio anfiteatro che si estendeva ai piedi di un lago ghiacciato), e dunque mancava in radice la potenzialità di danneggiare altri che non fossero i partecipanti a quella gita.

6. L'esame del tragico incidente ha restituito un quadro di estrema severità nella individuazione dello standard cautelare esigibile dagli accompagnatori in attività scialpinistica, motivato dalla loro asserita (ma qui criticata) posizione di garanti della incolumità degli accompagnati.

Nessuno spazio ha trovato il tema della autoresponsabilità della vittima (pur considerando che una delle vittime era istruttore, e l'altra uno scialpinista di livello "avanzato"); d'altra parte di fronte alla questione del rischio la risposta giudiziale è stata di totale chiusura: in presenza di rischio anche moderato la gita non s'aveva da fare.

In altre parole, seppure implicitamente, non si è ammesso alcun margine di rischio consentito, pur in presenza di una attività socialmente apprezzata, tutelata dall'ordinamento (che tra l'altro finanzia il CAI, ente pubblico) e che pretende dagli scialpinisti cautele specifiche che presuppongono il rischio di seppellimento (obbligo di pala, Artva e sonda in caso di rischio valanghe).

L'impressione è che la montagna, con il suo carico di rischi naturali non irreggimentabili e non pienamente dominabili dall'uomo, sia un banco di prova culturalmente alieno alle tesi giurisprudenziali su colpa, posizioni di garanzia, autoresponsabilità della vittima e rischio consentito, funzionali ad avallare posizioni di estremo rigore prevenzionistico, comprensibili in alcuni settori (ad es. infortunistica sul lavoro), ma non in quello alpinistico.

La montagna (quella non addomesticata o raggiungibile da turisti coi mocassini) è – ancora per poco? – luogo di libertà e per certi versi di anarchia, dove l'uomo-alpinista cerca la natura, l'avventura, la fatica, accollandosi rischi difficilmente comprensibili dal non appassionato.

Non si tratta di vagheggiare un vero e proprio *Rechtsfreier Raum*, ma di calarsi sul serio nel circolo di riferimento del buon (sci-)alpinista, la cui propensione al rischio *ex ante* non è di regola comparabile a quella del giudice *ex post*.

SELECTED ISSUES ON THE ROLE OF THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN CROSS-BORDER FREEZING OF ASSETS

Ernestina Sacchetto

As is well known, in 2021 the European Public Prosecutor's Office ("EPPO") started its activity as an independent EU body investigating and prosecuting offences against EU financial interests. The EPPO has been created not only to fight financial crimes, but also to help the appropriate recovery of criminal profits. This article analyses some selected legal issues arising from the application of cross-border measures relating to the freezing of assets by the European Delegated Prosecutors ("EDP") in the MSs bound by the Regulation. The first issue concerns the controversial nature of the freezing measure listed in article 30 among the acts guaranteed for the EDPs. Then, the article will focus on an extensive interpretation of the grounds for non-recognition of the orders in light of Regulation 2018/1805/EU with a special focus on the legal remedies in cross-border investigations. The analysis will conclude with a brief consideration concerning the practical allocation of the cost management of seized assets between the handling EDPs and the national competent authorities involved.

SUMMARY: 1. An introductory overview. – 2. The cross-border freezing measure under the EPPO Regulation. – 3. Grounds for non-recognition and non-execution. – 3.1. A focus on the judicial review of cross-border acts. – 4. On the allocation of management costs of seized assets. – 5. Concluding remarks.

1. The institution of the European Public Prosecutor's Office ("EPPO")¹ represents a significant step forward for the relationship between the European Union and national systems². The need for coordination among them raises sensitive issues as to the procedural consequences from the pre-trial phase, in particular regarding the specific acts that the European Delegated Prosecutors ("EDPs") could effectively carry out, in order to investigate and prosecute cross-border criminal offences affecting EU financial interests under the Directive 2017/1371/EU³.

¹ Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), 32017R1939, adopted on 12.10.2017 and entered into force on 20.11.2017 (EPPO Regulation).

For an overall and in-depth analysis, see L. Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Cham 2018; T. Gut, *EPPO's material competence and its exercise: a critical appraisal of the EPPO Regulation after the first year of operations*, in *ERA Forum* 23, 283–300, 2023; K. Ligeti, M. J. Antunes, F. Giuffrida, *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Milano 2020; H.H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office : Regulation (EU) 2017/1939 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO') : article-by-article commentary*, Baden-Baden 2021; N. Franssenn, *Every Euro Counts ... and So Does Every Second. The EPPO and Cross-Border Cooperation in Relation to Seizure and Freezing in the 22 Participating Member States*, in *Eucrim*, 3/2022; N. Franssenn, *Judicial cooperation between the EPPO and Third Countries: Chances and Challenges*, in *Eucrim*, 14/2019; B. Vettori, T. Kolarov, A. Rusev, *Disposal of confiscated assets in the EU Member States. Law and Practices*, Center for the Study of Democracy, 7 and 19; P. Caeiro, J. A. Rodrigues, *A European contraption: the relationship between the competence of the EPPO and the scope of member states' jurisdiction over criminal matters*, in K. Ligeti, M. J. Antunes, F. Giuffrida, (eds.) *The European Public Prosecutor's Office at Launch*, Milano 2020; Ligeti, K., *The structure of the EPPO: features and challenges*, in *CACSP*, 2020; C. Vilarinho, *European Prosecutor's Office: A Rather Unambitious Project?* 2023, *JGRP*, 2023 - 07; S. Quattrocchio, S. Oliveira e Silva, E. Sacchetto, *Assets confiscation and prevention of crime in Europe. An overview upon the EU and domestic legislations*, Milano 2022; B. Piattoli, *Le notizie annotate nel case management system della procura europea: indagini transfrontaliere e formazione della prova*, in *Pre-investigazioni*, A. Scalfati (ed.), Torino 2020, 163 ff.; M. Rošić, *External Relations of the EPPO: Cooperation Challenges with Croatia and Europol*, in *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 2020, 1; A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano 2019, 276 ff.; L. Camaldo, *Il pubblico ministero europeo dal Corpus Juris al Trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, 71-77; G. Barrocu, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova 2021; L. Salazar, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *www.sistemapenale.it*, 6.4.2021; B. Piattoli, *Procura europea e criminalità finanziaria nella UE. Principi e modelli processuali*, Pisa 2022; M. Fernandez-Bartier, *La confisca e il recupero dei beni criminali: uno stato dell'arte europeo*, in *Forum ERA*, 17, 323–342, 2016.

² The EPPO is not only a supranational body that exclusively applies EU law, but also presents itself as a hybrid conjunction entity that relies heavily on national law to achieve its objectives. See W. M. Khün, *The European Public Prosecutor's Office: The Protection of the EU's Financial Interests as Supranational Integration Project*, 2022, *UJCL*, 3 and A.M. Santos, *The Status of Independence of the European Public Prosecutor's Office and Its Guarantees*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, cit., 1 ff.

³ Directive 2017/1371/EU of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law [2017] OJ L198/29, currently interested by a proposal of amendment and extension with the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating corruption, replacing Council Framework Decision 2003/568/JHA and the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union and amending Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council, COM/2023/234 final. See the Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2016] OJ C 202/47. Actually, the article 86(4) TFEU makes it possible for the European Council, by unanimous decision and, further, only with the consent by the European Parliament, to extend the EPPO's competence to other fields of serious crime having a cross-border dimension (see recital 11 of the EPPO Regulation and the Commission's communication "A Europe that protects: an initiative to extend the competences of the European Public Prosecutor's Office to cross-border terrorist crimes", COM (2018) 641 final). For an in-depth analysis see W. M. Khün, *The European Public Prosecutor's Office: The Protection of the EU's Financial Interests as Supranational Integration Project*, *UJCL* 3, 2022 and D. V. Álvarez, *The Material Competence of the European Public Prosecutor's Office*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, cit., 25 ff.

The challenge of efficiently fighting EU fraud has increased significantly after the approval of the new Multiannual Financial Framework (MFF) 2021-2027 and the Recovery and Resilience Instrument by the European Council in July 2021⁴.

The stunning amounts at stake would make it senseless to do anything other than step up the efforts in this field. Europol, Eurojust⁵, and OLAF have all publicly drawn attention to the considerable fraud risks⁶.

According to the last annual report, EPPO granted «a total of 1117 active investigations for overall estimated damages of €14.1 billion (47% of which linked to VAT fraud) [ensuring] the freezing of €359 million»⁷. Among them, «cross-border value added tax (VAT) fraud involving damages above €10 million (...) [and] 28.2% of them had a cross-border dimension (acts either committed on the territory of several countries, or which caused damages to several countries)»⁸. In particular, «in 2022, 210 recovery actions took place in 18 of the participating Member States (Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Czechia, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Latvia, Lithuania, the Netherlands, Portugal, Romania, Slovakia, Spain). In total, the EPPO requested more than € 516 million to be seized, and the seizure of more than € 359 million was granted»⁹.

These amounts are truly impressive and, quoting from the annual report on 2022, «the EPPO's activity brought about a first positive evolution, with regard to the level of detection of fraud affecting the financial interests of the EU in some Member States»¹⁰. Even if a comparable dynamic could not be observed on the side of the institutions, bodies, offices and agencies of the European Union, there are now more investigations into EU fraud initiated in the 22 participating Member States than the historical average before the EPPO's establishment»¹¹.

In this scenario, the extraordinary importance of the acts exploited by the handling and assisting EDPs (and the European Prosecutors) in cross-border cases is already under the spotlight.

The Regulation doesn't harmonise the prerequisites for the acts to be performed by the EDPs; it only provides for an obligation on MSs to make certain instruments available «*at least in cases where the offence subject to the investigation is punishable by a maximum penalty of at least 4 years of imprisonment*» (art. 30, par. 1, EPPO Regulation)¹². The norm presents a list of measures, available

⁴ See point 24 of the conclusions of the special meeting of the European Council on 17-21 July 2021 in Doc. EUCO 10/20: «The Commission is invited to present further measures to protect the EU budget and Next Generation EU against fraud and irregularities. This will include measures to ensure the collection and comparability of information on the final beneficiaries of EU funding for the purposes of control and audit to be included in the relevant basic acts. Combatting fraud requires a strong involvement of the European Court of Auditors, OLAF, Eurojust, Europol and, where relevant, EPPO, as well as of the Member States' competent authorities».

⁵ For an in-depth analysis see J. A. Espina Ramos, *The Relationship Between Eurojust and the European Public Prosecutor's Office*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, cit., 87 ff.

⁶ N. Franssenn, *Every Euro Counts ... and So Does Every Second. The EPPO and Cross-Border Cooperation in Relation to Seizure and Freezing in the 22 Participating Member States*, in *Eucrim*, 3/2022. The EPPO can count on a solid network (Eurojust, Europol, OLAF, EJM local authorities) from which it can obtain a wide range of information flow for its work and execute European investigation orders concerning budgetary crimes in its competence.

⁷ This amount represents 7 times the budget of the EPPO for that year. EPPO *Annual Report* 2022, 4.

⁸ «[...]The single highest seizure was more than €49 million in monetary instruments. In 20 cases, a total of more than €14.9 million was recovered before trial. Extended confiscation was requested in 15 instances, in order to restrain assets towards which some protective measures had been taken by the criminals to avoid confiscation. The EPPO made extensive use of value-based confiscation to enable recovery. The EPPO also made several confiscation requests (20) with the intention to secure possible civil actions. The main assets seized were bank accounts, followed by real estate properties, vehicles, cash as well as shares, cryptocurrencies, motorboats and luxury items. Criminal merchandise such as clothing products, heavy machinery or e-bike components has been seized and removed from the market, effectively depriving the criminals of the benefit of their illicit activities». EPPO *Annual Report* 2022, 8.

⁹ EPPO *Annual Report* 2022, 64.

¹⁰ Hereinafter MSs.

¹¹ EPPO *Annual Report* 2022, 10.

¹² For an in-depth overview see *ex multis* E. Traversa, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *AP* 3/2019, 17.

to the EDPs, similar for all national legislations: the activities are not exhaustive since the article provides for a general reference to «any other measures» that national law makes available to the prosecutors in similar cases (art. 30, par. 4, EPPO Regulation).

Among the several measures provided by the Regulation and, in light of the amounts and percentages above mentioned, the possibility for EDPs to request freezing measures seems even more essential. According to paragraph 1, lett. d), in certain urgent cases, «where there is reason to believe that the owner, possessor or controller of those instrumentalities or proceeds will seek to frustrate the judgement ordering confiscation», the EDPs take on a central role of decision-maker. For this reason, the EPPO College recently established the Asset Recovery and Money Laundering Advisory Committee to emphasise that «an effective and harmonized asset recovery approach, which is in full alignment with the EPPO's mandate and mission, is of critical importance to the EPPO»¹³.

This article analyses the role of EDPs in ordering (or requesting, depending on the national rules on functional jurisdiction) cross-border freezing measures under Regulation (EU) 2017/1939. The first practical issue concerns the controversial nature of the seizure mentioned in Article 30 among the several acts granted to EDPs. Then, the article will focus on an extensive interpretation of the grounds for non-recognition of the orders in light of Regulation (EU) 2018/1805 on the mutual recognition of freezing orders and confiscation orders (FCO Regulation)¹⁴. The analysis will conclude by considering the costs of managing seized assets between the EU and the national level.

Even if the EPPO Regulation states that «the investigations and prosecutions on behalf of the EPPO shall be governed by the EPPO Regulation» and the national criminal procedural law with the other EU mutual recognition instruments are just supplementary¹⁵, the eventual flaws between the different levels of regulations could create practical issues and could perhaps be better overcome by strengthening the coordination with other existing EU instruments on cross-border freezing.

2. As anticipated briefly before, the EPPO Regulation doesn't contain a specific provision about the cross-border freezing measure within the realm of the 22 MSs participating in the EPPO¹⁶.

On the one hand, article 30, characterized by a «hybrid outreach»¹⁷, establishes several obligations directed at the MSs on what investigatory and other measures must be available to EDPs and which restrictions are allowed, under the Union law, invoking the applicable national law for the procedures

¹³ See College Decision 042/2022 of 28 September 2022, «Establishing the Asset Recovery and Money Laundering Advisory Board of the European Public Prosecutor's Office».

¹⁴ Regulation (EU) 2018/1805 of the European Parliament and of the Council on the mutual recognition of freezing orders and confiscation orders PE/38/2018/REV/1. For an in-depth overview see S. Mirandola, *Borderless enforcement of freezing and confiscation orders in the EU: the first regulation on mutual recognition in criminal matters*, 2020, 20 *ERA Forum* 405; S. Oliveira e Silva, *Regulation (EU) 2018/1805 on the mutual recognition of freezing and confiscation orders: a headlong rush into Europe-wide harmonization?*, in *NJECL* 2022, 13; C. Grandi, *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische*, Torino 2023; A.M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *DPC – RivTrim.* 2019; T. Wahl, *Regulation of freezing and confiscation orders*, <https://eucrim.eu/news/regulation-freezing-and-confiscation-orders/>, 2019; O. Calavita, *Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders: what Issues are at Stake?*, in *ECLR* 2022; A. M. Maugeri, *Prime osservazioni sulla nuova "proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relative al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, 2017, *DPC* 231. For a comparative analysis on the implementation of the Regulation (EU) 2018/1805 see FORCE Project, *Comparative Report on the Implementation of Regulation (EU) 2018/1805*, 2023, available at <https://forceproject.eu>. For an in-depth analysis on the practical issues arising from the application of the Regulation (EU) 2018/1805 see FORCE Project, *Report on confiscation and freezing orders practical issues*, soon to be published (soon to be available at <https://forceproject.eu>).

¹⁵ Art. 5 and recital 73, Regulation (EU) 2017/1939.

¹⁶ See Z. Đurđević, *Legislative or regulatory modifications to be introduced in participant Member States to the enhanced cooperation*, International Conference on Enhanced Cooperation for the Establishment of the EPPO, 2018. Check the current participating EU MSs at <https://www.eppo.europa.eu/en/members>.

¹⁷ H. H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 270 ff.

and modalities. On the other hand, article 31 contains procedural rules to be taken in a different MS than the MS whose EDP is undertaking the investigation.

Among the above mentioned acts of paragraph 1, lett. d) states that an EDP can «freeze instrumentalities or proceeds of crime, including assets, that are expected to be subject to confiscation».

The following paragraph 5 completes the provision establishing that «the European Delegated Prosecutors may only order the measures referred to in paragraphs 1 and 4 where there are reasonable grounds to believe that the specific measure in question might provide information or evidence useful to the investigation, and where there is no less intrusive measure available which could achieve the same objective».

The literal meaning of the combined provisions suggests that the freezing measures are always admissible only if related to specific investigative or probatory ends. In other words, a European Delegated Prosecutor must be able to issue or request a freezing measure just to satisfy an investigative/probatory aim. So, this innovative form of «EPPO freezing», as highlighted, «should be the sole measure to be used by EDPs if they need, for the purpose of the investigation that are carrying on, to seize an asset, which is also expected to be subject to confiscation»¹⁸.

Furthermore, the activities connected with a risk of dispersion for investigations or evidence may in reality be the most disparate; basically, it is the equivalent of prescribing that, in case of risk of dispersion, deterioration, corruption or even difficulty in finding elements useful for investigative purposes, the Regulation may justify any activity, even with a disproportionate coercive content¹⁹.

With regard to this crucial passage, the College of the European Public Prosecutor's Office, according to its function as an “interpretative guide” for the practical application of the Regulation²⁰, seems to give a definitive answer.

Indeed, as clarified with the Guidelines of the College of the EPPO on the application of article 31 of Regulation (EU) 2017/1939²¹, «although listed as such in Article 30 of the EPPO Regulation, freezing instrumentalities and proceeds of crime is not an investigation measure and is not aimed at gathering evidence». In particular, the College highlights that the freezing instrumentality «is in fact a tool to recover ill-gotten assets or their equivalent value, and has nothing to do with an “investigation measure”»²². As noted, «the word “investigation” should not be read as a limitation to the set of measures, but instead guide the interpretation of the measures»²³.

Consequently, the freezing measure would be part of the second category “other measures” from the title of article 30²⁴. This is coherent with the recital 107, which expressly provides that EPPO may always adopt «precautionary measures, in particular to prevent any continuous wrongdoing or to protect the Union from reputational damage». According to the Guidelines²⁵, the recital seems to refer properly to orders for freezing proceeds of crime.

According to article 31, par. 1, where a measure needs to be undertaken in a Member State other than the Member State of the handling EDP, the latter EDP shall decide on the adoption of the necessary

¹⁸ See L. Scomparin, O. Calavita, *Regulation 2018/1805/EU: a step forward with some criticalities*, in *EP forthcoming*.

¹⁹ See G. Barrocu, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, cit., 111.

²⁰ Recital n. 24, Regulation 2017/1939/EU.

²¹ As clarified by the same College, the aim of the Guidelines is to ensure an internal uniform practice within the European Public Prosecutor's Office in the framework of Article 31 of the EPPO Regulation, which created a new mechanism for the EPPO cross-border investigations. *GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017 /1939*, 8.

²² See *GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017 /1939*, 8.

²³ H. H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 274.

²⁴ See *GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017 /1939*, 8.

²⁵ *GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017 /1939*, 8.

measure and assign it to a EDP located in the Member State where the measure needs to be carried out. The assisting EDP should request the competent authority of his/her Member State to issue the order. On the one hand, a judicial authorisation is required under the law of the Member State of the assisting EDP: «the assisting EDP shall obtain the authorisation in accordance with the law of his/her Member State and, if authorisation is refused, the handling EDP has to withdraw the assignment»²⁶. On the other hand, «where, in accordance with Article 31 paragraph 3, third sub-paragraph, the law of the Member State of the assisting EDP does not require a judicial authorisation, but the law of the handling EDP requires it, the handling EDP has to obtain the authorisation from the competent court of his/her Member State»²⁷.

Furthermore, if the assigned measure does not exist in a purely domestic situation, but would be available in a cross-border situation covered by legal instruments on mutual recognition or cross-border cooperation, the EDP may have recourse to such instruments (art. 31, par. 6).

Despite art. 32 of the EPPO Regulation stating «the assigned measures shall be carried out in accordance with this Regulation [EPPO] and the law of the Member State of the assisting European Delegated Prosecutor», would it not be convenient to provide for a direct coordination with the EU instrument regulating to this specific area of interest?²⁸ In line with article 7 of the FCO Regulation and starting from a comprehensive interpretation of the combined provisions 30 and 31 par. 6 of the EPPO Regulation, wouldn't it be more efficient for EDPs to be competent to directly order a freezing measure? Of course, with respect to all requirements established in the FCO Regulation, especially for the MSs who have not decided to join the EPPO Regulation and present special issues with EU fraud and lack of efficient prosecution. It's still unclear to what extent the EU law on freezing orders (FCO Regulation) will subsequently come into play (if it will come into play) and how the two regulatory texts can talk to each other in practice²⁹. Focusing for a while on just the FCO Regulation, the EDP is a judicial authority who can be designated (and MSs have already been designated) according to the definition of Article 2, 8) and, as such, may directly issue the freezing of an asset³⁰. A coherent approach also seems to guide the proposed amendment of the Directive on asset recovery and confiscation³¹. As is well known, the aim of the proposal is to update the existing legal framework and to facilitate and ensure effective asset recovery and confiscation efforts across the Union³². The proposed Directive intervenes in different ways, *inter alia* specifying the existing rules for several asset recovery stages, promoting the adoption for a comprehensive national strategy on asset recovery, accompanied by provisions on the cooperation of the Asset Recovery Offices (AROs)³³ with the European Public Prosecutor's Office (EPPO), Eurojust and Europol. In particular, according

²⁶ GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017/1939, 3.

²⁷ GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017/1939, 4.

²⁸ «The practical application of Article 31 cannot be more cumbersome, bureaucratic and more time consuming than the application of the Union acts giving effect to the principle of mutual recognition, such as the Directive 2014/41 regarding the European Investigation Order ("EIO Directive") or the Regulation 2018/1805 on the mutual recognition of freezing orders and confiscation orders ("Regulation 2018/1805")». GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017/1939, 3.

²⁹ On this aspect see N. Franssenn, *Every Euro Counts ...*, cit., 3/2022.

³⁰ See the notification of the MSs appointed EPPO as issuing authority on the website of the Judicial Library of the European Judicial Network (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories/EN/4/-1/0>).

³¹ Commission, 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on asset recovery and confiscation' COM (2022) 245 final.

³² For an in-depth analysis see A. Sakellarakis, *EU Asset Recovery and Confiscation Regime – Quo Vadis? A First Assessment of the Commission's Proposal to Further Harmonise the EU Asset Recovery and Confiscation Laws. A Step in the Right Direction?* In NJECL 2022, 13/4, 478–501.

³³ The Asset Recovery Offices (AROs) are national central contact points with the powers and information needed to trace and identify assets, and facilitate cross-border cooperation (see Council Decision 2007/845/JHA and Framework Decision 2006/960/JHA).

to artt. 28, 29 of the proposed Directive, the EPPO - together with AROs, Europol and Eurojust - plays a crucial role for better cross-border cooperation between all institutions involved in asset recovery to ensure that all types of freezing orders and confiscation orders are enforced to the maximum extent possible throughout the Union³⁴.

3. A further issue that might interfere with the eventual and most efficient coordination between the EPPO and FCO Regulation concerns the grounds for non-recognition and non-execution of freezing measures.

Art. 31 par. 5 of the EPPO Regulation provides a very limited and specific number of situations in which the assisting EDPs could refuse to execute the freezing informing his/her Supervising European Prosecutor and consulting with the handling EDP in order to solve the issue. The reason would be that the EPPO system relies on an internal dialogue between the handling and assisting EDPs. This internal cooperation system is one of the main elements for ensuring the protection of fundamental rights in the EPPO system.

The grounds for non-recognition, listed in paragraph 5 of the EPPO Regulation, are considerably fewer than in the FCO Regulation. They essentially concern situations where the allocation by the handling EDP is incomplete or contains a manifest and material error; the measure cannot be adopted within a specified time limit for justified reasons; a less intrusive measure would achieve the same results in the same way; finally, the allocated measure does not exist or would not be applicable in a similar domestic case under the law of its Member State.

On the other hand, art. 8 par. 1 of the FCO Regulation provides a much more detailed catalogue and considers additional situations that may occur with a certain frequency in practice. For example, point (a) covers the case in which the execution of the freezing order is contrary to *ne bis in idem*. In such cases, how should the assisting EDP proceed? Since there is a risk of a violation of a fundamental principle, could this hypothesis be brought under article 32 or 42 of the EPPO Regulation?

Considering both Regulations in comparison, while subparagraph (a) of the EPPO Regulation could reasonably be made to coincide with subparagraph (c) and article 32 or 42 could be a genus of the more specific subparagraph (f) of the FCO Regulation³⁵, the cases of subparagraphs (b), (d) and (e) of the FCO Regulation would remain outside the scope of the EPPO Regulation.

In these last hypotheses, which of the two EU Regulations should actually operate and with regard to which phases of the proceedings? Considering a transnational investigation case handled by an EDP, could the grounds for non-recognition listed in the FCO Regulation be invoked by the defendant? Or should every issue arising with regard to the execution of the measure be solved in light of only the national rules?³⁶ The lack of coordination could potentially create a practical tension and it might not be so easy to avoid the grounds for refusal under the FCO Regulation being invoked before the Court, in particular by lawyers representing the persons concerned. As noted, «given the fact that the mechanism for cross-border cooperation in the EPPO Regulation seeks to further develop the EU instruments on mutual cooperation, it would be beneficial to the efficiency of the mechanism if only the situations mentioned in Art. 31(5) pose an obstacle in practice»³⁷.

While the interpretation of the grounds for non-recognition/non-execution provided by the EPPO Regulation would deserve a clarification in light of FCO Regulation, the time limits to proceed in

³⁴ A. Sakellarakis, *EU Asset Recovery and Confiscation Regime – Quo Vadis? A First Assessment of the Commission's Proposal to Further Harmonise the EU Asset Recovery and Confiscation Laws. A Step in the Right Direction?* 501.

³⁵ This is also a general principle of the EU law, always applicable and valid. See *GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017/1939*, 6.

³⁶ Actually the original approach of the EPPO Regulation moved by the assumption that «any problem arising with regard to the execution of the required (assigned) measure, shall be dealt with by both EDPs involved in order to try to find a solution by way of bilateral communication and together with the European Supervisory Prosecutor». L. Bachmaier Winter, *Cross-Border Investigations Under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance*, cit., 123.

³⁷ N. Franssenn, *Every Euro Counts ...cit.*, 3/2022.

case of non-recognition or non-execution, provided by the two legal texts, do not seem to raise any particular practical issues. Indeed the two articles use different expressions but are quite aligned. Apart from paragraph 7 of art. 31 of the EPPO Regulation which states that if the EDP cannot solve the issue within 7 working days, the matter shall be referred to the competent Permanent Chamber, paragraph 8 recommends the Permanent Chamber to take a decision «without undue delay, in accordance with applicable national law». Similarly, article 9, par. 1 of the FCO Regulation states that the executing authority shall take a decision on recognition and execution «without delay and with the same speed and priority as for a similar domestic case».

3.1. A related exegetical issue concerns the judicial control and review of freezing measures assigned in cross-border cases according to article 31 EPPO Regulation³⁸.

While article 33 of the FCO Regulation provides that an appeal of a seizure may be brought before a Court of the executing State according with the law of that State³⁹, the EPPO Regulation does not contain any specific provisions on the legal remedies with regard to the application of article 31⁴⁰. However, the right to an effective remedy is a fundamental right, which is enshrined in Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights. When a freezing of assets is requested by a handling EDP to an assisting EDP, in case of a non-recognition and non-execution hypothesis or some procedural issues, it is not easy to understand how legal remedies should work in practice. For this reason, this is a matter subject to pure legal interpretation in accordance with the basic principles of EU law⁴¹.

Article 42 par. 1 of the EPPO Regulation establishes that the Courts of the MSs are competent to review procedural acts which «are intended to produce legal effects vis-à-vis third parties». Recital 88 continues specifying further that «effective remedies should be ensured in accordance with the second subparagraph of Article 19(1) TEU [...]. When national courts review the legality of such acts, they may do so on the basis of Union law, including this Regulation, and also on the basis of national law, which applies to the extent that a matter is not dealt with by this Regulation». So, as noted, «the suspect, or another person negatively affected by the investigative measure, may be able to challenge the decision taken by the handling EDP to adopt the measure» and «the competent courts to challenge the decision taken by the handling EDP could be the courts of that Member State»⁴². However, if a judicial authorization has been obtained by the Court of the assisting EDP⁴³, the latter should also be subject to a subsequent judicial review in accordance with the law of this MS. Therefore «when it comes to a possible subsequent judicial review of the measure that has been taken, such judicial review may – in accordance with applicable national law – take place in the Courts of either or both Member States»⁴⁴.

The last possibility of article 42 is to award the competence to the national Courts for the judicial review of the legality of the acts carried out by the EPPO, in accordance with national law⁴⁵. However, the norm does not address all the issues of judicial review of the EPPO that may arise in the context of investigations conducted by the EPPO since the provision applies only to the control of the EPPO procedural acts.

This topic has been the main subject of the first case concerning the interpretation of the EPPO Regulation before the EU Court of Justice (CJEU)⁴⁶. More in detail, the investigations were

³⁸ A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, 288.

³⁹ See S. Oliveira e Silva, *Regulation (EU) 2018/1805 on the mutual recognition of freezing and confiscation orders: a headlong rush into Europe-wide harmonization?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, 13, 12 ff.

⁴⁰ *GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017/1939*, 4.

⁴¹ H.-H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 299.

⁴² H.-H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 299.

⁴³ According to the article 31 EPPO Regulation.

⁴⁴ H.-H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 299.

⁴⁵ H.-H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 402.

⁴⁶ C-281/22, *GK and Others*, lodged at 25 April 2022.

conducted by the EDP in Germany (handling EDP) who sought assistance from colleagues in Austria (assisting EDP). The Austrian Court had to decide on appeals by natural and legal persons who were subject to search and seizure in Austria.

The interpretative issue is whether the Courts in the Member State of the assisting EDP are authorised to conduct a full review of the decision as they would do in a purely domestic situation or, when it comes to cross-border EPPO investigations, whether their review should be limited only to procedural issues concerning the exercise of such investigation measures.

According to the Austrian and German government, «it is, thus, for the Court of the assisting EDP's Member State to assess whether the necessary level of suspicion that a crime has been committed has been met; whether the investigative measure sought would yield the evidence necessary for prosecution; and whether the same evidence could not be acquired through a less intrusive measure»⁴⁷. This would mean that cross-border investigations under the established EPPO Regulation might be less efficient than approving a measure in accordance with the EU's instruments on mutual recognition⁴⁸.

On the contrary, the EPPO, the Commission, and the French, Romanian and Netherlands Governments stated that if the law of the assisting EDP's Member State requires a judicial authorisation of an investigative measure, such an authorisation may entail only a review of the formal and procedural aspects relating to the execution of the measure⁴⁹.

Waiting for a definitive response from the CGEU, on 22nd June 2023, the Advocate General drew his conclusions starting from the assumption that «the EPPO system was intended to be an efficient mechanism in the fight against crimes damaging the EU's financial interests»⁵⁰. For this reason, the EPPO Regulation should be understood as allowing the Court of the Member State of the assisting EDP to review only the aspects related to the procedural execution of the measure⁵¹. This interpretation also recalls what was recently clarified by the College which stated that the «legal remedies must be granted in respect of the substantive reasons of the measure in the Member State of the handling EDP». In other words, in the MS of the assisting EDP, the legal remedies should not lead to an assessment of the merits of the case or on the EPPO's competence: the judicial authorisation and its substantive reasons can always be subject to legal remedies in the Member State of the handling EDP⁵². The judicial review in the assisting MS should concern only procedural aspects or exceptional grounds such as the violation of fundamental rights, in case the authorisation is issued for a measure that does not exist or would not be available in a similar domestic case under the law of his/her Member State or (ex post) errors in the execution of the measure⁵³.

4. It's necessary to keep in mind that in certain cases the costs of managing and maintaining frozen properties over a longer period of time can become very high⁵⁴.

⁴⁷ C-281/22, *GK and Others*, Opinion of the Advocate General, par. 35.

⁴⁸ For example, «to be able to decide whether the requested measure is justified, the court of the Member State of the assisting EDP would need to have access to the entire case file. As the main investigation is conducted in a different Member State and with a view to commencing a trial in the court of that State if sufficient evidence is obtained, the case file might be in a different language. Its translation, which might be necessary to enable the court of the assisting EDP to decide on the substantive issues relating to the legality of the investigation measure, will, if nothing else, take time». C-281/22, *GK and Others*, cit., par. 55.

⁴⁹ C-281/22, *GK and Others*, cit., par. 38.

⁵⁰ C-281/22, *GK and Others*, cit., par. 63.

⁵¹ Assuming that «the measure is justified, whether or not the latter is approved by prior judicial authorisation of the court in the Member State of the handling European Delegated Prosecutor». C-281/22, *GK and Others*, cit., par. 73.

⁵² GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017/1939, 7.

⁵³ GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017/1939, 6 ff.

⁵⁴ T. Slingeneyer, *Management of frozen assets*, in *Improving confiscation procedures in the European Union*, A. Bernardi (ed.), 2019, 556 ff.

No European text specifies the competent authorities for the decisions relating to the management of frozen properties⁵⁵. The FCO Regulation simply provides that decisions relating to the management of frozen property «shall be governed by the law of the executing State» (art. 28, par. 1). The main scope of this provision is to avoid or minimize the risk of economic devaluation of frozen assets (Directive 2014/42/EU, recital 32; Regulation (EU) 2018/1805, art. 28, par. 2).

According to article 31 of the FCO Regulation «each Member State shall bear its own costs resulting from the application of this Regulation». The provision continues stating that costs may be shared among MSs if they are particularly high or exceptional.

In a cross-border case involving EDPs, who bears the management costs of frozen properties?

During the negotiations of the EPPO Regulation, MSs were divided whether, according to article 28, the EPPO should also cover the costs of “acts incurred by national authorities when acting on behalf of the EPPO”. The provision of paragraph 5, article 91 establishes a difference between “expenditure incurred by the European Delegated Prosecutors” and “costs related to investigation measures carried out by competent national authorities”. As noted, «expenditures incurred by the EDPs are considered operational expenditure of the EPPO whenever they act in the framework of the EPPO»⁵⁶. Recital 113 further specifies the concept of “operational expenditure” stating that «these should include the cost of operational communication between the European Delegated Prosecutor and the central level of the EPPO, such as mail delivery costs, travel expenses, translations necessary for the internal functioning of the EPPO, and other costs not previously incurred by Member States during an investigation which are caused only due to the EPPO having assumed responsibilities for investigation and prosecution». As noted, «the recital here thus confirms the principle that the EPPO should be responsible only for “new” types of costs or additional costs – but not for those costs of the investigation measures which the Member States would have to cover even if the EPPO had not been established»⁵⁷.

The last category of recital 113 also includes the “costs related to investigation measures carried out by competent national authorities” which shall not be considered operational costs of the EPPO⁵⁸.

The College of the European Public Prosecutor's Office, with the Guidelines of 26 January 2022, states that those expenditures directly linked to the application of the assignment mechanism should be borne by the EPPO because they are caused only by the EPPO having assumed responsibilities for investigation and prosecution⁵⁹.

However, at the same time, paragraph 30 of the Guidelines states that «in accordance with Article 91 (5) of the EPPO Regulation and without prejudice to Article 91 (6), the Member States shall remain responsible for the costs they would have anyway incurred if the measure would have been executed under the mutual recognition or mutual legal assistance regime, such as costs incurred by any national authority during the execution of a measure on the territory of that Member State».

This approach would in principle be more coherent with recital 112 of the EPPO Regulation stating that the costs of measures undertaken by the EPPO should in principle be covered by the national authorities carrying them out⁶⁰. Just exceptionally high costs for some measures such as complex experts' opinions, extensive police operations or surveillance activities over a long period of time could partly be reimbursed by the EPPO, including, where possible, by reallocating resources from other budget lines of the EPPO, or by amending the budget in accordance with this Regulation and

⁵⁵ T. Slingeneier, *Management of frozen assets*, in *Improving confiscation procedures in the European Union*, 558 ff.

⁵⁶ H.-H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 556.

⁵⁷ H.-H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 556.

⁵⁸ H.-H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, cit., 556.

⁵⁹ *GUIDELINES OF THE COLLEGE OF THE EPPO ON THE APPLICATION OF ARTICLE 31 OF REGULATION (EU) 2017/1939*, 9.

⁶⁰ N. Franssenn, *Every Euro Counts ...*, cit., 3/2022.

the applicable financial rules. However, it may therefore be more than necessary to further clarify how to reconcile paragraphs 28 and 30 of the Guidelines in practice.

5. The protection of EU financial interests has become fundamental. These interests are vulnerable to cross-border crimes, particularly regarding subsidy and VAT fraud, but also money laundering and corruption.

The European Prosecutor's Office was created not only to bring perpetrators of fraud in the EU to justice but also, just as importantly, to help recover the criminal profits thus acquired. Providing efficient instruments and guaranteeing the right coordination between the competent judicial authorities are key to achieving the Union's objectives and facilitating cross-border judicial cooperation, which would otherwise remain a simple rhetorical wish. Especially in cross-border investigations, an efficient coordination between the EDPs themselves and, between them and the national competent authorities, may be a key element for the effectiveness of the mutual recognition instruments⁶¹.

The terms of the Regulation itself and the College's Guidelines, however, still leave some weaknesses to the EPPO's activity, which can be overcome by taking into account the other existing EU cooperation instruments on seizure and confiscation and management of frozen assets and reducing the current fragmentation of the rules. Perhaps, some of the above depicted issues will remain merely "theoretical", without any particular practical consequences due to the fact that in any case the application of the EPPO Regulation must prevail.

In any case, despite some highlighted theoretical difficulties, the data on the amount of assets seized by the EPPO, also supporting the national authorities, gives a reason for optimism.

A proactive transnational approach should be adopted firstly considering the existent EU mutual recognition instruments⁶². This model could avoid the potential practical weaknesses in cross-border investigations, counteract systemic gaps in the criminal procedural law of the Member States, and lead to criminal prosecution in accordance with the rule of law.

⁶¹ H. Satzger, *The European Public Prosecutor's Office and Its Coordination with the National Public Prosecutor's Office: The Model of Complementarity*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, cit., 2018, 43 ff, S. Allegrezza, A. Mosna, *Cross-Border Criminal Evidence and the Future European Public Prosecutor. One step back on Mutual Recognition?*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, cit., 154, L. Camaldo, *La nuova fisionomia della procura europea*, 814-816.

⁶² L. Bachmaier Winter, *Cross-Border Investigations Under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance*, cit., 136.

ECODELITTI ED ECOMAFIE NELLA PROSPETTIVA DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE*

di Luigi Scollo (*Assegnista di ricerca in diritto penale, Università degli studi di Bergamo*)

La crescente attenzione nei confronti dell'ambiente e la preoccupazione per i cambiamenti climatici dominano il dibattito pubblico e impegnano le istituzioni verso nuove soluzioni che assicurino più efficace livello di tutela. In un simile scenario, lo spettro dei danni causati all'ambiente dalle organizzazioni criminali induce a riflettere sotto una diversa prospettiva, non esclusivamente nazionale. Su queste premesse, l'articolo si sofferma sugli strumenti offerti dal diritto penale internazionale, concentrando l'attenzione sulla possibile introduzione del crimine di ecocidio nello Statuto di Roma, offrendo una approfondita analisi critica delle recenti proposte e tentando di individuare una ipotesi alternativa di criminalizzazione dell'ecocidio quale crimine contro l'umanità. The growing attention towards the environment and concern for climate change dominate the public debate and commit the institutions towards new solutions that ensure a more effective level of protection. In such a scenario, the specter of damage caused to the environment by criminal organizations leads us to reflect from a different, not exclusively national, perspective. On these premises, the article focuses on the tools offered by international criminal law, focusing attention on the possible introduction of the crime of ecocide in the Rome Statute, offering an in-depth critical analysis of recent proposals, and attempting to identify an alternative hypothesis of criminalization of ecocide as a crime against humanity.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'internazionalizzazione del diritto e della giustizia penale: una prospettiva che riguarda anche gli ecocrimini e le ecomafie. – 3. Il ruolo dei legislatori e delle corti internazionali. – 4. Il processo di criminalizzazione dell'ecocidio: la matrice bellica e il peccato originale. – 5. La prospettiva dello Statuto di Roma come sede di tutela. – 5.1. Intersezione di metodo e merito della criminalizzazione. – 5.2. Fisionomia di una fattispecie ipotetica: critica. – 5.2.1. La tipizzazione. – 5.2.2. Il criterio di imputazione. – 5.2.3. La sanzione e le istanze di riparazione. – 6. Una proposta (alternativa) di modifica dello Statuto di Roma. – 6.1. Proposte di modifica dell'art. 7. – 6.2. Proposte di modifica dell'art. 12. – 7. Conclusioni.

1. La precarietà del lavoro e la prospettiva di un peggioramento significativo delle condizioni economiche per larghe fette della popolazione costituiscono il fulcro delle «nuove ansie» della società occidentale, cui si contrappone – nella riflessione sulla socialdemocrazia condotta dal prof. Paul Collier dell'Università di Oxford, nel suo libro su «Il futuro del capitalismo»¹ – la sempre più nitida affermazione di una classe dirigente composta «né da capitalisti né da lavoratori», bensì da una élite di persone «che si incontrano all'università», portatrici di una «nuova forma di moralità», con propri valori e punti cardine, in virtù dei quali pretendono di affermare la propria superiorità morale rispetto alle classi meno istruite². Tale contrapposizione sociale, etica e politica costituisce, nel pensiero

*Il contributo è destinato al volume “*Ecomafie: crimine organizzato, business e ambiente*”, curato da Luigi Cornacchia e Manuel Cancio Meliá. Si ringraziano i curatori per averne consentito la pubblicazione su questa Rivista.

¹ P. Collier, *The future of Capitalism. Facing the New Anxieties*, London 2018, pubblicato in Italia con traduzione di D. Scaffei, con il titolo: *Il futuro del capitalismo*, Bari 2018, 6.

² *Ibid.*, 6. L'A. individua nella «specificità attenzione ai gruppi discriminati» l'elemento distintivo e identitario della nuova élite, che sembra contrapporre, quantomeno apparentemente, la centralità dei diritti civili a quella dei diritti sociali. Sull'affermazione nel quadro costituzionale dei diritti sociali v., di recente, L. Ventura, A. Morelli, *Il paradossale percorso dei diritti sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2021, 2, 8, in cui gli AA. sottolineano il «capovolgimento» di priorità tra diritti civili e diritti sociali, a favore di questi ultimi, scorrendo condivisibilmente che si

dell'economista britannico, un fenomeno trasversale dal punto di vista generazionale, che soffia sul fuoco di ideologi e populist, spingendo soprattutto i giovani a opzioni politiche «estreme»³.

In un simile contesto, potrebbe apparire distonico – ma vedremo che così non è – che il problema dei cambiamenti climatici abbia assunto un ruolo centrale nel dibattito pubblico proprio grazie all'iniziativa della giovane attivista svedese Greta Thunberg, ed al suo «sciopero scolastico per il clima», per il quale è stata nominata, nel 2019, dalla rivista *Time*, tra le cento persone più influenti del mondo e poi incoronata dalla medesima rivista «Persona dell'anno» poiché «*she has succeeded in creating a global attitudinal shift, transforming millions of vague, middle-of-the-night anxieties into a worldwide movement calling for urgent change*»⁴.

Naturalmente, non può essere questa la sede per soffermarsi ad indagare la fisionomia delle «nuove ansie»⁵ che muovono «nuove passioni nella nostra politica»⁶, né di affrontare la complessa figura di Greta Thunberg⁷ e, soprattutto, di collocare l'ansia per il cambiamento climatico all'interno o all'esterno del meccanismo delle «nuove ansie» descritto dal prof. Collier, con quello che ciò potrebbe comportare. Tuttavia, possono essere tratteggiate almeno due considerazioni, in qualche misura rilevanti per quanto si dirà di seguito.

La prima è che l'installazione, a tratti inquietante, del *Climate Clock* comparsa nel 2020 a *Union Square* (New York) e oggi visibile sul web⁸ – ossia l'orologio che riproduce in giorni, ore, minuti e secondi il tempo che ci separa dal momento in cui raggiungeremo una condizione climatica irreversibile che ci condurrà all'estinzione – non è solo una brillante scelta di comunicazione, né una suggestione elitaria, appannaggio di intellettuali rinchiusi in una torre d'avorio, bensì la spia di un problema più vicino e concreto di quanto si possa pensare. I cambiamenti climatici, difatti, costano terribilmente: la European Environment Agency ha stimato in circa 560 miliardi di euro le perdite

tratta di un «paradosso solo apparente», se si tiene conto che i diritti sociali «danno veste giuridica a bisogni primari dell'essere umano, il cui soddisfacimento impone non soltanto l'adozione di adeguate politiche sociali ma l'assunzione d'ineludibili scelte di giustizia», con i relativi oneri a carico dello Stato, come ricordato da N. Palazzo, *La Corte costituzionale legislatore*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2023, 1, 189 ss. cui si rinvia, in particolare alla nt. 40, per la bibliografia sul tema delle conseguenze per la finanza pubblica delle decisioni della Corte costituzionale, sottolineando la accresciuta prudenza nella pronuncia di sentenze c.d. additive di prestazioni. Sul tema, v. anche C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC* 2013, 4, 11.

³ *Ibid.*, 8 in cui l'A. colloca nei divari di istruzione e geografico le ragioni di alcuni «successi» elettorali, sia di movimenti di destra che di sinistra, in alcune passate competizioni elettorali in Francia, Germania, Gran Bretagna e Stati Uniti.

⁴ La copertina del *Time* che ritrae la giovane attivista e la motivazione con cui è stata proclamata «Persona dell'anno» sono disponibili sul sito della rivista: <https://time.com/person-of-the-year-2019-greta-thunberg/> (ultima consultazione: 28/07/2023).

⁵ L'ansia climatica ha spinto sei giovani di età tra gli 11 e i 24 anni a citare in giudizio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo ben 33 paesi, accusandoli di non adottare politiche sufficienti contro i cambiamenti climatici. La notizia è riportata dal *Sole24ore* ed è disponibile al seguente indirizzo: https://www.ilsole24ore.com/art/climate-change-sei-giovani-sfidano-32-stati-alla-corte-europea-diritti-dell-uomo-AFbspA1?refresh_ce=1 (ultimo accesso: 28/09/2023).

⁶ P. Collier, *op. cit.*, 5.

⁷ Com'è noto, le iniziative della giovane attivista hanno attirato, tra i molti applausi, anche qualche critica. Il filosofo Massimo Cacciari, ad esempio, in una intervista sul *Corriere della Sera* del 27/09/2019, ha espresso perplessità circa la partecipazione degli studenti italiani al «*Friday for future*», la manifestazione indetta dalla giovane attivista per manifestare contro l'inerzia avverso i cambiamenti climatici cui hanno aderito migliaia di giovani in tutto il mondo, osservando che: «I problemi non si affrontano in termini ideologico-sentimental-patetico». Ancora, per la traversata dell'atlantico sul «*Malizia II*» con al timone Pierre Casiraghi di Monaco, sui periodici «*Libération*» e «*Valeurs Actuelles*» critiche sono apparse per via degli sponsor che – normalmente – sostengono il team *Malizia* e che non hanno figurato nel viaggio della attivista (la ricostruzione è presente al seguente indirizzo: https://www.liberation.fr/checknews/2019/07/31/sur-quel-bateau-greta-thunberg-va-t-elle-voyager-jusqu-a-new-york-est-il-vraiment-ecolo_1742978/ - ultimo accesso 31/07/2023). Infine, l'attivista è stata più volte «arrestata» (o meglio, portata via dalla polizia) e, di recente, è stata condannata per resistenza ad una pena pecuniaria, per aver bloccato l'accesso ad un porto per manifestare contro l'uso di combustibili fossili (la notizia è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.rainews.it/articoli/2023/07/greta-thunberg-multata-in-svezia-per-resistenza-alla-polizia--70588792-f8b7-4d85-9fbb-b3a69add8307.html> (ultimo accesso: 31/07/2023).

⁸ Il *Climate Clock* è oggi visibile sul sito: <https://climateclock.world/> (ultimo accesso: 31/07/2023).

economiche causate dal clima negli ultimi quarant'anni – oltre il doppio dei fondi del PNRR concessi all'Italia – e la stima riguarda solo gli Stati membri⁹.

La seconda considerazione, perfino ovvia, è che gli ordinamenti giuridici non rimangono insensibili ai movimenti d'opinione ed alle battaglie politiche che acquistano una così rilevante eco mediatica e coinvolgono milioni di persone in tutto il mondo¹⁰. Senza, con ciò, voler sostenere un rapporto di causa-effetto con le manifestazioni per il clima di cui si è appena accennato, allo stesso tempo, non appare fuori contesto il fatto che il 29 marzo 2023 il Parlamento europeo – consapevole che «l'accelerazione dei cambiamenti climatici (...) ha portato a riconoscere che la transizione verde è l'obiettivo fondamentale del nostro tempo» e che «progredire verso l'istituzione di un codice di diritto penale dell'Unione in materia ambientale (...) è necessario in quanto la criminalità ambientale ha spesso una dimensione transfrontaliera» (emendamento nr. 13) – abbia approvato con modifiche, in prima lettura, la proposta della Commissione di sostituzione della direttiva 2008/99/CE, impegnando l'Unione e gli Stati membri affinché il crimine di ecicidio venga incluso nella giurisdizione della Corte penale internazionale (emendamento nr. 25)¹¹.

Il voto del Parlamento europeo, come vedremo meglio di seguito, è solo l'ultimo tassello di un dibattito pluridecennale sulla possibilità di punire l'ecicidio come crimine internazionale¹². Si tratta di un dato suggestivo, che sollecita una attenta riflessione sul tema lungo due fondamentali direttrici intorno alle quali verrà sviluppato il presente lavoro. La prima è di tipo “contestuale”, dovendosi apprezzare la proposta alla luce di un processo, che sembra avere portata più generale, di internazionalizzazione del diritto e della giustizia penale. Lungo questo discorso, vi sarà occasione di soffermarsi sul piano dei principi e dei valori, anche costituzionali, che possono entrare in conflitto con la prospettiva offerta da tale meccanismo trasversale a più ambiti del diritto penale, ma che riguarda significativamente anche gli ecodelitti. Fondamentale, in argomento, sarà scrutare il ruolo dei parlamenti e delle corti, sia nazionali che, per l'appunto, sovranazionali.

Tracciate alcune considerazioni di contesto e, dunque, di sistema, e dopo aver ripercorso il processo di criminalizzazione *in fieri* dell'ecicidio come crimine internazionale, sarà poi possibile una riflessione di tipo “testuale”, soffermandosi quindi sulle concrete prospettive di tutela che si auspica possa offrire lo Statuto di Roma. L'indagine verrà sviluppata in tre sezioni. Preliminarmente, si cercherà di rispondere al fondamentale interrogativo penalistico circa il metodo e il merito della criminalizzazione, un tema di carattere generale che la settorialità dell'argomento affrontato – appunto, l'ecicidio come crimine internazionale – non consente comunque di bypassare.

⁹ La European Environment Agency (EEA) è un'agenzia dell'Unione europea che fornisce conoscenze e dati a sostegno degli obiettivi ambientali e climatici dell'Unione. Il dato sopra riportato è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.eea.europa.eu/ims/economic-losses-from-climate-related> (ultimo accesso: 31/07/2023). Le stime per il futuro sono, s'è possibile, ancor meno rosee. In *The turning point. A Global Summary* (2022), Deloitte ha calcolato che l'inerzia avverso il cambiamento climatico costerà alla terra 178 trilioni di dollari di perdite economiche entro il 2070. Al contrario, raggiungere l'obiettivo di zero emissioni entro metà secolo porterebbe ad un incremento nell'economia globale equivalente a 43 trilioni di dollari. Il report è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.deloitte.com/global/en/issues/climate/global-turning-point.html> (ultimo accesso: 31/07/2023).

¹⁰ Le scienze tutte sono chiamate a fornire il proprio contributo alla sopravvivenza dell'uomo nel pianeta. Si pensi, ad esempio, all'architettura e all'urbanistica che hanno “inventato”, in Olanda e Danimarca, giardini e piazze che all'occorrenza diventano «inondabili», ossia reagiscono positivamente agli eventi atmosferici impetuosi come le precipitazioni abbondanti o le esondazioni incamerando la forza della natura in camere d'acqua che servono a contenere l'impatto sulla vita delle persone, come descritto in E. Granata, *Placemaker. Gli inventori dei luoghi che abiteremo*, Torino 2021, 6.

¹¹ V. il “Progetto di risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente che sostituisce la direttiva 2008/99/CE” (COM (2021)0851 – C9-0466/2021 – 2021/0422(COD)) disponibile sul sito: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_IT.html#_section1 (ultimo accesso: 31/07/2023).

¹² Sebbene sul punto si tornerà diffusamente più avanti, è bene da subito puntualizzare che non esiste una definizione giuridica condivisa di ecicidio, e dunque del fatto suscettibile di incriminazione. Anzi, questo è forse uno degli aspetti più controversi del dibattito per la cui ricostruzione si rinvia ai paragrafi seguenti.

Successivamente, l'analisi si focalizzerà sui reali spazi di criminalizzazione dell'ecocidio, offrendo una riflessione critica circa le proposte avanzate e provando a formulare una ipotesi alternativa, anche sulla base delle considerazioni svolte in premessa, atteso che, a dispetto delle criticità che pure verranno sottolineate, lo Statuto di Roma sembra poter offrire uno spazio adeguato e non secondario nella tutela del pianeta, e quindi, dell'umanità, come meglio si vedrà nel prosieguo dell'elaborato.

2. L'Italia non contempla l'ecocidio come illecito penale *ad hoc*, il quale – almeno dal punto di vista nominalistico – è stato introdotto nel Codice dell'ambiente francese¹³, spingendo altri paesi¹⁴ a seguire l'esempio¹⁵. Il nostro ordinamento offre, comunque, un'ampia tutela dell'ambiente attraverso fattispecie penali che puniscono varie forme di aggressione al bene giuridico, più o meno gravi, contenute in due testi legislativi: il Codice penale (precisamente, il Titolo VI *bis* del Libro II di recente introduzione) e il c.d. Codice dell'ambiente (ossia il d.lgs. 152 del 2006). Naturalmente, non può essere questa la sede per soffermarsi sul contenuto delle disposizioni ivi previste¹⁶, ma un elemento merita di essere sottolineato perché connesso all'aspetto che s'intende valorizzare, ossia che la disciplina penale interna sull'ambiente risente, in modo considerevole, degli *input* internazionali¹⁷.

¹³ Con la Loi n. 2021-1104 del 22.8.2021, l'ordinamento francese ha introdotto il reato di «Ecocidio» nel «Codice dell'ambiente» all'art. L231-3, punito con la reclusione fino a dieci anni e con la multa fino a 4,5 milioni di euro, che può essere aumentata sino a dieci volte il vantaggio ottenuto dalla commissione del reato. La fattispecie è costruita come una sorta di delitto aggravato dall'evento, ossia quando gli effetti dell'inquinamento (punito dall'art. L231-1) o dell'abbandono di rifiuti (punito dall'art. L231-2) sono gravi e durevoli, e la condotta è commessa intenzionalmente. La disposizione, precisamente, recita:

« Constitue un écocide l'infraction prévue à l'article L. 231-1 lorsque les faits sont commis de manière intentionnelle. Constituent également un écocide les infractions prévues à l'article L. 231-2, commises de façon intentionnelle, lorsqu'elles entraînent des atteintes graves et durables à la santé, à la flore, à la faune ou à la qualité de l'air, du sol ou de l'eau.

La peine d'emprisonnement prévue aux articles L. 231-1 et L. 231-2 est portée à dix ans d'emprisonnement.

La peine d'amende prévue aux mêmes articles L. 231-1 et L. 231-2 est portée à 4,5 millions d'euros, ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction.

Sont considérés comme durables les effets nuisibles sur la santé ou les dommages à la flore, à la faune ou à la qualité des sols ou des eaux superficielles ou souterraines qui sont susceptibles de durer au moins sept ans.

Le délai de prescription de l'action publique du délit mentionné au premier alinéa du présent article court à compter de la découverte du dommage ».

¹⁴ Il parlamento belga ha di recente approvato una risoluzione volta all'introduzione del crimine di ecocidio nell'ordinamento, nonché a promuovere iniziative diplomatiche per istituire l'ecocidio come crimine internazionale. Un sunto delle iniziative del parlamento è disponibile su: <https://www.stopecocide.earth/belgium-and-the-recognition-of-ecocide-as-a-crime> (ultimo accesso: 31/07/2023). Il testo della risoluzione è disponibile su: <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1429/55K1429006.pdf> (ultimo accesso: 31/07/2023).

¹⁵ M. Roozbeh, N. Ghahremani afshar, A. Akbari, M. Alavi, *Ecoside process in the French and Belgian legal systems towards compliance and balance with the Rome Statute*, in *Journal of Legal Research* 2023, 1 ss.

¹⁶ Per un commento della materia si rinvia a L. Cornacchia, N. Pisani (dir.), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna 2018, 89 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*⁴, Torino 2021, 253 ss.; M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della Legge n. 68/2015*, Torino 2021, 77 ss.; G. De Santis, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma 2017, 143 ss.; L. Siracusa, *I delitti di inquinamento ambientale e di disastro ambientale in una recente proposta di riforma del legislatore italiano*, in *Riv. trim. dir. pen.* 2015, 218; G. Amarelli, *La nuova disciplina dei reati ambientali*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio*, a cura di M. Pelissero, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2019, 119; *Il nuovo diritto penale ambientale (legge 22 maggio 2015, n. 68)*, a cura di A. Manna, Roma 2016. Per una lettura critica della disciplina, v. M. Caterini, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli 2017; A. Manna, *Il nuovo diritto penale ambientale, nel quadro della politica criminale espressione dell'attuale legislatura*, in *Il nuovo diritto penale ambientale*, a cura di A. Manna, Roma 2016, 34; P. Patrono, *I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, in www.laegislazionepenale.eu 11.1.2016, 1 ss.; T. Padovani, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.* 2015, 32, 10; M. Catenacci, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *DPP* 2015, 1073; F. Palazzo, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *DPenCont* 2018, 1, 329.

¹⁷ In proposito, non sembra superfluo richiamare il fatto che l'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel Codice penale è avvenuta ad opera della l. 22.5.2015, n. 68, nella cui redazione il legislatore – come si legge nei lavori preparatori – ha

Ciò, probabilmente, anche in misura maggiore rispetto ad altri settori del diritto penale nei quali l'influenza degli strumenti sovranazionali risulta comunque significativa, quali – per fornire alcuni esempi, senza pretesa di completezza – la corruzione¹⁸, la criminalità organizzata¹⁹, le frodi²⁰ e gli abusi sui minori²¹.

Quello degli ecodelitti e delle ecomafie è, dunque, un tema che occorre affrontare anche alla luce di una ulteriore prospettiva, che tenga conto per l'appunto del processo di internazionalizzazione del diritto e della giustizia penale. Rispetto a tale fenomeno possono essere colti due principali approcci.

inteso «uniformarsi alla Convenzione per la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale, del Consiglio d'Europa, del 4 novembre 1998, e alla decisione n. 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003». V. sul punto la Relazione al d.d.l. del 19.3.2013, AC 342, disponibile sul sito della Camera dei Deputati al seguente indirizzo: http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0002390.pdf (ultimo accesso: 31/07/2023). Così come non è casuale che l'inserimento dei reati ambientali come fattispecie presupposto per la responsabilità delle persone giuridiche a norma del d.lgs. 231 del 2001 sia avvenuta a norma del d.lgs. 7.7.2011, n. 121 recante l'«Attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, nonché della direttiva 2009/123/CE che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni». Una analisi multilivello comprensiva di una ricostruzione della “tormentata” vicenda in sede europea della disciplina ambientale v. G. Stea, *Le coordinate sovranazionali del diritto penale dell'ambiente*, in L. Cornacchia, N. Pisani (dir.), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 12 ss.

¹⁸ Si pensi alle varie convenzioni internazionali sul tema: la “*OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*”, firmata a Parigi il 17.12.1997, entrata in vigore il 15.2.1998, su cui v. M. Pieth, L. Low, N. Bonucci, *The OECD Convention on bribery, a commentary*², Cambridge 2014; G. Sacerdoti, *La convenzione Ocse del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali*, in *RIDPP* 1998, 4, 1349; U. Draetta, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali*, in *Dir. Comm. Internaz.* 1998, 969 ss.; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli 2012, 526 ss.; A. Abukar Hayo, *I tratti del simbolismo nella legislazione penale di contrasto ai fenomeni corruttivi*, Napoli 2021; se si vuole, anche L. Scollo, *I modelli di contrasto alla corruzione internazionale. Prospettive di riforma del sistema penale e della responsabilità degli enti*, Torino 2022, 51.

¹⁹ Il riferimento è alla Convenzione di Palermo, ossia la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, firmata per l'appunto a Palermo il 12-15.12.2000 ed entrata in vigore il 29.9.2003, su cui v. A. Balsamo, A. Mattarella, R. Tartaglia, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Torino 2020, 9 ss.; *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano: la Convenzione ONU di Palermo*, a cura di E. Rosi, Milano 2007; V. Militello, *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale tra esigenze di politica criminale e tutela dei diritti umani*, in *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata. Lo stato dell'arte*, a cura di C. Parano, A. Centonze, Milano 2005, 243 ss.; F. Siracusano, *Il fenomeno mafioso e la contiguità penalmente rilevante*, Roma 2023, 184.

²⁰ Emblematico è l'armamentario sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea rispetto alle frodi. Sul punto, basti richiamare la direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, cui l'ordinamento italiano ha dato esecuzione attraverso il d.lgs. 14.7.2020, n. 75 e il d.lgs. 4.10.2022, n. 156, recante «Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, di attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale», su cui si rinvia a M. Grotto, *Direttiva PIF e d.lgs. n. 231 del 2001. La repressione penale delle gravi frodi IVA e la responsabilità degli enti per reati tributari, tra situazione attuale e prospettive future*, in *CP* 2020, 10, 3926; M. Schiavo, *La lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea a seguito della “Direttiva PIF”*, in *Pen. dir. proc.*, 13.9.2022, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.penaledp.it/la-lotta-contro-la-frode-che-lede-gli-interessi-finanziari-dell'unione-europea-a-seguito-della-direttiva-pif/#:~:text=La%20direttiva%20dell'Unione%20europea,dell'Unione%20europea%20identificate%20%E2%80%93%20secondo> (ultimo accesso: 31/07/2023).

²¹ Sul tema, v. la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, firmata a Lanzarote il 25.10.2007, ratificata dall'Italia con la l. 1.10.2012, n. 172 su cui v. G.L. Gatta, *Protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: ratificata la Convenzione di Lanzarote del 2007 (e attuata una mini-riforma nell'ambito dei delitti contro la persona)*, in *DPC* 20.9.2012, disponibile al seguente indirizzo: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1718-protezione-dei-minori-contro-lo-sfruttamento-e-l-abuso-sessuale-ratificata-la-convenzione-di-lanzar> (ultimo accesso 31/07/2023); G. Pavich, *Luci e ombre nel “nuovo volto” del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *DPC* 9.11.2012, disponibile al seguente indirizzo: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1811-luci-e-ombre-nel-nuovo-volto-del-delitto-di-maltrattamenti> (ultimo accesso: 31/07/2023). Sul tema, di recente, D.M. Schirò, *La violenza sessuale sui minori*, in *Riv. it. med. Leg.* 2021, 4, 1053.

Il primo, quello più tradizionale, ha come paradigma il crimine transnazionale, si manifesta attraverso lo strumento pattizio delle Convenzioni internazionali che influenzano il diritto interno verso la protezione di alcuni beni giuridici, e precisamente attraverso la criminalizzazione, avvalendosi, di norma, del meccanismo della cooperazione internazionale per garantire effettività agli accordi pattizi. Il secondo – ed è questo che assume maggiore rilevanza nel caso che ci occupa – ha come paradigma il crimine internazionale. Tale approccio, a differenza del primo, si manifesta sì attraverso lo strumento delle Convenzioni, che tuttavia non volgono a modellare il diritto interno, bensì apprestano una immediata tutela con la criminalizzazione diretta di comportamenti ritenuti particolarmente gravi e riprovevoli, suscettibili di essere puniti come crimine internazionale²². In questo caso, al meccanismo della cooperazione si sostituisce l'istituzione di corti internazionali o l'ampliamento della giurisdizione di quelle già esistenti. È esattamente questo secondo approccio che caratterizza il dibattito intorno all'ecocidio²³ e che interroga sul ruolo che i legislatori e le corti internazionali potranno o dovranno assumere nel prossimo futuro, sulla premessa che il tema in oggetto è, per natura, al centro del fenomeno di internazionalizzazione del diritto e della giustizia penale²⁴.

3. Il contrasto agli ecodelitti ed alle ecomafie è tra gli obiettivi prioritari della politica criminale europea²⁵. Difatti, nell'approvare la sopra menzionata proposta di direttiva sulla tutela penale dell'ambiente, il Parlamento europeo osservava che «dato che l'impatto della criminalità ambientale influisce anche sui diritti umani, la lotta contro la criminalità ambientale dovrebbe essere una priorità a livello dell'Unione, al fine di garantire la tutela di tali diritti»²⁶.

Anche l'ONU si muove nella medesima direzione: coeva all'approvazione in prima lettura della proposta di direttiva è, infatti, la risoluzione approvata dall'Assemblea Generale con cui si chiede alla

²² A. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, 56.

²³ Si tratta di un dibattito che in questa sede si cercherà di condurre in stretto rapporto al tema delle ecomafie, solitamente trascurato.

²⁴ Sul tema, senza pretesa di completezza, v. E. Baker, J.V. Roberts, *Globalization and the new punitiveness*, in *New punitiveness: trends, theories, perspectives*, edit. by J. Pratt, D. Brown, Portland 2005, 130; M. Delmas-Marty, *L'emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in *RIDPP* 2015, 4, 1697; C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *RIDPP* 2014, 3, 1099 ss.; S. Manacorda, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *RIDPP* 2012, 1364; F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano 2011, 243 ss.; A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino 2008, 296; A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino 2004, 89 ss. Qualche perplessità, proprio riguardo all'inserimento della Corte penale internazionale nel fenomeno di «universalizzazione del diritto penale», è espressa da G.M. Flick, *I diritti fondamentali e multilevel: delusioni e speranze*, in *CP* 2019, 7, 2401 ss. Il fenomeno è tratteggiato, nei suoi riflessi sulla scienza penale, da M. Donini, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *RIDPP* 2020, 2, 465.

²⁵ Senza indugiare sul tema delle competenze dell'Unione in materia penale, che porterebbe il discorso troppo lontano dal seminato, basti sull'argomento riportare una considerazione contenuta in A. Gargani, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *RIDPP* 2018, 3, 1488, in cui l'A. osserva che «gli obblighi coattivi di criminalizzazione di fonte europea si rivelano idonei ad erodere il tradizionale monopolio del legislatore interno in ordine alla scelta delle tecniche di tutela, riducendone la discrezionalità». V. anche M. Donini, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *RIDPP* 2003, 141 ss.; C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *DPenCont* 2012, 111 ss.; C.E. Paliero, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia* 2012, 95 ss.; A. Gullo, *Deflazione e obblighi di depenalizzazione di fonte UE*, in *DPC* 10.2.2016, disponibile su: http://www.ristretti.it/commenti/2016/febbraio/pdf2/articolo_gullo.pdf (ultimo accesso: 31/07/2023).

²⁶ V. in particolare l'emendamento nr. 2 alla proposta predisposta dalla Commissione, approvato dal Parlamento in prima lettura, con il quale viene introdotto un ulteriore «considerando». Sul tema, v. il recente lavoro di V. Oddi, *Ambiente e criminalità organizzata transnazionale: quale futuro per la cooperazione giudiziaria e di polizia?*, in www.lalegislationepenale.eu 15.12.2022, 1 ss. V., inoltre, M. Pisani, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *RIDPP* 1998, 704 che già sottolineava l'esigenza di tutela transnazionale, con argomentazioni invero sovrapponibili al tema della criminalità ambientale.

Corte Internazionale di Giustizia un parere circa le obbligazioni degli Stati riguardo al clima ²⁷, mentre l'organizzazione lavora per elaborare una definizione legale di «ecocidio» ²⁸.

L'indirizzo che appare con chiarezza è, perciò, il superamento della prospettiva di auto-sufficienza della tutela apprestata dagli ordinamenti nazionali, per abbracciare un approccio che considera necessario ed imprescindibile un presidio diverso e sovranazionale, quale è appunto la Corte penale internazionale. In definitiva, per usare categorie note al dibattito giuridico, il quesito sullo sfondo è se occorra (ancora) affrontare il tema con gli strumenti del diritto penale – quindi con le fattispecie incriminatrici previste da ciascun ordinamento, ad esempio quelle previste dal Codice penale, quali il disastro e le attività organizzate, eventualmente armonizzate in base al diritto dell'Unione – oppure con gli strumenti del diritto penale internazionale – inteso come quell'insieme di norme che codificano i rapporti tra istituti di vari ordinamenti, ma anche le fattispecie di reato transnazionale – oppure, infine, con gli strumenti propri del diritto internazionale penale – inteso come quelle disposizioni di diritto internazionale che regolano la perseguibilità di crimini internazionali, come i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra, il genocidio e, quindi, potenzialmente, anche l'ecocidio – tema su cui si focalizzerà l'indagine ²⁹.

La prospettiva da ultimo richiamata si fonda, com'è evidente, sull'assunto che i primi due strumenti, ossia il diritto penale ed il diritto penale internazionale, possano risultare non sufficienti o non pienamente soddisfacenti rispetto al perseguimento dello scopo ³⁰, per cui sembrerebbe logico il ricorso – quantomeno, in via concorrente ³¹ – al terzo approccio. Sul punto, occorre svolgere almeno due considerazioni preliminari. La prima muove da una constatazione piuttosto elementare, ossia che non sembra potersi escludere con certezza che gli strumenti tradizionali del diritto penale interno possano, laddove adeguatamente impiegati, offrire una tutela adeguata ed effettiva agli interessi che s'intende tutelare ³². La seconda, in un certo senso collegata alla prima, potrebbe essere sintetizzata

²⁷ Il testo della risoluzione è disponibile sul seguente sito: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N23/094/52/PDF/N2309452.pdf?OpenElement> (ultimo accesso: 31/07/2023).

²⁸ È lo stesso Parlamento europeo a menzionare la circostanza, nella riformulazione del considerando nr. 16 della proposta di direttiva cit.

²⁹ Per le nozioni di «diritto penale internazionale» e «diritto internazionale penale», sulle quali non risulta possibile soffermarsi per evidenti ragioni in questa sede, si rinvia anzitutto a E. Pessina, *La legge penale avvisata in sé e nella sua efficacia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, diretta da Pessina, Roma-Milano-Napoli 1905, III, 23; R. Quadri, *Diritto penale internazionale*, Padova 1944, 10; N. Levi, *Diritto penale internazionale*, Padova 1949, 1; F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova 1992, 991; G. Vassalli, *La giustizia internazionale penale*, Milano 1995, 185; M.C. Bassiouni, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano 1999, 9; *Id.*, *International Criminal Law*³, Leiden 2008, I, 3; A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I, Diritto sostanziale*, Bologna 2005, 11.

³⁰ È indubbio che vi sia, alla base della creazione della Corte penale internazionale, la convinzione che, in taluni casi, una attesa di ineffettività della giustizia interna, sia nel permanere dei regimi che hanno commesso gravi atrocità, sia successivamente al rovesciamento di tali regimi, vuoi per non interferire con la ricollocazione all'interno del nuovo regime di alcuni degli attori del vecchio regime, vuoi per non riaprire ferite interne in via di pacificazione. Sul punto, v. L. Cornacchia, *Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano 2009, 57.

³¹ Per quanto la prospettiva della internazionalizzazione del diritto e della giustizia penale possa, specie nel settore di cui si discute, indurre a ritenere superfluo l'intervento diretto dello Stato e della giustizia penale interna, anche al netto di quanto si dirà più tardi, nell'attuale quadro normativo sovranazionale non pare inutile, invece, richiamare gli obblighi d'incriminazione che ne derivano, tali da dover quantomeno dubitare della legittimità anche costituzionale di un (impensabile) arretramento del diritto penale interno rispetto alla criminalizzazione sovranazionale in tema di ambiente. V., sull'argomento, F. Viganò, *Obblighi convenzionali*, cit., 243; S. Manacorda, *“Dovere di punire”?*, cit., 1373. In argomento, v. G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *CP* 2017, 1, 13, in cui l'A. annovera gli obblighi di incriminazione tra gli indici di «trasfigurazione» del principio costituzionale della riserva di legge. Un esempio della inversa prospettiva, ossia del diritto internazionale come limite negativo, v. di recente A. Spena, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *RIDPP* 2019, 4, 1859 in cui l'A. affronta la prospettiva internazionalistica in termini di de-criminalizzazione rispetto alle condotte di salvataggio in mare suscettibili di sanzione penale.

³² Sul punto, può essere richiamata la recente riflessione sul progetto di Codice dei crimini internazionali di A. Vallini, *Il Codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *RIDPP* 2023, 1, 91 in

nei seguenti termini: se è chiaro che la direzione da percorrere è nel solco del processo di criminalizzazione dell'ecocidio come crimine punito da un organo sovranazionale, come meglio si vedrà di seguito, non sembra tuttavia potersi affermare con certezza che gli strumenti del diritto internazionale penale offrano *sic et simpliciter* una più efficace tutela³³.

Su queste due considerazioni preliminari è possibile rinvenire un primo elemento di riflessione, di metodo e di merito, che richiama al ruolo che potranno e dovranno avere i parlamenti e le corti internazionali. Difatti, sotto il primo profilo, ossia il metodo, sembra auspicabile che il sentiero verso la criminalizzazione dell'ecocidio come crimine internazionale non sostituisca il percorso di riforma e di armonizzazione, quantomeno all'interno degli Stati membri dell'Unione, ma anche delle altre organizzazioni internazionali, per introdurre negli ordinamenti interni nuove norme penali o modellare quelle esistenti verso un più efficace funzionamento dell'attuale sistema di tutele. In altre parole, occorre scongiurare il rischio che il processo di internazionalizzazione del diritto e della giustizia penale, che all'evidenza interessa anche gli ecodelitti, possa produrre esiti devianti, conducendo ad un abbassamento delle tutele, anziché ad un incremento effettivo³⁴. Sotto il secondo profilo e, dunque, con riguardo al merito, risulterà, invece, decisivo lo sforzo per una ottimale tipizzazione dell'illecito e collocazione all'interno dello Statuto di Roma, affinché la giurisdizione internazionale penale possa seriamente operare, ma sul punto si tornerà più avanti.

Nel tracciare questa prima sintetica riflessione, merita di essere allora sottolineato che, se il ruolo dei parlamenti dovrà svolgersi nel senso di aggiungere (e non sostituire) la Corte penale internazionale alle istituzioni a presidio dell'ambiente, in modo speculare il ruolo delle corti internazionali non potrà che essere quello di tendere ad elevare il livello di tutela e di indipendenza rispetto alle attese degli Stati, pur sempre nel rispetto dei principi costituzionali e del diritto internazionale³⁵.

4. La previsione di un crimine internazionale di ecocidio è tema niente affatto recente e, per evidenti ragioni di sintesi, non può essere questa la sede per ripercorrere analiticamente le tappe del lungo dibattito, risultando invece preferibile dare conto sommariamente di alcuni dei tasselli principali che

cui l'A. sottolinea – nel caso specifico riferendosi al progetto di codice – quanto spazio il diritto penale possa lasciare al diritto internazionale penale, e dunque quanto vuoto di tutela possa condurre alla non perseguibilità in Italia di condotte che pure sarebbero perseguibili a norma dello Statuto di Roma. La notazione appare perfettamente sovrapponibile a quanto si intende sottolineare in questa sede, tanto da non potersi escludere che la potestà punitiva dello Stato, laddove opportunamente esercitata, possa offrire un sufficiente livello di tutela.

³³ Senza voler anticipare argomenti che saranno oggetto di trattazione nei paragrafi seguenti, vale la pena richiamare il fatto che l'attività della Corte penale internazionale, dalla sua costituzione ad oggi, è stata oggetto di critiche sotto molteplici profili. Ad esempio, aspramente criticata fu la decisione (probabilmente «influenzata dalle plateali pressioni esercitate da parte della amministrazione statunitense») da parte della Camera Preliminare di negare l'autorizzazione all'apertura di una indagine relativa a presunti crimini di guerra nell'ambito del conflitto armato nella Repubblica Islamica dell'Afghanistan, tanto ad opera dei talebani, tanto ad opera della coalizione guidata dagli Stati Uniti (ICC-02/17-33 12-04-2019), decisione che venne poi ribaltata dalla camera d'appello. Sul punto, v. C. Meloni, M. Crippa, *La camera preliminare nega l'autorizzazione all'apertura delle indagini nella situazione in Afghanistan*, in RIDPP 2019, 3, 1769 e M. Crippa, *La tanto attesa apertura delle indagini nella situazione in Afghanistan: riformata in sede di appello la criticata decisione della camera preliminare*, in RIDPP 2020, 2, 1193. Perplexità viene espressa anche riguardo ai tempi dei procedimenti, come sottolineato da M. Del Vecchio, *Tribunali penali internazionali e durata (ir)ragionevole dei processi: finalmente una svolta?*, in CP 2016, 3, 1222, o alla tutela delle vittime, su cui v. F. Trapella, *Dal genocidio al genocidio. Spunti per una riflessione sulla tutela della vittima secondo i tribunali penali internazionali*, in CP 2017, 11, 4211.

³⁴ In particolare, ciò che occorrerà tenere a mente è che il contrasto alle mafie ed alla criminalità ambientale non potrà essere delegato esclusivamente ad un organo quale la Corte penale internazionale, che può contare su risorse tutto sommato limitate, e che potrà essere chiamata ad intervenire su macro-fenomeni, mentre l'azione principale di contrasto non potrà che rimanere una responsabilità degli Stati.

³⁵ M. Poggi d'Angelo, *L'offesa scalare all'ambiente: contravvenzioni, eco-delitti, ecocidio. Spunti comparatistici con il nuovo reato di mise en danger ambientale*, in www.laegislazionepenale.eu 3.3.2023, 4 ritiene che attraverso la modifica degli artt. 9 e 41 Cost. sia oggi scolpita nella Carta fondamentale la prospettiva «ecocentrica» che pretende in favore dell'ambiente una protezione «globale».

hanno condotto il confronto sino allo stadio attuale, per poi provare a formulare qualche osservazione³⁶.

Il punto di avvio del processo che qui si vuole sinteticamente richiamare è tradizionalmente collocato negli anni Sessanta e si collega al conflitto militare in Vietnam. Precisamente, nel 1969, fu il fisiologo e professore di Yale Arthur W. Galston a denunciare gli effetti dannosi sull'ambiente provocati dall'erbicida defoliante – il c.d. «Agent Orange» – impiegato dalle forze statunitensi per portare allo scoperto l'esercito dei Viet Cong³⁷. Il suo appello convinse l'amministrazione Nixon a vietarne definitivamente l'uso nel conflitto, aprendo il dibattito sulla necessità di misure per scongiurare che fenomeni di questo tipo potessero ripetersi³⁸ cosicché, nel 1972, il primo ministro svedese Olof Palme rivolse apertamente alla comunità internazionale un accorato appello alla criminalizzazione dell'ecicidio, definendo un «oltraggio» l'immensa distruzione provocata dall'uso su larga scala di pesticidi come quello impiegato nel conflitto armato in Vietnam³⁹.

Il dibattito sviluppatosi portò alla proposta di Convenzione internazionale sull'ecicidio, elaborata dal professor Richard Falck nel 1973 e rivolta alle Nazioni Unite, con la quale si propose di punire come crimine le condotte distruttive dell'ambiente e degli ecosistemi⁴⁰. Dall'epoca sono trascorsi oltre cinquant'anni senza però raggiungere l'obiettivo: resistenze politiche e problemi definitivi hanno portato il dibattito ad un punto che sembra, però, giunto ad un livello di maturazione⁴¹, tanto che l'argomento è oggi al centro di un vivace «interesse»⁴², nel solco della prospettiva sopra delineata della Corte penale internazionale.

³⁶ Per la ricostruzione del dibattito si rinvia ai recenti studi di A. Vallini, *Ecicidio: un giudice penale internazionale per i "crimini contro la Terra"? Introduzione*, in www.lalegislazionepenale.eu 17.3.2021, 1 ss.; G. Chiarini, *Ecicidio: dalla guerra in Vietnam alla giurisdizione penale internazionale? Problematiche processuali al confine tra scienza e diritto*, in *CP* 2022, 5, 1930 ss.; nonché di V. Molteni, *La lunga strada della criminalizzazione dell'ecicidio: questioni giuridiche e dinamiche di effettività normativa e sociale*, in *DPenCont* 2021, 4, 205 ss.; C.M. Capizzi, *Ecicidio: Analisi di una proposta*, in *Lexambiente* 18.10.2019, 1 ss. V, inoltre, L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 26 ss. ed il progetto di convenzione ivi contenuto. In generale, sul tema, v. M.A. Gray, *The International Crime of Ecocide*, in *California Western International Law Journal*, XXVI, 1995-1996, 215 ss.; P. Sharp, *Prospects for Environmental Liability in the International Criminal Court*, in *Virginia Environmental Law Journal*, XVIII, 1999, 217; L. Berat, *Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law*, 11 *B.U. Int'l L.J.* 1993, 327; L.J. Sieders, *The case for and against the inclusion of "ecocide" in the ICC Rome Statute*, in *The Criminal Law Protection of our Common Home*, edit. by M. Espinoza de los Monteros de la Parra, A. Gullo, F. Mazzacupa, Antwerpen-Apeldoorn-Portland 2020, 29; C.M. Moribe, F. de Leao Bastos Pereira, N. Penha Cardoso de Franca, *Ecocide: a new challenge for the international criminal law and for humanity*, in *Journal of International Criminal Law*, IV 4, Iss. 1, 2023, 28; D. Palarczyk, *Ecocide before the international criminal court: simplicity is better than an elaborate embellishment*, in *Criminal Law Forum* 2023, 34, 147; L.G. Minkova, *The Fifth International Crime: Reflections on the Definition of "Ecocide"*, in *Journal of Genocide Research*, XXV, no. 1, 2023, 62; C. Stock, *A Fifth core crime: Crime of ecocide as a new puzzle of the international criminal law*, in *Yearbook of Int'l European Criminal and Proc. Law* 2013, 1, 1; M. Nyja, *Crime against the natural environment -ecocide- from the perspective of international law*, in *East. Europ. J. Trans. Relations*, 6(2) 2022, 9; G.M. Frisso, *Ecocide: The Environment as Victim at the International Criminal Court*, in *ICD Brief* 2023 p. 1; E. Winter, *Stop Ecocide International's Blueprint for Ecocide Is Compromised by Anthropocentrism: A New Architect Must Be Found*, in *Israel Law Review* 2023, 1.

³⁷ G.P. Fletcher, *Tort liability for human rights abuses*, Oxford 2008, 182.

³⁸ G. Chiarini, *Ecicidio: dalla guerra in Vietnam alla giurisdizione penale internazionale?*, cit., 1932; D. Zierler, *The invention of ecocide: agent orange, Vietnam, and the scientists who changed the way we think about environment*, Georgia 2011, 48.

³⁹ *Ibid.*, 1933.

⁴⁰ R.A. Falk, *Environmental warfare and ecocide - facts, appraisal, and proposals*, in *Bulletin of peace proposals* 1973, 80 ss.; P. Higgins, D. Short, N. South, *Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide*, in *Crime Law Soc. Change* 2013, 59, 251 ss.

⁴¹ Sui vari tentativi falliti v., ancora, G. Chiarini, *Ecicidio: dalla guerra in Vietnam alla giurisdizione penale internazionale?*, cit., 1935.

⁴² L'aspetto è sottolineato, con qualche perplessità, anche da E. Fronza, *Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecicidio*, in www.lalegislazionepenale.eu 17.3.2021, 3.

Prima di addentrarsi nello specifico sulla possibilità di inserire l'ecocidio nello Statuto di Roma, però, vale la pena anticipare un tema che verrà ripreso più avanti. Va, infatti, sottolineato come la genesi del processo di criminalizzazione dell'ecocidio e, come si è sopra evidenziato, la matrice bellica che ne costituisce il fulcro rappresentino una sorta di peccato originale che può avere influito negativamente sulla introduzione del crimine internazionale nel corso di questi decenni, ma rischia di produrre un effetto ancor più pernicioso in futuro. Nella prospettiva che oggi lega insieme crimini contro l'ambiente e criminalità organizzata, tale peccato originale appare ancor più evidente. Se quest'ultima ha un ruolo centrale nella causazione di eventi disastrosi per gli ecosistemi e l'ambiente è, allora, evidente come l'ecocidio che “nasce” come crimine di guerra, finisce per essere soprattutto un crimine in tempo di pace⁴³. Una prospettiva che concepisca la criminalizzazione sotto il primo profilo tralasciando il secondo si porrebbe allora fuori dal contesto della presente riflessione ma, soprattutto, finirebbe per fallire l'obiettivo di tutelare il pianeta da quella che oggi appare come una delle principali minacce⁴⁴.

Si tratta di un aspetto che, come meglio si vedrà di seguito, dovrà essere tenuto in debita considerazione nel processo di codificazione dell'ecocidio all'interno dello Statuto di Roma, e che probabilmente suggerisce un ripensamento delle proposte avanzate e sulle quali sarà bene soffermarsi senza ulteriori indugi.

5. La possibilità che gli ecolitti e le ecomafie possano costituire un nuovo ambito di tutela dello Statuto della Corte penale internazionale, attraverso l'introduzione del crimine di ecocidio, susciterebbe la necessità di declinare il discorso in tre momenti, ossia guardando dapprima a ciò che lo Statuto di Roma già prevede, in secondo luogo a ciò che, invece, non viene ancora menzionato, e da ultimo – solo dopo tale rassegna – si dovrebbe approfondire il recente dibattito sulle proposte avanzate.

Tuttavia, invertendo l'ordine che sarebbe stato logico, non sembra insensato partire dal dato d'attualità, per dare conto di tre avvenimenti senz'altro significativi che forniscono un elemento di riflessione circa il grado di maturazione del dibattito pubblico e nella comunità internazionale. Si tratta, precisamente, di tre eventi avvenuti nel 2021: il primo nel mese di maggio, in cui il Parlamento europeo ha approvato la mozione della deputata Salima Yenbou in cui si stabilisce che: «*Parliament encourages the EU and the Member States to promote the recognition of ecocide as an international crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*»⁴⁵; dopodiché, nel mese di giugno, un comitato indipendente di esperti, incaricato dalla *Stop Ecocide Foundation* (“SEF”) ⁴⁶ di provvedere a una definizione legale di “ecocidio”, ha formulato alcune proposte di riforma dello Statuto di Roma, tra cui l'introduzione dell'art. 8 *ter* recante appunto il crimine di «ecocidio» ⁴⁷; infine, pochi mesi dopo, il *Centre for Criminal Justice and Human Rights* dell'University College

⁴³ Osserva, in proposito, A. Vallini, *Ecocidio: un giudice penale internazionale*, cit., 2-3 come sia emersa «l'inquieta consapevolezza della minaccia globale costituita non più da eccezionali, deliberati attacchi bellici all'ambiente, ma dall'ordinarietà del nostro modo di vivere», tanto che – rifacendosi a Frank – qualifica l'ecocidio come «evento dei tempi di pace».

⁴⁴ In questi termini, difatti, la proposta di istituire l'ecocidio come crimine contro la pace formulata da P. Higgins, *Eradicating Ecocide: Exposing the Corporate and Political Practices Destroying the Planet and Proposing the Laws Needed to Eradicate Ecocide*, London 2010, 3; S. Mehta, P. Merz, *Ecocide – A new crime against peace?*, in 17 *Env. Law Rev.* 2015, 3.

⁴⁵ Il testo è stato recepito all'interno del documento del Comitato affari esteri “*Report on a European Parliament recommendation to the Council on the 75th and 76th sessions of the United Nations General Assembly*” del 26.05.2021 – (2020/2128(INI)), disponibile sul sito: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0173_EN.html (ultimo accesso: 31/07/2023).

⁴⁶ *Stop Ecocide Foundation* è una organizzazione nata nei Paesi Bassi nel 2019 come costola della *Stop Ecocide International* (2017) attraverso cui vengono raccolti fondi per sostenere, tra gli altri, l'incarico al gruppo di esperti incaricati di fornire una definizione legale di ecocidio.

⁴⁷ Il testo della proposta è disponibile sul sito dell'organizzazione: <https://www.stopecocidio.it/definizione-legale-di-ecocidio> (ultimo accesso: 31/07/2023) presso cui è pubblicato anche un commento del Comitato.

Cork (Irlanda) ha pubblicato una proposta integrativa, sia per rafforzare le disposizioni sostanziali con circostanze aggravanti, sia per modificare le norme processuali, nel senso di abbassare gli standard probatori richiesti dalla Corte penale internazionale⁴⁸.

In base a quanto appena ricordato, prima di addentrarsi nel dettaglio delle modifiche proposte allo Statuto di Roma, vi è una seconda considerazione che possiamo tracciare, ossia che non solo il dibattito sull'introduzione dell'ecocidio come crimine internazionale non si è mai arrestato – neppure dopo l'esclusione dell'ecocidio dalla bozza del Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità della *International Law Commission* delle Nazioni Unite, che stralciò misteriosamente l'art. 26 della proposta⁴⁹ – bensì, si può concludere che il dibattito vede crescere l'interesse della comunità scientifica e delle istituzioni nel senso che appare ormai ineluttabile la direzione che porta all'introduzione dell'ecocidio nello Statuto di Roma.

5.1. Riprendendo le fila del ragionamento, è importante rilevare che il riferimento all'ambiente – o, meglio, al danno ambientale sproporzionato rispetto al vantaggio militare ottenuto – già compare nello Statuto di Roma. Precisamente, all'art. 8, nella cornice dei «*War crimes*», si stabilisce che: «*The Court shall have jurisdiction in respect (...) of (...) intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause (...) widespread, long-term and severe damage of the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated*».

Tuttavia, è agevole osservare come tale previsione normativa risulti insoddisfacente, rispetto alle esigenze di tutela del pianeta come «casa» dell'umanità⁵⁰. Ciò, precisamente, in un contesto storico in cui i conflitti militari non sono ancora marginali, né hanno un ruolo trascurabile rispetto ai danni ambientali⁵¹, ma non rappresentano il contesto principale in cui maturano i pericoli per l'ambiente⁵², e per di più la disposizione trascura totalmente il ruolo che possono giocare le organizzazioni criminali.

In considerazione di ciò, se da un lato se ne rileva l'inadeguatezza rispetto all'esigenza di protezione dell'ambiente, giacché limitata al solo contesto militare, dall'altro tale disposizione sembra poter costituire un utile aggancio per un intervento di riforma dello Statuto volto all'introduzione del crimine internazionale di ecocidio, poiché lo stesso rappresenterebbe non impianto *ex novo*, bensì una mera estensione dei poteri della Corte in un ambito nel quale lo Statuto le attribuisce già piena

⁴⁸ G. Chiarini, *Ecocide and International Criminal Court Procedural Issues: Additional Amendments to the 2021 Stop Ecocide Foundation Proposal*, Centre for Criminal Justice & Human Rights, in *Legal Research Series*, Working Paper n. 15/2021, 1 ss.

⁴⁹ Il testo della bozza è disponibile al seguente indirizzo: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf (ultimo accesso: 31/07/2023). I lavori della commissione sono ricostruiti in V. Molteni, *op. cit.*, 211.

⁵⁰ Il neologismo “ecocidio” deriva dalla parola greca *oikos*, per l'appunto “casa”, e dal latino *caedere*, ossia distruggere, uccidere, per cui intende evocare le condotte capaci di distruggere la casa di tutti gli esseri viventi, senza peraltro limitare la prospettiva alla mera dimensione antropica, ed al contrario estendendola agli abitanti della terra umani e non umani, come sottolineato da E. Fronza, *Sancire senza sanzionare?*, cit., 2.

⁵¹ Merita di essere precisato che i conflitti bellici causano enormi danni all'ambiente. Basti, in proposito, richiamare il recente studio sulla produzione di gas serra durante il primo anno di guerra in Ucraina che, secondo le stime riportate, supererebbe i centoventi milioni di tonnellate di CO₂, pari a circa le emissioni annuali di uno Stato come il Belgio. La notizia è riportata da S. Mcfarlane, V. Volcovi, *Exclusive: accounting for war – Ukraine's climate fallout*, in *reuters.com*, 6.6.2023, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.reuters.com/world/accounting-war-ukraines-climate-fallout-2023-06-06/> (ultimo accesso: 31/07/2023).

⁵² Si stima che gli eserciti siano responsabili di appena il 5,5% delle emissioni di gas serra nell'atmosfera, anche se si tratta di dati parziali inviati all'*United Nations Framework Convention on Climate Change* su base volontaria, e dunque è verosimile che la percentuale effettiva sia più alta. Il dato è disponibile al seguente indirizzo: <https://ceobs.org/conference-military-and-conflict-ghg-emissions-from-understanding-to-mitigation/> (ultimo accesso: 31/08/2023).

giurisdizione⁵³. La previsione normativa sopra richiamata contempla, difatti, una sorta di fattispecie di disastro ambientale a forma vincolata, in cui la modalità di aggressione al bene giuridico ambiente che viene incriminata è quella militare. L'oggettività giuridica rimarrebbe comune alla ipotetica fattispecie di ecocidio, la quale costituirebbe perciò una mera aggiunta di comportamenti produttivi del medesimo danno già incriminato dallo Statuto.

A ciò si aggiunge che il trattato attribuisce giurisdizione alla Corte su crimini per i quali non è richiesto, quale condizione necessaria, alcun nesso con un conflitto militare, quali ad esempio i crimini contro l'umanità di cui all'art. 7 o il crimine di genocidio di cui all'art. 6⁵⁴. Ciò consente di escludere che un'estensione del perimetro attualmente delineato dal testo per ricomprendervi l'ecocidio costituirebbe un innesto irrazionale. Al contrario, al netto delle criticità che verranno di seguito rappresentate, il reticolato di norme che compongono lo Statuto sembra costituire un ambiente favorevole, se non ideale, per l'estensione delle tutele contro quei «*most serious crimes of concern to the international community as a whole*» che ne costituiscono l'oggetto, tra i quali la distruzione della casa comune merita di essere inserita⁵⁵.

L'aspetto su cui merita di essere rivolta maggiore attenzione è allora quello del merito della criminalizzazione, ossia della selezione dei comportamenti suscettibili di sanzione. Sul punto, il tema centrale è la tipizzazione del fatto. Tuttavia, devono essere preliminarmente affrontate e risolte almeno tre questioni di fondo che incidono profondamente sulla fisionomia di una fattispecie quale quella di cui si discute. La prima è di tipo ideologico-concettuale, ossia occorre chiarire se la fattispecie di ecocidio debba tutelare l'uomo attraverso la protezione del pianeta, ovvero se debba tutelare il pianeta a prescindere delle prerogative di carattere politico, economico e sociale dell'uomo⁵⁶. Si tratta, in sintesi, della necessità di definire l'ambiente quale bene giuridico strumentale, ovvero quale bene finale⁵⁷. La seconda questione concerne il grado della tutela, ossia se l'illecito debba prendere in considerazione una condizione di danno irreversibile e, collegandosi al primo aspetto, se l'irreversibilità debba concernere il pianeta, le altre specie ovvero necessariamente l'uomo. In questo caso, si tratta di stabilire il momento a partire dal quale è logico e razionale l'intervento della Corte penale internazionale, tenendo presente che una eccessiva anticipazione della

⁵³ V., sul punto, l'apertura dell'Ufficio del Procuratore presso la Corte attraverso il *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* del 15.9.2016 disponibile su: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf (ultimo accesso: 31/08/2023).

⁵⁴ M. Klamberg (edit.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels 2017, 18, 31.

⁵⁵ Com'è noto, l'art. 5 dello Statuto di Roma stabilisce che «*The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole*».

⁵⁶ In termini analoghi a quanto si dirà più avanti appare apprezzabile lo sforzo di mettere in connessione con l'uomo il bene giuridico apparentemente estraneo alla sfera antropica in C. Mazzucato, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in *La questione animale*, a cura di S. Castignone, L. Lombardi Vallauri, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2012, 708. Sebbene, infatti, siano condivisibili le osservazioni critiche mosse a tale prospettiva da C. Ruga Riva, *Il "sentimento per gli animali": critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile*, in www.lalegislazionepenale.eu 13.5.2021, 10 ss. in cui l'A. rimarca che l'ambiente prescinde, preesiste e (forse) farebbe volentieri a meno della presenza (talvolta effettivamente perniciosa) dell'uomo, inquadra l'autonoma consistenza del bene giuridico protetto nel caso di specie e nega la componente umana coesistente alla relazione uomo-animale, non appare avulsa la necessità di declinare l'incriminazione penale quale forma di tutela di un bene giuridico di rilevanza costituzionale, anzitutto, nella prospettiva di cui all'art. 2 Cost. e di circoscrivere l'area dell'illecito penale entro quei limiti di «stretta necessità» di cui parlava F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino 1974, 14.

⁵⁷ Sul concetto di bene giuridico v. A. Fiorella, *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 797; T. Padovani, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene* 1984, 114 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 6 ss.; G. Fiandaca, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *RIDPP* 1982, 42 ss.; K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig 1872, 187 ss.

tutela, oltre a porre problemi di compatibilità sistematica⁵⁸ e rispetto al principio di offensività⁵⁹, rischierebbe di sovrapporre inutilmente lo Statuto al diritto interno, così come una impostazione che tendesse a limitare la giurisdizione ai casi di irreversibile danno per la terra e le specie (umane e non) che la abitano rischierebbe di condurre ad una fattispecie simbolica⁶⁰ e inutile⁶¹. La terza questione, infine, concerne la tecnica di selezione, affinché la tipizzazione conduca ad individuare comportamenti suscettibili di essere provati nel giudizio di fronte alla Corte penale internazionale, senza ricorrere a presunzioni extra-procedimentali⁶², bensì assicurando all'accertamento processuale il compito suo proprio di verifica della fondatezza dell'inculpazione.

Si tratta di questioni che occorre tenere in considerazione tanto nella lettura critica della proposta avanzata, quanto nella possibile alternativa che si cercherà di tracciare più avanti. Le stesse si combinano alle scelte di politica criminale che gli Stati parte intenderanno adottare in questo contesto, sulle quali pesa inevitabilmente il meccanismo di maggioranze qualificate per l'adozione, la ratifica ed entrata in vigore degli emendamenti allo Statuto, come disposto dall'art. 121⁶³.

Con le premesse sopra indicate che restano sullo sfondo, probabilmente senza una facile soluzione⁶⁴, è ora il momento di focalizzarsi sulla tipizzazione dell'ecocidio, e quindi sul testo della proposta di criminalizzazione che è stata avanzata.

5.2. La proposta avanzata da SEF nel 2021⁶⁵ si compone di tre punti:

- a) il primo intende manifestare la necessità di procedere a fronte della seria minaccia globale di distruzione e deterioramento dell'ambiente e dei sistemi naturali ed umani, inserendola nel preambolo allo Statuto⁶⁶;

⁵⁸ Una disposizione che anticipi eccessivamente la tutela si rivelerebbe fuori dal perimetro tracciato dall'art. 5 dello Statuto che, com'è noto, attribuisce giurisdizione alla Corte unicamente per i «most serious crimes».

⁵⁹ Sul tema, v. *ex multis* D. Pulitanò, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 797; G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano 1982, 615 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, 11 ss.

⁶⁰ Il pericolo di introdurre una disposizione normativa nel solco del diritto penale simbolico è manifestato anche da E. Fronza, *Sancire senza sanzionare?*, cit., 6.

⁶¹ Sul punto, basti pensare all'inutilità di una norma che punisca la contaminazione irreversibile delle acque o dell'aria dell'intero pianeta, idonea a provocare l'immediata estinzione dell'uomo. È chiaro che, in un simile e apocalittico scenario, l'intervento della sanzione sarebbe postumo alla scomparsa dell'umanità.

⁶² Sul punto, v. G. Chiarini, *Ecocidio: dalla guerra in Vietnam alla giurisdizione penale internazionale?*, cit., 1949 in cui l'A. segnala l'opportunità di fornire valore di prova scientifica – quantomeno per la fase di *preliminary examination* che conduce alla apertura di una indagine ufficiale – ai rapporti delle autorità ambientali delle Nazioni Unite, quali il Gruppo intergovernativo di esperti sui cambiamenti climatici (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), il Relatore speciale sulla promozione e la protezione dei diritti umani nel contesto del cambiamento climatico (*Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights in the context of Climate Change*) e il Relatore speciale sui diritti umani e l'ambiente (*Special Rapporteur on Human Rights and the Environment*).

⁶³ M. Klamberg (edit.), *op. cit.*, 744; D. Robinson, *Ecocide – Puzzles and possibilities*, in *J. Int. Crim. Just.* 2022, 20, 320 in cui l'A. avverte circa le difficoltà del procedimento di modifica oltre al fatto che, laddove entrasse in vigore, la fattispecie verrebbe realmente attivata in un numero esiguo di casi per evidenti ragioni di sovraccarico della Corte, già nel contesto attuale.

⁶⁴ E. Jünger, C. Schmitt, *Il nodo di Gordio*², Milano 2023, 18 descrivono l'antica profezia per la quale chi fosse riuscito a sciogliere il nodo di Gordio avrebbe avuto il dominio del mondo. La composizione di interessi tanto dissimili e contrapposti, tra oriente e occidente, si manifesta come un ulteriore nodo gordiano difficile da dirimere su cui di recente A. Manna, A. De Lia, *Dieci nodi gordiani di diritto penale dell'economia*, Milano 2021.

⁶⁵ Il testo licenziato dal comitato di esperti è disponibile al seguente indirizzo: <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf> (ultimo accesso: 31/08/2023).

⁶⁶ La lettera "A" della proposta così recita: «*Addition of a preambular paragraph 2 bis. Concerned that the environment is daily threatened by severe destruction and deterioration, gravely endangering natural and human systems worldwide*».

- b) il secondo intende provvedere all'inserimento nominalistico del crimine di «ecocidio» nell'art. 5 par. 1 dello Statuto, attraverso l'aggiunta della lettera “(e)”, dopo i crimini di: (a) genocidio, (b) crimini contro l'umanità, (c) crimini di guerra, (d) crimine di aggressione⁶⁷;
- c) il terzo, infine, intende aggiungere allo Statuto l'art. 8 *ter* denominato, appunto, «ecocidio» in cui si provvede alla definizione legale e alla tipizzazione delle condotte punibili⁶⁸.

Quest'ultimo punto è, com'è evidente, la parte più interessante della proposta, poiché definisce il comportamento suscettibile di incriminazione. Tuttavia, vale la pena sottolineare che le prime due componenti non costituiscono meri aggiustamenti tecnici, ma piuttosto esprimono, sotto il profilo della politica criminale, un indirizzo chiaro nel senso della piena equiparazione dell'ecocidio agli altri «*most serious crimes*» (con ciò, orientando *per relationem* il grado della tutela verso le sole ipotesi più gravi di danno all'ambiente), e della protezione universale dell'ambiente⁶⁹ (dunque, non limitata alla sfera antropica, bensì preoccupata ad arginare i pericoli che interessano tutti i «*natural and human systems*»)⁷⁰.

Ciò si riverbera nella formulazione del significato di «ecocidio» fornita dal terzo punto della proposta che vale la pena riportare integralmente.

“Articolo 8 ter

Ecocidio

1. Ai sensi di questo Statuto, “ecocidio” significa atti illegali o arbitrari commessi nella consapevolezza di una sostanziale probabilità di causare un danno grave e diffuso o duraturo all'ambiente con tali atti.
2. Ai sensi del paragrafo 1:
 - a. “Arbitrari” significa con irresponsabile mancanza di riguardo per un danno che sarebbe chiaramente eccessivo rispetto ai benefici sociali ed economici previsti;
 - b. “Grave” significa un danno che implica cambiamenti avversi molto significativi, distruzione o deterioramento di qualsiasi componente dell'ambiente, incluse le gravi ripercussioni sulla vita umana, o sulle risorse naturali, culturali o economiche.
 - c. “Diffuso” significa un danno che si estende oltre una limitata area geografica, valica i confini nazionali, o è patito da un intero ecosistema o specie, o da un gran numero di esseri umani.
 - d. “Duraturo” significa un danno che è irreversibile o che non può essere sanato in maniera naturale in un periodo di tempo ragionevole;
 - e. “Ambiente” significa la terra, la sua biosfera, criosfera, litosfera, idrosfera ed atmosfera, così come il cosmo.”

Il *Centre for criminal justice and human rights*, inoltre, ha proposto alcune modifiche alla proposta di SEF tra le quali anche l'aggiunta di un comma terzo alla disposizione sopra riportata⁷¹, che si riporta di seguito:

“Articolo 8-ter

Ecocidio

⁶⁷ L'inserimento nominalistico dell'ecocidio tra i crimini internazionali puniti dallo Statuto costituisce la lettera “B” della proposta.

⁶⁸ La definizione di «ecocidio» costituisce la lettera “C” della proposta.

⁶⁹ Sul fondamento e sui principi della giurisdizione sovranazionale v. M.A. Pasculli, *Studio sulla giurisdizione penale universale*², Padova 2013, 67 ss.

⁷⁰ La locuzione è tratta dal paragrafo che la proposta intende inserire nel preambolo. Non è un caso che l'ordine delle parole («*natural*» e «*human*») abbia anteposto le creature e gli ecosistemi non-antropici a quelli umani. Ciò, evidentemente, costituisce un chiaro indirizzo – sotto il profilo ideologico-concettuale – nel senso di una disposizione che intende salvaguardare la Terra a prescindere dall'uomo.

⁷¹ V. la nt. 48.

[...]

3. L'ecocidio è da considerarsi aggravato se, in conseguenza di un'azione dolosa o di una omissione abbia, o abbia avuto, un impatto considerevole sulle emissioni di gas serra o sui cambiamenti climatici.”

La fattispecie così delineata presenta la struttura di un reato di pericolo concreto, in cui l'atto si manifesta «illegale» o «arbitrario», si caratterizza per essere «consapevole», e si apprezza in rapporto alla «probabilità» di causazione dell'evento dannoso per l'ambiente. Un'approfondita esegesi della proposta necessiterebbe di un ampio spazio assai più esteso, per cui – per esigenze di sintesi – le osservazioni saranno limitate a tre aspetti principali: i) la tipizzazione; ii) il criterio di imputazione; iii) la sanzione e le istanze di riparazione.

5.2.1. La prima considerazione critica che può essere formulata riguarda la mancanza di uno sforzo di tipizzazione, che risalta rispetto al reticolato testuale nel quale la previsione dovrebbe inserirsi. Difatti, a differenza dei crimini internazionali già previsti nello Statuto, per i quali il testo elenca una serie di comportamenti che costituiscono l'elemento oggettivo dell'illecito, nel caso dell'ecocidio, invece, la proposta non elenca i comportamenti suscettibili di sanzione quali potrebbero essere, ad esempio, le emissioni di gas serra, la produzione o l'abbandono di rifiuti, l'immissione di agenti inquinanti nel suolo, nelle acque o nell'aria, il consumo di suolo, la distruzione di specie vegetali o l'estinzione di specie animali⁷².

Se da un lato si comprende la volontà di non limitare la portata della previsione per via di una norma a più fattispecie⁷³, dall'altro la mancata elencazione delle condotte rivela un problema di fondo non del tutto risolto, dovuto sia all'incertezza (più paventata che reale⁷⁴) circa il nesso causale tra alcune

⁷² A. Nieto Martín, *Don't look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in www.sistemapenale.it 7.10.2022, 55 sottolinea la necessità di superare la logica dei reati di pericolo verso i «reati di accumulo», nell'ambito del diritto penale climatico dal quale l'A. differenzia il diritto penale ambientale. Il tema risulta particolarmente complesso e suscita notevoli implicazioni dogmatiche cui è possibile solo accennare. Sul punto, occorre anzitutto considerare la difficoltà della imputazione di macro-eventi a singole condotte, sia sotto il profilo causale che soggettivo. Al contrario, condotte minimamente offensive, a causa dell'accumulo esponenziale, possono ledere gravemente l'ambiente. Per tale motivo, laddove concorrano ad aumentare il rischio di un danno al bene ambientale dovrebbero essere di per sé apprezzate. In argomento v. M. Catenacci, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in *Riv. quadr. dir. amb.* 2010, 54 ss.; L. Kuhlen, *Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in *ZStW* 1993, 697 ss. In senso critico v. M. Caterini, *L'ambiente 'penalizzato'. Storia e prospettive dell'antagonismo tra esigenze preventive e reale offensività*, in *Il sistema ambiente, tra etica, diritto ed economia*, a cura di K. Aquilina, P. Iaquina, Padova 2013, 155; C. Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti-giuridicità, colpevolezza*, Pisa 2008, 147 ss.; L. Siracusa, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 312 ss. Vi è poi un problema ulteriore di effetti sinergici dove «eventi macroscopici» costituiscono «esiti enormemente superiori alla mera sommatoria delle singole condizioni interagenti» tanto da risultare imprevedibili e suscitare criticità rispetto al principio di offensività, ponendo quindi un problema di rilevanza costituzionale. Così L. Cornacchia, *Inquinamento ambientale*, in L. Cornacchia, N. Pisani (dir.), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 95-97 che, sul punto, propone di superare anche la logica del pericolo astratto, per tale motivo rivalutata dalla dottrina, per concentrare l'intervento penale sulle «condotte intrinsecamente rischiose».

⁷³ Sul concetto di disposizioni a più norme e di norme a più fattispecie v. R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano 1971, 149; G. Vassalli, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della legge Merlin*, in *Studi Antolisei*, III, Milano 1965, 376 s.; A. Pagliaro, voce *Concorso di norme (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, 545; F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme*, Bologna 1966, 182.

⁷⁴ È ampia la letteratura che avalla la matrice antropica dei cambiamenti climatici: M. Lynas, B.Z. Houlton, S. Perry, *Greater than 99% consensus on human caused climate change in the peer-reviewed scientific literature*, in *Environmental Research Letters*, XVI, no. 11, 2021; R. Neukom, N. Steiger, J.J. Gómez-Navarro, J. Wang, J.P. Werner, *No evidence for globally coherent warm and cold periods over the preindustrial Common Era*, in *Nature* 2019, DLXXI, 550; M. Mori, Y. Kosaka, M. Watanabe, H. Nakamura, M. Kimoto, *A reconciled estimate of the influence of Arctic sea-ice loss on recent Eurasian cooling*, in *Nature Climate Change*, IX, 2019, 123; S. Arrhenius, *On the Influence of Carbonic Acid in the Air upon the Temperature of the Ground*. In *Philosophical Magazine and Journal of Science*, Series 5, XLI, 1896, 237; F. Mazzocchi, A. Pasini, *Climate model pluralism beyond dynamical ensembles*, in *WIREs Climate Change*, VIII, 8(6):e477, 2017, 1; G. Mastrojeni, A. Pasini, *Effetto serra, effetto guerra*, Milano 2020, 19.

attività antropiche e i cambiamenti climatici, sia alla mancanza di volontà di criminalizzare attività che trainano lo sviluppo economico dei paesi (emergenti e non)⁷⁵.

L'a-specificità della fattispecie, inoltre, pone almeno tre questioni: anzitutto, vi è la difficoltà di conciliare la previsione con il principio di determinatezza di cui all'art. 22 dello Statuto; in secondo luogo, essa finisce per incidere negativamente sulla capacità della disposizione di orientare i comportamenti dei consociati; in ultimo, non può non rilevarsi che la scelta di selezionare i comportamenti sulla base della probabilità di causazione del danno, anziché tipizzarli in un elenco tassativo, sposta semplicemente in avanti un problema che andrebbe risolto a monte, affidando al giudice e all'ausilio dei periti un compito che andrebbe invece svolto dal legislatore.

In tale contesto, inoltre, sembra risultare contraddittoria la previsione quale circostanza aggravante dell'impatto sull'emissione di gas serra o su cambiamenti climatici. In primo luogo, la disposizione parifica in modo non del tutto convincente un evento di pericolo (l'emissione di gas serra) e un evento di danno (i cambiamenti climatici), laddove oltretutto la disposizione principale contempla il pericolo di un evento di danno. In secondo luogo, se l'emissione di gas serra costituisce un antecedente logico e causalmente collegato all'evento dannoso, di consistenza tale da giustificare la previsione di una aggravante, ebbene tale ipotesi dovrebbe costituire semmai una delle condotte attive previste dalla fattispecie principale, all'interno di una tassativa elencazione di atti che mettono in pericolo l'ambiente.

La clausola di illiceità o arbitrarietà merita invece qualche apprezzamento, al netto di quanto si dirà più avanti. Difatti, per quanto possa risultare problematica la nozione di «illecito» a norma del diritto internazionale in materia ambientale, caratterizzato – come gli stessi autori della proposta ammettono – da obbligazioni programmatiche più che da precise proibizioni, se è vero che la legittimità dell'atto in base al diritto interno non potrà essere invocata per escludere l'illiceità a norma dello Statuto, è altresì vero che l'illegalità dell'atto in base al diritto nazionale potrà invece integrare la fattispecie di ecicidio⁷⁶. La nozione di atto «illegale», infatti, potrà certamente mutuare dal diritto interno parte del proprio significato, attribuendo – per quanto più rileva in questa sede – una chiara connotazione di illegalità alle condotte perpetrate dalle organizzazioni criminali che, dunque, ben potranno assumere rilevanza a norma dello Statuto.

In tale contesto, tuttavia, si intravedono almeno due criticità. In primo luogo, non si può fare a meno di osservare che la nozione di atto illegale rimane sfuggente e priva di specificità, per cui è verosimile che sarebbe per lo più la caratterizzazione della condotta come «arbitraria» a svolgere il compito di selezione dei comportamenti rilevanti, ed essa mal si concilia con la realtà fenomenica di cui si discute, dal momento che l'impatto ambientale delle organizzazioni criminali è arbitrario *in re ipsa*. In secondo luogo, la mancanza di un riferimento espresso alle organizzazioni criminali nella fattispecie, ovvero quale elemento circostanziale ed aggravante, rischia di depotenziare la norma non solo sul piano simbolico-espressivo, ma anche sotto il profilo applicativo, ponendo sullo stesso piano

⁷⁵ Emerge, sotto questo profilo, la necessità di superare l'etica dell'intenzione proposta da Kant, quindi – per sintetizzare – l'agire secondo coscienza (I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, trad. *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, Torino 1995, 79) e abbracciare l'etica della responsabilità proposta da Weber (M. Weber, *Politik als Beruf*, 1919, trad. E. Coccia, *La politica come professione*, Roma 1997, 23), per cui è necessario agire tenendo a mente e, quindi, rispondendo delle conseguenze delle proprie azioni. Nel caso di specie, il tema è duplice: occorre, cioè, conoscere le conseguenze perniciose cui conduce l'attività antropica e, allo stesso tempo, conoscere gli effetti delle misure che possono essere avviate ed attuate dai governi per impedire che tali conseguenze si verifichino. Una profonda conoscenza è, quindi, indispensabile per evitare che, in sua assenza, la responsabilità si risolva in pura intenzionalità, come osserva U. Galimberti, *L'etica del viandante*, Milano 2023, 95.

⁷⁶ Riguardo a ciò, può essere segnalata una sostanziale differenza rispetto alla proposta *UCLA Promise Institute for Human Rights Group of Experts, Proposed Definition of Ecocide* (2021), disponibile al seguente indirizzo: <https://ecocidelaw.com/wp-content/uploads/2022/02/ProposedDefinition-of-Ecocide-Promise-Group-April-9-2021-final.pdf> (ultimo accesso: 31/08/2023) di cui si dirà più avanti, posto che quest'ultima, a differenza della proposta SEF, suggerisce di stabilire una scriminante a norma della quale la legittimità dell'azione o dell'omissione secondo il diritto interno escluderebbe la rilevanza dell'atto a norma dello Statuto della Corte penale internazionale.

condotte disomogenee in punto di offensività. In proposito, non sembra superfluo osservare che, nel contesto di una fattispecie di pericolo, non sembrano porsi sullo stesso piano, ad esempio, l'opera di un'impresa chimica o siderurgica, energetica o petrolifera, e una organizzazione criminale transnazionale attiva nello smaltimento illecito di rifiuti radioattivi. Difatti, la modalità e la finalità intrinsecamente illecite dell'attività svolta dalla organizzazione criminale pone su piani diversi, quantomeno in astratto, le due realtà a confronto, suggerendo una modulazione della risposta sanzionatoria.

In sintesi, dunque, sarebbe auspicabile un maggiore sforzo di tipizzazione che espliciti le condotte rilevanti ed attribuisca rilevanza qualificata ed espressa all'attività delle organizzazioni criminali suscettibile di provocare un danno ambientale grave, diffuso e duraturo.

5.2.2. La disposizione richiede che gli atti illegali o arbitrari siano commessi nella «consapevolezza» («*knowledge*») di una sostanziale probabilità di causazione dell'evento dannoso. Sul punto, la proposta opera una interessante scelta di ampliamento del criterio ordinario d'imputazione dei crimini previsti dallo Statuto che, com'è noto, all'art. 30 ne stabilisce la perseguibilità laddove l'azione sia compiuta con «*intent and knowledge*», per cui sorretta da un elemento soggettivo paragonabile al dolo intenzionale o al dolo diretto. In particolare, tale regola è stata ritenuta eccessivamente restrittiva rispetto al tema in esame dagli autori della proposta, per cui si è scelto di circoscrivere il criterio ascrittivo della responsabilità alla sola consapevolezza circa la probabilità di verificazione dell'evento, giungendo dunque ad una soluzione paragonabile al dolo eventuale.

La condizione posta dalla fattispecie suscita, però, qualche perplessità rispetto alla realtà criminologica della criminalità ambientale e della criminalità economica. In entrambi i casi l'impatto ambientale, anche nella forma del pericolo, ha spesso natura accidentale o collaterale, e dunque prettamente colposa. In un simile contesto, la soglia del dolo eventuale potrebbe rivelarsi incompatibile con la realtà fenomenica, lasciando fuori dall'ambito applicativo della fattispecie una serie di condotte che meriterebbero, invece, di essere contemplate e punite. Né può dirsi una soluzione percorribile, come si è osservato in dottrina, l'introduzione di una forma di responsabilità oggettiva⁷⁷. L'abbassamento della soglia dell'elemento soggettivo al dolo eventuale lascia, dunque, irrisolto il problema delle condotte colpose⁷⁸. Invece, sembrerebbe percorribile (e preferibile) una diversa modulazione della fattispecie nella quale figurano: i) una ipotesi generale di atti tipizzati, per i quali si richiedono i tradizionali «*intent and knowledge*» (dunque, forme di dolo intenzionale o diretto), in cui tuttavia l'evento dannoso non rileva ai fini della sussistenza del reato, e dunque dell'elemento psicologico, poiché ciò che importa è il dolo di porre in essere una condotta pericolosa; ii) a tale fattispecie andrebbe accompagnata una figura residuale e di chiusura in cui la causazione dell'evento, ovvero l'aver agito nella consapevolezza di una sostanziale probabilità di causazione dell'evento, con ciò includendo tutte le forme di dolo, costituiscono forme aggravate del medesimo crimine.

In sostanza, rispetto alle criticità poste dall'elemento soggettivo richiesto dalla proposta elaborata, sembra preferibile l'opzione di un crimine di pura condotta, eventualmente aggravato dall'evento, piuttosto che una struttura che sembra modularsi sul pericolo di evento di danno, poiché tale condizione implica l'accertamento del dolo anche rispetto all'evento, suscitando le problematiche applicative sopra menzionate oltre che in tema di nesso causale⁷⁹.

⁷⁷ V. Molteni, *op. cit.*, 215 a cui si rimanda anche per i riferimenti degli AA. che sostengono tale ipotesi. In *primis* v. P. Higgins, *Eradicating Ecocide*, cit., 64.

⁷⁸ Sul punto, qualche riflessione suscita la nozione di «ecicidio» contenuta in M.A. Gray, *op. cit.*, 216 in cui l'A. definisce la condotta come la «*deliberate or negligent violation of key state and human rights and according to the following criteria: (1) serious, and extensive or lasting, ecological damage, (2) international consequences, and (3) waste*».

⁷⁹ Sul tema, v. N. Mazzacupa, voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino 1990, 445; M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urb.* 1951-1952, 175; G. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 164.

5.2.3. La proposta SEF sembra non affrontare esaustivamente i profili di *effettività* ed *efficacia* della sanzione, sui quali è invece opportuno svolgere qualche riflessione.

Quanto al primo aspetto, va osservato che la giurisdizione della Corte, in base all'art. 12, com'è noto, si estende alle condotte poste in essere nel territorio dei paesi che hanno ratificato lo Statuto, o commesse dai cittadini di tali paesi⁸⁰. A fronte di ciò, rivolgendo l'attenzione al tema in oggetto, sul totale di 123 Stati parte pesano particolarmente le assenze di Stati Uniti, Russia, India e Cina, che risultano i primi quattro paesi al mondo in termini di emissioni di CO₂ nell'atmosfera⁸¹.

Una simile condizione rischia di rendere inutile la proposta e di produrre effetti aberranti⁸².

Anzitutto, ciò preclude la perseguibilità di condotte pericolose o dannose commesse nel territorio di tali paesi e dai loro cittadini le cui conseguenze sono però sofferte dall'intera comunità internazionale. In secondo luogo, detto limite svincola la possibilità che la proposta possa giocare un ruolo effettivo nella prevenzione dell'ecocidio. Difatti, le emissioni di CO₂ non esauriscono certo l'elenco dei pericoli per l'ambiente, ma possiamo immaginare che fenomeni di produzione incontrollata o abbandono di rifiuti, immissione di agenti inquinanti nel suolo, nelle acque o nell'aria, consumo indiscriminato di suolo, e distruzione di specie vegetali o estinzione di specie animali siano, pur con qualche differenza, comuni tanto ai paesi firmatari, quanto ai paesi che non hanno proceduto a ratifica. Per cui, sebbene non sia possibile calcolare l'effettiva incidenza dell'assenza di tali grandi paesi dall'elenco delle ratifiche, non sembra inverosimile concludere che essa costituisca un problema significativo che osta alla concreta effettività della fattispecie di cui si discute⁸³.

In ultimo, sotto il profilo della criminalità economica, tale opzione rischierebbe di produrre effetti di disallineamento delle regole globali di mercato, posto che i colossi economici di tali paesi potrebbero risultare avvantaggiati nella competizione internazionale, riproponendosi sul punto i termini di un dibattito che, a partire dagli anni '70, ha infiammato il Congresso americano riguardo alle norme sulla corruzione internazionale⁸⁴.

A ben vedere, il tema non si esaurisce nella sola dimensione delle *corporation* (che rimangono, tra l'altro, escluse dai soggetti imputabili a norma dello statuto⁸⁵), bensì la dimensione più interessante

⁸⁰ Il tema è, peraltro, drammaticamente attuale, posto che tra i paesi che non hanno proceduto alla ratifica vi è l'Ucraina, che tuttavia nel 2014 ha accettato la giurisdizione della Corte rispetto ai gravi crimini commessi a partire dall'invasione della Crimea. Sul punto v. C. Meloni, *Come affrontare l'aggressione russa dell'Ucraina con gli strumenti del diritto (penale) internazionale*, www.sistemapenale.it 19.3.2022, 4.

⁸¹ V. la tabella riportata da: ourworldindata.org/grapher/annual-co2-emissions-per-country?tab=chart (ultimo accesso 31/08/2023). Sottolinea tale criticità, tra gli altri, D. Robinson, *op. cit.*, 320.

⁸² Incidono sulla effettività della disposizione anche i profili di a-specificità cui si è sopra fatto cenno. La riconoscibilità della norma penale è, infatti, una caratteristica cruciale sul piano dei principi. Sul tema, v. anzitutto C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli 2011, *passim*; Id., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in RIDPP 1990, 429; F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna 2018, 161; G. Rotolo, "Riconoscibilità del precetto penale e modelli "innovativi" di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente", Torino 2018, 55 ss; C. De Maglie, *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in DisCrimen, 31.3.2023, 5.

⁸³ Nel report di World Health Organization, *Country profiles of environmental burden of disease*, Ginevra 2007, 1 ss. si calcola che una riduzione dei rischi ambientali paese per paese porterebbe ad evitare circa 13 milioni di morti ogni anno. I paesi più colpiti sono quelli più poveri e, nella popolazione, sono i minori a pagare il prezzo più alto. Sul punto, basti pensare che la percentuale di morti dovute a fattori ambientali sotto i 19 anni raggiunge, in Europa, la percentuale del 34%. Pur con le peculiari differenze, tuttavia, il fenomeno è comune a tutti i paesi, per cui la mancanza di una convergenza specie dei paesi più ricchi e/o popolosi ha un impatto niente affatto trascurabile. Sul tema, v. K.R. Smith, C.F. Corvalán, T. Kjellström, *How much global ill health is attributable to environmental factors?*, in *Epidemiology*, Sep;10(5) 1999, 573.

⁸⁴ Nel dibattito assembleare, infatti, emerse la preoccupazione che l'introduzione di regole che perseguissero le imprese statunitensi che corrompevano pubblici ufficiali stranieri potesse svantaggiarle rispetto alle imprese straniere che godevano di una legislazione più blanda che non contemplava tale ipotesi di reato. Sul punto, v. S. Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Napoli 1999, 158; M.M. Winkler, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano 2008, 216; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli 2012, 355.

⁸⁵ Critico sul punto A. Nieto Martín, *El derecho penal internacional del cambio climático*, in M. Delmas-Marty, L.

riguarda la responsabilità dei governi per l'adozione di politiche ambientali dannose, o l'omissione di politiche idonee a prevenire danni irreparabili per l'ambiente. Nella prospettiva sopra avanzata, per quanto possa apparire ovvio, merita di essere rimarcato che la mancanza di convergenza su un comune obiettivo di tutela del pianeta rischia di vanificare gli sforzi di quei paesi più impegnati sulle tematiche ambientali. Ciò, naturalmente, non deve condurre ad allentare le politiche virtuose, poiché una simile opzione non conduce ad alcun miglioramento della condizione generale né specifica. Piuttosto, essa deve interrogare la comunità scientifica sulla effettività di una fattispecie incriminatrice la cui applicazione è preclusa nel caso in cui l'autore sia cittadino ed agisca nel territorio di uno Stato che non ha ratificato lo Statuto.

Si pone, sotto questo profilo, il tema dello strumento pattizio menzionato come sede idonea a tutelare effettivamente il bene giuridico ambiente. Sul punto, l'alternativa (tutta italiana⁸⁶) che è stata avanzata è quella della sottoscrizione di una convenzione internazionale *ad hoc* e, dunque, della istituzione di un autonomo tribunale internazionale⁸⁷.

Tale soluzione, comunque, non sembra del tutto risolutiva. È pur vero che l'istituzione di una corte altamente specializzata risolverebbe una criticità cui si è solo fatto cenno per mere ragioni di sintesi, ossia il problema della complessità tecnica di giudicare simili condotte, e la necessità di avvalersi di esperti non solo di tipo giuridico, bensì di quelle discipline scientifiche necessarie all'accertamento degli elementi costitutivi richiesti dalla fattispecie. Tuttavia, permarrebbe la criticità di tipo "politico", poiché le resistenze alla ratifica dello Statuto di Roma da parte di Stati Uniti, Russia, India e Cina non verrebbero meno *sic et simpliciter* se la proposta di istituire il crimine internazionale di ecicidio venisse formulata attraverso l'adozione di un trattato *ad hoc*. Sul punto basti richiamare l'atteggiamento refrattario di tali paesi rispetto a due eventi significativi nel percorso di condivisione di obiettivi comuni per l'ambiente, vale a dire il Protocollo di Kyoto del 1997 e l'Accordo di Parigi del 2015⁸⁸. Non è difficile immaginare che la difficoltà di vincolare tali paesi a contenere le emissioni

Neyret, A. Nieto Martin, *Hacia u derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecicidio y ecocrímenes*, Ciudad Real 2019, 18; *Id.*, *Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente*, in *AFDUAM* 2012, 16, 137.

⁸⁶ La proposta è tradizionalmente attribuita ad Amedeo Postiglione, del quale v. A. Postiglione, *La necessità di una Corte internazionale dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Ambiente* 2002, 2, 389; *Id.*, *Diritto internazionale dell'ambiente*, Roma 2013; *Id.*, *Ambiente, giustizia e pace. Una polizia internazionale, una Corte internazionale per l'ambiente*, Roma 2015. V., anche, R. Nannucci, *Per un Tribunale internazionale per l'ambiente. Resoconto della IV Conferenza internazionale «Verso un governo mondiale dell'ambiente»*, in *Informatica e diritto* 1994, 1, 245.

⁸⁷ M. Delmas-Marty, L. Neyret, A. Nieto Martin, *Hacia u derecho penal internacional*, cit., 42; A. Pablo Serrano, *Por una convención internacional contra los ecocrímenes y un tribunal internacional del medioambiente*, in *Revista Penal México* 2022, 21, 63; S. Bruce, *An International Court for the Environment and Climate Change Law Compliance and Enforcement*, in *Advocates for International Development* 2011, 4; C. Sotis, *Juger des crimes environnementaux internationaux: Approche juridictionnelle et institutionnelle*, in Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 220. L'idea è quella di un tribunale altamente specializzato, come quello sul terrorismo proposto da A. Sánchez Frías, *La propuesta de un Tribunal internacional contra el terrorismo: retos jurídicos y políticos*, in *Revista de Derecho Político* 2018, 103, 407.

⁸⁸ Sul punto, v. S. Nespore, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2016, 81. Com'è noto, India e Cina non hanno assunto obblighi rispetto al Protocollo di Kyoto, e gli Stati Uniti non lo hanno neppure ratificato, hanno invece ratificato l'Accordo di Parigi da cui sono rapidamente usciti per poi rientrarvi solo nel 2021. La Russia, invece, ha ratificato solo nel 2014 il Protocollo di Kyoto consentendo, tra l'altro, il raggiungimento dei requisiti per la sua entrata in vigore, ciò a testimonianza di quanto tale paese sia cruciale anche rispetto alla tematica in oggetto. La Cina – che ad oggi è il maggior produttore di emissioni – ha recentemente dichiarato di volersi smarcare dall'Accordo di Parigi. Sul punto, v. l'articolo pubblicato dal *Washington Post* il 19.7.2023, disponibile su: <https://www.washingtonpost.com/climate-environment/2023/07/19/climate-change-heat-wave-china/> (ultimo accesso: 31/08/2023). In sostanza, nello scacchiere geopolitico, l'Europa (che appare la più virtuosa) rischia di finire come il vaso di coccio tra i vasi di ferro di manzoniana memoria, ma non per questo può rinunciare al ruolo pionieristico che sembra progressivamente assumere in materia ambientale, richiamando le profetiche osservazioni sul costituzionalismo europeo di V. Onida, *La Costituzione*, Bologna 2004, 117-120 sulla pace, l'ordine e la giustizia internazionale.

finirebbe per replicarsi identica, se non accresciuta, rispetto alla prospettiva di criminalizzare il superamento di quegli stessi limiti su cui si fatica a convergere⁸⁹.

A ciò si aggiunge una ulteriore problematica: una corte internazionale sull'ambiente finirebbe verosimilmente per assumere un approccio eco-centrico e meno antropocentrico, con la conseguenza che tale scelta si caratterizzerebbe per una impostazione di fondo rispetto alla quale appare più complessa una convergenza globale⁹⁰.

Una possibile soluzione potrebbe derivare, invece, dalla modifica dell'art. 12 congiuntamente all'introduzione della fattispecie incriminatrice, e precisamente dall'aggiunta di un criterio ulteriore per l'esercizio della giurisdizione, applicabile nel solo caso di ecocidio, che consiste nella sussistenza degli effetti della condotta in uno Stato parte del trattato, ancorché la stessa sia realizzata altrove e non da un cittadino. Difatti, la condizione che la condotta sia perpetrata nel territorio di un paese firmatario esclude la perseguibilità delle condotte pur gravi ma che avvengono fuori dall'ambito giurisdizionale della Corte, ad opera di cittadini di Stati che non hanno ratificato lo Statuto. L'opzione suggerita, invece, potrebbe risultare un buon temperamento tra il principio di sovranità, che continuerebbe ad operare in linea generale⁹¹, e la necessità di offrire una adeguata tutela della terra nei casi di maggiore offesa al bene giuridico, dunque, non tanto per le condotte pericolose quanto per le ipotesi aggravate, in cui un evento dannoso venisse a concretizzarsi ed interessare uno Stato parte. Quanto sino ad ora osservato si ascrive al profilo di (in)effettività della sanzione. Rimane, invece, da esaminare il tema della sua (in)efficacia. Nel contesto di riferimento – in parte lo si è accennato sopra – la prevenzione generale è senz'altro uno degli obiettivi principali cui dovrebbe tendere il sistema⁹², che tuttavia sorge sullo stato di eccezione connaturato alla perpetrazione di crimini fuori dalla dimensione ordinaria e razionale della penalità. Pur senza addentrarci nel dibattito circa la funzione della pena all'interno dello Statuto di Roma⁹³, a fronte del «duplice movimento» della responsabilità penale nell'ambito del diritto penale umanitario composto, da un lato, dalla trasposizione globale del crimine e, dall'altro, dalla personalizzazione della sanzione⁹⁴, è importante osservare la mancanza di più estesi meccanismi di riparazione, specie avuto riguardo al secondo profilo menzionato, posto che la stessa si esaurisce nella partecipazione delle vittime al procedimento⁹⁵.

⁸⁹ Si tratta di un rischio bene evidenziato in L. Siracusa, *Prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente nel diritto europeo e sovranazionale*, in *Lexambiente* 2021, 3, 6.

⁹⁰ Sul dialogo tra le due visioni v. L. Siracusa, *La tutela penale dell'ambiente: bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano 2007, 242; G. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino 2004, 62; M. Andreozzi, *Verso una prospettiva ecocentrica*, Milano 2011, 110. Il tema di fondo è quello del bilanciamento di interessi, su cui v. C. Pedrazzi, *Profili penalistici di tutela dell'ambiente*, in *Ind. pen.* 1991, 619; A. Gargani, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Criminalia* 2019, 131; G. Rotolo, *op. cit.*, 146.

⁹¹ L'art. 12 risponde, in effetti, al principio di sovranità degli Stati, limitando i poteri della Corte alle condotte connesse in base al principio di territorialità o di personalità al paese firmatario. Sul punto, v. Klamberg (edit.), *op. cit.*, 171; M.D. Evans, *International Law*², Oxford 2006, 342; M. Shaw, *International Law*⁵, Cambridge 2003, 579; H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York 1952, 309; *Id.*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen 1928, 317.

⁹² P. Severino, *The protection of the environment through criminal law. Preliminary remarks*, in *The Criminal Law Protection of our Common Home*, cit., 29.

⁹³ Sul tema, v. L. Cornacchia, *Funzione della pena*, cit., 72 ss.; D. Pulitanò, *Significato e funzioni della pena nella giustizia penale internazionale*, in *QuestG* 2007, 1, 78; E. Fronza, J. Tricot, *Droit pénal international et fonction symbolique. Une analyse du discours des Tribunaux pénaux internationaux*, in *La justice pénale internationale dans les décisions des Tribunaux ad hoc. Études des Law Clinics en droit pénal international*, a cura di in E. Fronza, S. Manacorda, Milano 2003, 292.

⁹⁴ *Ibid.*, 150-152.

⁹⁵ C. Garbett, *The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice*, in *Restorative Justice: An International Journal* 5(2) 2017, 198 ss.; L. Moffett, *Justice for victims before the international criminal court*, Abingdon 2014, 49 ss.; C. Safferling, G. Petrossian, *Victims before the International Criminal Court: definition, participation, reparation*, Cham 2021, 194. Critico, sul punto L. Cornacchia, *Funzione della pena*, cit., 309.

Senza voler entrare in un tema probabilmente privo di soluzioni univoche, sembra di poter quantomeno chiosare che il superamento della rigidità sanzionatoria dello Statuto⁹⁶ nel solco della *restorative justice* possa agevolare proprio quella funzione costitutiva che meglio si indentifica con lo spirito del testo normativo⁹⁷ e superare, anche nel contesto del diritto internazionale penale, l'idea di giustizia la cui funzione è distribuire sanzioni e ricompense⁹⁸.

6. L'ipotesi di introdurre nello Statuto di Roma l'ecocidio come crimine internazionale a sé stante può essere riconsiderata sotto due profili, ossia nel metodo e nel merito. Rispetto ai profili di metodo si è già detto che, per le criticità sopra esposte che riguardano l'alternativa di introdurre un autonomo tribunale internazionale dell'ambiente, la sede dello Statuto appare, invece, quella più idonea per raggiungere l'obiettivo di tutelare il pianeta dalla distruzione per mano antropica.

Più ampio è, invece, il discorso di merito, a partire dalla scelta di fondo sull'oggetto della tutela. Nel solco di una considerazione che appare condivisibile, per cui non vi è (più) dualismo nella rappresentazione del rapporto tra uomo e ambiente⁹⁹, bensì le esigenze dell'uomo dovrebbero declinarsi nel paradigma dell'equilibrio ambientale¹⁰⁰ e della sostenibilità¹⁰¹, una soluzione – per di più coerente con il reticolato normativo – che tiene conto di quanto si è sopra evidenziato, potrebbe suggerire di concepire l'ecocidio come crimine contro l'umanità, recuperando in gran parte, sebbene sotto una diversa prospettiva, la proposta formulata da SEF, cui non a caso si è dato ampio risalto in questo studio.

Una bozza di ipotesi alternativa potrebbe modularsi attraverso due diversi interventi che interesserebbero, oltre al preambolo¹⁰², gli art. 7 e 12 dello Statuto. Poiché si tratterebbe di interventi organici, sarà bene affrontarli singolarmente.

⁹⁶ S. Manacorda, *La posizione della vittima nel diritto internazionale penale*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro, C. Piemontese, Torino 2004, 131 in cui l'A. osserva che il sistema «incentra tutta la portata repressiva sulla sanzione detentiva e sulla sua durata», dubitando perciò che il diritto internazionale penale «costituisca lo strumento più appropriato per assicurare una tutela effettiva delle migliaia di vittime di crimini di tale brutalità o diffusività».

⁹⁷ Sul tema, si rinvia nuovamente a L. Cornacchia, *Funzione della pena*, cit., 301 e 309.

⁹⁸ C.M. Martini, G. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Torino 2003, 29. Sottolinea la coerenza tra le condotte di riparazione e la funzione rieducativa della pena anche G. De Francesco, *Della pena e del non punire*, in www.lalegislazionepenale.eu 17.10.2022, 9 ss.; *Id*, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, in www.lalegislazionepenale.eu 2.10.2019, 10.

⁹⁹ Si tratta di abbandonare definitivamente la visione della natura come «serbatoio», su cui avvertiva già M. Heidegger, *Gelassenheit*, Pfullingen 1959, trad. A. Fabris, *L'abbandono*, Genova 1983, 34.

¹⁰⁰ G. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, cit., 62.

¹⁰¹ C. Del Bo', C. Lupi, *La sostenibilità*, in *Note della Fond. Giandomenico Romagnosi. Nota 10.2021*, 5. Del resto, il punto di equilibrio tra le esigenze di benessere e la qualità della vita rispetto alla produzione industriale è al centro della nota sentenza C. eur. dir. uomo, sez. I, 24.01.2019, Cordella e altri c. Italia, in *DPC* 2019, 3, con nota di S. Zirulia, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, 135 disponibile su: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_3_2019.pdf#page=135. Nella decisione, la Corte precisa che, in base alla Convenzione, gli Stati hanno l'obbligo di adottare legislazioni «idonee ad assicurare la protezione effettiva dei cittadini la cui vita rischia di essere esposta ai pericoli inerenti al settore in causa» (§158) e la Corte, sebbene non possa «determinare precisamente le misure che sarebbero state necessarie nella fattispecie per ridurre in maniera più efficace il livello di inquinamento, essa ha innegabilmente il dovere di verificare se le autorità nazionali abbiano affrontato la questione con la diligenza dovuta» (§160), domanda che trova risposta negativa nel caso *Ilva* (§ 172). Al contrario, è necessario che gli Stati assicurino un «giusto equilibrio» (§173) tra gli interessi in gioco, rilevando quale violazione della Convenzione anche la semplice «omissione» (§ 172). Ciò risulta di particolare interesse anche nella prospettiva di un coinvolgimento della Corte penale internazionale nella tutela ambientale su larga scala, potendo intravedere i tratti di una responsabilità per omissione in capo ai membri di quelle organizzazioni, pubbliche e private, le cui omissioni abbiano concorso a causare l'ecocidio.

¹⁰² Si deve confermare il giudizio positivo rispetto alla proposta avanzata da SEF di includere nei preamboli il riferimento ai pervasivi attacchi che l'ambiente umano e, più in generale, naturale subisce ormai costantemente e diffusamente.

6.1. Le modifiche all'art. 7, tenuto conto delle osservazioni critiche sopra abbozzate, potrebbero essere quelle di seguito indicate:

a) al paragrafo 1, dopo la lettera (k), l'aggiunta della seguente lettera:

«(l) *The crime of ecocide.*».

L'ecicidio, in questo modo, troverebbe sede all'interno dei crimini contro l'umanità, come disciplinati dagli artt. 5 lett. b e 7 dello Statuto, invece che fare ingresso all'interno di un articolo autonomo, ossia l'art. 8 *ter*, come propone il testo elaborato da SEF, che vorrebbe aggiungere una nuova tipologia di crimine internazionale, dopo il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra ed il crimine di aggressione.

Non si tratterebbe di una mera variante espositiva. Difatti, l'ingresso dell'ecicidio quale crimine contro l'umanità e non quale crimine internazionale *tout court* si propone di selezionare le condotte perseguibili sulla base dell'effetto che le stesse potrebbero provocare all'uomo, direttamente o indirettamente, lasciando sullo sfondo la difesa dell'ambiente a prescindere dall'uomo, come si vedrà meglio di seguito.

b) al paragrafo 2, sostituire la lettera (a), con la seguente:

«(a) *“Attack directed against any civilian population” means a course of conduct involving multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack, or with respect to the conduct referred to in paragraph 1, letter (l) it means a course of conduct that affects or could affect any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack.*»;

La formulazione individuata («*could affect*») detterebbe un criterio di idoneità dell'azione rispetto al nocumento per il genere umano. Tale criterio rimarrebbe estraneo dagli elementi fondativi della punibilità. Ciò risolverebbe il problema suscitato dalla proposta formulata da SEF, la quale invece imporrebbe di accertare il dolo anche rispetto al possibile evento dannoso che, tuttavia, non costituisce quasi mai l'obiettivo dell'agente, né si appalesa chiaramente quale possibile conseguenza dell'azione, ancorché commessa nel contesto dell'attività di una organizzazione criminale, ma piuttosto risulta un effetto meramente accidentale o collaterale di una condotta spesso orientata dal movente economico.

I profili che vengono in rilievo in un simile contesto risultano principalmente due. In primo luogo, ad essere incriminati sarebbero unicamente i comportamenti nocivi per l'uomo, anche indirettamente, e non per qualunque forma di vita animale o vegetale presente sulla terra, ovvero per le matrici ambientali in quanto tali. La messa in pericolo dell'ambiente a prescindere dalla specie umana rimarrebbe esclusa dall'ambito di rilevanza della disposizione, a differenza delle altre proposte avanzate¹⁰³. In secondo luogo, quale che sia l'impostazione dogmatica rispetto al requisito dell'idoneità lesiva della condotta – da tenere distinto rispetto al pericolo di danno ambientale, che costituirebbe un evento naturalistico – quale condizione per la sua punibilità¹⁰⁴ o quale caratteristica

¹⁰³ Si pensi alla nozione di danno grave («severe») di cui alla proposta di SEF che qualifica il danno ambientale come offesa verso «*any element of the environment, including grave impacts on human life or natural, cultural or economic resources*», includendo, dunque, ma non limitando l'offesa alla sfera antropica; oppure ancora alla proposta di Higgins, sulla quale v. A. Greene, *The campaign to make ecocide an international crime: quixotic quest or moral imperative?*, in 30.3 *Fordham Env. Law Rev.* 2019, 4.

¹⁰⁴ V. sul punto F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nov. Dig. It.*, XIV, Torino 1967, 594 ss.; G. Neppi Modona, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 1988, 7; *Id.*, *Concezione realisti- ca del reato*

per la sua rilevanza¹⁰⁵, si eviterebbe comunque il gravoso onere di accertare in capo all'agente la rappresentazione e l'accettazione del danno ambientale come conseguenza della condotta¹⁰⁶. Difatti, la pericolosità dell'azione idonea¹⁰⁷, in quanto condizione estrinseca, afferirebbe al solo elemento oggettivo del fatto e, anche muovendo da una diversa e preferibile impostazione dogmatica, il requisito di tipicità avrebbe un contenuto così limitato (si tratterebbe, infatti, di una mera idoneità lesiva) da costituire un dato agilmente coperto dal dolo e di facile accertamento¹⁰⁸. Ciò comporta che l'opzione di stampo antropocentrico sarebbe preferibile anche sotto il profilo della effettività della disposizione, in aggiunta agli aspetti che sono stati già evidenziati¹⁰⁹.

c) al paragrafo 2, dopo la lettera (i), l'aggiunta della seguente lettera:

«(j) “*The crime of ecocide*” means:

- (i) *the disproportionate emissions of greenhouse gases, the uncontrolled production, illegal traffic or massive abandonment of waste, the release of large quantities of pollutants into the soil, water or air, the indiscriminate consumption of soil, the destruction of plant species or the extinction of animal species;*
- (ii) *any act committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe, widespread or long-term damage to the environment being caused by this act or when the damage is intentionally caused by this act, also by organized crime.»;*

Si tratta del cuore della disposizione normativa da introdurre, suddivisa in due differenti paragrafi con due differenti finalità. Il primo potrebbe sopperire a quel difetto di tipicità di cui si è sopra parlato, enucleando le condotte critiche per la sopravvivenza dell'uomo¹¹⁰. Il secondo potrebbe, invece, avere

e condizioni obiettive di punibilità, in RIDPP 1971, 201 ss.; F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in RIDPP 1989, 733; M. Donini, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in SI 1997, 592.

¹⁰⁵ La Corte costituzionale, con la sent. 247 del 1989, ha definito la condizione obiettiva di punibilità quale «filtro selettivo, che non incide sulla dimensione intrinsecamente offensiva del fatto, ma ne connota solo la gravità, contrassegnando il limite a partire dal quale l'intervento punitivo è ritenuto opportuno». Giacché essa «non fonda, e tanto meno esaurisce, il contenuto offensivo del fatto», è opzione rimessa al legislatore quella di stabilire la «misura» della violazione meritevole di sanzione che rimane estranea al bene giuridico tutelato con l'incriminazione del delitto, per cui – nel caso di specie – l'aggressione all'ambiente si manifesta in vario modo, ma risulterebbe rilevante nella misura in cui dovesse afferire alla sfera umana.

¹⁰⁶ Una critica rispetto alla identificazione quale condizione potrebbe essere mossa proprio sulla scorta delle osservazioni di F. Angioni, *Condizioni di punibilità*, cit., 733.

¹⁰⁷ Si pensi alla condotta pericolosa dell'ostacolo nel riciclaggio. *Contra* G. Civello, *Autoriciclaggio: teoria e prassi*, Torino 2022, 155.

¹⁰⁸ V. L. Cornacchia, *La punibilità sub condicione*, in www.la legislazione penale.eu 12.12.2017, 9 in cui si fornisce rilievo al tipo, alla qualità ed alla quantità di offesa quale possibile discriminare tra le condizioni obiettive di punibilità e gli elementi costitutivi del fatto tipico.

¹⁰⁹ V. *supra*, § 5.2.3.

¹¹⁰ Particolarmente significativo, sotto tale profilo, lo sforzo di tipizzazione della proposta di *UCLA Promise Institute for Human Rights Group of Experts, Proposed Definition of Ecocide* (2021), su cui v. la nt. 76. Tale soluzione è criticata da D. Robinson, *op. cit.*, 326 sulla base di due argomenti principali: anzitutto, è difficile ottenere una lista completa dei comportamenti pericolosi; in secondo luogo, ammesso che ciò sia possibile, risulterebbe difficile imputare ad un singolo soggetto una condotta tanto grave da rilevare quale crimine internazionale. Tuttavia, sebbene tali osservazioni critiche possano risultare *prima facie* condivisibili, ad una più attenta riflessione non sembrano conducenti rispetto ad una soluzione alternativa. Come si è già osservato, l'opzione differente sarebbe quella di posticipare al momento del giudizio la scelta dei comportamenti pericolosi, eventualità che non sembra pienamente conforme al principio di legalità, né efficace rispetto alla funzione preventiva. Analogamente, si può osservare quanto alla seconda critica, poiché il tema della gravità del comportamento non muta il suo profilo insidioso laddove si preferisca una fattispecie a-specifica, poiché esso semmai si acuisce, dal momento che i comportamenti sanzionati verrebbero ad essere individuati unicamente sulla base del danno.

funzione residuale rispetto a quelle condotte che volontariamente o intenzionalmente causano un danno ambientale pernicioso per la specie umana.

In un simile contesto la prospettiva delle ipotesi di criminalizzazione dell'ecocidio verrebbe capovolta. Anzitutto, costituirebbero oggetto di incriminazione delle ipotesi tassativamente indicate in un catalogo suscettibile di costituire una direttrice delle politiche ambientali delle società e degli Stati, svolgendo altresì la funzione di prevenzione generale che meglio restituisce il senso della discussione. In secondo luogo, la disposizione troverebbe applicazione nelle ipotesi più gravi di lesione effettiva all'ambiente e non più solamente di condotte pericolose, per le quali sarebbe appunto richiesto l'accertamento del dolo rispetto all'evento, oltre che il nesso di causalità.

La formulazione, effettivamente, recupera una parte delle ipotesi in circolazione, sebbene con una diversa impostazione e una differente nozione di ambiente che pone al centro il nocumeto potenziale o effettivo per l'uomo, e non a prescindere dall'uomo. Ciò risulta ancor più manifesto nella definizione dei concetti di gravità, diffusività e durata del danno, così come per lo stesso termine ambiente, come è indicato più avanti.

È importante osservare che, rispetto alla formulazione tassativa delle condotte, il nodo che la disposizione si propone di affrontare è quello del c.d. «*impact threshold*», ossia del livello di pericolo o di lesione suscettibile di incriminazione. In letteratura, sul punto, si registrano differenti posizioni¹¹¹, ma quella maggiormente accreditata è senz'altro quella del danno grave, diffuso e duraturo («*widespread, long-term and severe*», «WLS»)¹¹². Non è un caso, difatti, che sia la proposta di SEF, sia la proposta di *UCLA Promise Institute for Human Rights Group of Expert* («UCLA»)¹¹³ si siano orientate verso la medesima direzione. Tuttavia, a differenza di queste ultime, la soluzione sopra prospettata attribuisce portata residuale al danno grave, diffuso e duraturo preferendovi, anzitutto, una elencazione tassativa di condotte rispetto alle quali la pericolosità è stata valutata *ex ante* di modo che al giudice non sia delegato di decidere quale condotta sia meritevole di incriminazione, bensì unicamente di stabilire quale condotta sia meritevole di pena, nel rispetto del principio di legalità¹¹⁴.

¹¹¹ Vi sono concezioni «massimaliste» come quelle che prendono in considerazione il superamento dei limiti del pianeta («*exceeding planetary boundaries*»), su cui v. V. Cabanes, *Ecocide Amendment Proposal*. ICC Proposing States Committee, September 2016, disponibile su: <https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2016/10/ICC-Amendments-Ecocide-ENG-Sept-2016.pdf> (ultimo accesso 25/09/2023); ovvero, concezioni «minimaliste» come quelle per cui il danno considerato è la diminuzione della possibilità per gli abitanti, umani e non, di un dato territorio di godere pacificamente della loro permanenza nel luogo interessato, su cui v. P. Higgins, D. Short, N. South, *op. cit.*, 257.

¹¹² Come fa notare D. Robinson, *op. cit.*, 327, la tesi del danno grave, diffuso e duraturo si ancora a numerose fonti, come il Protocollo Addizionale alla Convenzione di Ginevra del 12.8.1949, relativo alla Protezione delle Vittime dei Conflitti Armati Internazionali del 8.6.1977, che agli articoli 35 par. 3 e 55 par. 1 menziona, per l'appunto, il danno ambientale grave, diffuso e duraturo; o, ancora, la *Convention on the Prohibition of Military or any Hostile Use of Environmental Modification* del 1976 che si riferisce al danno ambientale grave, diffuso e duraturo all'art. 1; ancora, l'art. 22 e l'art. 26 del *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, in *ILC Yearbook*, II, part. 2, UN Doc. A/46/10 disponibile su: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf (ultimo accesso: 25/09/2023); infine, lo stesso Statuto di Roma, all'art. 8 par. 2 lett. b num. iv), sebbene sempre nel contesto militare, si riferisce al danno grave, diffuso e duraturo.

¹¹³ La proposta avanzata da UCLA menziona il danno grave, diffuso e duraturo nella definizione di «ecocidio» al comma primo, ed è disponibile su: <https://ecocidelaw.com/wp-content/uploads/2022/02/ProposedDefinition-of-Ecocide-Promise-Group-April-9-2021-final.pdf> (ultimo accesso: 31/08/2023).

¹¹⁴ Non appare insensato osservare che una formulazione quale quella ipotizzata dalle proposte SEF e UCLA possa essere tacciata di indeterminatezza che rimane un principio cardine del nostro sistema penale. In materia, v. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, 3 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Torino 2002, 3 ss.; in chiave comparata e, particolarmente, sul contributo della Corte costituzionale tedesca v. A. Nisco, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. Pen.* 2017, 3, 24. Profili di indeterminatezza della disciplina penale sull'ambiente prevista dal Codice penale italiano sono evidenziati da L. Cornacchia, *Inquinamento ambientale*, in L. Cornacchia, N. Pisani (dir.), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 101. Sul principio di legalità nel contesto di riferimento, v. M. Catenacci, *Il principio di legalità ed il sistema delle fonti nello Statuto della Corte penale internazionale*, in G. Fornasari, R. Wenin, *Problemi attuali della*

Si potrebbe obiettare con (almeno) tre differenti argomentazioni che la soluzione non sarebbe comunque risolutiva: i) per prima cosa, il confine tra norma duttile e norma indeterminata è assai labile¹¹⁵; ii) il difetto di determinatezza non verrebbe comunque eliminato posto che il danno grave, diffuso e duraturo rimarrebbe nel secondo periodo a presidiare l'ambiente da atti intenzionali o consapevoli; iii) il primo periodo introdurrebbe eguali problemi definitivi, posto che le condotte sarebbero tutte caratterizzate da aggettivazioni che dovrebbero selezionare sulla base della gravità quelle realmente pericolose e criminalizzate¹¹⁶. Si tratterebbe di osservazioni di un qualche fondamento, cui tuttavia possono essere opposte alcune considerazioni.

Anzitutto, il tema della determinatezza potrebbe essere attenuato, se non risolto, dalla definizione di «severe», «widespread» e «long-term» che le proposte SEF e UCLA avanzano e che, come meglio si vedrà di seguito, la soluzione qui prospettata in gran parte ripropone con alcuni aggiustamenti (auspicabilmente) chiarificatori. Il vantaggio di tipizzare alcune condotte suscettibili di incriminazione si pone su un piano differente, ossia sull'auspicato maggiore apporto in chiave preventiva e sulla semplificazione della fattispecie con conseguente riduzione dell'onere probatorio, agevolando così l'accertamento di azioni (od omissioni) che verosimilmente comportano nocumento all'uomo, oltre che all'ambiente¹¹⁷. Ma la modulazione in due differenti paragrafi, altresì, consente di caratterizzare l'ipotesi residuale del crimine di evento di danno o di pericolo, consapevole o intenzionale, nel senso di una maggiore determinatezza, poiché una volta tipizzate le condotte pericolose, la fattispecie di danno non potrà che applicarsi ai casi macroscopici di distruzione, attuale o potenziale, del globo e delle sue matrici. Dunque, se una fattispecie generale di danno o di evento pericoloso potrebbe essere criticata quale norma eccessivamente «duttile», se non indeterminata, laddove inserita in una struttura duplice, invece, essa beneficia della presenza di una tipizzazione puntuale al primo paragrafo che finisce per meglio delimitarne i contorni, riducendo così la portata delle critiche circa la sufficiente determinatezza della norma.

Una osservazione puntuale merita, invece, le possibili obiezioni di vaghezza che possono suscitare le aggettivazioni presenti al primo paragrafo della soluzione qui suggerita. Sul punto, non è insensato chiedersi quando le emissioni possano definirsi «sproporzionate», quando la produzione o l'abbandono di rifiuti possa dirsi «incontrollato», quando il rilascio di agenti inquinanti possa definirsi «esteso», quando il consumo di suolo possa dirsi «indiscriminato». Ebbene, la considerazione che si vuole esporre sul punto muove dalla premessa di fondo che sta alla base del ragionamento fin qui condotto. È importante richiamare il fatto che la fattispecie ha quale obiettivo quello di punire la condotta nociva per l'uomo («affects or could affect any civilian population»). L'individuazione di condotte puntuali presuppone allora una valutazione del legislatore secondo cui tali condotte hanno effettivamente impatto sulla vita dell'uomo, risolvendo così il problema di accertamento giudiziale del dolo e del nesso causale rispetto ad un evento dannoso o pericoloso. Ciò che la disposizione mira a selezionare è propriamente la soglia di rilevanza, per cui costituisce un crimine internazionale la condotta che eccede la misura accettabile per la vita dell'uomo di emissioni di gas serra, di consumo di suolo, di immissione di inquinanti nocivi. Tale soglia non si determina sulla base dei limiti del pianeta, bensì con riguardo a quella quantità misurabile suscettibile di avere impatto (negativo) sul genere umano, nella sua interezza o per un numero sufficientemente ampio di persone, circostanza

giustizia penale internazionale, Trento 2009, 69.

¹¹⁵ V. le considerazioni sul disastro innominato di D. Brunelli, *Il disastro populistico*, in *Criminalia* 2014, 261; A. Gargani, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *CP* 2016, 7-8, 2711.

¹¹⁶ V. le critiche rivolte alla fattispecie italiana di disastro ambientale da C. Ruga Riva, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *CP* 2016, 12, 4641.

¹¹⁷ Sul punto, può essere opportuno sottolineare che la proposta UCLA adotta un criterio definitorio simile a quello proposto, sebbene la disposizione avrebbe una differente struttura, sanzionando talvolta un evento naturalistico (come la distruzione di habitat naturali o di specie protette), talvolta una mera condotta pericolosa (come il traffico di rifiuti o l'immissione di sostanze pericolose nell'aria, nell'acqua o nel suolo).

che attribuisce al fatto una rilevanza non unicamente nazionale e che giustifica l'intervento del diritto internazionale penale¹¹⁸.

L'aggettivazione, dunque, altro non è che il riflesso del limite iniziale posto dalla disposizione, nella prospettiva di proteggere l'uomo dall'ecocidio e non solo il pianeta dall'uomo. Nel solco di quanto detto si inserisce la definizione di danno WLS, che recupera solo in parte le proposte UCLA e SEF, come di seguito indicato.

d) dopo il paragrafo 3, l'aggiunta del seguente paragrafo:

«4. For the purpose of the paragraph 2, letter (i):

- (a) *“Severe” means damage which involves very serious adverse changes, harm or disruption to any element of the environment with grave impacts on human life;*
- (b) *“Widespread” means damage which extends beyond a limited geographic area, crosses state boundaries, or is suffered by an entire ecosystem or species or a large number of human beings;*
- (c) *“Long-term” means damage which is irreversible, or which cannot be redressed through natural recovery within a reasonable period of time or through human recovery within a reasonable period of time and ordinary means;*
- (d) *“Environment” means the earth, its biosphere, cryosphere, lithosphere, hydrosphere and atmosphere, as well as outer space».*

L'impatto sulla vita umana che integra il requisito di gravità della condotta ed esprime la soglia di rilevanza è determinante nel qualificare la fattispecie residuale quale crimine contro l'umanità. Ciò, naturalmente, non condurrebbe all'irrelevanza delle condotte offensive delle risorse naturali che vengono menzionate nella proposta di SEF e UCLA le quali, invece, continuerebbero ad essere punite laddove idonee a danneggiare l'ambiente e a cagionare un nocumento all'uomo¹¹⁹. Con la soluzione proposta, uscirebbero invece dal campo applicativo le condotte offensive delle risorse economiche e culturali che apparivano, invero, piuttosto lontane dal fuoco della tutela, così da rendere preferibile una disposizione più centrata sull'ambiente.

Per un esame più agevole che valorizzi le differenze rispetto alle proposte già avanzate, si ritiene utile inserire una tabella comparativa, pria di formulare qualche osservazione.

UCLA	SEF	Proposta
<i>‘Severe’ means involving serious or significant disruption or harm to ecosystems, human life, natural and economic resources or other assets.</i>	<i>‘Severe’ means damage which involves very serious adverse changes, disruption or harm to any element of the environment, including grave impacts on human life or natural, cultural or economic resources;</i>	<i>‘Severe’ means damage which involves very serious adverse changes, harm or disruption to any element of the environment with grave impacts on human life;</i>

¹¹⁸ Sul tema della «over-criminalization» e della selezione delle condotte v., di recente, A. Cadoppi, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli 2022, 54 ss.; G.P. Demuro, *Ultima ratio: Alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in RIDPP 2013, 4, 1654; nella letteratura internazionale v. ex multis D. Husack, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford 2007, 4 ss.; S.H. Kadish, *The Crisis of Overcriminalization*, in *Am. Crim. L. Q.* 17 1968, 17 ss.

¹¹⁹ In A. Greene, *The campaign op. cit.*, 4 si evidenzia la diversa prospettiva, ad esempio, della proposta Higgins che mirava a tutelare gli «inhabitants» da intendersi come umani, animali di terra, acqua ed aria, piante e altri organismi viventi.

<i>'Widespread' means having effects that extend beyond a limited geographic area, cross-state boundaries, or adversely affect a large number of human beings;</i>	<i>'Widespread' means damage which extends beyond a limited geographic area, crosses state boundaries, or is suffered by an entire ecosystem or species or a large number of human beings;</i>	<i>'Widespread' means damage which extends beyond a limited geographic area, crosses state boundaries, or is suffered by an entire ecosystem or species or a large number of human beings;</i>
<i>'Long-term' means lasting for at least a decade;</i>	<i>'Long-term' means damage which is irreversible or which cannot be redressed through natural recovery within a reasonable period of time;</i>	<i>'Long-term' means damage which is irreversible, or which cannot be redressed through natural recovery within a reasonable period of time or through human recovery within a reasonable period of time and ordinary means;</i>

Com'è possibile notare dalla tabella, rimanendo in tema di gravità del danno, la soluzione prospettata, nel solco della proposta SEF, prende in considerazione non solo la distruzione o il deterioramento dell'ambiente, ma anche quelle condotte suscettibili di ingenerare cambiamenti negativi apprezzabili e significativi che, probabilmente, costituiscono la misura realmente percepibile del danno ambientale. Per questa via, infatti, è possibile tutelare l'uomo da quelle condotte idonee a provocare effetti meno gravi del disastro o del deterioramento, e tuttavia suscettibili di cagionare, ad esempio, cambiamenti climatici che impattano negativamente nella vita dell'uomo, quali il surriscaldamento globale. In questi termini, la soluzione proposta da SEF appare il modello cui ispirarsi, sebbene con le specificazioni di cui si è detto, destinate a selezionare quelle condotte che costituiscono un pericolo per la vita dell'uomo.

Un discorso analogo può essere proposto riguardo alla diffusione del danno. Le proposte UCLA e SEF condividono una struttura triplice, prendendo in esame i criteri geografico («*beyond a limited geographic area*»), formale («*crosses state boundaries*») ed effettuale («*affect a*» / «*suffered by*» «*a large number of human beings*»). La soluzione qui prospettata, tuttavia, approfondisce ed amplia il criterio effettuale, nel solco della proposta SEF, riproponendo i sotto-criteri del danno sofferto anche da un intero ecosistema o da un'intera specie (animale o vegetale), con la finalità di includere nel campo applicativo quegli effetti che, sebbene localizzati geograficamente, risultano comunque impattanti per l'uomo e, dunque, meritevoli di sanzione se esaminati sotto un profilo qualitativo.

Differisce, invece, dai due modelli sopra rappresentati, la definizione di danno duraturo nel tempo, atteso che il modello UCLA fornisce una indicazione temporale rigida di danno, e che il modello SEF attribuisce a quest'ultimo i connotati di irreversibilità totale o naturale, mentre la soluzione qui prospettata contempla una nozione di danno duraturo che esclude dall'ambito di applicazione della norma quegli effetti che siano reversibili attraverso un intervento umano in tempi e con mezzi ordinari, poiché in tale circostanza appare consono che siano gli Stati a provvedere, attraverso politiche virtuose di ripristino e, sul piano sanzionatorio, attraverso l'intervento del diritto penale interno¹²⁰.

¹²⁰ V. G. Fiandaca, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Dir. um. dir. internaz.* 2007, 1, 70. La divergenza rispetto ai modelli proposti mira a ridurre quella che A. Vallini, *Ecocidio: un giudice penale internazionale*, cit., 3 definisce «sfocatura» dell'oggetto di tutela che, come si è sopra osservato, le proposte SEF e UCLA talvolta mostrano con riguardo agli scopi della disposizione la quale, nella misura in cui mira a recepire quelle «istanze di contrasto alla devastazione ecologica globale (...) non si presta a fungere da oggetto e occasione di "illeciti", da imputare a specifici soggetti "responsabili"». La critica offerta da Vallini è certo più ampia ed afferisce più in generale

La proposta SEF appare infine preferibile sotto il profilo della definizione “massimalista” di ambiente, che mira a includere il pianeta nel suo complesso. Per tale motivo, la definizione viene integralmente accolta nella soluzione prospettata in queste pagine.

6.2. Le modifiche che, da ultimo, potrebbero essere apportate all’art. 12, al fine di garantire maggiore effettività alla disposizione, come si è anticipato, riguardano la giurisdizione, e sono di seguito indicate:

a) al paragrafo 2, dopo la lettera (b), l’aggiunta della seguente lettera:

«(c). *The State on the territory of which the conduct referred to in article 5 paragraph 1, letter (l) had effect, will take effect or may have an effect.*».

La clausola consentirebbe una maggiore effettività della disposizione, costituendo altresì un migliore presidio per la tutela ambientale, poiché i tre criteri di giurisdizione in base al fatto, al soggetto ed all’effetto del crimine internazionale consentirebbero di coprire un numero più elevato di comportamenti rispetto alla formulazione attuale dello Statuto.

Una simile scelta potrebbe, inoltre, generare un auspicabile processo virtuoso di politiche economiche e industriali con effetti positivi per l’ambiente e, in definitiva, per l’uomo, poiché governi e multinazionali sarebbero incentivati ad adottare soluzioni che riducono l’emissione di gas serra, la produzione incontrollata di rifiuti, il rilascio di inquinanti nell’aria, nell’acqua e nel suolo, il consumo di suolo e la distruzione di specie animali e vegetali, per rispondere alla necessità di non confliggere con lo Statuto di Roma e, dunque, con la comunità politica che lo ha sottoscritto ed emendato in questo senso¹²¹.

Riprendendo, sotto tale profilo, quanto si è detto sopra, l’introduzione dell’ecocidio costituirebbe un avvenimento significativo e non meramente simbolico, idoneo a produrre effetti su larga scala quanto alle politiche commerciali e industriali dei maggiori paesi inquinanti, tanto da poter auspicare se non verosimilmente attendersi che l’approvazione di una modifica dello Statuto cambierebbe il volto attuale del diritto penale dell’ambiente¹²².

7. L’ansia climatica costituisce un fenomeno ormai talmente diffuso da imporre una riflessione anche in termini di politica criminale sovranazionale. Sino ad ora, si è assistito ad un progressivo mutamento

al tema dell’iscrizione di macro-eventi a singoli soggetti, tema invero trasversale alla tutela penale dell’ambiente mediante il diritto interno e internazionale penale. Nel caso dell’ecocidio, è importante osservare come la tipizzazione di condotte pericolose possa offrire una soluzione al problema dell’imputazione dell’evento, pur con i limiti di cui si è detto.

¹²¹ Se è vero che lo sviluppo della cultura industriale si accompagna sempre a quelli civile, etico e di vita di una comunità, come ricordato da F. Amatori, *Forme brevi*, Milano 2014, 33-35, il quale a sua volta cita un’intervista del Prof. Gianluigi Fontana al *Gazzettino* del 19.11.1994 è, allora, chiaro che un ruolo centrale nella tutela del pianeta spetta alla grande impresa. Contrariamente a quanto si possa pensare, l’effetto serra è ciò che impedisce alla Terra di avere una temperatura di -18°C e di essere completamente ghiacciata, condizioni che sarebbero incompatibili con la vita. Dunque, la presenza di gas serra nell’atmosfera, che assorbono e irradiano sulla terra le onde corte provenienti dal Sole, è l’elemento che consente la prosecuzione della nostra esistenza. Tuttavia, la deforestazione e l’uso di combustibili fossili, in seguito alla industrializzazione, hanno acuito l’effetto serra e costituiscono, da sole, la causa di circa il 75% del processo di riscaldamento globale per mano antropica. Sul tema, v. V. Smil, *How the World really works*, 2021, trad. G. Manconi, *Come funziona davvero il mondo*, Torino 2022, 326. Dunque, l’incidenza delle politiche industriali virtuose sarà cruciale, se non determinante.

¹²² Critico sulla possibilità di criminalizzare l’ecocidio fino ad una più ampia adesione globale è D. Robinson, *op. cit.*, 324. Dello stesso avviso, A. Vallini, *Ecocidio: un giudice penale internazionale*, cit., 4; E. Fronza, *Sancire senza sanzionare?*, cit., 3. Rimarca, invece, il ruolo del diritto penale internazionale in materia di tutela ambientale pur essendo critico sulla possibile introduzione dell’ecocidio A. Nieto Martín, *Don’t look up*, cit., 2; *Id.*, *Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 2012, 16, 137.

degli ordinamenti nazionali. Tuttavia, come si è osservato sopra, è pressante la spinta per il riconoscimento dell'ecocidio quale crimine internazionale.

Le perplessità rispetto ad una simile ipotesi che attengono al metodo ed al merito della criminalizzazione sono state sopra evidenziate. Esse concernono principalmente la difficoltà di definire legalmente l'ecocidio, di identificare la prospettiva (antropocentrica o eco-centrica) che garantisca una più efficace e razionale tutela, di raggiungere un livello globale di condivisione per la codificazione di un crimine internazionale, di garantire effettività ed efficacia della sanzione. Si è concluso che l'introduzione della fattispecie di ecocidio nello Statuto di Roma appare la scelta preferibile, sia rispetto all'ipotesi di lasciare unicamente alla giustizia nazionale di perseguire condotte di tale gravità, sia rispetto all'istituzione di un tribunale internazionale sull'ambiente. Lo Statuto di Roma, da questo punto di vista, sembra offrire una equilibrata prospettiva antropocentrica nella quale può trovare sede una più estesa tutela dell'ambiente quale casa dell'uomo, ampliando la giurisdizione della Corte penale internazionale rispetto a un bene tutelato (l'ambiente) invero già contemplato nella limitata dimensione del contesto bellico. Tuttavia, sono risultate indispensabili alcune riflessioni critiche rispetto alle ipotesi sino ad ora avanzate dalla comunità internazionale, che hanno posto in luce la necessità di una diversa soluzione nel senso di concepire l'ecocidio come crimine contro l'umanità e di definire una elencazione tassativa di condotte pericolose da criminalizzare a prescindere dal verificarsi di un evento disastroso, così risolvendo le difficoltà di tipo soggettivo, causale e probatorio suscitate dalle altre ipotesi in campo.

In un simile scenario, si è evidenziato come il ruolo delle organizzazioni criminali sia rimasto sino ad ora sotto traccia, a dispetto del contributo che esse forniscono alla distruzione dell'ambiente. Per tale motivo, è risultato necessario che – oltre alle organizzazioni politiche ed economiche – fossero espressamente contemplate nella ipotetica fattispecie di ecocidio anche le organizzazioni criminali. Non si tratta unicamente di una scelta simbolica. Al contrario, si tratta di includere testualmente tali organizzazioni nella soglia di rilevanza dei comportamenti puniti dallo Statuto, di modo che esso sanzioni il fenomeno degli eco-delitti e delle ecomafie nella sua interezza.

LA QUESTIONE PENALE DELLE AUTO A GUIDA AUTONOMA IN PROSPETTIVA COMPARATA

di Rosa Maria Vadalà (*Ricercatrice in diritto penale, Università di Verona*)

Attraverso l'analisi comparata delle legislazioni europee già emanate e degli studi sviluppati in prospettiva *de iure condendo* sui veicoli a guida autonoma, il presente lavoro tenta di tracciare le "tendenze" di politica criminale relative ai profili di responsabilità penale sia del soggetto umano presente nell'abitacolo, sia dei diversi operatori professionali che stanno "dietro" il sistema e sono gravati di compiti di "conformazione" a presidio della *cybersecurity* del sistema di guida intelligente e della *safety* di conducenti, passeggeri e terzi coinvolti nella circolazione stradale. Considerando pure gli aspetti discendenti dall'imposizione di vincoli di programmazione "eticamente" orientata, obiettivo dell'articolo è verificare criticamente, alla luce delle nostre categorie dogmatiche, gli esiti discendenti da queste "tendenze", proponendo eventuali correttivi da implementare.

This article aims to trace the "trends" in criminal policy regarding the profiles of criminal liability in self driving cars, for both the human subject inside the vehicle and the various professional operators, who are "behind" the system and burdened with tasks related to cybersecurity and safety. This goal is reached by analysing the already enacted European legislations and studies developed in the perspective *de iure condendo* on autonomous vehicles. Considering also the aspects stemming from the imposition of ethically oriented programming constraints, the article's objective is to critically examine, in light of applicable national doctrinal categories, the outcomes resulting from these "trends," while also proposing potential corrective measures to be implemented.

SOMMARIO: 1. I termini del dibattito. – 2. La regolamentazione extrapenale tedesca. – 3. La regolamentazione penale francese. – 4. La prospettiva *de iure condendo* inglese. – 5. La regolamentazione extrapenale spagnola e quella sperimentale italiana – 6. Il ruolo del "conducente" alla luce delle tendenze regolative: posizione di garanzia con responsabilità colposa? – 7. Etica della macchina e stato di necessità: considerazioni differenziate. – 8. *Product liability*, dati e *cybersecurity*: l'emersione di una "posizione di ordine". – 9. Brevi note su cooperazione colposa e principio di affidamento.

1. Il tema dei profili di responsabilità penale per eventi avversi verificatisi nel corso della mobilità mediante veicoli a guida autonoma¹ è spesso affrontato soppesando rischi e benefici che sono connessi a queste tecnologiche forme di circolazione; in questo giudizio la considerazione dei riflessi giuridici è destinata a svolgere un ruolo fondamentale².

Il diritto penale, quale determinante fattore di certezza giuridica, dovrebbe essere parte, in connessione necessaria con le altre forme di regolamentazione³, del processo normativo di supporto

¹ Limitando l'analisi alla dottrina nazionale sia consentito rinviare, quali contributi che affrontano specificamente il tema, A. Cappellini, *Profili penalistici delle self-driving cars*, in *DPenCont* 2019, p. 325 ss.; L. Picotti, *Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella I*, a cura di M. Catenacci, V. Nico D'Ascola, R. Rampioni, Roma 2021, p. 813 ss.; L. D'Amico, *Intelligenza artificiale e auto a guida autonoma. Tra prevenzione primaria, colpa penale e rischio consentito*, in *RivItMedLeg* 2022, p. 593 ss.; M. Lanzi, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, Torino 2023.

² L. Teresi, *Véhicule à délégation de conduite et risque automobile: une lecture juridique*, *LPA*, 17 nov. 2020, p. 2, discorre dell'intervento normativo come strumento «*par là soutenir l'acceptabilité sociale des véhicules équipés de systèmes de conduite automatique*».

³ In questo senso sui rapporti tra diritto penale e intelligenza artificiale in generale C. Piergallini, *Intelligenza artificiale:*

all'implementazione tecnologica⁴ con effetti, peraltro, ad avviso di chi scrive, sul generale tema dei profili di responsabilità penale connessi all'impiego dell'intelligenza artificiale⁵.

Non si intende certo sostenere un'indifferenza regolamentare alle peculiarità tecniche delle diverse applicazioni ricadenti in quello che sembra oggi costituire un *umbrella concept*⁶, quanto rappresentare come l'impiego di queste moderne tecnologie in contesti leciti imponga in generale una considerazione dei limiti entro cui siano legittimamente configurabili profili di colpa penale⁷.

È stato rappresentato come la scelta di gravare il soggetto fisico di un vero e proprio obbligo giuridico di controllo e intervento rispetto all'attività del soggetto artificiale intelligente sia di tipo essenzialmente politica⁸. Questa innegabile connotazione dovrebbe, a maggior ragione, sollecitare la dottrina all'individuazione di quei limiti invalicabili oltre i quali la sanzione penale non dovrebbe operare, salvo a trasformarla in mero strumento di c.d. *retribution gap*⁹.

La fissazione di argini garantistici è operazione necessaria nel contesto in esame anche per i nuovi fattori di rischio che le *smart cars*¹⁰, in ogni caso, sono destinate a generare nella circolazione stradale a causa della loro natura tecnologica¹¹.

In proposito, appare necessaria una prima precisazione. Il presente lavoro si concentrerà sulle conseguenze in termini di responsabilità discendenti dalla delega alla guida al sistema intelligente, usando il riferimento al “sistema” quale denominazione di sintesi delle diverse tecnologie impiegate nei veicoli in esame.

Queste sono costituite, riprendendo testualmente il report Enisa, da: «*sensors and actuators, devices that have various capabilities, such as sensing and detecting objects, actuating, etc. Artificial Intelligence: algorithms that enable ECUs and computers to perform tasks typically associated with intelligent human beings. Machine Learning: algorithms that enable computers to act and enhance their ability to predict events or situations. Cloud Computing: solutions enabling access to shared sets of resources such as servers and applications with minimal requirements concerning managerial*

da ‘mezzo’ ad ‘autore’ del reato?, in RIDPP 2020, p. 1771, che opta però per un intervento del diritto penale di *cooperative compliance*, manifestando criticità, invece, sull'operatività del metodo ascrittivo classico.

⁴ A. Moisés Barrio, *El vehículo autónomo y el Derecho*, in *La Ley*, 12639/2018, p. 5, per cui «*El retraso en abordar este aspecto conduce a un retraso en la introducción de los coches autónomos*».

⁵ In ordine all'inclusione dell'*autonomous driving* nella categoria dell'AI «*because it raises comparable challenges and ethical issues*» vedi A. Kriebitz, R. Max, C. Lütge, *The German Act on Autonomous Driving: Why Ethics Still Matters*, in *Philosophy & Technology* 2022, p. 3.

⁶ Discorre di *umbrella term* con riguardo alla nozione d'intelligenza artificiale, di cui alla proposta di AI ACT, R. Flor, *Cybersecurity for Artificial Intelligence e diritto penale: prime riflessioni nel prisma del diritto europeo*, in *Of swords and shields: Due process and crime control in time of globalization. Liber amicorum Prof. Dr. J. A. E. Vervale*, ed. M. Luchtman, 2023, p. 788.

⁷ Per S. Gless, E. Silverman, T. Weigend, *If Robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability*, in *New Criminal Law Review* 2016, p. 427, «*The fact that Intelligent Agents are generally unpredictable cannot relieve their operators of liability because it is the robots' very unpredictability that gives rise to duties of care*». Per R. Palavera, *Responsabilità non umane al tramonto dell'antropocene? Riflessi penalistici*, in *Jus-online* 2020 p. 212-213, anzi «in un orizzonte in cui l'accertamento della negligenza e la rieducazione alla diligenza, magari in forma di compliance negoziata, passa per una riprogrammazione algoritmica (ancora una volta, per mano umana) della macchina, categorie come il rischio consentito o il totemico parametro della “miglior tecnologia possibile” non potrebbero sfuggire a lungo a una tipizzazione esplicita, da troppo tempo carente e probabilmente non immune da criticità».

⁸ A. Cappellini, *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, in *www.archiviopenale.it*, 24.12.2022, p. 11.

⁹ Testualmente F. Consulich, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in RIDPP 2022, p. 1037, relativamente al rischio di «colpire la persona dietro l'algoritmo solo perché vi è un'istanza collettiva di punizione da soddisfare. La probabilità di generare un capro espiatorio morale è, dunque, elevata, e si accresce tanto più il livello di tecnologia sottesa all'AI è avanzato».

¹⁰ Il report dell'*European Union Agency for cybersecurity* (di seguito Enisa), *Good practices for security of smart cars*, 2019, consultabile al sito istituzionale dell'Agenzia, p. 13-14 discorre di *smart cars* come categoria unitaria che comprende al suo interno *semi-autonomous cars*, corrispondenti al livello 4 di *high automation* secondo lo standard SAE J301639, e *autonomous cars*, pari invece al livello 5 di *fully automation*.

¹¹ S. Gless, E. Silverman, T. Weigend, *op. cit.*, p. 414, definiscono *self-driving car* come «*a mash-up of preset algorithms, environmental conditions, the input of users, and artificial intelligence*».

effort and service provider interaction. Communications and/or Networks: radio technologies and communication protocols that allow data exchange between different entities»¹².

Compatibilmente con questa dimensione tecnologica composita, conseguenze pregiudizievoli discendenti dalla circolazione di questi veicoli sono, infatti, riferite non solo a malfunzionamenti, errata programmazione o manomissioni delle componenti software del sistema¹³, ma anche ad attacchi alle sue componenti hardware o ai relativi sensori, nonché a manipolazioni sia logiche sia fisiche, quali alterazioni di elementi indipendenti del mondo esterno, la cui percezione, però, orienta le relative scelte¹⁴.

Il livello di vulnerabilità del sistema di guida autonoma è condizionato, inoltre, da altri due fattori che in via graduale e successiva dovrebbero accompagnare la progressiva evoluzione della mobilità: il primo attiene alla circolazione “mista” di veicoli tradizionali e autonomi, mentre il secondo al carattere interattivo delle *smart roads*¹⁵, quale infrastruttura di supporto della *smart mobility*¹⁶.

Il primo scenario chiama in causa la «mono-maniacalità» dei sistemi di intelligenza artificiale nella «massimizzazione dell’obiettivo»¹⁷, imponendo l’introduzione di argini tecnologici di rilievo etico¹⁸; in realtà, il rischio d’incidenti ed in particolare di c.d. *lifethreatening dilemmas*¹⁹ non dipendono solo

¹² Testualmente il report Enisa, *Good practices for security of smart cars*, cit., p. 15. Nel successivo report dell’Enisa, *Cybersecurity challenges in the uptake of artificial intelligence in autonomous driving*, 11.2.2021, consultabile al sito istituzionale dell’Agenzia, p. 14, si legge «the main components of a driving-assistant as well as of an AV are broadly grouped into hardware and software components. The hardware component includes sensors, V2X facilities, and actuators for control. The software part comprises methods to implement the vehicle perception, planning, decision and control capability».

¹³ Sulla rilevanza penale di queste interferenze in termini ad esempio di danneggiamento informatico o ancora di accesso abusivo vedi I. Salvadori, *Agenti Artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *RIDPP* 2021, p. 111.

¹⁴ In questo senso il report Enisa, *Cybersecurity challenges in the uptake of artificial intelligence in autonomous driving*, cit., p. 35, indica come attacco di questo tipo «deceiving autonomous cars with toxic signs».

¹⁵ Sull’origine di questo concetto dalla Convenzione di Vienna sulla circolazione stradale dell’8.11.1968 fino al Decreto Ministeriale del 28.2.2018, passando per le fonti europee, vedi D. Crocco, *Smart road*, in *Digesto on-line* 2021, che definisce la “strada digitale” come il risultato d’«interventi necessari per la comunicazione dei dati ad elevato *bit-rate* (es.: fibra), la copertura di tutta l’infrastruttura stradale con servizi di connessione di routing verso la rete di comunicazione dati, la presenza di un sistema di hot-spot Wifi per la connettività dei device dei cittadini, dislocati almeno in tutte le aree di servizio e di parcheggio, un sistema per rilevare il traffico e le condizioni meteo e fornire previsioni a medio-breve termine e una stima/previsione per i periodi di tempo successivi. Sulla base dei dati raccolti, poi, il sistema offrirà contenuti per servizi avanzati di informazione sul viaggio agli utenti, permettendo eventuali azioni di *re-routing*».

¹⁶ Per uno studio empirico su tipologia e caratteristiche delle infrastrutture necessarie a supportare questo genere di mobilità vedi H. A. Gabbar, *Fast Charging and Resilient Transportation Infrastructures in Smart Cities*, 2022, p. 183 ss..

¹⁷ F. Consulich, *op. cit.*, p. 1016.

¹⁸ Sulle implicazioni etiche che sollevano in generale le tecnologie d’intelligenza artificiale, oltre che specificamente i veicoli in esame, si rinvia, nella vasta dottrina solo nazionale, a L. Butti, *Auto a guida autonoma: sviluppo tecnologico, aspetti legali ed etici, impatto ambientale*, in *RivGiurAmb* 2016, p. ss.; G. Contissa, F. Lagioia, G. Sartor, *The Ethical Knob: ethically customisable automated vehicles and the law*, in *Artificial Intelligence and Law* 2017, p. 365 ss.; S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell’algoritmo*, in *FA* 2018, p. 1787 ss.; A. Lievore, *Self driving cars: pericoli alla prossima curva? Profili assicurativi, etici e giuridici della mobilità intelligente*, in *Trento Biolaw Selected Student Papers* 2018, p. 1 ss.; M. Balistreri, *Macchine senza guidatore: considerazioni morali*, in *MD* 2019, p. 1 ss.; L. Violante, A. Pajno, *Diritto e etica dell’Intelligenza Artificiale. Presentazione*, in *BioLaw* 2019, p. 179 ss.; nella stessa rivista S. Quintarelli, F. Corea, F. Fossa, A. Loreggia, S. Sapienza, *AI: profili etici. Una prospettiva etica sull’Intelligenza Artificiale: principi, diritti e raccomandazioni*, p. 183 ss.; S. Cacciari, *Scenari. Etica, antropologia, intelligenza artificiale*, in *DirInform* 2019, p. 1175 ss.; T. Casadei, G. Zanetti, *Tra dilemmi etici e potenzialità concrete: le sfide dell’autonomous driving*, in *AA.VV., Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, 2019, p. 41 ss.; U. Pagallo, *Etica e diritto dell’Intelligenza Artificiale nella governance del digitale: il Middle-out Approach*, in *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l’etica*, a cura di U. Ruffolo, G. Alpa, A. Barbera, 2020, p. 29 ss.; F. Loré, *Una intelligenza artificiale più umana, tra etica e privacy*, in *Cyberspazio e diritto internet e le professioni giuridiche* 2021, p. 165 ss..

¹⁹ Testualmente E. Awad, S. Dsouza, R. Kim, J. Schulz, J. Henrich, A. Shariff, J. Bonnefon, I. Rahwan, *The Moral Machine experiment*, in *Nature*, 1.11.2018, p. 59. Il testo riporta i risultati dell’esperimento sociale on line dei ricercatori della Scalable Cooperation Group del MIT Media Lab per la raccolta su larga scala delle opinioni di comuni cittadini su

dall'irrazionalità o erroneo comportamento del conducente umano, essendo conseguenza in generale della circolazione in sé dei sistemi di guida intelligenti congiuntamente agli altri utenti della strada, umani o tecnologici, e delle condizioni ambientali in cui operano²⁰.

La problematicità del secondo scenario dipende, invece, dal dialogo che sussiste tra i sistemi di guida autonoma tra di loro, nonché con i vari algoritmi delle *smart roads* e *devices* degli altri utenti, attraverso le connessioni *Vehicle-to-Network* (V2N), *Vehicle-to-Vehicle* (V2V), *Vehicle-to-Infrastructure* (V2I) and *Infrastructure-to-Vehicle* (I2V), *Vehicle-to-Person* (V2P) e *Vehicle-to-Device* (V2D).

Questo network di comunicazioni genera un'interconnessione che amplifica la vulnerabilità delle *smart cars*, rendendole, inoltre, bersaglio, anche indiretto, di attacchi informatici²¹.

Al fine di porre le basi per realistiche prospettive di disciplina anche di questi scenari futuri, la prima parte di questo lavoro sarà dedicata all'analisi delle regolamentazioni già adottate dagli ordinamenti europei e agli studi sviluppati in prospettiva *de iure condendo* (paragrafi 1-5).

Alla luce di questo esame, si cercherà, in un secondo momento, d'individuare le "tendenze" di politica criminale riferibili ai profili di responsabilità penale del conducente umano di questi particolari veicoli, cercando di darne una lettura critica alla luce delle categorie della dogmatica nazionale applicabile (paragrafo 6).

Oggetto di esame, quale parte integrante di questa lettura, saranno anche i profili inerenti ai vincoli di una programmazione eticamente orientata di questi veicoli (paragrafo 7).

L'indagine di questi profili chiama in causa la verifica della posizione anche di quei soggetti che stanno "dietro" il sistema intelligente, perché gravati, quali produttori o programmatori, di compiti di "conformazione" a presidio diretto della *cybersecurity* e della *safety*²² di conducenti, passeggeri e terzi coinvolti nella circolazione stradale. Rientrano sempre in questa prospettiva anche gli oneri loro imposti a garanzia della robustezza del sistema quale generatore e fruitore di dati, soprattutto di tipo personale²³ (paragrafo 8-9).

2. In Europa, tranne la Francia, come verrà in prosieguo rappresentato, laddove la regolamentazione di questi veicoli è stata adottata ha riguardato prima di tutto la definizione degli aspetti tecnici, quali

come vorrebbero che i veicoli autonomi operassero nel contesto d'incidenti inevitabili. Diffusamente in proposito si veda il paragrafo 7.

²⁰ I. Coca Vila, *Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal*, in *Cuadernos de política criminal* 2017, p. 238.

²¹ A. Pisani Tedesco, *Smart mobility e rischi satellitari e informatici: i possibili scenari di allocazione della responsabilità civile*, in *Diritto del Commercio Internazionale* 2019, p. 810, rileva: «da un lato, il *cyber risk* può interessare il singolo veicolo e i suoi sistemi informatici, traducendosi quindi in un classico rischio da prodotto difettoso. D'altro canto, esso può afferire alle interconnessioni esterne, sia con la *smart road*, sia con la rete satellitare: un rischio spaziale, dunque, che, per la sua connotazione economico-attuariale, potrebbe caratterizzarsi come catastrofe».

²² Sul concetto misto di *cybersafety* si rinvia a R. Flor, *Le indagini ad alto contenuto tecnologico fra esigenze di accertamento e repressione dei reati e tutela penale di tradizionali e nuovi beni giuridici nell'era digitale*, in *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato. Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, a cura di R. Flor, S. Marcolini, 2022, p. 157 e nota 63.

²³ Su questo specifico aspetto S. Scagliarini, *Smart Roads and Autonomous Driving vs. Data Protection: the Problem of the Lawfulness of the Processing*, in *European Review of Digital Administration & Law* 2021, p. 192, che evidenzia, inoltre, come, alla luce della nozione ampia di dati personali del GDPR, «*technical data relating to the vehicle or those relating to its use, such as the number of kilometers traveled or the number of journeys made, the speed of the car or the state of wear of the parts of the machine, could also be qualified as personal data, in case they indirectly (or if linked to other information) allow the identification of a natural person or one of his/her characteristics. Anyway, there is no doubt that some of the data processed in the C-ITS - as can be seen also from the exemplary and non-exhaustive list above - directly concern identified or only just identifiable natural persons, such as, obviously, data relating to the passengers of the vehicle or to pedestrians crossing the car. Nor can the possible processing of particular categories of data (referred to in Article 9 of the GDPR) be excluded, for example in the hypothesis of cameras recording people with disabilities (for example, with reduced mobility) and this information combined with other information could give rise to a specific data processing*».

omologazione o immatricolazione, o di quelli assicurativi, ed in generale l'adozione di scelte definitorie apparentemente estranee al diritto penale²⁴.

In questo senso emblematica è la riforma tedesca; la Germania è stato il primo Paese europeo ad adottare modifiche al codice della strada (*Straßenverkehrsgesetz*, di seguito *StVG*) per la circolazione dei veicoli a guida altamente o completamente automatizzata, operando un primo intervento nel 2017 con l'*Achtes Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes*²⁵ e poi nel 2021 con il *Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes – Gesetz zum autonomen Fahren*.

Con le citate riforme è stata introdotta una disciplina generale, parzialmente derogabile da parte di soggetti pubblici o in contesti di pubblica utilità²⁶. Partendo dalla definizione del tipo di veicolo oggetto di disciplina, il legislatore tedesco ha introdotto due nozioni: quella di *Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion* (veicoli a motore con funzione di guida altamente o completamente automatizzate) e quella di *Kraftfahrzeuge mit autonomer Fahrfunktion in festgelegten Betriebsbereichen* (veicoli a motore con funzione di guida autonoma in aree operative individuate).

I *Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion* sono definiti come veicoli dotati di equipaggiamento tecnico che può essere sempre manualmente disattivato e capace di controllare il mezzo per governarne la guida, rispettando le regole del traffico e riconoscendo e comunicando al conducente, in maniera percepibile e con sufficiente riserva di tempo, la necessità di un controllo manuale del veicolo o un suo uso contrario alle indicazioni del sistema²⁷. Per i *Kraftfahrzeuge mit autonomer Fahrfunktion in festgelegten Betriebsbereichen* è, invece, imposto che il veicolo sia dotato di sistema, che soddisfa i requisiti tecnici imposti per il primo, ma deve possederne ulteriori, potendo eseguire «autonomamente l'attività di guida in un'area operativa definita senza che una persona conduca il veicolo»²⁸.

In linea con il raggiungimento di un alto livello autonomia, per quest'ultimo tipo di veicoli il legislatore tedesco impone anche vincoli di progettazione con esplicite implicazioni etiche. E' in particolare prescritto che, oltre a garantire il rispetto del codice della strada e la protezione da interferenze non autorizzate, il relativo equipaggiamento tecnico deve, altresì, disporre di un sistema antinfortunistico che «in caso di danno alternativo inevitabile a interessi giuridici diversi, tenuto conto della loro importanza, dia la massima priorità alla protezione della vita umana, e non preveda alcuna ulteriore ponderazione basata sulle caratteristiche personali in caso di inevitabile minaccia alternativa alla vita umana»²⁹.

Esclusivamente con riferimento al primo tipo di veicoli, la legge tedesca definisce come conducente anche colui che attiva la «funzione di guida altamente o completamente automatizzata» pur se «non guida di propria mano il veicolo nell'ambito dell'uso regolare di queste funzioni»³⁰, essendo però

²⁴ M. Thommen, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für autonomes Fahren*, in *Strassenverkehr* 2018, p. 27.

²⁵ Per un'analisi del progetto di legge da cui è originato l'intervento del 2017 vedi M. G. Losano, *Il progetto di legge tedesco sull'auto a guida automatizzata*, in *DirInf* 2017, p. 1 ss..

²⁶ In base al § 1k *StVG* è autorizzato un regime parzialmente derogatorio, ma nel rispetto della sicurezza pubblica, per veicoli di questo tipo destinati a scopi militari, di intelligence o di polizia, a fini di indagini doganali, protezione della popolazione o controllo delle calamità, vigili del fuoco o servizi di soccorso.

²⁷ In questi termini il nuovo § 1a *StVG*. Per V. Shestak, A. Shiryayev, *Criminal Liability for Accidents Involving Self-Driving Cars: The German Experience*, SSRN <https://ssrn.com/abstract=3613638>, p. 5, applicando la tassonomia della *Society of Automotive Engineers* (SAE), la legge tedesca già con questa prima categoria si riferirebbe ai veicoli con livello di automazione 4.

²⁸ Testualmente il § 1d *StVG*.

²⁹ Questa disposizione si pone in continuità con il codice etico adottato a giugno 2017 da un'apposita commissione nominata dal governo tedesco per questo tipo di veicoli; su un'analisi commentata di questo codice cfr. C. Luetge, *The German Ethics Code for Automated and Connected Driving*, in *Philosophy & Technology* 2017, p. 547 ss..

³⁰ In questi termini il § 1a *StVG*. Per Á. Juhász, *Towards a European regulation of autonomous vehicles-EU perspectives and the german model*, in *European Integration Studies* 2018, p. 54, in questo modo viene operata una fittizia equiparazione con il conducente tradizionale, in forza della quale «the general road traffic requirements for drivers shall be applied to the driver of motor vehicles with highly or fully automated driving functions».

obbligato a riprenderne il controllo quando il sistema lo richieda o in presenza di quelle circostanze che facciano venir meno le condizioni che ne consentono l'uso³¹.

La dottrina ha sottolineato che le circostanze ostative all'uso della funzione di guida autonoma attengono sia alla marcia o alle condizioni meteorologiche, sia a difetti o malfunzionamenti del sistema³². Una lettura di questo tipo è compatibile con la prescrizione che il conducente, pur non essendo gravato di un dovere di costante monitoraggio sulla guida, deve rimanere pronto a procedere al subentro in ogni momento³³. Una volta subentrato nella guida riacquista il ruolo tradizionalmente assegnatogli, con tutte le conseguenze del caso, anche di natura penale³⁴.

Con riferimento al secondo tipo di veicolo la legge tedesca non considera, invece, affatto la figura del conducente, individuando quali destinatari gravati di doveri differenti il *Halter* (proprietario), la *technische Aufsicht* (supervisione tecnica) e il *Hersteller* (produttore)³⁵.

Tralasciando momentaneamente le figure del proprietario e del produttore, che sono gravati da obblighi che attengono all'intero ciclo di vita del veicolo, alla *technische Aufsicht* è attribuita il potere di disattivare in ogni momento il sistema ed in particolare l'obbligo di farlo non appena ciò sia segnalato visivamente, acusticamente o in altro modo percettibile dal sistema del veicolo.

Spetta sempre alla *technische Aufsicht* autorizzare o indicare le manovre di guida alternative da porre in essere per evitare che la prosecuzione del viaggio avvenga in violazione del codice della strada o «in caso di menomazioni che comportino che l'equipaggiamento tecnico non sia in grado di svolgere autonomamente il compito di guida»³⁶.

Per come normativamente impostata l'interazione tra sistema e *technische Aufsicht*, configura tra loro una reciproca “vigilanza”, essendo prescritto che l'equipaggiamento tecnico debba essere in grado di «controllare la manovra di guida indicata dalla supervisione tecnica e di non eseguirla, mettendo autonomamente l'auto in uno stato di minimo rischio se esponga in pericolo le persone che partecipano alla circolazione o gli astanti»³⁷.

Il legislatore tedesco, in una visione di “*safety combinata*”, definisce come stato di rischio minimo la condizione, adottata direttamente dal sistema o su iniziativa della supervisione tecnica, di blocco del veicolo in un luogo il più sicuro possibile con le luci di emergenza attivate, garantendo così «la massima protezione possibile degli occupanti del veicolo, degli altri utenti della strada e dei terzi»³⁸. Sempre con esclusivo riguardo al secondo tipo di veicoli è, poi, imposto al proprietario la garanzia generale della circolazione in sicurezza, dovendo in particolare provvedere alla regolare manutenzione dei sistemi necessari per la funzione di guida autonoma ed assicurare la supervisione tecnica. Il produttore, invece, è gravato di obblighi di dimostrazione e produzione alle autorità

³¹ In questo senso il comma 4, lett. e, del § 1b StVG. Per M. Lanzi, *op. cit.*, p. 77, questa previsione sarebbe fondativa di una posizione di garanzia in capo al conducente.

³² M. Marotta, *Esperienze legislative a confronto in tema di guida autonoma*, in *Veicoli a guida autonoma. Veicoli a impatto zero. Regole, intelligenza artificiale, responsabilità*, a cura di G. Cassano, L. Picotti, 2023, p. 126-127.

³³ In questo senso esplicito il comma 1 del § 1b StVG.

³⁴ M. Thommen, *op. cit.*, p. 28; è della medesima opinione S. Berndt, *Das Führen eines Fahrzeugs im Strafrecht Ein dogmatischer Neuanfang unter Betrachtung der strafrechtlichen Verantwortung von Nutzern automatisierter Fahrzeuge*, 2022, p. 322-324, che, però, si esprime a favore di una revisione concettuale della nozione di signoria, di rilevanza penale, su questo tipo di veicoli, da estendere oltre l'attività di guida attiva.

³⁵ Norma di riferimento in proposito è il § 1f StVG che stabilisce che spetta, in particolare, al detentore essenzialmente la manutenzione e il corretto impiego delle funzioni di guida autonoma, mentre al supervisore l'esecuzione di manovre di sicurezza, inclusa la disattivazione della funzione di guida autonoma, sia su richiesta del sistema sia previa autonoma valutazioni del suo stato di funzionamento. Il costruttore è, invece, destinatario di obblighi dichiarativi e dimostrativi nei confronti dell'Autorità federale dei trasporti automobilistici sullo stato di sicurezza del sistema, sugli esiti della valutazione dei rischi e sulla connessione radio, incluso il dovere di notifica di manipolazioni o accessi non autorizzati.

³⁶ Così comma 3 del § 1e StVG nella parte in cui definisce i presupposti che devono essere considerati nella programmazione del sistema di guida autonoma e specificamente per consentire l'intervento del supervisore tecnico.

³⁷ In questi termini il numero 5 del comma 2 del § 1e StVG.

³⁸ Così l'ultimo comma del § 1d StVG.

pubbliche dello stato delle condizioni tecniche e del livello di sicurezza del sistema di guida autonoma e delle reti di comunicazioni, dando atto sia degli esiti della valutazione dei rischi operata e delle prescrizioni adottate, sia degli eventuali malfunzionamenti e accessi abusivi subiti, indicando anche le misure di sicurezza apprestate.

Gravano sempre sul produttore gli obblighi di formazione ed informazione dei soggetti coinvolti nella circolazione del mezzo³⁹, nonché, al fine di consentire al proprietario l'adempimento degli obblighi di memorizzazione dei dati, la predisposizione di quanto necessario, informandolo «in modo preciso, chiaro e semplice in merito alle opzioni di impostazione della privacy e al trattamento dei dati che vengono elaborati quando l'autoveicolo viene utilizzato nella funzione di guida autonoma»⁴⁰.

Spetta appunto al proprietario procedere in determinate ipotesi, quali i casi d'intervento della *technische Aufsicht* o in caso di sinistro, alla memorizzazione con comunicazione alle autorità pubbliche e anche a terzi, laddove avanzino legittima richiesta⁴¹, di dati di vario tipo: da quelli identificativi del mezzo e delle condizioni meteorologiche ed ambientali, allo stato del software.

Analoghe previsioni sono contenute al § 63a per i veicoli con funzioni di guida altamente o completamente automatizzate con riguardo al passaggio dalla guida tra il conducente e il sistema o quando si verifica un malfunzionamento. In particolare, è espressamente regolamentata la memorizzazione delle informazioni sulla posizione del veicolo e sull'ora di verifica di questi eventi, ammettendosi anche la trasmissione, nel rispetto dei requisiti tecnici che devono essere disposti con ordinanza ministeriale, e su richiesta, alle autorità competenti, secondo le leggi statali dei *Länder*, a comminare le violazioni delle disposizioni sulla circolazione⁴².

3. Una particolare attenzione alla capacità del sistema intelligente di “conservare” le informazioni inerenti specificatamente alle modalità di guida adottate è presente anche nella legislazione francese. La Francia con l'ordinanza n. 2021-443 del 14.4.2021⁴³ si è distinta tra gli Stati europei per aver approntato il primo vero intervento organico sulla circolazione dei *véhicules à délégation partielle ou totale de conduite* attraverso un quadro normativo relativo anche alla regolamentazione dei profili di responsabilità penale.

In particolare, in virtù della novella sono stati inseriti nel *Code de la Route* il Capo III «Responsabilità penale applicabile in caso di circolazione di un veicolo con delega di guida» nel Titolo II del Libro I e il Capo IX «Disposizioni applicabili ai veicoli muniti di delega di guida» nel Titolo I del Libro III⁴⁴. La medesima ordinanza ha altresì modificato il *Code des transports*, introducendo un'apposita sezione sui profili penali connessi alla circolazione dei *systèmes de transport routier automatisés*⁴⁵. Le disposizioni di questa sezione hanno una duplice funzione: da un lato, richiamano, al fine di estenderne l'ambito applicativo, le previsioni del *Code de la Route* fissate per il produttore, dall'altro, introducono uno specifico regime penale per il c.d. interventore a distanza⁴⁶.

³⁹ Tra gli obblighi del produttore imposti dal § 1f StVG è prevista anche la redazione di un apposito manuale operativo.

⁴⁰ Così comma 3 del § 1e StVG.

⁴¹ In base § 1g StVG, le autorità pubbliche indicate sono quella federale tedesca dei trasporti e quella, anche di natura privata, responsabile delle aree operative di circolazione del veicolo, mentre i privati legittimati sono quelli che agiscono o resistono a rivendicazioni legali in relazione a sinistri gravi.

⁴² Per un commento critico di queste disposizioni vedi A. Schmied e F. Wessels, *Event Data Recording für das hoch- und vollautomatisierte Kfz. Eine kritische Betrachtung der neuen Regelungen im StVG*, in *Neue Zeitschrift fuer Verkehrsrecht* 2017, p. 357 ss..

⁴³ Questa ordinanza è stata adottata in attuazione della delega conferita con la *loi d'habilitation* n. 2019- 1428 del 24.12.2019 (*loi d'orientation des mobilités*).

⁴⁴ Con l'art. 2 l'ordinanza ha modificato l'art. L529-10 del *Code de procedure pénal* inserendo e disciplinando le formalità per invocare l'esenzione di responsabilità del conducente in caso di incidente.

⁴⁵ Si tratta della sezione II del capo I del titolo V del *Code des transports* e specificamente delle disposizioni da L3151-4 a L3151-13.

⁴⁶ H. Christodoulo, *Quand la responsabilité pénale embarque à bord d'un véhicule à délégation de conduite*, in *Gazette du Palais* 2021, p. 8, per cui in generale in questo momento «un dialogue humain-machine apparaît à ce stade inévitable».

Conformemente a questa duplice funzione si procederà, pertanto, prima di tutto all'esame delle previsioni del *Code de la Route*, partendo dall'art. R3152 della parte regolamentare che definisce il veicolo con delega alla guida, distinguendo nell'ambito di questa categoria quelli con sistema di guida parzialmente, altamente o totalmente automatizzato⁴⁷.

In particolare, le disposizioni sul riparto di responsabilità tra conducente e produttore riguardano i veicoli con sistema di guida parzialmente automatizzato, in cui il conducente deve essere in grado di assumere in determinati casi il controllo del veicolo⁴⁸.

In realtà, più che connettere le previsioni sul riparto di responsabilità alla tipologia del sistema intelligente di guida, l'elemento determinante che il legislatore francese ha considerato ai fini dell'affermazione della responsabilità è la titolarità del controllo dinamico del veicolo⁴⁹.

Alla verifica di questa circostanza è funzionale l'adozione della "scatola nera", che deve essere implementata nel sistema al fine di comprendere, *ex post*, se al momento dell'incidente stradale che dovesse riguardare il veicolo, quest'ultimo fosse condotto manualmente ovvero autonomamente. In proposito l'art. L123-3 del *Code de la Route* non solo individua i soggetti autorizzati ad accedere e disporre dei dati elaborati dalla "scatola nera", ma pone anche in capo al produttore del veicolo o al suo mandatario la garanzia dell'integrità di questi dati, nonché della loro conservazione per una durata predeterminata dalla legge e la comunicazione a certe condizioni alle autorità di polizia⁵⁰.

Fermi i rilievi ricavabili dalla predetta "scatola nera", la responsabilità penale del produttore dell'auto o di un suo mandatario⁵¹ quando il sistema di guida automatizzata⁵² ha il controllo dinamico del veicolo è stabilita solo per alcuni delitti⁵³. Alla medesima conclusione permette di pervenire, con

⁴⁷ In base ai commi da 8.1 a 8.3 dell'art. R311-1 del *Code de la Route*, nella versione in vigore dal 16 gennaio 2022, a seguito delle modifiche introdotte con il decreto n. 2022-31 del 14.1.2022, definisce: «8.1. Véhicule partiellement automatisé: véhicule équipé d'un système de conduite automatisé exerçant le contrôle dynamique du véhicule dans un domaine de conception fonctionnelle particulier, devant effectuer une demande de reprise en main pour répondre à certains aléas de circulation ou certaines défaillances pendant une manœuvre effectuée dans son domaine de conception fonctionnelle ; 8.2. Véhicule hautement automatisé: véhicule équipé d'un système de conduite automatisé exerçant le contrôle dynamique d'un véhicule dans un domaine de conception fonctionnelle particulier, pouvant répondre à tout aléa de circulation ou défaillance, sans exercer de demande de reprise en main pendant une manœuvre effectuée dans son domaine de conception fonctionnelle. Ce véhicule peut être intégré dans un système technique de transport routier automatisé tel que défini au 1° de l'article R. 3151-1 du code des transports; 8.3. Véhicule totalement automatisé : véhicule équipé d'un système de conduite automatisé exerçant le contrôle dynamique d'un véhicule pouvant répondre à tout aléa de circulation ou défaillance, sans exercer de demande de reprise en main pendant une manœuvre dans le domaine de conception technique du système technique de transport routier automatisé auquel ce véhicule est intégré, tels que définis aux 1° et 4° de l'article R. 3151-1 du code des transports».

⁴⁸ Come precisato da H. Christodoulo, *op. cit.*, p. 4, la novella francese si riferisce al livello di automazione 3.

⁴⁹ Sulla centralità di questo aspetto nel riparto di responsabilità tra conducente e produttore vedi S. Detraz, *De la mauvaise conduite des véhicules autonomes en droit pénal - À propos de l'ordonnance n° 2021-443 du 14 avril 2021 relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation*, in *Rec. Dalloz* 2021, p. 1039 ss.. Il decreto del 29.6.2021, all'art. 2 definisce il controllo dinamico del veicolo come «l'esecuzione di tutte le funzioni operative e tattiche in tempo reale necessario per spostare il veicolo. Questo è in particolare il controllo del movimento laterale e longitudinale del veicolo, sorveglianza dell'ambiente stradale, reazioni agli eventi che si verificano nel traffico stradale e la preparazione e la segnalazione delle manovre».

⁵⁰ In base all'art. L123-3 del *Code de la Route* nei confronti dei funzionari di polizia questo onere sussiste quando il veicolo è coinvolto in un incidente stradale che ha causato danni fisici; possono, altresì, accedere a questi dati anche gli agenti competenti a registrare le contravvenzioni ai sensi dell'articolo L. 130-4 del *Code de la Route* durante le ispezioni dei veicoli e dei loro conducenti.

⁵¹ Questa figura è disciplinata dal regolamento 2018/858 del 30.5.2018 relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche indipendenti destinati a tali veicoli.

⁵² In questo senso le previsioni introdotte agli artt. L123-1 e L123-2 del *Code de la Route*.

⁵³ Si tratta del reato di omicidio colposo commesso dal conducente di un veicolo a motore con guida su strada (art. 221-6-1 C. pén.) e del reato di lesioni colpose all'integrità fisica da cui sia derivata un'incapacità lavorativa della durata superiore a tre mesi (art. 222-19-1 C. pén.), ovvero di durata pari o inferiore a tre mesi (art. 222-20-1 C. pén.). In termini analoghi si esprimeva l'art. 125 della legge del 22.5.2019 c.d. PACTE, per la fase sperimentale dei veicoli in oggetto; per un esame sul punto si veda L. Teresi, *op. cit.*, p. 6, per cui la disposizione qualificava in questo modo il titolare

riguardo all'organizzatore del servizio di trasporto automatizzato, l'art. L3151-4 del *Code des transports*, che richiama espressamente l'art. L123-2 del *Code de la Route*⁵⁴.

Ne deriva che anche per quest'ultimo, la responsabilità penale è espressamente fissata per la commissione dei delitti colposi di omicidio e di lesioni stradali, dovendosi per la soluzione degli altri casi far riferimento ai criteri "ordinari" del codice penale.

La riforma non intende creare né zone d'immunità oggettiva, escludendo altre possibili ipotesi delittuose, né tantomeno soggettive, impedendo l'emersione di profili di responsabilità penale delle altre figure professionali coinvolte nel ciclo di vita del sistema di guida autonoma⁵⁵. È il rapporto che sussiste tra il *Code des transports* ed il *Code de la Route* – quali codici speciali e secondari – e quello penale, fonte, invece, principale con valenza generale⁵⁶, che porta ad escludere conseguenze di questo tipo, confermando la natura volutamente selettiva della disciplina apprestata.

Ad avviso di chi scrive, la previsione sulla responsabilità del produttore risponde oltre che a "ragioni" di coordinamento, alla necessità di indicazioni normative chiare per le ipotesi di maggiore allarme sociale, ancorandole, però, ad una funzionalità del sistema di guida autonoma eziologicamente condizionata dall'operato negligente di questo soggetto fisico.

In questo senso deve essere letto il rinvio espresso alla colpa e all'art. 121-3 *C. pén.*, che ne detta la disciplina generale, considerando espressamente le ipotesi di contributo causale indiretto⁵⁷, certamente riferibili al produttore.

In questo modo il legislatore francese pone un argine espresso a forme di responsabilità presunta od oggettiva, consentendo l'imputazione al produttore solo per *faute délibérée* o, in subordine, per *faute caractérisée*.

Nello specifico, l'evento lesivo deve essere conseguenza della violazione di una regola cautelare apposita, di fonte legislativa o regolamentare, o la realizzazione di un rischio prevedibile⁵⁸. Come è stato rilevato, è innegabile che sia la regola cautelare specifica, sia il rischio da prevedere debbano essere riferiti alla sicurezza e funzionalità del sistema di guida autonoma, in termini non dissimili da quelli che si configurano nel caso di responsabilità del capo dell'impresa per il fatto dei suoi preposti⁵⁹.

Il meccanismo imputativo è così conforme al principio della responsabilità penale personale e colpevole perché l'operatività del sistema è riferibile al produttore quale suo "creatore-controllore" che ha disatteso quelle prescrizioni e cautele che avrebbero reso possibile una corretta operatività del veicolo.

Una ricostruzione di questo tipo comporta che la corrispondente esclusione della responsabilità del conducente operi in relazione ad un fatto da concepirsi integralmente altrui, non avendo egli nemmeno colposamente "attivato" la situazione di rischio da cui è generato l'evento di rilevanza penale.

L'art. L123-1 del *Code de la Route* subordina, infatti, questa esenzione, alla delega al sistema di guida autonoma conferita dal conducente «*préalablement informé par le système que ce dernier est en capacité d'exercer le contrôle dynamique du véhicule conformément à ses conditions d'utilisation*»⁶⁰.

dell'autorizzazione alla sperimentazione quale autore indiretto.

⁵⁴ Analogo regime viene previsto per la figura, da definire in via regolamentare, dell'*exploitant*.

⁵⁵ Di questa opinione M. Giuca, *Disciplinare l'intelligenza artificiale. La riforma francese sulla responsabilità penale da uso di auto a guida autonoma*, in www.archiviopenale.it, 20.5.2022, p. 29 ss..

⁵⁶ Diffusamente sui rapporti in particolare tra il *Code de la Route* e il codice penale francese si veda M. Giuca, *op. cit.*, p. 16-17.

⁵⁷ Sulla disciplina apprestata dall'art. 121-3 *c. pén.*, quale intreccio tra causalità e colpa per effetto della riforma del 10.7.2000, si rinvia a M. Giuca, *op. cit.*, p. 7 ss., che chiarisce come il livello di gravità della colpa è inversamente proporzionale alla causalità, «atteso che mentre il contributo causale diretto richiede la colpa semplice, la causalità indiretta non è penalmente rilevante se non sia provata una colpa qualificata».

⁵⁸ Di questa opinione M. Giuca, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁹ In questi termini H. Christodoulo, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁰ In questi termini il primo comma dell'art. L319-3 del *Code de la Route*.

L'imposizione in capo al conducente di un'attivazione "consapevole" riguarda in generale le condizioni di uso, avendo la riforma sul punto fissato in capo al produttore corrispondenti obblighi informativi⁶¹. Previsioni di questo tipo non sono di certo una novità nella disciplina, anche di rilevanza penale, del c.d. danno da prodotto⁶². In particolare, questi oneri d'informare (produttore) e d'informarsi (conducente) sembrano qui venire in rilievo come regole cautelari fondanti, se violate, una *faute délibérée* di entrambi.

In questo senso può essere valorizzata la previsione dell'art. L123-1 del *Code de la Route* che stabilisce la responsabilità del produttore quando il sistema esercita il controllo dinamico del veicolo conformemente alle sue condizioni d'uso: ad avviso di chi scrive questo inciso identificherebbe il legame di condizionamento che sussiste tra l'incolpevole attivazione del sistema da parte del conducente e l'adempimento dei segnalati obblighi informativi eseguito dal produttore, per cui in mancanza del secondo non può esservi il primo.

Nei confronti del conducente, poi, l'attivazione informata non esaurisce la misura della "diligenza" richiesta, imponendo il legislatore francese, analogamente a quello tedesco, che egli si mantenga sempre in condizione tale da poter riprendere il controllo della guida in presenza di una richiesta del sistema⁶³.

Questo dovere di reattività fonda, al pari dell'effettiva conduzione della guida, la riemersione della responsabilità del conducente. Nello specifico, ne è riconosciuta espressamente la responsabilità sia quando ha il controllo del mezzo, sia quando omette di farlo «al termine del periodo di transizione a seguito di richiesta del sistema di guida automatizzata» o «non rispetta (i) le citazioni, le ingiunzioni o le indicazioni delle forze dell'ordine o le regole di precedenza per i veicoli prioritari di interesse generale previste dal presente codice»⁶⁴.

Un vero e proprio dovere di vigilanza sia sul sistema, sia sulla guida sembra, invece, chiaramente configurato in capo al cd. autore dell'intervento a distanza, che l'ordinanza del 2021 ha introdotto per i sistemi automatici di trasporto stradale.

Per questi sistemi, il *Code des transports* non solo fissa oneri procedurali in funzione di sicurezza del sistema⁶⁵, ma impone anche specifici requisiti personali⁶⁶ per il soggetto autorizzato al controllo da remoto del mezzo.

In particolare, in virtù del ruolo di "controllore" che gli è affidato, l'art. L3151-5 del *Code des transports* prevede la sua responsabilità penale per le «*infractions résultant de la manœuvre du véhicule*» che siano conseguenza della sua colpevole astensione o del suo negligente intervento⁶⁷, nonchè specifiche sanzioni laddove intervenga in assenza di autorizzazione o privo di patente o con patente sospesa ovvero in stato di alterazione da sostanze alcoliche o stupefacenti⁶⁸.

⁶¹ Disposizioni di riferimento in proposito sono gli artt. L319-1, L319-2, L319-3 ed L319-4 del *Code de la Route* e gli artt. L224-68-1 e L242-25-1 del *Code de la Consommation*. Sui profili di responsabilità connessi a questi obblighi informativi del produttore si rinvia a S. Jambort, M. Rakotovahiny e L. Teresi, *The leitmotif of AI safety: the example of vehicles with driving delegation*, in *L'entreprise et l'Intelligence Artificielle. Les Réponses du droit*, a cura di A. Mendoza-Caminade, 2022, p. 377 ss..

⁶² Cfr. C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, 2004; Id., *La responsabilità del produttore: una nuova frontiera del diritto penale?*, in *DPP* 2007, p. 1125 ss..

⁶³ L'art. L319-3 del *Code de la Route* fissa i presupposti per l'emissione di questa richiesta, imponendo anche che il sistema debba essere programmato per eseguire una manovra con rischio minimo laddove non ci sia la ripresa manuale del controllo del mezzo.

⁶⁴ In questi termini l'art. L123-1 del *Code de la Route*.

⁶⁵ In questo senso l'art. L3151-1 del *Code des transports*.

⁶⁶ L3151-3 del *Code des transports* stabilisce che l'autore dell'intervento a distanza deve essere titolare della patente di guida corrispondente alla categoria del veicolo in questione. L'ordinanza del 2.8.2022 del Ministero dei Trasporti definisce ulteriori obblighi formativi e l'iter per la certificazione medica d'idoneità.

⁶⁷ L'art. L3151-5 del *Code des transports* in realtà discorre anche della commissione di questi reati per omissione o esecuzione dell'intervento a distanza in violazione delle condizioni di utilizzo.

⁶⁸ Norme di riferimento sono rispettivamente gli artt. L3151-7, L3151-8 e L3151-9, L3151-11 *Code des transports*.

4. Ai fini del presente lavoro, ulteriore ordinamento da considerare non può non essere il Regno Unito, nonostante abbia regolamentato nel 2018 con l'*Automated and Electric Vehicles Act* (AEVA 2018) solo i profili assicurativi per i danni generati dai veicoli quando «*driving itself on a road or other public place in Great Britain*»⁶⁹.

Oggetto d'interesse, ancorchè in prospettiva *de iure condendo*, deve essere, in particolare, il rapporto finale “*Automated Vehicles*”⁷⁰, che è stato pubblicato nel gennaio 2022 d'apposite Commissioni ministeriali nominate al fine di vagliare una complessiva disciplina sul tema.

Questo rapporto propone, infatti, una regolamentazione organica, comprensiva dei profili di rilevanza penale⁷¹, di un regime autorizzatorio relativo ai veicoli in esame, imponendo presidi di “*safety by design*”⁷². È prevista finanche l'istituzione di un'unità di *collision investigation*⁷³ e l'introduzione di appositi reati per la violazione del c.d. *duty of candour*⁷⁴ sulle condizioni del sistema di guida autonoma nei confronti delle autorità di regolazione⁷⁵ e a presidio, anche, della corretta commercializzazione⁷⁶.

⁶⁹ In questi termini art. 2 AEVA 2018. Questo atto, inoltre, prevede l'esclusione di ogni addebito nei confronti dell'assicurazione se l'incidente è interamente dovuto alla negligenza della persona che ha attivato il sistema di guida autonoma in condizioni ostative ed un apposito regime di rivalsa, laddove il sinistro sia stato causato da modifiche o mancati aggiornamenti al software.

⁷⁰ Il rapporto elaborato dalle *Law Commission of England and Wales* e *Law Commission of Scotland* è consultabile nel sito istituzionale www.gov.uk.

⁷¹ Per un'analisi critica e completa di tutti i profili penali, direttamente e indirettamente esaminati dal rapporto, si rinvia a P. Almond, S. Kyd, *Brave new world: Legislating for the future of driverless cars*, in *Criminal Law Review* 2023, p. 4 ss.

⁷² Sul punto A. Giannini, J. Kwik, *Negligence failures and negligence fixes. A comparative analysis of criminal regulation of Ai and Autonomous vehicles*, in *Criminal Law Forum*, 28.12.2022, p. 39: «*ADS should be programmed to as to not operate outside its operational design domain. Indeed, by doing so, the UK Comissions take a strong stand against the risks of driver-scapegoating*». Il Centro *Data Ethics and Innovation's*, nel policy paper *Responsible Innovation in Self-Driving Vehicles*, www.gov.uk, agosto 2022, definisce l'*Operational Design Domain* come «*a definition of the types of road layout, road users, including their ethically relevant features, weather conditions and lighting conditions in which an AV is expected to operate*».

⁷³ In base alla raccomandazione 32 del rapporto *Automated Vehicles*, cit., si dovrebbe trattare di «*investigation unit should be given responsibility for investigating serious, complex and high-profile collisions involving automated vehicles*».

⁷⁴ È definito al paragrafo 1.30 del rapporto *Automated Vehicles*, cit., come «*the honesty and transparency of the ASDE and NUIC operator in sharing information with regulators*». C. Della Giustina, P. de Gioia Carabellese, *La stagione «tecnologica» del Bribery Act 2010 nella disciplina degli «Automated vehicles»*. *Prime riflessioni sull'ultimo Joint Report delle Law Commissions*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* 2023, p. 209, evidenziano come la violazione di questo dovere genera reato quando sussiste «1) il rischio che un incidente si possa realizzare; 2) l'incidente si sia effettivamente realizzato; 3) a seguito dell'incidente una o più persone abbiano riportato lesioni gravi o siano decedute».

⁷⁵ Come rappresentato da A. Giannini, J. Kwik, *op. cit.*, p. 40-41 della versione digitale, si tratta di 5 reati e una fattispecie aggravata: «*Offences 1 and 2 punish the no disclosure or misrepresentations of information to the regulator; Offence 3 punishes non-disclosure and misrepresentations in responding to regulators' requests; Offence 4 punishes the consensual or conniving conduct of senior managers of ASDEs or NUIC operators in cases where the ASDE/NUIC operator has committed Offence 1, 2 or 3; Offence 5 would punish offences committed by the nominated person, ie, the person who signed the relevant safety case or response to the request for information, in cases where the ASDE/NUIC operator has committed offence 1, 2 or 3. The sixth Offence, instead, aggravates Offences 1 to 5 in cases where the misrepresentation or non-disclosure leads to death or serious injury of a subject*». Per gli Autori verrebbe così mitigato il problema dell'individuazione dei soggetti responsabili nell'intersoggettività plurima che connota il ciclo di vita di questi sistemi «*by opening the possibility to prosecute them for a separate offence that is much more closely linked to their roles in the production and distribution process*».

⁷⁶ Si raccomanda in proposito l'introduzione di due reati, denominati «*describing unauthorised driving automation as self-driving*» e «*misleading drivers that a vehicle does not need to be monitored*», per punire i casi di commercializzazione di questo tipo di veicoli rispettivamente in assenza delle relative autorizzazioni o con modalità tali da ingenerare confusione sulle caratteristiche e modalità d'impiego.

Ambito applicativo del rapporto sono, in particolare, i veicoli definiti “*self driving*” in quanto circolanti in assenza di controllo e monitoraggio da parte di un soggetto persona fisica⁷⁷.

In linea con l’istituzione del segnalato regime autorizzativo sono indicati, quali principali attori coinvolti nelle vicende interessanti questi veicoli, i seguenti tre soggetti: *authorised self-Driving Entity* (cd. ASDE), *user-in-charge* e *non user-in charge operator* (c.d. NUIC operator).

Venendo al primo soggetto si tratta del produttore del veicolo o dello sviluppatore del software di guida autonoma ovvero anche della società derivante dalla partnership tra i due⁷⁸; su esso gravano diversi obblighi inerenti sia alla programmazione del sistema di guida autonoma, sia alla protezione e comunicazione dei dati generati dal sistema stesso⁷⁹.

Parte integrante del processo autorizzativo è la presentazione nella domanda di autorizzazione di un *Safe and Ethical Operational Concept*, cd. SEOC, quale insieme di *Self-Driving Constraints*, di vincoli e prescrizioni di guida, di tipo anche etico, che dovrebbero preservare la sicurezza del mezzo e dei soggetti terzi⁸⁰. L’ASDE dovrebbe soprattutto dimostrare all’autorità autorizzative di aver progettato il sistema di guida autonoma in modo che circoli coerentemente con il SEOC e di sottoporlo a monitoraggio costante per verificare la permanenza dell’idoneità alla guida nel rispetto delle regole della strada⁸¹.

Può far parte, inoltre, dell’organizzazione dell’ASDE anche il NUIC operator, che è l’ente o soggetto che abbia ottenuto apposita licenza per supervisionare da remoto il veicolo a guida autonoma con il livello di autonomia massima⁸², dovendo intervenire in caso d’incidente o quando il sistema non sia in grado di gestire le evenienze o non funzioni correttamente⁸³.

Nello specifico il rapporto distingue due tipologie di veicoli *self driving*: quelli che possono circolare in presenza di un *user in charge*, di un soggetto che si trova cioè nel veicolo mentre il sistema di guida autonoma è attivo ed è in condizione di riprendere i comandi di guida, e quelli in assenza, ma che circolano con la supervisione del NUIC operator⁸⁴.

⁷⁷ Sul punto i paragrafi 2.23 e 2.24 del rapporto finale *Automated Vehicles*, cit.; volendo comparare questo concetto con le categorie SAE, il livello di riferimento è il 4. Si raccomanda, inoltre, l’adozione da parte delle autorità di regolamentazione di linee guida esplicative delle attività che lo *user*, proprio perché non tenuto al monitoraggio, potrebbe svolgere, ritenendo doveroso vietare: «(1) to use a mobile device (contrary to regulations 110 of the Road Vehicles (Construction and Use) Regulations 1986); (2) to be in a position to see a non-handheld screen (contrary to regulations 109 of the Road Vehicles (Construction and Use) Regulations 1986) unless the screen cuts out at the start of a transition demand; and (3) to sleep».

⁷⁸ In base alla raccomandazione 12 del rapporto *Automated Vehicles*, cit., «to become an ASDE an applicant must: (1) be of good repute; (2) have appropriate financial standing; (3) submit a safety case and an equality impact assessment to the authorisation Authority». Analoga disposizione è consigliata dalla raccomandazione 51 anche per il NUIC operator.

⁷⁹ Il *policy paper Responsible Innovation in Self-Driving Vehicles*, cit., raccomanda in proposito, da un lato, l’adozione di appositi chiarimenti esplicativi su come gli obblighi di *data protection* vadano applicati a questi sistemi, dall’altro l’elaborazione di una disciplina specifica relativa alla condivisione dei dati immagazzinati dal sistema rilevanti per la sicurezza. In proposito si vedano le raccomandazioni 15, 16 e 30.

⁸⁰ Il report *Responsible Innovation in Self-Driving Vehicles*, cit., al fine di esplicitare che cosa sia il set di regole e vincoli di precedenza che dovrebbero comporre il SEOC, indica come regole esemplificative: «1 Avoid collision with all other objects; 2 Maintain safe distance to other objects (given predicted trajectories); 3 Remain on the road, except at an access point to the roadside (e.g. house drive, car park entrance); 4 Avoid movement that can cause discomfort or harm to passengers; 5 Leave the road away from an access point where this reduces overall risk; 6 Avoid movements that cause other vehicles to violate any other SDC; 7 Avoid movements that cause individuals concern about their safety; 8 Follow directions given by authorised persons».

⁸¹ In proposito è consigliata l’istituzione di una nuova autorità, denominata “*in use regulator*” che farebbe da controllore e catalizzatore delle informazioni, relative anche alla *cybersecurity*, del sistema di guida autonoma.

⁸² In questi termini il rapporto finale *Automated Vehicles*, cit., paragrafi 9.82-9.86.

⁸³ Sul punto M. Lanzi, *op. cit.*, p. 81, che chiarisce, inoltre, che si tratta di un operatore qualificato che non “telecomanda” il veicolo, ma pone in essere una «*remote assistance*».

⁸⁴ L. Barnard, *Diversity in automation: How are different legal regimes looking to regulate users of automated vehicles?*, in *South Carolina Journal of International Law and Business* 2021, p. 100, esprime chiaramente in proposito come «an NUIC can travel “empty”, meaning that it needs no physical human control to operate and that any users of the vehicle are simply passengers».

L'impatto che il livello di autonomia di quest'ultimi veicoli può generare sulla sicurezza stradale è in particolare regolato dal rapporto prevedendo l'introduzione di un apposito reato che punisca la circolazione, in assenza dell'*user in charge*, di un veicolo a guida autonoma che non sia omologato e autorizzato come sistema NUIC.

Per quanto riguarda, invece, lo *user in charge*, pur richiedendosene l'idoneità alla guida e l'adempimento dei doveri tipici del conducente relativi al veicolo in sé⁸⁵, il rapporto delle Commissioni ne consiglia l'immunità totale da responsabilità penale per le c.d. *dynamic driving offences* in quanto «*the human user is not responsible for the dynamic driving task*»⁸⁶.

È espressamente escluso che su di lui gravi un dovere di monitoraggio della guida e dell'ambiente circostante quando è attivo il sistema⁸⁷, salvi i casi di deliberata manomissione⁸⁸.

Si consiglia, poi, la piena equiparazione dell'*user in charge* al tradizionale *driver* quando riacquista la conduzione del veicolo⁸⁹, disattivando *motu proprio* il sistema o subentrando alla guida a seguito di una richiesta di transizione, di una domanda, cioè, di assunzione della guida del veicolo, trasmessa dal sistema mediante segnali chiari, multisensoriali e in tempi tali d'acquisire la consapevolezza della situazione.

E', inoltre, espressamente richiesto che il sistema sia in ogni caso progettato per ridurre il rischio di lesioni o danni derivanti dal mancato subentro, il quale di per sé non è concepito come fattore di addebito della responsabilità.

5. Anche la Spagna ha varato disposizioni sui *vehículos automatizados*, la cui valenza è, però, essenzialmente "preparatoria", essendo volte a porre le basi per futuri interventi regolamentari che trascendano la normativa vigente, ancora fondata esclusivamente sulla presenza "attiva" del conducente⁹⁰.

Nello specifico, il legislatore spagnolo si è limitato con Ley 18/2021 a rimettere la competenza in merito espressamente all'*Administración General del Estado*, attribuendo al Ministero dell'Interno l'emanazione delle relative norme in materia di circolazione e sicurezza stradale⁹¹.

Le Uniche modifiche di "contenuto" che sono state adottate riguardano, all'art. 11 *bis* della *Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial*, l'introduzione di appositi obblighi di

⁸⁵ In base al rapporto *Automated Vehicles*, cit., alla raccomandazione 45 sono indicati come doveri di questo tipo: «(1) Duties to carry insurance; (2) Duties to maintain the vehicle in a roadworthy condition; (3) Any parking offence which continues after the ADS feature is disengaged; (4) Duties following accidents to provide information and report accidents; (5) Duties to ensure that child passengers wear seatbelts; (6) Duties relating to loading; and (7) Strategic route planning, including duties to pay tolls and charges».

⁸⁶ Il rapporto finale *Automated Vehicles*, cit., alla raccomandazione 44 definisce tale ogni tipo di violazione che «*arises from dynamic driving*»; conformemente a questa indicazione A. Giannini, J. Kwik, *op. cit.*, p. 35, considerano come tali «*dangerous driving, careless driving, and exceeding the speed limit*».

⁸⁷ Esplicito sul punto il rapporto *Automated Vehicles*, cit., paragrafo 3.19, che distingue questo obbligo da quello di recettività alla domanda di transazione, invece affermato.

⁸⁸ Il rapporto *Automated Vehicles*, cit., al paragrafo 8.78 raccomanda che «*the immunity should not apply if the user-in-charge has taken steps to override or alter the system to engage the ADS when it is not designed to function. Similarly, the immunity should cease if the user-in-charge deliberately causes the ADS to malfunction*». In generale, si raccomanda l'introduzione di emendamenti che consentano di punire ogni forma di manomissione od interferenza illecita su ogni parte del veicolo, compreso il software, quale la sua inclusione tra gli oggetti del reato di *tampering*, previsto dalla *section 25* del *Road Traffic Act* del 1988, e del reato di «*Causing danger to road-users*», della *section 22A* del medesimo *Road Traffic Act* del 1988.

⁸⁹ L. Barnard, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁰ In questo senso M. A. Tenas Alós, *Normativa aplicable a los automóviles autónomos en nuestro país*, en *La Ley* 2022, p. 5, che precisa come dal preambolo alla Ley 18/2021 risulta che «*la normativa española acepta la posibilidad de implementación del vehículo autónomo, si bien deja la posibilidad de regulación respecto a los mismos a un futuro*». Si precisa che in Spagna possono attualmente circolare solo le auto a guida automatizzata qualificate come SAE di livello 2.

⁹¹ Questa disciplina è contenuta agli artt. 4 e 5, in forza dei quali spetta invece al Ministero dell'Industria la fissazione dei requisiti tecnici per l'omologazione.

comunicazione sullo stato e le funzionalità del sistema di guida autonoma in capo al proprietario nei confronti del registro dei veicoli dell'ente autonomo *Jefatura Central de Tráfico*, e, all'art. 66 della medesima legge, la fissazione di condizioni apposite per il rilascio del permesso di circolazione⁹².

Nonostante la natura di questo intervento legislativo, la dottrina spagnola, dal canto suo, ha messo specificamente in luce come la questione giuridica del riparto di responsabilità chiami in causa non solo il conducente o le case costruttrici⁹³, ma anche, al crescere del livello di autonomia e del livello infrastrutturale necessario per la circolazione di questi veicoli, i programmatori-*designer* e le entità pubbliche e private, che sono coinvolte nel ciclo di "vita e circolazione" del mezzo⁹⁴.

Vita e circolazione che è resa peraltro possibile dall'accesso e condivisione da parte di *fabricantes, consumidores, proveedores de servicios post venta, empresas de telecomunicaciones, administración pública* di una miriade di dati, anche personali, generati dal sistema e da fonti esterne in dialogo con il primo⁹⁵.

Questa visione permette di superare la tendenza a concepire, da un lato, i sistemi a guida autonoma solo come «*máquinas con forma física*»⁹⁶ e, dall'altro, a riferire le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla loro operatività solo alla lesione di determinati interessi o beni giuridici⁹⁷.

In questa direzione apprezzabile è anche la disciplina italiana fissata dal D.M. 28.2.2018⁹⁸, che adotta la regolamentazione autorizzatoria della sperimentazione delle *smart cars* in connessione con quella relativa alla trasformazione delle strade pubbliche in *smart roads*⁹⁹.

Espressione della visione complessiva, d'insieme che connota questo intervento è la stessa definizione di «tecnologie di guida automatica» quali quelle «basate su sensori di vario tipo, software per l'elaborazione dei dati dei sensori e l'interpretazione di situazioni nel traffico, software di apprendimento, software per assumere decisioni di guida».

⁹² Questi obblighi riguardano le capacità, le funzionalità del sistema di guida automatizzata, nonché il suo stato di progettazione operativa, sia al momento dell'immatricolazione sia successivamente, durante tutto il periodo d'impiego del veicolo.

⁹³ A. Moisés Barrio, *El vehículo autónomo y el Derecho*, in *La Ley* 2018, p. 5.

⁹⁴ G. Iturmendi Morales, *El impacto de los coches conectados y autónomos. El papel de las aseguradoras*, in *La Ley* 2016 p. 4 si esprime in questi termini in una visione integrata del «*vehículo plenamente autónomo, los dispositivos externos facilitadores de su conducción en la vía pública y el sistema de redes de comunicación de estos vehículos*».

⁹⁵ J. Suderow, *Inteligencia Artificial y competencia, acceso a datos en el ejemplo de la movilidad y del vehículo autónomo*, in *Revista de Estudios Europeos* 2021, p. 229-31. In proposito anche A. L. Terrones Rodríguez, *Una aproximación general al desarrollo de los coches autónomos*, in *Revista CTS* 2021, p. 165, che differenzia i dati volontariamente trasferiti dall'utilizzatore da «*aquellos datos de conducción que son recopilados por sistemas electrónicos de control de los vehículos almacenados en los ordenadores de a bordo y transferidos a algún servidor de almacenamiento de información*».

⁹⁶ Pone in questi termini la distinzione rispetto agli altri sistemi di AI, che «*inciden en nuestra vida, determinando algunas de nuestras decisiones y muchas de las que nos afectan en aspectos muy variados, afectando a intereses individuales y colectivos dignos de protección*», F. Miró Llinares, *Inteligencia Artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2018, p. 89.

⁹⁷ Tra questi beni ulteriori, per B. M. Espejo, *Criminal compliance program y exención de responsabilidad penal ante la hipotética, si no inminente, industrialización del coche sin conductor*, in *Revista Aranzadi Doctrinal* 2020, p. 7, vi sono «*la intimidad o la propiedad*».

⁹⁸ Per M. Lanzi, *Development of Autonomous Vehicles and Criminal Liability issues: key points*, in *CERIDAP* 2021, p. 90, da un lato, questo tipo di veicolo costituisce una «*convergence of technologies, which includes areas such as robotics or autonomics, sensor technology, advanced information and communication technology in general*», dall'altro, la creazione di un comune Osservatorio per le Smart Road ed i veicoli connessi e a guida automatica «*is a consequence of the understanding that the development of autonomous vehicles is a major technological, legal and social challenge, to deal with adequately*».

⁹⁹ In base all'art. 2 del D.M. 28.2.2018 si tratta di «*infrastrutture stradali per le quali è compiuto, secondo le specifiche funzionali di cui all'art. 6, comma 1, un processo di trasformazione digitale orientato a introdurre piattaforme di osservazione e monitoraggio del traffico, modelli di elaborazione dei dati e delle informazioni, servizi avanzati ai gestori delle infrastrutture, alla pubblica amministrazione e agli utenti della strada, nel quadro della creazione di un ecosistema tecnologico favorevole all'interoperabilità tra infrastrutture e veicoli di nuova generazione*».

Nello specifico, in base al decreto, possono essere ammessi alla sperimentazione su strada pubblica, in seguito ad apposita richiesta del costruttore o dell'ente di ricerca interessato¹⁰⁰, veicoli che sono, cioè, dotati «di tecnologie capaci di adottare e attuare comportamenti di guida senza l'intervento attivo del guidatore, in determinati ambiti stradali e condizioni esterne»¹⁰¹. Al fine di condizionare nel merito le decisioni di guida che possono essere adottate da queste tecnologie, è imposta, altresì, l'adozione di caratteristiche tecniche tali da: «a) garantire, in ogni condizione, il rispetto delle norme di cui al Titolo V del codice della strada e, in generale, operare in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione; b) essere in grado di interagire in sicurezza con tutti i possibili utenti della strada, nell'ambito stradale oggetto dell'autorizzazione, inclusi gli utenti più deboli e vulnerabili quali persone a mobilità ridotta o con disabilità, bambini, pedoni, ciclisti e motociclisti; c) essere idoneo in ogni momento a consentire il passaggio in modo semplice ed immediato dalla modalità automatica alla modalità manuale, su azione del supervisore del veicolo automatizzato. La transizione deve avvenire con modalità e in tempi tali da permettere il buon esito dell'intervento del supervisore. Tale idoneità è documentata nella domanda di autorizzazione; d) essere dotato di protezioni intrinseche di sicurezza atte a garantire l'integrità dei dati e la sicurezza delle comunicazioni e tali da scongiurare accessi non autorizzati e, in ogni caso, da vanificarne gli effetti dannosi o pericolosi»¹⁰². A questi requisiti corrispondono “obblighi di risultato” dei costruttori, dei programmatori, dei richiedenti l'autorizzazione alla sperimentazione¹⁰³, nonché, in misura certamente più marginale, dei fornitori dei singoli componenti¹⁰⁴ e dei gestori stradali; quest'ultimi, oltre ad essere gravati da specifici oneri informativi nei confronti degli stessi utenti della strada, devono garantire conformi caratteristiche tecniche delle loro infrastrutture¹⁰⁵.

Questa visione integrata, di un apparato di standard tecnologici e regole normative in funzione securitaria dell'intero ecosistema della mobilità intelligente, è affiancata, però, ad una «gravosa responsabilizzazione» della persona fisica che deve essere presente nell'abitacolo del veicolo a guida automatica¹⁰⁶ e che «dovrà essere sempre in grado di assumere il controllo del veicolo indipendentemente dal grado di automazione dello stesso, in qualunque momento se ne presenti la necessità, agendo sui comandi del veicolo in assoluta precedenza sui sistemi automatizzati»¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Su questo iter autorizzatorio e sulla possibile ricorrenza di profili di responsabilità penale in capo allo stesso ente autorizzante vedi L. Picotti, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità penale*, cit., p. 268.

¹⁰¹ Così lett. f dell'art. 1 del D.M. 28.2.2018, che altresì precisa che non è considerabile «veicolo a guida automatica un veicolo omologato per la circolazione sulle strade pubbliche italiane secondo le regole vigenti e dotato di uno o più sistemi di assistenza alla guida, che vengono attivati da un guidatore al solo scopo di attuare comportamenti di guida da egli stesso decisi e che comunque necessitano di una continua partecipazione attiva da parte del conducente alla attività di guida». Sulla distinzione tra guida automatica e quella autonoma, che «corrisponde ai futuribili livelli 5 e 6 della classificazione internazionale citata, in cui interviene realmente una “parziale” o “completa” automazione» vedi L. Picotti, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità penale*, cit., p. 258.

¹⁰² Testualmente art. 12 del D.M. 28.2.2018.

¹⁰³ L. Picotti, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità penale*, cit., p. 259.

¹⁰⁴ In questo senso L. Picotti, *op. cit.*, p. 267, in considerazione della circostanza che il richiedente l'autorizzazione deve attestare con documentazione anche la descrizione del know-how da essi derivante. Per l'Autore «se tali componenti di hardware e di software dovessero risultare difettosi o non conformi alle prescrizioni normative, ricavabili anche dalla menzionata disciplina ministeriale, in particolare dal suo art. 12, la responsabilità per il contributo causale che potrebbe portare alla causazione dell'evento, rilevante ex art. 41 c.p., sarebbe configurabile nelle ipotesi in cui si possa risalire a tali vizi quali fattori senza i quali esso non si sarebbe verificato (si pensi ad un dispositivo frenante ad attivazione automatica in determinate condizioni, viceversa non operante per un difetto di progettazione o realizzazione), sempre che tali vizi siano conoscibili ed evitabili secondo le buone tecniche del settore e gli standard di sicurezza ed efficienza da applicare in concreto».

¹⁰⁵ In generale sulla responsabilizzazione di questi soggetti e sull'introduzione, anche, di compiti e responsabilità per i *Service Provider* che saranno parte attiva del sistema si rinvia a D. Crocco, *Smart road*, cit., p. 9 della versione digitale.

¹⁰⁶ Per M. Lanzi, *op. cit.*, p. 91 questa presenza «reflects not merely a safety measure but also a legal proper obligation».

¹⁰⁷ In questi termini la definizione di supervisore alla lett. j dell'art. 1 D.M. 28.2.2018.

Denominato come “supervisore”, viene assegnato a questo soggetto la responsabilità del veicolo nella sua operatività sia in modo automatico, sia in modo manuale, configurandolo così come un «conducente tecnologicamente assistito»¹⁰⁸.

La percezione che si ha è che il legislatore italiano abbia inteso concepire l’attività di guida condotta dal sistema come attività pericolosa che sia sempre comunque riferibile al soggetto fisico su cui grava l’obbligo di evitare che dalla stessa derivino conseguenze pregiudizievoli¹⁰⁹. Come chiaramente indicato, «al diminuire delle mansioni di guida manuale il rischio penale del conducente per certi versi aumenta o, in ogni caso, cambia fisionomia facendosi più insidioso, perché lo stesso da agente diventa controllore, trovandosi nella condizione di non poter più gestire direttamente il rischio da circolazione, bensì in posizione mediata dal sistema di guida autonoma»¹¹⁰.

Questa deriva oggettivizzante, oltre a sottovalutare le difficoltà di accertamento eziologico¹¹¹ che sussistono nel riferire soggettivamente l’operatività dannosa propria dei sistemi più autonomi, potrebbe essere limitata solo circoscrivendo la responsabilità del supervisore ai casi in cui egli abbia effettivamente la possibilità di intervento tempestivo¹¹².

6. Le considerazioni da ultimo svolte e quanto riferito relativamente alle discipline ed alle indicazioni nazionali sui differenti oneri del conducente e del produttore sembrano far assumere ai reati connessi alla circolazione stradale “intelligente” la natura di reati propri e di stampo prettamente omissivo.

La conversione in *Pflichtdelikte*¹¹³ o più specificamente in delitti di organizzazione e di obbligo, secondo la ricostruzione di Jacobs¹¹⁴, rischia però di condurre *tout court* all’attribuzione in capo all’obbligato di una posizione di garanzia *lato sensu* intesa, dando così per scontata la conciliabilità della dimensione dell’incriminazione della violazione dell’obbligo con i dettami del diritto penale, che deve qui, invece, essere indagata.

Nel condurre la predetta indagine, bisogna distinguere la posizione del conducente da quella del produttore ed in generale dei soggetti professionali, legati al sistema di guida autonoma. Rispetto a quest’ultimi, in un contesto tecnologicamente “avanzato”, che crea nuove sfere di rischio, è innegabile che la procedimentalizzazione a monte dell’agire professionale diventi garanzia di salvaguardia dell’operatività in sicurezza del sistema intelligente e che di conseguenza il disvalore del fatto si incentri «sull’assunzione e corretto svolgimento della funzione assunta dal soggetto, restando sostanzialmente indifferenti le concrete modalità di adempimento dell’obbligo»¹¹⁵.

¹⁰⁸ Testualmente L. Picotti, *op. ult. cit.*.

¹⁰⁹ Una tal concezione altro non è che l’applicazione della teoria dell’ingerenza di origine tedesca al tema d’indagine; per un’esposizione di questa teoria e per i relativi riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a A. Massaro, *Omissione e colpa*, in *ED, I Tematici II*, 2021, p. 871.

¹¹⁰ Testualmente, M. Lanzi, *Self-driving cars e responsabilità penale*, cit., p. 163.

¹¹¹ Su queste difficoltà, che non dipendono solo dal livello di autonomia del sistema o dalla *black box algorithms*, ma in generale dal coinvolgimento stesso di più agenti umani nel ciclo di vita del sistema, v. M.B. Magro, *Decisione umana e decisione robotica. Un’ipotesi di responsabilità da procreazione robotica*, cit., p. 3-5.

¹¹² Testualmente L. Picotti, *op. cit.*, p. 262.

¹¹³ La categoria dei *Pflichtdelikte* fu coniata da C. Roxin nella sua nota opera *Täterschaft und Tatherrschaft*, Monaco, 1936, (di cui si può consultare la 11° ed. del 2022), in contrapposizione alla categoria dei reati di “dominio del fatto” per evidenziare come autore degli stessi possa essere solo il titolare del dovere extrapenale; per i riferimenti bibliografici all’opera del maestro tedesco e per l’applicazione di questa teoria nel campo proprio di sua maturazione, cioè, quello della partecipazione criminosa v. E. Bacigalupo Saggese, *Accesoriedad de la participación en el derecho penal y delitos de infracción de deber*, in *Cuestiones penales*, Buenos Aires 2011, p.63 ss.

¹¹⁴ Diversamente da C. Roxin, per M. Jakobs ciò che conta è, a prescindere dalle modalità della condotta, la strutturazione del precetto sulla violazione del dovere, con importanti ricadute, oltre che sul piano della partecipazione anche su quello dell’omissione; per un’analisi completa della posizione di questo altro grande studioso tedesco si rimanda a Javier Sánchez Vera Gómez Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid 2002, p. 37 ss.

¹¹⁵ Così, con riguardo a contesti professionali complessi, A. Gullo, *Il reato proprio dai problemi “tradizionali” alle nuove dinamiche d’impresa*, Milano 2005, p. 57.

Con riguardo al conducente non sembra, invece, predicabile una tale parabola, configurandosi gli oneri aggiuntivi prescritti come cautele imposte o dal rischio inedito o dal ripristino del “governo” umano della guida.

Nel primo senso rilevano gli oneri d’attivazione “informata” del sistema. La legge francese li prevede espressamente come condizione per l’esenzione da responsabilità del conducente “potenziale”, mentre il report inglese ne sconsiglia l’adozione perché concepiti come gravosi per lo *user in charge* e fonte di potenziali abusi da parte dei produttori¹¹⁶.

Nonostante i rischi prospettati possano essere fondati, ad avviso di chi scrive tra le due posizioni va comunque preferita la prima: prendendo a prestito le parole di autorevole dottrina, il «dovere di sapere»¹¹⁷ è, infatti, cautela certamente esigibile in contesti tecnologicamente connotati, in quanto pre-condizione necessaria di una corretta condotta rischiosa consentita.

Come già sopra rappresentato con riferimento alla disciplina francese¹¹⁸, questo dovere presuppone a monte quello speculare del produttore d’informare, quale detentore di quelle conoscenze che consentano al conducente umano di attivare e soprattutto interagire consapevolmente con il sistema, potendo coglierne le anomalie di funzionamento¹¹⁹.

Nel caso della mobilità *smart*, infatti, la funzionalità del sistema incide sull’area di operatività ancora umana, quale preconditione da vagliare o che può far scattare la ripresa manuale. La prospettiva inglese, salvo i casi di volontaria disattivazione, in una visione di “affidamento” totale dell’uomo al sistema intelligente, considera questa ripresa come doverosa solo su impulso “tecnologico”¹²⁰. Gli altri ordinamenti adottano, invece, una visione più articolata, sopravvalutando, però, ad avviso di chi scrive, eccessivamente le potenzialità della persona fisica nell’interazione con il sistema intelligente. Questo approccio emerge chiaramente nella diversa considerazione, ai fini della responsabilità penale, del mancato subentro alla guida in seguito alla richiesta del sistema: per il conducente in *stand by* francese la domanda in sé sembra costituire fonte di una tale responsabilità, mentre il rapporto inglese è esplicito nel ritenerla insufficiente, ancorando i profili penali esclusivamente alla ripresa della guida.

È vero che la scelta francese è condizionata dall’inferiore livello di guida autonoma considerato, definito c.d. *eyes off*¹²¹, ma si tratta, ad avviso di chi scrive, di una soluzione normativa che si presta al contempo al rischio di automatismi, all’affermazione *tout court* dell’equivalenza tra la *fictio* del dominio della guida in caso di omesso subentro ed un tale effettivo dominio.

Questo rischio può essere ravvisato anche nella legge tedesca, che pur non prendendo espressamente posizione sulla responsabilità penale, grava il conducente del veicolo con funzioni di guida altamente o completamente automatizzate del dovere di subentro in presenza d’“indefinite” condizioni, imponendogli di fatto una vigilanza costante¹²².

¹¹⁶ Diffusamente in proposito il rapporto *Automated Vehicles*, cit., paragrafo 8.74.

¹¹⁷ L’espressione è di G. Forti, “Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Crim* 2006, p. 217, che lo concepisce come dovere sia «di acquisire preventivamente le conoscenze, esperienze e capacità richieste per svolgere l’attività in modo tale da impedire le conseguenze dannose sia di costante disseminazione – sia nelle sedi competenti per il controllo, sia tra le comunità “democraticamente” coinvolte – dei saperi via via acquisiti nel corso delle attività svolte, proprio per l’impegno a tener conto delle peggiori evenienze possibili imposto dal principio di precauzione».

¹¹⁸ Diffusamente in proposito il paragrafo 7 e la nota 59.

¹¹⁹ In termini analoghi M. Lanzi, *Self-driving cars e responsabilità penale*, cit., p. 178, per cui l’errata informazione da parte del produttore del conducente incide, in particolare, sulla prevedibilità del conducente dell’ipotetico malfunzionamento del sistema, escludendone la responsabilità.

¹²⁰ Il riferimento è alla richiesta di transizione, in proposito per il contenuto e le modalità di questa richiesta trasmessa dal sistema all’*user in charge* si rinvia al paragrafo 4.

¹²¹ Così M. Giuca, *op. cit.*, p. 25, in contrapposizione alla guida autonoma “*mind off*”, con conseguente affermazione di un dovere di vigilanza gravante sul conducente «quando il controllo dinamico è affidato al sistema di pilota automatico, per cui non si possono costruire delle aree di immunità penale del conducente per il solo fatto che a dirigere le operazioni di guida sia la tecnologia di IA».

¹²² Critico in proposito M. Thommen, *op. cit.*, p. 29, per cui «*Es mutet sogar kontraproduktiv an, den Menschen zum*

In questa direzione ancora più esplicita è la regolamentazione sperimentale italiana, che non subordina il dovere di commutazione ad una domanda di recettività, ma alla scelta del supervisore operata o in funzione compensativa dell'incapacità del veicolo di attuare una reazione adeguata¹²³ o, comunque, in presenza di una "generica" necessità: perché un tale requisito sia colto, il supervisore sarà tenuto, pertanto, ad una sorveglianza costante, certamente inclusiva anche del monitoraggio del compito di guida "delegato". Sul piano penale, come autorevolmente rappresentato, in considerazione della struttura a forma libera di evento dei reati di omicidio e lesioni, sia comuni che stradali¹²⁴, combinata con l'art. 40 Cp, l'imputazione dell'evento lesivo al supervisore sarebbe, in particolare, predicabile in forza di un nesso di causalità normativo discendente dalla violazione colposa dei suoi obblighi di sorveglianza e di commutazione dell'operatività automatica in manuale¹²⁵.

Da quanto sopra consegue che in reazione alla novità dei rischi creati dalla guida "intelligente", la legge «addossa (i) interamente al singolo cittadino, non solo la gestione concreta del rischio, ma la sua corretta perimetrazione in astratto, elevando l'agente, per il solo fatto di agire, a garante assoluto di sé stesso»¹²⁶.

Nello specifico, la genericità delle condizioni di attivazione¹²⁷ rispetto alle quali viene di fatto predicato il «dovere di riconoscere»¹²⁸, e conseguentemente di subentrare alla guida, ne compromette a monte la potenziale prevedibilità¹²⁹: il conducente sarà praticamente costretto a "scandagliare" tutti i possibili fattori di allerta¹³⁰.

ständigen Überwachen und Eingreifen zu verpflichten, wenn die überwältigende Mehrheit an Verkehrsunfällen gerade auf menschliches Versagen zurückzuführen ist. Insbesondere ist hier an Fälle zu denken, in denen die autonome Technologie einen Unfall verhindert hätte, sie aber durch den Menschen übersteuert wird und es so erst recht zu einem Unfall kommt».

¹²³ In questo senso è leggibile l'art. 11 lett. e del D.M. 28.2.2018.

¹²⁴ Sulla *ratio* e struttura delle figure autonome di omicidio e lesioni colpose stradali basti in questa sede rinviare, senza alcuna pretesa di esaustività, a M. Mantovani, *In tema di omicidio stradale*, in *DPenCont* 2015, p. 3; A. Menghini, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016; A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.5.2016; nella stessa rivista, A. Roati, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, 1.6.2016; G. Pavich, *Omicidio stradale e lesioni stradali: novità e possibili criticità della nuova legge*, in *CP* 2016, p. 2309 ss.; L. D'Amico, *La struttura dell'omicidio stradale tra tipicità debole, colpevolezza intermittente e diritto penale simbolico*, in *DPenCont* 2019, p. 89 ss.; P. Veneziani, *Omicidio stradale e responsabilità colposa*, in *ED* 2021, p. 841 ss.

¹²⁵ L. Picotti, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁶ Testualmente F. Giunta, *Culpa culpae*, in www.discrimen.it, 4.6.2019, p. 4.

¹²⁷ Su queste condizioni, quali quelle fattuali riconducibili alla categoria tedesca dell'*Anlass* che attivano le conoscenze dell'agente modello cfr. G. Forti, *op. cit.*, p. 230 ss.; per C. Piergallini, *Colpa*, in *ED, Annali X*, 2017, p. 228, le regole cautelari definiscono modelli di previsione e di prevenzione, perché individuano le cornici di rischio dalle quali è possibile pronosticare l'evento lesivo e il comportamento alternativo doveroso che lo impedisca.

¹²⁸ Così G. Forti, *op. cit.*, p. 220, per cui nell'ambito della responsabilità colposa questo dovere è da ritenersi sussistente «nel momento in cui un soggetto dotato delle conoscenze proprie della figura modello di appartenenza, in rapporto alla situazione concreta (definita dall'insieme delle circostanze esteriori e, in più, delle conoscenze supplementari possedute dall'agente), avrebbe potuto rendersi conto della possibile verifica del fatto». Sull'emersione di questo dovere e la sua doppia rilevanza oggettiva e soggettiva Id., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 205 ss..

¹²⁹ Per F. Giunta, *op. cit.*, p. 19, la prevedibilità «deve limitarsi a operare come presupposto operativo della regola cautelare, ossia come condizione della sua doverosità». In termini analoghi D. Castronovo, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *GI* 2021, p. 2222, per cui «la possibilità di agire nel senso preventivo presupponga la concreta riconoscibilità del pericolo, senza la quale viene meno la effettiva prevedibilità dell'evento *hic et nunc*».

¹³⁰ F. Giunta, *op. cit.*, p. 15-16, rappresenta come l'agente, anche in presenza di regole cautelare, che non individuano specificamente i presupposti di obbligatorietà della cautela doverosa, deve «solo registrare e interpretare correttamente i segnali di allarme nei quali si imbatte, i quali devono essere visti, non previsti (...) A questa regola fanno eccezione i doveri cautelari che si innestano nel perimetro di posizioni di garanzia finalizzate all'approfondimento precipuo dei segnali di allarme per così dire muti o equivoci in quanto polivalenti. Si pensi al medico specialista che viene interpellato dal paziente in ragione di una sintomatologia incerta».

È in questa carenza che si insinua la confusione “oggettivizzante” tra colpa e omissione¹³¹, che converte il conducente “potenziale” da responsabile per colposa gestione del rischio in garante¹³².

Questa visione non è nuova nel contesto della circolazione stradale, proprio a causa del contenuto di alcune norme del codice della strada¹³³, che dovrebbero, in realtà, essere considerate solo fonte di obiettivi di tutela o di regole morali¹³⁴. Ulteriormente contro l’investitura a garante dello stesso conducente tradizionale si rammenta che il contesto della circolazione stradale è “interattivo” anonimo¹³⁵, fondato, cioè, sull’interazione di doveri di diligenza riferibili a soggetti diversi, che non sono gravati né da obblighi di controllo su una fonte di pericolo, né tantomeno di protezione¹³⁶.

Solo obblighi di tal fatta possono identificare quella “azione doverosa” afferente direttamente all’evento da evitare¹³⁷; pertanto, la loro assenza in capo al conducente tradizionale dovrebbe essere sufficiente ad escludere l’attribuzione di posizione di garanzia.

Applicando queste coordinate alla mobilità con sistemi di guida autonoma, la circostanza che il subentro alla guida o la disattivazione del sistema da parte del conducente “potenziale” siano cautele compensative di suoi “disfunzionamenti” o “errori” non basta per affermare il contrario.

In questa prospettiva, utile è il confronto con le previsioni relative alla *technische Aufsicht* della legge tedesca e con quelle riferibili all’autore dell’intervento a distanza della legge francese, nonché con quelle concernenti il NUIC *operator* della proposta inglese¹³⁸. In particolare, queste disposizioni pongono chiaramente a carico di questi soggetti una vigilanza sulla conduzione del veicolo operata dal sistema, designandoli come garanti. Confermativa in questo senso è la circostanza che il legislatore francese ammette nei confronti dell’autore dell’intervento a distanza il ricorso alla sanzione penale già nella prospettiva a monte dell’assenza del possesso dei requisiti personali e formativi prescritti¹³⁹.

In tutti gli ordinamenti citati è, poi, espressamente previsto un dovere apposito di questi operatori di autorizzare o indicare concrete operazioni di guida in situazioni di emergenza. Proprio questo dato mette in luce come una loro responsabilità penale si riconnetta, anche nelle ipotesi d’intervento

¹³¹ In generale, in senso critico su questo processo di conversione, che non riguarda solo l’ambito in esame, ma affonda le sue origini nel connubio colpa-rischio, vedi V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, 1988, p. 184; F. Consulich, *Rischio consentito*, in *ED* 2021, p. 1124. A favore di un’assimilazione sostanziale tra obbligo di garanzia e dovere di diligenza cfr. F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova 1975, p. 154 ss.; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza a di leggi*, Milano 1965, p. 107-108.

¹³² F. Consulich, *op. cit.*, p. 1125. Sulla categoria della posizione di garanzia, senza alcuna pretesa di esaustività, sia consentito rinviare a C. Iagnemma, *Reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all’evento offensivo*, www.discrimen.it, 21.6.2021; S. Prandi, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità*, in *DPP* 2021, p. 654 ss.; nella stessa rivista v. anche S. De Blasis, *Precisa enucleazione della posizione di garanzia come criterio selettivo nel reato omissivo improprio*, 460 e ss.; F. Mantovani, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *RIDPP* 2001, 342 e ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 19 ss.; F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *DPP* 1999, p. 620 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Torino 1983.

¹³³ A. Cappellini, *Profili penalistici delle self-driving cars*, cit., p. 334-335. In senso critico P. Veneziani, *Omicidio stradale e responsabilità colposa*, cit., p. 848.

¹³⁴ In questa direzione G. Angeloni, E. Bonasi Benucci, *Circolazione stradale*, in *ED*, vol. VII, 1960, p. 30.

¹³⁵ D. Castronovo, *Colpa penale*, in *ED* 2021, p. 215 e nota 83.

¹³⁶ Sulla distinzione tra obbligo di garanzia, identificativo, nella sua diretta afferenza all’evento da impedire, dell’an dell’intervento del garante, e regola cautelare, delineante, di contro, il *quomodo* di questo intervento vedi A. Massaro, *op. cit.*, p. 873. Sull’esistenza, invece, dei poteri impeditivi come condizione essenziale a «far sì che il garante si surroggi nella tutela di interessi altrui» si rinvia a C. Paonessa, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Crim* 2012, p. 642.

¹³⁷ Cfr. F. Mantovani, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di libertà e di responsabilità*, in *RIDPP* 2001, p. 337 ss..

¹³⁸ Si rinvia al corredo di note dei relativi paragrafi.

¹³⁹ Si rinvia sul punto alle note 67 e 69.

“salvifico”, sostanzialmente al fatto che «*there is a reliable causal connection between their and the machine's behaviour*»¹⁴⁰.

Esclusa, alla luce anche di quanto da ultimo segnalato, la ricorrenza di una posizione di garanzia del conducente “potenziale”, correttivi utili per sanare le derive oggettivistiche rappresentate potrebbero essere, ad avviso di chi scrive, da un lato, la chiara individuazione dei livelli di guida ammessi, dall'altra, l'adozione di regole cautelari più precise.

Circa il primo profilo, si segnala che la quasi totalità degli ordinamenti oggetto di analisi ha adottato o raccomandato specifiche definizioni differenti dalla tassonomia SAE. Pur non criticando l'adozione di scelte regolamentari che richiamino tali standard, questa diversa impostazione è preferibile perché chiarisce come in una visione umanocentrica il fondamento di ogni questione giuridica e specificamente penale sia il «*the degree of driver involvement*»¹⁴¹.

Relativamente alla seconda indicazione, si ritiene che prescrizioni di dettaglio, contenute in fonti magari secondarie¹⁴² ed elaborate con la cooperazione degli operatori professionali del settore, possano evitare responsabilità da posizione definendo meglio oggetto, tempo e contenuto del monitoraggio doveroso da eseguire.

È stato sostenuto con riguardo a questo dovere che solo la sua violazione in caso di sinistri derivanti da malfunzionamenti o errori del sistema potrebbe fondare nei confronti del conducente un addebito colposo, non esponendosi, peraltro, a quelle verifiche complesse e dagli esiti imprevedibili che discenderebbero, invece, dall'accertamento di un generico dovere d'intervento in caso di pericolo¹⁴³. Seguendo questa tesi il predetto addebito dovrebbe, altresì, essere imputato solo per colpa grave in considerazione delle nuove tipologie di rischi che il conducente sarebbe chiamato a fronteggiare e con riferimento ai quali il suo controllo opererebbe «quale *backup* rispetto al primario presidio costituito dai medesimi sistemi di intelligenza artificiale»¹⁴⁴.

Fermo il “riempimento contenutistico” della portata del monitoraggio, qui richiesto, questa tesi è, ad avviso di chi scrive, condivisibile solo con riferimento alla centralità di questo dovere.

Con riguardo, invece, alla delimitazione della rilevanza penale della sua violazione alla sola colpa grave, si ritiene di contro che essa finirebbe per creare un regime inopportuno differenziato rispetto al conducente tradizionale, da un lato, relegando la guida autonoma in una logica di rischio *a priori* e sempre maggiore, dall'altro, alimentando la tendenza, sopra contestata, all'investitura *de plano* del conducente a garante del sistema solo per la novità dei rischi innescati da veicoli in esame. Circa questi rischi, altro limite delle scelte regolamentari esaminate è la configurazione della disattivazione o del subentro alla guida del conducente “potenziale” come regola cautelare “plurivalente”, che dovrebbe essere comunque idonea ad impedire eventi lesivi, che ancorché identici discendono da fattori di rischio differenti. In realtà, questa diversità non può non essere considerata, ad avviso di chi scrive, nella valutazione oggettiva e soggettiva di evitabilità dell'evento lesivo tramite il comportamento alternativo lecito imposto dalla regola cautelare¹⁴⁵.

In ordine, poi, al contenuto di questi rischi risulta, nello specifico, già a livello teorico possibile distinguere quelli che potremmo definire “operativi”, perché inerenti all'ambiente e all'attività di

¹⁴⁰ Testualmente F. Santoni de Sio, G. Mecacci, *Four Responsibility Gaps with Artificial Intelligence: Why they Matter and How to Address them*, in *Philosophy & Technology* 2021, p. 1077.

¹⁴¹ A. Kriebitz, R. Max, C. Lütge, *The German Act on Autonomous Driving: Why Ethics Still Matters*, cit., p. 4.

¹⁴² In questa direzione L. Picotti, *op. cit.*, p. 271 per cui la fonte sub-primaria per le regole cautelari sarebbe ammissibile «in quanto correlate strettamente ai contenuti tecnici delle misure da garantire ed adeguare costantemente».

¹⁴³ M. Lanzi, *Self-driving cars e responsabilità penale*, cit., p. 194.

¹⁴⁴ Di questa opinione M. Lanzi, *op. cit.*, p. 204; a p. 205 l'Autore sostiene che in questo modo il rimprovero penale sarebbe indirizzato «a condotte espressive di un cosciente e volontario disinteresse per le istanze di tutela in tema di veicoli autonomi, nonché di una sostanziale indifferenza per l'incolumità della sicurezza degli utenti della strada».

¹⁴⁵ Sulla declinazione dell'evitabilità come parametro che richiama sia la verifica «(più astratta) relativa alla realizzazione del rischio e allo scopo di protezione della norma; l'altra (più concreta) relativa alla interferenza di fattori causali esterni» si rinvia a K. Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa 2013, p. 286 ss..

guida come condotta dal sistema, da quelli “tecnici” relativi più specificamente alla corretta funzionalità di quest’ultimo.

7. Si collocano in un’area intermedia tra i due tipi di rischio indicati quelli “tragici”, in quanto implicanti la valutazione dell’operatività del sistema in caso di collisioni inevitabili¹⁴⁶.

Queste ipotesi, in particolare, chiamano in causa l’accettabilità etica di criteri di programmazione della c.d. *trajectory planning*¹⁴⁷ quali fattori che attribuiscono al sistema di guida intelligente la capacità di “gestire” situazioni di inevitabile lesione o perdita di vite umane, anche “scegliendo” quelle che si è costrette a “sacrificare”.

Contro chi considera il conducente quale soggetto che, in prossimità del dilemma, dovrebbe sempre intervenire in situazioni del genere, grazie ad una “*manopola etica*”, è stata opposta la devoluzione al sistema anche di queste scelte “tragiche” in virtù di una coerente programmazione¹⁴⁸.

Questa prospettiva è stata in dottrina declinata sia attribuendo - in una visione più economico-liberista - l’individuazione dei canoni di programmazione etica direttamente ai produttori o finanche agli stessi programmatori, sia devolvendoli - in un’altra prettamente pubblicistica - a priori ed in via generalizzata al decisore pubblico¹⁴⁹.

Tra gli ordinamenti esaminati il legislatore tedesco e quello italiano hanno fissato normativamente questi canoni¹⁵⁰, mentre la proposta inglese, ponendosi in una posizione intermedia, ha ritenuto sufficiente un controllo in funzione autorizzativa da parte dell’autorità pubblica anche dei vincoli etici adottati nella programmazione privata del sistema¹⁵¹.

La comunanza di approccio tra i primi due ordinamenti indicati convive, però, con differenze contenutistiche rilevanti. Nello specifico, il legislatore tedesco, in linea con le indicazioni della Commissione etica appositamente istituita, ha imposto vincoli di programmazione in funzione limitativa dei danni e del loro equo riparto tra i soggetti coinvolti, vietando valutazioni basate su caratteristiche personali e calcoli compensativi sul numero delle vittime¹⁵².

¹⁴⁶ Come rappresentato da D. Amoroso, G. Tamburrini, *I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?*, in *BioLaw Journal* 2019, p. 45, queste collisione ripropongono per i sistemi artificiali in esame il dilemma del carrello ferroviario, che viene così illustrato: «Si consideri uno scenario in cui un veicolo dotato di funzione sterzante di emergenza debba evitare due ciclisti in tandem che, a causa delle cattive condizioni del manto stradale, si vengano a trovare improvvisamente nella sua traiettoria. Si consideri poi che l’unica manovra che impedirebbe la collisione, quasi certamente mortale per i ciclisti, sia suscettibile di causare – con lo stesso grado di certezza – la morte di un pedone che sta passeggiando a bordo strada. Questa situazione fa emergere una tensione etica tra approccio consequenzialista e deontologico. Il primo, infatti, considererà moralmente desiderabile effettuare la manovra, la quale consentirebbe di minimizzare il danno causando una sola vittima invece di due; il secondo, invece, giudicherà lo stesso corso d’azione contrario al principio della dignità umana in quanto teso a strumentalizzare la vita di un essere umano per la salvezza di altri». Specificamente sulla categoria filosofica del carrello ferroviario v. D. Edmonds, *Uccideresti l’uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Milano 2014; L. Brusco, *Il dilemma morale del carrello. Una vivace ricostruzione storica*, in *DirQuestPubbl*, XVI, 2016, p. 277 ss.; specificamente con riguardo alle auto a guida autonoma, oltre a quanto indicato alla nota 15, si rinvia a D. Tafani, *Sulla moralità artificiale. Le decisioni delle macchine tra etica e diritto*, in *RivFil*, 2020, p. 81 ss.

¹⁴⁷ In questi termini A. Kriebitz, R. Max, C. Lütge, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁸ G. Contissa, F. Lagioia, G. Sartor, *La manopola etica: i veicoli autonomi eticamente personalizzabili e il diritto*, in *Sist. intel.* 2017, p. 601 ss..

¹⁴⁹ Sulla prima visione si veda D. Amoroso, G. Tamburrini, *op.cit.*, p. 46.; sulla seconda, invece, si rinvia a S. Arfini, D. Spinelli, D. Chiffi, *Ethics of Self-driving Cars: A Naturalistic Approach*, in *Minds and Machines* 2022, p. 717 ss., che considerano anche come ipotesi intermedia l’ideazione e fornitura da parte dei produttori di soluzioni, ancorché pre-impostate, personalizzabili eticamente dal singolo acquirente.

¹⁵⁰ Questi criteri si trovano rispettivamente al punto 2 del comma 2 del § 1e StVG ed alla lett. b dell’art. 12 del D.M. 28.2.2018.

¹⁵¹ Si rinvia in proposito alla nota 69.

¹⁵² Questi contenuti replicano la raccomandazione n. 9 elaborata dalla Commissione tedesca; specificamente e critica sul punto sia consentito rinviare a C. Luetge, *op. cit.*, p. 552-553, che mette in luce, da un lato, come il rispetto del canone dell’equo riparto sia «*a complex problem, which is usually not as simple as selecting target A or B to be definitely killed*», dall’altro che «*not allowing non-involved parties to be sacrificed implies that it cannot be a general rule for a software*

Al contrario, la disciplina italiana, richiedendo che il veicolo sia programmato in modo da interagire in sicurezza specificamente con persone a mobilità ridotta o con disabilità, bambini, pedoni, ciclisti e motociclisti, sembra supporre una differenziazione in dipendenza delle connotazioni soggettive degli utenti della circolazione stradale¹⁵³.

La possibile rilevanza di queste connotazioni è, inoltre, alla base dei risultati dell'esperimento denominato *moral machine*: attraverso una piattaforma on line, con le sembianze di un "videogioco" sull'operatività di una *self driving car* in tredici scenari tragici, sono state raccolte in meno di due anni circa 40 milioni di preferenze su come il sistema di guida autonoma dovrebbe operare nella risoluzione dei dilemmi etici¹⁵⁴.

Da queste preferenze emerge in maniera condivisa, in particolare, «*the strong preference for sparing the young (such as children)*»¹⁵⁵.

Quanto sopra pone in evidenza la difficoltà di rintracciare approcci etici comuni da imporre normativamente e che possano, soprattutto, coprire tutte le situazioni immaginabili¹⁵⁶.

In risposta proprio alla dubbia fattibilità di scelte predeterminate in maniera generalizzata, autorevole dottrina ha sostenuto che il diritto penale e specificamente la disciplina delle cause di giustificazione contenga già in sé l'arenale argomentativo per risolvere i conflitti in situazioni di necessità generati dai veicoli a guida autonoma¹⁵⁷.

La bontà di questa soluzione va confermata operando, però, alcune precisazioni riguardanti specificamente la principale categoria che viene in soccorso, quella dello stato di necessità.

Si ritiene, in particolare, che il richiamo a tale categoria non debba essere operato come fonte dell'orientamento etico applicabile: nonostante, al pari della legittima difesa, lo stato di necessità si connoti per «un fondamento naturalistico che rende autoevidenti i presupposti dell'agire lecito»¹⁵⁸, l'elasticità o, secondo autorevole dottrina, la vaghezza dei suoi requisiti è tale «che alla fin fine i tribunali sono chiamati a decidere circa l'antigiuridicità di una condotta nel quadro di una "ponderazione di interessi contrastanti"»¹⁵⁹. La sua strutturazione è, cioè, condizionata da e non

code to unconditionally save the driver. However, the driver's well-being cannot be put last, either».

¹⁵³ Sul punto si rinvia alla corrispondente parte del paragrafo 5.

¹⁵⁴ Si veda la nota 17. Si rappresenta in più che le preferenze raccolte partecipando al "gioco" possono essere espresse sulla base dei seguenti 9 fattori di scelta: 1. risparmiare gli esseri umani o risparmiare gli animali; 2. rimanere nella propria corsia o invadere l'altra; 3. risparmiare i passeggeri o risparmiare i pedoni; 4. risparmiare il maggior numero possibile di vite; 5. risparmiare gli uomini o risparmiare le donne; 6. risparmiare i giovani o risparmiare i vecchi; 7. risparmiare chi attraversa sulle strisce; 8. risparmiare i magri o risparmiare i grassi; 9. risparmiare le persone appartenenti a una classe sociale più alta.

¹⁵⁵ Così E. Awad, S. Dsouza, R. Kim, J. Schulz, J. Henrich, A. Shariff, J. Bonnefon e I. Rahwan, *op. cit.*, p. 60, per cui «*This does not mean that policymakers should necessarily go with public opinion and allow autonomous vehicles to preferentially spare children, or, for that matter, women over men, athletes over overweight persons, or executives over homeless persons—for all of which we see weaker but clear effects. But given the strong preference for sparing children, policymakers must be aware of a dual challenge if they decide not to give a special status to children: the challenge of explaining the rationale for such a decision, and the challenge of handling the strong backlash that will inevitably occur the day an autonomous vehicle sacrifices children in a dilemma situation*».

¹⁵⁶ M. Balistreri, *Macchine senza guidatore: considerazioni morali*, in MD 2019 p. 10 per cui però «superare il disaccordo può richiedere tempo perché in una società pluralistica, come la nostra, abbiamo concezioni del bene e della giustizia molto diverse. Ma questo risultato può essere raggiunto con il coinvolgimento delle diverse parti in causa (popolazione, ingegneri, programmatori, industrie automobilistiche, ecc.) ed un confronto sui valori che vogliamo vedere rappresentati a livello di progettazione».

¹⁵⁷ I. Coca Vila, *op. cit.*, p. 274-275.

¹⁵⁸ In questi termini F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, p. 144.

¹⁵⁹ Testualmente C. Burchard, *Principio di determinatezza e cause di giustificazione*, in *Diritto penale e processo*, 5/2020, p. 684.

determinante un dato orientamento etico¹⁶⁰; ed una conferma in questo senso è data dallo stesso dibattito dottrinale italiano sulla ricerca del suo fondamento¹⁶¹.

L'istituto può, invece, certamente venire in rilievo nel contesto in esame come categoria che, dando "voce" agli aspetti fattuali che neutralizzano il disvalore di azione o, secondo la tesi scusante, quello della colpevolezza, veicola il giudizio di meritevolezza di pena¹⁶².

Sussistendo un fatto fonte di responsabilità per il produttore o per gli altri soggetti professionali che stanno "dietro" il sistema, o di contro per il conducente, il ricorso a questa categoria permetterà di ritenerlo scusato o scriminato, a seconda delle circostanze, dell'impostazione adottata dal singolo ordinamento¹⁶³ o della veste dogmatica dottrinalmente riconosciuta¹⁶⁴.

In realtà, stando alla disciplina dell'art. 54 Cp, per i primi soggetti indicati lo stato di necessità non può che assumere una connotazione scriminante: presupponendo la loro responsabilità la conduzione del veicolo da parte del sistema, il requisito della costrizione non può che essere colto da quest'ultimo che in termini oggettivi, perdendo ogni connotazione psicologica. Allo stesso modo dovrebbe concludersi per la valutazione della sussistenza degli altri requisiti dello stato di necessità, quale, ad esempio, la proporzione che deve intercorrere tra il fatto dannoso che si è costretti a commettere per la necessità di salvare sé od altri e il pericolo attuale di un grave danno alla persona¹⁶⁵. Anche questo elemento finisce per acquisire contenuto eminentemente "tecnologico", dovendo essere riferito all'operatività e alla funzionalità del sistema.

Ulteriore questione da porsi è quella relativa all'incidenza sulla configurazione dello stato di necessità della previsione normativa di criteri etici di programmazione in quanto generativa di obblighi di conformazione.

Da valutare è, nello specifico, se l'osservanza di questi obblighi costituisca condizione aggiuntiva-innovativa dei requisiti dello stato di necessità od operi, di contro, come fattore che escluda a monte il sorgere di una responsabilità penale.

¹⁶⁰ Il condizionamento etico *ab externo* è messo in luce, come connotazione in sé delle cause di giustificazione, da F. Consulich, *op. cit.*, p. 38, il quale rappresenta come «nelle fasi di "etica sociale disomogenea", la legittimazione delle norme incriminatrici a tutela di valori più condivisi decresce drasticamente, ed è allora la giustificazione lo strumento elettivo di gestione del conflitto normativo tra diritti e doveri collidenti e ontologicamente controversi perché a forte connotazione ideologica».

¹⁶¹ In una prospettiva anche storica sulla ricerca di questo fondamento vedi F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano 2000, p. 36 ss..

¹⁶² E. Mezzetti, voce *Stato di necessità*, in *DigDPen* XIII 1997, p. 674.

¹⁶³ Tra gli ordinamenti esaminati peculiare è la posizione dell'ordinamento tedesco, nel quale convivono, con differenti presupposti ed effetti, uno stato di necessità giustificante (§ 34 StGB) ed uno stato di necessità scusante (§ 35 StGB). Come chiarito da G. Fornasari, voce *Inesigibilità*, in *DigDPen*, agg. X, 2018, p. 385, «la cesura fra le due disposizioni è netta», ancorando la prima disposizione l'esclusione dell'antigiuridicità del fatto ad «un bilanciamento nel quale l'interesse protetto deve prevalere chiaramente su quello leso», nella seconda, invece, per condurre all'esclusione della colpevolezza il legislatore tedesco «limita i beni tutelabili e i casi di soccorso di necessità, ma soprattutto non pone un problema di proporzione, bilanciando però questa estensione applicativa con una espressa clausola di esigibilità» in quanto si basa sull'esposizione ad un pericolo grave per la vita, l'integrità o la libertà dello stesso soggetto agente o di altri con cui egli abbia relazioni di parentela o di stretta vicinanza.

¹⁶⁴ Su questo dibattito nel contesto italiano si rinvia, quali Autori che qualificano lo stato di necessità come causa di giustificazione, a C.F. Grosso, *Necessità (stato di)*, in *ED XXVII*, Milano 1977, p. 894 ss.; Id., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano 1964; G. Azzali, *Stato di necessità (Diritto penale)*, in *NssDI*, XVIII, 1971, p. 356 ss.; G. De Francesco, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli 1978. Lo considerano, invece, come scusante R. Dolce, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano 1957, 27 ss.; F. Viganò, *op. ult. cit.*; M. Ronco, art. 54, in, *Codice Penale commentato on line*, a cura di M. Ronco, B. Romano, consultabile nella banca dati *One legale*, per cui la costrizione, insieme all'inevitabilità altrimenti del pericolo, comporta che «l'agente deve aver agito in forza di una necessità cogente e imperiosa che non gli lasciava alternative diverse rispetto a quelle di violare la legge ovvero di subire il danno». In posizione intermedia tra le due teorie cfr. E. Mezzetti, *op. cit.*, p. 670 ss..

¹⁶⁵ Senza alcuna pretesa di esaustività, al riguardo si rinvia a F. Bellagamba, *Il limite della proporzione nello stato di necessità*, in *DPP* 2002, p. 757 ss.; G. Nicolussi, *Stato di necessità in materia penale. Attualità del pericolo e inerenzia alla persona*, in *GM* 2013, p. 2188 ss.; R. Cappitelli, *Stato di necessità e pericolo attuale di danno grave alla persona*, in *CP* 2018, 245 ss..

Ad avviso di chi scrive preferibile è l'ultima ipotesi perché, come risulta soprattutto dalla proposta inglese, una programmazione anche "eticamente" orientata è parte del giudizio d'idoneità del sistema intelligente alla circolazione. Emerge così come non si tratti solo di una questione etica, ma di precondizione necessaria imposta dalla prospettiva di sicurezza "collettiva" richiesta dalla natura sociale-interattiva della circolazione stradale.

Muovendo proprio da questa prospettiva, i legislatori nazionali dovrebbero valutare di prevedere l'applicabilità dello stato di necessità al produttore del veicolo con sistema di guida autonoma quale impresa, anziché quale soggetto umano.

Questa proposta, al pari del ricorso alla *corporate liability*¹⁶⁶, eviterebbe fittizie attribuzioni, sopperendo anche sul punto alle difficoltà eziologiche e soggettive che sono soprattutto poste dai sistemi intelligenti più autonomi.

La sua bontà dal punto di vista fenomenologico si collegherebbe, inoltre, alla circostanza che l'evento lesivo derivante dalla collisione inevitabile rientrerebbe tra i fattori di rischio non preventivabili nel fornire prestazioni in sicurezza del sistema.

Venendo invece al conducente, l'applicazione dello stato di necessità non sembra presentare peculiarità nel caso in cui la collisione inevitabile avvenga nel corso della sua guida, ripresentandosi la questione, a seconda della natura scriminante o scusante che si conferisce all'istituto, della rilevanza della percezione personale del pericolo e del turbamento psicologico¹⁶⁷.

Stessa conclusione potrebbe essere applicata anche al responsabile tecnico della *technische Aufsicht* della legge tedesca e all'autore dell'intervento a distanza della legge francese, quando questi assumano il controllo e la direzione del mezzo. In realtà, trattandosi di operatori professionali che intervengono a distanza sulla base del possesso di specifici requisiti, è preferibile sostenere che nei loro confronti la valutazione dell'operatività dello stato di necessità finisca per avere valenza essenzialmente oggettiva.

Ritornando al conducente, deve evidenziarsi la diffusione di sistemi di guida intelligenti attivabili e disattivabili sempre dall'utente e la tendenza normativa a slegare il passaggio alla guida manuale dalla presenza di una domanda tecnologica di subentro.

Tali fattori possono contribuire ad alimentare la configurazione della disattivazione umana del sistema come doverosa propri nei casi di collisione inevitabile.

Affinché l'omissione di tale condotta non sia punibile grazie proprio allo stato di necessità, la continuazione del dominio del sistema sulla guida dovrebbe risultare la soluzione "ottimale" nel sacrificio dei valori in gioco, secondo considerazioni probabilistiche di tipo "quantitativo" relative alle conseguenze collegate rispettivamente all'intervento umano e alla prosecuzione della guida intelligente.

Ad avviso di chi scrive, in realtà, questo giudizio ipotetico non riguarda la sussistenza dello stato di necessità, ma a monte la stessa configurabilità di una responsabilità da omessa disattivazione, la cui rilevanza penale richiederebbe in ogni caso la verifica di effettivi profili di colpa.

È questione da indagare, che afferisce, di contro, senza dubbio all'applicazione dello stato di necessità, l'incidenza che la convivenza dell'operatività automatica del sistema e di quella manuale

¹⁶⁶ Sul tema, ormai divenuto classico nel dibattito dottrinale, sia consentito rinviare senza alcuna pretesa di esaustività, rimandando anche al relativo corredo bibliografico nazionale e straniero, a B. M. Espejo, *op. cit.*, p. 8 ss.; I. Salvadori, *op. cit.*, p. 106; S. Preziosi, *Responsabilità da reato degli enti e Intelligenza Artificiale*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* 2020, p. 173 ss.; B. Panattoni, *Intelligenza artificiale: Le sfide per il diritto penale nel passaggio dall'automazione tecnologica all'autonomia artificiale*, in *DirInform* 2021, p. 317 ss.; C. Minelli, *La responsabilità "penale" tra persona fisica e corporation alla luce della Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *DPenCont* 2022, p. 50 ss..

¹⁶⁷ A favore di questa valutazione si veda L. Masera, *Lo stato di necessità ed il reato compiuto dalla vittima del delitto di riduzione in schiavitù*, in *GI* 2016, p. 1238; in senso critico, invece, F. Bellagamba, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *DPP* 2001, p. 495 ss..

dell'uomo possano avere sul modo d'intendere il requisito dell'estraneità alla causazione volontaria del pericolo, ai sensi dell'art. 54 Cp.

Bisogna domandarsi, in particolare, se questo requisito sia applicabile quando l'evento lesivo sia determinato dall'intervento umano in reazione ad un pericolo creato dal sistema stesso. Una risposta affermativa sembra possibile in considerazione dell'assenza di dominio del conducente sul fattore causale da cui discende il pericolo, quale appunto la guida condotta integralmente dal sistema intelligente.

8. Dall'analisi comparata svolta emerge con specifico riferimento alla *cybersecurity* dei veicoli a guida autonoma o automatica come i "soggetti" che stanno dietro al sistema, quali produttori e detentori¹⁶⁸, siano destinatari di diversi oneri. Apparentemente fissati solo ai fini dell'immatricolazione o comunque autorizzazione alla circolazione, questi oneri hanno, in realtà, un impatto che ricade sulle altre figure professionali che contribuiscono alla "fornitura" di un veicolo di questo tipo e alla sua operatività.

Il riferimento corre, ad esempio, ai fornitori dei sensori o ai responsabili delle reti e delle infrastrutture esterne di connessione.

Come sopra rappresentato, da questi oneri discendono possibili ricadute in termini anche di responsabilità¹⁶⁹, laddove il mancato rispetto degli standard sia causa diretta o anche concorrente dell'evento lesivo.

Prima di valutare quali siano in particolare i modelli dogmatici riferibili ad evenienze di questo tipo, si rappresenta come, nonostante la prospettiva sperimentale, apprezzabile della regolamentazione italiana sia l'adozione di una visione complessiva dell'"universo" infrastrutturale e soggettivo della mobilità *smart*¹⁷⁰. Questa scelta è perfettamente compatibile con la fenomenologia di base¹⁷¹.

Negli altri ordinamenti, di contro, assolutamente centrale e predominante risulta essere la figura del produttore del veicolo. In questo senso esplicito è l'ordinamento francese, che alla luce degli obblighi informativi, sembra, in maniera più esplicita rispetto agli altri, rifarsi al modello della responsabilità del produttore¹⁷².

È indubbio che nel contesto in esame un tale modello possa venire in rilievo¹⁷³, ma come chiarisce la stessa legge francese, con il richiamo esplicito alla colpa, non è né l'effetto automatico dell'esenzione di responsabilità del conducente¹⁷⁴, né opera di per sé in via sostitutiva.

¹⁶⁸ Si rinvia alla nota 33 per l'ordinamento tedesco.

¹⁶⁹ Si rinvia alla nota 102.

¹⁷⁰ Si rinvia alle note 95 e 96.

¹⁷¹ In questi termini davvero esemplificativi cfr. F. Santoni de Sio, G. Mecacci, *op. cit.*, p. 1062, per cui «*automated driving systems may make the network of agents involved in the driving more complex, just because more agents are involved and/or new forms of interactions are created. For instance, a vehicle may be operated by a driver D1, with the assistance of the automated driving system AS, produced by the car manufacturer X, powered with digital systems developed by the company Y, possibly including some form of machine learning developed by the company Z, and enriched by data coming from different sources, including the driving experience of drivers D2, D3...Dn; vehicles in this system are in principle subject to a standardisation process done by the agency S, the traffic is regulated by the governmental agency G, drivers are trained and licensed by the agency L etc.*».

¹⁷² Diffusamente in proposito il paragrafo 3.

¹⁷³ Per L. Picotti, *I primi vent'anni della Convenzione di Budapest nell'ottica sostanzialista e la mancata ratifica ed esecuzione del Primo Protocollo addizionale contro il razzismo e la xenofobia*, in DPP 2022, p. 1032, in assenza di modelli di regolamentazione, sono, comunque, valorizzabili «le indicazioni ricavabili dalla disciplina della responsabilità del produttore, da un lato, e da quella sulla protezione e circolazione dei dati personali, dall'altro, entrambe di derivazione europea, che impongono chiari oneri di valutazione preventiva dei rischi e, quindi, di loro adeguata gestione, a partire dalla fase della progettazione, produzione, messa in circolazione ed utilizzazione, secondo principi di *accountability* (by design e by default)».

¹⁷⁴ M. Giuca, *op. cit.*, p. 31, questo richiamo esplicito alla colpa avrebbe la funzione «di evitare interpretazioni tendenti ad affermare la responsabilità del produttore per gravi reati quali l'omicidio colposo e le lesioni colpose anche quando non vi è un controllo totale del veicolo da parte del sistema».

A prescindere, infatti, da una responsabilità del conducente, attivo o “potenziale”, il danno causato potrebbe, comunque, dipendere da un errato funzionamento o difetto del sistema¹⁷⁵. Quanto sopra fa emergere come la responsabilità in esame sia connaturale alla natura dei sistemi intelligenti, fungendo l’evoluzione tecnologica da fattore di accrescimento delle difficoltà eziologiche ed imputative¹⁷⁶.

La natura delle auto a guida autonoma quali sistemi complessi, combinazione di plurime componenti *software* e fisiche che richiedono cicliche manutenzione ed aggiornamenti, impone, poi, una considerazione soggettivamente ampia della nozione di produttore.

In ausilio, a valenza orientativa-ricostruttiva *de iure condendo*, può essere richiamata la proposta della nuova direttiva relativa alla *product liability*¹⁷⁷, che si pone in rapporto di complementarità con la proposta dell’*AI Act*, delineando quel regime di sicurezza applicabile *ex ante* ed *ex post* a valenza civilistica¹⁷⁸.

Nonostante questa valenza, sono valorizzabili in prospettiva anche penale le innovazioni apportate in ordine sia alla nozione di prodotto, con inclusione del software, sia dei parametri di difettosità, attraverso l’aggiunta dei profili di cybersecurity e l’estensione del danno anche alla perdita e corruzione di dati¹⁷⁹.

Con riguardo a quest’ultimi, le scelte normative sulle auto a guida autonoma si connotano, a fronte di un’operatività dipendente dai dati, per l’imposizione anche di obblighi di condivisione e trasmissione delle informazioni raccolte a favore altresì delle autorità con funzione di accertamento delle infrazioni e dei sinistri.

Quanto sopra comporta forme di efficientamento del controllo pubblico in funzione preventiva della sicurezza della circolazione stradale e, pertanto, della vita umana.

Allo stesso tempo queste forme chiamano, però, in causa anche questioni di proporzionalità dell’ingerenza sulla sfera privata¹⁸⁰.

Emblematica per l’equilibrio garantista raggiunto sul punto è la legge tedesca, che facendo salve espressamente le norme sul trattamento dati, non solo impone in generale precauzioni per un consenso effettivo¹⁸¹, ma definisce anche le ipotesi e le condizioni di memorizzazione e di trasmissione ed il tipo di dati trasmissibili.

Rinviando a disposizioni regolamentari che dovranno essere adottate sul punto, è consentita, in particolare, la trasmissione delle informazioni sul tempo e luogo del passaggio alla conduzione manuale anche alle autorità competenti, secondo le leggi statali dei *Länder*, a punire le violazioni stradali, ma limitatamente ad attività accertative in corso¹⁸².

¹⁷⁵ C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da ‘mezzo’ ad ‘autore’ del reato?*, cit., p. 1751.

¹⁷⁶ Su queste difficoltà v. C. Piergallini, *op. cit.*, p. 1753; con specifico riferimento a quelle relative al riconoscimento di una colpa del produttore di sistemi di *machine learning* v. B. Fragasso, *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, in www.sistemapenale.it, 13.6.2023, p. 13 ss..

¹⁷⁷ Si tratta della proposta COM (2022) 495 final presentata della Commissione europea il 28.9.2022, insieme alla proposta di direttiva sulla responsabilità civile extracontrattuale per danni causati dall’intelligenza artificiale.

¹⁷⁸ E. Bellisario, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno resp.* 2023, p. 155.

¹⁷⁹ Diffusamente su queste novità in censo critico vedi G. Izquierdo Grau, *Software y algoritmos defectuosos: algunas consideraciones sobre la responsabilidad del desarrollador de software o de sistemas de inteligencia artificial*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política* 2023, p. 3 ss..

¹⁸⁰ Sulla necessità di un bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e l’interesse generale all’accertamento dei reati con riferimento alla *data retention* e alle indagini investigative a contenuto tecnologico, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e di alcune Corti Costituzionali europee, si rinvia a R. Flor, *Data retention, accertamento e repressione dei reati e tutela dei diritti fondamentali dell’individuo: fiat iustitia ruat caelum*, in *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico*, a cura di R. Flor, S. Marcolini, cit., p. 74 ss..

¹⁸¹ In questo senso e sulla necessità di individuare una base giuridica per le forme di trattamento dei dati operate dai veicoli autonomi N. Miniscalco, *Smart area, circolazione dei veicoli autonomi e protezione dei dati personali*, in *Smart Roads e Driverless Cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, a cura di S. Scagliarini, 2019, p. 27 ss.; M. C. Gaeta, *La protezione dei dati personali dell’Internet of Things: l’esempio dei veicoli autonomi*, in *DirInform* 2018, p. 174 ss..

¹⁸² In questo senso i già citati § 63a e § 63b StVG. Del primo si riporta per completezza di seguito il testo: «I veicoli a

Scelte di questo tipo evitano quelle forme di controllo *in itinere*, che contribuirebbero a rendere più efficiente l'azione repressiva¹⁸³, generando però, forme di *dataveillance*¹⁸⁴. Altrettanto discutibile potrebbe essere l'incorporazione nella stessa architettura interconnessa, tipica di questa mobilità, di presidi di vigilanza a valenza preventiva¹⁸⁵.

A prescindere da questi scenari futuristici, che impongono l'individuazione di un chiaro e selettivo fondamento normativo, ciò che emerge in maniera comune dalle normative esistenti è l'inerenza della "gestione" dei dati alla protezione della *cybersecurity*, che assume in questo contesto rilevanza sia infrastrutturale, sia informazionale o più propriamente personalistica a tutela della *privacy*¹⁸⁶.

Ad un livello più generale, è chiaro come l'assegnazione di una posizione di garanzia inerente alla sicurezza e alla corretta funzionalità del sistema intelligente e delle sue componenti si accompagni a vincoli pubblicistici.

In dottrina, con specifico riferimento alla connessione in generale tra *cybersecurity* ed intelligenza artificiale, si è prospettata l'investitura, attraverso l'imposizione di obblighi inerenti alla sua garanzia, degli operatori professionali e fornitori di questa tecnologia del ruolo di «tutore dell'ordine»¹⁸⁷.

Questa qualifica è doppiamente appropriata nello specifico ambito in esame perché, come già sperimentato in altri settori, si impongono agli operatori privati logiche collaborative a presidi d'interessi che prescindono dalla sfera economica e sono funzionali a preservare l'intervento proficuo *a posteriori* dell'azione repressiva.

9. In conclusione, le considerazioni sul ruolo dei diversi soggetti che interagiscono con il sistema o con la guida da questi condotta permettono di svolgere alcune osservazioni sulla ricorrenza

motore di cui al § 1a memorizzano le informazioni sulla posizione e sull'ora determinate da un sistema di navigazione satellitare quando il controllo del veicolo cambia tra il conducente e il sistema altamente o completamente automatizzato. Tale memorizzazione avviene anche se il sistema richiede al conducente del veicolo di assumere il controllo del veicolo o se è presente un guasto tecnico nel sistema. (2) I dati memorizzati ai sensi del comma 1 possono essere trasmessi su richiesta alle autorità competenti secondo le leggi statali dei Länder di punire le violazioni delle norme sul traffico. I dati trasmessi possono essere memorizzati e utilizzati da esse. L'ambito della trasmissione dei dati deve essere limitato a quanto necessario per stabilire quanto stabilito al comma 1 in relazione a procedure di controllo già avviate da tali autorità. Ciò non pregiudica l'applicazione delle norme generali sul trattamento dei dati personali. (3) Il detentore del veicolo deve provvedere alla trasmissione a terzi dei dati memorizzati ai sensi del comma 1 se: 1. i dati sono necessari per far valere, soddisfare o difendersi da rivendicazioni legali in relazione a un evento disciplinato nella § 7 comma 1; 2. l'autoveicolo corrispondente con funzione di guida automatizzata è stato coinvolto in questo evento. Il comma 2, terzo periodo si applica di conseguenza. (4) I dati memorizzati ai sensi del comma 1 devono essere cancellati dopo sei mesi, a meno che l'autoveicolo non sia stato coinvolto in un evento disciplinato dal § 7 comma 1; in tal caso i dati dovranno essere cancellati dopo tre anni. (5) In relazione a un evento disciplinato dal § 7 comma 1, i dati memorizzati ai sensi del comma 1 possono essere trasmessi a terzi in forma anonima per scopi di ricerca sugli infortuni».

¹⁸³ Per E. E. Joh, *Policing the smart city*, in *International Journal of Law in Context*, 15/2019, p. 180, addirittura «autonomous vehicles programmed to follow rules (and that can be halted by police if necessary) might render certain kinds of regulatory offences impossible».

¹⁸⁴ Su questo concetto, come forma di sorveglianza attuata mediante la raccolta di dati, vedi B. Arrigo e B. Sellers, *The Pre-Crime Society: Crime, Culture and Control in the Ultramodern Age*, 2021, pp. 201-202.

¹⁸⁵ G. Tavella, *Polizia predittiva e smart city: vecchie e nuove sfide per il diritto penale*, in www.civilitadellemacchine.it, 15.2.2022, pp. 10-11, valorizzando il connubio tra *smart city* e attività di polizia in termini d'incorporazione della prevenzione nella stessa architettura urbanistica, evidenzia come «ad esempio, (...) un veicolo, interagendo con i sensori stradali, potrebbe impedire al guidatore di superare il limite di velocità consentito, di passare con il rosso, o, più in generale, di trasgredire una norma del Codice della strada».

¹⁸⁶ Su questa triplice rilevanza cfr. R. Flor, *Le indagini ad alto contenuto tecnologico fra esigenze di accertamento e repressione dei reati e tutela penale di tradizionali e nuovi beni giuridici nell'era digitale*, cit., p. 155 ss..

¹⁸⁷ R. Flor, *Cybersecurity for Artificial Intelligence e diritto penale: prime riflessioni nel prisma del diritto europeo*, cit., p. 791.

nell'ambito della mobilità intelligente sia di forme di cooperazione colposa¹⁸⁸, sia di margini di ammissibilità del principio di affidamento¹⁸⁹.

Si tratta di temi non nuovi per la circolazione stradale¹⁹⁰, ma che qui devono confrontarsi con il fattore tecnologico. Nello specifico, questo fattore come sopra rappresentato ha generato, da un lato, l'emergere di posizioni di garanzia, dall'altro, la configurazione di nuove cautele doverose. Queste due esiti non possono non essere considerati ai fini della valutazione di operatività di entrambi gli istituti sopra richiamati.

Con specifico riferimento ai diversi operatori professionali coinvolti nel ciclo di vita di un sistema intelligente sembra ammissibile la configurabilità di forme di cooperazione colposa, ulteriori e diverse dalla responsabilità colposa monosoggettiva.

La «gestione contestuale di un rischio comune» rende possibile quella «interazione consapevole di comportamenti che diventano collettivamente colposi in virtù dell'innalzamento della soglia del pericolo innescato da azioni sinergiche»¹⁹¹.

Conclusioni analoghe, in presenza del relativo requisito soggettivo¹⁹², sono riferibili anche ai controllori a distanza: una loro condotta cooperante, diversa dalla violazione colposa monosoggettiva degli obblighi nascenti dalla loro posizione, sembra, infatti, ipotizzabile già a priori in considerazione dell'area di rischio loro deputata, che cumula la sorveglianza sia sulla guida sia sul sistema, dovendone controllare il funzionamento ed in certi casi anche dirigerne l'operatività. In forza di questa vasta area, è possibile che si crei una compenetrazione dei comportamenti inosservanti, che «formano una 'genetica' del pericolo»¹⁹³.

Più complessa è la questione per quanto riguarda il conducente potenziale, rispetto al quale è stata qui predicata la preferenza per l'assenza di una posizione di garanzia.

La giurisprudenza ritiene che la diversità della qualifica soggettiva non sia ostativa al riconoscimento della cooperazione colposa, laddove il soggetto non garante abbia contribuito «con la propria condotta cooperativa all'aggravamento del rischio, fornendo un contributo causale giuridicamente apprezzabile alla realizzazione dell'evento, ancorché la condotta del cooperante in sé considerata, appaia tale da non violare alcuna regola cautelare, essendo sufficiente l'adesione intenzionale dell'agente all'altrui azione negligente, imprudente o inesperta, assumendo così sulla sua azione il medesimo disvalore che, in origine, è caratteristico solo dell'altrui comportamento»¹⁹⁴.

Senza alcuna pretesa di esaustività e con considerazioni che sono limitate esclusivamente al presente lavoro, questo *modus ragionandi* dovrebbe essere coniugato con la verifica, da un lato, di vincoli di protezione del garante sul conducente potenziale, e, dall'altro, dell'effettiva afferenza della condotta di quest'ultimo allo specifico rischio oggetto di garanzia.

Rispetto ad entrambi gli aspetti, si segnala che, proprio in forza dell'entità della posizione di garanzia attribuita ai soggetti “dietro il sistema”, il contributo del conducente potenziale sembra assumere una

¹⁸⁸ Sull'origine storica ed evoluzione dogmatica di questo istituto, anche per i necessari riferimenti bibliografici, si veda L. Risicato, *Cooperazione colposa*, in *Enc. Dir.*, I Tematici II, 2021, p. 321 ss.; P. Severino, *La cooperazione nel delitto colposo*, 1988.

¹⁸⁹ Su questo canone ermeneutico di origine tedesca, ma recepito anche nella letteratura e prassi italiana si rinvia per un'ampia disamina a M. Mantovani, *Affidamento (Principio di)*, in *ED*, I Tematici II, 2021, p. 1 ss.

¹⁹⁰ M. Mantovani, *op. cit.*, p. 14, rappresenta come i casi giurisprudenziali di applicazione di questo principio in tale specifico contesto siano più che rari in conseguenza della ricorrenza di previsioni normative che di fatto impongono al conducente l'obbligo di prevedere le imprudenze altrui.

¹⁹¹ Testualmente L. Risicato, *Cooperazione in eccesso colposo: concorso “improprio” o compartecipazione in colpa “impropria”?*, nota a Cass. Sez. IV 16.1.2009, n. 1786, in *DPP* 2009, p. 583-584.

¹⁹² Per L. Risicato, *Cooperazione colposa*, cit., p. 331, la colpa di concorso, quale consapevolezza di concorrere all'altrui fatto materiale, segna nei reati causali puri l'ampliamento del dovere di diligenza, ricomprendendo anche la prevedibilità delle conseguenze del fatto comune.

¹⁹³ Così F. Consulich, *Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in www.lalegislaZIONEpenale.eu, 28.3.2022, p. 30.

¹⁹⁴ Così Cass. Sez. IV 18.10.2013, n. 43083, in *CP* 2014, con nota di C. Brusco, *L'effetto estensivo della responsabilità penale nella cooperazione colposa*, p. 2870 ss..

connotazione autonoma in virtù della sua afferenza diretta ed esclusiva alla conduzione dell'attività di guida.

Questo dato, che farebbe già propendere per l'esclusione della cooperazione colposa a favore dell'operatività del regime di cui all'art. 41, comma 3, c.p.¹⁹⁵, mette in luce come il punto di contatto tra l'operatività garantista degli operatori professionali e quella del conducente potenziale sia costituito dall'interazione con il sistema, quale momento di emersione di quelle circostanze che impongono la ripresa della conduzione manuale.

Esclusivamente in proposito sono ipotizzabili momenti di reciproca intersezione, che sono in realtà già oggetto di apposita normazione, attraverso cautele che sembrano escludere o attenuare la portata dell'inadempimento precedente.

Lo stesso dovere di un'attivazione informata e conforme del sistema di guida in capo al conducente potenziale sembra valorizzabile nella prospettiva segnalata, influenzando anche sui limiti del riconoscimento di un principio di affidamento.

Questo principio, di cui discusso è il fondamento e la collocazione dogmatica¹⁹⁶, ha stentato a trovare pieno riconoscimento nel settore della circolazione stradale a causa della «impossibilità di fondare l'affidamento su una previa conoscenza degli altri soggetti, nonché il carattere non sinergico delle attività dei partecipanti, ciascuna immediatamente votata al proprio singolo fine»¹⁹⁷. Come è stato messo in luce, è stato il «diffuso allarme sociale rispetto alla criminalità colposa stradale», che ha fatto soccombere questo principio a ragioni repressive o di natura generalpreventiva¹⁹⁸, particolarmente presenti nella «parabola» punitiva dell'omicidio stradale¹⁹⁹.

A quanto sopra denunciato, si aggiunge la stessa tendenza a considerare il conducente come garante, attribuendogli doveri d'impedimento delle negligenze ed imprudenze altrui.

Esclusa, per le ragioni addotte, l'estensibilità di questa tesi, di per sé non condivisibile, anche al conducente potenziale²⁰⁰, nel caso di specie l'esclusione o l'ammissibilità del principio di affidamento dovrebbe incontrare come limite esclusivo il contegno imprudente imprevedibile altrui²⁰¹.

Nella circolazione con i veicoli in esame un contegno di tal fatta può essere, però, riferito anche alle prestazioni del sistema intelligente, la cui operatività presuppone e dovrebbe essere il risultato del corretto espletamento dei differenti oneri gravanti sui vari operatori professionali.

Confermativa in questo senso è la circostanza che i segnali di allarme che potrebbero escludere l'affidamento debbano essere colti nell'interazione col sistema stesso. Da quanto sopra, ad avviso di

¹⁹⁵ Come messo in luce da L. Riscato, *Rileggendo Cesare Pedrazzi, il concorso di persone nel reato, Palermo, 1952*, in www.discrimen.it, 23.2.2021, la differenza, chiaramente indicata dall'Illustre maestro, sta nella circostanza che la condotta rilevante ex art. 41 co. 3 Cp realizza perfettamente la causalità giuridica, mentre «la condotta di partecipazione colposa può quindi essere priva di un'immediata connessione di rischio con l'evento lesivo, diventando pericolosa solo grazie all'interferenza con la condotta (direttamente) colposa del terzo».

¹⁹⁶ Sul punto F. Mantovani, *Il Principio di affidamento nel diritto penale*, in *RIDPP* 2009, p., che lo definisce come inerente «a situazioni di rischio, implicanti la convergenza di attività rischiose, giuridicamente autorizzate, di più soggetti con «obblighi divisi» (cioè di diverso contenuto) di diligenza (es.: circolazione stradale, attività chirurgica in équipe) - ciascun soggetto può e deve potere confidare nel corretto comportamento degli altri soggetti, cioè nel rispetto da parte loro delle «regole cautelari», scritte o non scritte, proprie delle rispettive attività da essi svolte ed aventi la funzione preventiva di escludere o contenere la pericolosità delle stesse».

¹⁹⁷ A. Cappellini, *Circolazione stradale e principio di affidamento: l'impervio cammino della personalizzazione dell'illecito colposo*, nota a Cass. Sez. IV 10.5.2017, n. 27513, in *Parola alla difesa*, p. 653.

¹⁹⁸ A. Cappellini, *op. ult. cit.*

¹⁹⁹ Si rinvia alla nota 109.

²⁰⁰ *Contra* M. Lanzi, *Self-driving cars e responsabilità penale*, cit., p. 169, per cui l'attribuzione di una posizione di garanzia e la conseguente esclusione del principio di affidamento si ricollegano ad «una valutazione di maggiore fiducia nella capacità di vigilanza dell'uomo rispetto alle imprevedibili (e sul piano sociale inaccettabili) decisioni di comportamento lesivo della macchina».

²⁰¹ P. Veneziani, *Omicidio stradale e responsabilità colposa*, cit., p. 854.

chi scrive, deriva che il riconoscimento dell'affidamento nei confronti del conducente assuma le sembianze di limite negativo di una *culpa in interagendo*²⁰² a destinatario tecnologico.

²⁰² V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in www.discrimen.it, 15.5.2020.

FUNZIONE COMUNICATIVA DEL DIRITTO PUNITIVO E CONTRONARRAZIONE MEDIATICA IN MATERIA DI ANTISEMITISMO

di Filippo Venturi** (*Assegnista di ricerca in diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa*)

Il presente scritto, impiegando una prospettiva di ricerca interdisciplinare, si propone di argomentare due tesi: la prima è che il rapporto tra diritto e antisemitismo è più complesso di quanto si tende comunemente a ritenere; la seconda è che i media istituzionali, riflettendo e alimentando un'erronea e semplicistica visione di tale rapporto, tendono a enfatizzare il ruolo del diritto penale e, al contempo, a sottovalutare la valenza stigmatizzante delle sanzioni giuridiche alternative. Il contributo è pertanto strutturato come segue. In primo luogo, si presenta "l'orizzonte di aspettative" dei media (e della collettività più in generale) con riguardo alla criminalizzazione dell'antisemitismo. Successivamente, si offre una schematica rappresentazione della complessità del rapporto tra diritto (punitivo) e antisemitismo, così da provare l'erroneità delle predette attese. Di seguito, si presenta l'analisi di tre casi che, da un lato, dimostrano l'eterogeneità delle risposte sanzionatorie dell'ordinamento giuridico a condotte che manifestano connotati antisemiti e che, dall'altro, rappresentano i principali vizi dell'attitudine comunicativa dei media istituzionali a tal riguardo. Dopo aver riflettuto criticamente sull'efficacia simbolica delle sanzioni alternative, si descrivono quindi alcune raccomandazioni in materia di comunicazione (mediatica) del rapporto tra diritto punitivo e antisemitismo volte a ripristinare una efficace contronarrazione (istituzionale) di contrasto a tale fenomeno. Infine, si traggono alcune conclusioni generali sulla valenza costitutiva che la dimensione giuridica (latamente intesa) ha nella definizione, comprensione, prevenzione e repressione dell'antisemitismo.

Using an interdisciplinary research perspective, this paper argues two propositions. First, that the relationship between law and antisemitism is more complex than is generally assumed. Second, that the institutional media, by reflecting and promoting an erroneous and simplistic view of this relationship, tend to emphasise the role of criminal law while underestimating the stigmatising value of alternative legal sanctions. The paper is therefore structured as follows. First, the horizon of media (and community) expectations regarding the criminalisation of antisemitism is presented. Then, a schematic description of the complexity of the relationship between (criminal) law and antisemitism is offered in order to demonstrate the fallacy of these expectations. The paper then presents an analysis of three cases that illustrate the heterogeneity of legal responses to antisemitic behaviour, as well as the main shortcomings of the institutional media narrative in this regard. After a critical consideration of the symbolic efficacy of alternative legal sanctions, a series of recommendations for the (media) communication of the relationship between criminal law and antisemitism are described, aimed at restoring an effective (institutional) counter-narrative to this phenomenon. Finally, some general conclusions are drawn on the constitutive value of the legal dimension in defining, understanding, preventing and combating antisemitism.

SOMMARIO: 1. La trascurata dimensione giuridico-comunicativa dell'antisemitismo. – 2. Metodo e tesi di un progetto di ricerca interdisciplinare. – 3. La (parziale) delusione dell'orizzonte di aspettative sulla criminalizzazione dell'antisemitismo. – 4. La complessità del rapporto tra antisemitismo e diritto punitivo. – 4.1. Ragioni patologiche e fisiologiche dell'irrilevanza penale dell'antisemitismo. – 5. Analisi di casi di antisemitismo giuridicamente e mediaticamente rilevanti. – 5.1. Caso 1. Espressioni negazioniste. – 5.2. Caso 2. Simboli antisemiti. – 5.3. Caso 3. Cori antisemiti. – 6. La capacità comunicativa delle sanzioni punitive alternative. – 6.1. Alcune raccomandazioni. – 7. La natura costitutiva della dimensione giuridica dell'antisemitismo e l'esigenza di una corretta comunicazione mediatica.

1. La letteratura in merito ai profili storici, politici, sociologici e, più in generale, culturali dell'antisemitismo è ormai sconfinata¹. E sta ulteriormente crescendo, posto che, come dimostrano i tragici avvenimenti dell'ultimo periodo², l'antisemitismo rappresenta un allarmante fenomeno globale che, alla stregua di un odioso parassita, continua ad infestare in forma larvata le società occidentali nell'attesa di situazioni propizie per potersi manifestare in tutta la sua violenza.

Del resto, già l'*Antisemitism worldwide report for 2022* ha evidenziato che i dati riguardanti gli episodi di antisemitismo del 2022 «are not encouraging. The record-levels of 2021 were attributed in part to the exceptional social tensions created by the Covid-19 epidemic and the political tensions created by the Guardian of the Walls operation in Gaza. The data for 2022 suggest that the motivations for present-day antisemitism are not transient as some may have hoped»³. In altri termini, l'antisemitismo è un atteggiamento culturale profondamente radicato nell'inconscio collettivo delle società occidentali, la cui recrudescenza può essere determinata da fattori contingenti ma la cui presenza è tutt'altro che transitoria.

Inoltre, proprio in quanto l'antisemitismo è – come lo ha definito Sartre – «une attitude globale [...] à la fois une passion et une conception du monde»⁴, esso evolve in corrispondenza del progresso tecnologico, del cambiamento dei rapporti di politica internazionale e, più in generale, del mutamento sociale. Per questa ragione, alcuni studiosi hanno sviluppato il concetto di *new antisemitism* (o neo-antisemitismo), il quale tende ad includere anche forme di antisionismo⁵. Detta nozione, tuttavia, è stata contestata in quanto da taluni reputata come eccessivamente politicizzata, tanto da determinare il venir meno di un «common language» con cui cogliere e discutere la complessità del problema⁶.

* Disclaimer: questo articolo è uno dei prodotti della ricerca interdisciplinare condotta nell'ambito del Progetto 2022 "HIDEANDOLA" (*Hidden Antisemitism and Communicative Skills of Criminal Lawyers and Journalists* - GA n. 101049699), co-finanziato dall'Unione Europea nell'ambito del programma CERV. Le opinioni e le osservazioni espresse sono dell'Autore soltanto e non riflettono quelle dell'Unione Europea o del DG Just. Né l'Unione Europea né il DG Just, quindi, possono essere ritenuti responsabili di esse.

• L'Autore ringrazia tutti i suoi colleghi e colleghe della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, dell'Università di Pisa, dell'Università di Firenze, dell'Università di Palermo, del Centro di Documentazione Ebraica Contemporanea e dell'Osservatorio di Pavia per il loro lavoro di ricerca e per le stimolanti conversazioni cui ha avuto il privilegio di poter partecipare.

¹ Tra i più recenti, *ex multis*, L. Maizels, *What is Antisemitism? A Contemporary Introduction*, New York 2023; a cura di A. Tarquini, *The European Left and the Jewish Question, 1848–1992. Between Zionism and Antisemitism*, Svizzera 2021; a cura di A.H. Rosenfeld, *Contending with antisemitism in a rapidly changing political climate*, Indiana 2021; a cura di M. Curtis, *Antisemitism in the Contemporary World*, New York 2021; D.E. Lipstadt, *Antisemitism. Here and Now*, New York 2019; S. Beller, *Antisemitism: A Very Short Introduction*, Oxford 2015; K.L. Markus, *The Definition of Antisemitism*, Oxford 2015. Tra i volumi in italiano, si segnalano, G. Luzzatto Voghera, *Antisemitismo a Sinistra*, Torino 2007 e R. Calimani, *Storia del pregiudizio contro gli ebrei. Antigiudaismo, antisemitismo, antisionismo*, Milano 2007.

² Tanto in Italia quanto negli Stati Uniti si è assistito a un incremento notevole degli episodi di antisemitismo, che sono quasi triplicati nel mese successivo all'attacco di Hamas del 7 ottobre 2023. Secondo l'Osservatorio Antisemitismo del CDEC (i cui dati sono pubblici e accessibili a questo [link](#)), infatti, nell'ottobre 2023 si sono registrati in Italia 50 episodi di antisemitismo (mentre nell'Ottobre 2022 erano stati 21). Negli Stati Uniti, invece, secondo l'Anti-Defamation League (anche in questo caso, i dati sono pubblici e accessibili al seguente [link](#)), tra il 7 ottobre e il 7 novembre 2023 si sono registrati ben 832 episodi di antisemitismo (mentre nello stesso periodo del 2022 erano stati 200).

³ The Center for the Study of Contemporary European Jewry and The Anti-Defamation League, *Antisemitism Worldwide Report for 2022*, aprile 2023, 5. Il report, comunque, evidenzia l'esigenza che ciò di cui si ha bisogno nello studio dell'antisemitismo è la precisione (*accuracy*), e non il sensazionalismo.

⁴ Jean. P. Sartre, *Réflexions sur la question juive*, Parigi 1946, 19.

⁵ In Italia, M. Santerini, *I mille volti del neo-antisemitismo*, in *Vita e Pensiero*, No. 2, 2020, 14-19. Si v. anche K.L. Marcus, *The Ideology of New Antisemitism*, in *Deciphering the New Antisemitism*, a cura di A.H. Rosenfeld, Bloomington 2015, 21-42 e R. Stauber, *The Academic and Public Debate over the Meaning of the "New Antisemitism"*, in *The Yale Papers: Antisemitism in Historical Perspective*, a cura di C. Small, New York 2015.

⁶ A. Lerman, *Whatever Happened to Antisemitism? Redefinition and the Myth of the 'Collective Jew'*, Londra 2022, 44 e 45. Si vedano anche 13 e 14 e, *amplius*, da 267 a 272.

È innegabile, comunque, che l'antisemitismo oggi assuma forme nuove, non necessariamente violente o esplicite, bensì a volte nascoste o implicite. Si è parlato, pertanto, di *hidden antisemitism*⁷. Anche questa nozione, però, rischia di prestarsi alle medesime criticità richiamate poc'anzi. Tuttavia, essa ha una indubbia valenza euristica nell'evidenziare la natura multiforme ed eterogenea delle manifestazioni d'odio antisemita, le quali presentano una fenomenologia alquanto complessa con cui anche il diritto (penale) deve fare i conti. Anzi, a ben vedere, la nozione di antisemitismo nascosto è rivelatrice dell'importanza della reazione dell'ordinamento giuridico nel determinare le forme di manifestazione di questo fenomeno. Come ha osservato la professoressa Milena Santerini in un recente convegno, infatti, la nozione di «antisemitismo nascosto significa che l'antisemitismo è un atteggiamento culturale arcaico che persiste nella nostra società, nelle pieghe dell'inconscio collettivo. È nascosto proprio perché abbiamo eretto una diga, ossia la diga dei diritti umani [e del diritto più in generale], che ci comunica che questo atteggiamento è illegale»⁸.

Proprio perché vietato e punito dall'ordinamento giuridico, dunque, l'antisemitismo tende oggi ad essere implicito e latente, manifestandosi in modo più violento ed esplicito solo in circostanze eccezionali – come quelle determinate dagli accadimenti successivi al 7 ottobre 2023 – le quali ne rivelano la reale portata.

Proprio la dimensione giuridica dell'antisemitismo pare, però, essere stata trascurata. Con simile espressione non si intende far riferimento alla sola disciplina legale del fenomeno, posto che esistono studi che offrono una ricognizione degli strumenti preposti al contrasto dell'antisemitismo⁹. In Italia, in particolare, la dottrina si è soffermata sul tema – assai dibattuto dal punto di vista politico-criminale – del negazionismo¹⁰. Ciò che pare mancare è invece una riflessione in ordine alla valenza comunicativa della regolazione giuridica dell'antisemitismo, alla sua narrazione mediatica e alle aspettative della collettività in merito alla risposta dell'ordinamento a tale forma di discriminazione. In altri termini, ad essere assente è una considerazione del ruolo che il diritto (anche, ma non solo, penale) ha nell'influenzare la percezione (e più radicalmente, la comprensione) pubblica dell'antisemitismo, nonché le sue stesse forme di manifestazione.

Tale prospettiva d'analisi, però, non si presta ad essere sviluppata mediante un metodo meramente tecnico-giuridico. Al contrario, per tematizzare la valenza costitutiva che il diritto ha con riguardo all'antisemitismo, è necessario un approccio interdisciplinare, capace di incorporare anche saperi storici, sociologici e relativi ai media. La complessità di una ricerca di tal genere è, probabilmente, la ragione per cui è finora mancata una riflessione complessiva sulla dimensione giuridica (e comunicativa) dell'antisemitismo.

2. Proprio per affrontare tale questione, è stato sviluppato il progetto europeo HIDEANDOLA (*Hidden Antisemitism and Communicative Skills of Criminal Lawyers and Journalists*), che ha riunito un gruppo di ricercatori composto da studiosi del diritto penale, sociologi della comunicazione, storici ed esperti di media¹¹.

⁷ T. W. Smith e B. Schapiro, *Antisemitism in contemporary America*, in A. Dashefsky e I. Sheskin (eds.), *American Jewish Yearbook 2018*, New York, 2019, 150.

⁸ M. Santerini, *Relazione al Convegno Conclusivo del progetto HIDEANDOLA*, 15.11.2023.

⁹ Si pensi a European Union Agency for Fundamental Rights, *Overview of antisemitic incidents recorded in the European Union between 2011 and 2021*, 2022, 10-20.

¹⁰ Ex multis, A. Macchia, *Negazionismo, discriminazione e crimini d'odio: verso nuove frontiere?*, in CP 2022, 26 ss.; P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in RIDPP 2014, 1815 ss. e, soprattutto, E. Fronza, *Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, New York, 2018. Tra i pochi studi di portata più ampia in materia di antisemitismo, si segnala G. Canzio, 2021. *Una svolta storica. Dalle provvidenze a favore delle vittime delle persecuzioni razziali alla strategia nazionale di contrasto all'antisemitismo*, in Crim 2020, 43 ss. In termini più generali, in tema di discriminazioni e hate speech, si v. A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, "discorso d'odio" e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano 2020 e C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2008.

¹¹ Per maggiori informazioni riguardanti il progetto, si veda questo [link](#).

La ricerca si è focalizzata sull'Italia, la quale è stata reputata un caso studio appropriato per molteplici ragioni. Innanzitutto, l'ordinamento italiano criminalizza l'antisemitismo all'art. 604-bis Cp¹² nell'ambito di una più generale disciplina penale di condotte discriminatorie (sebbene il co. 3 menzioni esplicitamente il negazionismo). In secondo luogo, il panorama dell'informazione digitale in Italia¹³ presenta le problematiche più comuni dell'epoca contemporanea, tra cui in particolare la disinformazione (da intendersi come diffusione intenzionale di *fake news*), la misinformazione (da intendersi come diffusione non intenzionale di *fake news*) e la polarizzazione (da intendersi come l'uso selettivo di notizie vere per promuovere specifiche idee o rappresentazioni contro determinati soggetti)¹⁴. Inoltre, anche in Italia, come in altri Paesi europei, si è assistito a una recrudescenza degli episodi di antisemitismo nel 2022¹⁵ (e – per ragioni note – negli ultimi mesi del 2023). Infine, l'Italia presenta le caratteristiche tipiche delle nuove forme di antisemitismo, il quale tende ad essere trasversale agli opposti estremismi politici e, negli ambienti digitali, a non essere limitato ai soli social network, manifestandosi anche in siti e blog che diffondono *fake news*¹⁶.

Per tematizzare la valenza simbolica e narrativa della reazione dell'ordinamento giuridico italiano all'antisemitismo, il progetto HIDEANDOLA ha combinato due tipi di analisi. Il primo ha riguardato il panorama informativo in materia di antisemitismo¹⁷. Il secondo, invece, è consistito in uno studio qualitativo di alcuni recenti episodi di antisemitismo, della loro emersione giuridica e della loro copertura mediatica¹⁸. Di tale secondo aspetto della ricerca si intende dar conto in questa sede.

In particolare, il presente scritto mira ad argomentare, essenzialmente, due tesi: la prima è che il rapporto tra diritto e antisemitismo è più complesso di quanto si tende comunemente a ritenere; la seconda è che i media istituzionali, riflettendo e alimentando un'erronea e semplicistica visione di tale rapporto, tendono a enfatizzare il ruolo del diritto penale e, al contempo, a sottovalutare la valenza stigmatizzante di sanzioni giuridiche alternative. Dopo aver dimostrato queste due asserzioni, si tenterà quindi di proporre alcuni correttivi legislativi e comunicativi per ripristinare una efficace contronarrazione (istituzionale) di contrasto all'antisemitismo.

Infatti, se – come sosteneva Sartre – l'antisemitismo è «à la fois une passion et une conception du monde», allora per combatterlo efficacemente è necessario che la contronarrazione¹⁹ dell'ordinamento giuridico sia non solo chiara nell'esprimere la sua censura, ma anche efficacemente convogliata dai media. Anche l'antisemitismo, è, infatti, innanzitutto un'ideologia e una retorica d'odio. Pertanto, una sua «vera e durevole azione di contrasto non può prescindere dalla formulazione di contronarrazioni e narrazioni alternative»²⁰.

¹² In merito al quale sia sufficiente il riferimento a A. Spena, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Crim* 2016, 577 ss.

¹³ Su cui S. Russ-Mohl, *Fare giornalismo*, Bologna 2011.

¹⁴ Cfr., a tal riguardo, K. Born e N. Edgington, *Analysis of philanthropic opportunities to mitigate the disinformation/propaganda problem*, 2017, 4.

¹⁵ Osservatorio antisemitismo CDED, *Rapporto annuale sull'antisemitismo in Italia del 2022*, febbraio 2022, 40.

¹⁶ A tal proposito, si rinvia a Eurispes, *Rapporto Italia 2020*, 2020, 394-395.

¹⁷ Si v. *Studio sull'antisemitismo 2019-2021*, a cura dell'Osservatorio di Pavia e dell'Osservatorio Antisemitismo della Fondazione CDEC, accessibile al seguente [link](#). Cfr. anche G. Buoncompagni, *The perception of anti-semitic hatred in the Italian media and justice system*, in *Fieldwork in Religion*, 2023, 184 ss.

¹⁸ In generale, sul rapporto tra giustizia (penale) e media, si rinvia all'interessante indagine Osservatorio sull'informazione giudiziaria dell'Unione delle Camere Penali, *L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, 2016.

¹⁹ «Per contronarrazione si intende, generalmente, una narrazione a breve termine, che nasce come risposta diretta e più immediata a uno specifico discorso, o a una specifica narrazione, d'odio. Una contronarrazione ha quindi l'obiettivo di evidenziare le incoerenze della narrazione che si vuole contrastare, tentando così di sfidarla sullo stesso piano, indebolirla portandone a galla i meccanismi, smantellarla e delegittimarla». Così F. Faloppa, *Manuale di resistenza alla violenza delle parole*, Milano 2020, 191.

²⁰ Ancora F. Faloppa, *op. cit.*, 185.

Ebbene, chi scrive è convinto che la corretta rappresentazione mediatica del rapporto tra l'ordinamento giuridico e l'antisemitismo sia nevralgica allo scopo di costruire una contronarrazione efficace.

In effetti, sia la reazione dell'ordinamento statale all'antisemitismo sia una sua appropriata copertura giornalistica rappresentano due fattori fondamentali per il contrasto delle nuove forme di antisemitismo. Più nel dettaglio, l'assenza di uno di questi elementi pregiudica significativamente la definizione e censura collettive di tale fenomeno e, quindi, ne agevola la propagazione. Nei casi in cui i media offrono una rappresentazione errata del modo in cui il diritto penale e gli altri strumenti del diritto punitivo più in generale operano con riguardo all'antisemitismo, si osserva infatti un incremento dell'allarme sociale e della sfiducia nell'ordinamento statale.

Tuttavia, la ricerca condotta nell'ambito del progetto HIDEANDOLA ha rivelato che frequentemente i giornali offrono una narrazione semplicistica e fuorviante della relazione tra diritto (punitivo) e antisemitismo. Alla complessità fenomenologica dell'antisemitismo corrisponde, infatti, l'eterogeneità della reazione sanzionatoria dell'ordinamento, che – secondo un generale principio di proporzionalità – si adatta alle differenti manifestazioni dell'odio antisemita. I media, però, sembrano ignorare questo fondamentale assunto, così indebolendo l'efficacia comunicativa della risposta punitiva del diritto all'antisemitismo.

Proprio per far fronte a tale problema, nell'ambito del progetto HIDEANDOLA sono state elaborate alcune raccomandazioni, di cui si darà conto – almeno in parte – nel presente scritto.

Prima di procedere, è opportuno esplicitare che in questa sede si adotta una tematizzazione del diritto penale (e delle sanzioni giuridiche in generale) quale impresa comunicativa instaurata tra la comunità e i cittadini²¹. A questo inquadramento teorico generale, tuttavia, si accompagna anche la convinzione che il sistema di giustizia (penale), da solo, non può efficacemente svolgere la sua funzione monitoria. Al contrario, esso ha bisogno anche del contributo della narrazione dei media. Altrimenti, vi è il rischio che le attese della collettività in merito alla condanna (giuridica e pre-giuridica) di comportamenti antisemiti siano deluse e che, di conseguenza, si generi un disorientamento valoriale che cerca una (semplicistica) soluzione nella “panpenalizzazione”²².

Inoltre, vale la pena chiarire anche che la ricerca sarà prevalentemente focalizzata sull'analisi degli atteggiamenti comunicativi dei media istituzionali, ossia dei giornalisti professionisti. In verità, non si ignora che, nell'epoca digitale, gli attori che contribuiscono alla creazione e diffusione delle notizie e dell'informazione sono molteplici, rientrandovi soggetti non solo istituzionali ma, anche, non istituzionali. Anzi, il ruolo che i media informali (ad esempio i blog o gli influencer dei social network) e gli stessi utenti hanno nella produzione e circolazione delle *news* è ormai ampiamente riconosciuto (e talora reputato prevalente)²³. Tuttavia, il progetto HIDEANDOLA ha ristretto il suo campo di ricerca ai soli media istituzionali per due ragioni principali. La prima, di ordine pratico, deriva dalla natura sfuggente e molteplice degli attori informativi non istituzionali, rispetto ai quali è complesso identificare dei tracciati narrativi nitidi in ordine a determinati episodi di antisemitismo. La seconda, di ordine concettuale, risiede nella convinzione che i giornalisti professionisti, in quanto soggetti formalmente deputati alla produzione e divulgazione di notizie, non solo esprimono con maggiore chiarezza le opinioni delle diverse componenti della collettività in merito a certi

²¹ Il principale riferimento è A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 1999, 80. Secondo l'Autore, infatti, il diritto penale non cerca solamente l'obbedienza dei cittadini, ma anche la loro «*understanding and acceptance*» di quanto gli è richiesto. La letteratura relativa alla valenza comunicativa del diritto penale, sia in termini di prevenzione generale negativa (deterrenza) sia di prevenzione generale positiva (convalida e promozione di valori), è sterminata. Basti qui il richiamo, anche per i necessari riferimenti, a F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Milano 2017, 695, a G. De Vero, *L'Incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in RIDPP 2002, 439 ss. e più in generale sulla funzione simbolica del diritto penale, a S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento 2018.

²² In merito al ruolo dei media sui processi di criminalizzazione (e sul fenomeno del populismo penale), si rinvia a N. Antolak-Saper, *The Role of the Media in Criminal Justice Policy*, New York 2023, 20-37.

²³ Cfr. P. Sammarco, *Giustizia e social media*, Bologna 2019, 17-20.

accadimenti, ma hanno anche il dovere deontologico di riportare accuratamente le dinamiche del sistema giuridico, potendo peraltro – proprio in ragione del loro ruolo – con esso interloquire più efficacemente. Alla luce di ciò, pare che il modo in cui i media istituzionali rappresentano il rapporto tra diritto e antisemitismo sia maggiormente rivelatore dell’atteggiamento culturale di fondo che la comunità ha nei confronti di questo tema e, al contempo, anche in grado di incidere più efficacemente sulla percezione e comprensione pubblica del problema dell’odio antisemita.

Chiarite le tesi che lo scritto ambisce ad argomentare, nonché i principali assunti metodologici e concettuali che fanno da sfondo alla ricerca, si può ora procedere a sviluppare compiutamente la riflessione, la quale sarà strutturata come segue.

In primo luogo, si presenterà “l’orizzonte di aspettative” dei media (e della collettività più in generale) con riguardo alla criminalizzazione dell’antisemitismo. Successivamente, si offrirà una schematica rappresentazione della complessità del rapporto tra diritto (penale) e antisemitismo, così argomentando l’erroneità delle predette attese.

Di seguito, ci si focalizzerà sull’analisi di tre casi che, da un lato, dimostrano l’eterogeneità delle risposte sanzionatorie dell’ordinamento giuridico a condotte che manifestano connotati antisemiti e che, dall’altro, rappresentano i vizi dell’attitudine comunicativa dei media istituzionali a tal riguardo. Dopo aver riflettuto criticamente sull’efficacia simbolica delle sanzioni alternative, si descriveranno quindi alcune raccomandazioni in materia di comunicazione (mediatica) del rapporto tra diritto punitivo e antisemitismo.

Infine, si trarranno alcune conclusioni generali sulla valenza costitutiva che la dimensione giuridica (latamente intesa) ha nella definizione, comprensione e contrasto dell’antisemitismo.

3. La ricerca svolta nell’ambito del progetto HIDEANDOLA ha rivelato che vi è una diffusa convinzione, tra i rilevanti *stakeholder*, che la disciplina giuridica di prevenzione e repressione dell’antisemitismo non è sufficiente né efficace. In particolare, nei focus groups²⁴ (che hanno coinvolto circa 60 partecipanti tra giuristi, giornalisti e vittime di antisemitismo) è emersa una comune preoccupazione in ordine alla debolezza della legislazione in materia di *hate crimes*, soprattutto quando essi vengono perpetrati tramite piattaforme digitali²⁵.

Si tratta di un timore che trova un più generale riscontro anche nella popolazione dell’Unione Europea. Il “*Second survey on discrimination and hate crime against Jews in the EU*” del 2018 della *European Union Agency for Fundamental Rights*, infatti, ha rivelato che il 79% di coloro che erano stati vittime di condotte antisemite nei cinque anni precedenti all’indagine non aveva riportato il fatto alle autorità e che il 48% di costoro aveva deciso di non denunciare nella convinzione che «*nothing would change as a result*»²⁶.

Tuttavia, la diffusa percezione della debolezza della disciplina giuridica in materia di antisemitismo deriva non solo e non tanto dall’ambiguità o scarsa performatività di tale disciplina, quanto piuttosto – in modo più radicale – dalla esistenza di un insostenibile “orizzonte di aspettative” in merito al rapporto tra diritto e antisemitismo. Generalmente, infatti, si tende a ritenere che laddove un comportamento manifesti dei connotati che ai più paiono antisemiti, allora esso debba essere punito dal diritto penale. Nella coscienza collettiva, dunque, è possibile identificare una sorta di equazione

²⁴ I focus groups sono una metodologia di indagine che consiste nell’intervista non strutturata di un gruppo. Attraverso di essa, è possibile comprendere i bisogni specifici dei destinatari finali di un progetto, o degli utenti di un servizio, a partire da un campione rappresentativo di essi. Tale metodo consente infatti un’analisi approfondita di ciò che gli intervistati pensano al di là delle opinioni superficiali che possono manifestare. Pertanto, esso si fonda sull’idea che la raccolta e l’interazione delle diverse opinioni dei partecipanti consenta di avere un quadro più dettagliato di quello che si avrebbe mediante interviste individuali. Così G. Buoncompagni, *HIDEANDOLA - Focus groups report*, 2022, 4 (accessibile al seguente [link](#)) che cita P. Corbetta, *Social Research: Theory, Methods and Techniques*, New York 2003.

²⁵ G. Buoncompagni, *HIDEANDOLA - Focus groups report*, 2022, 16, accessibile al seguente [link](#).

²⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, *Experiences and Perceptions of Antisemitism: Second Survey on Discrimination and Hate Crime against Jews in the EU*, 2018, 12.

tra antisemitismo e pena, la quale si fonda sulla (pretesa) infallibilità e onnicomprensività della criminalizzazione di condotte che presentano connotati discriminatori.

Tali postulati del sentimento collettivo paiono trovare anche diverse conferme istituzionali, sia nel contesto europeo che in quello nordamericano. La “*General policy recommendation on preventing and combating antisemitism European Commission against Racism and Intolerance*” del 2021 della *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI)²⁷ attribuisce, infatti, un ruolo nevralgico alla criminalizzazione delle condotte antisemite. Analogamente, anche la “*U.S. National Strategy to Counter Antisemitism*”, pubblicata nel maggio 2023, riconosce l'estrema rilevanza delle leggi sul contrasto ai crimini d'odio e, più in generale, alle normative federali sul contrasto alle discriminazioni.

I media istituzionali tendono ad alimentare l'aspettativa della collettività in merito alla criminalizzazione delle condotte che presentano connotati antisemiti. In effetti, l'analisi della narrazione mediatica in merito ad alcuni casi recenti di antisemitismo ha consentito di osservare l'importanza prioritaria che in essa è attribuita alla reazione del sistema di giustizia penale. Più nello specifico, è possibile identificare tre funzioni che i media svolgono rispetto alla risposta dell'ordinamento penale alle condotte.

Innanzitutto, vi è una funzione *rafforzativa*: quando la condotta antisemita è punita, i media tendono ad esaltare lo stigma espresso dalla pena. In secondo luogo, vi è una funzione *propulsiva*: quando il procedimento penale non è ancora iniziato o non è giunto a conclusione, i media tendono ad evocare la reazione del diritto penale, quasi incoraggiandola. Infine, vi è una funzione *oppositiva*: quando vi è un'assoluzione (latamente intesa) in sede penale della condotta che la percezione collettiva reputa antisemita, i media tendono ad echeggiare l'allarme sociale, proponendo considerazioni critiche ed esprimendo preoccupazioni in ordine alla pretesa ineffettività del sistema di giustizia penale.

Pertanto, il diritto penale è comunemente considerato lo strumento giuridico principale per contrastare l'antisemitismo. Ed effettivamente lo è, perlomeno in tutti quei casi in cui la condotta antisemita integra una fattispecie penale²⁸. Del resto, pare indiscutibile che il diritto penale sia, tra i dispositivi giuridici, quello maggiormente in grado di esprimere censura, stigma, biasimo, condanna sociale. In altri termini, non si può negare che esso sia lo strumento giuridico non solo più afflittivo, ma anche più potente sul piano comunicativo²⁹.

Se si considera quanto osservato in precedenza – ossia che l'antisemitismo è un'ideologia e un discorso d'odio che, per essere efficacemente contrastato, deve innanzitutto essere avversato mediante una contronarrazione (istituzionale) chiara ed incisiva –, allora s'intende perché i media e, più in generale, la collettività ripongono tante aspettative nel diritto penale. La criminalizzazione dell'antisemitismo costituisce, infatti, la più chiara e incisiva forma di comunicazione monitoria a disposizione dell'ordinamento giuridico. Essa, dunque, è fondamentale per instaurare quella contronarrazione istituzionale necessaria a scardinare l'attitudine antisemita.

Pertanto, è innegabile che il diritto penale debba intervenire a sanzionare i comportamenti violenti o comunque esplicitamente antisemiti. A tal fine, infatti, è deputato nell'ordinamento italiano l'art. 604-bis Cp. Tuttavia, va ricordato che l'antisemitismo è un fenomeno estremamente complesso e tutt'altro che univoco: anzi, la classificazione di alcuni atteggiamenti o condotte come antisemiti è talora estremamente controversa³⁰. Inoltre, il diritto penale costituzionale (di matrice liberale e illuminista) opera secondo alcuni principi – segnatamente, quelli di legalità, tipicità, offensività e sussidiarietà – che ne limitano significativamente l'ambito di applicazione. Pertanto, può accadere, per quanto inatteso possa essere, che condotte di antisemitismo (più o meno) nascosto possano, talora, essere

²⁷ ECRI, *General policy recommendation No. 9 on preventing and combating antisemitism*, luglio 2021, 15.

²⁸ Cfr., a tal riguardo, anche la *IHRA working definition of antisemitism* (originariamente pubblicata il 28.1.2005).

²⁹ Cfr., in proposito, L. D'Amico, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2020, 1 ss. e F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino 2018, 228 ss.

³⁰ Come argomenta A. Lerman, *op. cit.*, *passim*.

ritenute penalmente irrilevanti. Ma ciò non implica che esse siano anche giuridicamente irrilevanti. Anzi, accade spesso che, in tali frangenti, siano applicate sanzioni punitive alternative.

4. In effetti, è possibile identificare cinque differenti tipologie di relazione che possono intercorrere tra condotte con caratteristiche antisemite (tra cui il motivo, la modalità espressiva, il contenuto o lo scopo) implicite o nascoste e l'ordinamento giuridico.

In primo luogo, vi sono quelle condotte che integrano la fattispecie penale deputata alla criminalizzazione dei comportamenti discriminatori, ossia l'art. 604-bis Cp. In questo caso, l'aspettativa della collettività in merito alla rilevanza penale dell'antisemitismo è rispettata. Un esempio è rappresentato dai discorsi antisemiti che si fondano sulla negazione o minimizzazione in modo grave della Shoah.

Specularmente, vi sono poi quelle condotte che, pur potendo essere astrattamente associate ad un'ideologia antisemita, non sono considerate antisemitismo né dalla maggioranza della collettività né dal diritto (penale). Un esempio è rappresentato da quelle ricerche storiche di stampo revisionista che mirano a ridimensionare la portata della Shoah senza, però, negarla o minimizzarla in modo grave³¹. Anche in tale ipotesi vi è una coincidenza tra la percezione della collettività e l'inquadramento del diritto.

Vi sono poi altri tre casi in cui, invece, la qualificazione sociale e la qualificazione giuridica del comportamento con caratteristiche antisemite divergono.

Il riferimento è, innanzitutto, a quelle ipotesi in cui la condotta, reputata antisemita dalla collettività, è invece ritenuta dal diritto lecita. L'esempio più elementare è quello delle opere d'arte che impiegano simboli o stereotipi antisemiti³². Tali elaborati sono di norma ritenuti, perlomeno nell'ambito dell'ordinamento italiano, leciti in quanto protetti (più precisamente, scriminati) dalla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e dalla libertà dell'arte (art. 33 Cost.). In tali situazioni, il diritto (penale) realizza un bilanciamento tra l'esigenza di contrastare fenomeni discriminatori e la necessità di proteggere la fondamentale libertà di manifestazione del pensiero (e le sue articolazioni). Si tratta di un bilanciamento spesso estremamente delicato e controverso sul quale, però, non ci si intende soffermare in questa sede³³.

Analogamente, non ci si focalizzerà in questa sede neanche su quelle situazioni – pure estremamente interessanti – in cui la condotta con caratteristiche antisemite non è sanzionata dall'ordinamento giuridico statale (né dal diritto penale né da altri strumenti di diritto pubblico) ma è comunque ritenuta rilevante e punita da attori che, in quanto capaci di regolare il proprio “dominio interno”, istituiscono ordinamenti giuridici privati³⁴. Si pensi a quei contenuti su piattaforme social che, pur presentando una natura antisemita, non integrano l'incriminazione di cui all'art. 604-bis Cp (per una carenza di offensività in concreto) ma che, in quanto espressivi di un'ideologia discriminatoria e perciò ritenuti contrari agli standard o regole interne di comportamento, sono rimossi dai gestori delle medesime piattaforme.

Le ipotesi che invece verranno in considerazione nel corso della trattazione sono quelle in cui la condotta con caratteristiche antisemite non è ritenuta dalle autorità competenti (pubblico ministero e/o giudice) penalmente rilevante – e quindi non costituisce un reato – ma è comunque qualificata come illecita dall'ordinamento giuridico statale, che la punisce quindi mediante altri strumenti

³¹ Sulla distinzione tra revisionismo e negazionismo, si rinvia a Cass. 3.2.2022 3808, in *www.dejure.it*. Cfr., sul punto, G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in PD 2008, 287 ss.

³² Si pensi al procedimento, conclusosi con un'archiviazione, relativo al dipinto intitolato “Martirio di San Simonino per omicidio rituale”, il quale pareva far ricorso a elementi tipici dell'iconografia antisemita. La vicenda è riportata nel sito dell'Osservatorio antisemitismo CDEC, al seguente [link](#).

³³ Cfr., anche in termini generali sul rapporto tra principi del diritto penale e reati d'opinione, A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in DPenCont, 3/2013, 71 ss.

³⁴ Si rievoca qui la teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici elaborata da S. Romano, *L'ordinamento giuridico*², Firenze 1945, in particolare 34, 35, 38, 39, 61 e 62.

sanzionatori. Si pensi ai – purtroppo frequenti – cori antisemiti intonati negli stadi di calcio. Come si avrà modo di constatare, non sempre tali condotte sono ritenute penalmente rilevanti. Ma ciò non esclude che esse siano comunque punite con sanzioni alternative alla pena, ossia le sanzioni sportive, o con misure di prevenzione, come il Daspo.

La classificazione proposta – al netto di alcune semplificazioni – è utile a rappresentare schematicamente la complessità del rapporto tra diritto e condotte (che l'opinione pubblica reputa) antisemite. Queste ultime, oltre a poter integrare un reato, possono talora costituire illeciti di altro genere (ad es. illeciti disciplinari o sportivi) o – addirittura, per quanto inatteso possa essere – essere ritenute lecite in quanto protette dalla libertà di espressione del pensiero.

4.1. Concentrando l'attenzione sui casi in cui la condotta antisemita non attinge la soglia della rilevanza penale ma è, invece, punita mediante sanzioni alternative, va ricordato che il diritto penale opera sulla base di alcuni principi di garanzia, segnatamente quelli di legalità e offensività, e di alcuni canoni di politica criminale, segnatamente quelli della tipicità e dell'*extrema ratio*, che ne limitano l'ambito di applicazione anche nel contesto delle strategie di contrasto alle discriminazioni. Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, le fattispecie incriminatrici di cui all'art. 604-bis Cp³⁵ accolgono il paradigma del pericolo concreto³⁶: pertanto, affinché esse si possano ritenere integrate, è comunque necessario che la condotta antisemita abbia una certa pregnanza offensiva³⁷.

Ne deriva che un comportamento con caratteristiche antisemite può essere giudicato penalmente *non* rilevante tanto per ragioni patologiche quanto per ragioni fisiologiche.

Sul primo piano, può accadere che il capo di imputazione non sia corretto e che, dunque, l'erronea qualificazione giuridica elaborata dalla pubblica accusa determini un proscioglimento. Inoltre, e correlatamente, può accadere che la norma giuridica non sia chiara o, comunque, idonea a cogliere l'offensività di certi comportamenti che, invece, la collettività reputa dannosi. In quest'ultimo caso, evidentemente, si registra una discrasia tra percezione pubblica dell'antisemitismo e disciplina punitiva che determina la diffusione di quei sentimenti di sfiducia e preoccupazione richiamati in precedenza.

Ma, come accennato, l'irrilevanza penale della condotta con caratteristiche antisemite può essere determinata anche da ragioni fisiologiche. In effetti, pare plausibile che il comportamento non corrisponda alla fattispecie legalmente tipizzata o che, comunque, esso non presenti quella pericolosità che la giurisprudenza (e il legislatore stesso, perlomeno al co. 3 dell'art. 604-bis Cp) richiede per l'integrazione del reato³⁸. Ad esempio, può accadere che l'*hate speech* antisemita non abbia quella diffusività necessaria alla commissione del reato in quanto avviene in un contesto privato o isolato. In generale, infatti, va ricordato che il diritto penale è una *extrema ratio* che – anche in

³⁵ Si rinvia ancora ad A. Spena, *op. cit.*, in *Crim* 2016, 587 ss.

³⁶ Ciò vale non solo per il modello esecutivo (che incrimina la commissione di atti di violenza o atti di discriminazione) – per il quale forse si potrebbe parlare persino di danno –, ma anche per il modello istigatorio (che incrimina l'istigazione a commettere gli atti di violenza o discriminazione) e per quello enunciativo (che incrimina la propaganda di idee razziste). In merito al modello istigatorio, vale non solo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in merito alla figura generale di istigazione a delinquere, ma anche Cass. 22.5.2015 n. 42727, in *www.dejure.it* che, già con riguardo alla condotta di "incitamento" (secondo la meno pregnante formula impiegata dall'art. 3 co. 1 lett. b l. 13.10.1975 n. 654), ha affermato che si debba verificare «la concreta ed intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta». Con riferimento al modello enunciativo, invece, si rinvia a Cass. 23.6.2015 n. 36906, in *www.dejure.it*, ove si valorizza «l'esigenza di accertare la concreta pericolosità del fatto». La fattispecie di negazionismo, invece, si fonda già per esplicita previsione del legislatore sulla necessità di provare il «concreto pericolo di diffusione». Secondo la stessa giurisprudenza, il parametro della pericolosità è l'elemento decisivo su cui si impernia il bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della pari dignità di tutti gli esseri umani.

³⁷ A tal proposito, si veda anche la riflessione di A. Vallini, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, 33 ss. Cfr. A. Tesauro, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *RIDPP* 2016, 961 ss.

³⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. 23.6.2015 n. 36906 in *www.dejure.it*.

ragione dell'esigenza di salvaguardare le libertà fondamentali dei cittadini – dovrebbe essere applicato quando gli altri strumenti giuridici a disposizione del legislatore non sono efficaci.

Tuttavia, l'analisi condotta in merito alla narrazione mediatica dimostra che, quando un comportamento che la collettività reputa antisemita non è qualificato dall'ordinamento giuridico come un reato, si assiste ad una delusione dell'orizzonte di aspettative sociale. E ciò avviene a prescindere dal fatto che l'irrelevanza penale del comportamento sia dovuta a ragioni fisiologiche o patologiche o dal fatto che il comportamento sia punito con sanzioni alternative.

Esercitando la loro funzione *oppositiva*, infatti, i media contribuiscono a diffondere la percezione dell'inadeguatezza della disciplina giuridica in materia di antisemitismo. E per quanto questa rappresentazione possa in taluni casi essere corretta, essa non può essere considerata generalmente applicabile. Anzi, a ben vedere, essa si fonda su un errore concettuale fondamentale, ossia la convinzione che il diritto penale rappresenti la positivizzazione del codice morale o etico della società e l'unico strumento giuridico idoneo a esprimere efficacemente censura e stigma. Alimentando questo pernicioso luogo comune, però, i media diffondono un sentimento di sfiducia nei confronti dell'ordinamento giuridico e (più o meno consapevolmente) suggeriscono che la panpenalizzazione sia la soluzione da adottare per far fronte al problema dell'antisemitismo³⁹.

In un'ottica ancor più ampia, del resto, è stato recentemente evidenziato il rischio che l'ecosistema digitale produca giudici popolari che si oppongono a quelli istituzionali, così propagando e rafforzando la già diffusa percezione dell'inefficienza e inaffidabilità del sistema giudiziario⁴⁰.

5. Chiarito il contesto culturale e sociale di riferimento, si può ora svolgere l'analisi di tre recenti casi di antisemitismo che sono stati anche oggetto di notevole attenzione mediatica.

La loro trattazione mira a confermare le due tesi del presente scritto. In primo luogo, infatti, essi offrono uno scorcio sulla complessità del rapporto tra antisemitismo, diritto penale e sanzioni alternative. In secondo luogo, tali casi consentono anche di osservare l'eccessivo affidamento che i media ripongono nella criminalizzazione di condotte con caratteristiche antisemite e, specularmente, la scarsa attenzione che essi rivolgono agli altri strumenti giuridici punitivi, così surrettiziamente trasmettendo l'impressione che la panpenalizzazione sia il rimedio al problema dell'odio antisemita⁴¹.

5.1. Il primo caso che si intende esaminare risale al 26 gennaio 2023, quando un insegnante di un istituto tecnico milanese interrompeva uno spettacolo teatrale riguardante la Shoah e, specificatamente, un monologo in cui si elenca il numero delle vittime. Secondo quanto riportato dai media (in particolare, dal [Corriere della Sera](#)), l'insegnante gridava frasi come «questa è la vostra verità, voi non dite la verità, dite solo quello che vi fa comodo, voi state gonfiando i numeri», e anche «questa non è storia, è ideologia». Il docente lasciava poi la sala. In seguito, affermava di non essere un negazionista e di aver solo tentato di dare al «fatto la giusta proporzione storica», citando l'esigenza di considerare anche «altri genocidi».

Le conseguenze giuridiche di questo episodio, apparentemente semplice, sono state più complesse e interessanti di quanto ci si sarebbe potuti attendere.

Immediatamente la dirigente scolastica dell'istituto riferiva ai media di aver informato le competenti autorità giudiziarie e disciplinari. L'applicazione di eventuali misure disciplinari è infatti di competenza dell'Ufficio Scolastico Regionale.

³⁹ Ancora, N. Antolak-Saper, *op. cit.*, 20-37.

⁴⁰ P. Sammarco, *op. cit.*, 30.

⁴¹ Ma si tratta di una soluzione oltremodo semplicistica ed anzi – per una serie di ragioni che non si possono in questa sede approfondire – avvelenata, che trascura i principi fondamentali del diritto penale costituzionale e che, per tale ragione, va radicalmente respinta. Basti qui il rinvio, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a U. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020. Specificatamente sugli «effetti perversi» della giustizia mediatica sulle dinamiche del diritto penale, V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna 2022.

Di conseguenza, nei confronti del docente venivano aperti sia un procedimento penale sia un procedimento disciplinare.

Le indagini a carico dell'insegnante terminavano l'11 settembre 2023, con l'accoglimento da parte del Gip di Milano della richiesta di archiviazione del pubblico ministero. Secondo i media ([la Repubblica](#)), il docente era stato indagato per il reato di negazionismo (art. 604-bis co. 3 Cp) e l'archiviazione era stata giustificata dal fatto che lui non aveva mai, in precedenza, espresso o propagandato idee antisemite. Per alcuni quotidiani ([la Repubblica](#)), infatti, «il negazionismo in sé non è reato. Lo diventa quando è associato all'odio razziale, etnico e religioso. Cosa che non si è verificata, secondo la Procura, durante la rappresentazione teatrale interrotta dal docente». Da tali parole parrebbe di poter arguire che, per il pubblico ministero, il negazionismo non necessariamente si associa alla propaganda di idee superioriste o razziste (di tipo antisemita), né tantomeno all'istigazione a commettere atti di discriminazione o violenza. Se fosse stata realmente questa la motivazione del provvedimento di archiviazione, si tratterebbe di un'argomentazione discutibile. Ma non interessa in questa sede entrare nel merito di tale questione.

Il procedimento disciplinare ha avuto, invece, un esito differente. Interpellato direttamente, infatti, l'Ufficio Scolastico Regionale riferiva di aver immediatamente sospeso il docente dal servizio in via cautelare. Il procedimento si è infine concluso con l'applicazione di una sanzione disciplinare. Per ragioni di riservatezza, però, l'Ufficio non ha potuto comunicare quale sanzione è stata applicata. Probabilmente, poiché durante il procedimento era stata impiegata una misura cautelare e poiché tale misura si usa solo nei casi caratterizzati da maggiore gravità, la sanzione finale non è stata tra le più lievi⁴². Inoltre, secondo i media ([la Repubblica](#)), il docente su Facebook ha dichiarato di essere stato sospeso per cinque mesi, ma non è stato possibile avere un riscontro ufficiale allo scopo di capire con certezza se questa sia stata la sanzione disciplinare definitiva o la misura cautelare menzionata in precedenza⁴³.

Dal punto di vista del racconto giornalistico, i media hanno immediatamente riportato la vicenda, avendo la propizia occasione di inserirla negli articoli relativi al Giorno della Memoria ([Corriere della Sera](#), [Il Fatto Quotidiano](#) e [Fanpage](#)). Inizialmente, essi hanno attribuito importanza alla promessa della dirigente dell'istituto e del Capo dell'Ufficio Scolastico Regionale di adottare misure disciplinari. Coerentemente, poco tempo dopo l'accadimento del fatto, alcuni media hanno riferito l'applicazione della misura cautelare della sospensione ([Il Giorno](#) e [Corriere della Sera](#)). Tuttavia, nessun giornale ha riportato la circostanza che il procedimento disciplinare si è concluso con l'imposizione di una sanzione disciplinare, probabilmente anche a causa della riservatezza di tale sanzione.

L'interesse nei confronti della vicenda non è, però, nel tempo del tutto scemato. Anzi, alcune tra le più importanti testate nazionali ([la Repubblica](#) e [Corriere della Sera](#)) hanno ritenuto di dover riportare l'accoglimento dal parte del Gip della richiesta di archiviazione del pubblico ministero. È solo all'interno degli articoli relativi a tale notizia che essi hanno dato rilievo (invero piuttosto marginale) alle conseguenze disciplinari del comportamento, menzionando il fatto che il docente ha dichiarato di essere stato sospeso per cinque mesi. Apparentemente, dunque, l'archiviazione del procedimento penale nei confronti dell'insegnante ha ridestato l'attenzione mediatica su questa vicenda e ha condotto i giornali a interessarsi anche alle sue definitive conseguenze disciplinari, le quali hanno quindi assunto una valenza narrativa sussidiaria.

Si tratta di un caso che, perlomeno nell'ottica della presente ricerca, presenta due principali profili di interesse.

⁴² Si vedano gli artt. 55 ss. del d.lgs. 30.3.2001 n. 165 – come modificato dal d.lgs. 27.10.2009 n. 150 – e gli artt. 492 ss. del d.lgs. 16.4.1994 n. 297.

⁴³ Più probabilmente, visto che il procedimento disciplinare dovrebbe avere una durata massima di 120 giorni (art. 55-bis co. 4 del d.lgs. 165/2001), si è trattato della sanzione disciplinare definitiva. Ma, come detto, non vi sono riscontri ufficiali a tal riguardo.

Innanzitutto, esso dimostra che anche quando un comportamento antisemita non è ritenuto (dagli organi del sistema di giustizia penale) un reato, esso può essere comunque qualificato come un illecito di altro genere e, quindi, essere punito da sanzioni alternative. Tuttavia, la vicenda dimostra anche che tali sanzioni sono prive dell'impatto comunicativo e dell'efficacia simbolica del diritto penale poiché non sono (culturalmente e, di conseguenza) giuridicamente preordinate a questo scopo. Anzi, può accadere che esse siano addirittura riservate (art. 55-*bis* co. 4 del d.lgs. 30.3.2001 n. 165).

In secondo luogo, da un punto di vista narrativo, tale caso consente di constatare come i media attribuiscono rilievo centrale alle conseguenze giuridiche della condotta antisemita al fine di stigmatizzarla. Tuttavia, ad un'analisi più approfondita, si osserva che in tale vicenda le misure disciplinari sono state menzionate come mero surrogato della pena, quando essa ancora non era possibile (perché il fatto era appena accaduto e il procedimento penale era ancora in fase embrionale) o era già stata esclusa (essendo stata accolta la richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero). Pertanto, nella narrazione mediatica la sanzione disciplinare è apparsa come un sostituto sbiadito e "minore" della pena ed ha, perciò, ricevuto un più ridotto e marginale spazio comunicativo. Probabilmente, se il procedimento penale non si fosse concluso precocemente con l'archiviazione, i media non si sarebbero nemmeno interessati agli sviluppi del procedimento disciplinare (anche perché, come detto, la sanzione applicata all'esito di esso è riservata).

5.2. Il secondo episodio che si intende qui brevemente esaminare è stato oggetto di attenzioni mediatiche ancora maggiori.

Il 28 ottobre 2018, durante il raduno neofascista che annualmente si tiene a Predappio per commemorare la marcia fascista su Roma, una (poi divenuta ex) militante di Forza Nuova indossava una maglietta recante il simbolo "Auschwitzland". Con tale segno, lei appariva comparare il campo di sterminio di Auschwitz ad un parco divertimenti (Disneyland). L'ANPI decideva, pertanto, di denunciare la donna per violazione dell'art. 2 della l. Mancino (l. 25.6.1993 n. 205), che punisce «chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi» di cui, oggi, all'art. 604-*bis* co. 2 Cp, ossia organizzazioni razziste o superioriste.

Di conseguenza, la Procura di Forlì contestava alla (ex) militante tale reato. Tuttavia, in data 12 gennaio 2023, il Tribunale di Forlì assolveva l'imputata con formula piena («perché il fatto non sussiste»). Nella motivazione della decisione, infatti, si legge che per integrare tale incriminazione, interpretata come reato di pericolo presunto, sono necessari due elementi. Innanzitutto, si deve riscontrare un segno grafico fornito «di una certa capacità rappresentativa, in grado di richiamare l'attenzione dell'osservatore sull'organizzazione e sulle finalità che persegue». In secondo luogo, è necessario provare il riferimento a un'organizzazione (e non a mere ideologie discriminatorie in sé considerate) che persegue nell'attualità finalità di discriminazione. Non si deve, quindi, trattare di una «organizzazione storica ma di una organizzazione esistente ed operante» nel presente⁴⁴.

Ebbene, ad avviso del Tribunale di Forlì, l'istruttoria è stata carente con riguardo ad entrambi gli aspetti. Da essa, infatti, non si è potuto desumere alcunché «in ordine alla portata distintiva del segno grafico esibito dalla [imputata], alla genesi del logo Auschwitzland per come ostentato sulla maglietta, all'uso che ne viene fatto ed al suo grado di diffusione. Del pari assente è stata poi la prova in ordine alla riferibilità dello stesso ad una qualche organizzazione attualmente esistente che propugni ideologie fondate sull'odio razziale».

Ma la vicenda giuridica non si è conclusa con questa decisione assolutoria. Infatti, nel settembre 2023, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza del Tribunale di Forlì, ritenendo che il fatto andasse qualificato non come violazione dell'art. 2 della l. Mancino, bensì come negazionismo ai sensi dell'art. 604-*bis* co. 3 Cp. Come noto, tale norma punisce in modo più severo i fatti di propaganda

⁴⁴ Il principale riferimento giurisprudenziale della sentenza del Tribunale di Forlì è rappresentato da Cass. 4.3.2022 n. 7904, in www.dejure.it.

razziale o superiorista e di istigazione alla commissione di atti di discriminazione o violenza, «commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione», quando «si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah».

Pertanto, secondo la Suprema Corte vi è stato un errore nella formulazione del capo di imputazione, in quanto la donna doveva essere accusata di un reato diverso rispetto a quello che le aveva contestato la Procura di Forlì. Per tale ragione, il procedimento penale si è concluso senza alcun esito punitivo, con la possibilità però che la (ex) militante di Forza Nuova venga sottoposta ad altre indagini (e dunque a un nuovo processo) per l'ipotesi di reato di cui all'art. 604-bis co. 3 Cp.

Al momento, comunque, non vi è stata alcuna sanzione giuridica a carico della donna, né di tipo penale né di altro genere. L'unica conseguenza della sua condotta è stata la sospensione dal movimento (Forza Nuova) di cui faceva parte. Ma si tratta, come è ovvio, di una sanzione politica (e non giuridica).

Dal punto di vista mediatico, anche in tale vicenda si osserva la centralità della reazione dell'ordinamento statale nella narrazione dei giornali. Va infatti ricordato che questo caso è stato sin dall'inizio oggetto di grande attenzione sia da parte dei media nazionali che di quelli regionali ([Corriere della Sera di Bologna](#) e [la Repubblica Bologna](#)), i quali non solo hanno riportato i fatti ma anche – con una certa enfasi – le immediate reazioni politiche di quei partiti, enti o associazioni (tra cui [ANPI](#) e [Museo di Auschwitz](#)), che hanno espresso sconcerto e preoccupazione. Pressoché tutti i giornali che si sono occupati della vicenda, poi, hanno riferito la decisione di Forza Nuova di sospendere la militante ([SkyTG24](#)). Evidentemente, nell'immediatezza dell'episodio (e dunque nell'attesa di eventuali conseguenze penali) i media hanno ritenuto che per stigmatizzare la condotta della donna fosse importante dare ampia eco alle reazioni di attori politici e civili.

Già poco tempo dopo l'episodio, però, molti quotidiani hanno diffuso la notizia della scelta della Procura di Forlì di indagare la ex militante di Forza Nuova ([Corriere della Sera](#) e [la Repubblica](#)). Più di quattro anni dopo l'accadimento, i principali media nazionali hanno poi ritenuto necessario riportare la decisione del giudice di Forlì di assolvere l'imputata ([la Repubblica di Bologna](#) e [Il Fatto Quotidiano](#)), dando ampio spazio alle reazioni, negative, dell'accusa e di una serie di enti o associazioni (tra cui, in particolare, ANPI) che hanno espresso forti riserve e critiche nei confronti della sentenza. Infine, in linea con la rilevanza attribuita al versante giuridico della vicenda, diversi quotidiani hanno riferito che la Corte di Cassazione ha statuito che l'originario capo di imputazione non era corretto e che, pertanto, il procedimento penale sarebbe potuto iniziare nuovamente con una contestazione differente ([Il Resto del Carlino](#), [Open](#) e [Il Giornale](#)).

Il caso in esame è rilevante ai fini della presente ricerca per varie ragioni.

Innanzitutto, esso conferma la complessità del rapporto tra antisemitismo e diritto (penale), mostrando in particolare le difficoltà che quest'ultimo può avere nell'inquadrare un fatto apparentemente semplice. Tali difficoltà, come anticipato, possono essere dovute sia a fattori fisiologici sia a fattori patologici. In questa vicenda, sono emerse soprattutto le ragioni patologiche: il non agevole coordinamento tra disposizioni punitive che tendono a sovrapporsi, l'errore nella formulazione del capo di imputazione e la carenza nell'istruttoria hanno fatto sì che un comportamento che la collettività – per il tramite dei media – ha immediatamente giudicato antisemita sfuggisse alle maglie della repressione penale.

In secondo luogo, si tratta di un episodio che è stato oggetto di notevole attenzione mediatica e il cui perno narrativo è stato pressoché costantemente rappresentato dalla reazione del sistema di giustizia penale. Inizialmente, infatti, l'apertura delle indagini a carico della donna ha costituito la manifestazione dell'intenzione delle istituzioni (e dunque della comunità che esse tutelano) di stigmatizzare un comportamento odioso ed eclatante. Successivamente, però, la notizia dell'assoluzione ha smentito tale iniziale assunto: di conseguenza, alcuni media hanno espresso sorpresa e preoccupazione nei confronti di tale sentenza, dando perciò grande rilievo ai dubbi e alle critiche espresse in merito ad essa da partiti politici e associazioni. L'ultima decisione della Corte di Cassazione, invece, è stata raccontata in modo più neutrale e conciso, ma comunque dando

surrettiziamente l'impressione che il comportamento dell'imputata, benché non ancora punito a causa di un errore del pubblico ministero, costituisse un reato (sebbene diverso da quello inizialmente contestatole). In tal modo, si è operato un parziale ripristino del valore stigmatizzante del diritto penale (anche a fronte dell'assenza di una condanna definitiva).

Tale vicenda, pertanto, conferma che i media, nella loro duplice funzione di formazione ed espressione dell'opinione pubblica⁴⁵, fanno grande affidamento sul diritto e processo penale per esprimere sul piano comunicativo una condanna inequivoca di comportamenti antisemiti. Come se, nella prospettiva dei giornali, la censura e il biasimo già espressi da attori non giuridici abbisognassero di essere confermati nel giudizio penale.

Infine, un'ulteriore ragione per cui tale caso è interessante ai fini della presente ricerca è che esso esemplifica con chiarezza il fenomeno della socializzazione del processo (penale), ossia quel fenomeno per il quale il processo stesso diventa il principale oggetto della narrazione dei media istituzionali e non-istituzionali, i quali esprimono ogni genere di opinione e critica nei suoi confronti⁴⁶.

5.3. L'ultimo caso che si vuole qui richiamare è avvenuto allo Stadio Olimpico di Roma in data 30 marzo 2013. Durante una partita di calcio, due tifosi (in concorso con altri soggetti non identificati) intonavano dei cori contro gli storici rivali sportivi in cui la parola "ebreo" veniva intesa come insulto. La Procura di Roma, pertanto, chiedeva il rinvio a giudizio dei due imputati per il reato di cui oggi all'art. 604-bis co. 1 lett. a Cp, ossia propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (al tempo dei fatti incriminato dall'art. 3 co. 1 lett. a della l. 13.10.1975 n. 654). Il Gup di Roma, però, con decisione del 15 dicembre 2016, dichiarava il non luogo a procedere. Successivamente, la Corte di Cassazione confermava tale sentenza in ragione della tardività del ricorso del Procuratore Generale⁴⁷.

Purtroppo, non è stato possibile rinvenire la sentenza del Gup di Roma. Tuttavia, secondo i media ([Corriere della Sera](#)), in essa si legge che «il coro intonato era da intendersi come un semplice scherno, un dilleggio nei confronti della tifoseria avversaria» rimanendo quindi confinabile «nell'ambito di una rivalità di tipo sportivo», e che, «sebbene l'accostamento giallorosso con ebreo possa aver assunto nelle intenzioni del pronunciante valenza denigratoria, ricollegabile latamente a concetti di razza, etnia o di religione», tuttavia «le modalità di esternazione non costituiscono alcun concreto pericolo di diffusione di un'idea di odio razziale e di superiorità etnica. Anche perché quel giorno non c'erano romanisti sugli spalti da provocare».

Tuttavia, secondo quanto riportato da altre fonti⁴⁸, alcuni tifosi – probabilmente i medesimi soggetti, anche se di questo non è stato possibile avere un riscontro ufficiale – sarebbero stati destinatari di un Daspo di 5 anni proprio per aver intonato cori antisemiti.

Inoltre, non si è potuto nemmeno sapere se la squadra di calcio tifata dai due imputati sia stata o meno punita. Vale però la pena ricordare che, ai sensi dell'art. 28 del Codice della Giustizia Sportiva, «le società [...] sono responsabili per cori, grida e ogni altra manifestazione che siano, per dimensione e percezione reale del fenomeno, espressione di discriminazione. In caso di prima violazione, si applica la sanzione minima [della gara disputata con alcuni settori degli spalti privi di tifoseria]. [...] In caso di violazione successiva alla prima» si possono applicare sanzioni più gravi (come gare a porte chiuse o penalizzazioni del punteggio in classifica).

Con riferimento al versante mediatico dell'evento, i giornali, più che soffermarsi sui fatti in sé – purtroppo abbastanza frequenti –, hanno focalizzato la propria attenzione sulla sentenza di non luogo a procedere del Gup di Roma ([Corriere della Sera](#)) e sulla conferma di tale esito assolutorio da parte

⁴⁵ P. Sammarco, *op. cit.*, 34-38. Cfr. N. Antolak-Saper, *op. cit.*, Capitoli 3 e 4.

⁴⁶ P. Sammarco, *op. cit.*, 31.

⁴⁷ Cass. 13.9.2017 n. 2734 in [www.dejure.it](#).

⁴⁸ Il riferimento è ad alcuni blog minori, ossia [FocusOnIsrael](#) e [Calcioblog](#).

della Corte di Cassazione ([Affari Italiani](#)). In particolare, è interessante osservare che alcuni media hanno dato ampio spazio, nel riportare tale notizia, alla reazione del Presidente della Comunità ebraica romana, il quale ha sostenuto che la decisione di proscioglimento costituisca un «precedente allarmante [...] che, in sostanza, legittima l'utilizzo dell'aggettivo ebreo in forma dispregiativa e razzista e comunque come strumento di derisione durante gli eventi sportivi» ([Fanpage](#)). In un altro quotidiano, invece, si è direttamente espressa la preoccupazione che «le ragioni esposte dal gip potrebbero indirettamente sdoganare il ricorso ad altre espressioni irrispettose» ([Corriere della Sera](#)). Anche tale vicenda offre molteplici spunti nella prospettiva della presente ricerca. In primo luogo, conferma la complessità del rapporto tra antisemitismo e diritto penale. Anche in un caso in cui l'espressione discriminatoria è esplicita, la qualificazione di essa come reato è tutt'altro che scontata. Ciò non esclude, comunque, che l'ordinamento appresti altre misure *lato sensu* punitive (sanzioni sportive e Daspo) per far fronte a tale fenomeno.

In secondo luogo, è interessante osservare come – dallo studio condotto sulle notizie presenti in rete – è emerso che i principali quotidiani nazionali si siano disinteressati delle conseguenze punitive non penali delle condotte antisemite, di cui non si è potuta reperire alcuna notizia (con riguardo alle sanzioni sportive per la squadra tifata dai due imputati) o di cui si sono potuti trovare riscontri solo in fonti informative minori e, perciò, meno attendibili (con riguardo alla misura del Daspo).

Al contrario, i media si sono prevalentemente concentrati sulla notizia dell'esito assolutorio del procedimento penale. Essi, però, non si sono limitati a riportare tale conclusione. Al contrario, hanno dato vasta eco alla preoccupazione espressa da alcuni attori non giuridici, addirittura spingendosi a esprimere dubbi sulla opportunità della decisione del giudice. Questo dimostra che, quando una condotta comunemente percepita come antisemita non viene punita dal diritto penale, vi è una sensazione di disorientamento e timore nell'opinione pubblica che i giornalisti tendono ad esprimere, amplificare e – a volte – drammatizzare. Gli altri strumenti giuridici punitivi (preventivi e repressivi) approntati dall'ordinamento statale non sono ritenuti una valida alternativa alla pena.

6. I tre casi oggetto di studio confermano, dunque, che l'antisemitismo può, per ragioni talvolta fisiologiche e talvolta patologiche, *non* avere rilevanza penale. Ciò, però, non implica che esso sia lecito. Anzi, in numerosi casi, le condotte con caratteristiche antisemite sono comunque illegali per l'ordinamento giuridico. In tali evenienze, però, esse costituiscono illeciti non penali, ma di altro genere.

Il punto è però che le misure punitive alternative con cui esse vengono sanzionate sono sprovviste di quella efficacia simbolica e comunicativa di cui, invece, è dotata la pena. I casi appena esaminati lo dimostrano con chiarezza. Si è visto, infatti, che le sanzioni alternative o non vengono menzionate (come nell'episodio dei cori antisemiti) oppure vengono citate marginalmente (come nella vicenda dell'interruzione dello spettacolo). Quand'anche sono riportate, però, esse vengono rappresentate come un surrogato minore e sbiadito della pena, che interviene solo quando quest'ultima è assente. Inoltre, in generale, l'assenza della condanna penale a fronte di una condotta che l'opinione pubblica reputa antisemita genera preoccupazione e sconcerto. I media amplificano tali sentimenti e, dunque, trascurano gli strumenti giuridici punitivi alternativi, i quali sono (più o meno esplicitamente) reputati una reazione istituzionale insufficiente e insoddisfacente.

Emerge, pertanto, non solo la complessità del rapporto tra diritto (penale) e antisemitismo, ma anche l'incapacità o il deliberato rifiuto dei media di cogliere tale complessità. Speculare sulle ragioni di questa postura degli organi di stampa non è però lo scopo di questa riflessione.

Ciò che invece importa qui rilevare è che, mediante tale attitudine, i media alimentano le mal riposte aspettative della collettività rispetto alla criminalizzazione dell'antisemitismo, così sminuendo l'importanza di alcuni principi di garanzia che paiono irrinunciabili nel contesto di un ordinamento costituzionale. Di conseguenza, essi diffondono quel profondo senso di insicurezza, sfiducia nell'ordinamento giuridico e disorientamento culturale in merito al quale si sono riportati alcuni dati in precedenza.

Inoltre, una narrativa di questo genere conduce (più o meno consapevolmente) a indicare la panpenalizzazione come soluzione al problema dell'antisemitismo. Se ogni esito assolutorio, a prescindere dalle ragioni che lo hanno determinato, viene narrato come un fallimento del sistema di giustizia penale, allora l'imperativo diventa punire sempre e punire severamente, poiché le sanzioni alternative non sono reputate sufficienti e adeguate. Inutile ribadire che una reazione emotiva di questo genere ignora che, in alcuni casi, vi sono in gioco dei valori (come la libertà di manifestazione del pensiero⁴⁹) e dei principi (quelli di legalità, tipicità, offensività ed *extrema ratio*) che non si possono sopprimere in quanto costituiscono i pilastri dei sistemi democratici moderni.

Ovviamente, con queste considerazioni non si intende negare radicalmente la possibilità e persino la necessità di migliorare le norme punitive di contrasto all'antisemitismo (e agli altri fenomeni discriminatori)⁵⁰. Anzi, la vicenda giudiziaria relativa al simbolo "Auschwitzland" dimostra che la sovrapposizione tra diverse norme incriminatrici e la loro equivoca formulazione possono condurre a commettere errori nella qualificazione giuridica del fatto. In quest'ottica, non si dubita che le norme penali sul contrasto all'antisemitismo (e, più in generale, ai fenomeni discriminatori) possano essere meglio formulate e coordinate, così da renderne più agevole la lettura e l'applicazione, a beneficio sia dei giuristi sia dei giornalisti.

Tuttavia, proporre degli aggiustamenti di tali fattispecie incriminatrici non è lo scopo della presente ricerca. Al contrario, si preferisce qui focalizzarsi sulla necessità di dotare le sanzioni alternative di una valenza simbolica e comunicativa (non equivalente, ma perlomeno) assimilabile a quella della pena e sull'esigenza che esse siano comunicate adeguatamente dai media.

6.1. Si è detto che, per contrastare efficacemente l'antisemitismo, è necessario sviluppare una contronarrazione efficace, capace di delegittimare e smantellare tale ideologia d'odio su un piano sociale e culturale⁵¹. A tal fine, come accennato, è fondamentale che la reazione dello Stato e, dunque, dell'ordinamento giuridico sia ferma e inequivoca.

Pertanto, essa deve essere pubblica. Con tale termine, non si intende solo asserire che essa debba essere accessibile a tutti, ma anche che essa debba essere propriamente comunicata alla comunità.

Per tale ragione, nell'ambito del progetto HIDEANDOLA sono state elaborate alcune raccomandazioni relative alla comunicazione della complessità del rapporto tra diritto e antisemitismo⁵². In questa sede, sarà sufficiente richiamarne quattro, riguardanti in particolare le (strategie di comunicazione delle) sanzioni alternative. Le prime due riguardano il versante giuridico della questione, mentre le altre due concernono il versante giornalistico di essa.

Innanzitutto, sul piano legislativo, è necessario che sia esplicitamente previsto che le sanzioni alternative usate per punire comportamenti antisemiti (e, più in generale, discriminatori) siano pubbliche. Questo implica che esse non possono essere riservate. Nei casi in cui, come regola generale, tali misure punitive sono riservate (come le sanzioni disciplinari nell'ambito del rapporto di lavoro), deve essere esplicitamente prevista dal legislatore un'eccezione per i casi in cui esse sono usate per punire condotte antisemite (o, più in generale, discriminatorie).

⁴⁹ Cfr. *ex multis*, A. Tesaro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino 2013, nonché D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *DPenCont* 2015, 325 ss., F. Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad Cost* 2013, 823 ss. e, in una prospettiva più ampia, G. Forti, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *RIDPP* 2016, 1035 ss. e M. Pelissero, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *QuestG* 2015, 37 ss.

⁵⁰ Oltre ai lavori già richiamati, si rinvia a G. Pavich e G. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.10.2014 e a L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Sassari 2019.

⁵¹ Ancora, F. Faloppa, *op. cit.*, 191.

⁵² Per tutte le raccomandazioni, si rinvia a *HIDEANDOLA Handbook. Come prevenire le nuove e tradizionali forme di antisemitismo mediante strumenti giuridici e comunicativi*, 2023, 93-104, disponibile al seguente [link](#).

In secondo luogo, è appropriato che tali sanzioni, almeno quando puniscono comportamenti accaduti in contesti pubblici (come uno stadio di calcio), siano pubblicate nei giornali (cartacei e online). Anche tale aspetto potrebbe essere reso un requisito obbligatorio tramite apposite previsioni legislative.

Sia consentito osservare che queste due prime raccomandazioni non sono dirette ad umiliare coloro che si rendono responsabili di condotte antisemite. Del resto, il concetto di *shame sanction* è stato sottoposto da autorevoli osservatori ad una critica serrata (e convincente)⁵³. Inoltre, con specifico riguardo alle condotte antisemite e negazioniste, è stato rilevato il rischio che la pubblicazione della sentenza (o, nell'ipotesi che ci occupa, della misura punitiva alternativa) finisca «con l'offrire ancora l'arena che i negazionisti desiderano, trasmettere l'idea del martirio, risultare paradossalmente co-funzionale all'offesa: conseguenze, queste, suscettibili di controbilanciare pesantemente il perseguito effetto di stigmatizzazione»⁵⁴. Per tali motivi, è fondamentale che l'identità di coloro che hanno commesso la condotta antisemita non venga resa di dominio pubblico. In aggiunta, sarebbe anche necessario che la descrizione della sanzione fosse accompagnata dalla narrazione del fatto, così da far emergere il disvalore della condotta discriminatoria e il significato stigmatizzante della punizione che le è seguita.

Proseguendo con le raccomandazioni, è necessario che i media cessino di considerare l'assoluzione in sede penale di una condotta con caratteristiche antisemite come un fallimento del sistema di giustizia penale e, più ampiamente, dello Stato. Un esito assolutorio, come più volte ribadito, può essere determinato tanto da ragioni fisiologiche quanto da fattori patologici. Talora, infatti, sono gli stessi principi fondamentali del diritto penale liberale (o, più modernamente, costituzionale) a imporre che certi episodi, per quanto odiosi e meritevoli di riprovazione collettiva, non siano sanzionati con la pena. Inoltre, la drammatizzazione del rapporto tra diritto penale e antisemitismo è non solo errata sul piano della cultura giuridica, ma anche controproducente sul piano del contrasto al fenomeno. Questa attitudine narrativa, infatti, ignorando alcuni capisaldi degli ordinamenti liberali e costituzionali moderni, genera confusione, compromette la fiducia nel sistema giuridico, crea allarme sociale e suggerisce che la panpenalizzazione sia la soluzione al problema dell'antisemitismo (e delle discriminazioni). Ma è ovvio che, se il diritto penale può e deve punire le manifestazioni più gravi di questo fenomeno, esso non può – per ragioni pratiche e di principio – spingersi a sanzionare ogni sua espressione. Il diritto penale è, infatti, solo uno, e probabilmente neanche il più importante, strumento di contrasto sociale all'antisemitismo. L'opzione panpenalistica rischia, tra l'altro, di offuscare l'importanza di una strategia olistica di prevenzione (e non solo repressione) di questo fenomeno.

La quarta ed ultima raccomandazione, che di fatto rappresenta un corollario della precedente, consiste nell'esigenza che i media rendano sempre chiaro che, anche quando un comportamento con caratteristiche antisemite non è un reato, ciò non significa che esso sia lecito. In altri termini, occorre che essi confutino l'equazione, diffusa nell'opinione pubblica, secondo cui il diritto penale corrisponde all'unico codice di liceità giuridica (ed etica) della società. Quando vengono applicate delle sanzioni punitive alternative, infatti, vi è comunque una forma di disapprovazione da parte dello Stato e della comunità (o dell'ordine privato di cui esse sono emanazione). Quindi, anche se tali misure non hanno la stessa afflittività e valenza stigmatizzante della pena, esse rappresentano comunque una forma di condanna istituzionale e collettiva della condotta discriminatoria. Pertanto, se per le forme più dannose o pericolose di antisemitismo vi sono la criminalizzazione e la pena, per le forme meno gravi vi sono le sanzioni alternative. Ma l'antisemitismo – salvo casi eccezionali – non è lecito. Al contrario, si tratta di un fenomeno complesso ed eterogeneo, cui l'ordinamento giuridico assegna una risposta punitiva altrettanto complessa ed articolata. È necessario, dunque, che

⁵³ M. Nussbaum, *Hiding from humanity. Disgust, shame, and the law*, Princeton 2004.

⁵⁴ A. di Martino, *Assassini della memoria: strategie argomentate in tema di rilevanza (penale?) del negazionismo*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Padova 2014, 191 ss.

i media abbiano quello che è stato definito il «*le courage de la nuance*»⁵⁵, ossia che si impegnino a comprendere e comunicare la complessità del rapporto tra diritto e antisemitismo e le ragioni che giustificano tale complessità, così da veicolare adeguatamente l'illegalità di tale fenomeno e le diverse e proporzionate forme di condanna istituzionale che l'ordinamento gli assegna.

In generale, l'obiettivo di queste quattro raccomandazioni è stigmatizzare l'antisemitismo come fenomeno culturale, alimentare una contronarrazione corretta ed efficace e, in tal modo, educare la collettività a comprendere che l'antisemitismo non è ammesso dall'ordinamento giuridico. Con la consapevolezza, però, che l'illegalità (penale o di altro genere) dell'antisemitismo è solo il punto di partenza per delegittimarlo e contrastarlo.

7. Il presente scritto è stato volto ad argomentare due tesi.

La prima è che il rapporto tra diritto e antisemitismo è più complesso di quanto si tende comunemente a ritenere. Tanto tramite la schematizzazione delle possibili tipologie di tale rapporto quanto tramite l'analisi di tre casi studio si è infatti tentato di dimostrare che, contrariamente alle aspettative della collettività e dei media, l'antisemitismo è un fenomeno eterogeneo cui, perciò, il sistema giuridico risponde con una varietà di reazioni punitive ciascuna connotata da un diverso grado di afflittività, secondo un generale principio di proporzionalità.

La seconda tesi è che i media istituzionali riflettono e alimentano le aspettative eccessive che la comunità ripone nel diritto penale, drammatizzando il ruolo della criminalizzazione e sottovalutando la valenza stigmatizzante e monitoria delle sanzioni giuridiche alternative. L'esame di alcuni dati empirici e l'analisi dei tre casi studio, infatti, hanno rivelato che i giornali imperniano il racconto degli episodi eclatanti di antisemitismo soprattutto sulla reazione che il sistema di giustizia penale ha avuto rispetto ad essi, come se lo sdegno che la comunità ha già espresso tramite meccanismi non giuridici (civici o politici) avesse bisogno della pena per essere sancito in maniera definitiva. In verità, però, proprio i casi analizzati hanno dimostrato che, spesso, le forme implicite o comunque non violente di antisemitismo vengono sanzionate dal diritto con misure punitive alternative. Si è pertanto sostenuta la necessità che i media non sminuiscano ma, anzi, valorizzino la valenza stigmatizzante di tali punizioni alternative affinché la contronarrazione (anche) istituzionale che la comunità (organizzata nello Stato) sviluppa possa efficacemente contrastare le retoriche (e le azioni) dell'odio antisemita. A tal fine, peraltro, sono stati proposti anche degli aggiustamenti legislativi che, nell'opinione di chi scrive, potrebbero accrescere l'efficacia comunicativa delle sanzioni alternative alla pena.

Prima di concludere, però, si intende brevemente riflettere in ordine ad un tema cui si è fatto un accenno nelle battute introduttive del presente studio, ossia il ruolo costitutivo che il diritto ha rispetto all'antisemitismo.

Tale dimensione costitutiva può essere intesa in un duplice senso.

Innanzitutto, come anticipato, la codificazione giuridica dell'antisemitismo ne determina le modalità di espressione: la sua generale illegalità, infatti, fa sì che esso tenda sempre più spesso ad emergere in forme implicite, nascoste o, comunque, non violente. In quest'ottica, dunque, il diritto incide sul modo in cui l'antisemitismo, inteso come «*attitude globale*» purtroppo assai diffusa e profondamente radicata, si manifesta.

Ma la costitutività del diritto può essere osservata anche da un'altra angolazione. Come detto, infatti, la reazione giuridica dello Stato (inteso come collettività istituzionalmente organizzata) è uno dei capisaldi della contronarrazione mediatica all'antisemitismo. Ciò significa che il diritto ha una valenza comunicativa centrale nel contrasto a tale fenomeno. Di conseguenza, esso pare offrire un'arena per il dibattito in ordine ai significati e alle manifestazioni del neo-antisemitismo. Anzi, a

⁵⁵ Si tratta del titolo dell'opera di J. Birnbaum, *Le courage de la nuance*, Parigi 2021, richiamato da R. Calandra, *Relazione al Convegno Conclusivo del progetto HIDEANDOLA*, 15.10.2023.

ben vedere il diritto potrebbe fornire quel «linguaggio comune»⁵⁶ che oggi manca per discutere di alcune questioni controverse in materia di antisemitismo. Proprio perché l'ordinamento giuridico appronta una serie di reazioni eterogenee a tale fenomeno, esso può forse costituire un mezzo (o uno spazio) comunicativo per codificarne, tradurne e delimitarne la complessità e le evoluzioni.

In questi termini, dunque, la dimensione giuridica può essere ritenuta costitutiva dell'antisemitismo e, di conseguenza, il diritto può essere considerato un dispositivo essenziale nelle strategie di contrasto ad esso. Questo è uno degli assunti fondamentali che il progetto HIDEANDOLA intende veicolare.

Tuttavia, è opportuno sottolineare che tale convinzione deve essere sempre accompagnata dalla consapevolezza che l'antisemitismo è un atteggiamento mentale e culturale che persiste nelle pieghe dell'inconscio collettivo da secoli e che il diritto, da solo, ha poche speranze di sradicarlo alle fondamenta.

Tale pessimistica constatazione segue all'osservazione di quanto avvenuto dopo i fatti del 7 ottobre 2023. Ad una critica legittima e doverosa della reazione militare dello Stato di Israele al terribile attacco terroristico di Hamas, infatti, si è purtroppo accompagnata una recrudescenza dell'antisemitismo non solo in termini quantitativi ma anche qualitativi, con l'aumento di condotte discriminatorie violente⁵⁷. L'acuirsi del fenomeno conferma che la reazione del diritto è solo una – e probabilmente neanche la più rilevante – delle componenti dell'azione sociale di prevenzione e repressione dell'antisemitismo. Non è certo l'illegalità del fenomeno, infatti, a determinarne l'eradicazione. Anzi, a fronte di circostanze che ne provocano la recrudescenza, esso divampa improvviso e violento, così rendendo la nozione di *hidden antisemitism* obsoleta (almeno fino al prossimo momento in cui l'antisemitismo tornerà ad essere sommerso, latente).

Anche per tale ragione, in definitiva, è necessario che i media siano capaci non solo di rappresentare in maniera corretta il complesso rapporto tra diritto e antisemitismo, ma altresì di prescindere dalla reazione giuridica (penale e non penale), per comunicare la riprovazione e stigmatizzazione collettiva di tale fenomeno. Perché là dove non arriva il diritto, possono – e devono – arrivare l'educazione, lo spirito civico, la politica e la cultura. In definitiva, i media, nel raccontare gli episodi di antisemitismo, devono comprendere e comunicare anche questo: il codice etico e culturale di una comunità non si esaurisce nel diritto, ma lo travalica, disponendo di strumenti di contrasto ben più duttili ed efficaci per penetrare i luoghi della opinione pubblica ove si elaborano e si perpetuano, spesso anche senza una piena consapevolezza, quegli stereotipi e pregiudizi di cui l'antisemitismo si nutre.

⁵⁶ A. Lerman, *op. cit.*, 44 e 45.

⁵⁷ Si vedano le dichiarazioni di S. Gatti, ricercatore del CDEC, a [La Presse](#). Secondo il ricercatore: «in Italia l'antisemitismo circola soprattutto sul web, ma nel mese di ottobre abbiamo visto un cambiamento, con episodi legati principalmente al mondo reale. [...] Forme di violenza, magari verbale, sono segnalate nelle università e nelle scuole. È un dato significativo».