

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2015

●
primo piano

*Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?
Verità e giustizia di transizione*

●
tavola rotonda

*Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale: condizione attuale e prospettive future
Le polizie*

●
il punto su...

*La particolare tenuità del fatto
Interessi finanziari dell'Unione europea, prescrizione del reato e principio di legalità.
A proposito della sentenza Taricco
"Abusivamente" negli ecodeletti*

●
dibattito

*Il giudice penale, oggi: alla ricerca di un ruolo e di un'identità?
Sezione I – La crisi del giudice "bocca della legge" - Sezione II – Le élite giudiziarie*

●
spigolature penalistiche

*Democrazia crepuscolare e diritto vivente
Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*

●
Antologia

Interviste

Lecture

Ricordo di Massimo Pavarini

Edizioni ETS

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Marco Nicola Miletto, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Dario Micheletti,
Daniele Negri, Caterina Paonessa,
Antonio Vallini, Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2015



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2016
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884674616-0
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

- GIOVANNI FIANDACA
Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo? 17
- MICHELE TARUFFO
Verità e giustizia di transizione 21

Tavola rotonda

- Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale:
condizione attuale e prospettive future*
Nota introduttiva di Daniele Negri 53

Ne discutono:

LORENA BACHMAIER WINTER
FABIO CASSIBBA
THEODORA CHRISTOU
BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER
MORITZ VORMBAUM

Tavola rotonda

- Le polizie*
Nota introduttiva di Adolfo Ceretti 121

Ne discutono:

DAVIDE BERTACCINI
ROBERTO CORNELLI
ANNA MARIA GIANNINI, ROBERTO SGALLA
LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE

Il punto su... *La particolare tenuità del fatto*

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO
Illecito esiguo e dinamiche della pena 199

SERENA QUATTROCOLO
L'altra faccia della medaglia: l'impatto della particolare tenuità del fatto sul processo penale 225

Il punto su... *Interessi finanziari dell'Unione europea, prescrizione del reato e principio di legalità. A proposito della sentenza Taricco*

CATERINA PAONESSA
"Lo strano caso Taricco", ovvero le garanzie del tempore cedere alla mercé di una "eccentrica" decisione europea? 249

GIOVANNI TARLI BARBIERI
La "scommessa" dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco 275

ANTONIO VALLINI
La portata della sentenza CGCE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio 295

Il punto su... *"Abusivamente" negli ecolittanti*

LUCA BISORI
Linee interpretative e nodi problematici della abusività della condotta nei nuovi reati ambientali. Prove tecniche di abusivismo giudiziario? 315

LUCA TROYER
I nuovi reati ambientali "abusivi": quando la rinuncia alla legalità penale diviene un illusorio instrumentum regni 329

Dibattito *Il giudice penale, oggi: alla ricerca di un ruolo e di un'identità?*Sezione I – *La crisi del giudice “bocca della legge”*

LUCIANO VIOLANTE
L'evoluzione del ruolo giudiziario 341

NICOLÒ ZANON
L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali 359

Sezione II – *Le élite giudiziarie*

CARLO GUARNIERI
La crescente importanza della formazione giudiziaria in Europa 365

GAETANO INSOLERA
I percorsi di una egemonia 371

Spigolature penalistiche

GIULIANO BALBI
Democrazia crepuscolare e diritto vivente 377

FAUSTO GIUNTA
*Al capezzale del diritto penale moderno
(e nella culla, ancora vuota, del suo erede)* 383

Antologia

DAVIDE AMATO
*Attività di protezione civile e responsabilità penale:
criticità attuali e prospettive di riforma* 391

COSTANZA BERNASCONI
Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale 417

FRANCESCO D'ALESSANDRO <i>La riforma delle false comunicazioni sociali tra aporie legislative e primi disorientamenti applicativi</i>	435
LUCIANO EUSEBI <i>Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini</i>	467
FABIO FASANI <i>I martiri invisibili. Quale ruolo per il diritto penale nella lotta al terrorismo islamico?</i>	485
DARIO MICHELETTI <i>Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa</i>	509
CARLO PIERGALLINI <i>Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione</i>	539
RENZO ORLANDI <i>Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali</i>	557
Interviste	
Ettore Randazzo intervista GIOVANNI CANZIO, Primo Presidente della Corte di cassazione e ANDREA MASCHERIN, Presidente del Consiglio Nazionale Forense	583 597
Lecture	
GAETANO CARLIZZI <i>Testimonianza esperta, causalità penale e teoria della conoscenza: note di lettura su Susan Haack, Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto</i>	603

RENZO ORLANDI

Esercizi e lezioni di comparazione penale. A proposito del volume

Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung
in Europa

619

Ricordo di Massimo Pavarini

DAVIDE BERTACCINI

Massimo Pavarini, nel mio tempo

625

TABLE OF CONTENTS

On the front page

GIOVANNI FIANDACA <i>Lawmakers and criminal law scholarship: is a dialogue still possible?</i>	17
MICHELE TARUFFO <i>Truth and transitional justice</i>	21

Roundtable

<i>Check on the prosecution during the intermediate phase of the criminal process: state of the art and future perspectives</i> Introductory remarks by Daniele Negri	53
--	----

Discussants:

LORENA BACHMAIER WINTER
FABIO CASSIBBA
THEODORA CHRISTOU
BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER
MORITZ VORMBAUM

Roundtable

<i>The different facets of policing</i> Introductory remarks by Adolfo Ceretti	121
---	-----

Discussants:

DAVIDE BERTACCINI
ROBERTO CORNELLI
ANNA MARIA GIANNINI, ROBERTO SGALLA
LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE

Focus on... *Low-harm offenses*

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO
Low-harm offenses and the dynamics of punishment 199

SERENA QUATTROCOLO
*The other side of the coin: the impact of low-harm offenses
on the criminal trial* 225

**Focus on... *EU's financial interests, statute of limitations
and the principle of legality. On the Taricco case***

CATERINA PAONESSA
*"The curious case of Taricco", or tempori cedere guarantees
at the mercy of an "eccentric" European decision?* 249

GIOVANNI TARLI BARBIERI
*The "bet" of counter-limits. Problems and perspectives of
constitutional judicial review on the margin of the Taricco case* 275

ANTONIO VALLINI
*The impact of the CJEU's "Taricco" decision: a serious disturbance
within a discriminatory system* 295

Focus on... *"Without authorization" in environmental crimes*

LUCA BISORI
*Interpretation and problems regarding the
"without authorization" component of new environmental crimes.
Technical tests of judicial interpretation "without authorization"?* 315

LUCA TROYER
*New environmental crimes "without authorization": when giving up
on the principle of legality becomes a deceptive instrumentum regni* 329

Opinion exchange on *The criminal court judge, today:
in search of a role and identity?*

Section I – *The crisis of the judge as “bouche de la loi”*

LUCIANO VIOLANTE
The evolution of the role of the judiciary 341

NICOLÒ ZANON
*The rise of judicial power, between cultural trends
and constitutional transformations* 359

Section II – *Judiciary élites*

CARLO GUARNIERI
The growing relevance of judicial training in Europe 365

GAETANO INSOLERA
Paths of hegemony 371

Critical notes

GIULIANO BALBI
Crepuscular democracy and case law 377

FAUSTO GIUNTA
*At the sickbed of modern criminal law
(and in the cradle, still empty, of its heir)* 383

Anthology

DAVIDE AMATO
*Civil protection department activities and criminal liability:
current problems and perspectives for reform* 391

COSTANZA BERNASCONI
The indefinable Actus Reus in recent penal legislation 417

FRANCESCO D’ALESSANDRO <i>Reform of false accounting fraud between legislative contradictions and early conflicting case law</i>	435
LUCIANO EUSEBI <i>No criminal law without penal policy. Is and ought in the response to crime in Massimo Pavarini’s thought</i>	467
FABIO FASANI <i>Invisible martyrs: what role for the criminal law in the fight against Islamic terrorism?</i>	485
DARIO MICHELETTI <i>Allocation of decision-making competence and the materialization of a related risk factor: the fit of prosecution for negligence</i>	509
CARLO PIERGALLINI <i>Self-money laundering, complicity, and corporate criminal liability: a hard-to-undo tangle</i>	539
RENZO ORLANDI <i>Preventive measures between necessities of penal policy and fundamental principles</i>	557
Interviews	
Ettore Randazzo interviews GIOVANNI CANZIO, Chief Justice of the Cassation Court and ANDREA MASCHERIN, President of CNF, Italian National Lawyers Council	583 597
Book Reviews	
GAETANO CARLIZZI <i>Expert testimony, causation in criminal law, and theory of knowledge: reading Susan Haack’s Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law</i>	603

RENZO ORLANDI

Exercises and lessons of penal comparison.

619

*On Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit
und Sanktionierung in Europa*

Remembering Massimo Pavarini

DAVIDE BERTACCINI

Massimo Pavarini, in my time

625

Primo Piano

GIOVANNI FIANDACA

LEGISLATORE E DOTTRINA PENALISTICA:
È ANCORA POSSIBILE UN DIALOGO?^(*)

1. Il titolo del dibattito odierno, oltre a essere suggestivo, risulta alquanto impegnativo perché potenzialmente evoca molti temi e problemi, di rilevanza sia teorica che pragmatica. Confesso subito però che, personalmente, avrei preferito che fosse apposto un punto interrogativo nella parte in cui il titolo medesimo sembrerebbe accreditare la “possibilità” che, oggi, scienza e legislatore tornino a dialogare: non basta, infatti, auspicare una ripresa di dialogo per dar vita ai presupposti che lo rendono davvero possibile. Come sappiamo, tra il diritto penale pensato da noi professori e quello solitamente partorito nelle sedi politico-istituzionali, vi è assai più divario che consonanza; né mi sembra di intravedere, in un orizzonte ravvicinato, qualche segnale di inversione di tendenza.

Poi, a volere sottilizzare un poco, vi sarebbe altresì da porre due domande: da un lato, cosa vuol dire in questo momento ‘scienza penale’, e chi ha titoli per rappresentarla; dall’altro, cosa significa ‘legislatore penale’. Quanto al primo interrogativo, direi in estrema sintesi – e scusandomi per la franchezza – che l’attuale scienza penale italiana risulta, nel complesso, carente di una fisionomia identitaria tale da poterle fare assumere il ruolo di vera interlocutrice nei circuiti della produzione normativa. Rispetto alla seconda domanda, la ragione del sollevarla mi sembra avvalorata dalla constatazione – mi si scusi ancora se insisto nel rinunciare alla diplomazia – che, in questo nostro dibattito, il potere legislativo è rappresentato non da politici di mestiere, bensì da magistrati prestatari alla politica. La circostanza è casuale, o costituisce una ulteriore e significativa spia del fatto che la magistratura in questo frangente storico ha un ruolo preponderante anche nel fabbricare le leggi e, prima ancora, nel dettare l’agenda della politica criminale? Se così fosse, avremmo una ennesima riprova che la politica continua a vivere una doppia crisi, di legittimazione e di capacità propositiva; per effetto della quale, essa non riesce a imporsi come effettiva regista della politica penale, venendo meno alla sua (teorica) funzione di autonoma istanza di sintesi delle contraddit-

^(*) Il testo riproduce, con piccole aggiunte, l’intervento svolto al dibattito dal titolo «*Il laboratorio delle leggi. Un dialogo possibile tra scienza e legislatore penale*», organizzato dall’“Associazione italiana dei professori di diritto penale” e svoltosi presso l’Università degli Studi di Roma Tre (Roma, 16 ottobre 2015).

rie richieste provenienti dai contrapposti fronti di un ‘panpunitivismo’ sempre più populistico¹ e di un garantismo non di rado peloso: in luogo di una ordinata e ben ponderata sintesi delle posizioni in conflitto, assistiamo al succedersi di compromessi più o meno pasticciati, determinati dal contingente modo d’atteggiarsi delle forze in campo e, in ogni caso, fortemente condizionati dalle preoccupazioni del potere giudiziario.

È mia opinione, da non pochi anni, che i mali della giustizia italiana non derivino tutti dalle tante riforme legislative annunciate e mai fatte o dalle non poche cattive riforme fatte. Il problema è ben più complesso. Al di là e prima della riforma delle leggi, si pone una grandissima questione di fondo che riguarda la cultura politica e, al tempo stesso, la cultura penale, considerate queste due culture anche nella loro reciproca interazione. E quando si parla di cultura penale dovremmo, come sappiamo, ulteriormente distinguere tra culture penali – rispettivamente – accademica o dei professori, della magistratura (a sua volta, peraltro, per nulla omogenea al suo interno), delle forze politiche e, infine, della gente comune. Che un così accentuato pluralismo precluda la possibilità di tentare il recupero di una prospettiva di ‘sistema’, e tanto più di sistema in senso forte, la considererei – piaccia o non piaccia – una verità definitivamente acquisita.

2. Come studioso, non potrei non assumere una posizione molto critica nei confronti del tipo di approccio che la politica, non da ora, adotta nel settore penale. È mancata, e continua a mancare una visione d’insieme degna di questo nome; oltre alla assenza di un quadro organico di riferimento e al confuso sovrapporsi di interventi normativi settoriali, di cui è impossibile calcolare in anticipo gli effetti complessivi, ha un effetto molto negativo la assai scadente qualità tecnica delle leggi, dovuta sia alla loro genesi eccessivamente compromissoria sia alla minore cultura del personale politico odierno. Non di rado si ha l’impressione di avere a che fare, più che con testi normativi sufficientemente definiti, con prodotti semi-lavorati o linee-guida inevitabilmente bisognose di essere concretizzate e specificate ad opera degli interpreti, per cui non è il legislatore ma la giurisprudenza a stabilire cos’è davvero punibile. E questa delega di fatto dal legislativo al giudiziario contribuisce, a sua volta, ad alimentare quella caduta in crisi della tipicità penale che affonda, peraltro, le radici anche in un più generale processo di progressiva obsolescenza dell’insieme dei principi garantistici di un diritto penale di matrice liberale.

¹ Cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2013, p. 95 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, *ivi*, 2014, p. 197 ss.

Nell'addurre esempi di leggi penali redatte in modo discutibile, c'è l'imbarazzo della scelta. Di recente, basti accennare alla equivoca modifica del reato di scambio elettorale politico-mafioso, che non a caso ha già dato luogo a contrasti interpretativi², alla confusa formulazione della fattispecie di autoriciclaggio, all'incerta fisionomia del riveduto falso in bilancio³ o alla complessivamente poco felice disciplina testuale del pur importante istituto della particolare tenuità del fatto quale generale causa di non punibilità inserita nel codice penale. E si potrebbero aggiungere altri esempi, più o meno recenti.

È realistico confidare, in un immediato futuro, in un miglioramento della qualità delle leggi scritte? In proposito, non nutrirei molte speranze. E questo pessimismo è – tra l'altro – avvalorato da lucide ammissioni più volte fatte, anche in occasione di interventi pubblici, dall'attuale ministro della Giustizia Andrea Orlando: il quale, nel rispondere alle critiche rivolte alla qualità delle nuove norme varate o in cantiere, chiama in causa la complessità e frammentarietà del processo di legiferazione nell'attuale momento storico; e ciò sino al punto non solo di considerare pressoché ineluttabili la genericità ed equivocità dei testi normativi, ma anche di fare affidamento in un successivo intervento delle Corti allo scopo di precisare ambito e confini del penalmente rilevante.

Ritengo che il guardasigilli in carica, ponendo l'accento sulle accresciute difficoltà del processo di deliberazione democratica, oltre a cercare una giustificazione plausibile, fotografi in larga parte lo stato delle cose. Ma quel che egli non riconosce altrettanto apertamente è il fatto che il ricorso al diritto penale rimane pur sempre una risorsa politica e comunicativa redditizia a fini di consenso elettorale, che per di più presenta il vantaggio aggiuntivo di comportare costi in ogni caso non elevati: creare nuovi reati o aggravare reati preesistenti in funzione di ansiolitico sociale, costa infatti sempre meno (in termini di risorse materiali, umane ecc.) rispetto a tipi di intervento a carattere strutturale diretti a incidere sulle cause dei fenomeni criminali da prevenire. È, purtroppo, una storia ormai vecchia e risaputa.

3. Forse anche a causa del trascorrere degli anni (sono ormai uno studioso di lungo corso), comunque mi attrae di meno occuparmi delle contingenti proposte di migliorare qua e là la caotica legislazione penale vigente e/o la funzionalità pratica della macchina giudiziaria, e mi stimola invece di più tornare a riflettere su questioni di più ampio respiro e di più lunga durata: alludo a riflessioni sulle ca-

² G. FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso: un reato dal destino legislativo e giurisprudenziale avverso?*, in *Foro it.*, 2015, II, c. 522 ss. e giurisprudenza ivi citata.

³ A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 11 ss.

ratteristiche e sulle tendenze di fondo della giustizia penale, considerate in rapporto ai mutamenti socio-politici e culturali più generali.

Sicché, mi appaiono interessanti interrogativi del seguente tipo. Quale futuro per il diritto penale? Perché, anche al di fuori dei confini italiani, i principi penalistici di ascendenza illuministico-liberale sono da tempo in grave crisi, sino a somigliare ai desueti precetti di una religione arcaica sempre più povera di seguaci? Perché il diritto penale contemporaneo, rinnegando il canone delimitativo dell'*extrema ratio*, tende sempre più ad espandersi coprendo buona parte delle relazioni sociali, ricaricandosi di pretese e tentazioni moralizzatrici (diritto penale come "etica pubblica sostitutiva", nel linguaggio di Massimo Donini)⁴, fornendo avalli simbolici a rivendicazioni di nuovi valori e diritti, assecondando richieste antidiscriminatorie o assumendo funzioni tutorie di soggetti deboli?

Cercare di affrontare adeguatamente domande siffatte, richiederebbe un tempo e uno spazio esulanti da questo breve intervento. Mi limito perciò a richiamare l'approdo conclusivo di stimolanti riflessioni sviluppate di recente, proprio sui problemi odierni e le prevedibili tendenze future del diritto penale, da Thomas Weigend. Vale la pena citare tra virgolette: "Comunque sia, il diritto penale è destinato a mutare il proprio volto: non sarà più un padre severo che punisce duramente alcune infrazioni, lasciando per il resto una certa libertà per la scelta dello stile di vita; sarà piuttosto come una madre premurosa, disposta ad accompagnare e ad ammonire costantemente il proprio figlio"⁵. È persuasiva questa ipotesi di un'evoluzione in senso tutorio-materno della coercizione penale?

Si tratta, a mio avviso, di una chiave di lettura meritevole di essere presa in considerazione, beninteso insieme con altre complementari. Ma, tanto più se fosse fondata, la prognosi di un diritto penale più materno che paterno non sarebbe per nulla rassicurante: anche le madri – come l'esperienza insegna – possono risultare oppressive e tiranniche per eccesso di cura e di invadenza.

Come che sia, per ritentare l'opposta strada di un recupero del liberalismo penale, non sono certo sufficienti le consuete preoccupazioni garantistiche che, come professori, non ci stanchiamo di esprimere e ribadire nel chiuso dei recinti accademici. Occorrerebbe, piuttosto, rilanciare i grandi principi del garantismo nello spazio pubblico esterno. Ma esistono oggi movimenti politici disposti a puntare su di un rinnovato illuminismo penale e, altresì, grandi protagonisti del mondo culturale capaci di farsene interpreti e diffonderlo in modo socialmente trasversale?

⁴ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.

⁵ T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in questa *Rivista*, 2014, p. 88.

MICHELE TARUFFO

VERITÀ E GIUSTIZIA DI TRANSIZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Quale verità. – 3. Contro la verità. – 4. Le “Commissioni per la Verità”. – 5. I processi penali. – 6. *I juicios por la verdad*. – 7. Per un processo penale efficiente.

1. *Introduzione*

Le considerazioni che seguono riguardano uno tra i numerosi aspetti della c.d. giustizia di transizione, ossia la ricerca della verità sui crimini commessi – soprattutto nell’ambito del terrorismo di Stato – nelle epoche caratterizzate da regimi totalitari e dittatoriali per i quali la violenza, nelle forme anche più terribili, era pratica quotidiana per la repressione del dissenso e dell’opposizione politica. È evidentemente impossibile un’analisi completa di queste vicende, per il loro numero, la loro complessità e il loro verificarsi in momenti storici diversi in varie parti del mondo. Si rivolgerà dunque l’attenzione in particolare ad alcuni paesi dell’America Latina, che rappresentano esempi molto interessanti del problema della verità nella transizione. Sempre più spesso si parla, infatti, di un “diritto alla verità”¹, ma come si vedrà più oltre il riconoscimento di questo diritto è abbastanza incerto e conosce forti variazioni nelle diverse situazioni storiche e politiche. Inoltre, come pure si vedrà, la stessa idea di verità che dovrebbe costituire l’oggetto di questo diritto viene definita in maniere assai differenti da caso a caso, il che complica ulteriormente i termini del problema².

Facendo riferimento ad un tema così vasto e complesso come quello della

¹ Cfr. ad es. MACULAN, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l’esperienza dei “giudizi per la verità”*, in *L’indice penale*, 2010, p. 335, anche per altri riferimenti; HERRERA JARAMILLO, *Riconciliazione complessa, conflittuale ed imperfetta*, in *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, a cura di E. Fronza e G. Fornasari, Trento 2009, p. 231; HAYNER, *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2^a ed., New York-London 2010, p. 23 s., p. 195.

² In proposito v. in particolare PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L’esperienza argentina*, in *Il superamento del passato*, cit., p. 102 ss.

giustizia di transizione³, è opportuno indicare preliminarmente la prospettiva nella quale ci si pone. La premessa fondamentale dalla quale si prendono qui le mosse potrebbe essere definita come il valore sociale e giuridico della verità⁴, ossia il ruolo e la funzione che il concetto di verità assume non solo in contesti specifici come la scienza o la teoria della conoscenza, o anche della giustizia di transizione, ma anche e soprattutto sul piano più ampio e generale della dinamica sociale, politica e giuridica.

Un riferimento importante va fatto allora a Bernard Williams, che nel suo ultimo libro, dedicato appunto alla verità⁵, spiega ampiamente le ragioni per cui quelle che egli chiama le “virtù” della verità, come la sincerità e l’accuratezza nel riferimento alla realtà, rappresentino i fattori essenziali della dinamica sociale⁶. Per quanto qui interessa, peraltro, è particolarmente rilevante il discorso che Williams svolge a proposito della connessione tra verità e politica. In particolare pare interessante l’argomento “anti-tirannia”, fondato sulla considerazione che la verità costituisce un carattere essenziale della democrazia, in quanto assicura la libertà dei cittadini contro il potere tirannico. Egli dimostra che questo aspetto non è contingente, e costituisce piuttosto un carattere *universale* della verità e della democrazia, anche se per assicurare l’esistenza di un sistema ispirato al *liberalism* occorrono altre condizioni⁷. Egli sottolinea inoltre che l’esigenza che il potere attui il valore della verità determina il fattore effettivamente *democratico* nell’ambito del sistema politico *liberal*⁸. In sostanza, il valore politico della verità deriva dal fatto che la misura in cui un sistema politico si fonda sulla verità dei rapporti tra potere e cittadini condiziona il grado di democraticità del sistema: il potere tirannico si basa sulla “verità avvelenata”⁹, ossia sulla menzogna, mentre il sistema democratico si fonda sul principio di verità. Non a caso Williams, che

³ Con buona ragione è stato scritto che la giustizia di transizione è diventata una industria e un mercato. Cfr. GREADY, *The Era of Transitional Justice. The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond*, Abingdon, NY, 2011, p. 5 s., ove si sottolinea la tendenza ormai diffusa ad adottare prospettive olistiche che includono le cose più diverse: processi penali, verità, riparazioni, riforme istituzionali, commemorazioni, riconciliazione, e così via. La letteratura su questi temi è ormai sterminata, ed include dozzine di volumi e migliaia di articoli di rivista, in tutto il mondo. Di conseguenza, sarebbe assurda la pretesa di indicare qui una bibliografia attendibile. Saranno quindi citati solo gli scritti che hanno diretta attinenza con il testo.

⁴ In argomento v. più ampiamente TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari 2009, p. 92 ss.

⁵ Cfr. WILLIAMS, *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton 2002.

⁶ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 84 ss., 123 ss.

⁷ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 207 s.

⁸ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 210.

⁹ Cfr. D’AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Milano 2010, specialmente p. 79 ss., ove si chiarisce che la “pretesa di verità”, ossia il riferimento alla realtà di ciò che si dice, è un carattere essenziale di ogni “buon” argomento.

scrive nel 2002, fa esplicito riferimento al caso della transizione in Sud Africa, sottolineando che il bisogno di accertare la verità emerge nella complessa esperienza della transizione e nella riconciliazione dopo la fine dell'*apartheid*¹⁰.

Peraltro, la tesi secondo la quale la verità costituisce un carattere fondamentale della democrazia *liberal* non è esclusiva di Williams¹¹. Nella stessa linea di pensiero si collocano anche altri filosofi: ad esempio, Michael Lynch insiste sul valore fondamentale della verità nel contesto della democrazia *liberal* analizzando il valore politico e sociale della verità¹², specificando che il relativo concetto “ci permette di pensare che qualche cosa possa essere giusta anche se coloro che hanno il potere non sono d'accordo”¹³. La conseguenza è che “*se teniamo ai valori liberali dobbiamo tenere alla verità*”¹⁴. D'altronde, il valore sociale della verità non emerge solo nel contesto della teoria politica: basti ricordare, ad esempio, che nell'ambito della comunicazione sociale Paul Grice enuncia la “categoria della Qualità” in funzione della quale la comunicazione dovrebbe escludere ciò che si ritiene falso e ciò per cui non si hanno prove adeguate¹⁵.

Prendendo ora in considerazione una dimensione per certi versi più specifica, ma di valenza non meno generale, va sottolineato che il principio di verità si configura come condizione essenziale per l'effettività dell'ordinamento giuridico¹⁶. Se è vero, come pare indubbio, che le norme giuridiche, singolarmente e nel loro insieme, sono destinate a regolare i comportamenti dei consociati, pare altrettanto evidente che questa finalità verrebbe completamente frustrata qualora i cittadini pensassero che la violazione delle norme non comporterebbe alcuna conseguenza o provocherebbe conseguenze del tutto casuali, e qualora non vi fosse nessuna ipotesi credibile circa le conseguenze delle condotte dei singoli, siano esse conformi o contrarie a quanto prevedono le norme giuridiche. In altri termini, l'effettività dell'ordinamento giuridico si fonda sull'ipotesi che il sistema sia in grado di stabilire la verità rispetto a tali condotte, dato che solo in questo caso le relative conseguenze sarebbero conformi a ciò che l'ordinamento prevede¹⁷.

¹⁰ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 209.

¹¹ Sulla concezione della democrazia come legittimazione del potere cfr. in particolare HÖFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, tr. it., Bologna 2007, p. 77 s.

¹² Cfr. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, tr. it., Milano 2007, p. 228 ss.

¹³ Cfr. LYNCH, *op. cit.*, p. 211.

¹⁴ Cfr. LYNCH, *op. cit.*, p. 239 (corsivo nel testo).

¹⁵ Cfr. GRICE, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, tr. it., Bologna 1993, p. 60 s.

¹⁶ In argomento cfr. soprattutto PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen* 1990, p. 430 ss.

¹⁷ In proposito cfr. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007, p. 29 s.

Più specificamente, la considerazione del valore giuridico della verità si riferisce all'amministrazione della giustizia, in generale e nelle sue varie articolazioni. Si può dire in sintesi¹⁸ che – almeno nei sistemi costituzionali in cui vige il principio di legalità – scopo essenziale dell'amministrazione della giustizia è la corretta interpretazione e applicazione della legge nelle decisioni relative alle controversie che vengono portate di fronte ai tribunali, ma la correttezza di tali decisioni (più esattamente: la loro giustizia) dipende essenzialmente dall'accertamento della verità relativa alle circostanze di fatto che stanno alla base di ogni singola controversia. In altri termini, per dirla con Jerome Frank, non esiste una decisione giusta che si fondi sui fatti sbagliati, ossia: la verità dei fatti è una condizione necessaria perché si abbia una decisione giusta¹⁹. Come scrive D'Agostini²⁰, «la verità non è “importante” è inevitabile».

2. *Quale verità*

Nella prospettiva ora indicata il riferimento alla verità potrebbe essere interpretato in maniera relativamente semplice: trascurando i sempiterni dibattiti filosofici intorno all'esistenza o alla possibilità della verità, e le non meno complesse discussioni intorno ai concetti di verità che da sempre popolano la filosofia della conoscenza, sembrerebbe ragionevole adottare – in particolare con riferimento alla verità dei fatti nell'amministrazione della giustizia – un concetto di verità riconducibile alla prospettiva di realismo critico che ora sembra riguadagnare terreno dopo la fine della parabola postmodernista, e che pare più adeguato nel contesto dell'amministrazione della giustizia²¹. Tale concetto si riferisce alla verità come *corrispondenza*, ossia al rapporto tra la descrizione di un fatto e la realtà empirica di quel fatto, in base alla regola per cui è la realtà di cui si parla a stabilire la verità o la falsità di ciò che si dice²². Come già si è accennato, l'esigenza fondamentale è che nel processo si accerti per quanto possibile la verità dei fatti, ossia si ricostruisca la realtà di ciò che si dice essere accaduto²³. Questa

¹⁸ Più ampiamente al riguardo cfr. TARUFFO, *op. cit.*, p. 113 ss.

¹⁹ In argomento v. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, p. 225.

²⁰ Cfr. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Milano 2011, p. 16.

²¹ Per la giustificazione di questa opzione teorica v. più ampiamente, e per riferimenti, TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 74 ss., 135 ss. V. inoltre AA.VV., *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura di M. De Caro e M. Ferraris, Torino 2012; FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Bari 2012.

²² In argomento v. in particolare D'AGOSTINI, *op. ult. cit.*, pp. 48 ss., 87 ss.; KIRKHAM, *Theories of Truth. A Critical Introduction*, Cambridge, Mass.-London 1995, p. 119 ss.

²³ V. ancora TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 97 ss.

prospettiva è evidentemente in contrasto con una diffusa opinione secondo la quale nel processo, ed in particolare nel processo penale, non vi sarebbe nessuna possibilità di accertare la verità dei fatti che integrano il reato²⁴. Non è il caso di affrontare qui i complessi argomenti favorevoli contrari all'adozione dell'una o dell'altra tesi. Vale tuttavia la pena di sottolineare che anche se si riconosce che la scoperta della verità non è *il fine* o *il solo fine* del processo penale, non è lecito sostenere che la verità non rappresenta *nessun* fine di tale processo. Se infatti si riconosce, come si è già detto e come pare ovvio, che l'accertamento della verità dei fatti sia una condizione *necessaria* per la corretta applicazione della legge e quindi per la giustizia della decisione²⁵, non si può negare – al di là dei giochi di parole che sembrano frequenti su questi temi – che la ricerca e l'accertamento della verità sui fatti che sono oggetto di decisione sia almeno *uno dei fini* del processo, ed in particolare anche del processo penale.

Bisogna tuttavia considerare che quando il problema della ricerca della verità si pone nell'ambito delle fasi di transizione da regimi dittatoriali e totalitari, caratterizzati dal compimento di migliaia o decine o centinaia di migliaia di crimini, a sistemi democratici (o quasi democratici), il problema si complica per una serie di ragioni che qui possono essere soltanto indicate in termini generali.

Da un lato, la letteratura che si occupa del problema parla della verità in termini assai diversi da caso a caso, sicché pare praticamente impossibile stabilire un minimo di coerenza nei concetti ai quali si fa riferimento. Talvolta, infatti, si parla di almeno due o quattro idee di verità "transizionale": per un verso si distingue una verità come "riconoscimento", che si configura come ufficiale e pubblica, e una verità come conoscenza dei fatti, che sarebbe allora "individuale"²⁶; per altro verso si distinguono la verità "fattuale" (o forense); la verità personale (o narrativa); la verità "sociale (o dialogica), e la verità "curativa" e restaurativa; tutti concetti che presuppongono una scienza sociale non ottimale e presentano deboli fondamenti teorici²⁷.

Altre volte, si parla della verità in un numero assai maggiore di significati, a seconda dei contesti ai quali si fa riferimento. Così, ad esempio, si parla di verità e religione, di verità e diritto, di verità forense, di verità narrativa (personale), di verità dialogica, di desiderio di verità delle vittime, di verità restaurativa diretta

²⁴ Per questa opinione, e per ulteriori riferimenti in proposito, v. ad es., con riferimento all'esperienza argentina di cui si parlerà più oltre, PASTOR, *op. cit.*, p. 124 ss.

²⁵ Lo riconosce anche PASTOR, *op. cit.*, p. 127.

²⁶ Cfr. GREASY, *op. cit.*, p. 20.

²⁷ In questo senso cfr. GREASY, *op. cit.*, p. 2. s., ed inoltre pp. 27 ss., 61 ss., 102 ss., 107, 108 ss., 159 ss.. Cfr. Anche WALKER, *Troubles with Truth Commissions: Putting the Moral Aims of Truth Commissions to the Fore*, in *The Performance of Memory as Transitional Justice*, ed. by S.E. Bird and F.M. Ottanelli, Cambridge-Antwerp-Portland 2015, p. 15 ss.

alla riconciliazione e alla riparazione dei danni, di verità e politica²⁸. In proposito vale la pena di rilevare che nella totale confusione di questi discorsi non si tengono in alcun conto le concezioni della verità che provengono da secoli di elaborazione filosofica, e che oggi caratterizzano il “problema della verità”²⁹. Si capisce facilmente che in questo modo si perde di vista qualunque concetto di verità e parlare della verità in contesti così vaghi e variabili diventa una sorta di impresa vana senza alcun risultato attendibile: di fatto il concetto di verità finisce col dissolversi in una quantità di significati profondamente diversi, spesso tra loro incompatibili ed incoerenti. Pare allora evidente l'impossibilità di occuparsi della verità in tutte le numerose e spesso indefinite varianti del significato che di volta in volta la letteratura sulla transizione attribuisce al termine “verità”. Ad esempio, se si parla della verità come “riconoscimento” da parte del responsabile di un crimine, o da parte dello Stato nelle ipotesi di terrorismo di Stato, non si sta evidentemente parlando della conoscenza fattuale di ciò che è avvenuto³⁰: il riconoscimento può essere parziale, incompleto, o addirittura falso, con lo scopo di nascondere tutte le reali responsabilità. Analogamente, se si parla di verità “narrativa”³¹ si ha a che fare con racconti rispetto ai quali non si ha alcuna garanzia di veridicità fattuale.

A questa confusione si aggiunge il fatto che le Commissioni per la Verità, di cui si parlerà più oltre, hanno finito con il configurare in maniere diverse, non di rado incerte e confuse, la “verità” di cui si occupavano o di cui intendevano occuparsi³², spesso omettendo di indagare su fatti rilevanti come le violenze subite dalle donne³³, o evitando di accertare le responsabilità degli autori dei vari crimini³⁴.

Le premesse che si sono indicate in precedenza inducono peraltro a concentrare il discorso su uno di questi significati. In particolare, se si parla di verità come fondamento di effettività del diritto e come requisito necessario dell'amministrazione della giustizia e della decisione giudiziaria, si sta parlando della verità *fattuale* (o, se si preferisce, di verità *forense*), con ciò intendendo ciò che i giuristi normalmente intendono per “verità”, ossia l'accertamento oggettivo e completo, fondato su conoscenze e prove controllabili, delle circostanze di fatto che stanno alla base della decisione giudiziale. Nei casi che rilevano in questa

²⁸ Cfr. BREEN SMITH, *Truth Recovery and Justice after Conflict. Managing violent pasts*, London-New York 2007, p. 22 ss.

²⁹ Cfr. ad es. D'AGOSTINI, *op. cit.*; KIRKHAM, *op. cit.*

³⁰ Cfr. GREARY, *op. cit.*, p. 20.

³¹ Cfr. BREEN SMITH, *op. cit.*, p. 26.

³² In argomento v. in particolare HAYNER, *op. cit.*, p. 90 ss.; WALKER, *op. cit.*, p. 10 ss.

³³ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 85 ss.

³⁴ V. *infra*, par. 4.

sede, ossia quando si tratta di crimini contro l'umanità nelle varie forme che essi hanno assunto, parlare di verità fattuale nel senso compiuto del termine significa che si debbono accertare tutte le circostanze in cui si è verificato ogni singolo fatto criminoso, individuando non solo le vittime e le modalità del loro assassinio, della loro sparizione forzata o delle torture che hanno subito, ma anche e soprattutto l'identità dei soggetti direttamente e indirettamente responsabili di questi eventi³⁵. In proposito si può osservare che non hanno molto senso le discussioni – per lo più sterili – sulla distinzione tra verità “storica” ufficiale³⁶ e verità processuale, come se la verità storica potesse fare a meno dell'accertamento completo, fondato su prove attendibili, delle circostanze che costituiscono il c.d. “fatto storico” di cui si tratta. Analogamente, pare difficile parlare di una verità “sociale”³⁷ o “collettiva” nella quale non si faccia riferimento alla verità specifica, completa e “individuale” dei fatti che sono oggetto di conoscenza collettiva. Il rischio evidente in questi discorsi è che si parli della verità in termini così vaghi da essere completamente privi di connessione con la conoscenza di ciò che è *effettivamente* accaduto.

Dall'altro lato, mentre in linea di principio non si nega espressamente l'opportunità che nella c.d. giustizia di transizione si ricerchi la verità dei fatti, ed anzi si insiste su questa necessità con dichiarazioni spesso retoriche e roboanti, in molti casi si osserva che la ricerca della verità sarebbe in contrasto con uno dei fini principali della transizione, ossia con la riconciliazione sociale che dovrebbe segnare l'inizio di un'era di democrazia e pacificazione. In altri termini, si finisce col sostenere che il silenzio e la dimenticanza rispetto ai crimini passati siano il metodo migliore per facilitare la costruzione della nuova società³⁸. Come si intuisce facilmente questo orientamento può essere – ed in concreto spesso viene – contestato: non solo per le vittime dei crimini in questione, ma per la società in generale, può essere difficile o impossibile accettare che gravi violenze compiute ai danni di migliaia di persone vengano passate sotto silenzio in nome della pacificazione sociale. Un esempio è dato dal fatto che ancora nel 2006 uno storico pubblica in Spagna un libro che espone i risultati di una ricerca ampia e rigorosa sulle vittime della guerra civile, con il titolo significativo *Contra el olvido*³⁹, nel quale si denuncia energicamente la persistente incompletezza dell'accertamento della verità storica relativa ai crimini franchisti, e si critica la diffusa tendenza a dimenticare tali crimini. Solo nel 2007, inoltre, in Spagna si approva una *Ley de la memoria histórica* destinata ad ammettere forme di compensazione per le vittime,

³⁵ In questo senso v. in particolare GREASY, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ Cfr. GREASY, *op. cit.*, p. 44 ss.

³⁷ Cfr. ad es. GREASY, *op. cit.*, p. 61 ss.

³⁸ Cfr. ad es. HAYNER, *op. cit.*, p. 14.

³⁹ Cfr. ESPINOSA, *Contra el olvido. Historia y memoria de la guerra civil*, Barcelona 2006.

ma senza riferimenti a responsabilità penali e, soprattutto negli ultimi anni, senza i finanziamenti necessari per compiere attività di ricerca⁴⁰.

Si tratta, come è evidente, di un problema essenzialmente politico. I fautori di una possibile e sperabilmente rapida riconciliazione tendono ad evitare o impedire che si scopra davvero la verità sul passato, e sui crimini commessi dai regimi precedenti. Al più si ammette che in favore delle vittime vi sia qualche forma di riparazione, economica o simbolica⁴¹, e che ciò sia sufficiente a giustificare il silenzio su ciò che davvero è avvenuto, anche quando si tratta di crimini gravissimi che hanno colpito decine o centinaia di migliaia di persone. Talvolta questo orientamento viene giustificato dicendo che il perseguire i colpevoli può avere importanti costi politici⁴², ed osservando che non esiste solo la giustizia retributiva, ma esistono anche la giustizia restaurativa, la giustizia di deterrenza, la giustizia compensativa, la giustizia distributiva, la giustizia riabilitativa, la giustizia come affermazione della dignità umana e la giustizia esonerativa⁴³. Pare evidente che qui ci si trova di fronte all'ennesimo tentativo di confondere e rendere vaghi i concetti con i quali si ragiona, con la conseguente dissoluzione dei relativi significati, nella quale allora perde importanza l'idea che una nozione fondamentale di giustizia presupponga l'accertamento della verità dei fatti, in nome di una generica ed essenzialmente politica tendenza alla restaurazione di un ordine sociale⁴⁴.

In proposito gli argomenti critici possibili sono vari, ma qui si può solo accennare ad alcuni di essi. Da un lato, va osservato che il favore per la dimenticanza in nome di una qualsiasi pace sociale non è generalmente condiviso. Non manca, infatti, chi sostiene giustamente la necessità che venga accertata la realtà dei fatti, sia perché la verità favorisce il conseguimento della giustizia⁴⁵, sia perché il risarcimento o la compensazione delle vittime si considerano insufficienti, e si ritiene che sia necessaria anche la sanzione penale a carico dei responsabili⁴⁶, sia perché – inoltre – l'eventuale perdono ed ogni forma di compensazione presuppongono che si stabilisca “chi perdona chi” e “per che

⁴⁰ Cfr. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino 2013, p. 37 ss.; GIL GIL, *Justicia transicional en España*, in *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, J.T.Sumalla coord., Barcelona 2010, p. 143 ss.

⁴¹ Cfr. LEAN, *Is Truth Enough? Reparation and Reconciliation in Latin America*, in *Politics and the Past. Repairing Historical Injustice*, ed. by J. Torpey, Lanham-Boulder-New York-Oxford 2003, p. 176 ss.

⁴² Cfr. ad es. VILLA-VICENCIO, *Transitional Justice, restoration, and prosecution*, in *Handbook of Restorative Justice*, ed. by D. Sullivan and L. Tifft, London-New York 2006, p. 387 ss.

⁴³ Cfr. VILLA-VICENCIO, *op. cit.*, p. 389.

⁴⁴ Cfr. VILLA-VICENCIO, *op. cit.*, p. 398.

⁴⁵ Cfr. CLEARY, *op. cit.*, p. 21 ss.

⁴⁶ Cfr. LEAN, *op. cit.*, p. 183 ss.; BREEN SMYTH, *op. cit.*, pp. 2 ss., 12.

cosa”, e chi merita quale compensazione, e per quale ragione. Anche queste modalità di conciliazione presuppongono dunque un accertamento specifico e completo della verità dei fatti.

Dall’altro lato, ma su questo punto si tornerà più oltre, si possono avere profondi dubbi sul tipo di pace sociale che viene conseguita sulla base della mancata scoperta della verità effettiva sui crimini e sulle relative responsabilità risalenti ai regimi precedenti. Il principale effetto del silenzio, infatti, è che nel “nuovo” assetto sociale si ritrovano tutti o quasi tutti coloro che nel regime precedente si erano dedicati a commettere crimini contro l’umanità. La storia è ricca di esempi⁴⁷. Basti qui citare il caso della Germania, dove con la ricostruzione della “nuova” situazione politica si ricollocano nei loro posti funzionari e giudici che avevano partecipato attivamente alla repressione nazista pronunciando numerose condanne a morte e ai campi di concentramento⁴⁸, e dove quasi tutti i filosofi che avevano attivamente aderito al nazismo recuperano rapidamente le loro posizioni universitarie⁴⁹. Interessante è anche l’esempio italiano, dato che le sanzioni penali nei confronti di criminali fascisti sono state rare e sostanzialmente poco rilevanti⁵⁰. Significativo delle modalità con cui in Italia avviene la transizione dal regime fascista alla democrazia repubblicana è il caso di Gaetano Azzariti. Si tratta di un giurista famoso e apprezzato, che dal 1957 al 1961 è presidente della Corte costituzionale. Ciò che sorprende, tuttavia, è che Azzariti era stato un importante collaboratore del ministero fascista della giustizia nell’epoca delle leggi razziali, alla cui stesura aveva probabilmente collaborato, e che – inoltre – dal 1939 al 1943 era stato presidente del Tribunale della Razza, un organo che – dietro pagamento di rilevanti somme – stabiliva se a determinati soggetti, che erano ebrei ma dichiaravano di non esserlo, andassero applicate le discriminazioni previste da quelle leggi. Azzariti passa indenne attraverso il procedimento di epurazione, essenzialmente evitando di dire verità scomode sul

⁴⁷ Cfr. BALDISSARA, *Politiche della memoria e spazio del ricordo in Europa*, in *Il Mulino*, 2016, p. 6 ss., ove si sottolinea che la tendenza a non affrontare la memoria di quanto era accaduto durante i regimi totalitari fu “un obolo di rimozione e falsificazione del passato recente”.

⁴⁸ In proposito v. ampiamente MÜLLER, *Los Juristas del Horror. La “justicia” de Hitler: el Pasado que Alemania no puede dejar Atràs*, tr. sp., Bogotá 2009, p. 286 ss.

⁴⁹ Cfr. SHERRAT, *I filosofi di Hitler*, tr. it., Milano 2014, p. 226 ss., ove si sottolinea che “tutto si perdetto nel nulla, nella Germania del dopo Norimberga” (p. 235).

⁵⁰ Cfr. ampiamente, e per riferimenti, SEMINARA, *Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien. Strafrechtliche Probleme*, in *15 Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2014, p. 3 ss.; sulla transizione italiana v. inoltre FORNASARI, *op. cit.*, p. 15 ss. BALDISSARA, *op. cit.*, p. 10, sottolinea che “ancora oggi il nostro Paese mostra un evidente deficit nel fare i conti con l’esperienza fascista”.

suo passato, ed in questo modo diventa un importante personaggio del nuovo sistema democratico costituzionale⁵¹.

Questi esempi, ma altri se ne potrebbero invocare, mostrano chiaramente quale sia la qualità della democrazia che si costruisce sulla base del silenzio relativo a tutto ciò che di criminale è avvenuto sotto il regime precedente: il fatto è che in questo modo i vecchi criminali, che in massa sfuggono alla giustizia, si convertono in buoni ed onorati cittadini della nuova democrazia. In proposito ci si può allora chiedere se si possa davvero parlare di democrazia quando si parla di un sistema politico che sistematicamente evita di ricercare la verità sui suoi immediati precedenti storici, pur essendo chiara la quantità e la qualità dei crimini allora commessi. Facendo riferimento alle idee di Williams e di altri di cui si è fatto cenno all'inizio, la conclusione non può che essere una diagnosi fortemente negativa rispetto a pretese democrazie che sistematicamente rifiutano la ricerca della verità.

3. *Contro la verità*

L'atteggiamento di rifiuto nei confronti della verità, al di là delle declamazioni astratte, è piuttosto diffuso: molti dicono che ricercare la verità è un errore che rende più difficile la realizzazione della giustizia di transizione, e che quindi è più opportuno garantire l'impunità ai responsabili dei crimini contro l'umanità, come mezzo per favorire la riconciliazione⁵². Il metodo che viene usato più spesso per conseguire questo risultato consiste nell'approvare una legge di amnistia. Risulta infatti che esso è stato applicato in tutto il mondo – negli anni dal 1970 al 2007 – in ben 424 casi, ossia nel 50% delle situazioni di transizione⁵³. La ragione di questo fenomeno così diffuso è ovvia: l'amnistia cancella la responsabilità, rende impossibile qualunque processo giudiziario, consente il pacifico reinserimento dei criminali nella società "riconciliata". È quanto è accaduto in Italia e in Germania, e poi anche in Spagna⁵⁴, come si è detto più sopra, dove la grande maggioranza dei responsabili dei crimini nazisti, fascisti e franchisti è sfuggita a qualunque sanzione, e si è tranquillamente reinserita nel contesto dei sistemi democratici che si sono instaurati dopo la caduta dei regimi dittatoriali. Quanto ciò abbia giovato alla democrazia di questi sistemi è un problema essenzialmente

⁵¹ Su questa vicenda, che ha un valore emblematico, cfr. BONI, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte Costituzionale*, in *Contemporanea*, 2014, p. 577 ss.

⁵² Cfr., anche per riferimenti, OLSEN-PAYNE-REITER, *Transitional Justice in Balance. Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington D.C., 2010, p. 10.

⁵³ Cfr. OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, pp. 29 ss., 35.

⁵⁴ Cfr. FORNASARI, *op. cit.*, p. 34 ss.

politico che rimane aperto, rispetto al quale – tuttavia – ogni scetticismo si giustifica.

Vi sono comunque alcune osservazioni ulteriori che meritano di essere almeno accennate.

Da un lato, non tutte le amnistie provocano la totale cancellazione delle responsabilità. Vale al riguardo l'esempio – pressoché unico – del Sud Africa, dove alla fine dell'*apartheid*, nel 1996, si creò una "Commissione per la verità e la riconciliazione" che poteva anche concedere amnistie a condizione però che i criminali testimoniassero e richiedessero di essere amnistiati per i loro crimini⁵⁵. In presenza di questa *full disclosure* potevano ottenere, tenendo conto della gravità dei crimini che confessavano, che si ponesse fine ad ogni indagine o incriminazione civile o penale per reati contro l'umanità commessi negli anni della discriminazione razziale. In questo caso la riconciliazione comportava la non applicazione delle condanne per questi crimini, ma richiedeva almeno che si identificassero i relativi autori e si stabilissero le loro responsabilità⁵⁶.

Dall'altro lato, è opportuno distinguere tra amnistie ed *autoamnistie*. Le prime vengono promulgate *dopo* la caduta dei regimi dittatoriali, e quindi derivano dai tentativi di riconciliazione effettuati dai regimi democratici successivi. Tra i vari esempi si possono citare quelli di Italia, Germania e Spagna ricordati più sopra. Un esempio importante è comunque quello dell'Argentina⁵⁷: terminata la dittatura dei colonnelli nel 1983, una commissione per l'indagine sui *desaparecidos* denominata CONADEP svolse ricerche conseguendo informazioni che potevano essere utilizzate in successivi giudizi penali e presentò un rapporto denominato *Nunca Mas* che conteneva numerose prove dei crimini commessi sotto la dittatura⁵⁸. Tuttavia, pochi anni dopo e per pressioni politiche da parte dei militari, la *Ley de punto final* nel 1986 e la *Ley de obediencia debida* del 1987 stabilirono l'impunità per gli autori di questi crimini. Si trattava evidentemente del tentativo del governo democratico di chiudere con il silenzio la tragica vicenda degli omicidi, delle sparizioni e delle torture (poste in essere in 340 centri) che a decine di migliaia avevano segnato la storia di quel paese. A queste leggi fecero poi seguito vari indulti concessi durante il governo Menem, che estinsero le pene e i processi in corso⁵⁹. L'impossibilità di giungere a condanne

⁵⁵ In argomento cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 27 ss.

⁵⁶ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 29 ss., per dati quantitative e sulle modalità di lavoro della commissione.

⁵⁷ Sul caso argentino esistono numerosi studi. Cfr. ad es., anche per altri riferimenti, PASTOR, *op. cit.*, p. 100; FORNASARI, *op. cit.*, p. 77 ss.

⁵⁸ Si accertava la scomparsa di 8960 persone e l'esistenza di 380 centri di detenzione clandestina. Cfr. PASTOR, *op. cit.*, p. 109 ss.; FORNASARI, *op. cit.*, p. 86 ss.

⁵⁹ Cfr. PASTOR, *op. cit.*, p. 112; FORNASARI, *op. cit.*, p. 95 ss.

giudiziarie diede luogo ad un fenomeno di grande interesse come i *juicios por la verdad* di cui si parlerà più oltre, ma essa durò a lungo, ossia sino 2005, quando la Corte Suprema dichiarò che le due leggi del 1986 e del 1987 erano incostituzionali⁶⁰. È dunque venuto meno il regime di impunità, ma per giungere a questo risultato sono occorsi quasi vent'anni, durante i quali le amnistie avevano potuto produrre i loro risultati.

Se questo accade per le amnistie che si possono considerare “ordinarie”, a maggior ragione le intenzioni di impedire la scoperta della verità sono manifeste nelle c.d. autoamnistie, ossia le amnistie che vengono decretate dagli stessi regimi dittatoriali allo scopo di evitare sanzioni per gli autori dei crimini commessi nell'ambito del terrorismo di Stato. Gli scopi dichiarati di queste amnistie sono solitamente indicati con finalità di pacificazione sociale, come se esse fossero a favore di tutti gli autori di atti di grave violenza e quindi soprattutto a favore degli oppositori dei vari regimi, ma – trattandosi di previsioni di carattere generale – l'effetto pratico che viene raggiunto in realtà è quello dell'impunità degli autori dei crimini commessi da organi statali come l'esercito, la polizia, i paramilitari, i servizi segreti.

Un esempio famoso è stato quello dell'amnistia proclamata da Pinochet negli ultimi anni del suo regime⁶¹. Nel 1978 viene infatti approvata una legge per l'amnistia dei crimini compiuti dal 1973 al 1978, ma solo nel 1998 la Corte Suprema afferma che essa non si applica ai crimini commessi in violazione di diritti umani. In ogni caso, ed essendo incerto se tale legge continua ad essere applicata, e in quale misura, rimane il fatto che essa è tuttora in discussione, e quindi può sempre trovare applicazione⁶².

Un altro esempio significativo è quello del Brasile, dove la dittatura militare durò dal 1946 al 1988. Già nel 1961 era stata approvata una legge di amnistia, ed un'altra legge analoga era stata approvata nel 1979, ed era poi stata corretta nel 1985, per essere poi estesa nella sua applicazione nel 1988. Dopo la fine della dittatura militare, nel 1989 fu approvata un'altra legge di amnistia “per crimini politici” che creò una apposita commissione. Sino al 2014 la commissione ha esaminato 62.000 richieste, ma molti dei prigionieri politici – dell'opposizione alla dittatura militare – non sono stati amnistiati, mentre l'“amnistiato politico” che ha partecipato ai crimini commessi nell'ambito del terrorismo di Stato riceve vari vantaggi come la riammissione o la promozione in carriera. Solo nel 2010 la Corte Interamericana dei Diritti Umani, decidendo il famoso caso “guerriglia di

⁶⁰ Su questa fondamentale sentenza v. in particolare FORNASARI, *op. cit.*, p. 104 ss.

⁶¹ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 47.

⁶² A quanto pare vi erano nel 2014 1.000 casi aperti, di cui 72 per tortura, mentre sono stati riconosciuti 279 colpevoli, di cui 75 sono in carcere.

Araguaia” afferma che l’interpretazione della legge del 1979 secondo la quale essa impedirebbe le indagini, il giudizio e la sanzione per violazioni dei diritti umani è incompatibile con la convenzione interamericana sui diritti umani, e stabilisce l’obbligo dello Stato di accertare la verità⁶³.

Vero è, dunque, che in molti casi⁶⁴ le amnistie e le autoamnistie vengono dichiarate incostituzionali o comunque illegittime, ma gli esempi ora indicati mostrano che normalmente ciò accade a distanza di molti anni. La conseguenza è allora che in varia misura le amnistie conseguono di fatto i risultati ai quali erano finalizzate, ossia la cancellazione delle responsabilità della maggior parte degli autori dei crimini contro l’umanità.

Rimane allora la questione se vi siano amnistie che possono in qualche modo essere accettate o tollerate. In linea di principio, ed in base alle premesse chiarite all’inizio, la risposta dovrebbe essere nettamente negativa. Eccezion fatta per i – rari – casi in cui l’amnistia viene concessa a chi riconosce le proprie responsabilità, infatti, l’effetto tipico dell’amnistia è quello di impedire che si giunga all’accertamento della verità sui crimini in questione, ed in particolare che si identifichino ed – eventualmente – si sanzionino i responsabili. Dunque *nessuna* amnistia è compatibile con il principio per cui la democrazia si fonda sulla verità.

Può essere eventualmente diversa la valutazione *politica* delle amnistie, a seconda delle circostanze in cui queste vengono concesse e vengono mantenute⁶⁵. Si tratta, in altri termini, di stabilire se in ogni specifica situazione sia più *vantaggioso* cancellare la verità sui crimini passati in cambio della speranza di una rapida pace sociale, ovvero se si ritiene comunque che non si consegua la costruzione di una vera democrazia senza che tale verità venga compiutamente determinata. Nel migliore dei casi, dunque, potrebbero essere tollerate quelle amnistie che, concesse in regimi democratici, tuttavia non escludono la scoperta della verità sui crimini contro l’umanità commessi dalle dittature, mentre non

⁶³ Si tratta della sentenza *Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) Vs. Brasil*. In argomento v. ampiamente FORNASARI, *op. cit.*, p. 145 ss.

⁶⁴ Non mancano tuttavia le eccezioni, come quella rappresentata dall’Uruguay, dove, dopo anni di dittatura militare con numerosi crimini contro l’umanità, vennero introdotti due provvedimenti di amnistia, nel 1985 e nel 1986. Queste leggi furono sottoposte successivamente a referendum popolari, ma l’esito di queste consultazioni fu favorevole al mantenimento in vigore di esse (su queste vicende v. ampiamente FORNASARI, *op. cit.*, pp. 110 ss., 116 ss., 121 ss.). Tuttavia, nella sentenza sul caso *Gelman Vs. Uruguay*, del 24 febbraio 2011, la Corte Interamericana dei Diritti Umani riafferma la propria giurisprudenza secondo la quale le leggi di amnistia riferite a crimini contro l’umanità sono manifestamente incompatibili con la lettera e lo spirito della Convenzione Interamericana (§ 225, 226, 227), e riconferma l’obbligo degli Stati che la sottoscrissero a svolgere indagini e sanzionare tali crimini (§ 227).

⁶⁵ Sulle possibili valutazioni positive di alcune delle amnistie, soprattutto se emanate da parte dei regimi democratici succeduti ai regimi dittatoriali, v. FORNASARI, *op. cit.*, p. 171 ss.

potrebbero essere approvate quelle amnistie che – se pur introdotte o confermate in regimi democratici – abbiano comunque l’effetto di precludere la ricerca della verità⁶⁶.

4. Le “Commissioni per la Verità”

L’esempio del Sud Africa fa scuola, e viene seguito in molte situazioni di transizione, nelle quali si afferma a gran voce il “Diritto fondamentale alla verità” sui crimini contro l’umanità commessi durante i regimi dittatoriali, e si creano apposite commissioni con il compito di accertare queste verità⁶⁷. Sino al 2007 erano state create non meno di 68 commissioni di questo tipo⁶⁸, ma molte altre vennero create successivamente, come la commissione brasiliana che venne istituita solo nel 2011. La composizione di queste commissioni varia molto da caso a caso, così come varia la definizione dei loro compiti⁶⁹. Appare però evidente che la ricerca della verità che esse debbono svolgere è solitamente più limitata di quella che potrebbe porre in essere un tribunale⁷⁰, e normalmente si concentra sulle vittime, ossia sulla loro identificazione e sull’accertamento delle modalità con cui sono avvenuti i crimini in loro danno⁷¹, mentre un’attenzione scarsa o nulla viene riservata all’identificazione dei colpevoli. Si dice, in sostanza, che il “diritto alla verità” spetta soprattutto alle vittime di questi crimini, mentre importanza minore viene attribuita alla scoperta di “tutta” la verità. Anche in funzione di questi limiti, si riconosce che queste commissioni hanno avuto un rilievo secondario nella transizione, ed hanno in qualche modo contribuito ad essa ma solo in combinazione con amnistie e processi⁷².

Questa valutazione non particolarmente positiva non può però essere generalizzata, poiché non mancano esempi nei quali il lavoro delle commissioni si è svolto in maniera intensa ed approfondita ed ha prodotto risultati rilevanti.

Uno di questi esempi è costituito dalla commissione creata in Perù nel 2001, con il compito di indagare sulle violenze e sui crimini contro l’umanità commessi nel periodo dal 1980 al 2000. È da notare che si tratta in realtà di due periodi

⁶⁶ Cfr. FORNASARI, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁷ Per un’ampia analisi cfr. HAYNER, *op. cit.*, pp. 27 ss., 45 ss., 239 ss.

⁶⁸ Cfr. OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁹ Cfr. in particolare HAYNER, *op. cit.*, p. 10 ss.; WALKER, *op. cit.*, p. 16 ss.

⁷⁰ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹ Cfr. HAYNER, *ibidem*, p. 20 ss.

⁷² Cfr. in questo senso HAYNER, *op. cit.*, p. 26; OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, pp. 21, 23, 153 s.; WALKER, *op. cit.*, p. 15, che sottolinea il crescente scetticismo verso le commissioni come mezzi per accertare la verità.

abbastanza distinti: dal 1980 ai primi anni '90 la situazione del paese era caratterizzata dalla guerriglia, tra cui soprattutto il movimento di *Sendero Luminoso*, mentre nel decennio successivo la violenza venne praticata soprattutto dallo Stato sotto la dittatura di Alberto Fujimori. La commissione lavora intensamente dal 2001 al 2003, raccoglie una quantità straordinaria di documenti e di testimonianze, e pubblica un rapporto in nove volumi⁷³. I risultati dell'indagine svolta dalla commissione sono impressionanti: basti ricordare che si accerta la morte o la sparizione forzata di 69.280 persone (peraltro un numero non definitivo) e si scoprono 4.600 sepolture clandestine. Sulla base di questa massa di informazioni la commissione suggerisce che si svolgano indagini giudiziarie per accertare le responsabilità di questo terribile massacro, ma ben poco viene fatto, ed anzi il presidente e i membri della commissione ricevono minacce in conseguenza di ciò su cui avevano indagato⁷⁴.

Un altro esempio molto interessante è la commissione creata in Brasile nel 2011, che conclude i suoi lavori alla fine del 2014. Il risultato è un rapporto pubblicato in tre volumi di varie migliaia di pagine, nei quali si descrivono le indagini svolte dalla commissione e i relativi risultati. Scopo principale della commissione è la “realizzazione del diritto alla memoria e alla verità storica” su quanto è accaduto nei molti anni della dittatura militare (dal 1946 al 1988), in relazione al dovere dello Stato di indagare, giudicare e punire i responsabili dei crimini contro l'umanità⁷⁵. Un aspetto molto importante della commissione brasiliana, che la distingue da molte altre commissioni che avevano come scopo solo la scoperta della “verità delle vittime”, è che tra i suoi compiti vi è anche la scoperta e l'individuazione degli autori dei crimini in questione⁷⁶. La commissione utilizza informazioni che su questi crimini erano state raccolte anche in precedenza, in particolare ad opera dell'archidiocesi di São Paulo nell'ambito del progetto *nunca mas*⁷⁷, ma soprattutto svolge indagini autonome. Ne risultano testi di grande interesse. In particolare il vol. II del *Relatorio* contiene una serie di saggi assai approfonditi anche dal punto di vista storico, che includono informazioni dettagliate sulle violazioni dei diritti umani compiute ai danni di

⁷³ Una sintesi di tale rapporto è un volume di quasi 500, pagine, che in realtà è anche uno studio di grande interesse sulla storia del Perù nel periodo considerato. Cfr. *Hatun Willakuy. Versión abreviada de l'Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Peru*, 2008.

⁷⁴ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 38 s.

⁷⁵ Cfr. il vol. I del *Relatorio* della Commissione, pp. 46, 67 ss. (v. <http://www.cnv.gov.br/>).

⁷⁶ Cfr. il *Relatorio*, cit., vol. I, p. 73 ss.

⁷⁷ In questa indagine vengono documentati 707 casi con 7.367 accusati, e 10.034 indagini di polizia. Cfr. il *Relatorio*, cit., I, p. 16. Altre informazioni raccolte nel 1995 parlano di 339 casi di omicidi e sparizioni forzate, mentre altri 221 casi vengono scoperti nel 2007. Cfr. il *Relatorio*, cit., I, pp. 18, 21.

militari, di lavoratori e sindacalisti, di contadini, sacerdoti, professori e studenti delle Università, indigeni e omosessuali. Vi si analizzano anche i fenomeni di collaborazione di civili, soprattutto industriali, con i militari, e le forme di resistenza che la società civile aveva tentato di sviluppare contro il terrorismo di Stato. Nell'insieme, un'opera di grande importanza storica e documentale. Inoltre, il vol. III del *Relatorio* contiene, in quasi 2.000 pagine le storie di 434 morti e vittime di sparizioni forzate, con indicazioni analitiche relative alle persone, ai luoghi e alle vicende – soprattutto di torture efferate e mortali – di questi eventi. In molti casi, dove è stato possibile, si individuano i responsabili di questi crimini e si indicano le relative prove. Ciò che rimane tuttora incerto è se questo grande lavoro di ricerca e di accertamento potrà portare alle dovute incriminazioni e condanne dei criminali.

Un ulteriore esempio molto significativo, che tuttavia si presta ad una valutazione assai meno positiva, è quello del Cile. In quel paese, come si è visto, l'autoamnistia del 1978 aveva sostanzialmente bloccato qualunque possibilità di accertamento dei crimini verificatisi sotto la dittatura di Pinochet. Peraltro, nel 1990/1991 operò la c.d. "Commissione Rettig", dal nome del suo presidente, la quale aveva però soltanto il compito di tener conto di casi di morte dovuta ad assassinio, a sparizione forzata o a torture. Curiosamente, la commissione non si occupava di torture che non avessero provocato la morte, quasi che in tal caso la tortura dovesse considerarsi irrilevante. Malgrado queste limitazioni la commissione poté occuparsi di 2.920 casi, per il 95% dovuti a violenze attribuibili ad organi dello Stato, e solo per il 4% dovuti all'azione di gruppi di sinistra⁷⁸. La situazione muta solo dopo vari anni, poiché solo nel 2003-2005 opera una commissione che si occupa di torture e di imprigionamenti illegali, individuando 28.549 vittime (delle quali 1.244 avevano meno di 18 anni e 176 avevano meno di 13 anni) e scoprendo 1200 luoghi di tortura. Anche in questi casi, tuttavia, il compito della commissione è sostanzialmente limitato dal fatto che essa conduce indagini ed identifica le vittime, ma non individua i nomi dei colpevoli, anche se accerta quali organi militari, di polizia o di spionaggio erano coinvolti. Era comunque chiaro che la commissione non poteva fornire informazioni utilizzabili in sede giudiziaria⁷⁹.

Un limite analogo caratterizza, infine, la commissione per la verità che operò in Guatemala nel 1997-1999: a fronte di 200.000 morti in 30 anni di guerriglia e di terrorismo di Stato, con 626 massacri addebitabili a militari e paramilitari, che avevano prodotto 42.000 vittime, non vi fu alcuna identificazione dei colpevoli⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 47 ss.

⁷⁹ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 61 ss.

⁸⁰ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 32 ss.

5. I processi penali

Anche in funzione di ciò che si è appena rilevato a proposito dei limiti che hanno caratterizzato l'azione di molte commissioni della verità, soprattutto dal punto di vista della mancata individuazione dei colpevoli, negli ultimi tempi si è andata diffondendo l'opinione secondo la quale dalla giustizia di transizione non dovrebbe essere esclusa la giustizia *retributiva*, ossia la scoperta e la punizione dei colpevoli per mezzo degli strumenti giudiziari, ed in particolare per mezzo del processo penale⁸¹. In passato, invero, il ricorso alle investigazioni e ai procedimenti giudiziari aveva finito con l'essere abbastanza infrequente: esso veniva infatti escluso dalle amnistie, e non rientrava nelle funzioni di varie commissioni per la verità, anche se in qualche caso queste fornivano elementi di conoscenza utilizzabili in sede processuale. Così, ad esempio, in Cile solo dopo il 1998 si comincia ad accertare penalmente i crimini, processando varie centinaia di ufficiali dell'esercito, 200 dei quali vengono condannati e 59 scontano in carcere le relative condanne⁸².

Peraltro, la giurisprudenza ormai costante della Corte Interamericana dei Diritti Umani è nel senso che gli Stati che aderiscono alla Convenzione hanno un preciso obbligo di svolgere indagini per l'accertamento della verità relativa ai crimini contro l'umanità⁸³.

In proposito sorgono però problemi di varia natura. Da un lato, infatti, in linea astratta si potrebbe considerare il processo penale come lo strumento ideale per l'accertamento *pieno* della verità sui crimini avvenuti sotto i regimi dittatoriali, dato che esso non si limita all'individuazione delle vittime e delle circostanze in cui sono avvenute le violenze, ma è diretto anche – e forse soprattutto – all'identificazione dei responsabili di tali violenze, e alla relativa punizione. Tuttavia, forse proprio a ragione dell'efficacia repressiva e sanzionatoria che il processo penale potrebbe avere, problemi rilevanti sono sorti intorno alla sua utilizzazione. Molto genericamente si potrebbero suddividere questi problemi in due categorie: problemi *pratici* e problemi *giuridici*.

I problemi *pratici* sono di varia natura, e si sono manifestati con intensità variabile, ma molto forte, in tutti i paesi che si sono presi in considerazione. Senza procedere qui ad una analisi specifica riferita ai singoli ordinamenti, può essere sufficiente far cenno ad un elenco di fattori che, in varia combinazione, hanno fatto sì che la condanna penale dei responsabili dei crimini finisse con

⁸¹ Cfr. ad es. CUNNEEN-HOYLE, *Debating Restorative Justice*, Oxford-Portland, Ore., 2010, p. 81 ss.; OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, pp. 16 ss., 98 ss., 132 ss.; LEAN, *op. cit.*, p. 183 ss.

⁸² Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 49.

⁸³ Cfr. ad es. le sentenze già citate sulla "guerrilla de Araguaya" e sul caso *Gelman*.

l'essere un evento piuttosto infrequente. Anzitutto, va ricordato che in molti casi sia gli organi dell'accusa sia i giudici, spesso rimasti ai loro posti dopo la transizione, ma dopo aver svolto le loro funzioni prima di essa, mostrano una forte inclinazione alla inattività, soprattutto quando si tratterebbe di perseguire crimini commessi sotto le varie dittature: nulla di strano in ciò, come mostrano gli esempi discussi più sopra di Germania, Italia e Spagna, dove i componenti delle amministrazioni giudiziarie passarono quasi totalmente indenni dai vecchi ai nuovi regimi. Un fenomeno analogo si verifica evidentemente anche in America Latina. A questo fattore si aggiungono forti pressioni politiche indirizzate ad impedire che si scopra davvero la verità sul passato⁸⁴: anche la classe politica è uscita sostanzialmente indenne dalla fase di transizione, e quindi è ovvio che anche nei nuovi regimi vi siano forze economiche, sociali e politiche che in vario modo si oppongono alla scoperta di verità che potrebbero essere scomode o pericolose. Si spiega allora il fenomeno, che appare abbastanza frequente, di menzogne organizzate⁸⁵, non di rado da parte degli stessi responsabili, allo scopo di impedire la ricerca della verità o comunque di frustrarne i risultati⁸⁶.

Va inoltre ricordato che in molti casi la possibilità di svolgere indagini e di celebrare processi penali è fortemente limitata dal passaggio del tempo, che spesso si misura in alcuni decenni di ritardo rispetto ai fatti. Se un'indagine viene svolta – magari senza particolare energia – a venti o trent'anni di distanza, può essere difficile scoprire le prove di quanto è accaduto, soprattutto quando – come spesso accade – esse sono nelle mani degli stessi organi (Stato, esercito, polizia, paramilitari) di cui hanno fatto parte i responsabili. In questi casi, che rappresentano la quasi normalità, è evidente che le prove sono sparite, sono state nascoste o sono state distrutte⁸⁷. Un macabro ma significativo esempio è costituito da ciò che Pinochet chiamava “trasferimento dei televisori”, ossia la prassi di svuotare le fosse comuni sottraendo i miseri resti degli assassinati allo scopo di distruggerli e di impedire in questo modo che si trovassero le prove materiali di ciò che era avvenuto.

Il passaggio del tempo, inoltre, rende molto difficile, se non impossibile, l'identificazione dei colpevoli, o almeno di tutti i colpevoli, con l'ovvia conseguenza che molti di essi non possono essere perseguiti.

A queste difficoltà pratiche si aggiungono talvolta problemi di carattere giuridico che attengono ad alcuni aspetti del diritto penale. Uno di questi problemi deriva dal fatto che se il processo si svolge a distanza di anni o di

⁸⁴ Cfr. LEAN, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁵ Cfr. BREEN SMYTH, *op. cit.*, p. 35 ss.

⁸⁶ Come dice LEAN, *op. cit.*, p. 185, “*truth telling and prosecution are dangerous ventures*”.

⁸⁷ Cfr. ad es. OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, p. 22 ss.

decenni dai crimini che si tratta di accertare, è molto probabile che sia ormai scaduto il termine di prescrizione di questi reati⁸⁸. Questo problema è stato tuttavia superato a proposito dei crimini contro l'umanità, poiché si riconosce ormai uniformemente che questi crimini non si prescrivono⁸⁹. Di conseguenza, non ha rilievo la questione se essi fossero o non fossero prescritti secondo le norme di diritto penale ordinario dei singoli ordinamenti nazionali, e neppure la questione di quando cominci o ricominci a decorrere il termine di prescrizione dopo la fine dei regimi dittatoriali⁹⁰. Se, infatti, si parte dalla premessa che questi crimini *non* si prescrivono, questioni di questo genere sembrano irrilevanti: la sola conclusione che deriva da questa premessa è che il processo diretto al loro accertamento può *sempre* svolgersi, senza incontrare alcun limite temporale.

Un altro problema che si può porre è quello della irretroattività della legge penale: in sostanza, i crimini contro l'umanità non sarebbero punibili in quanto non erano previsti come tali dal diritto penale interno dei vari ordinamenti nel momento in cui vennero commessi⁹¹. È chiaro che in questo modo si finisce per ammettere che nessuno dei crimini di cui si sta parlando potrebbe essere accertato e sanzionato, posto che nessuno dei regimi dittatoriali in esame aveva – ovviamente! – inserito nel diritto penale la previsione di crimini contro l'umanità, ossia esattamente dei crimini che gli stessi regimi andavano commettendo. Questa conseguenza paradossale può essere però evitata ricorrendo ad almeno due argomenti. Da un lato, si potrebbe osservare che comportamenti come l'omicidio, la sparizione forzata e la tortura erano già previsti come reati dal diritto penale ordinario, anche se non venivano qualificati con il *nomen juris* di crimini contro l'umanità. Di conseguenza, non vi è nessun problema di retroattività: essi possono essere comunque sanzionati come reati "ordinari" applicando le norme del tempo in cui furono commessi.

L'eventualità che le pene allora previste siano insufficienti nella prospettiva attuale⁹² può non essere particolarmente rilevante, se si parte dal punto di vista che lo scopo essenziale è quello di accertare la verità su quei comportamenti, più che quello di irrogare una pena che oggi possa considerarsi adeguata. Dall'altro lato, pare lecito argomentare che i crimini contro l'umanità sono stati da sempre considerati come tali indipendentemente dalla presenza di norme esplicite che li sanzionassero⁹³, sicché le norme che attualmente li configurano – norme entrate in vigore dopo che essi sono stati commessi – non fanno altro che recepire nel

⁸⁸ In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti, FORNASARI, *op. cit.*, p. 181 ss.

⁸⁹ Cfr. FORNASARI, *op. cit.*, p. 182.

⁹⁰ Su questi problemi v. ampiamente FORNASARI, *op. cit.*, p. 183 ss.

⁹¹ In argomento v. ancora FORNASARI, *op. cit.*, p. 189 ss.

⁹² Così FORNASARI, *op. cit.*, p. 189.

⁹³ In argomento v. FORNASARI, *op. cit.*, p. 190 ss.

diritto positivo ciò che da sempre si è considerato come fonte di responsabilità penale. Non vi sarebbe dunque alcun problema di retroattività, poiché i crimini contro l'umanità erano già crimini contro l'umanità nel momento in cui furono compiuti.

Si tratta, come è evidente, di argomenti che possono non essere condivisi e possono essere considerati come non perfettamente coincidenti con i dogmi tradizionali del diritto penale, ma non sembra opportuno entrare qui in queste discussioni. Pare invece giustificata una considerazione di carattere generale: l'applicazione rigorosa – e forse eccessivamente formalistica – di questi dogmi può produrre conseguenze difficilmente accettabili, ossia l'impossibilità di far ricorso alla giustizia penale per l'accertamento della verità sui crimini contro l'umanità.

Da un diverso punto di vista si nega che il processo penale sia uno strumento idoneo alla ricerca della verità storica sui crimini contro l'umanità, in base alla differenza che esisterebbe tra l'attività dello storico e quella del giudice⁹⁴. In proposito non vale la pena di riprendere qui lo stantio e ormai desueto dibattito sulle differenze e le analogie tra ciò che fa lo storico e ciò che fa il giudice⁹⁵. Quale che sia il modo in cui si intende in che cosa consiste l'attività dello storico – tema su cui esiste una pluralità di opinioni e una vasta letteratura, da Foucault ad Adam Schaff, che qui non possono essere discusse – non si può negare che il giudice abbia come finalità essenziale proprio la ricerca e la scoperta della verità sui fatti che sono oggetto di decisione. Ciò vale in generale, e quindi anche nel processo penale, se si considera – come si è detto più sopra – che la verità dei fatti è condizione necessaria per la corretta applicazione della legge, in ogni sistema ispirato al principio di legalità⁹⁶. Pare ovvio, infatti, che nessuna norma viene applicata correttamente in sede di decisione se non sono stati accertati i fatti che ne costituiscono la protasi, o se essi non sussistono, o se sono stati accertati in modo erroneo. Ciò implica che venga scoperta, provata e accertata la specifica situazione di fatto (storica, empirica, materiale) su cui verte la decisione. Nelle ipotesi che qui interessano ciò significa che debbano essere identificate le vittime dei crimini contro l'umanità, le circostanze in cui essi sono stati commessi, e soprattutto siano individuati i rispettivi responsabili. Sotto questo profilo, allora, non vi sono ragioni per escludere che il processo penale – come qualunque altro tipo di processo – possa costituire uno strumento efficace per la scoperta della verità.

⁹⁴ Cfr. in particolare PASTOR, *op. cit.*, p. 115 ss.; FORNASARI, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁵ In argomento v. ampiamente TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p. 310 ss., ma già ID., *Il giudice e lo storico. Considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 438 ss.

⁹⁶ In questo senso v. ampiamente TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 97 ss.

In senso diverso non sembrano convincenti altri argomenti che vengono addotti per dire che il processo penale non dovrebbe essere usato a proposito dei crimini contro l'umanità. Così, ad esempio, il principio per cui il processo deve svolgersi in contraddittorio non costituisce certamente un ostacolo alla ricerca della verità⁹⁷. Al contrario, basta rilevare che il contraddittorio non è soltanto oggetto della garanzia processuale della difesa, ma è soprattutto un *metodo* essenziale per conseguire decisioni giuste, e quindi anche un metodo per la scoperta della verità sui fatti⁹⁸.

Altrettanto privo di rilievo è l'argomento secondo il quale il processo sarebbe inidoneo alla scoperta della verità a causa delle norme che in vario modo limitano l'acquisizione e l'impiego di determinate prove⁹⁹. Si tratta anche qui di un argomento vecchio e abusato, che la dottrina processualistica tradizionale impiega da sempre per affermare che nel processo si conseguirebbe solo una verità *formale* o *processuale* (quindi una non-verità), mentre solo fuori del processo sarebbe possibile giungere alla verità *vera*. Questa distinzione è priva di senso per varie ragioni che qui non possono essere approfondite: basti accennare al fatto che anche fuori del processo non si conseguono – neppure nell'ambito delle scienze, e tanto meno nella normale esperienza – verità assolute, mentre nell'ambito del processo non è impossibile giungere all'accertamento di una verità relativa (ossia in rapporto alle prove disponibili) sui fatti della causa¹⁰⁰. Naturalmente questa possibilità è più o meno ampia a seconda della disciplina delle prove che esiste in ogni singolo tipo di processo: a volte è vero che vi sono norme fortemente *antiepistemiche*, che limitano eccessivamente o addirittura impediscono la scoperta della verità, ma vi sono anche processi nei quali la disciplina delle prove favorisce l'accertamento della verità dei fatti. Quindi non si può dire che *sempre* il processo – penale o civile che sia – non giunge mai a tale accertamento. Si dovrà piuttosto distinguere tra processi efficienti e processi inefficienti in tal senso¹⁰¹. Allora, non vi sono ragioni di ordine generale per escludere che un "buon" processo penale possa giungere a stabilire la verità sui crimini contro l'umanità.

Al riguardo vale forse la pena di accennare ad un altro *mantra* assai diffuso nella dottrina penalistica, secondo il quale un processo penale orientato alla ricerca della verità avrebbe inevitabilmente natura inquisitoria e quindi non

⁹⁷ Così invece PASTOR, *op. cit.*, p. 141.

⁹⁸ In proposito v. da ultimo, anche per riferimenti, UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano 2015, p. 60 ss.

⁹⁹ Così invece PASTOR, *op. cit.*, p. 139 ss.

¹⁰⁰ In argomento v. più ampiamente TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 83 ss.

¹⁰¹ V. più ampiamente TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 135 ss.

potrebbe essere accettato¹⁰². Per ragioni essenzialmente storiche si può capire che i penalisti tendano a diffidare del processo inquisitorio. Ciò che non pare, invece, sostenibile, è l'idea che solo un processo inquisitorio sia idoneo alla ricerca della verità, e che quindi un processo orientato a tale ricerca non possa che essere inquisitorio, con la conseguenza che si finisce col rinunciare alla ricerca della verità sui fatti per il timore di “cadere nell'inquisitorialità”. In senso contrario – e a parte l'uso scorretto e solo polemico che si fa spesso del termine “inquisitorio”¹⁰³ – si può invece riconoscere che anche in un processo nel quale sia perfettamente assicurato il contraddittorio delle parti – come metodo e non solo come garanzia, come già si è detto – è possibile che si giunga all'accertamento della verità. Si tratterebbe in ogni caso di una verità “relativa”, ma essa potrebbe investire tutti gli aspetti soggettivi ed oggettivi del crimine che è oggetto di decisione.

6. *I juicios por la verdad*

A proposito dell'impiego del processo per l'accertamento della verità sui crimini contro l'umanità, un'esperienza molto interessante si è avuta in Argentina negli anni in cui – come si è accennato più sopra – le leggi degli anni '80 prevedevano la non punibilità dei crimini avvenuti negli anni della dittatura. Malgrado queste leggi, infatti, in numerosi tribunali si svolsero processi penali finalizzati ad accertare la verità su tali crimini – di qui l'espressione *juicios por la verdad* – pur essendo evidente che i responsabili non potevano essere sanzionati in alcun modo¹⁰⁴. In altri termini, si trattava di sentenze che potrebbero definirsi di *mero accertamento*, essendo destinate soltanto a stabilire che cosa era accaduto, chiarendo le circostanze di fatto ed individuando i responsabili, oltre alle vittime, senza però prevedere alcuna conseguenza punitiva dei fatti che risultassero provati. È evidente che questi processi, che talora furono molto pubblicizzati, costituivano la risposta ad un bisogno profondo che emergeva nella società argentina: un bisogno di verità sulle migliaia di crimini commessi sotto la dittatura, che si scontrava con i limiti imposti dalle leggi che assicuravano l'impunità dei responsabili. D'altronde, nella prima decisione in questo senso, emanata nel 1995, veniva riconosciuto che il diritto alla verità “rappresenta uno

¹⁰² Cfr. PASTOR, *op. cit.*, p. 154 ss.

¹⁰³ Rileva giustamente NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo 2012, p. 231, che bisogna evitare l'errore evidente che consiste nel confondere “d'ufficio” con “inquisitorio”.

¹⁰⁴ In argomento v. ampiamente, e per riferimenti, MACULAN, *op. cit.*, p. 338 ss. V. inoltre FORNASARI, *op. cit.*, p. 99 ss.

degli scopi specifici ed immediati del processo penale”¹⁰⁵. Inoltre, nel 2000 la Commissione Interamericana dei Diritti Umani stabilì definitivamente la legittimità dei “giudizi per la verità” come strumenti per l’accertamento dei crimini contro l’umanità commessi negli anni della dittatura.

Si tratta dunque di un’esperienza peculiare e molto interessante, che però non manca di suscitare critiche di vario genere¹⁰⁶, fondate soprattutto – si potrebbe dire – sulla *originalità* di questi procedimenti, che per vari aspetti si discostavano dal modello tipico e abituale del processo penale. In particolare, si è negato che il processo penale fosse un metodo adeguato per l’accertamento della verità storica di tali crimini, essenzialmente per le ragioni per le quali si è negato in linea generale che il processo penale possa essere uno strumento per la ricerca della verità¹⁰⁷. In proposito, però, è sufficiente rinviare a ciò che si è detto più sopra quanto alla scarsa consistenza di queste ragioni.

Vale invece la pena di accennare ad una diversa critica che viene rivolta specificamente ai *juicios por la verdad*, fondata essenzialmente sul fatto che in essi – come si è detto – non si poteva giungere ad irrogare pene o sanzioni, essendo questa eventualità esclusa dalle leggi sulla non punibilità dei responsabili dei crimini in questione. In sostanza, si è contestata la legittimità di “decisioni senza sanzione penale”¹⁰⁸. Pare tuttavia che si tratti di un argomento assai debole: in generale non mancano, infatti, situazioni nelle quali il processo penale giunge all’accertamento dei fatti che integrano il reato, ma a questo accertamento non si accompagna l’irrogazione della pena. Basti pensare ai casi in cui il reato risulta prescritto, o il colpevole non è per qualunque ragione punibile, per avere situazioni nelle quali la decisione finale si limita a stabilire che il crimine è avvenuto, ad opera di chi e nei confronti di quale vittima, senza che tuttavia il colpevole venga condannato. Nei *juicios por la verdad* si sono verificate situazioni analoghe, ma ciò non dimostra che si trattasse di procedimenti nulli o viziati, per il fatto che l’impossibilità di irrogare condanne fosse esclusa dalle leggi sull’impunità. D’altra parte, coloro che criticano questi giudizi perché essi non terminano con una condanna non considerano ciò che i penalisti usano definire come *stigma*, ossia la disapprovazione sociale che comunque si manifesta contro chi risulta autore di un delitto previsto dalla legge penale¹⁰⁹. Questo aspetto pare particolarmente rilevante nel caso di crimini contro l’umanità: se si accerta che il funzionario X o l’ufficiale di marina Y, o il poliziotto Z, sono stati in realtà

¹⁰⁵ Cfr. MACULAN, *op. cit.*, p. 339 ss.; FORNASARI, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁶ Cfr. soprattutto PASTOR, *op. cit.*, p. 123 ss.

¹⁰⁷ V. in particolare PASTOR, *op. cit.*, p. 115 ss.

¹⁰⁸ Cfr. PASTOR, *op. cit.*, p. 155 ss.

¹⁰⁹ Su questa essenziale funzione del diritto penale cfr. in particolare FRIEDMAN, *In Defense of Corporate Criminal Liability*, in *Harv. J. L. Publ. Pol.* 2000, p. 847 ss.

assassini o torturatori, non è molto rilevante che essi subiscano la dovuta condanna alla prigione: ciò che importa è che si sappia pubblicamente ciò che essi hanno compiuto, e che in proposito il contesto sociale possa esprimere le proprie reazioni.

Dichiarata nel 2005 l'incostituzionalità delle leggi sull'impunità, l'esperienza di questi processi non termina anche se torna ad essere possibile un processo penale che oltre ad accertare la responsabilità dei colpevoli di crimini contro l'umanità giunga anche ad irrogare le relative condanne¹¹⁰.

Residua allora un solo problema, relativo alla possibilità di utilizzare, nei "nuovi" processi, le prove raccolte nei *juicios por la verdad*¹¹¹. Al riguardo non pare, tuttavia, che vi siano forti argomenti in senso contrario. Non vi sono ragioni, infatti, per escludere che testimonianze raccolte i quei procedimenti possano essere utilizzate¹¹², o che si possa far capo a documenti, ispezioni, indizi o in genere informazioni raccolte in essi. Si trattava in sostanza di veri e propri processi, anche se non terminavano con condanne, e quindi le prove in essi raccolte possono essere utilizzate, naturalmente con una valutazione accurata e razionale della loro efficacia dimostrativa. Non va dimenticato, infatti, che nei giudizi per la verità sono state raccolte numerose prove di vario genere, il che rappresenta un "merito indiscusso" di questi procedimenti¹¹³: sarebbe assurdo affermare che nessuna di queste prove è utilizzabile in un successivo giudizio penale ordinario, quasi che le precedenti indagini possano considerarsi *tamquam non essent*. Se, ad esempio, nel corso di un *juicio por la verdad* si è scoperta la documentazione relativa ai "voli della morte", con i quali prigionieri drogati venivano gettati nell'oceano da aerei in volo¹¹⁴, pare molto difficile sostenere che questa documentazione non potrebbe essere utilizzata in un giudizio successivo, solo perché essa è emersa in un procedimento per qualche aspetto diverso da un processo penale ordinario.

¹¹⁰ Cfr. MACULAN, *op. cit.*, pp. 331, 360, 362 ss.

¹¹¹ In argomento v., in senso negativo, FORNASARI, *op. cit.*, p. 101 ss. In senso critico v. anche MACULAN, *op. cit.*, p. 366.

¹¹² Non sembra invocabile, a proposito delle testimonianze rese da possibili colpevoli dei crimini in questione, il principio *nemo tenetur se detegere*, sia perché in alcuni casi esso è stato aggirato con la *declaración informativa* ammessa dal codice processuale penale (v. MACULAN, *op. cit.*, p. 347 ss.) sia perché tale principio implica il diritto di non autoincriminarsi, ma non esclude affatto la possibilità che un soggetto ammetta liberamente fatti a lui sfavorevoli. Dunque se tali testimonianze sono state rese senza alcuna costrizione, le relative dichiarazioni possono essere successivamente utilizzate.

¹¹³ Cfr. MACULAN, *op. cit.*, p. 365.

¹¹⁴ In argomento cfr. MACULAN, *op. cit.*, p. 338; *Il volo. Le rivelazioni di un militare pentito sulla fine dei desaparecidos*, Milano 2005.

7. Per un processo penale efficiente

Il pur sommario ed incompleto panorama delineato nelle pagine che precedono non giustifica conclusioni entusiasmanti quanto alla possibile ricerca della verità nelle fasi di transizione, in ragione dei limiti e degli ostacoli di varia natura che rendono tale ricerca difficile, impossibile o incompleta. Come si è accennato, le ragioni di ciò sono principalmente politiche, e risalgono essenzialmente alla diffusa convinzione che la scoperta completa della verità sui crimini commessi durante le varie dittature sia controproducente rispetto ad una possibile riconciliazione, sicché la preferenza per la dimenticanza e l'oblio finisce spesso col prevalere sulla ricerca effettiva e completa della verità. Non è il caso di discutere qui se questa opzione politica sia giustificata o sia sempre opportuna, anche se possono rimanere dubbi sulla riconciliazione tra torturatori e torturati o tra assassini e vittime. I limiti delle esperienze di cui si è parlato non impediscono tuttavia di considerare il problema della ricerca della verità nelle fasi di transizione da un punto di vista di carattere generale.

A questo scopo è opportuno prendere nuovamente le mosse da quanto si è detto all'inizio circa il valore morale e politico della verità come condizione essenziale di un sistema realmente democratico. Sotto questo aspetto è lecito dubitare del carattere democratico dei sistemi che, anche dopo il crollo delle dittature, hanno impedito con le amnistie, o hanno limitato e resa difficile o incompleta la ricerca della verità sui crimini commessi dai regimi precedenti. Un'altra premessa che è opportuno richiamare riguarda la concezione della verità sui fatti come condizione necessaria per la corretta applicazione del diritto, soprattutto nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, e quindi come fattore essenziale di ogni sistema che pretenda di fondarsi sul principio di legalità. Inoltre, si può ancora sottolineare quanto si è già accennato, ossia che il processo in generale – ed in particolare il processo penale – *può* giungere ad accertare la verità dei fatti su cui verte la decisione, naturalmente quando è congegnato in modo da permettere e da favorire la scoperta della verità, e non in modo da renderla difficile o addirittura impossibile.

Se si guarda al processo penale come metodo per accertare la verità sui crimini contro l'umanità, e quindi pensando in particolare a ciò che occorrerebbe perché esso fosse efficiente rispetto a questo scopo, è possibile individuare alcune condizioni necessarie, fermo rimanendo che debbano sussistere tutte le garanzie tipiche del processo penale moderno.

Una prima condizione è che non solo l'organo dell'accusa, ma anche il giudice disponga di ampi poteri di iniziativa istruttoria, in modo da colmare le eventuali lacune nelle prove offerte dalle parti. È noto che si tratta di un tema assai

controverso, che conosce risposte molto diverse nei vari ordinamenti¹¹⁵. Al riguardo vale la pena di sgombrare subito il campo da un luogo comune assai diffuso, secondo il quale se il giudice penale dispone di poteri istruttori d'ufficio ci si troverebbe di fronte ad un sistema processuale inquisitorio¹¹⁶, da rifiutare come tale in quanto confliggente con il "principio accusatorio". Si tratta, invero, di un luogo comune privo di consistenza, anche se esso è stato posto alla base di alcune riforme in America Latina¹¹⁷. È noto invece che numerosi ordinamenti, soprattutto in Europa, riconoscono al giudice – sia pure in modo più o meno ampio a seconda dei casi – poteri di iniziativa istruttoria autonoma¹¹⁸, senza che ciò implichi il passaggio da un sistema accusatorio a un sistema inquisitorio. Vale poi la pena di considerare che anche nel sistema *adversarial* nordamericano, da molti (ed anche da vari legislatori) considerato come il modello ideale da imitare quanto alla sua struttura essenzialmente accusatoria, si attribuiscono al giudice poteri ampi di iniziativa istruttoria. Basta infatti leggere le *Federal Rules of Evidence* del 1975, che si applicano anche nel processo penale, per rendersi conto, ad esempio, che il giudice può chiamare, per interrogarli, testimoni che le parti non hanno indicato¹¹⁹. Più in generale, poi, si può giustamente argomentare che la presenza di significativi poteri di iniziativa istruttoria del giudice penale è perfettamente compatibile con un principio accusatorio correttamente inteso e con le garanzie fondamentali che debbono ovviamente essere assicurate¹²⁰.

Un'altra condizione che sembra necessaria perché il processo penale sia un metodo efficace per l'accertamento della verità sui crimini contro l'umanità ha a che vedere con l'onere della prova. In proposito si può anzitutto osservare che i principi generali in base ai quali si ripartiscono gli oneri probatori tra le parti vengono modellati in vario modo, e sono derogati molto spesso, in funzione di differenti valori e interessi che di volta in volta vengono tutelati proprio configurando in diverse maniere la distribuzione fra le parti degli oneri

¹¹⁵ Per un panorama comparatistico molto ampio ed interessante cfr. PICÓ I JUNOY, *El juez penal y su iniciativa probatoria en los diversos sistemas jurídico-culturales*, in *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, M. Bustamante coord. ac., 2013, p. 259 ss.

¹¹⁶ In senso contrario vale il rilievo che non vi è alcuna coincidenza tra la presenza di poteri istruttori "d'ufficio" e natura inquisitoria del procedimento: cfr. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁷ Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, p. 263 ss.

¹¹⁸ Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, pp. 265 ss., 271 ss. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano basta far riferimento all'art. 190, n. 2, del codice di procedura penale e alle numerose norme cui viene fatto rinvio. Cfr. in argomento, e per riferimenti, CONSO-ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, IX ed., Padova 2015, p. 590 ss.

¹¹⁹ Cfr. la Rule 614(a) e (b), sui cui cfr. ad es. GRAHAM, *Federal Rules of Evidence*, 7th ed., St. Paul, Minn., 2007, p. 308 ss.

¹²⁰ Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, p. 280 ss.

probatori¹²¹. Accade spesso, comunque che le regole generali sull'onere della prova vengano modificate o invertite essenzialmente con lo scopo di assicurare che anche soggetti processualmente "deboli" siano posti in grado di tutelare efficacemente i loro diritti¹²². Al riguardo un fattore molto importante consiste nel fare in modo che comunque vengano acquisite al giudizio le prove occorrenti per l'accertamento della verità, anche quando questi soggetti non ne hanno la concreta disponibilità. I casi di questo genere sono numerosi, in base al principio generale per cui chi è nella migliore posizione per fornire la prova di un fatto ha il dovere di farlo¹²³. Senza alcuna pretesa di completezza basti ricordare che il legislatore interviene varie volte, principalmente con lo strumento delle presunzioni legali relative, a favore di soggetti che avrebbero difficoltà a dare la prova dei fatti che dovrebbero dimostrare in base alla regola generale dell'art. 2697 cod. civ. Per rimanere in ambito italiano si può ad esempio ricordare l'ipotesi della presunzione favorevole al lavoratore in materia di licenziamento¹²⁴ o l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 4, punto 5, della l. 10 aprile 1990, n. 25, in materia di azioni positive a tutela della parità sul luogo di lavoro¹²⁵. Inoltre, quando non provvede il legislatore provvede la giurisprudenza, a volte con le c.d. "presunzioni giurisprudenziali" che hanno – appunto – l'effetto di invertire l'onere della prova¹²⁶, e altre volte applicando il criterio della "vicinanza" della prova, con il quale si attribuisce l'onere della prova alla parte che dispone del mezzo di prova, mentre alla parte originariamente onerata rimarrebbe solo il compito di allegare il fatto su cui fonda la propria domanda¹²⁷.

In una prospettiva analoga si può poi ricordare l'istituto della *facilidad probatoria* previsto dall'art. 217.7 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola, in funzione del quale il giudice può modificare la distribuzione degli oneri probatori tra le parti, disponendo che la prova sia prodotta dalla parte che ne ha il possesso

¹²¹ In argomento v. in particolare GASKINS, *Burdens of Proof in Modern Discourse*, New Haven-London, 1992. Per il diritto italiano cfr. l'ampia rassegna di CENDON-ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 757 ss.

¹²² In proposito cfr., anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Milano 2012, pp. 249 ss., 255 ss.; ID., *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. XIII, Torino 1995, p. 76 ss.

¹²³ Su questo principio cfr. in particolare WALTON, *A dialogical theory of presumption*, in 16 *Artif. Int. Law* 2008, p. 226.

¹²⁴ Cfr. VALLEBONA, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, p. 809 ss.

¹²⁵ Su questa ipotesi, e su altre fattispecie, v. TARUFFO, *La valutazione*, cit., p. 250.

¹²⁶ In argomento cfr., anche per ampi riferimenti, TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.; ID., *Onere della prova*, cit., p. 77.

¹²⁷ Per un'interessante analisi di questo criterio e delle sue recenti applicazioni cfr. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.* 1915, p. 1383 ss.

o che può disporre più facilmente¹²⁸, o anche l'analogo istituto della c.d. *carga dinamica de la prueba* diffuso in vari ordinamenti dell'America Latina¹²⁹. Vale la pena di osservare che la *ratio* che in molte di queste numerose ipotesi giustifica varie manipolazioni o inversioni degli ordinari oneri probatori consiste nel favorire l'acquisizione delle prove, e quindi la ricerca della verità, superando le difficoltà che in tal senso potrebbero sorgere quando la parte su cui incomberebbe l'onere originario non ha la possibilità concreta di disporre di tali prove.

Peraltro, fenomeni come questi non esistono esclusivamente nel diritto civile. Situazioni analoghe possono aver luogo anche nell'ambito del diritto penale, con variazioni anche rilevanti rispetto al principio fondamentale per cui spetta esclusivamente all'accusa l'onere di dimostrare la colpevolezza dell'imputato. Due esempi al riguardo possono essere sufficienti. Il primo esempio è la regola introdotta dall'art. 6 del D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Mentre l'art. 5 stabilisce che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, l'art. 6 al punto 1. dice che se il reato è stato commesso dai soggetti apicali indicati nell'art. 5, n. 1, lett. a), l'ente non risponde se prova una serie di circostanze elencate nella stessa norma. Si tratta di una chiara inversione dell'onere probatorio, poiché è la persona giuridica imputata che evita la responsabilità *provando* queste circostanze: in sostanza, la responsabilità dell'ente si presume sino a prova contraria¹³⁰. Analogamente, il principio ricordato più sopra per cui chi è nella posizione migliore per provare un fatto ha l'onere di farlo, si applica soprattutto quando un privato cittadino agisce contro lo Stato, dato che normalmente il privato non dispone delle prove che fondano la sua pretesa, ed è invece lo Stato che ne è in possesso¹³¹.

Il secondo esempio viene offerto da numerosi paesi con riferimento ai reati di corruzione: considerata la grande difficoltà di provare la colpevolezza di pubblici funzionari corrotti, viene introdotta una *presunzione di colpevolezza* in funzione della quale tocca a costoro l'onere di dimostrare la propria innocenza¹³².

¹²⁸ Cfr. fra i tanti NIEVA FENOLL, *Derecho procesal.II. Proceso civil*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, 2015, p. 190; BESSO, *op. cit.*, p. 1390, anche per altri riferimenti.

¹²⁹ In argomento cfr. MIDÓN, *La carga de la prueba*, in *Tratado de la prueba*, coord.-dir. M.S. Midón, Resistencia, 2007, p. 167 ss.; PEYRANO, *De las cargas probatorias dinamicas*, *ivi*, p. 187 ss.; CARPES, *Ónus dinâmico da prova*, Porto Alegre 2010.

¹³⁰ In argomento v. per tutti, e per riferimenti, DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato: Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa 2012, p. 392. Sul punto v. anche DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano 2002, p. 333 ss.

¹³¹ Cfr. WALTON, *op. cit.*, *loc.cit.*

¹³² Cfr. BAC e KANTI BAG, *Law Enforcement and Legal Presumptions*, in 29 *J.Comp.Econ.* 2001, pp. 722 ss., 740 ss.

Questi esempi, ed altri se ne potrebbero indicare, mostrano che in circostanze particolari, e di particolare gravità, nelle quali l'accertamento della verità sarebbe particolarmente difficile o impossibile qualora il relativo onere incombessse esclusivamente sull'accusa, la distribuzione dell'onere della prova può essere variata rispetto alle regole generali, con il fine fondamentale di favorire l'acquisizione delle prove indipendentemente dalla loro origine, e quindi di giungere all'accertamento della verità. Sembra evidente che un analogo ragionamento sia applicabile anche nei casi di crimini contro l'umanità, sia perché la loro gravità rende necessario l'accertamento completo sulle modalità e le responsabilità del loro compimento, sia perché in molti casi le relative prove non sono in possesso delle vittime o dei loro familiari, ma sono invece in possesso dei soggetti o degli organi pubblici (Stato, polizia, esercito, e così via) che si indicano come responsabili di tali crimini. È chiaro che in situazioni di questo genere non si può imporre alle vittime l'onere della prova di tali crimini, e tanto meno merita di essere stabilita una presunzione di innocenza a favore di chi ha le prove della sua propria colpevolezza e – naturalmente – evita di renderle note¹³³.

Sempre con riferimento ai crimini contro l'umanità, e considerando che si tratta di reati di speciale e grandissima gravità, un processo penale che volesse essere davvero efficiente dovrebbe probabilmente includere altre condizioni. A mero titolo di esempio, si potrebbe pensare all'esclusione o ad una forte limitazione dell'opponibilità del segreto di Stato, considerando che in molti casi i crimini di cui si parla sono stati commessi nell'ambito del terrorismo di Stato, sicché l'opponibilità del segreto servirebbe proprio ad assicurare l'impunità dei responsabili. Come minimo, bisognerebbe sottrarre il potere di servirsi del segreto di Stato agli esponenti del potere politico, ossia a coloro che avrebbero il massimo interesse ad evitare l'accertamento della verità, come insegna l'esperienza italiana degli ultimi decenni¹³⁴.

Ancora, si potrebbe ipotizzare l'introduzione di qualche eccezione alla regola generale di inutilizzabilità delle prove illecite sancita, nel nostro Paese, dall'art.

¹³³ Tutto sommato, come scrive Ashworth a proposito del sistema statunitense, la presunzione di innocenza è un principio morale e politico, più che una regola giuridica (cfr. ASHWORTH, *Four Threats to the Presumption of Innocence*, in 10 *Int. J. Evidence and Proof* 2006, p. 249), il che permette di ritenere che essa possa subire delle eccezioni, se vi sono ragioni sufficienti a giustificarle.

¹³⁴ Suscita quindi non pochi dubbi la scelta, confermata anche dalla riforma dell'art. 202 cod. proc. pen. introdotta con la legge 3 agosto 2007 n.124, di attribuire al capo dell'esecutivo la decisione intorno alla conferma del segreto opposto dai soggetti previsti dallo stesso art. 202 (in argomento v. CONSO-ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 727 ss.

191 cod. proc. pen.¹³⁵, e presente in numerosi ordinamenti. In proposito è significativa la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale quando una prova è stata ottenuta illecitamente, allo scopo di stabilire se essa viola o no la garanzia dell'equo processo stabilita dall'art. 6 della Convenzione occorre anche valutare se essa è molto convincente e se le circostanze in cui è stata ottenuta non fanno sorgere dubbi sulla sua attendibilità ed accuratezza¹³⁶.

Si immagini, a titolo di esempio, che da un archivio della Marina argentina venga sottratto un documento che prova le modalità dei "voli della morte" di cui si è parlato più sopra: l'illiceità della sottrazione sarebbe motivo sufficiente per escludere l'utilizzabilità di questo documento, e quindi per impedire l'accertamento di quei crimini?

Tuttavia, lo scopo di queste note non è di costruire in tutti i suoi aspetti un processo penale perfettamente efficiente per l'accertamento e la condanna dei crimini contro l'umanità. A tale scopo occorrerebbero infatti altre condizioni, dall'effettiva indipendenza dei giudici e degli organi dell'accusa¹³⁷, sino alla disponibilità di mezzi finanziari ed investigativi adeguati, dei quali non è possibile parlare in questa sede. Le riflessioni che precedono dovrebbero tuttavia essere utili a due finalità: mostrare che la ricerca della verità completa sui crimini contro l'umanità rappresenta una esigenza di tale importanza da giustificare qualche eccezione alle regole del processo penale ordinario, e mostrare inoltre che esiste la possibilità effettiva di conseguire questo risultato, naturalmente dove e quando esiste la volontà politica di farlo.

¹³⁵ In proposito v. ampi riferimenti in CONSO-ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 597 ss.

¹³⁶ Cfr. ad es. *Lisica v. Croatia* (25 febbraio 2010), § 49; *Kyrov v. Russia* (10 marzo 2009), § 90; *Gäfgen c. Germania* (30 giugno 2008) § 95; *Heglas c. République Tchèque* (1 marzo 2007), § 86.

¹³⁷ Una soluzione originale sembra profilarsi in Colombia: in un accordo tra governo colombiano e FARC reso pubblico il 23 settembre 2015 si prevede infatti la futura creazione di una giurisdizione speciale composta principalmente da magistrati colombiani ma anche stranieri di alto livello. Lo scopo di questa giurisdizione sarebbe quello di por fine alla impunità, scoprire la verità, contribuire alla riparazione per le vittime, e giudicare e imporre sanzioni ai responsabili dei gravi delitti commessi durante il conflitto armato.

Tavola rotonda

*Il controllo sull'accusa
nella fase intermedia del processo penale:
condizione attuale e prospettive future*

TAVOLA ROTONDA

IL CONTROLLO SULL'ACCUSA NELLA FASE INTERMEDIA DEL PROCESSO PENALE: CONDIZIONE ATTUALE E PROSPETTIVE FUTURE

Nota introduttiva di DANIELE NEGRI

In continuità ideale con il dibattito promosso nello scorso numero di *Criminologia*, auspice l'anniversario di entrata in vigore del nostro codice di rito penale, si è inteso questa volta concentrare lo sguardo su una fase processuale strategica negli equilibri della riforma del 1988-'89, oggi tuttavia particolarmente affaticata sotto il peso di molteplici fattori meritevoli d'analisi: l'udienza preliminare, qui considerata essenzialmente con riguardo alla effettiva capacità di assolvere la sua primaria funzione di controllo sulla consistenza dell'accusa.

Non è estraneo all'esigenza di un confronto in materia il proposito di modificare nuovamente la fisionomia, quale emerge da testi normativi ora all'esame del Parlamento (si allude, in particolare, al d.d.l. C-2798 di iniziativa governativa) e da elaborati di commissioni attive nel periodo recente (tra esse, quella presieduta dal prof. Riccio di un decennio fa); loro tratto comune sembra essere quello d'un ripensamento rispetto alla riforma del 1999, là dove essa è venuta ad accentuare il ruolo d'impulso del giudice volto a rimediare all'incompletezza delle indagini del pubblico ministero. Per verità non è questo l'unico profilo degno d'essere riconsiderato, nel tentativo di restituire alla fase intermedia la sua genuina natura di primo vaglio in contraddittorio finalizzato ad evitare dibattimenti superflui. E questo, non tanto secondo una logica indiscriminata di economia processuale, bensì nell'ottica precipua di tutelare l'imputato da una prolungata e in più versi gravosa sottoposizione al processo. Il rilievo non va dimenticato. Che l'udienza preliminare spesso finisca col diventare, invece, un luogo di collaborazione dispendiosa tra pubblico ministero e giudice per irrobustire l'accusa, appare difficilmente contestabile.

Urgono dunque interventi legislativi meno asfittici di quelli attualmente programmati. Donde l'opportunità d'un giro d'orizzonte che includa l'opinione di chi ha studiato a fondo la configurazione italiana dell'istituto (abbiamo quindi consultato Fabio Cassibba), ma si allarghi ad accogliere pure gli stimoli provenienti dai modelli adottati per il controllo preliminare sulla fondatezza dell'accusa in ordinamenti processuali stranieri a noi vicini. Perciò sono stati

coinvolti nella discussione Lorena Bachmaier Winter per la Spagna, Theodora Christou quanto all'esempio di *common law* inglese, Béatrice Lapérou-Schneider riguardo alla Francia e Moritz Vormbaum in rapporto alla legislazione tedesca. Si è andati così alla ricerca di una panoramica aggiornata ed istruttiva sui diversi assetti conferibili a questo stadio cruciale del rito penale, secondo le abitudini del tempo in cui la dottrina ritrovava nell'esperienza comparata le ragioni profonde e le idee per le riforme del sistema processuale penale: prima cioè che queste ultime fossero totale appannaggio altrui.

Agli autori abbiamo chiesto anzitutto di delineare sinteticamente la disciplina normativa della fase intermedia nel loro ordinamento, di esplicitarne le funzioni e di chiarire poi se nella realtà queste si possano considerare adempite, mettendo in luce eventuali carenze strutturali od operative. Motivo di interesse sono state le riforme passate e recenti, le ragioni poste a loro sostegno e i progetti di modifica eventualmente in discussione. Il quesito finale si è concentrato sul punto di vista di ciascuno studioso interpellato circa le migliori soluzioni praticabili.

LORENA BACHMAIER WINTER

LA "FASE INTERMEDIA" NEL PROCESSO PENALE SPAGNOLO: IL RICORSO ABUSIVO ALLA DECISIONE DI NON LUOGO A PROCEDERE^(*)

1. *Introduzione.* – Una volta concluse le indagini, la fase successiva di ogni procedimento penale è finalizzata a valutare se vi siano elementi probatori sufficienti per disporre il giudizio nei confronti di un individuo o se, al contrario, il caso debba essere chiuso. Il codice di procedura penale spagnolo – *la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (da qui in poi LECRIM) – non utilizza l'espressione "fase intermedia" per riferirsi a quella serie di atti che si collocano tra il momento conclusivo dell'indagine preliminare e l'inizio del dibattimento. Tuttavia, questa fase procedurale è appunto tradizionalmente definita, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, fase intermedia.

Prima di approfondire i requisiti per procedere al giudizio, devono mettersi in luce alcune caratteristiche fondamentali del processo penale spagnolo, al fine di comprendere la disciplina e la finalità della fase intermedia.

1) In primo luogo è bene chiarire che, a norma della LECRIM, la fase delle indagini si svolge sotto il controllo del giudice istruttore (*juez de instrucción*, IJ): quest'ultimo ha il compito di condurre l'indagine sotto la supervisione del pubblico ministero (art. 302 LECRIM). La ripartizione di competenze e ruoli

^(*) Traduzione dall'inglese a cura di Valentina Cuneo.

appena illustrata è stata tale fin dall'entrata in vigore del codice di rito del 1882, perciò – almeno dal punto di vista normativo – l'indagine è da sempre sotto controllo dell'IJ. Tuttavia, dal 1988 nei c.d. procedimenti abbreviati – che rappresentano statisticamente il rito ordinario dato che risultano applicabili a tutti i reati puniti con la pena della reclusione fino a 9 anni – alcuni atti della fase investigativa possono essere compiuti direttamente dal pubblico ministero (art. 773 LECRIM), prima dell'avvio dell'indagine del giudice istruttore.

Il pubblico ministero può dare istruzioni alla polizia giudiziaria e proseguire le indagini fino a quando non si renda necessario il compimento di un atto limitativo dei diritti fondamentali. Da quel momento gli atti dell'inchiesta devono essere trasmessi all'IJ, che proseguirà le indagini.

Per quanto concerne l'effettiva partecipazione del pubblico ministero nella fase investigativa, occorre sottolineare come la riforma non abbia condotto ad un maggior coinvolgimento di tale organo in tutti i procedimenti. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'indagine continua ad esser condotta dall'IJ, sotto la supervisione del pubblico ministero, ad eccezione delle indagini relative alla criminalità economico-finanziaria e a reati di corruzione, in relazione alle quali esistono sezioni specializzate del pubblico ministero. Un'importante eccezione al predetto modello è rappresentata dal procedimento penale minorile, nel cui ambito è il pubblico ministero, anziché il giudice istruttore, l'organo incaricato di condurre l'indagine preliminare nella sua interezza.

2) Accanto al pubblico ministero, il sistema spagnolo consente ad altri privati di ricoprire la funzione di parti d'accusa. Precisamente ciò avviene con riguardo alla vittima o al danneggiato (*acusación particular*) e ad ogni cittadino spagnolo (*acusación popular*). Questi soggetti, quando agiscono come accusatori, non sono vincolati dalle decisioni del pubblico ministero, ma risultano titolari di un autonomo potere di esercizio dell'azione. Questa è una caratteristica del tutto peculiare del sistema spagnolo, in cui è consentito a qualsiasi cittadino di promuovere l'azione penale anche in senso contrario rispetto alle determinazioni del pubblico ministero. Questa estesa titolarità dell'azione ha un impatto significativo anche sulla fase intermedia, poiché la decisione assunta all'esito della stessa non dipende esclusivamente dalle determinazioni del pubblico ministero, ma le rimanenti parti accusatrici, o potenziali parti accusatrici, possono avere un peso determinante in tale scrutinio.

3) Il sistema penale spagnolo prevede l'obbligatorietà dell'azione penale, per cui, a fronte di una *notitia criminis*, il pubblico ministero o l'IJ devono avviare la fase investigativa. Il principio in parola costituisce diretta conseguenza dell'applicazione del "principio di legalità" al processo penale (art. 124.1 della Costituzione spagnola): l'avvio, la continuazione, la struttura, lo sviluppo e i

risultati del procedimento sono rigorosamente disciplinati da precise disposizioni legislative.

Né le parti, né lo Stato possono esercitare poteri discrezionali nell'ambito del procedimento penale, ogni notizia di reato deve essere vagliata e, ove accertata, punita a norma di legge: in qualsiasi situazione in cui un fatto costituisca reato, e vi siano fondati motivi per ritenere che una norma incriminatrice è stata violata, il procedimento penale deve iniziare affinché sia condotta un'accurata indagine e, qualora vi siano sufficienti elementi probatori, si proceda al giudizio e all'irrogazione della pena.

L'obbligatorietà dell'azione dev'essere inquadrata, non soltanto come strumento volto a limitare la discrezionalità del pubblico ministero nell'esercizio delle proprie prerogative, ma principalmente come espressione del principio di uguaglianza, a norma del quale ogni individuo è uguale di fronte alla legge, in questo caso alla legge penale.

Nonostante il sistema penale spagnolo sia rigorosamente regolato dal principio di legalità, vi sono però taluni spazi per forme consensuali di definizione del procedimento. Il codice di rito non riconosce espressamente una "giustizia negoziata", né alcuna forma di "*plea bargaining*", ma di fatto risulta incoraggiato il ricorso a simili forme di definizione del procedimento che consentono di ottenere sconti di pena.

La recente riforma del codice penale (attuata con legge organica 30 marzo 2015, n. 1) ha inciso sulla disciplina dei reati di minor gravità, introducendo una nuova categoria (*delitos leves*, in larga parte corrispondente ai precedenti crimini minori o *faltas*). Nell'ambito dei procedimenti per tali reati è attribuito al pubblico ministero il potere discrezionale di decidere se archiviare il caso qualora non sussista un pubblico interesse nel perseguire il fatto e la condotta sia di scarsa offensività ovvero risulti totalmente inoffensiva. Tale decisione sarà assunta dal pubblico ministero in base alle risultanze dell'attività investigativa della polizia giudiziaria.

Il presente studio si propone di fornire un quadro generale relativo alla disciplina normativa della fase intermedia ed al suo funzionamento da un punto di vista pratico, senza la pretesa di analizzare tutte le relative questioni interpretative, ma solo quelle rilevanti ai fini di un'analisi comparata¹.

¹ Per uno studio dettagliato della tematica è possibile riferirsi ai principali contributi monografici pubblicati in Spagna, quali per esempio, M. J. MASCARELL NAVARRO, *El sobreseimineto provisional en el proceso penal español: doctrina, jurisprudencia y formularios* (Ed. General del Derecho, Valencia 1993); G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El periodo intermedio del proceso penal* (McGraw-Hill, Madrid, 1997); V. MORENO CATENA (dir.), *El proceso penal, Vol III: Fase intermedia y juicio oral*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000); L. ROMERO PRADAS, *El sobreseimiento*, (Tirant lo Blanch, Valencia 2002); J. SIGÜENZA LÓPEZ, *El sobreseimiento libre*, (Aranzadi, Cizur Menor-

Ciononostante saranno affrontati taluni aspetti controversi e presi in considerazione alcuni malfunzionamenti della fase processuale in parola, in modo da consentirne una piena comprensione. In conclusione, si effettuerà una valutazione circa l'effettivo raggiungimento degli obiettivi che il legislatore si era prefissato nell'introdurre e disciplinare la fase intermedia.

2. *La chiusura dell'indagine: la fase intermedia.* – La fase intermedia dovrebbe iniziare una volta terminata l'indagine del giudice istruttore. Tuttavia, la fase investigativa può concludersi senza che vi sia l'adozione di alcun provvedimento da parte del giudice o, addirittura, in determinate tipologie di procedimenti, può non avere luogo.

Risulta dunque necessario distinguere le regole applicabili ai tre principali *iter* procedurali ordinari previsti dalla LECRIM: procedimenti 1) per i crimini più gravi – procedimenti ordinari o *proceso ordinario* – (reati puniti con la pena della reclusione superiore a nove anni); 2) per i crimini gravi – procedimenti abbreviati o *procedimiento abreviado* – (reati puniti con la pena della reclusione fino a nove anni e tutte le restanti pene non detentive, art. 757 LECRIM); 3) per i crimini di minor gravità – procedimenti per reati di lieve entità o *delitos leves* – (pena pecuniaria fino a tre mesi e pene non detentive fino a un anno, artt. 3 e 33.4 del codice penale).

In questa sede non saranno approfondite la disciplina delle forme di definizione accelerate dei procedimenti penali e quella della pena applicata con decreto del pubblico ministero². Quest'ultima è una procedura recentemente introdotta che non si sviluppa lungo le tradizionali fasi del procedimento penale, ma si basa sull'accettazione da parte dell'imputato della sanzione proposta dal pubblico ministero.

Nei paragrafi seguenti non saranno trattati nemmeno i procedimenti per i reati minori (artt. 962-977 LECRIM), poiché in questi riti non esiste una fase di indagine giudiziale propriamente detta e, dunque, non vi è nemmeno una fase intermedia. Tuttavia, vale la pena di accennare al modo in cui è adottata in questi casi la decisione di non luogo a procedere o di rinvio a giudizio. Il processo si basa sulla ricostruzione fattuale e sulle prove contenute nel rapporto della polizia

Navarra 2002); M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, (CERA, Madrid, 2003).

² Il *proceso por aceptación de decreto* è stato introdotto con la legge 5 marzo 2015, n. 41 per promuovere l'efficienza del sistema giudiziario penale e la celere definizione dei procedimenti per determinate tipologie di reati minori. In base all'art. 803 LECRIM l'ambito applicativo di questa procedura sommaria si estende ai reati puniti con la reclusione fino ad un anno in cui il pubblico ministero richiede l'irrogazione di una sanzione non superiore a tre mesi, i lavori di pubblica utilità o la sospensione della patente di guida.

(*atestado*) ovvero di un privato (*denuncia*), non avendo luogo alcuna indagine giudiziale. Il pubblico ministero decide se il reato merita d'essere perseguito o meno sulla base del pubblico interesse, di criteri di politica criminale e della gravità del fatto. Qualora il pubblico ministero richieda l'archiviazione del caso, il giudice istruttore sarà chiamato ad esprimersi al riguardo (art. 963.1 LECRIM). Alternativamente, la decisione di avviare il giudizio è presa dallo stesso giudice istruttore e il processo avrà luogo immediatamente qualora le persone citate siano comparse.

Ad oggi non risultano disponibili dati empirici relativi a queste nuove procedure, essendo le stesse entrate in vigore soltanto nel 2015 non vi sono attualmente precedenti giurisprudenziali delle corti superiori, né statistiche ufficiali. Tuttavia, introducendo il principio di opportunità dell'esercizio dell'azione per questi reati minori, il numero dei casi definiti prima del processo presumibilmente aumenterà.

2.1. *Obiettivi della fase intermedia.* – La definizione del procedimento penale prima del processo è tradizionalmente giustificata da ragioni che si ricollegano ad esigenze efficientistiche – in termini di tempi e costi – ma è anche volta ad evitare che un individuo soffra le conseguenze di essere sottoposto ad un processo pubblico – che in passato comportava già di per sé un danno alla reputazione – se risulta chiaro *ab initio* che non sussistono elementi sufficienti a sostenere l'accusa o provare i fatti.

Stiamo in questa sede considerando principalmente l'alternativa tra la decisione di non luogo a procedere ed il rinvio a giudizio una volta che l'indagine preliminare ha avuto luogo, nel momento in cui occorre cioè valutare se i materiali raccolti siano sufficienti a processare l'inquisito. Precedentemente a questa fase intermedia, il pubblico ministero, il giudice istruttore e anche la polizia hanno la possibilità di decidere per la immediata chiusura del procedimento quando i fatti non integrano gli estremi di un'ipotesi delittuosa o risultano manifestamente insussistenti. Di tali determinazioni è avvertita la vittima, che ha la facoltà di opporsi.

Inoltre, meritano di essere segnalate alcune novità introdotte dalla legge 5 marzo 2015, n. 41 con riguardo all'apertura del procedimento penale. Prima di tale novella ogni notizia di reato – riguardante qualsiasi reato – risultante dall'attività della polizia o dalla denuncia di un privato, doveva essere inoltrata al pubblico ministero o al giudice istruttore, che erano le sole autorità competenti a decidere in merito all'apertura o alla chiusura di un'indagine penale. Ad oggi, il nuovo art. 284 LECRIM dispone che la polizia non debba comunicare le notizie di reato riguardanti autori ignoti, ad eccezione di determinate categorie delittuose e specificamente quelle riguardanti crimini contro la vita, l'integrità fisica, la

libertà sessuale o relativi alla corruzione. Se la polizia non ritiene di compiere un'attività entro le 72 ore per scoprire il possibile autore, il caso non sarà trasferito al pubblico ministero o al giudice istruttore.

Questa previsione consentirà di evitare che i pubblici ministeri o i giudici istruttori investano tempo nella chiusura di casi solo formalmente aperti, ma in cui nessuna reale attività investigativa è stata compiuta data la remota possibilità di individuare la persona cui attribuire la commissione del reato. Nella pratica tali casi rappresentano la grande maggioranza delle definizioni anticipate. Circa il 70% dei procedimenti per i quali è stata avviata la fase pre-processuale, infatti, vengono chiusi poco dopo poiché è rimasta ignota l'identità della persona a cui attribuire il reato e non vi sono state ulteriori indagini. La recente riforma, consentendo di non trasmettere simili casi al pubblico ministero o al giudice istruttore, permetterà di evitare questo avvio con chiusura immediatamente successiva del procedimento.

In questi casi, dal 2015 in poi, non si tratta di una decisione di archiviazione in senso stretto, in quanto nessun procedimento è stato formalmente avviato. Tuttavia, in ultima analisi, si tratta di una decisione assunta dalla polizia sull'opportunità di avviare un procedimento, sulla base delle difficoltà che si incontrerebbero nell'individuare un possibile responsabile. Ciò sostanzialmente equivale a chiudere un caso sulla base di criteri di politica criminale, nonostante la proclamazione costituzionale del principio di legalità.

Nell'ambito del procedimento ordinario per i crimini di maggior gravità, una formale decisione giudiziale su iniziativa del giudice istruttore o del pubblico ministero (art. 622 CCP), pone fine alla fase investigativa. Nei procedimenti abbreviati una simile decisione non è prevista, non vi è una formale fase intermedia in quanto la decisione in merito al non luogo a procedere è assunta implicitamente al momento della decisione sul rinvio a giudizio. Gli studiosi ritengono la fase intermedia incorporata nell'ambito dell'indagine. A prescindere da come la si denomini o dal se esista o meno una vera e propria fase intermedia, le decisioni di procedere o chiudere il caso sono assunte contemporaneamente al momento della conclusione dell'indagine. In entrambe le tipologie di procedimenti, una volta che la fase investigativa è terminata – con o senza una pregressa decisione formale in tal senso – lo scopo della fase intermedia è di risolvere le seguenti questioni:

- 1) se le parti accusatrici concordano nel concludere le indagini,
- 2) se il caso debba essere rinviato a giudizio o meno.

Questi due obiettivi saranno di seguito analizzati dettagliatamente, ma prima occorre soffermarsi sulla questione particolarmente controversa dell'autorità giudiziaria competente.

2.2. *L'autorità competente per la fase intermedia.* – La fase intermedia attiene principalmente alla domanda relativa all'opportunità di procedere a giudizio o chiudere il procedimento. La competenza varia a seconda del tipo di procedimento. La decisione sarà assunta dallo stesso giudice istruttore nei procedimenti abbreviati (artt. 782, 783 LECRIM), mentre in quelli ordinari la competenza è attribuita al giudice del dibattimento (art. 662 LECRIM).

In dottrina taluno sottolinea la possibile incompatibilità del giudice dibattimentale che ha compiuto una valutazione sul merito del caso in questa fase e successivamente procede ed emette la sentenza³. L'imparzialità non sarà invero compromessa a fronte di una decisione definitiva di non luogo a procedere o di rinvio a giudizio, come si avrà modo di vedere in seguito. Tuttavia, si potrebbe obiettare che, qualora si decida nel senso del non luogo a procedere provvisorio (*sobreseimiento provisional*), e il caso venga poi riaperto sulla base di nuove evidenze probatorie, l'imparzialità del giudice potrebbe risultare intaccata dal precedente convincimento che lo stesso si è formato sulla sufficienza delle prove⁴. Una situazione analoga si può altresì presentare quando il giudice rifiuti di procedere in ragione della mancanza di sufficienti elementi fattuali, la sua decisione sia successivamente annullata dalla corte d'appello, ed il primo giudice si trovi a dover celebrare il processo.

Anche in tali ipotesi però, se è vero che il giudicante ha effettivamente avuto un contatto precedente con gli elementi probatori del caso, occorre tuttavia osservare come ciò non vada a discapito dell'imputato, ma piuttosto il contrario, dato che la valutazione era stata nel senso che non vi fossero sufficienti elementi per procedere. Alla luce di ciò non si vede alcuna violazione del diritto dell'accusato di essere giudicato da un giudice imparziale, garantito dall'art. 6 CEDU. Infatti, nessun ricorso avente ad oggetto l'art. 622 LECRIM è mai stato presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, né del resto sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale. Potrebbe in verità discutersi secondo una prospettiva in parte diversa se il principio di eguaglianza tra le parti sia pienamente garantito, a fronte di un'accusa che si trova ad affrontare un processo dinnanzi ad un giudice che ha già precedentemente statuito che non vi fossero elementi per procedere.

In ogni caso, per superare le critiche relative al fatto che sia lo stesso giudice dibattimentale a decidere in ordine alla celebrazione del processo, nel modificare la LECRIM e disciplinare i procedimenti abbreviati il legislatore ha individuato

³ Si vedano G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El período intermedio del proceso penal*, cit., p. 102 ss.; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, cit., pp. 209-212. Di diverso avviso, J. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999), pp. 308-313.

⁴ Si veda in tal senso, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 211-212.

nel giudice istruttore l'autorità competente a decidere circa il non luogo a procedere o la celebrazione del processo. Anche quest'opzione è stata criticata, in quanto lo stesso giudice istruttore decide circa la definitiva chiusura del caso. Ove si consideri tale decisione equivalente ad un'assoluzione, in ultima analisi, lo stesso giudice istruttore si troverebbe ad agire come giudice del merito, in contrasto con il principio di imparzialità. Ciononostante la Corte costituzionale non ha condiviso tali osservazioni, sostenendo che durante la fase investigativa il principio di imparzialità assume un significato diverso e la mancanza di imparzialità non è questione che si può porre in quella fase⁵. La motivazione della sentenza non può dirsi pienamente convincente, tuttavia il tema non è molto dibattuto nella pratica, anche se alcuni autori sottolineano come sarebbe opportuno prevedere una competenza in capo ad una apposita autorità giudiziaria per la decisione *de qua*, come avviene nel sistema francese con le *Chambres d'accusation*.

2.3. *La decisione di chiusura della fase investigativa.* – Il giudice istruttore, di propria iniziativa ovvero sollecitato dalle parti, decide circa la chiusura della fase investigativa preliminare. Tuttavia, la decisione giudiziale a conclusione dell'indagine può essere riesaminata durante la fase intermedia. Con riferimento al termine dell'indagine, gli accusatori potrebbero domandare ulteriori atti investigativi o concordare con la chiusura della fase preliminare e chiedere che si proceda al giudizio. In questa fase l'inchiesta può essere riaperta sulla base di un'istanza probatoria presentata da qualsiasi parte nei procedimenti ordinari (art. 627 LECRIM), o dall'accusa nei procedimenti abbreviati (art. 780 LECRIM) se la corte (art. 631 LECRIM) o il giudice istruttore (art. 780 LECRIM) lo considerano appropriato. Altrimenti la fase dell'indagine sarà chiusa e il giudice istruttore o il giudice dibattimentale decideranno se avviare o meno il giudizio.

Da un punto di vista pratico, una volta che il giudice istruttore ha deciso nel senso della chiusura della fase investigativa, assai difficilmente la corte ordinerà la riapertura del caso. Lo stesso accade quando si ritiene l'indagine conclusa nei procedimenti abbreviati: una volta che il pubblico ministero formula l'imputazione, chiedendo dunque l'avvio del giudizio, sostanzialmente mai il giudice istruttore decide per il prosieguo delle indagini.

Nei procedimenti ordinari, a questo punto, l'indagato può opporsi alla chiusura dell'indagine giudiziale, sulla base del fatto che occorre raccogliere ulteriori elementi probatori. Anche se la LECRIM inizialmente non prevedeva in modo esplicito il coinvolgimento dell'indagato in questo snodo procedimentale,

⁵ Si veda STC 32/1994, del 31 gennaio 1994.

la Corte costituzionale, nel 1989, ha stabilito che lo stesso avesse diritto di essere sentito in questa fase del procedimento ordinario per i crimini più gravi⁶.

La disciplina dei procedimenti ordinari è stata infine modificata con la legge 3 novembre 2009, n. 13, che ha novellato l'art. 627 della LECRIM conformemente alla pronuncia della Corte costituzionale. Perciò, l'imputato deve essere sentito durante la fase intermedia del procedimento ordinario, e può altresì opporsi alla chiusura delle indagini chiedendo la raccolta di ulteriori elementi probatori.

Tuttavia, un'analoga possibilità non è riconosciuta nell'ambito dei procedimenti abbreviati, nei quali la prerogativa della richiesta di ulteriori prove è prevista con esclusivo riferimento al pubblico ministero e agli altri accusatori in circostanze eccezionali. Ciò risulta conforme all'orientamento della Corte costituzionale, la quale ha sostenuto che, nei procedimenti abbreviati, lo scopo della fase intermedia non è decidere circa la necessità o meno di ulteriori prove, con la conseguenza che non risulta necessario garantire simile possibilità all'indagato⁷. La dottrina ha criticato la pronuncia, sottolineando che sarebbe maggiormente in linea con il principio del contraddittorio garantire la possibilità per la persona sottoposta alle indagini di chiedere ulteriori prove. Una simile previsione, del resto, non determinerebbe ritardi nella procedura, non essendo il giudice istruttore vincolato a dar seguito all'istanza difensiva.

2.4. La decisione di rinvio a giudizio. – Una volta confermata la decisione di chiusura dell'indagine avrà luogo la fase intermedia, che si concluderà con l'adozione di una delle seguenti decisioni: di rinviare a giudizio; di chiudere il caso in maniera definitiva o provvisoria.

Con riguardo alla prima, quando il pubblico ministero, o un diverso accusatore richiedono il rinvio a giudizio, il giudice istruttore o quello dibattimentale lo devono disporre. Ci sono solamente due situazioni in cui si può eccezionalmente rigettare l'istanza: quando il fatto non costituisce reato (art. 637.2 LECRIM) e quando non sussistono ragionevoli indizi circa la sussistenza del reato (art. 783 LECRIM). La ricorrenza di quest'ultima situazione non è facile da valutare.

La decisione che dispone il giudizio non è appellabile. Quella che rigetta la richiesta può invece essere impugnata dinnanzi alla Corte Suprema (art. 636 e 848 LECRIM).

2.5. La decisione di non luogo a procedere. – La decisione di non luogo a procedere può essere definitiva ovvero provvisoria. La prima è chiamata

⁶ STC 66/1989, del 17 aprile 1989.

⁷ STC 186/1990, del 15 novembre 1990.

sobreseimiento libre, la seconda *sobreseimiento provisional*. I rispettivi presupposti e conseguenze sono diversi, ma i passaggi procedurali sono sostanzialmente gli stessi. Per questa ragione le due tipologie di pronunce meritano d'esser trattate nella stessa sede.

a) *Il non luogo a procedere definitivo* (*sobreseimiento definitivo*). – Al termine delle indagini il pubblico ministero deve richiedere l'emissione di una decisione di non luogo a procedere definitivo se ritiene che non sia stato commesso alcun reato. Le ragioni sulla base delle quali chiudere definitivamente il caso in questa fase e, dunque, non procedere al giudizio, sono legislativamente predeterminate. In questa ipotesi verrà dunque adottata una decisione conclusiva del procedimento che deve essere pronunciata⁸:

1) quando non vi sono prove che il reato oggetto delle indagini è stato commesso. Poiché tale decisione equivale ad un'assoluzione e la normativa spagnola non ammette una *revisio contra reum*, per chiudere il caso sulla base di questa ragione è richiesto che il giudice sia convinto che i fatti non si siano mai verificati;

2) quando i fatti non integrano alcuna ipotesi criminosa prevista dal codice penale. In questo caso il giudice deve compiere una valutazione di fatto – che si conclude nel senso di una verifica positiva circa la commissione dei fatti in oggetto – e una di diritto, secondo cui quei fatti mancano di tipicità e, dunque, non sono penalmente rilevanti. Sulla base della legge (art. 639 LECRIM), se i fatti non integrano un delitto, ma una ipotesi di reato minore, la corte deve dichiarare chiuso il caso e trasmettere gli atti all'autorità competente. Questa disposizione è obsoleta, poiché qualora durante le indagini emerga che i fatti integrano una simile fattispecie, non occorre richiedere il non luogo a procedere al giudice dibattimentale, ma si prevede che lo stesso IJ decida nel merito, avendone la competenza.

3) Se l'accusato non è imputabile (art. 637 LECRIM). Per chiudere il procedimento per questo motivo la giurisprudenza ha sempre richiesto che la causa di esclusione dell'imputabilità risulti provata senza alcun dubbio. In questi casi, qualora la minore età dell'imputato emerga solo in detta fase, il caso sarà chiuso e gli atti trasmessi all'autorità giudiziaria minorile. Quest'evenienza è piuttosto rara, essendo di norma la minor età accertata già in fase investigativa.

L'esistenza di altri motivi di incapacità ad essere destinatari di una pronuncia di condanna tali da escludere la punibilità – come, ad esempio, un parziale o permanente vizio di mente o un disturbo di una certa entità – inizialmente conducevano all'adozione di una decisione di non luogo a procedere (alla luce

⁸ Si veda J. SIGÜENZA LÓPEZ, *El sobreseimiento libre*, cit., p. 46 ss.; L. ROMERO PRADAS, *El sobreseimiento*, cit., pp. 216-225.

del tenore letterale dell'art. 637 LECRIM). La logica del legislatore era la seguente: se la persona non è punibile, non vi è ragione per celebrare un giudizio allo scopo di irrogare una pena. Tuttavia, al fine di stabilire l'incapacità dell'imputato e determinare quale misura di sicurezza adottare, il caso deve giungere alla fase del giudizio. Questo è richiesto dall'art. 3.1 del codice penale⁹. In sintesi, la lettera dell'art. 637 LECRIM non è più attuale e la regola da applicare è quella prevista in relazione ai procedimenti abbreviati: in caso di esclusione della responsabilità penale dovuta ad incapacità¹⁰, deve essere disposto il rinvio a giudizio (art. 782.1 LECRIM).

Nella pratica, raramente il pubblico ministero richiede la definitiva chiusura del caso in quanto tale decisione preclude la riapertura dello stesso in futuro. A meno che egli non sia assolutamente convinto che i fatti non siano mai avvenuti – si pensi in via esemplificativa ad un'indagine per omicidio in cui ad un certo punto emerga che la presunta vittima è ancora in vita – non richiederà la chiusura definitiva del caso, ed è questa la ragione per cui simile decisione è raramente assunta nella pratica¹¹.

b) *Il non luogo a procedere provvisorio* (sobreseimiento provisional). – Il pubblico ministero richiede la chiusura provvisoria del procedimento e non il rinvio a giudizio quando, a seguito di un esame del merito, emerge l'insufficienza degli elementi probatori raccolti. Dunque la chiusura provvisoria avrà luogo ogniqualvolta vi sia un'insufficienza probatoria¹²: sussistono elementi di prova tali da far ritenere che un reato è stato commesso, ma vi è comunque una prognosi sfavorevole circa la possibilità di addivenire ad una pronuncia di condanna o non vi sono elementi probatori sufficienti a formulare un'accusa nei confronti di un soggetto. La chiusura provvisoria non preclude la possibilità di riaprire il caso in futuro qualora si rinvenissero nuove prove, con il solo limite della eventuale prescrizione del reato.

⁹ Articolo 3.1: «nessuna pena o misura di sicurezza è imposta se non a esito di una sentenza emessa dal giudice o dalla corte competente, nel rispetto delle regole procedurali».

¹⁰ L'art. 782.1 LECRIM si riferisce alle cause di cui all'art. 20, 1, 2, 3, 5 e 6 del codice penale, che contengono i disturbi mentali temporanei, i sintomi da intossicazione e crisi di astinenza, i gravi disturbi nella percezione della realtà, lo stato di necessità, e le insormontabili fobie.

¹¹ Le statistiche ufficiali relative ai dati del 2014, pubblicate nel 2015 dall'Ufficio della *Fiscalia general*, sono disponibili al seguente indirizzo: https://fiscal.es/memorias/memoria2015-/FISCALIA_SITE/index.ht. I dati in questione non distinguono quali casi siano stati chiusi in via definitiva e quali in via provvisoria, ma consentono di conoscere il numero complessivo di decisioni anticipate di non luogo a procedere. Domandando direttamente agli addetti agli uffici, è emerso come, di regola, questi richiedano assai raramente il non luogo a procedere definitivo: la percentuale di tale decisione rispetto al numero globale di *sobreseimientos* è approssimativamente pari al 8%.

¹² Per i motivi che stanno alla base della chiusura provvisoria si veda M. L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op.cit.*, pp. 187-194; L. ROMERO PRADAS, *op. cit.*, pp. 216-225.

Nella prassi, i dati statistici mostrano il diffuso impiego alla decisione di non luogo a procedere provvisorio: circa il 70% dei procedimenti abbreviati terminano con una decisione solo provvisoria di chiusura del caso, e la maggior parte non giunge neppure alla fase intermedia (come precedentemente sottolineato, la maggioranza di tali casi è rappresentata da quelli contro ignoti)¹³.

Il non luogo a procedere provvisorio è stato un istituto criticato fin dall'adozione della LECRIM. Già all'inizio del XX secolo, alcuni autori notavano in maniera critica come questo meccanismo ponesse il cittadino in un prolungato stato d'incertezza, nel timore costante che, in qualsiasi momento, si potesse riaprire il procedimento nei suoi confronti¹⁴. È indubbio che questa sospensione del procedimento penale agisca come una sorta di spada di Damocle pendente sull'ex-imputato, e che tale situazione risulti ancor più grave dato che può prolungarsi per periodi di tempo piuttosto significativi, ossia fino a quando non decorra il periodo di prescrizione del reato. Nonostante questi profili critici, vi è una generale accettazione del fatto che l'istituto sia uno strumento necessario per fronteggiare quei casi in cui gli elementi probatori disponibili siano deboli, ma la successiva emersione di altre prove potrebbe portare ad un'incriminazione. Del resto, qualsiasi soluzione alternativa non sarebbe in grado di superare gli svantaggi di quella attuale.

Tuttavia, l'opinione è unanime circa il fatto che gli effetti pregiudizievoli del non luogo a procedere provvisorio potrebbero essere attenuati da un impiego più corretto di tale decisione e da una riforma della sua disciplina normativa. È generalmente riconosciuto che vi è un eccessivo ricorso all'istituto in parola e che le ragioni a sostegno della decisione di riapertura dovrebbero essere espressamente regolate a livello legislativo. La LECRIM invece non individua i presupposti per la riapertura del caso chiuso in via provvisoria. Tradizionalmente si sostiene che nuove evidenze probatorie giustificano la riapertura. Tuttavia, poiché la decorrenza della prescrizione rimane sospesa ogni volta in cui il caso è riaperto, si avverte l'esigenza di prevenire pratiche di utilizzo abusivo di tale decisione, idonee a prolungare artificiosamente la situazione di incertezza cui è sottoposto l'individuo.

Le recenti riforme che hanno interessato la LECRIM con l'obiettivo di rendere più celeri le tempistiche dei procedimenti penali, hanno posto limiti

¹³ Con riguardo ai procedimenti abbreviati, le statistiche ufficiali mostrano che, nel 2014, le indagini preliminari (*diligencias preliminares*) sono state avviate in 3.782.235 casi (rispetto ad un totale di 5.061.986 casi, i restanti rappresentati per lo più da procedimenti per crimini minori). Di questi, solo in 181.177 casi il pubblico ministero ha infine formulato una imputazione. Solamente 2.830 casi sono stati avviati seguendo l'iter procedimentale ordinario per i reati gravi, e di questi, il 19% si è concluso con il *sobreseimiento*, quasi per tutti provvisorio.

¹⁴ S. LÓPEZ MORENO, *Principios fundamentales del procedimiento civil y criminal*, t. II, Madrid 1901, p. 663, citato da M.L. VILLAMARÍN, *op.cit.*, pp. 121-123.

maggiormente rigorosi alla fase investigativa. Il novellato art. 324 LECRIM dispone che le indagini debbano durare al massimo sei mesi, periodo che può essere esteso fino a diciotto mesi per i casi più complessi. In via eccezionale questo periodo può essere prorogato di ulteriori diciotto mesi dal giudice istruttore. Vi è poi un'altra ipotesi di proroga per motivi eccezionali (art. 324.4 LECRIM). La LECRIM già prevedeva un periodo massimo di un mese per la conclusione delle indagini, ma quest'irrealistico limite temporale veniva puntualmente disatteso e ciò non determinava alcuna conseguenza processuale. Diversamente la nuova disposizione rende obbligatorio il rispetto del nuovo limite temporale delle indagini poiché, una volta che questo è superato, nessun ulteriore atto investigativo può essere validamente ordinato o compiuto.

La nuova norma ha un chiaro impatto sui casi in cui sia stato provvisoriamente disposto il non luogo a procedere. Prevedendo un rigido periodo entro cui compiere le indagini, la disposizione può essere utile per superare la prolungata incertezza cui è sottoposta la persona destinataria di una decisione di chiusura provvisoria. Il non luogo a procedere provvisorio determina la sospensione del limite massimo previsto per l'indagine ma, se il caso viene riaperto, l'investigazione può protrarsi solo per il periodo rimanente. In sintesi, la situazione di incertezza non è eliminata ma almeno, una volta che il caso è riaperto, la fase investigativa risulta chiaramente delimitata dal punto di vista temporale.

c) *Il ruolo del giudice nella decisione di non luogo a procedere assunta nella fase intermedia.* – Il ruolo del giudice nella decisione circa il non luogo a procedere provvisorio è piuttosto limitato poiché, in un'ottica di rispetto del principio del contraddittorio, le sue opzioni sono significativamente vincolate dalla domanda delle parti e risultano molto circoscritti i poteri di decidere in senso contrario alla volontà di queste ultime. Se tutte le parti – ossia il pubblico ministero e le altre parti accusatrici – chiedono la chiusura del caso, la corte è vincolata dalla richiesta e deve pronunciarsi nel senso del non luogo a procedere, eccezion fatta per il caso in cui il procedimento debba continuare per l'applicazione di una misura di sicurezza, come visto in precedenza.

Se una parte chiede il non luogo a procedere e un'altra richiede la prosecuzione del procedimento, il giudice è obbligato a disporre il rinvio a giudizio, salvo che ricorra taluno dei motivi già analizzati legittimanti la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere: il fatto non ha rilevanza penale ovvero non vi sono elementi indicativi della commissione del reato. In precedenza si è dato conto dei problemi che si ricollegano alla valutazione di tale ultima circostanza.

Se il pubblico ministero è la sola parte accusatrice nel procedimento (non avendo le altre formulato accuse) e richiede la chiusura del caso, la legge

spagnola prevede che, prima di decidere, il giudice o la corte possano informare gli interessati (la vittima e i danneggiati), così da consentire loro l'eventuale presentazione di accuse al giudice, che a quel punto deciderà per il non luogo a procedere o il rinvio a giudizio (art. 642 LECRIM). Nella pratica, ciò accade raramente, di regola il caso è chiuso senza che vi sia la notifica alle possibili persone offese. Questa è la disciplina dei procedimenti ordinari. Le regole per i procedimenti abbreviati sono invece state adattate alla Direttiva europea sui diritti della vittima¹⁵ ed ora prevedono che la richiesta di chiusura del caso avanzata dal pubblico ministero debba essere comunicata alla vittima o al danneggiato, in modo da consentire loro di richiedere al giudice di disporre il rinvio a giudizio (art. 773.2 LECRIM)¹⁶. Anche la normativa sul rito ordinario avrebbe dovuto essere resa conforme alle regole europee, ma inespugnabilmente è rimasta invariata. Ciononostante è chiaro come, attualmente, in ogni procedimento penale alla vittima debba essere notificata la richiesta di non luogo a procedere del pubblico ministero.

Nei casi in cui il pubblico ministero è il solo accusatore – poiché non vi è una vittima, ovvero la stessa non compare o non esercita il suo diritto di formulare accuse – e il giudice non concorda con la richiesta dell'accusa, prima di decidere circa la richiesta di chiusura del caso costui può investire della questione il superiore gerarchico del pubblico ministero rimasto inerte (artt. 644 e 782 LECRIM). Quest'ultima autorità può confermare o riformare la decisione del sottoposto. Da un punto di vista concreto, quest'evenienza è assai rara ed è addirittura considerata quasi patologica, in quanto sintomatica di un sottostante conflitto tra il pubblico ministero e il giudice istruttore interessati.

In ultima analisi, anche se non risultano spesso applicate nella prassi, queste disposizioni costituiscono garanzie legislative volte ad evitare l'esercizio del potere discrezionale del pubblico ministero quando, ad avviso del giudice, il fatto costituisce reato e paiono esservi elementi probatori sufficienti per procedere al giudizio.

2.6. Osservazioni conclusive. – La fase intermedia e le decisioni di disporre il rinvio a giudizio ovvero di pronunciare un provvedimento di non luogo a procedere – in via definitiva o provvisoria – sono state modificate nel tempo al fine di assicurare il diritto dell'imputato di essere sentito. Anche se in questa fase non è prevista un'udienza, tutte le parti possono presentare al giudice o alla corte delle memorie scritte.

¹⁵ Direttiva 29/2012/UE 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.

¹⁶ Riformato con legge 27 aprile 2015, n. 4 sullo *Estatuto de la víctima del delito* in vigore dal 28 ottobre 2015.

Il sistema spagnolo permette, in questa fase, un adeguato controllo sulle azioni del pubblico ministero, idoneo ad evitare una giustizia selettiva, ciò grazie al riconoscimento di un ruolo di accusa significativo ai privati. Le norme del codice spagnolo, nello stabilire che il giudice o la corte, prima di poter optare per la chiusura anticipata del procedimento, debbano informare la vittima e eventualmente il pubblico ministero gerarchicamente superiore, garantiscono un meccanismo efficiente, per quanto raramente applicato, contro illegali selezioni dei casi da perseguire. Dall'assenza di un potere esclusivo in capo al pubblico ministero di rinviare a giudizio o chiudere un caso deriva che meno procedimenti terminano senza che sia celebrato il dibattimento. Per coloro che sostengono che lo *ius puniendi* dovrebbe essere esercitato secondo regole di politica criminale approvate dal governo, questo sistema non rappresenta un modello ideale. Tuttavia lo stesso si è dimostrato in grado di garantire il pieno rispetto del principio di eguaglianza ed il coinvolgimento delle vittime, oltre al già menzionato controllo sull'operato del pubblico ministero.

Si può dunque affermare che la disciplina spagnola relativa alla fase intermedia è adeguata e adempie agli scopi perseguiti dal legislatore, che si identificano nel garantire che, ove manchino prove circa la commissione di un fatto di reato, il caso sia chiuso; mentre ove l'impianto accusatorio risulti debole, sia possibile sospendere il procedimento per riaprirlo in un momento successivo.

Va tuttavia segnalato che vi sono ancora determinati profili che potrebbero essere regolamentati in maniera più appropriata. Riguardo alla competenza dell'autorità giudiziaria sulla decisione, è auspicabile la previsione di una camera separata che decida se vi sono sufficienti ragioni per procedere a giudizio, anche se vi sono buoni motivi per ridimensionare la reale gravità del problema, sia dal punto di vista del principio del contraddittorio, che dal punto di vista della garanzia di imparzialità del giudice.

In una prospettiva eminentemente pratica, emerge un ricorso abusivo alla decisione di non luogo a procedere provvisoria, anche in casi in cui vi siano elementi atti a dimostrare che la persona indagata non è in realtà coinvolta nell'episodio criminoso o che i fatti non hanno rilevanza penale. In sintesi, l'avvio di un procedimento penale nel sistema spagnolo è molto agevole – la denuncia di un privato può essere sufficiente –, ma la sua definitiva chiusura senza che si giunga a giudizio rappresenta un'evenienza assai rara nella pratica. Ciò lascia l'imputato in una posizione di incertezza, giacché il suo caso non è stato deciso e può essere riaperto in qualsiasi momento. Si avverte dunque la necessità di una regolamentazione legislativa delle ragioni atte a giustificare la decisione di riapertura e la cornice temporale della medesima.

Alcune migliorie in tal senso sono attese a seguito di una recente riforma del 2015 che ha introdotto specifici limiti temporali massimi per la chiusura

dell'indagine penale. Questi limiti temporali (generalmente sei o diciotto mesi) possono avere un effetto positivo indiretto sulle situazioni di incertezza determinate dalla provvisoria chiusura del caso: anche se l'incertezza può permanere fino allo spirare del termine di prescrizione del reato, quanto meno la previsione di un limite temporale rigido assicura che l'indagine sia portata a termine in modo più celere. Inoltre, a seguito della riapertura di un caso precedentemente chiuso, l'indagine potrà durare soltanto per il periodo residuo rispetto al limite massimo previsto dal legislatore.

In conclusione, le recenti riforme contribuiranno altresì a ridurre significativamente il numero delle decisioni di non luogo a procedere provvisorio in quanto dall'ottobre 2015, non tutti i rapporti della polizia condurranno automaticamente all'avvio di un procedimento penale. Permettendo alla polizia di chiudere i casi in cui l'autore rimanga ignoto, le statistiche relative ai numeri di procedimenti penali e di *sobreseimientos* chiaramente cambieranno. È troppo presto per valutare quale sarà il prezzo da pagare per questo, ma complessivamente il sistema sembra garantire un adeguato equilibrio nel valutare quando valga la pena e sia appropriato sottoporre taluno ad un processo penale.

FABIO CASSIBBA

L'"INSOSTENIBILE LEGGEREZZA" DELL'UDIENZA PRELIMINARE

1. *Una scommessa perduta.* – Appena pochi giorni prima della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale del D.P.R. n. 447 del 1988, Massimo Nobili avvertiva – con tono accorato – che la fase preliminare disegnata dal “nuovo” codice di procedura penale avrebbe rappresentato una «sorta di scommessa»¹. Quasi trent'anni dopo, è indubbio che quella scommessa sia stata persa: il modello basato sull'inchiesta preliminare di parte e sul successivo filtro giurisdizionale delle imputazioni «azzardate»² ha mostrato un sensibile scarto fra le elevate attese generate e i risultati effettivamente conseguiti.

¹ M. NOBILI, *I rischi del nuovo modello processuale*, in ID., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, pp. 349-350.

² L'espressione ricorre in E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 2172 e ss.; O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 69; G. LOZZI, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale* (1991), in *L'udienza preliminare*, Milano, 1992, p. 15 e ss.

Da un lato, l'avvenuta trasformazione delle indagini preliminari in una «gigantesca istruzione sommaria»³ – conseguente alla svolta del 1992 – si è mostrata refrattaria perfino alla riforma costituzionale del 1999. Il metodo euristico del contraddittorio nella formazione della prova impone nel dibattimento una conoscenza selettiva, costruita sul sistema del doppio fascicolo⁴, ma è ovviamente incapace di ridimensionare o di contenere l'ipertrofia investigativa. Gioca qui l'esigenza di completezza delle indagini preliminari, a più riprese considerata ineludibile dalla Corte costituzionale, perché necessariamente implicata dal principio *ex art. 112 Cost.*⁵. Più precisamente, un sistema profondamente caratterizzato dalle molteplici declinazioni del principio di legalità esclude che i riti alternativi possano essere definiti sulla base di una piattaforma cognitiva appena sommaria, perché frutto d'indagini, non solo fisiologicamente unilaterali, ma addirittura incomplete. Fino all'introduzione del principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova *ex art. 111, comma 4, Cost.*, l'ampiezza e l'approfondimento delle indagini preliminari restavano condizionate dalla permeabilità del fascicolo del dibattimento rispetto a materiali unilateralmente formati⁶; dopo il 1999, proprio i riti alternativi sono divenuti il principale fattore, comunque esterno alle indagini, che ne ha condizionato lo svolgimento.

Dall'altro lato, la vocazione selettiva dell'udienza preliminare – autentico «emblema» del codice del 1988 insieme, per l'appunto, al contraddittorio nella formazione della prova⁷ – è stata largamente marginalizzata ad opera della prassi.

Indiscutibile, qui, il peso negativo giocato dall'originaria timidezza del legislatore del 1988 nel modellare il criterio per emettere la sentenza di non luogo pro-

³ L'espressione compare in L. PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. Giust.*, 1993, p. 282.

⁴ Nel senso che il metodo di ricostruzione del fatto nel dibattimento si fonda su una conoscenza selettiva cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, 1996, spec. p. 18 e ss. e p. 619 e ss.; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001, p. 1 e ss.; M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 110 ss.; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 1 e ss.

⁵ Si allude, soprattutto, a C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88 e a C. cost., sent. 9 maggio 2001, n. 115. Sul tema, cfr., per tutti, E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 387 e ss.; F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, *passim*. Non condivide l'assunto secondo cui nel sistema si possa rinvenire un principio di completezza delle indagini, G. GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, p. 47, che, pure, sottolinea come «non [sia] dubbio [l']esasperato favor per l'investigazione ad oltranza e per il giudice-idrovora».

⁶ Sul punto, cfr., per tutti, G.P. VOENA, *Investigazioni e indagini preliminari*, in *D. disc. pen.*, VIII, Torino, 1993, p. 265 e ss.

⁷ Così, E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit., p. 2172.

cedere: l'“evidente l'innocenza” dell'imputato⁸ – alla base dell'originario testo dell'art. 425, comma 3, c.p.p. – ha sortito nella giurisprudenza pesanti strascichi, perdurati pure dopo le profonde riforme apportate alle regole decisorie per sciogliere l'alternativa tipica della fase, dapprima con la l. n. 105 del 1993, poi, in modo ancor più sensibile, con la l. n. 479 del 1999. Si è, così, perpetuato un netto scarto tra i risultati auspicati e quelli conseguiti.

Più che attuale è, a tal punto, l'esigenza di interrogarsi sull'opportunità di mantenere immutata l'udienza preliminare, nella sua funzione e nella sua struttura attuali.

Occorre prendere atto che, per la complessa e ingolfata macchina giudiziaria italiana, è ormai insostenibile il filtro sulla fondatezza dell'accusa debolmente attuato nell'udienza preliminare, tanto più a fronte del dispendio di risorse imposte dal relativo svolgimento. Del resto, la fase in parola non sembra costituire un passaggio costituzionalmente indefettibile: l'attuazione del giusto processo regolato dagli art. 111 Cost. e 6 Conv. eur. dir. uomo non l'esige; né dalla giurisprudenza costituzionale o da quella della Corte europea emergono indicazioni di segno opposto.

Semmai, proprio le pronunce della Consulta e la portata dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo permettono di delineare uno scenario lasciato sino ad oggi alquanto in ombra. Se è vero che il giusto processo non è incompatibile con l'adozione di un procedimento ordinario privo, di regola, di una fase processuale deputata al controllo preliminare sulla fondatezza dell'accusa⁹, questa – nell'assetto emergente dopo la novella operata con la “legge Carotti” – deve rispondere a certi caratteri, autenticamente giurisdizionali, costituendo un «momento di giudizio» a natura meritale¹⁰.

È sicura la giurisdizionalità della fase: presenza di un giudice terzo e imparziale, pienezza del contraddittorio e garanzia della motivazione della sentenza di non luogo a procedere ne rappresentano altrettante condizioni ineludibili. Sennonché, il mero ossequio formale ai canoni costituzionali cela un'insidia: in un sistema il cui baricentro si è progressivamente spostato verso la fase preliminare, il preponderante peso delle indagini preliminari, l'unicità del fascicolo e, non da

⁸ Sul significato della teoria in parola, poi resa obsoleta dalla l. n. 105 del 1993, cfr. F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 360 e ss.; M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, p. 42 e ss.

⁹ Purché, ovviamente, il «giusto processo [si] complet[i] in ogni suo aspetto già nel corso dell'indefettibile giudizio di primo grado», dal momento che «tutte le garanzie [di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo] vanno assicurate prima che si giunga alla sentenza di condanna» (O. MAZZA, *La procedura penale*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ, *Europa e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc., Gli speciali*, 2011, p. 46).

¹⁰ Cfr., per tutte, C. cost., sent. 12 luglio 2002, n. 335; C. cost., 6 luglio 2001, n. 224; Cass., sez. un., 9.7.2003, Ferrara, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3706.

ultimo, un assetto ordinamentale che non realizza un'autentica parità delle parti indeboliscono la terzietà del giudice.

Oggi, il giudice dell'udienza preliminare – pur essendo stato dotato di robuste braccia (i sensibili poteri probatori, anche officiosi) e occhi acuti (le regole di giudizio volte all'emissione della sentenza di non luogo a procedere)¹¹ – resta organo dalla debole autorevolezza, inidoneo a svolgere appieno il controllo sulla scelta del pubblico ministero di esercitare l'azione penale. Non si dimentichi, del resto, che la prassi legittima lo slittamento funzionale delle prerogative del giudice dell'udienza preliminare, là dove gli assegna il potere di sollecitare il pubblico ministero ad integrare, seduta stante, imputazioni descrittivamente carenti, in luogo di dichiararne la nullità con conseguente regressione¹². Una simile, malintesa perfettibilità dell'imputazione, da un lato, si pone in antitesi con le esigenze di profilassi processuale tipiche del potere di controllo di un giudice terzo; dall'altro, per quel che qui maggiormente preme, svilisce la funzione di filtro dell'udienza preliminare: irragionevole ipotizzare che l'anomala “gestione bicefala” dell'imputazione propugnata dalle Sezioni unite abbia come esito l'emissione della sentenza di non luogo a procedere; piuttosto, essa è propedeutica a instaurare il dibattimento per un'accusa ormai tendenzialmente stabilizzata¹³.

2. *Equivoci sulla natura processuale del controllo preliminare ed epiloghi decisori.* – L'obiettivo di garantire la piena efficienza della funzione di filtro dell'udienza preliminare resta condizionato dalle «necessarie profonde trasformazioni» nella cultura giuridica degli operatori, che il codice del 1988 impone ma che, «di per sé, non ... assicura e forse non [può] assicurare»¹⁴. Sarebbe formalistico accostarsi alle sponde dell'udienza preliminare, ravvisandone i soli punti deboli, senza tenere conto dell'«atteggiamento polemicamente misonista» ad

¹¹ Si riprende qui, attualizzandola, la celebre ed efficace metafora impiegata da M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 192, a proposito della figura del giudice per le indagini preliminari nell'originario assetto codicistico.

¹² Si allude al meccanismo correttivo-integrativo dell'imputazione descrittivamente carente, delineato da Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2313 e ss. Sul tema in chiave nettamente critica cfr., per tutti, L. MARAFIOTI, *Imputazione e rapporti tra P.M. e G.I.P. secondo le Sezioni Unite: un abuso di “disinvoltura”*, in *Giust. pen.*, 2008, III, c. 456 e ss.; O. MAZZA, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell'udienza preliminare* (2008), in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 39 e ss.; in senso adesivo alla impostazione della pronuncia in parola, v., pur con varietà di accenti, G. LOZZI, *Enunciazione in forma chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 418 e ss.; G. RICCIO, “*Appunti per una rilettura del sistema sanzionatorio alla luce di SS.UU. 20 dicembre 2007*”, in *Giust. pen.*, 2008, III, cc. 449-450.

¹³ Per più ampie considerazioni al riguardo v., volendo, F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, in corso di pubblicazione.

¹⁴ M. NOBILI, *I rischi del nuovo modello processuale*, cit., p. 350.

opera di una parte della magistratura, che ha mostrato indubbie ritrosie a rendere efficienti taluni istituti di garanzia propri del nuovo sistema processuale¹⁵. Con riguardo all'udienza preliminare, più che altrove, lo iato – comunque incolmabile – fra *law in the books* and *law in action* è evidente.

Invero, l'attitudine dell'udienza preliminare a deflazionare il dibattimento, lungo il binario ordinario, fuori dalla portata dei riti alternativi, è resa debole da prassi che sviscerano il significato innovativo del tenore dell'art. 425 c.p.p. e, in definitiva, aggirano la *ratio* del duplice intervento riformatore del 1993 e del 1999. Pesa, qui, negativamente l'accoglimento da parte della giurisprudenza – sia costituzionale¹⁶ sia di legittimità¹⁷ – del criterio prognostico delle c.d. soluzioni aperte¹⁸, troppo lasco al fine di sciogliere l'alternativa decisoria tipica dell'udienza preliminare.

Paradossalmente, la solidità del criterio in parola parrebbe trovare conferma sul terreno sistematico, perché esso sarebbe il solo idoneo a preservare la natura processuale della fase e la centralità del dibattimento. Ipotesi suggestiva, ma infondata.

Per un verso, è fuori discussione che il controllo compiuto nell'udienza preliminare resti di natura processuale. Oggetto tipico della deliberazione *ex art.* 424 c.p.p. è la fondatezza dell'imputazione, non l'accertamento – di merito – sulla sussistenza del dovere di punire¹⁹. Tuttavia, sul versante delle regole decisorie, ciò

¹⁵ L'espressione è di R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1134.

¹⁶ Per C. cost., sent. 15 marzo 1996, n. 71, la sentenza *ex art.* 425 c.p.p. dovrebbe essere emessa «nelle sole ipotesi in cui [sia] fondato prevedere che l'eventuale istruzione dibattimentale non possa fornire utili apporti per superare il quadro di insufficienza o di contraddittorietà probatoria».

¹⁷ La sentenza di non luogo a procedere s'impone quando non esista una prevedibile possibilità che il dibattimento possa pervenire ad un epilogo diverso dal proscioglimento: cfr., fra le più recenti, Cass., sez. II, 5 novembre 2015, p.o. in c. Caputo e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 265246; Cass., sez. VI, 3 giugno 2015, Arvonio e altri, *ivi*, n. 264053; Cass., sez. VI, 12 gennaio 2012, Petramala e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 252280; ma v. già, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 479 del 1999, Cass., sez., VI, 16 novembre 2001, Acampora, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1632, che richiama la ricostruzione operata dalla sent. cost. n. 71 del 1996.

¹⁸ Il decreto che dispone il giudizio sarebbe imposto in tutti i casi in cui il dibattimento fosse utile per sciogliere i dubbi che ancora si addensavano sulla fondatezza dell'imputazione all'esito dell'udienza preliminare, in situazioni, cioè, d'insufficienza e contraddittorietà della prova. Il giudice dell'udienza preliminare deve disporre il rinvio a giudizio quando reputi non superflua l'istruzione dibattimentale: il criterio decisorio è l'utilità del dibattimento, anche in presenza di elementi di prova insufficienti o contraddittori (cfr. Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, Cappello e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 254241; Cass., sez. VI, 17 luglio 2012, Rolla, *ivi*, n. 253127).

¹⁹ Cfr., in argomento, F. CORDERO, *Merito (diritto processuale)*, in *Nss.D.I.*, Torino, X, 1964, p. 578 e ss. (anche in *Id.*, *Merito nel diritto processuale*, in *D. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 665 e ss.); O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, p. 7 e ss.; più di recente, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II Diritto processuale penale*, cit., p. 7.

non implica affatto un basso *standard* probatorio per giustificare il rinvio a giudizio: la fase è chiamata a svolgere la funzione di filtro in rapporto ad imputazioni debolmente sorrette da elementi probatori insufficienti o contraddittori²⁰. Da tempo ha perso di attualità il legame originariamente ravvisato fra le sole imputazioni azzardate, ossia quelle del tutto sguarnite di fondamento probatorio, e l'epilogo proscioglitivo all'esito dell'udienza preliminare: se quel nesso fosse ancora esistito dopo la riforma del 1999, niente sarebbe davvero mutato rispetto all'impianto codicistico originario. Senza evocare scenari inquisitori, va rivalutata l'idea che «il non luogo a procedere corrisponde al vecchio proscioglimento istruttorio, motivabile anche da prove insufficienti»²¹.

È ben vero che isolatamente emergono, nel granitico indirizzo di legittimità di segno opposto, pronunce della Cassazione in cui – pur cautamente – si valorizza il criterio decisorio diagnostico, in ordine all'insufficienza o contraddittorietà della prova, a discapito di quello prognostico, basato sull'astratta utilità del dibattimento²². Tuttavia, simili approdi ermeneutici non scalfiscono l'idea che l'esito privilegiato dell'udienza preliminare debba restare, a dispetto della stessa collocazione codicistica, il decreto che dispone il giudizio, la cui emissione – sia detto per inciso – sembra anche favorita dal minor impegno richiesto al giudice sul terreno giustificativo.

Per altro verso, è ben vero che un filtro a maglie larghe assicura la massima espansione del contesto dibattimentale, in cui la ricostruzione del fatto risulta maggiormente garantita e affidabile sul piano epistemico. In breve, alla proclamata centralità del dibattimento sul piano teorico corrisponderebbe quella effettuale sul piano pratico. Tuttavia, la conclusione prova troppo. Il dibattimento è congegno ad alta affidabilità gnoseologica, ma assai dispendioso. Irragionevole pretendere che la domanda penale rifluisca pressoché integralmente nel suo bacino, perché ne risulterebbero lesi gli stessi principi sulla cui effettività si fonda la conoscenza giudiziale del fatto: l'oralità-immediatezza e la concentrazione delle udienze²³.

²⁰ Cfr., per tutti, E. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in, *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di E. AMODIO-N. GALANTINI, Milano, 2000, p. 31; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2012, p. 422 e ss.

²¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 970.

²² Cfr., ad esempio, Cass., sez. VI, 11 novembre 2015, p.c. in c. Provenzano, in *C.E.D. Cass.*, n. 265477, secondo cui la portata della sentenza di non luogo a procedere è regolata dal «principio generale desumibile dal sistema», secondo cui «deve procedersi a dibattimento solo se dallo svolgimento della relativa istruttoria la prospettazione accusatoria può trovare ragionevole sostegno per fugare la situazione di dubbio, ma non anche in caso di astratta possibilità di una decisione diversa a parità d[el] quadro probatorio».

²³ Sul tema, G. LOZZI, *La realtà del processo penale, ovvero il "modello perduto"*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1097 e ss.

3. “*Svolte securitarie*” e sfiducia legislativa verso il filtro giurisdizionale preliminare. – La debole interpretazione giurisprudenziale delle regole decisorie ex art. 425 c.p.p. non deve, peraltro, stupire, se persino il legislatore, già nel 2009, ha compiuto – dopo numerosi rimaneggiamenti alla disciplina dell’udienza preliminare e, forse, condizionato dalla sua riscontrata inettitudine nell’adempiere alla propria funzione di filtro – una scelta di politica criminale che mostra una «malcelata sfiducia» verso il filtro giurisdizionale preliminare²⁴. In effetti, l’introduzione del giudizio immediato custodiale²⁵ – la cui scelta è configurata come automatica e doverosa in capo al pubblico ministero²⁶ – marginalizza sensibilmente l’udienza preliminare, ormai riservata ai reati – meglio, agl’imputati – che non destano particolare allarme sociale²⁷.

Lo svilimento dell’udienza preliminare sacrifica gli imputati detenuti, che sono i naturali destinatari dell’esigenza di assicurare la massima effettività del diritto di difesa²⁸: l’elisione della fase avvantaggia solo il pubblico ministero.

Sulla scorta d’intenti efficientistici e repressivi, ormai largamente predominanti sulle esigenze di garanzia, il disegno legislativo si fonda – ecco un inopinato ribaltamento del criterio proiettato sul dibattimento – sulla superfluità della stessa udienza preliminare: inutile instaurarla ove il quadro probatorio, cristallizzato nella sede cautelare, sia talmente definito da far ritenere che il contraddittorio tra le parti non possa condurre alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere²⁹. Palese, qui, la confusione fra il piano cautelare e quello del controllo sulla fondatezza dell’imputazione. Il contraddittorio argomentativo sulla fondatezza dell’imputazione – svolto sulla base dell’intero patrimonio conoscitivo raccolto

²⁴ Così, E. VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, a cura di O. Mazza-F. Viganò, Torino, 2008, p. 283.

²⁵ Secondo la formula impiegata da R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi -M. Bargis, Padova, 2014, p. 729.

²⁶ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1070-1071; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 729. Lo scenario non è del tutto inedito: già nel 2006, il legislatore aveva, in chiave diametralmente opposta, prescritto che il pubblico ministero avrebbe dovuto formulare richiesta di archiviazione quando, non essendo stati acquisiti ulteriori elementi a carico dell’indagato, la Corte di cassazione avesse escluso la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (art. 405, comma 1-*bis*). Ma C. cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121, ha fulminato la previsione.

²⁷ Così, E. VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, cit., p. 284.

²⁸ Cfr., in chiave estremamente critica, R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 730 e ss., il quale sottolinea pure l’irragionevole disparità di trattamento che la disciplina genera, tanto più nei casi in cui il giudizio immediato custodiale risulti, ormai giunti a dibattimento e, dunque, *a posteriori*, male istaurato: in simili eventualità, la perdita dell’udienza preliminare resta irreparabile; da qui i dubbi di legittimità costituzionale della disciplina in parola per violazione degli art. 3 e 24, comma 2, Cost.

²⁹ Cfr., in tal senso, Cass., sez. II, 1° luglio 2009, Moramarco, in *C.E.D. Cass.*, n. 244804 (in motivazione).

nelle indagini preliminari, integrato in udienza preliminare – è surrogato dal vaglio cautelare, a cognizione sommaria perché incompleta³⁰.

Non solo. L'emissione della sentenza di non luogo a procedere certo non neutralizza il potere di domanda cautelare: l'organo dell'accusa è sempre legittimato a chiedere (e ottenere) la revoca della sentenza *ex art.* 425 c.p.p., con un'ordinanza che rimuove pure l'efficacia preclusiva verso l'applicazione di misure cautelari per lo stesso fatto³¹. Tuttavia, la sentenza di non luogo a procedere causa *ex lege* la perdita di efficacia della misura cautelare: sicché, il giudizio immediato custodiale scongiura anche un simile rischio, "scaricando" sul giudice del dibattimento il compito di verificare se sussistano i presupposti di validità per la privazione della libertà personale.

Più in generale, la manovra legislativa innesca un effetto pregiudizievole per l'efficienza del sistema. Il decreto che dispone il giudizio immediato custodiale spinge l'imputato verso le più tranquillizzanti, perché premiali, sponde del giudizio abbreviato: più linearmente, però, il rito alternativo avrebbe potuto innestarsi nella fase dell'udienza preliminare. Del resto, il salto dell'udienza preliminare non è nemmeno compensato dall'inevitabile maggior dispiego di tempo e di risorse imposto dalla celebrazione del giudizio dibattimentale.

4. *Futuribili*. – È, dunque, profonda la crisi in cui versa l'udienza preliminare: stride il contrasto fra lo svolgimento – appesantito da una disciplina, per certi versi, barocca – e la mancanza di effettività della sua funzione davvero tipica, sostanzialmente aggirata dalla prassi. L'inettitudine dell'udienza preliminare ad evitare l'instaurazione di dibattimenti superflui mostra il punto debole dell'architettura codicistica. L'intenzione, tradita, del legislatore era di affiancare alla centralità del dibattimento un'udienza preliminare davvero nevralgica per l'efficienza della complessa macchina processuale, pur con tutte le difficoltà insite nella scelta di «costruire un sistema» che esalta il dibattimento ma che, al contempo, «cerca di favorire forme procedimentali volte a evitare proprio tale fase»³².

Dopo il sostanziale fallimento delle riforme del 1999 e accantonati gli ambiziosi progetti di rivisitare complessivamente il sistema elaborati in sede ministeriale nella seconda metà degli anni 2000³³, nuovi interventi novellistici mirano a

³⁰ Tale è il controllo operato, in un primo momento, dal giudice che ha disposto la misura e, in un secondo, eventuale (poiché l'impulso all'attivazione del procedimento *de libertate*, rimesso alla difesa, dipende da valutazioni tattiche e strategiche) momento, dal tribunale del riesame. Sui caratteri della cognizione cautelare, per tutti, F. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova, 2004, p. 44 e ss.

³¹ Cfr. Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, Romeo, in *Cass. pen.*, 2001, p. 48 e ss.

³² M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 31.

³³ Si allude ai ben noti progetti di riforma del codice di procedura penale, elaborati, prima, dalla c.d. Commissione Dalia (istituita con D.I. 29 luglio 2004), e poi dalla c.d. Commissione Riccio

risollevarle le sorti dell'istituto: la corposa e articolata manovra oggetto del testo unificato in discussione al Senato³⁴, per un verso, abolirebbe il potere del giudice di disporre il supplemento investigativo *ex art. 421-bis c.p.p.* e, per l'altro, rimodulerebbe i poteri istruttori *ex art. 422 c.p.p.*

Ora, «un istituto o un semplice atto funziona bene quando i mezzi sono, nei limiti del possibile, idonei a raggiungere il fine», per cui «la struttura è subordinata alla funzione e non viceversa»³⁵: dunque, l'«adeguatezza» deve costituire il principio ispiratore d'ogni riforma³⁶. Resta, così, da verificare se il progetto oggi sul tavolo – apparentemente in procinto di approvazione – risponda alle proclamate esigenze di rivitalizzare gli asfittici spazi in cui è confinata la funzione deflativa dell'udienza preliminare.

Alla base del disegno sta il duplice intento di snellire l'udienza preliminare e, al contempo, di valorizzare il diritto delle parti alla prova³⁷. Per una singolare (e positiva) convergenza, qui la tensione efficientistica – *leitmotiv* della stagione di riforme in atto – collima con le esigenze di garanzia e con una più robusta tutela della «neutralità metodologica» del giudice³⁸.

Spogliare l'organo giurisdizionale delle prerogative *lato sensu* investigative ne rafforza la terzietà, perché scongiura condotte oblique del giudice, volte alla ricerca di conferme ad un'autonoma ipotesi ricostruttiva del fatto³⁹, e, conseguentemente, contribuisce ad accrescerne l'autorevolezza, perché ne depurerebbe il ruolo da connotazioni di supplenza a fronte delle inerzie del pubblico ministero. D'altra parte, la soluzione non contrasterebbe con le implicazioni dell'obbligatorietà dell'azione penale: l'ipotizzata reintroduzione dell'appello av-

(istituita con D.I. del 27 luglio 2006), il cui articolato (accompagnato dalle relative Relazioni) è consultabile sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_2_7_6_1&contentId=SPS95146).

³⁴ Vi confluiscano i d.d.l. n. 2067, 2032, 176, 209, 286, 299, 381, 382, 384, 385, 386, 387, 389, 468, 581, 597, 609, 614, 700, 1008, 1456, 1587, 1681, 1682, 1683, 1684, 1905, 1921, 2295, 1844, 709, 708, 1113, 1693, 1713, 1824, 2103.

³⁵ Così, F. CARNELUTTI, *Principi direttivi della riforma del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 189.

³⁶ Così, G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, II, Milano, 1968, p. 8 e ss.

³⁷ Cfr., in tal senso, A. MARANDOLA, *Introduzione. Il nuovo obiettivo della giustizia penale: la decongestione endoprocessuale*, in *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. Marandola-K. La Regina-R. Aprati, Napoli, 2015, p. XXVIII.

³⁸ L'espressione è di G. UBERTIS, *I poteri del pretore ex art. 506 e 507 c.p.p. e il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 365. Da ultimo, ID., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, p. 130.

³⁹ Cfr., sia pure a proposito della portata dell'art. 507 c.p.p., P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale* (1994), in ID., *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 19.

verso la sentenza di non luogo a procedere, in forza di un'interpolazione all'art. 428 c.p.p., e la sua revocabilità *ex art.* 434 c.p.p. escludono la disponibilità del processo.

La (pressoché) completa palinodia della disciplina probatoria dell'udienza preliminare rispetto alle scelte compiute dal legislatore nel 1988 trova, poi, conferma nell'esplicito riconoscimento del diritto delle parti alla prova anche in tale contesto, sia pur con funzione deflattiva. Secondo l'interpolato testo dell'art. 422, comma 1, c.p.p., l'acquisizione delle prove decisive per l'emissione della sentenza potrebbe essere disposta non più anche *ex officio*, ma solo a seguito di un'apposita istanza della difesa⁴⁰.

Per vero, la novella presenta qui toni chiaroscurali. Da un lato, supera quell'innaturale funzione tutoria del giudice dell'udienza preliminare nei confronti della difesa⁴¹, ignota nella disciplina anteriore alla l. n. 479 del 1999, paternalistica⁴² e, perfino, dissonante con la condizione di forte responsabilizzazione assegnata al difensore dalla l. n. 379 del 2000⁴³. Dall'altro, rischia – è paradossale – d'indebolire la funzione di filtro dell'udienza preliminare. Che il giudice abbia un autentico dovere di acquisire le prove decisive per la sentenza *ex art.* 425 c.p.p.⁴⁴ è coerente con l'esigenza di tutelare la presunzione d'innocenza⁴⁵ e di salvaguardare l'economia processuale: l'acquisizione di una prova idonea a condurre al proscioglimento dell'imputato già in udienza preliminare mira a evitare dibattimenti inutilmente instaurati⁴⁶. La condizione, implicita ma necessaria, per tutelare la neutralità metodologica del giudice è, piuttosto, che l'esigenza di acquisire tale prova emerga dagli atti legittimamente acquisiti, non già che l'impulso all'acquisizione derivi da una richiesta di parte.

Sin qui le ipotesi di riforma: lo scopo di attuare un effettivo contraddittorio e di rafforzare i poteri di controllo del giudice dell'udienza preliminare sull'operato del pubblico ministero esigerebbe, però, scelte normative davvero coraggiose.

⁴⁰ Secondo uno schema già suggerito da H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, p. 254 e ss.

⁴¹ Cfr., in tal senso, L. FILIPPI, *Le indagini difensive: tempi e spendibilità*, in *St. Iuris*, 2002, p. 184; A. MARANDOLA, *per il processo penale: l'avviso della chiusura delle indagini preliminari ed i «nuovi» poteri probatori del giudice dell'udienza preliminare*, *ivi*, 2001, p. 1138.

⁴² Cfr. N. GALANTINI, *Il ruolo della difesa*, in *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Milano, 2000, p. 155.

⁴³ Cfr. F. COPPI, *Recuperare un giusto rapporto tra diritto sostanziale e processo*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 473.

⁴⁴ V. già, volendo, F. CASSIBBA, *Continuità investigativa e acquisizione degli atti dell'indagine suppletiva: una lettura restrittiva della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1643.

⁴⁵ Cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, p. 289.

⁴⁶ Così, R.E. KOSTORIS, *Udienza preliminare e giudizio abbreviato, snodi problematici della riforma*, in *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, a cura di S. Nosengo, Milano, 2000, p. 42.

Dal primo punto di vista, una tutela effettiva del diritto dell'accusato di conoscere la natura e i motivi dell'accusa prima della decisione *ex art.* 111, comma 3, Cost. e 6, comma 3, lett. *a*, Conv. eur. dir. uomo implicherebbe di contemperare l'esercizio del potere *iura novit curia*⁴⁷ con il diritto delle parti di interloquire sulla qualifica giuridica del fatto prima che il giudice prenda la deliberazione *ex art.* 424 c.p.p. Sono varie le soluzioni in campo, tutte costituzionalmente compatibili⁴⁸, dalla regressione alle indagini preliminari⁴⁹ al contraddittorio endofasico⁵⁰. È certo, però, che «[n]on indicherebbe una diversa modulazione» del contraddittorio «ma piuttosto una inappagante linea di chiusura ... prevedere un meccanismo *ad hoc*», teso ad assicurare il contraddittorio sulla qualificazione del fatto «per il giudizio, mantenendo invece lo *status quo ante* per l'udienza preliminare»⁵¹.

Dal secondo punto di vista, con riguardo alle regole di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere, occorrerebbe amputare l'art. 425, comma 3, c.p.p. dell'ambiguo riferimento al criterio dell'inidoneità degli elementi probatori a sostenere l'accusa in giudizio. La soppressione del criterio prognostico paleserebbe che l'alternativa decisoria tipica della fase riposa su diagnosi probatorie (sino ad ora) tipiche della fase del giudizio (art. 530, commi 1 e 2, c.p.p.), ancorché desunte da materiali cognitivi per larga parte fisiologicamente sfuggiti al metodo del contraddittorio «forte»⁵². A tal punto, sarebbe maggiormente arduo occultare dietro il decreto che dispone il giudizio un deresponsabilizzante disimpegno decisivo da parte del giudice dell'udienza preliminare: il sistema non tollererebbe più che sul dibattimento venga scaricato il prodotto semilavorato di decisioni prognostiche.

Che tale opzione presenti rischi – il maggior peso “pregiudicante” del rinvio a giudizio – è fuori discussione. Il condizionamento, però, si svolge tutto nell'interno psichico del giudice dibattimentale: fuori dalla sfera della violazione dei divieti probatori e dei criteri legali di valutazione delle prove, ove la motivazione viziata trova rimedio nei giudizi d'impugnazione, quanto il convincimento possa essere

⁴⁷ Pacificamente operante in udienza preliminare, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 521, comma 1, c.p.p. in tale contesto: cfr., per tutte, C. cost., sent. 17 marzo 2010, n. 103, e C. cost., sent. 15 luglio 1991, n. 347; Cass., sez. un., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Cass. pen.*, 1997, p. 360 ss.; nonché, fra le altre, Cass., sez. VI, 29 gennaio 2013, Tarantino, in *C.E.D. Cass.*, n. 254705; Cass., sez. VI, 17 aprile 2012, C. e altri, *ivi*, n. 253695.

⁴⁸ Da ultimo, sul tema, volendo, F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., p. 289 e ss.

⁴⁹ Cfr. O. MAZZA, “Roma e Strasburgo: questioni analoghe, sensibilità diverse”, in *Giust. pen.*, 2008, II, c. 461.

⁵⁰ Cfr. A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio della riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Napoli, 2010, pp. 73-74.

⁵¹ T. RAFARACI, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1169.

⁵² Impiega questa terminologia, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, p. 166.

influenzato dalla conoscenza di atti processuali⁵³ resta questione insondabile e non censurabile.

A tal punto, una soluzione radicale consisterebbe nel sopprimere il filtro dell'udienza preliminare, mantenendone la sola funzione di contesto spaziale e temporale volto allo svolgimento dei riti alternativi. La *vocatio in iudicium* sarebbe, in via ordinaria, disposta dal pubblico ministero, come già ora accade per il decreto di citazione diretta a giudizio *ex art. 552 c.p.p.*: «disegno lineare, corrispondente al modello accusatorio puro»⁵⁴. Dal canto suo, l'imputato avrebbe l'onere di optare per un rito alternativo entro un termine perentorio anteriore a quello previsto per gli incombenti *ex art. 468 c.p.p.*, onde assicurare anche l'efficiente distribuzione dei carichi di lavoro nella fase dibattimentale; richiesto il rito alternativo, sulla falsariga del meccanismo già previsto dall'art. 458 c.p.p. a seguito del decreto che dispone il giudizio immediato, il processo rifluirebbe, così, dinanzi al giudice per le indagini preliminari per la definizione anticipata. Una simile innovazione annichilirebbe – va detto – la funzione di garanzia assegnata al controllo sulla fondatezza dell'imputazione. Un adeguato correttivo consisterebbe, a tal punto, nel prevedere che il controllo preliminare sulla fondatezza dell'imputazione si espliciti solo a richiesta dell'imputato⁵⁵, con un congegno dall'effetto speculare a quello ora prodotto dalla rinuncia dell'udienza preliminare *ex art. 419, comma 5, c.p.p.*

Un dato è certo. Riecheggiando il titolo di un noto romanzo, nel bilancio fra risorse impiegate e benefici in chiave deflattiva, l'udienza preliminare – per com'è oggi costruita – presenta ormai una “leggerezza insostenibile” per il sistema. Si tocca il cuore della questione. L'«udienza preliminare riesce utile in quanto filtra le domande»⁵⁶: paradossale mantenerla quando la sua funzione tipica è quella maggiormente negletta.

⁵³ Davvero emblematiche le interferenze fra giudizio cautelare e giudizio di merito nel corso del dibattimento.

⁵⁴ Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 952.

⁵⁵ La soluzione era già stata autorevolmente prospettata da O. DOMINIONI, *Giudici e parti nell'udienza preliminare*, in *L'udienza preliminare*, Milano, 1992, pp. 83-84; in senso contrario, all'epoca, G. PISAPIA, *Riflessioni sull'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 482.

⁵⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 970.

THEODORA CHRISTOU

IL PROGRESSIVO ABBANDONO DEI " *COMMITTAL PROCEEDINGS* "
NELLA PROCEDURA PENALE INGLESE^(*)

1. *Profili introduttivi.* – Nel processo penale inglese la fase di transizione dalle indagini preliminari al giudizio è stata a lungo caratterizzata dalla presenza dell'istituto, invero poliedrico, dei *committal proceedings*. Nello specifico, l'ordinamento d'oltremarica ha conosciuto storicamente diverse tipologie di *committal proceedings* destinate ad adempiere tre differenti funzioni: (1) stabilire le modalità di svolgimento del successivo giudizio; (2) operare un vaglio preliminare circa la fondatezza dell'accusa; (3) determinare la specie e la misura della pena in caso di condanna (*committal for sentencing*). Solo quest'ultima specie di *committal proceeding* rimane ancora oggi in vigore.

Sul piano generale occorre premettere che, nell'ordinamento inglese, il giudice ha il potere di chiudere anticipatamente il processo per inidoneità delle prove a carico in corrispondenza di diversi stadi di sviluppo del rito penale¹. Tale esito può anzitutto verificarsi dopo il momento in cui l'imputato è chiamato a prendere posizione sulle accuse rivoltegli, subito prima dell'apertura del dibattimento dinanzi alla *Crown Court*. È questo forse il passaggio processuale più simile alla fase di controllo preliminare sulla fondatezza dell'accusa così come tradizionalmente intesa nei paesi di *civil law*²; tuttavia va precisato che l'attività appena considerata non è qualificabile alla stregua di una vera e propria udienza avente lo scopo di provocare o meno il rinvio a giudizio, trattandosi piuttosto di semplici richieste presentate dalla difesa sulle quali decide la stessa Corte competente per il merito.

Conviene inoltre chiarire che, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di *civil law*, nel sistema inglese l'autorità giurisdizionale non riveste in generale alcun ruolo durante la fase delle indagini preliminari. Ciò è vero anche con riguardo al momento della decisione circa l'opportunità di disporre il rinvio a giudizio dell'imputato. Questa funzione è difatti svolta in autonomia dal *Crown Prosecution Service (CPS)*, il quale valuta se procedere giudizialmente ovvero optare per la definizione stragiudiziale del caso (*out of court disposal*).

(*) Traduzione dall'inglese a cura di Fabio Nicolicchia.

¹ Uno di essi, che non assume specifico rilievo ai presenti fini, si situa a seguito dell'assunzione delle prove presentate dall'accusa, momento in cui la Corte – d'ufficio ovvero su apposita istanza della difesa – può assolvere l'imputato per l'insufficienza delle prove raccolte a suo carico. Il test che la Corte deve effettuare per valutare se procedere all'assoluzione è descritto in *R v Galbraith* [1981] 2 All ER 1060.

² Si allude, in particolare, all'udienza preliminare (Italia), allo *Zwischenverfahren* (Germania), alla *Clôture de l'instruction (renvoi, mise en accusation, non-lieu)* (Francia), nonché al *Sobreseimiento/apertura juicio oral* (Spagna).

Il presente lavoro tratta pertanto della nascita e dell'evoluzione dei *committal proceedings* nell'ambito di *common law*, con particolare riguardo a quelli diretti ad individuare il giudice e dunque la tipologia di rito più adatti all'accertamento penale nel caso di specie. Ci si soffermerà anche sulle richieste volte a far cadere le accuse, benché l'istituto non sollevi discussioni di sorta.

2. *Le diverse modalità di svolgimento del giudizio.* – Si è detto di come una prima procedura di *committal* sia quella relativa alla decisione circa le modalità di celebrazione del giudizio. A tale riguardo occorre preliminarmente tracciare una fondamentale distinzione tra le autorità competenti in materia penale all'interno dell'ordinamento inglese. Rilevano in particolare le differenti attribuzioni della *Magistrates' Court* e della *Crown Court*. La *Magistrates' Court* è un organo collegiale composto da due o tre giudici togati, ovvero da un singolo giudice distrettuale³. Le *Crown Courts* sono invece presiedute da un singolo giudice, il cui ruolo è di verificare che le regole procedurali siano rispettate, ivi incluse quelle in materia di prova, e di fornire alla giuria le istruzioni necessarie all'applicazione della legge⁴. È dunque la giuria che decide circa la colpevolezza dell'accusato, ed il giudice si limita a determinare successivamente l'entità della pena eventualmente da infliggere. I giudici della *Crown Court* sono altresì competenti per gli appelli avverso le condanne pronunciate dalle *Magistrates' Courts* e svolgono la funzione giudicante nelle procedure di *committal for sentencing*.

La *Magistrates' Court* si occupa invece dei delitti di minore gravità, in relazione ai quali non è prevista la partecipazione della giuria. A tale riguardo può essere identificata una linea di tendenza volta alla graduale estensione dei poteri delle *Magistrates' Courts* relativamente alla determinazione delle modalità di celebrazione del giudizio, così come risulta in espansione il catalogo dei reati passibili di essere portati innanzi a tale autorità.

In estrema sintesi: i reati più gravi (c.d. *serious offences*) vengono anche definiti *indictable* e sono giudicati dalla *Crown Court*. I reati meno gravi vengono invece denominati *summary only offences* e la competenza in relazione ai medesimi appartiene alla *Magistrates' Court*⁵. Esistono infine diverse fattispecie (c.d. *either*

³ In precedenza identificato con la dizione di "*stipendiary magistrate*". Il giudice distrettuale ha un'esperienza professionale di almeno cinque anni.

⁴ La R.25.14 delle *Criminal Procedure Rules* richiede altresì che il giudice (i) fornisca alla giuria le istruzioni relative alla legge in maniera tale da coadiuvare i giurati nella valutazione della prova (ii) riassume alla giuria, per quanto necessario, le prove rilevanti ai fini della decisione. Le *Criminal Procedure Rules* (CPR) sono adottate da un apposito organo detto *Criminal Procedure Rules Committee*. La versione attualmente in vigore delle *Rules* è la CPR 2015 SI 2015/1490.

⁵ Questa distinzione è tracciata nel *Criminal Law Act 1977* (così come sostituito dal *Magistrates' Courts Act* del 1980, che non ha modificato la classificazione del 1977). Tutti i reati c.d. *on indictment* sono giudicati dalla *Crown Court*, in base al *Senior Courts Act* del 1981 s. 46. Tutti i

way offences) che possono essere trattate secondo entrambe le procedure (ossia tramite il procedimento cosiddetto sommario, interamente celebrato presso la *Magistrates' Court*, ovvero mediante il successivo rinvio del caso alla *Crown Court*).

In passato, rispetto ad un reato appartenente a quest'ultima tipologia, presso la *Magistrates' Court* si teneva un'udienza funzionale a stabilire davanti a quale autorità si sarebbe svolto il successivo giudizio⁶. La *Magistrates' Court* decideva in base alla natura del reato, alla sua gravità e valutando se la pena astrattamente comminabile dall'una o dall'altra Corte sarebbe stata congrua. Più nel dettaglio, se la *Magistrates' Court* riteneva di non possedere sufficienti poteri per giudicare adeguatamente la causa, la trasmetteva alla *Crown Court*.

Dal punto di vista dell'imputato la principale differenza tra il cosiddetto *summary trial* innanzi alla *Magistrates' Court* ed il dibattimento di fronte alla *Crown Court* risiede nella presenza della giuria, prevista esclusivamente nella seconda delle due procedure. In ciò si individua la ragione essenziale per cui molti imputati prediligono quest'ultima modalità, se viene lasciata loro la scelta al riguardo, in quanto confidano di avere maggiori possibilità di ottenere un'assoluzione da parte della giuria piuttosto che ad opera del giudice togato.

3. *Un primo ridimensionamento delle procedure di committal*. – La funzione svolta dalla procedura di *committal* con riguardo alla determinazione delle forme del giudizio è stata oggetto di specifico esame da parte della *Royal Commission on Criminal Justice*, istituita nel 1993 «per esaminare il grado di effettività del sistema di giustizia penale in Inghilterra e Galles nell'assicurare la condanna dei colpevoli e l'assoluzione degli innocenti»⁷.

La *Royal Commission* evidenziò come uno sproorzionato numero di casi venisse rinviato alla *Crown Court* (ad opera delle *Magistrates' Court* ovvero su richiesta dell'imputato) nonostante la previa celebrazione dell'udienza di *committal*. Si raccomandò pertanto che, quando accusa e difesa fossero concordi sul punto, non si prevedesse la necessità di passare attraverso un'apposita udienza per la decisione in ordine alle modalità del giudizio. Solo in caso contrario sarebbe dovuta intervenire una pronuncia del giudice al riguardo⁸. La *Royal Commission* considerò anche l'opzione di ridurre il numero dei casi passibili di essere e-

reati c.d. *summary* sono di competenza della *Magistrates' Court*. I reati passibili di essere giudicati secondo entrambe le procedure sono elencati alla s. 17, Sch 1 *Magistrates' Courts Act* 1980 (MCA).

⁶ s. 19 MCA.

⁷ La Commissione è nota anche con la denominazione di *Runciman Commission*, dal nome del suo primo Presidente. Si veda al riguardo *The Royal Commission on Criminal Justice*, Cm. 2263, 6 July 1993.

⁸ *Royal Commission on Criminal Justice Report*, cit., p. 87.

saminati dalla *Crown Court*, riqualficando taluni reati come *summary only offences*, senza lasciarsi frenare dalle obiezioni legate alla conseguente limitazione del diritto dell'imputato al dibattimento davanti alla giuria⁹. La *Royal Commission*, infatti, reputava le *Magistrates' Courts* affidabili quanto le *Crown Courts* e, nella sua ottica, la scelta dell'accusato riguardo al rito da seguire non si sarebbe dovuta basare sulla maggiore probabilità di assoluzione. Venne così proposta una serie di criteri di cui il *CPS* o la Corte avrebbe dovuto tener conto, a seconda di chi fosse chiamato a decidere in ordine alle modalità del giudizio; tra essi vanno menzionati, segnatamente, la gravità del reato, i precedenti penali dell'imputato, la complessità del caso e gli effetti di una eventuale condanna sulla persona destinata a subirla (in particolare il potenziale pregiudizio alla reputazione, tale da rendere preferibile il processo con giuria)¹⁰.

Più in generale occorre evidenziare che l'abolizione o comunque il ridimensionamento del diritto dell'imputato ad un dibattimento di fronte alla giuria rappresenta l'opzione prediletta dalle molteplici commissioni e istruttorie governative succedutesi nel corso del tempo, ma è anche una delle soluzioni in assoluto più controverse¹¹. L'elemento 'giuria' è infatti aspetto storicamente centrale dell'ordinamento di *common law*, per il suo fungere da scudo contro accuse penali infondate. Basti pensare a come in Inghilterra, già alla fine del tredicesimo secolo, fosse generalmente riconosciuto agli imputati il diritto ad essere giudicati dalla loro comunità di appartenenza, impersonata dalla giuria popolare¹².

4. *L'abolizione dei committal proceedings per la verifica preliminare sulla fondatezza dell'accusa.* – La decisione circa le modalità del giudizio non esauriva però la funzione dell'istituto dei *committal proceedings*. Come anticipato, sua ulteriore finalità era infatti quella di esercitare un sindacato preliminare circa la fondatezza dell'accusa al fine di valutare l'opportunità di procedere al giudizio nei confronti dell'imputato.

⁹ Un'opzione che fa nuovamente la propria comparsa in *Home Office Consultation Paper, Determining Mode of Trial in Either-Way Cases* (HMSO, 1998).

¹⁰ *Royal Commission on Criminal Justice Report* (n. 7) p. 88.

¹¹ Auld, LJ raccomandò l'abbandono del processo con giuria per i reati meno gravi, così come l'abolizione del diritto dell'imputato di scegliere le modalità del giudizio in relazione a reati passibili di essere giudicati secondo entrambe le modalità in considerazione. Le sue proposte trovarono una forte opposizione da vari fronti. Si veda THE RIGHT HONOURABLE LORD JUSTICE AULD, *A Review of the Criminal Courts of England and Wales*, (2001).

¹² Come afferma Ploscowe, la giuria rappresentava una fonte di legittimazione ed autorità delle *Royal Courts*, che usavano i giurati per determinare i fatti. "La giuria era dunque uno strumento del potere regale, e si diffuse tanto rapidamente ed ampiamente quanto le corti". M. PLOSCOWE, *The Development of Present Day Criminal Procedures on Europe and America*, (1935) 48 *Harvard Law Review*, p. 455, citato in J. HOSTETTLER, *A History of Criminal Justice in England and Wales*, 2009.

Simile funzione caratterizzava la procedura di *committal* già a far data dal XVIII secolo, epoca in cui la maggioranza dei procedimenti penali veniva celebrata innanzi ai giurati. Tutti i casi di *indictment* venivano allora preliminarmente esaminati da una *Grand Jury*, il quale aveva appunto il compito di operare una valutazione sommaria sulla consistenza dell'accusa volta a stabilire l'opportunità di procedere al dibattimento. Simile procedura si diffuse già dal XIII secolo e fu gradualmente sostituita a partire dal 1848 dai *committal proceedings* innanzi ai *Magistrates*¹³, con un processo completato nel 1933¹⁴ che portò alla abolizione definitiva della *Grand Jury* nel 1948. Come evidenzia Hostettler, la *Grand Jury* avrebbe dovuto rappresentare «uno scudo avverso accuse infondate ed oppressive, che dava ai cittadini l'opportunità di partecipare all'amministrazione della giustizia. In verità fallì su entrambi i versanti. Diversamente rispetto al processo davanti ai giurati, il *Grand Jury* poteva avere una composizione che si estendeva fino a 23 membri. Si riuniva in segreto, assumeva le proprie determinazioni esclusivamente sulla scorta degli elementi presentati dall'accusa ed in assenza dell'accusato»¹⁵.

Il *Magistrates' Courts Act* del 1980 introdusse poi l'istituto designato come *paper committal*, in base al quale la Corte si trovava a decidere a seguito di un contraddittorio meramente cartolare. La convocazione di un'apposita udienza con l'assunzione di prove orali (*full committal hearing*) era subordinata alla specifica richiesta della difesa, e, qualora l'accusa risultasse sorretta da sufficienti elementi di colpevolezza, il processo sarebbe approdato alla fase successiva¹⁶. Anche tale assetto venne però ben presto messo in discussione, essendosi ritenuto, da un lato, che i *paper committals* servissero a poco, e, dall'altro, che i *full committals* comportassero un'indebita pressione sui testimoni, chiamati a deporre per due volte nel corso del processo¹⁷. In seno ai diversi organi incaricati di partecipare alla elaborazione di proposte riformatrici maturò dunque la posizione abolizionista, poiché, sebbene la predisposizione dei *committal proceedings* avesse l'obiettivo meritorio di evitare che accuse inconsistenti pervenissero alla fase cen-

¹³ Così l'*Indictable Offences Act* 1848 ed il *Justices Protection Act* 1848.

¹⁴ Si veda *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act* 1933, che continuò a prevedere il coinvolgimento della *Grand Jury* in relazione a specifiche tipologie di reato.

¹⁵ J. HOSTETTLER, *History*, cit., p. 142. Si veda altresì G. R. Y. RADCLIFFE-G. CROSS, *The English Legal System* (Butterworths, 1964).

¹⁶ È importante specificare come il proscioglimento così pronunciato non fosse considerato equivalente ad una piena assoluzione, essendo nel primo caso possibile l'inizio di un nuovo procedimento penale a carico dell'individuo prosciolto. Si veda a tale riguardo s. 6(1) *R v Epping & Harlow Jjs, ex parte Massaro*, 1973, 57 Cr App Rep 49.

¹⁷ *Royal Commission on Criminal Justice Report*, cit., p. 90.

trale del dibattimento davanti alla *Crown Court*, per opinione comune simile risultato non era in pratica raggiunto¹⁸.

A seguito dell'abolizione dei *committal hearings* la *Royal Commission* propose infine di riconoscere alla difesa la facoltà di presentare una istanza di proscioglimento per *no case to answer* pur senza l'assunzione di prove orali. Simile iniziativa si sarebbe collocata dopo la decisione relativa alle modalità di svolgimento del giudizio, in quanto la chiusura anticipata del processo avrebbe un senso soltanto nell'eventualità di un rinvio del caso alla *Crown Court*, dato che altrimenti quella da celebrarsi davanti alla *Magistrates' Court* diverrebbe essa stessa una fase pienamente decisoria.

5. *La procedura di 'attribuzione' della causa.* – I *committal proceedings* sono stati dunque soppressi dal *Criminal Justice Act* del 2003. Come anticipato in apertura, l'unica forma vigente è quella del rinvio alla *Crown Court* per la determinazione della pena a seguito di condanna (*committal for sentencing*).

L'udienza di *committal* dedicata al vaglio sul *fumus* di fondatezza dell'accusa e alla conseguente pronuncia sull'accesso alla *Crown Court* è stata sostituita da una procedura semplificata di 'assegnazione' della causa (cosiddetto '*allocation*' process)¹⁹. I casi suscettibili d'essere definiti sia tramite il *summary trial* innanzi alla *Magistrates' Court*, sia attraverso il dibattimento di fronte alla *Crown Court*, sono esaminati in via preliminare dalla *Magistrates' Court*, alla quale compete per l'appunto in questa sede il sindacato diretto sull'attribuzione del processo.

Gli estremi dell'azione penale vanno resi noti al giudice ed alla difesa appena possibile e comunque non oltre l'inizio della prima udienza²⁰. Essi devono contenere sufficienti informazioni, tali da consentire sia alla difesa, sia alla Corte di avere una visione consapevole dei motivi dell'accusa, delle modalità di svolgimento del rito e della possibile pronuncia finale. In particolare sono necessari, in alternativa tra loro, l'esposizione sintetica delle prove su cui si baserà la trattazione del caso, l'allegazione di deposizioni e documenti che attengano ai fatti e alle altre questioni oggetto del processo, oppure una combinazione di questi elementi²¹.

Su questa base la Corte è quindi chiamata a decidere se, per il caso di specie, sia più adatto il giudizio mediante *summary trial* oppure il *trial on indictment*. Il

¹⁸ Si veda anche P. JONES-R. TARLING-J. VENNARD, *The Effectiveness of Committal Proceedings as a Filter in the Criminal Justice System*, in D. MOXON (Ed.), *Managing Criminal Justice* (HMSO, 1985).

¹⁹ Prima del 2013 si sarebbe celebrata un'udienza di *committal* per poi rinviare il caso innanzi alla *Crown Court*. Oggi i procedimenti per i reati più gravi vengono direttamente celebrati innanzi a tale organo.

²⁰ R.8.2 CPR 2015.

²¹ R.8.3 CPR 2015.

procedimento di attribuzione compie ovviamente il proprio corso soltanto qualora, preliminarmente alla discussione in udienza, l'imputato si dichiari non-colpevole o nulla affermi riguardo ai reati di natura 'mista' suscettibili di essere accertati tramite entrambe le alternative processuali considerate, mentre ove l'accusato riconosca la propria responsabilità si passa immediatamente alla condanna e alla determinazione della pena²². La scelta dell'imputato per il processo davanti al magistrato o alla giuria resta libera, ma se la sua preferenza va al *summary trial*, il rappresentante dell'accusa può opporsi. Prima della decisione la Corte viene informata dal *prosecutor* circa le eventuali precedenti condanne dell'imputato ed è previsto che siano ascoltate le ragioni di entrambi i contendenti in ordine al tipo di giudizio da introdurre²³. A tal fine, oltre agli argomenti delle parti, la Corte valuta altresì se i poteri sanzionatori propri della *Magistrates' Court* sono adeguati.

I criteri per l'assegnazione del processo sono stati recentemente riformulati secondo le raccomandazioni provenienti dall'apposita indagine affidata al presidente della *Queen's Bench Division*²⁴, la quale ha rilevato come restasse ancora troppo alto il numero di casi devoluti alla *Crown Court* e ha perciò suggerito una revisione di tali criteri. L'ultima versione delle linee guida²⁵ prevede che le fattispecie di reato appartenenti alla categoria intermedia siano definite con procedimento *summary*, a meno che non ricorra uno dei due seguenti presupposti: (a) quando sia chiaramente pronosticabile come esito processuale l'applicazione di una pena che superi i limiti consentiti alla *Magistrates' Court*, tenuto conto delle diminuenti correlate alla persona dell'imputato e della possibile riduzione conseguente alla sua eventuale ammissione di responsabilità; (b) per ragioni di particolare complessità di carattere giuridico, processuale o fattuale, che richiedano che il caso debba essere giudicato dalla *Crown Court*. Simili parametri orientano perciò in senso restrittivo il vaglio giudiziale sull'opportunità di addivenire alla celebrazione del dibattimento davanti alla giuria.

Va tuttavia messo in evidenza che, se il giudice considerasse più appropriato il rito sommario, andrebbe comunque chiesto e ottenuto il consenso dell'imputato al riguardo, giacché tale opzione implica la rinuncia al diritto di accedere al dibattimento con giuria tipico del processo dinanzi alla *Crown Court*²⁶. Al contrario, se

²² Nel caso in cui l'imputato si dichiari colpevole il giudice passa direttamente alla fase di quantificazione della pena.

²³ MCA s. 19.

²⁴ *Review of Efficiency in Criminal Proceedings by The Rt Hon Sir Brian Leveson, President of the Queen's Bench Division*, January 2015.

²⁵ Così le *Allocation Guideline - Sentencing Council*, entrate in vigore mentre questo lavoro era in bozze, adottate in conformità alla s. 122(2) del *Coroners and Justice Act 2009*. Disponibile on-line all'indirizzo: https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Allocation_Guideline_2015.pdf.

²⁶ Il diritto a richiedere la celebrazione del processo con la giuria è stabilito alla s.17 *Summary Jurisdiction Act 1879*.

la scelta cade proprio sul più garantito *trial on indictment*, all'imputato resta preclusa la richiesta di procedimento *summary*.

6. *La trasmissione del caso alla Crown Court ed il proscioglimento predibattimentale.* – Se risulta che il processo *on indictment* meglio si addice alla regiudicanda, essa viene conferita per la trattazione alla *Crown Court*²⁷. Poiché i *committal proceedings* per i più gravi delitti riservati alla competenza di quest'ultimo organo sono stati aboliti dal 2001, non è attualmente richiesto il passaggio attraverso una fase di udienza preliminare. Piuttosto, l'investitura della *Crown Court* avviene con o senza previo procedimento di allocazione del caso, a seconda che il *prosecutor* notifichi per iscritto sia alla *Magistrates' Court*, sia all'imputato, la richiesta di dibattimento dinanzi alla giuria, oppure che la stessa *Magistrates' Court* abbia la discrezionalità o l'obbligo di disporre il giudizio presso la *Crown Court* prescindendo dal preliminare sindacato funzionale all'attribuzione della causa²⁸.

Una volta rinviato il caso alla *Crown Court*, l'imputato, dopo la presentazione degli elementi a sostegno della tesi d'accusa e prima della formale lettura dell'*indictment*, può presentare istanza scritta od orale affinché siano lasciate cadere le accuse formulate a suo carico²⁹. Le *Criminal Procedure Rules* stabiliscono i requisiti di tale domanda. Essa deve spiegare le ragioni dell'inidoneità delle prove al convincimento di colpevolezza dell'imputato; contenere l'eventuale richiesta di convocazione di un'apposita udienza, se ritenuta necessaria; indicare i testimoni di cui l'imputato intende chiedere l'esame e i fatti oggetto della loro deposizione; specificare quale materiale già disponibile o non ancora acquisito può servire alla decisione del giudice. Lo stesso vale, a parti invertite, per il *prosecutor* che intenda opporsi alla richiesta della difesa³⁰.

La Corte si pronuncerà sulla questione *de plano* ovvero previa udienza, pubblica o camerale, con la possibilità di acquisire la deposizione orale pure di soggetti che non siano stati menzionati nelle allegazioni di parte. La decisione di proscioglimento anticipato per inidoneità delle prove alla condanna³¹ è insuscettibile di impugnazione³².

²⁷ In conformità alla s. 51(1) *Crime and Disorder Act 1998* (CDA), per la relativa procedura si veda s. 21 MCA.

²⁸ ss. 51, 52 e Sch 3 del CDA.

²⁹ CDA Sch 3 § 2(1).

³⁰ CPR 2015, SI 2015/1490, R.9.16(3)

³¹ CDA 1998 Sch 3 § 2(2) (modificato dal CJA 2003 Sch 36 Pt 4 para 73).

³² *R (on the application of Snelgrove) v Woolwich Crown Court* [2004] EWHC 2172 (Admin), [2005] 1 WLR 3223, [2005] 1 Cr App Rep 253.

7. *Brevi cenni alle più recenti riforme.* – Dopo l'abolizione dei *committal proceedings* finalizzati a determinare le forme del giudizio ed a verificare la sussistenza di una accusa dotata di sufficiente fondatezza, i propositi di riforma si sono concentrati sulla necessità di accelerare e semplificare i procedimenti penali attraverso strategie diverse, inclusa quella di far sì che il processo si svolga davanti all'organo giudicante più adatto a conoscere della causa e di ridurre il numero delle udienze predibattimentali³³.

Siccome le *Magistrates' Courts* trattano annualmente il 90% dei processi penali, ciò ha finito per diventare via via «complicato, oneroso e inefficiente»³⁴. Talune riforme mirano a sgravare la *Crown Court*, rendendo nel contempo più semplice e veloce il rito davanti alla *Magistrates' Court*. Un altro esempio consiste nell'introdurre l'onere per l'imputato di preannunciare la probabile scelta di dichiararsi colpevole, così che le parti possano discutere di questa eventualità e l'accusato sia poi in grado di formalizzare l'ammissione di responsabilità penale già alla prima udienza davanti alla *Crown Court*³⁵. Una simile modalità di anticipazione del programmato *guilty plea* è stata dapprima adottata presso alcuni, circoscritti uffici giudiziari e ora risulta estesa a tutto il territorio dell'Inghilterra e del Galles. L'obiettivo di riformare i modelli semplificati di processo è parte della più complessiva opera di trasformazione della giustizia penale attualmente in corso. L'eliminazione delle procedure di *committal*, abbinata allo schema del *guilty plea* preannunciato, dovrebbe dunque ridurre il numero delle udienze superflue³⁶.

8. *Conclusioni.* – Dalle considerazioni sopra delineate emerge con evidenza come, nel sistema inglese, i *committal proceedings* non vengano più in considerazione allo scopo di verificare la consistenza dell'accusa ai fini della decisione intorno alla necessità del giudizio. Piuttosto il loro ruolo principale si è con il tempo focalizzato sulla determinazione della corretta modalità di svolgimento del processo nell'alternativa tra *summary trial* e *trial on indictment*, con al centro del

³³ Le finalità di economia processuale sono, in un certo senso, sempre state annoverate tra le esigenze di riforma in materia di giustizia penale almeno a partire dal 1855, data di adozione della legge "for diminishing Expense and Delay in the Administration of Criminal Justice in certain cases". Tale fonte porterà poi all'adozione del *Summary Jurisdiction Act* 1879 che estese il catalogo di reati in relazione ai quali l'imputato poteva legittimamente rinunciare al diritto ad essere giudicato dalla giuria.

³⁴ *Transforming the Criminal Justice System: Strategy and Action Plan – Implementation Update, Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty*, July 2014, Cm 8868.

³⁵ La procedura prevede altresì che l'accusa debba presentare esclusivamente le prove sufficienti a dimostrare la preliminare fondatezza dell'accusa (c.d. *proportionate file build*).

³⁶ *Transforming the CJS: A Strategy and Action Plan to Reform the Criminal Justice System*, presentato al Parlamento da *Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty*, June 2013, Cm 8658.

dibattito il diritto dell'imputato ad essere giudicato dalla giuria composta di propri pari. Mentre per un catalogo sia pure decrescente di fattispecie criminose, astrattamente giudicabili in entrambi i modi, l'imputato mantiene un controllo significativo sulla sede processuale destinata all'accertamento, i *committal proceedings* sono stati sostituiti da un meccanismo semplificato di attribuzione del caso. Esso non attiene affatto al vaglio sulla consistenza del compendio probatorio, richiedendo soltanto una sommaria esposizione della tesi d'accusa per consentire una pronuncia a ragion veduta circa l'organo giudicante più adatto ad occuparsi della causa nel merito. Davanti alla *Crown Court* trova spazio, invero, una verifica preliminare sulla fondatezza dell'accusa, ma essa non viene compiuta d'ufficio, bensì soltanto dietro apposita richiesta della difesa di far cadere le accuse, motivata dall'inidoneità delle prove a convincere la giuria della colpevolezza dell'imputato.

BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER

RIFLESSIONI INTORNO AL CONTROLLO ESERCITATO ALLO STADIO
CONCLUSIVO DELL'ISTRUZIONE NEL PROCESSO PENALE FRANCESE^(*)

L'istruzione, chiamata anche *information judiciaire*, è la fase durante la quale il giudice istruttore raccoglie le prove al fine di appurare se il fatto di reato si è realmente verificato e, in caso affermativo, di identificarne l'autore e determinarne le circostanze di commissione. Essa permette così la messa a punto della causa preliminarmente all'eventuale fase del giudizio. L'istruzione è obbligatoria in materia di crimini, mentre è facoltativa per i reati di natura contravvenzionale e correzionale.

Il giudice istruttore, che costituisce il solo organo della giurisdizione istruttoria di primo grado, è istituito nell'ambito del *tribunal de grande instance* (CPP, art. 50). È indipendente dalle *juridictions de jugement*, dal pubblico ministero, le cui richieste non lo vincolano, così come rispetto alle parti. Solo il presidente della *chambre de l'instruction*, organo istruttorio di secondo grado, è competente ad assicurare il buon funzionamento degli uffici incaricati dell'istruzione (CPP, art. 220).

Il compito del giudice istruttore è duplice. In primo luogo è incaricato di raccogliere le prove; in tale quadro compie liberamente tutti gli atti che ritiene utili all'accertamento della verità (CPP, art. 81 al. 1) – si parla al riguardo di atti d'*information*. In secondo luogo decide, poiché è organo giurisdizionale, se le

(*) Traduzione dal francese a cura di Daniele Negri.

prove acquisite a carico della persona indagata sono sufficienti o meno per instaurare il dibattimento. Il giudice istruttore emette allora un provvedimento a carattere giurisdizionale, l'*ordonnance de règlement*, chiamata anche *ordonnance de clôture*, che ne determina la perdita di competenza funzionale¹. Questo doppio ruolo di inquirente e di giudice viene criticato da chi reputa che tale cumulo comprometta la sua capacità d'istruire sia a carico, sia a discarico.

La fase istruttoria del processo francese non è delimitata da alcun termine fisso di chiusura. Tuttavia la legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000 («Presunzione d'innocenza e diritto delle vittime»), in vista di una migliore protezione della presunzione d'innocenza, ha introdotto il concetto di «ragionevole durata» dell'istruzione. Questa nozione è definita secondo i criteri stabiliti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ed espressamente ripresi dall'art. 175-2, al. 1, del codice di procedura penale. Vanno dunque considerati la gravità dei fatti contestati alla persona *mise en examen*, la complessità delle indagini necessarie all'accertamento della verità e l'esercizio dei diritti della difesa.

La parte civile o il testimone assistito² può, allo spirare del termine prevedibile di completamento dell'istruzione notificatogli in occasione della prima audizione o, in mancanza, entro un anno in materia correzionale e diciotto mesi se si tratta di crimini, domandare al giudice la chiusura dell'istruzione (CPP, art. 175-1). In caso di rigetto della domanda o in difetto di risposta nel termine di un mese, il richiedente può adire il presidente della *chambre de l'instruction* che dovrà allora statuire con ordinanza, insuscettibile di impugnazione, rigettando la domanda o investendo della questione la *chambre de l'instruction* che stabilirà il seguito da dare al caso (CPP, art. 207-1).

Integrando il dettato di queste disposizioni, il legislatore francese ha posto un termine fisso di due anni alla fine del quale il giudice istruttore è tenuto, se l'*information* non fosse ancora esaurita, non tanto a decretarne la conclusione, quanto ad emettere un'ordinanza di proroga, motivata con riguardo ai criteri ricavabili dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, contenente le ragioni di tale durata, la giustificazione del proseguimento dell'indagine e le prospettive di sua definizione. Tale ordinanza va rinnovata ogni sei mesi ed è trasmessa al presidente della *chambre de l'instruction* che può interpellare quest'ultima affinché si

¹ Oltre al caso di conclusione ordinaria dell'*information*, decisa cioè al termine della fase, l'istruzione può essere chiusa anticipatamente per incompetenza, irricevibilità, diniego di procedere all'istruzione, oppure nell'ipotesi di revoca dell'assegnazione del procedimento. A dimostrazione della sua indipendenza, il giudice istruttore non può essere spogliato del caso che per ordinanza del presidente del *tribunal de grande instance*, insuscettibile d'appello davanti alla *chambre de l'instruction*.

² Si tratta del soggetto sottoposto ad istruzione, quando ancora non gli è stato attribuito lo *status* – considerato pregiudizievole – di *mis en examen*.

pronunci, avocando a sé il caso e istruendolo essa stessa, oppure rinviare gli atti al medesimo o ad altro giudice istruttore.

Si noterà qui che l'ordinanza prevista ha natura di provvedimento di amministrazione giudiziaria, non riveste dunque carattere giurisdizionale, così che, secondo la Corte di cassazione, non può formare oggetto di alcun rimedio e la sua omissione non inficia la validità della procedura³. Queste disposizioni rivestono dunque essenzialmente carattere sollecitatorio.

Parallelamente a queste disposizioni relative alla durata dell'istruzione, va ricordata la progressiva introduzione dell'onere di dare notizia a intervalli regolari sull'avanzamento delle indagini, adempimento da considerare non solo in chiave informativa, ma anche come fattore di stimolo ad una trattazione più efficace e rapida dell'istruzione medesima.

Al termine dell'*information*, plurime tipologie di decisione possono essere prese in autonomia dal giudice istruttore. Nessuna udienza è prevista in linea di principio a questo stadio del processo penale, sicché l'interlocuzione degli interessati, se ha luogo, avviene mediante memorie scritte (CPP, art. 177 s.). Si rileverà tuttavia come il giudice istruttore non possa rinviare a giudizio l'imputato senza averlo prima interrogato sul merito, anche se si è chiarito al riguardo che l'interrogatorio di prima comparizione – da tenersi in occasione della *mise en examen* – soddisfi tale esigenza⁴.

Se il giudice istruttore ritiene fondate le accuse mosse alla persona *mise en examen* emetterà, secondo i casi, in materia correzionale e contravvenzionale una *ordonnance de renvoi* e, in materia criminale, una *ordonnance de mise en accusation*. Il giudice gode in questo quadro di un margine di manovra rispetto alle requisitorie del pubblico ministero, alle quali non è vincolato, ed egualmente riguardo alla qualificazione giuridica inizialmente data ai fatti, potendola mutare a condizione che siano salvaguardati i diritti della difesa.

In mancanza di sufficienti elementi a carico il magistrato istruttore pronuncerà una ordinanza di *non-lieu*, per motivi in fatto o ragioni di diritto⁵. Nel 2014 le ordinanze di *non-lieu* hanno rappresentato il 18% degli affari penali trattati davanti alle giurisdizioni istruttorie⁶, contro il 6,9% del 2013.

Questa ordinanza non esclude la successiva ripresa del procedimento, benché simile eventualità risulti sottoposta a condizioni strette. In effetti, la riapertura dell'*information* può aversi soltanto per decisione del pubblico ministero e sulla

³ Cass. crim., 15 janv. 2008, *Bull. crim.* n° 7, D. 2008, p. 418, note S. LAVRIC; Cass. crim., 17 janv. 2006, *Bull. Crim.* n° 20.

⁴ Cass. crim., 1^{er} juin 1970, *Bull. crim.* n° 199.

⁵ Se emerge un difetto di imputabilità, il giudice dichiara l'irresponsabilità penale dell'imputato o pronuncia un'ordinanza di trasmissione degli atti alla *chambre de l'instruction*.

⁶ Dati chiave della giustizia per l'anno 2014, pubblicati nel mese di ottobre 2015.

base di nuove circostanze⁷, ciò che presuppone un'ordinanza di *non-lieu* motivata da ragioni di fatto e non di diritto⁸ (art. 190 CPP). L'*information* riprende allora il suo corso da dove era stata in precedenza interrotta.

La questione del controllo esercitato sulla fondatezza dell'*ordonnance de règlement* dell'istruzione conduce ad esaminare i differenti tipi di vaglio relativi non soltanto alla decisione tendente a considerare completa l'istruzione, vale a dire che il caso è suscettibile di essere portato a giudizio, ma anche alla direzione da imprimere al processo. Se un controllo tra pari sarebbe potuto apparire garanzia efficace e sufficiente a questo stadio dell'istruzione (I), il suo prossimo, probabile abbandono spinge ad interrogarsi sulla effettività del controllo esercitabile dalle parti private e dal pubblico ministero tanto nella fase precedente (II) quanto nel momento successivo alla chiusura dell'istruzione (III).

I. *Il miraggio del controllo tra pari: verso l'abbandono del progetto di collegialità dell'istruzione?* – Il caso noto come *Outreau*, che ha scosso il mondo della giustizia penale francese, ha messo in luce le gravi anomalie del processo specificamente allo stadio dell'istruzione. Il procedimento, relativo ad abusi sessuali su minori, era stato condotto da un solo giudice istruttore, di prima nomina e in carica da appena un anno, approdando ad un gran numero di *mises en examen*, di provvedimenti di carcerazione preventiva e di *mises en accusation* che si sono risolti dopo molti anni di processo con una assoluzione generale. A seguito di quello che è stato definito un «fiasco giudiziario», nel 2005 è stata nominata una commissione d'inchiesta parlamentare con il compito di identificare le disfunzioni responsabili di un tale scandalo. Tra i numerosi problemi riscontrati la commissione ha in particolare evidenziato quello della unilateralità che caratterizza l'istruzione; si è anche potuto parlare al riguardo di isolamento del giudice istruttore, dotato di poteri troppo rilevanti, così come di penuria di mezzi. Questo lavoro parlamentare è sfociato in una importante riforma della fase dell'istruzione, volta ad introdurre modalità di concertazione tra giudici⁹, se non addirittura, secondo certi autori, un controllo tra pari per le decisioni prese sia nel corso, sia al termine dell'istruzione.

Per conferire maggiore equilibrio alla procedura penale la legge del 5 marzo 2007 n° 2007-291, votata all'unanimità, prevedeva una evoluzione in due tempi dell'organizzazione istituzionale relativa alla fase istruttoria. Essa ha dapprima creato in certi tribunali *de grande instance* dei «poli dell'istruzione» che raggrup-

⁷ Gli ulteriori elementi a carico non sono per forza costituiti da fatti assolutamente nuovi e prima sconosciuti, ma debbono essere di tale natura da chiarire dei punti rimasti oscuri in precedenza.

⁸ Salva l'ipotesi in cui ci fosse stata declaratoria di prescrizione per un delitto e si scoprono in seguito delle circostanze aggravanti idonee a trasformare l'illecito in un crimine.

⁹ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Larcier, 2012, p. 232.

pano molteplici giudici istruttori così da permettere, se necessario, una investitura congiunta (*cosaisine*) di più magistrati per il medesimo procedimento¹⁰ (CPP, art. 52-1). Questi poli sono oggi competenti solo per le indagini relative a crimini, mentre in materia correzionale e più raramente contravvenzionale, la *cosaisine* dipende dalla gravità o complessità del caso (CPP, art. 83-1)¹¹. Si sarebbe poi dovuto istituire per ogni *information* un organo collegiale composto di tre giudici istruttori, uno dei quali con funzione di coordinatore: il *collège de l'instruction*. La collegialità era dunque destinata a diventare obbligatoria e sistematica nella fase istruttoria, ivi compresi lo stadio dell'avviso di conclusione dell'*information* e le ordinanze di chiusura della stessa.

Ebbene, questo assetto si trova oggi di nuovo al centro del dibattito, in particolare per l'ammissione del governo francese circa la pratica irrealizzabilità della riforma all'insegna della collegialità, la quale doveva inizialmente partire il 1° gennaio 2010, ma la cui attuazione è stata differita a tre riprese, l'ultimo rinvio prevedendone l'entrata in vigore il 1° gennaio 2017¹². Di fronte all'impossibilità di procrastinarne nuovamente la messa in opera, il progetto di legge di modernizzazione della giustizia del XXI secolo¹³, al momento in cui scriviamo, sancisce l'abbandono puro e semplice della collegialità dell'istruzione. Sono principalmente le restrizioni finanziarie via via più pressanti, alle quali è sottoposto il settore della giustizia, che impediscono pertanto la creazione dei quasi 300 posti di magistrato necessari alla riforma. Ora, è giocoforza constatare come l'organico effettivo dei giudici istruttori sia oggi in diminuzione, poiché nel 2014 si contavano 559 posti di giudice istruttore contro i 623 nel 2009¹⁴. Questa parte del progetto ha provocato la levata di scudi dei sindacati della magistratura, che insistono per un mantenimento almeno parziale ma obbligatorio della collegialità, se non altro con riguardo a certi atti. Va comunque notato che non figurano tra quelli indicati i provvedimenti diretti alla chiusura dell'istruzione. La questione che si pone al momento è di sapere se il legislatore manterrà l'organizzazione della fase istruttoria oggi esistente, vale a dire il ricorso alla *cosaisine*, o se, a causa delle reazioni suscitate dalla pubblicazione del progetto di legge, opterà per una collegialità *à la carte*¹⁵.

¹⁰ La costituzione di tali organismi è ispirata ai poli specializzati esistenti in materia di terrorismo o, ancora, di inquinamento marino.

¹¹ La decisione di procedere alla *cosaisine*, di natura facoltativa, è adottata dal presidente del *tribunal de grande instance* presso il quale è istituito un polo d'istruzione, d'ufficio o su richiesta del procuratore della Repubblica.

¹² J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelle collégialité pour l'instruction en 2010?*, in *D.* 2008, p. 2101

¹³ Il progetto di legge è stato adottato dall'*Assemblée nationale* mentre questo fascicolo era in stampa.

¹⁴ Dati dell'AFMI.

¹⁵ C. FLEURIOT, *Vers une collégialité de l'instruction à la carte*, in *D. actualités*, 18 juin 2013.

Per comprendere l'impatto che avrebbe una tale scelta, conviene distinguere bene la *cosaisine* dalla collegialità.

Nel quadro della *cosaisine*, un giudice istruttore è incaricato a titolo principale dell'*information*, mentre uno o più colleghi sono designati come "aggiunti". L'insieme dei magistrati coinvolti forma un'équipe. Il vantaggio della *cosaisine* risiede perciò nella concertazione che tale modulo organizzativo implica *de facto* tra i magistrati istruttori, anche allo stadio di chiusura della fase loro affidata. Si rileverà tuttavia che, a questo livello, l'art. 83-2 del codice di procedura penale attribuisce espressamente al giudice istruttore in quanto tale il potere di emettere l'avviso di conclusione dell'*information* e l'*ordonnance de réglemant*; tuttavia entrambi questi atti «possono» essere sottoscritti congiuntamente dal o dai giudici istruttori associati nell'investitura. Il principio resta dunque quello d'una decisione di chiusura dell'istruzione e di indirizzo del dossier presa dal solo giudice istruttore primo titolare del procedimento, risultando la deliberazione collegiale come una mera potenzialità.

Ora, simile soluzione è assai differente da quella riscontrabile se si fosse optato per la collegialità. In quest'ultimo caso, difatti, la competenza sarebbe stata collegiale. Il controllo esercitato tra pari su ambedue le decisioni in parola, che vertono rispettivamente sulla completezza dell'istruzione e sulla direzione da imprimere ai fascicoli, sarebbe stato reale e certamente efficace.

L'abbandono del progetto riguardante la collegialità dell'istruzione, proposito che non ci sembra affatto auspicabile, deve essere messo qui in parallelo con il progetto preliminare di riforma del codice di procedura penale del 2010, che preconizzava la soppressione pura e semplice della figura del giudice istruttore. Tra gli argomenti più di frequente invocati a favore di una simile modifica, vanno citati il fatto che questa fase processuale sia causa di allungamento della durata del processo penale¹⁶, il basso numero di affari penali che danno luogo ad istruzione (5% di quelli trattati all'epoca¹⁷), il rafforzamento progressivo dei poteri della polizia giudiziaria allo stadio dell'*enquête*, fase anteriore all'istruzione che, ad opinione di taluni, rappresenta un doppione di quest'ultima. Secondo il rapporto preliminare del comitato di riflessione sulla giustizia penale del 2009 e il menzionato progetto preliminare di riforma del codice di rito del 2010, la procedura penale francese verrebbe così ridotta a due fasi anziché tre; si assisterebbe perciò alla fusione delle fasi dell'inchiesta e dell'istruzione a beneficio della pri-

¹⁶ Da notare che, nel 2014, la durata media di una istruzione era di 28 mesi (Dati chiave della giustizia, pubblicati nel mese di ottobre 2015).

¹⁷ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, cit., p. 221. A titolo indicativo, i giudici istruttori francesi sono stati gravati di 18.588 nuovi affari penali nel 2014 (Dati chiave della giustizia 2015).

ma, che sarebbe ribattezzata «inchiesta penale giudiziaria»¹⁸. Si comprende come, alla luce di ciò, la soluzione del controllo tra pari allo stadio della chiusura dell'istruzione non verrebbe molto probabilmente adottato. Conviene dunque interessarsi anche alle altre forme di controllo, come quelle che possono essere esercitate dalle parti, dai testimoni assistiti o ancora dai rappresentanti del pubblico ministero.

II. *Il controllo a priori della decisione di chiusura dell'istruzione: un controllo a mezzetinte.* – Il rispetto del principio del contraddittorio è stato inserito tardivamente nella fase dell'istruzione. Così, mentre all'origine questa fase processuale era essenzialmente di natura inquisitoria, nella misura in cui era carente di contraddittorio e dominata dal segreto, sotto l'impulso europeo e del diritto ad un processo equo il legislatore francese ha adottato con la legge del 5 marzo 2007 un insieme di disposizioni tali da rendere l'istruzione una tappa del processo penale ove l'esercizio del contraddittorio ha veramente luogo. L'inclusione del principio del contraddittorio assume particolare rilevanza proprio allo stadio della *clôture*, momento del processo penale in cui il legislatore ha istituito un sistema volto ad assicurare il rispetto di quel principio e, insieme, a purgare i vizi di procedura.

Quando la giurisdizione istruttoria stima d'aver terminato le proprie investigazioni, deve comunicare il fascicolo al pubblico ministero e avvisare le parti nonché i loro avvocati¹⁹, così come i testimoni assistiti, dell'imminente chiusura dell'*information*.

Conviene sottolineare che la nozione di indagine «conclusa» è apprezzata a questo stadio in modo sovrano dal giudice istruttore, che valuta liberamente il momento in cui l'*information* va considerata completa. Simile soluzione deriva dall'art. 175 del codice di procedura penale, dove si prevede che «[n]on appena l'*information* gli appare terminata» il giudice istruttore ne dia comunicazione alle parti. Tale decisione, che ha natura di misura d'amministrazione giudiziaria, non è suscettibile di impugnazione²⁰, sicché nessun controllo è esercitato in forma di-

¹⁸ Cfr. in particolare, C. GIUDICELLI, *Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra*, in *AJ pénal* 2009, p. 68; J. PRADEL, *Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mise à mort?*, in *D.* 2009, p. 438; PH. CONTE, *Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, in *Dr. pénal* 2009, étude 11.

¹⁹ O verbalmente con registrazione nel fascicolo, o per raccomandata. A seguito della decisione del *Conseil constitutionnel*, Cons. Const., 9 sept. 2011, n° 2011-160 QPC, *AJ pénal* 2012, p. 46 (J.-B. PERRIER, *Procédures* 2011, n° 384, *obs.* J. BUISSON e n° 17, *obs.* A.-S. CHAVENT-LECLÈRE), la comunicazione delle requisitorie non può più essere fatta ai soli difensori, ma va indirizzata direttamente alle parti. Nel caso di persona detenuta l'avviso può essere notificato a cura del direttore dell'istituto penitenziario.

²⁰ Cass. crim., 29 avr. 1996, *Bull. crim.* n° 168, *JCP* 1998, II, 22 700, *note* P. CHAMBON; *Procédure* 1996, comm. 226, *obs.* J. BUISSON.

retta a questo livello di sviluppo processuale. Così, il giudice istruttore può concludere la fase anche quando una parte ha interposto appello contro una delle sue ordinanze²¹, e all'inverso, negare la chiusura dell'istruzione malgrado la domanda in tal senso proveniente dal *parquet* o da una parte privata.

In ogni caso, prima di prendere la sua decisione su quale corso dare al procedimento, dopo la legge del 5 marzo 2007 il giudice istruttore è tenuto a seguire una procedura volta a garantire il rispetto del principio del contraddittorio. Plurime tappe si avvicendano così, al fine di assicurare alle parti private e al pubblico ministero l'informazione sull'esito prospettato e di permettere loro eventualmente di controvertere al riguardo. Il momento dell'avviso di conclusione dell'*information* è di particolare importanza in quanto destinato a sfociare in una preclusione.

Una volta emessa dal giudice istruttore l'ordinanza che rende partecipi gli interessati in vista del successivo *réglement*, differenti tappe scandiscono la raccolta di requisitorie, osservazioni e domande²².

Vi è anzitutto un primo termine pari ad uno o tre mesi – nel caso, rispettivamente, di imputato sottoposto a custodia cautelare in carcere e in stato di libertà – che si apre dopo l'avviso di chiusura della fase e nel corso del quale il procuratore della Repubblica deve presentare al giudice istruttore le proprie requisitorie motivate, da comunicare altresì agli avvocati delle parti private. Due osservazioni sono qui necessarie. Anzitutto, la Corte di cassazione ha precisato che incombe al medesimo procuratore della Repubblica l'onere di trasmettere copia delle requisitorie ai difensori. Poiché non può essere richiesto al giudice istruttore di procedere ad una simile notificazione²³, il dovere di far rispettare l'obbligo informativo e il principio del contraddittorio non viene a pesare sulle sue spalle. Si noti poi come l'esigenza che le requisitorie del pubblico ministero siano motivate adempia l'identico scopo di permettere alle parti di meglio esercitare il diritto al contraddittorio, nella misura in cui esse sono così informate delle ragioni che l'hanno portato ad esprimersi in un senso o in un altro, e di favorire dunque la scelta o la discussione degli elementi meritevoli d'essere sottoposti al giudice istruttore per influire sulla sua decisione.

Entro quel medesimo termine le parti private o il testimone assistito possono rivolgere al giudice istruttore osservazioni scritte, da indirizzare nello stesso tem-

²¹ Cass. crim., 23 nov. 1965, *Bull. crim.* n° 246.

²² Questa procedura ha per effetto negativo di allungare la durata dell'*information*, in ragione dei vari termini impartiti, così come di aumentare il carico di lavoro del giudice istruttore. Di fronte a tale constatazione, la legge n° 2009-526 del 12 maggio 2009 ha introdotto la possibilità per le parti di rinunciare di comune accordo ai termini loro concessi (CPP, art. 175, ultimo comma).

²³ Cass. crim., 4 déc. 2007, *Bull. crim.* n° 298, *D.* 2007, p. 225, *note C. LACROIX; AJ pénal* 2008, p. 147, *obs. C. SAAS; Dr. Pénal* 2009, *chron.* 1, *obs. M.-C. GUÉRIN*.

po al procuratore della Repubblica e alle altre parti a scopo informativo²⁴. Esse possono egualmente richiedere al giudice istruttore che siano compiuti degli atti d'indagine complementare, quali – ad esempio – un esame medico o psicologico, una inchiesta sulla situazione sociale dell'accusato (CPP, art. 81 al. 8s), un'audizione, un interrogatorio, un confronto, un sopralluogo, una produzione di documenti (CPP, art. 82-1), una perizia (CPP, art. 156 al. 1), o comunque ogni altro atto che appaia necessario all'accertamento della verità. Le parti o il testimone assistito possono altresì eccepire la nullità degli atti acquisiti durante l'*information* (CPP, art. 171 al. 3).

Il giudice istruttore, anche se non è tenuto ad accogliere le domande presentate, deve tuttavia pronunciarsi sulle medesime. Può dunque, in particolare, rigettare la richiesta di compimento di determinati atti, emettendo al riguardo un'ordinanza motivata. Il giudice è infatti totalmente sovrano sul modo di condurre e concludere l'istruzione. Soltanto nell'ipotesi di sua mancata risposta entro il termine di un mese la parte istante può, fino al momento di formale chiusura della fase d'indagine, adire direttamente il presidente della *chambre de l'instruction* (CPP, art. 81 al. 11)²⁵. Pertanto, se il giudice risponde alle domande rivoltegli, nessun controllo è ammesso sulla decisione di chiudere l'istruzione e dunque circa la questione riguardante l'effettiva completezza della medesima, così come riguardo alla direzione impressa alla regiodicanda. Ciò dimostra l'indipendenza di cui gode il giudice in questo stadio processuale.

Nell'ipotesi in cui sia adito il presidente della *chambre de l'instruction*, gli è trasmesso il dossier dell'*information* con il parere motivato del procuratore della Repubblica. Entro i successivi otto giorni, costui decide con ordinanza se vada o meno investita della richiesta la stessa *chambre de l'instruction* (CPP, art. 186-1). Andrà qui evidenziato il ruolo di filtro determinante giocato dal presidente della *chambre de l'instruction*, la decisione del quale è del resto insuscettibile di impugnazione²⁶. Questo potere sovrano si giustifica storicamente col carattere inquisitorio della fase dell'istruzione, il quale implica che la relativa giurisdizione, considerata nella sua globalità (primo e secondo grado) conservi il pieno dominio sulla conduzione dell'*information*²⁷. Se il presidente della *chambre de l'instruction* de-

²⁴ Si noti che il testimone assistito è solamente avvisato della chiusura dell'istruzione e può depositare osservazioni scritte o richieste di annullamento unicamente nel corso del primo termine concesso.

²⁵ Cass. crim., 28 oct. 2015, n° 15-82 330, *Procédures* 2015, comm. 371, A-S. CHAVENT-LECLÈRE.

²⁶ Salvo il caso di eccesso di potere.

²⁷ S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 10^a ed., LexisNexis, 2014, n° 2154, che sottolinea come questa situazione possa apparire criticabile rispetto ai diritti della difesa e alla regola dell'istruzione condotta sia a carico, sia a discarico.

cide di non adire quest'ultima, ordina con pronuncia motivata che il dossier sia restituito al giudice istruttore.

All'esito di questo primo segmento temporale, un termine ulteriore detto «di replica» – di dieci giorni in caso di detenzione provvisoria o, altrimenti, pari ad un mese – si apre onde permettere alle diverse parti e al rappresentante del pubblico ministero di formulare osservazioni supplementari alla luce di quelle a suo tempo presentate, nonché delle anteriori requisitorie. Così, contrariamente alla tappa precedente, le parti non possono in questo stadio processuale richiedere atti d'istruzione complementare²⁸.

Alla scadenza di questo secondo termine la giurisdizione istruttoria può rendere in tutta indipendenza l'*ordonnance de règlement*. Tale provvedimento dev'essere motivato in rapporto alle osservazioni e requisitorie pervenute, le quali argomentino sull'esistenza di accuse sufficienti ad agire o, in caso contrario, insistano per l'alternativa all'esercizio dell'azione penale²⁹.

Qualora l'*information* venga ripresa o proseguita dopo la notificazione dell'avviso relativo alla conclusione della fase o allorché un nuovo atto d'indagine sia compiuto su richiesta di parte, l'avviso medesimo perde efficacia e il giudice istruttore deve rinnovare la procedura preliminare al *reglément* reiterando la comunicazione al procuratore della Repubblica e la notifica alle parti dell'atto che prelude alla fine dell'istruzione³⁰.

Questa procedura «interattiva»³¹ permette di garantire il diritto al contraddittorio e la parità delle armi durante la fase precedente la chiusura definitiva dell'istruzione. La sua messa in opera ha dunque determinato un progresso considerevole della procedura penale francese, se comparata al sistema anteriore che lasciava spazio nell'*ordonnance de règlement* ai soli elementi a carico dell'imputato dando per scontato che tale provvedimento altro non fosse, generalmente, se non la riproduzione integrale della requisitoria definitiva resa dal procuratore della Repubblica.

Molteplici elementi attenuano però l'importanza delle occasioni dialettiche previste anteriormente alla chiusura dell'istruzione.

Conviene anzitutto rammentare che il giudice istruttore resta del tutto libero di accordare o negare i mezzi probatori sollecitati dalle parti, ferma soltanto la

²⁸ Cass. crim., 27 avr. 2011, Bull. crim. n° 74, *Dr. pénal* 2012, chron. 1, obs. M. GEORGET.

²⁹ Nell'ipotesi di *cosaisine* è il giudice istruttore primo designato, e che coordina il lavoro d'équipe, ad avere la responsabilità dell'*ordonnance de règlement*, potendo tuttavia consultare i colleghi (CPP, art. 83-2).

³⁰ Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 13-88227, *Bull. crim.* n° 7; Cass. Crim., 9 janv. 1995, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1995, p. 322, obs. J. PRADEL; *JCP* 1996, I, p. 3906, *chron.* J.-H. ROBERT; *RSC* 1995, p. 609, obs. J.P. DINTHILAC.

³¹ S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, cit., n° 1778.

condizione che motivi il suo rifiuto. Va ribadito che, unicamente in difetto di risposta, chi aveva formulato l'istanza è autorizzato a rivolgersi al presidente della *chambre de l'instruction*. Perciò non dipende che dal giudice istruttore la possibilità di sottrarsi ad ogni controllo.

La Corte di cassazione ha peraltro stabilito che dall'omesso avviso di conclusione della fase dell'*information*, se il rinvio a giudizio avviene di fronte al tribunale correzionale, deriva quale unico effetto di ammettere l'interessato ad eccepire davanti al giudice del dibattimento le nullità riguardanti la procedura di istruzione³². Si è in tal modo sancito che le disposizioni di principio contenute nell'art. 6 § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non valgono che per le giurisdizioni chiamate a pronunciarsi sul merito e non possano quindi essere invocate a proposito del giudice istruttore, le cui decisioni, siccome non toccano la questione della colpevolezza, si limitano a verificare se gli elementi raccolti durante l'*information* siano sufficienti ad instaurare la fase del dibattimento. Il prevenuto non può dunque invocare una violazione dell'equità processuale in ragione del fatto che la requisitoria definitiva non gli sia stata comunicata e che il giudice istruttore abbia emesso l'ordinanza di rinvio a giudizio entro un termine ridotto³³.

Una volta decorsi i termini previsti dall'art. 175 al. 2 del codice di procedura penale, si verifica la preclusione. Essa comporta la purgazione dei vizi di procedura, ossia che le parti non sono più ammesse a contestare la regolarità degli atti formati prima dell'avviso di conclusione dell'*information* (CPP, art. 181 al. 4). Allo stesso modo le parti non possono più richiedere il compimento di alcun atto. La preclusione opera tanto davanti alla *chambre de l'instruction*³⁴ che di fronte al giudice dibattimentale, al cospetto del quale nessuna nullità potrà più essere eccepita in relazione agli atti precedenti il menzionato avviso. Ciò spiega l'importanza rivestita dalla fase che prelude alla chiusura dell'istruzione.

L'*ordonnance de clôture* spoglia di competenza il giudice istruttore. Pertanto, siccome il controllo esercitabile *a priori* sulla direzione da imprimere al processo si rivela alla fin fine relativamente tenue, converrà ora concentrare l'interesse sui rimedi concessi *a posteriori*.

III. *Il controllo a posteriori dell'ordinanza di chiusura dell'istruzione: un rimedio assai contenuto.* – L'esercizio dei rimedi contro la decisione presa dal giudice di chiudere l'istruzione³⁵ e quella di orientamento del processo si caratterizza an-

³² Cass. crim., 30 mars 2004, *Bull. crim.* n° 80, D. 2005, p. 689, *obs.* J. PRADEL.

³³ Cass. crim., 4 sept. 2002, n° 01-85 933.

³⁴ Cass. crim., 10 juil. 2002, *Bull. crim.* n° 152, D. 2003, somm. 33, *obs.* J. PRADEL; *JCP* 2003, IV, p. 2614.

³⁵ Anche quando a pronunciarsi sia stata la *chambre de l'instruction* che abbia avocato il procedimento.

zitutto per una certa disparità tra le parti così come per la portata limitata delle conseguenze. A quest'effetto, l'*ordonnance de règlement* dev'essere notificata all'imputato e al testimone assistito, mentre la parte civile va informata solo nelle ipotesi di rinvio a giudizio o di *mise en accusation*³⁶. Quest'ultima è resa tuttavia destinataria delle ordinanze di *non-lieu* suscettibili di ledere i suoi interessi di natura civilistica (CPP, art. 183). L'ordinanza deve spiegare la posizione del giudice istruttore su ognuno dei fatti indicati dalle requisitorie introduttive e suppletive, oltre ad esporre i motivi per i quali sussistono o meno contro l'interessato accuse sufficienti (CPP, art. 184). In seguito alla legge del 5 marzo 2007, il testo normativo precisa che tale motivazione tiene conto delle requisitorie del pubblico ministero e delle osservazioni delle parti indirizzate al giudice nell'ambito della fase susseguente all'avviso di chiusura dell'istruzione.

Per quanto concerne il campo d'applicazione riservato all'appello di una *ordonnance de règlement*, occorre distinguere sia secondo il suo contenuto – non luogo a procedere, rinvio o *mise en accusation* – sia in base alla parte legittimata.

Se per un verso l'imputato può interporre appello contro l'ordinanza di *mise en accusation* di fronte alla corte d'assise (CPP, art. 186 al. 1), altrettanto non vale né rispetto alle ordinanze di rinvio davanti al tribunale correzionale, ad eccezione di quelle che abbiano derubricato i fatti³⁷ (art. 186-3), né per le ordinanze di *non-lieu* pronunciate a suo vantaggio o a beneficio dei coimputati. Per quanto attiene alla parte civile, essa vede invece limitato il suo diritto d'appello ad alcuni punti assai specifici.

Conviene qui evidenziare un aspetto curioso della procedura penale francese, la quale, da un lato, prevede in caso di *cosaisine* che il giudice istruttore incaricato della causa a titolo principale abbia da solo il potere di decretare la fine dell'*information* ed emettere l'ordinanza di chiusura (CPP, art. 83-2), facendone così l'unico decisore della fase di *règlement* processuale e rendendo la sottoscrizione congiunta dei suoi atti una mera facoltà; ma parallelamente stabilisce, all'art. 86-3, che «quando l'*information* ha formato oggetto di una *cosaisine*», l'imputato e la parte civile possano ugualmente proporre appello, in assenza della firma congiunta dei giudici istruttori associati nell'investitura, contro le ordinanze di rinvio davanti al tribunale correzionale. La situazione può sorprendere a prima vista. Essa sembra trovare nondimeno spiegazione nel fatto che si dà luogo a *cosaisine* se il caso è stato ritenuto complesso, tanto da meritare perciò, oltre a un'istruzione condotta da più magistrati, una maggiore apertura al controllo tramite il mezzo dell'appello.

³⁶ Una notificazione è ugualmente richiesta nei confronti dei difensori.

³⁷ Ipotesi in cui la regudicanda sia stata devoluta al *tribunal correctionnel*, sebbene il fatto secondo l'appellante costituisca un crimine che avrebbe dovuto formare oggetto di una ordinanza di *mise en accusation* davanti alla Corte d'assise.

A tale riguardo va messo in luce che una legge in corso di approvazione intende modificare l'art. 186-3 del codice di procedura penale nel senso di restringere l'accesso all'appello proponibile dall'imputato o dalla vittima contro le ordinanze di rinvio a giudizio; un nuovo comma 3 permetterà al presidente della *chambre de l'instruction* di dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione allorquando non riguardi uno dei motivi testualmente previsti dalla legge, ossia la contestazione circa la natura correzionale del fatto o la mancanza di sottoscrizione congiunta in caso di *cosaisine*. Simile riforma ha lo scopo di porre fine agli appelli contro le ordinanze che decidono contemporaneamente sul rinvio a giudizio e sulle domande formulate dalle parti nel corso o al termine dell'istruzione. L'obiettivo avuto di mira dal legislatore è quindi di evitare gli appelli dilatori.

Il pubblico ministero gode, per parte sua, di un regime più favorevole poiché ha il diritto di appellare tutte le ordinanze di natura giurisdizionale emesse del giudice dell'istruzione, comprese perciò quelle di chiusura della fase³⁸ (CPP, art. 185). È dunque il solo, ad istruzione terminata, a poter provocare il controllo della *chambre de l'instruction* sull'ordinanza di rinvio davanti al tribunale correzionale. Il pubblico ministero può così esercitare uno stretto controllo sull'insieme delle decisioni conclusive rese dal giudice istruttore³⁹.

In caso d'appello contro una *ordonnance de clôture*, il giudice istruttore cessa la propria attività poiché ha considerato conclusa la propria indagine. La *chambre de l'instruction* non è adita che sui punti toccati dall'appello e la relativa procedura si svolge in camera di consiglio (CPP, art. 199 al. 1). La giurisdizione istruttoria di secondo grado può, in quest'ambito, disporre i mezzi d'indagine che le sembrano necessari (CPP, art. 201 al. 1) e pure decidere un supplemento di *information*.

Essendo precisamente investita di tale questione, la *chambre de l'instruction* può confermare o riformare la decisione presa dal giudice istruttore in ordine alla valutazione sulla sussistenza o meno di accuse sufficienti. In caso di riforma dell'ordinanza è abilitata ad affrontare il caso, statuendo essa stessa sul seguito da dargli.

Nell'ipotesi in cui la *chambre de l'instruction* emetta una pronuncia di *mise en accusation*, l'imputato può ricorrere per cassazione, ma siccome il controllo è limitato ai profili di diritto, e non si estende alle censure in fatto, la Corte di legittimità non è ammessa a valutare l'opportunità della decisione conclusiva dell'istruzione sottoposta ad impugnazione.

Questo rapido quadro dei diversi controlli esercitabili allo stadio di chiusura dell'istruzione e di orientamento del fascicolo mette in evidenza come, se per un verso gli strumenti di rimedio costituiscono l'opzione privilegiata dal legislatore

³⁸ Sono pertanto escluse le ordinanze costituenti misure di amministrazione giudiziaria.

³⁹ V., in particolare, B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25^a ed., Dalloz, 2015, n° 969.

francese, il loro regime giuridico rivela d'altro canto una certa disparità di trattamento tra le parti private, da un lato, e il pubblico ministero, dall'altro. Se la nostra critica è fondata, essa conduce allora a preferire rispetto al sistema attuale la soluzione della collegialità nel segmento processuale conclusivo dell'istruzione sia per gli affari penali d'ambito criminale, sia, quanto alla materia correzionale, rispetto ai casi più complessi.

MORITZ VORMBAUM

LA FASE INTERMEDIA NEL PROCESSO PENALE TEDESCO:
CONTROLLO EFFETTIVO O SUPERFLUO PASSAGGIO BUROCRATICO? (*)

I. *Introduzione.* – Secondo la struttura del processo tedesco, all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero non segue immediatamente la fase del giudizio. Piuttosto, il giudice competente per il merito verifica preliminarmente, nell'ambito di un "procedimento intermedio", se sussistono a carico dell'imputato sufficienti indizi di colpevolezza in ordine al fatto di reato addebitatogli (§ 203 StPO).

All'interrogativo se abbia ancora senso mantenere lo *Zwischenverfahren* le opinioni si dividono. Da un lato esso viene ritenuto un momento importante del processo penale, una fase di articolazione tra le indagini e il giudizio che tutela l'imputato da impianti d'accusa avventati del pubblico ministero. D'altro canto al segmento processuale in parola vengono rivolte critiche sostanziali. Si dubita, così, che nella prassi il giudice compia una scrupolosa verifica sulle risultanze dell'indagine del pubblico ministero. La configurazione normativa del procedimento intermedio condurrebbe poi alla conseguenza per cui il giudice che confermasse la consistenza dell'accusa verrebbe letteralmente a pronunciarsi in anticipo sulla responsabilità dell'imputato e affronterebbe dunque il dibattimento sotto l'influenza di tale "pre-giudizio".

Sino ad oggi, i ciclici dibattiti in tema di *Zwischenverfahren* non hanno prodotto né un risultato univoco né un indirizzo dominante di politica del diritto¹. Il legislatore nell'arco degli ultimi quarant'anni ha lasciato in larga parte la normativa invariata. Recentemente tuttavia, nel luglio 2014, il Ministero della Giustizia ha incaricato una commissione di esperti di predisporre proposte per una riforma legi-

(*) Traduzione dal tedesco a cura di Benedetta Bertolini e Daniele Negri.

¹ Cfr. P. RIEß, *Jura*, 2002, p. 735 (742); C.F. STUCKENBERG, § 198, n.m. 18, in W. LÖWE, W. ROSENBERG (a cura di), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Vol. V, 26^a ed., Berlino, De Gruyter, 2008.

slativa. Si dovrebbe trattare, stando alle parole del ministro della giustizia *Heiko Maas*, non di un «aggiustamento legislativo di corto respiro, composto da modifiche normative minimali», bensì di «un progetto che vada in profondità, a toccare tutti gli stadi del procedimento, tutti gli interessi in gioco»². C'è allora da aspettarsi che la prossima riforma si occuperà anche della fase processuale intermedia.

Di seguito, in prima battuta, vengono riportate (II.) e analizzate criticamente (III.) lo svolgimento e le funzioni dello *Zwischenverfahren*. Successivamente si intende fornire un'esposizione e una disamina delle diverse soluzioni ipotizzabili (IV.). Infine verrà presentata una proposta di riforma complessiva (V.).

II. *Svolgimento e funzioni dello Zwischenverfahren*. – Dopo la trasmissione dell'atto d'accusa redatto dal pubblico ministero al giudice competente a conoscere del merito, quest'ultimo ne comunica l'oggetto all'imputato (§ 201 StPO). A seguire, è chiamato a verificare se contro l'accusato sussista un quadro probatorio sufficientemente consistente da rendere verosimile in sede di giudizio una pronuncia di condanna³. Ai fini di tale valutazione egli può sentire l'imputato e acquisire prove. Nel caso converga sulla fondatezza dell'accusa, emana una decisione di apertura del giudizio (§ 203 StPO).

Al procedimento intermedio sono affidate una serie di funzioni: stabilire – si afferma – il giudice competente a decidere sul merito e fissare il *thema probandum*⁴; creare, con la notifica del capo d'imputazione all'accusato, le condizioni affinché questi eserciti il proprio diritto alla difesa, dal momento che lo stesso acquisisce in tal modo il diritto di prendere visione degli atti e di avanzare richieste di prova⁵; permettere al giudice di prepararsi alla fase dibattimentale⁶.

² Cfr. il discorso del Ministro della Giustizia in apertura dei lavori della commissione per la riforma del processo penale del 7 luglio 2014, rinvenibile all'indirizzo http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20140707_Expertenkommission_Reform_StPO.html?nn=2708420. La relazione finale della commissione è attesa per i primi mesi del 2016.

³ Cfr. W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, 12^a ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2012, p. 114; U. HELLMANN, *Strafprozessrecht*, 2^a ed., Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 2005, n.m. 24; K. VOLK, A. ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO*, 8^a ed., München, Verlag C.H. Beck, 2013, § 8, n.m. 3.

⁴ Cfr. C. ERNST, *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, Frankfurt a. M., Bern, New York, Peter Lang, 1986, p. 4; M. HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, München, Herbert Utz Verlag, 1991, p. 58; H.U. PAEFFGEN, *Pre-§§ 198 ss.*, in J. WOLTER (a cura di), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK*, Vol. IV 4^a ed., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, n.m. 5; P. RIEß, *Jura*, 2002, p. 735 (736); C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 10. Cfr. anche i §§ 201 comma 1 e 207 comma 1 StPO.

⁵ Cfr. W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 352; M. HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, cit. p. 59; H.U. PAEFFGEN, *Pre-§§ 198 ss*, cit., n.m. 5; C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 10.

⁶ Cfr. M. HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, cit., p. 59 s., che ritiene in ogni caso “opinabile” tale funzione.

Allo *Zwischenverfahren*, tuttavia, si assegna soprattutto una finalità di controllo. Gran parte degli autori specificano che si tratta di un “controllo negativo”, dal momento che nel provvedimento di apertura del giudizio la sussistenza di sufficienti indizi di colpevolezza non viene affermata positivamente, mentre con il rigetto della domanda viene espressamente negata⁷. Si possono trovare in dottrina anche altre definizioni che esprimono però lo stesso concetto, solo con termini diversi; e in questo senso si parla di «funzione di filtro»⁸, o di «controllo sul grado di verosimiglianza della colpevolezza»⁹. Tale controllo verte, come si evince dal § 203 StPO, sugli elementi d'indagine raccolti dal pubblico ministero. All'imputato dovrebbe essere richiesto di affrontare il dibattimento solo se le prove presentate dal pubblico ministero corroborano l'ipotesi accusatoria rendendo probabile una pronuncia di condanna. Il dibattimento comporta infatti pur sempre un enorme sacrificio per la persona che vi è sottoposta, e può lasciare tracce profonde anche nel caso si concluda con un proscioglimento – *aliquid semper hearer*¹⁰.

È dunque pacifico al riguardo che il controllo sulle indagini del pubblico ministero nell'ambito della fase intermedia costituisca innanzitutto¹¹ uno strumento di garanzia per l'imputato, sia cioè orientato alla sua «protezione»¹² o alla sua «tutela giuridica»¹³.

Eppure, malgrado la funzione di controllo venga oggi nel complesso riconosciuta sul piano normativo¹⁴, lo *Zwischenverfahren* manifesta, tanto nella sua configurazione legislativa quanto nella sua applicazione pratica, una serie di carenze che compromettono le istanze di tutela a favore dell'imputato. Le considerazioni che seguono sono dedicate all'analisi dei due difetti che pesano maggiormente: da un lato l'inadeguatezza del controllo per come declinato nella prassi, e dall'altro il

⁷ Cfr. U. HELLMANN, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 600; C. ROXIN-B. SCHÜNEMANN, *Strafverfabrensrecht*, 28ª ed., München, C.H. Beck, 2014, § 42, n.m. 3; E. SCHMIDT, *NJW*, 1963, p. 1081.

⁸ K. KOCH, *StV*, 2002, p. 222 (223); P. RIEß, *Jura*, 2002, p. 735 (736).

⁹ M. HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, cit., p. 57.

¹⁰ Cfr. per tutti W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 352; H.H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 8ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010, n.m. 621; H.U. PAEFFGEN, *Pre-§§ 198 ss*, cit., n.m. 7a, P. RIEß, *Jura*, 2002, p. 735 (736); C. ROXIN-B. SCHÜNEMANN, *Strafverfabrensrecht*, cit., § 42, n.m. 3. In parte, accanto alla garanzia dell'imputato, viene posta come finalità anche la tutela della macchina della giustizia da procedimenti inutili; vedasi in tal senso V. KREY, *Deutsches Strafverfabrensrecht*, Vol. I, Stuttgart, Kohlhammer, 2006, n.m. 363; C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 12.

¹¹ Cfr. F. LOOS, § 199 ss., in R. WASSERMANN (a cura di), *Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Vol. II/1, München, Luchterhand Verlag, 1992, n.m. 1; similmente, F.C. SCHROEDER, T. VERREL, *Strafprozessrecht*, 6ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2014, n.m. 173. Cfr. anche W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 352; U. HELLMANN, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 600; K. VOLK, A. ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO*, cit., § 16, n.m. 1.

¹² M. HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, cit., p. 32.

¹³ E. MÜLLER, *60. DJT*, 1994, p. M 76; v. anche T. WEIGEND, *ZStW*, 2001 (113), p. 271 (284).

¹⁴ E. MÜLLER, *60. DJT*, 1994, p. M 76.

fatto che coincidano nella stessa persona fisica il giudice della fase intermedia e quello del dibattimento.

III. Difetti.

1. “*Controllo negativo*” insufficiente. – Che il procedimento intermedio in concreto non adempia affatto il suo compito di assicurare un “controllo negativo” è dato per certo¹⁵. Il giudice non compie di regola alcuna seria verifica volta ad appurare se le risultanze delle indagini preliminari siano idonee a giustificare l’esercizio dell’azione penale.

Questo è quanto mette in luce anche soltanto uno sguardo alle statistiche processuali. Più del 99% dei procedimenti intermedi si conclude con l’apertura del giudizio¹⁶. È vero che simile dato si può anche spiegare con il fatto che il pubblico ministero lavora sempre così bene da sottoporre al giudice quasi soltanto casi ove sussiste la probabilità di condanna dell’imputato¹⁷. Forse più logica è tuttavia l’ipotesi che le accuse promosse vengano per così dire “lasciate passare” attraverso la fase intermedia senza grandi discussioni.

A ciò si ribatte che simili statistiche non prendono in considerazione i casi, concretamente rilevanti, in cui il procedimento si conclude all’esito della fase intermedia per ragioni di opportunità¹⁸. Viene anche rimarcato che la fase del giudizio verrebbe aperta più raramente, se fossero in questione fatti di reato di grave entità¹⁹. Tali argomenti non sono tuttavia idonei a indebolire la critica secondo cui la funzione di filtro è inefficace. Che il “controllo negativo”, quantomeno presso gli *Amtsgericht*, si risolva di regola nella mera compilazione di un modulo sulla fissazione del dibattimento²⁰, è conclusione pacifica. Anche da parte della

¹⁵ Addirittura, secondo G. LINDEN, 60. *DJT*, 1994, p. M 43, il procedimento intermedio «non ha assolto in nessun momento» questa e altre funzioni che gli erano state affidate.

¹⁶ Cfr. F.C. SCHROEDER-T. VERREL, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 172; C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 13; K. VOLK-A. ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO*, cit., § 16, n.m. 1. Statistiche complete (anche se solo fino al 1986) si trovano in H. LORITZ, *Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1996, p. 163 ss.

¹⁷ In tal senso le argomentazioni del DEUTSCHEN RICHTERBUND, *DRiZ*, 1963, p. 115 (116).

¹⁸ H. ROSENAU, § 199, in H. SATZGER, W. SCHLÜCKEBIER-G. WIDMAIER (a cura di), *Strafprozessordnung, Kommentar*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2014, n.m. 3. Stando al punto di vista di E. MÜLLER, 60. *DJT*, 1994, p. M 76, tra l’altro, la quota di domande di apertura del giudizio che viene rigettata è «in numeri assoluti di un certo peso – circa 4000 all’anno [...]». Sulla possibilità di dimostrare l’inefficienza del procedimento intermedio si esprime in termini dubbiosi anche H. LORITZ, *Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, cit., p. 69.

¹⁹ C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 13. Di contro, secondo G. LINDEN, 60. *DJT*, 1994, p. M 43, «anche in procedimenti particolarmente importanti la fase intermedia non riveste praticamente nessuna autonoma utilità».

²⁰ Cfr. già K. MARXEN, *Straftatsystem und Strafprozess*, Berlin-Steglitz, Duncker & Humblot, 1984, p. 248.

magistratura il ruolo dello *Zwischenverfahren* viene descritto, talvolta a chiare lettere, come subalterno. Karsten Koch, giudice dell'*Amtsgericht* di Offenbach, ha concluso che il procedimento intermedio sia «ridotto nella prassi [...] quasi all'insignificanza»; né sembra venga colta la possibilità di condurre in questa fase un'istruzione probatoria²¹.

Risulta dunque ancor oggi attuale il giudizio di Eberhard Schmidt, risalente al 1963, secondo cui nella prassi la fase intermedia in altro non consiste che in uno «stereotipato lavoro burocratico»²², sempre che di *lavoro* si possa autenticamente parlare visto il minimo impegno profuso al riguardo.

2. *Doppio ruolo per il medesimo giudice.* – Se già è grave constatare che lo *Zwischenverfahren* si svolge a stento nella realtà dei fatti e perciò all'imputato non ne deriva alcuna autentica tutela, allora preoccupa ancor più che tale fase possa rivelarsi per lui addirittura dannosa. Secondo la normativa vigente il giudice del procedimento intermedio è lo stesso che conduce il dibattimento qualora ne venga disposta l'apertura. Che un giudice, dopo la decisione di rinviare a giudizio, resti effettivamente imparziale appare discutibile.

Eppure l'opinione secondo cui l'essersi occupato della regiudicanda durante la fase intermedia contamina l'imparzialità del giudice venne fortemente criticata, in particolare da parte dei magistrati; il *Deutsche Richterbund* parlò al riguardo negli anni Sessanta del secolo scorso di una «diffamazione immeritata» e denunciò una «atmosfera di generale diffidenza»²³. Oggi esistono tuttavia ricerche empiriche che dimostrano come una certa dose di «diffidenza» in proposito sia ben giustificata. Da diverse simulazioni processuali, in parte anche con l'ausilio di computer, è risultato infatti che i giudici prestatasi all'esperimento ricercavano soprattutto una conferma delle ipotesi assunte in precedenza a base dell'atto di imputazione e durante l'istruzione probatoria si limitavano alla raccolta di informazioni in tal senso. La selettività nella ricerca di informazioni condurrebbe – stando ai risultati degli studi – a un effetto denominato «di perseveranza» o «di persistenza»²⁴, causato dalla circostanza che viene concentrato in una sola persona il ruolo di giudice sia della fase intermedia sia di quella dibattimentale.

²¹ K. KOCH, *StV*, 2002, p. 222.

²² E. SCHMIDT, *NJW*, 1963, p. 1081.

²³ DEUTSCHER RICHTERBUND, *DRiZ*, 1963, p. 115 (118). Contrario all'idea di una generale prevenzione del giudice è anche L. MEYER-GÖBNER, *ZRP*, 2000, p. 345 (347); G. PFEIFFER, *Introduzione*, in R. HANNICH (a cura di), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 4^a ed., München, Verlag C.H. Beck, 1999, n.m. 43.

²⁴ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *StV*, 2000, p. 159 (160); v. anche K. SESSAR, *ZStW*, 1980, p. 698 (702); F.C. SCHROEDER-T. VERREL, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 172.

Si potrebbe obiettare che attualmente – come è stato rilevato – il giudice adibito al procedimento intermedio non entra affatto nel merito dell'accusa. Nell'ottica della possibile perdita di imparzialità si potrebbe dunque persino ritenere che la mancanza di un controllo effettivo sia da salutare con favore. Ci si dimenticherebbe così, tuttavia, come anche con un approccio meramente rutinario il giudice che conduce lo *Zwischenverfahren*, disponendo l'apertura del giudizio, manifesti di ritenere la condanna l'esito più probabile. È proprio questa decisione a determinare, per dirla con *Schünemann*, una «fissazione emozionale del giudice sull'ipotesi d'accusa»²⁵.

Se anche si volesse mettere in dubbio un complessivo atteggiamento di prevenzione del giudice, già soltanto un'impressione in tal senso da parte dell'accusato sarebbe tossica per un processo penale conforme ai principi dello Stato di diritto²⁶. Una simile sensazione risulta tuttavia, nell'attuale contesto normativo, difficilmente evitabile. In dibattimento l'imputato si ritrova pur sempre davanti al medesimo giudice che al termine della fase precedente aveva affermato di reputare la condanna – ad opera di sé medesimo! – l'esito più probabile.

IV. *Alternative de lege ferenda*. – Sembra regnare, in tema di *Zwischenverfahren*, un'ampia rassegnazione rispetto allo *status quo*, o, peggio ancora, rispetto ai suoi *deficit*. Perlomeno questo atteggiamento connota molte prese di posizione della dottrina. Si sostiene ad esempio che il procedimento intermedio permetterebbe comunque «di organizzare in certa misura il successivo giudizio e di risolvere le questioni in tema di competenza»²⁷. Si ritiene poi che tale fase, malgrado le sue carenze, induca il pubblico ministero a preparare con la massima attenzione e cura le premesse della decisione conclusiva²⁸. Si definisce lo *Zwischenverfahren* come una «*fleet in being*», una flotta cioè che con la sua sola esistenza influenza gli eventi bellici senza tuttavia prendervi parte direttamente²⁹. Talora ci si accontenta del riferimento al supposto «alto valore simbolico» della fase³⁰.

Ciò desta sorpresa, siccome non mancano le possibilità di rimuovere i difetti che connotano tale segmento processuale. Le soluzioni percorribili saranno analizzate e valutate qui di seguito.

²⁵ B. SCHÜNEMANN, *GA*, 1978, p. 161 (172, corsivo dell'autore)

²⁶ Cfr. E. SCHMIDT, *NJW*, 1963, p. 1081 (1082); K. SESSAR, *ZStW*, 1980 (92), p. 698 (701); C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 20; T. WEIGEND, *ZStW*, 2001 (113), p. 271 (285).

²⁷ H.U. PAEFFGEN, *Pre-§§ 198 ss.*, cit., n.m. 19.

²⁸ E. MÜLLER, *60. DJT*, 1994, p. M 76.

²⁹ P. RIEB, *Jura*, 2002, p. 735 (736).

³⁰ K. VOLK-A. ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO*, cit., § 16, n.m. 1.

1. *Abolizione*. – Una prima soluzione sarebbe quella di rinunciare a qualsiasi controllo, affidato al giudice del merito, sui risultati conseguiti nell'indagine del pubblico ministero. Ciò equivarrebbe all'abolizione della fase intermedia.

Si potrebbe discutere se il termine «abolizione»³¹, spesso utilizzato al riguardo, sia davvero calzante. In senso contrario milita la considerazione che alcune attività collocate tra la fase delle indagini e il dibattimento (come la fissazione dell'oggetto del processo o la determinazione del giudice competente), anche solo per ragioni organizzative non possono essere «abolite». Naturalmente sarebbe immaginabile assegnare tali attività ad altri segmenti processuali³². Poiché tuttavia il controllo sull'esito delle indagini rappresenta la funzione fondamentale dello *Zwischenverfahren*, una rinuncia a simile vaglio è in pratica equiparabile ad una «abolizione» della fase intermedia.

Rispetto al primo dei problemi sopra descritti, la soluzione testé indicata sarebbe radicale ma affatto coerente, dato che un autentico controllo sull'operato investigativo del pubblico ministero già oggi non si svolge nella stragrande maggioranza dei casi³³. Inoltre – così talora si argomenta – il giudice è comunque tenuto in ogni momento a verificare la sussistenza dei presupposti processuali, quindi pure prima della fissazione del dibattimento. In ciò starebbe già un «effetto di filtro» sufficiente³⁴. Rispetto invece alla compromissione dell'imparzialità del giudice dibattimentale, con l'abolizione del procedimento intermedio il problema sarebbe risolto in radice, non essendoci più a quel punto alcun giudice da adibire ad una fase ormai estinta³⁵. E se si pensa che nelle riforme del diritto processuale giocano regolarmente un ruolo centrale l'accelerazione del rito e la riduzione dei costi, tale misura – quantomeno dalla prospettiva del legislatore – sarebbe altresì appetibile³⁶.

Un argomento contrario all'abolizione dello *Zwischenverfahren* sta nel fatto che quest'ultimo costituisce pur sempre uno strumento processuale importante nel quadro dello Stato di diritto, in quanto dovrebbe tutelare l'accusato rispetto

³¹ Cfr. ad esempio W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 352; H.U. PAEFFGEN, *Pre-§§ 198 ss.*, cit., n.m. 10; C. ROXIN, B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 42, n.m. 3; B. SCHÜNEMANN, *GA*, 1978, p. 161 (173), nota 59; v. anche C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 15 («superamento»).

³² In questo senso la proposta di H. LORITZ, *Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, cit., p. 113 ss.

³³ Cfr. G. LINDEN, *60. DJT*, 1994, p. M 43; B. SCHÜNEMANN, *GA*, 1978, p. 161 (173 nota 59), «abolizione [...] nel risultato comunque sempre meglio che il suo mantenimento»; T. WEIGEND, *ZStW*, 2001 (113), p. 271 (285): «rinunciabile».

³⁴ Cfr. E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Vol. II, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, § 198, n.m. 4; vedi anche G. LINDEN, *60. DJT*, 1994, p. M 44.

³⁵ Cfr. W. GALLAS, *ZStW*, 1939 (58), p. 624 (651).

³⁶ Cfr. la relativa proposta conclusiva (respinta) del *60. DJT*, 1994, p. M 228.

ad azioni precipitose dell'autorità inquirente. Poiché, di fatto, è la polizia a svolgere gran parte dell'attività investigativa, a ragione viene espressa la preoccupazione per cui, in caso di abolizione della fase intermedia, se si arriverà o meno al dibattimento finirà col dipendere in ultima analisi dalla qualità dell'operato poliziesco³⁷. È pur vero che già oggi sussiste il pericolo che il pubblico ministero tenda ad esercitare l'azione penale nei casi ove la polizia giudiziaria ritenga ne valga la pena. *Paeffgen*, a tale proposito, descrive in modo appropriato l'intervento del giudice nello *Zwischenverfahren* come una «seconda barriera» alle spalle del pubblico ministero, che agisce alla stregua del «libero dietro la linea difensiva nei vecchi schemi calcistici»³⁸.

Anche le esperienze del periodo nel quale, in Germania, il procedimento intermedio era stato abolito sconsigliano di ripercorrere questa strada. Durante la dittatura nazionalsocialista tale fase cadde vittima delle ambizioni del legislatore volte a rafforzare il pubblico ministero e a velocizzare il processo. Dapprima venne gradualmente soppressa la necessità del passaggio attraverso il provvedimento di rinvio a giudizio nei processi davanti all'*Oberlandesgericht*, al *Reichsgericht*, al *Sondergericht* e al *Volksgerichtshof*³⁹. Con regolamento del 13 agosto 1942 tale provvedimento fu definitivamente sostituito con la disposizione del giudizio ordinata dal presidente del tribunale⁴⁰. L'ordine poteva essere respinto solo se il giudice dibattimentale dichiarava la propria incompetenza o risultasse con certezza che l'imputato non sarebbe stato poi condannato. Com'era prevedibile, il pubblico ministero non mostrò sempre nella prassi, diversamente da quanto aveva sperato il legislatore d'epoca nazista, il necessario dinamismo nella sua azione di «*Führer* dell'indagine»⁴¹. Questo sollevò critiche specialmente tra i magistrati giudicanti. In una sentenza del *Reichsgericht* del 1943 si lamentava espressamente come non fosse compito dei giudici quello di rimediare in dibattimento alle ca-

³⁷ Cfr. H. LILIE, *NStZ*, 2003, p. 568, «di fatto uno strapotere della polizia nell'individuare il fatto (di reato)»; B. SCHÜNEMANN, *StV*, 2000, p. 159; C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 18.

³⁸ H.U. PAEFFGEN, *Pre-§§ 198 ss.*, cit., n.m. 19, nota 4.

³⁹ Con il regolamento del 18.3.1933, *RGBl. I* 1933, p. 131, venne meno il procedimento intermedio nei processi di competenza del *Reichsgericht* e degli *Oberlandesgerichte*; con la legge del 24 aprile 1934, *RGBl. I* 1934, p. 341, in caso di competenza del *Volksgerichtshof*; con il regolamento del 21 febbraio 1940, *RGBl. I* 1940, p. 405 ss., nei casi di competenza dei *Sondergerichte* (per i quali naturalmente già dal momento della loro introduzione non aveva luogo alcun controllo giudiziale, v. § 11 della *Sondergerichtsverordnung*, 21 marzo 1933).

⁴⁰ *Führererlass* del 21 marzo 1942, *RGBl. I* 1942, p. 139; *Vereinfachungsverordnung* del 13 agosto 1942, *RGBl. I* 1942, p. 508; *Verordnung über Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses vom selben Datum*, *RGBl. I* 1942, p. 512.

⁴¹ Cfr. K. SIEGERT, *ZStW*, 1934 (54), p. 14 (21, 25 ss.); sul tema, M. HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, cit., p. 45. Sullo *Zwischenverfahren* durante il regime nazionalsocialista, vedi l'approfondito studio di H. LORITZ, *Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, cit., p. 74 ss.

renze investigative e non si potesse pretendere dal presidente che istaurasse la fase dibattimentale sebbene risultasse chiaro che, a causa di una preparazione insufficiente, quest'ultima si sarebbe potuta portare a termine solo a prezzo di ripetute interruzioni⁴².

L'abolizione dello *Zwischenverfahren* non costituisce, in definitiva, un'opzione auspicabile.

2. *Limitazione ai soli procedimenti di primo grado davanti al Landesgericht e all'Oberlandesgericht.* – Si potrebbe immaginare di riservare il procedimento intermedio ai soli reati di competenza del *Landesgericht* e dell'*Oberlandesgericht*. In questo modo – si potrebbe argomentare – verrebbe dato il giusto rilievo alla tutela dell'imputato perlomeno nei casi più gravi, rispetto ai quali è oltretutto escluso il giudizio d'appello. Anche nella *Reichstrafprozessordnung* del 1877 era prevista una forma di controllo preliminare ad opera del giudice esclusivamente per le imputazioni devolute alla cognizione delle corti superiori⁴³. E pure in altri sistemi processuali europei una fase intermedia si tiene solo quando si tratta di reati gravi⁴⁴.

Ad ogni modo, una siffatta rinuncia parziale allo *Zwischenverfahren* implicherebbe ammettere che la sottoposizione al dibattimento sia sempre tollerabile dall'imputato davanti all'*Amtsgericht*. In senso contrario già depone la circostanza che, dal varo della *Reichstrafprozessordnung*, l'area di competenza dell'*Amtsgericht* sia stata progressivamente ampliata e oggi non ricomprenda affatto soltanto reati bagatellari. Del resto il diritto dell'accusato di appellarsi contro la sentenza dell'*Amtsgericht* non rappresenta una compensazione adeguata alla perdita della fase intermedia, anche solo considerando che il giudizio di impugnazione può rivelarsi lungo e costoso. Inoltre, funzione fondamentale dello *Zwischenverfahren* è proprio quella di proteggere l'imputato evitando che si celebri un dibattimento sulla base di una piattaforma probatoria insufficiente.

⁴² Cfr. RG, DJ, 1943, p. 173 (174). Vi annotava il *Reichsgericht* che dagli atti non emergeva «se uno dei testimoni era stato mai sentito o invitato a rendere una dichiarazione scritta, o se altrimenti erano state intraprese le indagini necessarie». Cfr. anche M. HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, cit., p. 48. Il punto di vista di E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, cit., n.m. 4, secondo cui l'«abolizione del decreto che apre il giudizio a norma del regolamento del 13.8.1942 [fu] una scelta tendenzialmente corretta, la sua reintroduzione, per mezzo della legge *VereinbhGes*, un errore riprovevole», appare dunque quanto mai sorprendente.

⁴³ Cfr. nello specifico il § 176 RStPO 1877.

⁴⁴ Ad esempio in Francia, in Olanda, in Inghilterra e in Galles, in caso di delitti gravi e fatti complessi, si svolge un procedimento intermedio. Naturalmente la fase intermedia nei sistemi degli Stati europei viene regolata nel complesso in modi molto diversi; cfr. in dettaglio H.H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 8ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2006, n.m. 1157 ss., 1256 ss., 1404, 1313, 1360; M. TRAUT-C. NICKOLAUS, *StraFO*, 2012, p. 51 (54 ss.).

La fase intermedia dovrebbe pertanto essere mantenuta qualunque natura abbia l'accusa e andrebbero piuttosto esplorate le vie per superarne le attuali carenze.

3. *Miglioramento del controllo.* – Con riguardo al primo dei difetti individuati, l'insufficienza del "controllo negativo", occorre verificare in quale modo si possa rendere effettivo, o per dir meglio, rianimare lo *Zwischenverfahren*⁴⁵. Qui si pone anzitutto la questione del *perché* il "filtro" non funzioni. Di seguito si elencano le circostanze che contribuiscono a questa situazione.

a) *Ragioni dell'ineffettività del controllo.*

aa) *L'assenza di un obbligo di motivazione.* – Secondo l'odierno assetto normativo, il giudice dello *Zwischenverfahren* non ha alcun obbligo di motivazione quando dà seguito all'accusa, mentre è tenuto a giustificare l'esito opposto, poiché in questo caso il pubblico ministero ed eventuali persone offese attrici accessorie hanno la possibilità di impugnare immediatamente con il mezzo del *reclamo* (§ 210 co. 2 StPO). Di fronte all'alternativa tra l'accoglimento o il rigetto della domanda, la decisione di disporre il passaggio al dibattimento rappresenta allora per il giudice della fase intermedia l'opzione che comporta il minor impegno. Viene così incoraggiata la tendenza a "far transitare" l'accusa "prima di tutto".

bb) *Mancanza di un diritto dell'imputato all'impugnazione.* – Qualora venga introdotta la fase dibattimentale non è concesso all'imputato lo strumento del *reclamo* per impugnare il provvedimento propulsivo; una simile possibilità viene espressamente esclusa dal § 210 comma 1 StPO. Diversamente dal caso di diniego, la decisione di apertura del giudizio preclude ogni verifica sull'esito del procedimento intermedio. Un "controllo su chi è chiamato a controllare" non è in tal caso previsto. È logico che questa mancanza di una verifica di ulteriore istanza, a favore dell'imputato, faciliti controlli inadeguati in prima battuta⁴⁶.

cc) *La mancanza di parametri di controllo vincolanti.*

Ad oggi non esiste nessuna previsione normativa vincolante che fornisca al giudice i criteri da seguire nel procedimento intermedio per la verifica dei risultati delle indagini. Secondo il § 202 StPO il giudice *può* disporre l'assunzione di singole prove; a norma del nuovo § 202a StPO *può* sentire le parti sull'avanzamento del processo. Tutto ciò però non è obbligatorio. Nell'attuale contesto normativo lo smistamento routinario mediante la compilazione di un formulario è perciò sufficiente.

b) *Possibili modifiche legislative.* – Una prima strada per rimodulare il procedimento intermedio e renderlo uno strumento di controllo efficace sarebbe quel-

⁴⁵ Cfr. anche K. KOCH, *StV*, 2002, p. 222 (223), «ridare vita al procedimento intermedio!».

⁴⁶ Secondo E. MÜLLER, *60. DJT*, 1994, p. M 76, la mancanza di un mezzo di impugnazione costituisce addirittura «il male maggiore».

la di introdurre disposizioni che impongano al giudice della fase un controllo più penetrante sull'operato investigativo del pubblico ministero. Si potrebbe pensare in primo luogo ad una momento di confronto obbligatorio con l'imputato, dato che finora lo *Zwischenverfahren* si svolge essenzialmente per iscritto. Proposte in questo senso sono state avanzate nei vari progetti di riforma già dall'inizio del secolo e da allora tornano periodicamente ad affacciarsi.

Più di recente è da segnalare il contributo già citato del giudice *Karsten Koch*⁴⁷. *Koch* illustra la sua esperienza positiva nell'invitare l'imputato a «rendere interrogatorio e ad essere ascoltato sul capo d'accusa». Egli fonda la propria legittimazione a tal fine richiamando il potere del giudice di meglio chiarire, ai sensi del § 202 StPO, la questione oggetto della fase intermedia. *Koch* spiega in modo convincente che non si tratta di indurre l'accusato alla confessione, né della preparazione di accordi, poiché l'imputato viene ovviamente informato anche in questa fase processuale del suo diritto al silenzio. Si tratta piuttosto di offrirgli l'opportunità di esercitare con efficacia il suo ruolo di soggetto processuale, e di colmare eventuali lacune conoscitive. Questo abbrevia in ultima analisi – così la conclusione di *Koch* – anche il possibile dibattimento successivo.

La previsione e regolamentazione legislativa di una simile occasione di confronto, resa obbligatoria⁴⁸, è dunque una misura idonea a contribuire all'effettività del controllo sulle indagini del pubblico ministero nell'ambito dello *Zwischenverfahren*.

Una seconda possibilità è data dall'attribuzione all'imputato del diritto di impugnare il provvedimento di rinvio a giudizio⁴⁹, mentre – come si è visto – simile prerogativa è attualmente riservata al solo pubblico ministero e al *Nebenkläger* quando l'impulso al dibattimento venga negato. Tale soluzione – che, onde evitare un prolungamento eccessivo del processo, andrebbe concepita nella forma del reclamo immediato – sarebbe auspicabile sotto più punti di vista: verrebbe anzitutto superata la posizione di svantaggio dell'imputato, assai discutibile rispetto al

⁴⁷ Cfr. K. KOCH, *StV*, 2002, p. 222 (224). Cfr. anche D. HOFER, *Zur Zukunft des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, Köln, 2005, Diss., p. 37.

⁴⁸ Il giudice sarebbe costretto a convocare l'imputato, quest'ultimo a comparire al momento fissato. All'imputato viene comunicato con l'invito a presentarsi, e poi chiarito all'inizio dell'incontro, che ha la facoltà di non rispondere. Se anche si avvalessse di tale diritto, non si incorrerebbe in una perdita di tempo; si assicurerebbe infatti che il giudice controlli nel contenuto le indagini della pubblica accusa, e la presenza dell'imputato potrebbe essere utile a fissare la data per il dibattimento, a conoscere i nominativi dei testimoni a discarico, a vagliare la possibilità di una separazione processuale o archiviazione, e così via. Cfr. nello specifico K. KOCH, *StV*, 2002, p. 222 (224).

⁴⁹ A favore di un reclamo immediato per l'imputato, K.H. GÖSSEL, in K.H. GÖSSEL (a cura di), *Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985*, 1985, p. 131 (141); M. HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, cit., p. 147 ss.; E. MÜLLER, 60. *DJT*, 1994, p. M 76 s.

principio di parità delle armi⁵⁰. Si migliorerebbe, inoltre, la tutela a suo favore contro precipitose aperture del dibattimento. La conferma dell'accusa, da ultimo, finirebbe di rappresentare per il giudice la "via più facile". Ci si potrebbe dunque legittimamente attendere una più equilibrata valutazione sull'accusa.

L'introduzione di un diritto di impugnazione a favore dell'imputato, in definitiva, renderebbe il controllo esercitato nel procedimento intermedio più effettivo e vicino agli interessi difensivi. Ciò sarebbe perfettamente in linea con la funzione genuina dello *Zwischenverfahren*, ossia quella di assicurare un vaglio negativo a tutela dell'imputato.

4. *Evitare il pregiudizio all'imparzialità.* – Anche il secondo, strutturale punto debole del procedimento intermedio, la possibile prevenzione del giudice in dibattimento, potrebbe essere superato in diversi modi.

a) *Esclusione dal dibattimento del giudice dello Zwischenverfahren.*

Una soluzione ovvia sarebbe di adibire al procedimento intermedio un giudice diverso da quello del dibattimento. Con tale passo il legislatore non si addentrebbe in un territorio inesplorato. A seguito della *Reichsstrafprozessordnung* del 1877, un giudice che avesse condotto l'allora fase preliminare dell'istruzione era poi completamente estromesso dal dibattimento. In dibattimento, del resto, dei cinque giudici togati che componevano il Collegio, due al massimo potevano essere i medesimi che avessero concorso alla decisione di apertura del giudizio; il relatore chiamato a riferire sulla richiesta del pubblico ministero era sempre escluso dal dibattimento (§ 23 commi 2, 3 RStPO). Con la cosiddetta *Lex Emminger* del 1924⁵¹, l'identità nella persona del giudice della fase intermedia e del giudice dibattimentale divenne però la regola. Determinante nell'approvazione di tale modifica – così come della riforma nel suo complesso – fu l'obiettivo di contenere i costi del processo.

Reintroducendo lo *Zwischenverfahren*, nel 1950, il legislatore tuttavia non si ispirò alla disciplina originaria, bensì alla *Lex Emminger*. All'inizio degli anni Sessanta si arrivò nondimeno vicini ad escludere di nuovo il giudice della fase intermedia dalle funzioni dibattimentali. Nei lavori preparatori della riforma processuale del 1964, la proposta della commissione giuridica così recitava: «un giudice che disponga o abbia concorso a disporre il giudizio è incompatibile con la funzione di giudice del dibattimento»⁵². All'epoca tuttavia la trasposizione in legge

⁵⁰ Cfr. F. LOOS, §§ 199 ss., cit., n.m. 1. Su questa linea si colloca sostanzialmente anche M. WAGNERS, 60. *DJT*, 1994, p. M 228, ovvero l'abolizione del reclamo immediato del pubblico ministero contro il rigetto della domanda. Di certo però questo non migliorerebbe il controllo del giudice.

⁵¹ *RGBL.* I 1924, p. 15 ss.

⁵² BT-Drs. IV/1020, p. 20.

falli sotto le forti critiche dei magistrati associati, i quali vedevano messa in discussione, per sospetto di parzialità, la loro corporazione⁵³.

L'esclusione del giudice dello *Zwischenverfahren* dalla fase del dibattimento è però anche suggerita dal paragone con le cause previste *de lege lata* nel § 23 StPO⁵⁴. Dopotutto è pur sempre contemplata in quella sede l'incompatibilità del giudice che abbia concorso a pronunciare una precedente decisione nel corso del medesimo procedimento⁵⁵.

Chi si oppone all'incompatibilità obietta come, l'incaricare due giudici di occuparsi della medesima questione, costituisca un appesantimento sproporzionato⁵⁶. Il giudice che si sia laboriosamente applicato a vagliare l'indagine del pubblico ministero, lo avrebbe fatto, alla fin fine, inutilmente, dal momento che il collega del dibattimento dovrebbe affrontare daccapo la materia del processo. Ma il giudice deve comunque anche ora, per prepararsi al dibattimento, esaminare gli atti una seconda volta, giacché di regola tra la conclusione della fase intermedia e l'inizio del dibattimento trascorre un notevole lasso di tempo. In ogni caso di un simile dispendio di energie varrebbe la pena, poiché fugherebbe ogni sospetto di parzialità del giudice⁵⁷.

b) Istituzione di un'udienza preliminare.

Per superare il rischio che il giudice sia prevenuto, una seconda possibilità – per così dire, la “soluzione compiuta” – è quella di ampliare la procedura intermedia sino a creare un'autonoma fase di udienza preliminare. Sono ricorrenti le proposte in tal senso, sull'esempio di altri ordinamenti e sistemi. *Roxin* consiglia ad esempio di istituire un'apposita istanza giurisdizionale, deputata a decidere sul rinvio a giudizio (“*Erböffnungsgericht*”)⁵⁸. *Weigend* indica invece quale possi-

⁵³ Cfr. sul punto E. SCHMIDT, *NJW*, 1963, p. 1081 (1082).

⁵⁴ Cfr. O. MIEHE, in E. SAMSON (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, p. 387 (395); C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 19, «una inquietante anomalia».

⁵⁵ In L. MEYER-GÖßNER, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 56^a ed., München, Verlag C.H. Beck, 2013, il § 23 viene addirittura intitolato «esclusione del giudice per precedente partecipazione» (corsivo dell'autore), il che – così si dovrebbe ritenere – comprenderebbe anche la «precedente partecipazione» al procedimento intermedio.

⁵⁶ Cfr. DEUTSCHER RICHTERBUND, *DRiZ*, 1963, p. 115 (116); L. MEYER-GÖßNER, *ZRP*, 2000, p. 345 (347), parla propriamente di un «gigantesco giro a vuoto» che si verrebbe a creare. Cfr. anche *ID.*, *Strafprozessordnung*, cit., n.m. 2.

⁵⁷ Alle stesse conclusioni perviene anche C.F. STUCKENBERG, § 198, cit., n.m. 20; M. TRAUT-C. NICKOLAUS, *StraFO*, 2012, p. 51; tendenzialmente anche W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., n.m. 352, «(opzione) considerabile».

⁵⁸ Cfr. C. ROXIN-B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 42, n.m. 3, in riferimento alla *Grand Jury* del sistema statunitense. Sul lavoro svolto dalla *Grand Jury* negli USA, v. C.C. DENGLER, *Die richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2003, p. 205 ss., che in definitiva non vi scorge

bile modello per la riforma il *confirmation hearing* della Camera preliminare presso la Corte Penale Internazionale (cfr. art. 61, Statuto di Roma)⁵⁹.

Di simili proposte viene bensì riconosciuta l'innovatività, ma alla fine esse vengono puntualmente abbandonate. Se siano effettivamente inadatte alla prassi, come talora si afferma, è questione che non può essere qui approfondita nei dettagli⁶⁰. Ma non è neppure da attendersi che il legislatore sia pronto a intraprendere una riorganizzazione così impegnativa del processo penale quale implicherebbe l'introduzione di un'udienza preliminare. Le proposte appena menzionate restano tuttavia significative in quanto affrontano entrambe le principali manchevolezze qui segnalate: l'assenza di un controllo effettivo e la prevenzione del giudice. Esse si differenziano dalle soluzioni prospettate in precedenza poiché queste ultime si concentrano invece soltanto su uno dei due aspetti critici.

V. Proposta personale

1. *Rendere realmente effettivo il procedimento intermedio*. – Se si cerca una soluzione che dia risposta a entrambe le problematiche dell'odierna fase intermedia e possa essere attuata con riforme legislative adeguate, occorre primariamente volgere lo sguardo all'autentica funzione dello snodo processuale in parola.

Si direbbe che lo *Zwischenverfahren* venga considerato sempre più quale strumento di deflazione del dibattito anche dagli stessi fautori di una sua riforma. Come esempio di un orientamento programmatico in tal senso può ricordarsi un disegno di legge del 2003, presentato dall'allora governo federale rosso-verde⁶¹. Il progetto prevedeva che il giudice, prima di decidere l'apertura del dibattimento, dovesse ascoltare l'imputato; una iniziativa normativa, dunque, sostanzialmente apprezzabile nell'ottica di quanto abbiamo detto a proposito della necessità di migliorare il controllo sui risultati investigativi conseguiti dal pubblico ministero. Stando alla relazione di accompagnamento al testo, tale misura mirava tuttavia principalmente ad un risparmio di risorse, così come alla tutela della vittima del reato convocata in qualità di testimone⁶². Sull'autentica finalità stori-

tuttavia un modello utile per il sistema processuale tedesco. Ad ammonire insistentemente da una trasposizione delle strutture anglo-americane, E. SCHMIDT, *NJW*, 1963, p. 1081 (1087).

⁵⁹ Cfr. T. WEIGEND, *ZStW*, 2001 (113), p. 271 (285), come anche (seppure su ben altre posizioni nelle conclusioni) D. HOFER, *Zur Zukunft des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, cit., p. 120 ss.

⁶⁰ Secondo L. MEYER-GÖBNER, *ZRP*, 2000, p. 345 (347), l'introduzione di una «giurisdizione sulla decisione d'apertura del dibattimento», come prospettato da *Roxin*, costituisce una «proposta teoricamente logica, in pratica però inapplicabile».

⁶¹ Sugli sfondi politici, v. D. HOFER, *Zur Zukunft des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, cit., p. 26 ss.

⁶² Cfr. BT-Drs 15/1076, p. 3 e 11.

camente assegnata alla procedura intermedia – la verifica sull'accusa a garanzia dell'imputato – non veniva spesa neppure una parola.

Anche nelle discussioni del 60° congresso dei giuristi tedeschi (1994), dedicato tra l'altro anche al ruolo della fase intermedia, vennero tematizzati mutamenti di configurazione dello *Zwischenverfahren* esclusivamente nell'ottica di accelerazione del processo e di deflazione del dibattimento⁶³.

Non serve il dono della profezia per prevedere che pure la riforma processuale attualmente in discussione si occuperà del procedimento intermedio in quella stessa prospettiva. Il ministro della giustizia *Heiko Maas* già nel luglio del 2014, all'avvio dei lavori della commissione di esperti, pose l'accento sul fatto che si dovesse indagare dove il processo penale potesse essere snellito e dove sveltito⁶⁴. Al centro della riforma starebbe insomma l'obiettivo di rendere efficiente il processo penale.

Ora, il concetto di “rendere efficiente” può essere inteso in diversi modi. Ci si può riferire al “miglioramento” della funzione di controllo (e in tale significato abbiamo impiegato la nozione nel presente scritto); ma si può anche alludere con ciò ad una accelerazione del processo allo scopo di risparmiare risorse (ed è in questo secondo senso che il termine viene usato dal ministro della giustizia). Con riguardo all'ultima delle indicate accezioni, il ministro sottolineava sì, che l'“efficientamento” non avrebbe dovuto compromettere i diritti dell'imputato né la qualità del processo, ma non si esprimeva su come (o meglio, se) i due obiettivi potessero conciliarsi.

Una riforma legislativa che tenesse d'occhio lo scopo genuino della fase intermedia dovrebbe avere al contrario una duplice finalità: da un lato, garantire la sua funzione di controllo negativo; dall'altro, evitare che l'imparzialità del giudice competente a decidere sul merito soggiaccia alla forza della prevenzione. Per raggiungere l'obiettivo sono dunque necessari gli interventi normativi di seguito specificati.

2. *Miglioramento del controllo.* – Innanzitutto si deve garantire che il giudice effettui una verifica più profonda di quella attuale. Le strade percorribili onde evitare un “effetto-timbro” sono state a suo tempo esposte. Un'occasione di ascolto dell'imputato, prevista espressamente dalla legge come obbligatoria, migliorerebbe la qualità del controllo giudiziale. Al § 202 StPO potrebbe perciò essere aggiunto un secondo comma di questo tenore:

⁶³ Sulle possibili modifiche al procedimento intermedio «con l'obiettivo di velocizzare il processo penale, in particolare il dibattimento, senza che a pagarne le conseguenze siano i principi fondamentali», (questa la questione di fondo), v. i singoli interventi del 60. *Juristentag*, 1994.

⁶⁴ V. nota 2. Tali obiettivi di riforma non sono certamente nuovi, ma sono stati additati già dall'inizio degli anni '70; si veda sul punto G. WERLE, *ZRP*, 1983, p. 197.

«Prima della decisione sull'apertura del dibattimento, l'imputato va convocato per essere ascoltato direttamente. L'accusato ha l'obbligo di comparire. Si applica il § 133 II».

In alternativa si potrebbe introdurre l'impugnazione avverso il provvedimento di rinvio a giudizio. A tal fine il § 210 comma 1 andrebbe riformulato come segue:

«Il provvedimento che ha disposto l'apertura del dibattimento può essere impugnato con reclamo immediato».

3. *Incompatibilità a causa della prevenzione.* – Oltre a quanto detto, il giudice che esercita nello *Zwischenverfahren* questo tipo di controllo reso effettivo, è incompatibile rispetto alla fase del dibattimento. Qualora si potenziasse il vaglio nel senso appena prospettato, l'esigenza diverrebbe anzi particolarmente pressante: quanto più il giudice si ingerisce nella materia processuale, tanto più si rafforza quella tendenza psicologica a rimanere fermo sul convincimento di probabile condanna espresso nella decisione di istaurare il dibattimento⁶⁵. Occorre perciò una prescrizione simile a quella che già si trovava nell'ordinamento processuale del 1877, così come nelle proposte legislative dei primi anni Sessanta. Nel § 23 StPO si dovrebbe quindi aggiungere un terzo comma che così reciti:

«Il giudice che ha partecipato alla decisione sul rinvio a giudizio è incompatibile alla funzione di giudice del dibattimento».

Quale giudice sia poi competente per la fase intermedia e quale per il dibattimento sarebbe questione rimessa all'organigramma stabilito da ciascun ufficio giudiziario.

Se anche una simile misura, da sola, non risolverebbe il problema della *conoscenza* dello stato degli atti prima del dibattimento, essa eviterebbe perlomeno che il medesimo giudice cerchi poi conferme della propria precedente decisione e blocchi l'ingresso ad informazioni probatorie di segno contrario.

Grazie ad una simile combinazione strategica di fattori i principali difetti dello *Zwischenverfahren* sarebbero superati e la fase processuale nel suo complesso rivitalizzata.

⁶⁵ H.U. PAEFFGEN, *Pre-§§ 198 ss.*, cit., n.m. 16.

Tavola rotonda
Le polizie

TAVOLA ROTONDA

LE POLIZIE

Nota introduttiva di ADOLFO CERETTI

Le polizie sono, come è noto, al centro del dibattito pubblico, e lo sono da molto prima di quando si è imposta la questione della sicurezza urbana come argomento prioritario dell'agenda mediatica e politica.

Dalle necessità di un loro coordinamento sui territori alle proposte di ridefinizione del loro sistema per numero e funzioni, dai casi di uso eccessivo della forza alla discussione sulla polizia di prossimità, dalle esigenze di *spending review* del comparto sicurezza alle trasformazioni del *Policing* a livello internazionale: i temi in discussione sono numerosi, ma troppo spesso i dibattiti che li animano prescindono dal contributo accademico. Le cause di questa mancanza di attenzione da parte dei ricercatori sono molte, ma resta il fatto che della polizia, perlomeno in termini scientifici, in Italia – come altrove – si sa molto poco. Come sosteneva il criminologo canadese Denis Szabo già qualche decennio addietro, la si critica o la si difende, ma non la si studia.

Date queste premesse, *Criminalia* ha ritenuto fondamentale organizzare una Tavola Rotonda sull'argomento. La finalità principale è quella di raccogliere alcuni contributi volti a fissare da un lato i principali nodi problematici che riguardano oggi le polizie italiane nell'alveo delle trasformazioni del *Policing* a livello internazionale, dall'altro a restituire il valore di un dialogo proficuo tra studiosi di diverse discipline e operatori della sicurezza su un'istituzione cruciale dei sistemi penali moderni.

DAVIDE BERTACCINI

POLIZIA ALL'ITALIANA. NOTE A MARGINE DI TENDENZE SENZA MODELLO

1. *L'evoluzione della polizia italiana nel contesto nazionale-locale.* – Il compito che affronto in questo breve contributo è individuare e discutere i principali cambiamenti che hanno interessato la polizia italiana nell'ultimo decennio, sullo sfondo delle dinamiche internazionali della ricerca e dell'azione in materia. Con

tale proposito riprenderò e svilupperò gli approdi raggiunti in miei precedenti lavori, di cui qui mi limiterò a condividere gli elementi utili alla presente riflessione. L'obiettivo che perseguo non è trarre delle precise conclusioni, ma collocare lo stato attuale della situazione italiana nel contesto internazionale e tratteggiare degli scenari possibili nel prossimo futuro.

Il campo che considero è rappresentato dalla strategia riformistica della polizia pubblica, sia nazionale che locale, nelle società occidentali a democrazia matura, tra cui collochiamo il nostro paese. Per questa ragione non mi occuperò, da una parte, di ordine pubblico-interno¹, di polizia transnazionale-globale² o di sicurezza plurale-integrata³, che comunque interessano il nostro sistema di polizia e di sicurezza; d'altra parte, non vi includerò le polizie di paesi di recente indipendenza, con cultura orientale o ad ordinamento confessionale, cui nemmeno posso rinviare vista la vastità e la diversità degli approcci necessari.

I contributi tematici sulla polizia italiana, nel contesto contemporaneo, risultano significativamente pochi e soprattutto parziali. In questo vuoto di riflessione scientifica, teorica ed empirica, ciò che persiste sono lavori autoreferenziali sull'universo degli operatori, delle polizie nazionali⁴ come locali⁵, progettati su conoscenze o esigenze da loro raccolte e realizzati con indagini quantitative o in manuali formativi a loro destinati.

In realtà, lo stato della conoscenza critica sulla nostra polizia pare grandemente condizionato dalle tendenze non solo interne al mondo istituzionale e accademico, ma anche trasversali al sistema economico e sociale. Per questo cercherò di individuarle nella rispettiva autonoma portata e di suggerirne degli eventuali nessi reciproci.

¹ V. D. P. WADDINGTON, *Policing Public Disorder – Theory and Practice*, Willan, Cullompton, 2007; P. F. GILLHAM, *Securitizing America: Strategic Incapacitation and the Policing of Protest Since the 11 September 2001 Terrorist Attacks*, in *Sociology Compass*, 2011, vol. 5, n. 7, pp. 636-652.

² V. N. WALKER, *The Pattern of Transnational Policing*, in T. Newburn (a cura di), *Handbook of Policing*, 2^a ed., Willan, Cullompton, 2008, pp. 119-146; B. BOWLING-J. SHEPTYCKI, *Global Policing*, Sage, London, 2012.

³ V. T. JONES, T. NEWBURN (a cura di), *Plural Policing – A Comparative Perspective*, Routledge, London-New York, 2006; A. CRAWFORD, *Plural Policing in the UK: Policing beyond the Police*, in T. Newburn (a cura di), *Handbook of Policing*, 2^a ed., Willan, Cullompton, 2008, pp. 147-181; C. O'REILLY, *The pluralization of high policing: convergence and divergence at the public-private interface*, in *British Journal of Criminology*, 2015, vol. 55, n. 4, pp. 688-710.

⁴ V., come approccio sociologico, F. ANTONELLI-L. GOBBI-M.L. MANISCALCO-V. ROSATO, *Produrre sicurezza – Agenti, Assistenti e Primi Dirigenti della Polizia di Stato di fronte a una società in cambiamento*, Franco Angeli, Milano, 2013; dalla prospettiva criminologica, F. CARRER, *I funzionari della Polizia di Stato – Analisi su una professione alla ricerca d'identità*, Franco Angeli, Milano, 2006.

⁵ V., dal mondo della formazione, P. DE SARIO, L. DEL CARLO, *Comandi di polizia locale efficaci*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014; dall'universo della professione, F. CRISTALLI-F. L. ROSSIO, *Polizia locale 2.0 – La sicurezza adattativa*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015.

2. Il recente percorso dei modelli di riforma.

2.1. *Riforme, modelli: realtà e retorica.* – Nel dibattito internazionale, le riforme di polizia, come questione generale, sollevano ancora oggi un significativo interesse. Si rinvengono come oggetto sia di ricerche empiriche, che di studi teorici, che indagano singoli aspetti o specifici contesti delle diverse strategie più riconosciute e diffuse⁶: la maggiore mole di lavori pubblicati riguarda la polizia di comunità, poi seguono quelli relativi alla polizia di risoluzione dei problemi e alla polizia di ristabilimento dell'ordine, infine quelli incentrati sulla polizia di avvicinamento ai cittadini. Si ritrovano al centro di corsi accademici⁷, come di seminari professionali⁸, che in genere collocano il tema della revisione delle strategie di polizia nel contesto dell'evoluzione delle politiche di sicurezza.

Di particolare rilievo è in proposito la discussione sull'individuazione dei modelli di polizia e sulla loro distinzione da altri programmi o moduli di polizia. Anche tra gli studi più recenti in argomento⁹, si condivide un punto fondamentale per questa analisi, cioè che è improprio parlare di "modello" quando si è di fronte a campagne cosmetiche o di relazioni pubbliche, dalla consapevole imprecisione e incoerenza, senza aspettative di riforma in senso stretto del sistema, avanzate piuttosto per migliorare il consenso e l'immagine dell'istituzione, magari approfittando del significato positivo che tali parole d'ordine godono a livello di opinione pubblica.

Secondo l'approccio metodologico che ho altrove meglio discusso¹⁰, un modello deve essere impostato su precise asserzioni teoriche e deve risultare governato da condivise regole deduttive, in grado di descrivere e spiegare gli aspetti fondamentali dei concetti e delle azioni in questione. Un modello di polizia va così inteso non solo nei suoi contenuti organizzativi, di regola dominanti nella formulazione istituzionale di una riforma per un corpo di polizia, ma soprattutto nei suoi significati ideologici, strategici, pragmatici e di qualsiasi altra natura, manifesti come latenti. Pertanto, in materia di riforme di polizia possono esistere molti elementi preziosi, eterogenei e complementari, provenienti da interventi di politici che hanno sostenuto un'idea, attività di dirigenti che hanno incarichi di coordina-

⁶ Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, Bononia University Press, Bologna, 2009, pp. 129-341.

⁷ V., su tutti, F. GUILLÉN LASIERRA, *Policia i seguretat*, Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2012.

⁸ V., tra tanti, F. CARRER (a cura di), *Le politiche della sicurezza – Dalla "polizia comunitaria" alla "tolleranza zero"*, Atti del Seminario internazionale *Sicurezza nelle città: dalla prevenzione sociale alla tolleranza zero*, Associazione Nazionale Funzionari di Polizia, Genova, 3 aprile 2009, Franco Angeli, Milano, 2009.

⁹ Cfr. R. C. MAWBY, *Models of Policing*, in T. Newburn (a cura di), *Handbook of Policing*, 2^a ed., Willan, Cullompton, 2008, 17-46, e soprattutto F. GUILLÉN LASIERRA, *Modelos de policia. Hacia un modelo de seguridad plural*, Bosch, Vallirana, in corso di pubblicazione.

¹⁰ Cfr., diffusamente, D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 131-137.

mento, resoconti di operatori che hanno implementato un progetto, materiali di esperti che hanno curato la comunicazione, e anche contributi di studiosi che hanno operato dentro le istituzioni, che vanno utilizzati per avere un quadro conoscitivo migliore non solo sulla realtà, ma specie sulla retorica delle iniziative analizzate.

2.2. *Prossimità locale: legislazione e progettazione.* – Come ben noto, il modello riformistico che, al seguito di altre esperienze nazionali¹¹, il nostro paese ha conosciuto nel recente passato è la polizia di prossimità.

Sebbene siano state le polizie locali ad accogliere la strategia in esame come approccio di cambiamento, già negli anni novanta del secolo scorso¹², la prossimità ha acquisito il ruolo di modello riformistico quando è avvenuta la sua declinazione nazionale, da parte del Ministero dell'interno e delle polizie centrali generaliste, Polizia di Stato e Arma dei Carabinieri. Prima di occuparmi della situazione attuale in cui versa la prossimità nazionale, trovo interessante effettuare una breve digressione sulla prossimità di polizia in ambito locale.

Negli stessi anni in cui a livello nazionale la polizia di prossimità veniva sviluppata come una costruzione sostanzialmente discorsiva, fondata sulle dichiarazioni espresse dai responsabili centrali, a livello locale le prime politiche delle regioni, destinate alla promozione di sistemi integrati della sicurezza, avevano invece iniziato ad inserire la prossimità per le polizie locali nel contenuto delle legislazioni di settore, come nella disciplina dei finanziamenti per progetti.

Le Regioni Emilia-Romagna e Toscana, legate da un significativo impegno su questi temi, che tra l'altro è sfociato nella fondazione, insieme ad altre istituzioni, della Scuola interregionale di polizia locale, offrono un utile esempio alla lettura della reale portata di quanto avvenuto a livello locale.

Nella legislazione regionale emiliano-romagnola e toscana¹³ è stato prescritto, rispettivamente, che gli accordi tra Stato, Regione, enti locali e formazioni sociali, in materia di sicurezza delle città e del territorio regionale, privilegino lo «svilup-

¹¹ V., come contributi più recenti, N. CAZORLA, *La police de proximité – Entre réalités e mythes*, L'Harmattan, Paris, 2009; C. FERNÁNDEZ JUSTES, *El modelo de proximidad: gestión estratégica para una Policía orientada a la convivencia*, in I. Garrós-A. Yñiguez (a cura di), *El papel de la policía en la convivencia*, Dux, Barcelona, 2008, pp. 13-42.

¹² Cfr. F. CARRER, *Organizzazione di polizia e gestione della sicurezza urbana*, in AA.VV., *Il vigile di quartiere*, Atti del Seminario *Vigile di quartiere e polizia di prossimità per la sicurezza urbana: esperienze a confronto, risultati e prospettive*, Torino, 28 marzo 2002, Comune di Torino, Torino, 2002; A. BALLONI (a cura di), *Il vigile di quartiere a Milano – Percorsi formativi e operativi: un approccio criminologico*, Franco Angeli, Milano, 2003.

¹³ V., per la Regione Emilia-Romagna, l.r. 4 dicembre 2003, n. 24, artt. 3 (*Promozione del coordinamento in materia di sicurezza pubblica e polizia amministrativa*) e 16 (*Figure professionali e struttura della polizia locale*); per la Regione Toscana, l.r. 3 aprile 2006, n. 12, art. 14 (*Corpo di polizia municipale*).

po di moduli organizzativi dell'attività di polizia fondati sul principio di prossimità anche mediante figure di operatori di quartiere ed il coinvolgimento dei cittadini» e che i regolamenti dei corpi comunali e intercomunali di polizia, nella definizione della struttura organizzativa e dell'articolazione territoriale, privilegino dei «moduli organizzativi fondati sui principi di prossimità e adeguatezza»; e che i corpi di polizia municipale, ove possibile, privilegino un'«organizzazione improntata al principio del decentramento» e «moduli operativi di prossimità nei confronti della collettività amministrata dall'ente locale di appartenenza».

Tuttavia il ruolo della prossimità nelle polizie locali si coglie in particolare nel contesto dei progetti promossi e finanziati dai servizi regionali a vantaggio degli enti territoriali, dai primi anni del decennio scorso. Da una preziosa ricerca in materia¹⁴, relativa al contesto toscano ma che prende in considerazione elementi affini alle discipline di altre regioni, emerge innanzitutto che il flusso dei fondi è stato progressivamente spostato dai progetti delle città, con iniziative maggiormente innovative e diversificate, ai progetti delle polizie, per esigenze marcatamente strutturali e settoriali, che nel tempo sono diventate destinatarie di un filone dedicato di finanziamento, fuori da una logica di progettazione integrata. Risulta così che l'orientamento delle azioni ha fatto significativamente registrare una prevalenza dell'area della polizia, rispetto a quella del sociale, con le voci maggiormente consistenti che hanno riguardato l'installazione di sistemi di videosorveglianza e l'ampliamento di dotazioni di mezzi o di turnazioni di servizio per le organizzazioni di polizia locale.

Da questi rilievi, pare evidente che, già a livello della disciplina regolativa, l'accento venga posto sulla sola dimensione organizzativa, anche laddove si considerano comunque attività, figure e rapporti della polizia nei confronti della società. Tuttavia è sul campo del sostegno gestionale che il sistema regionale-comunale risulta rivelare, dalla parte regionale come da quella locale, di non aver mai realmente assimilato e perseguito la prossimità come modello riformistico. La prossimità locale è sopravvissuta come vessillo nelle legislazioni regionali, senza aver comunque impedito o ridotto il ricorso a interventi di ristabilimento dell'ordine, come servizi anti-vagabondaggio o anti-accattonaggio, che non seguono affatto i principi di una genuina filosofia trasversale all'amministrazione locale, in chiave di prossimità e di coinvolgimento, pure laddove agiti da parte di sedicenti operatori di quartiere, dato che si fondano sull'applicazione aggressiva e discriminatoria di ordinanze o regolamenti comunali¹⁵ che, al pari dei provvedi-

¹⁴ Cfr. M. BONETTI, *La sicurezza politica – Uno studio sulla sicurezza dalla dimensione ontologica allo strumento amministrativo*, Tesi di dottorato di ricerca, Corso *Storia e sociologia della modernità*, Università di Pisa, Pisa, 2012.

¹⁵ Cfr. L. CHIODINI-M. GIOVANNETTI-G. MELONI-R. MILANO (a cura di), *Oltre le ordinanze – I sindaci e la sicurezza urbana*, Citalia Fondazione Anci Ricerche, Roma, 2009.

menti nazionali che li hanno ispirati, sono stati censurati anche a livello della legittimità costituzionale. Nel mercato della promozione regionale, poi, la prossimità ha rappresentato il trionfo delle buone aspettative o delle buone intenzioni, utilizzata solamente quando si trattava di abbellire le domande di eterofinanziamenti e i rendiconti mediante auto-dichiarazioni, che mai seriamente rispondono ai canoni scientifici di valutazione di un'effettiva filosofia di polizia che si avvicina e si relaziona, attraverso l'ascolto e la condivisione, rispetto alle esigenze di tutta la collettività.

2.3. Prossimità nazionale: sperimentazione e superamento. – Nel contesto nazionale, il quadro generale in cui è stata collocata la prossimità italiana è presto richiamato.

Sul piano del sistema di sicurezza, il contesto di riferimento è stato indicato in una politica di sicurezza di cui viene ribadita la continuità con la tradizione centralistica e pluralistica di derivazione francese, senza alcun mutamento dell'assetto ordinamentale della sicurezza nella direzione del decentramento e della devoluzione. Sono stati proposti come modelli di sicurezza da sviluppare la sicurezza integrata, la sicurezza dedicata e la sicurezza partecipata, secondo una progressiva intensificazione dell'auspicato coinvolgimento della società, nella gestione della sicurezza, al fianco della polizia.

Sul piano dell'universo di polizia, si sono approntate anzitutto alcune strategie organizzative: si è puntato al recupero di risorse da destinare alle attività operative, alla redistribuzione dei presidi sul territorio secondo criteri di impiego razionale delle risorse e al coordinamento di forze e servizi al fine del miglioramento dell'efficienza degli apparati. A sostenere la prossimità inoltre non ci sono state solo strategie organizzative in senso stretto, ma anche talune tattiche operative, in particolare sul piano del controllo del territorio: si è trattato dei sistemi di videosorveglianza e delle maxi-operazioni sul territorio. Con il progetto è stata evocata infine una cultura del risultato: ci si è riferiti non soltanto alle pratiche di coordinamento in precedenza accennate, bensì pure agli indicatori di risultato.

Il piano specifico con cui è stata definita e avviata la prossimità nazionale può essere riassunto attorno ad alcuni profili fondamentali.

La dimensione della prossimità è stata intesa come territoriale, incentrata sui luoghi e le persone che abitano e vivono questi luoghi, ma insieme a questa si è affiancata quella telematica, virtuale, sviluppata sulla rete e da altre modalità tecnologiche di servizi a distanza.

Quanto al contenuto, la prossimità è stata ritenuta un contenitore, in cui includere le iniziative improntate all'attenzione alle esigenze della collettività. Tali azioni possono essere schematizzate come segue: 1) offerta di informazioni (servizio di casella vocale per informazioni, siti istituzionali in rete, uffici relazioni con

il pubblico e attività di contatto con il pubblico); 2) presentazione di denunce e al ritrovamento di beni (siti in rete per la presentazione di denunce, centro telefonico per la formulazione di denunce, servizio di raccolta di denunce a domicilio, sezione in rete per il recupero di beni ritrovati o sequestrati, commissariato virtuale); 3) controllo del territorio (sistemi di videosorveglianza e teleallarme negli esercizi commerciali, polizia dei parchi, polizia dei giochi e delle scommesse, commissariato di quartiere, postazione mobile, volante di prossimità e di quartiere, e soprattutto come vedremo poliziotto e carabiniere di quartiere); 4) formazione degli operatori (nuova formazione, specializzazione, aggiornamento).

La missione della prossimità è stata prevista come impegno a tutto campo, che orienta la polizia verso molteplici e complementari funzioni di conoscenza e controllo del territorio, con il fine di contrastare la criminalità e di assicurare la cittadinanza. In concreto, il significato della prossimità è stato tradotto in una logica di servizio, come potenziamento, professionalizzazione e personalizzazione dei servizi di polizia, così sempre più adeguati alle esigenze dei cittadini. L'operatività di prossimità è stata descritta come il rendere la polizia vicina, presente e disponibile, per attivare un contatto, un rapporto e una collaborazione. La risposta della prossimità si è sostanziata nel conoscere e presidiare il territorio, come pure nel farsi carico efficacemente dei problemi delle collettività e delle loro paure. L'obiettivo della prossimità è stata la prevenzione, il contrasto e la riduzione del crimine, nonché l'aumento del senso di sicurezza, della qualità della vita e della fiducia dei cittadini.

Rispetto alla valutazione, la prossimità è stata considerata di particolare complessità, per cui sono stati individuati i seguenti giudizi generali di segno positivo: a livello di intervento complessivo, sostegno all'azione di contrasto della criminalità, incremento della sicurezza oggettiva e di quella percepita, e consolidamento della fiducia dei cittadini nelle forze di polizia; a proposito di singole azioni, il servizio di raccolta delle denunce a domicilio avrebbe dato risultati positivi su tutto il territorio in quanto molte persone ne hanno fatto richiesta, la polizia dei giochi e delle scommesse avrebbe assicurato risultati positivi in termini di persone arrestate per delitti di associazione per delinquere e per reati contro il patrimonio, e l'operatore di quartiere e la raccolta a domicilio delle denunce avrebbero determinato un aumento delle denunce quale effetto di un incremento della fiducia dei cittadini nella polizia.

Altrove ho cercato di elaborare una critica argomentata della prossimità italiana dalla fase della sua introduzione¹⁶, che va ricordato è avvenuta al passaggio tra

¹⁶ Cfr. D. BERTACCINI, *La "nuova riforma" della polizia italiana – I discorsi e le pratiche ufficiali di "polizia di prossimità" in Italia*, in M. Pavarini (a cura di), *L'amministrazione locale della paura – Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Carocci, Roma, 2006, pp. 65-140.

due distinte maggioranze politiche nel breve periodo dal 2000 al 2002. Qui ho scelto invece di attualizzare la discussione sulla nostra prossimità, affrontando l'interrogativo che riguarda se e come sia sopravvissuta.

Gli elementi ufficiali che ho raccolto sono convergenti nel senso della sparizione o del superamento di tale iniziativa. Per le due Forze di polizia nazionali generaliste ciò che si ritrova ancora oggi, con una visione di insieme, sono le tracce strutturali delle singole azioni, allora introdotte od orientate in funzione della filosofia progettuale della prossimità, che residuano nella loro rispettiva articolazione organizzativa. Se invece si avanza uno sguardo di dettaglio, si scopre che gli uffici o i servizi pubblicizzati come cuore della prossimità risultano ancora virtualmente attivi, ma al di fuori della logica riformistica che ne avrebbe dovuto sostenere la natura e lo scopo. A voler aggiornare il motto delle origini, della prossimità nazionale restano dei contenuti senza un contenitore, delle azioni senza una direzione.

Dal campo della comunicazione istituzionale si ricava già un primo riscontro a quanto appena sostenuto. Sui siti della Polizia di Stato e dell'Arma dei Carabinieri¹⁷ le pagine dedicate alla prossimità, che si ritrovano non più in evidenza come nel periodo della sperimentazione ma solo ad interrogazione mediante il campo di ricerca, si fermano a un decennio fa. Negli atti del Ministero dell'interno e del Dipartimento della pubblica sicurezza¹⁸, come delle Forze di polizia in oggetto, non si fa più riferimento, dallo stesso periodo, a discorsi, rappresentazioni, pratiche o risultati che riguardino tale progetto.

Un ulteriore riscontro si può rintracciare poi sul piano dell'impegno territoriale. Le due Forze di polizia a competenza generale hanno conservato l'iniziativa più rappresentativa della prossimità, l'operatore di quartiere, come divisa presente nei centri urbani¹⁹. Però, per un verso, la Polizia di Stato ha significativamente rivisto la collocazione dell'operatore di quartiere, all'interno della propria organizzazione territoriale²⁰. Dalla fine del 2010, «il Servizio Polizia di Quartiere viene organicamente unificato in seno all'U.P.G.S.P. [Ufficio Prevenzione Generale e Soccorso Pubblico], quale ulteriore "momento" strumentale all'operatività della rete di cui sopra, anche perché il conseguimento di alcuni obiettivi di prevenzione richiede spesso lo sviluppo di progetti di prossimità di "impatto" da svolgere

¹⁷ V. <http://www.poliziadistato.it> e <http://www.carabinieri.it>.

¹⁸ V. <http://www.interno.gov.it/it> e <http://www.interno.gov.it/it/ministero/dipartimenti/dipartimento-pubblica-sicurezza>.

¹⁹ V., rispettivamente, <http://www.poliziadistato.it/articolo/view/23461/> e <http://www.carabinieri.it/arma/oggi/reparti/organizzazione-territoriale/carabiniere-di-quartiere>.

²⁰ V. Ministero dell'interno, Dipartimento della Pubblica sicurezza, Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato, circ. n. 225/B/2010/91482/U del 23 dicembre 2010, *Attività di controllo del territorio. "Progetto U.C.T."*.

su tutte le zone in maniera uniforme e con metodologie omogenee». Nel prosieguo del documento citato che attua tale riorganizzazione, si fa riferimento alla rimodulazione dei profili organici e funzionali del servizio in questione, richiamando la «generale diminuzione di risorse ed il venir meno delle unità di riserva del “poliziotto di quartiere”» e indicando che «in tale ottica non potrà escludersi la necessità di una riduzione del numero di aree coperte dal servizio, prevedendo interventi correttivi sia in termini di modifica dell'estensione delle zone, sia mediante la predisposizione di diversificate forme di intervento di controllo del territorio [...] che consentano di mantenere un adeguato profilo di visibilità». L'Arma dei Carabinieri, d'altro canto, ha parallelamente modificato la sua tradizionale presenza sul territorio. Si è proceduto alla soppressione di compagnie e stazioni, e alla riduzione di militari e risorse nelle strutture sopravvissute, facendo in modo che quello che era il suo servizio distintivo, definito per tradizione come prossimo alla cittadinanza, in gran parte del territorio sia stato sostituito da uffici e servizi disponibili solo in orari diurni, e/o con interventi di pattuglie radiomobili senza radicamento locale.

La prossimità nazionale pare essersi spenta, risulta aver cessato la sua forza come ideale e prassi per il cambiamento della polizia. Ciò che è stato sopra richiamato dimostra, con chiarezza, la fine della specificità dell'operatore di quartiere, che invece di integrare il cambiamento nell'intera organizzazione di polizia secondo un innovativo disegno di riforma, riconfluisce con funzione servente in un tradizionale dispositivo di controllo, alla stregua del classico pattugliamento appiedato, che veniva attuato sul territorio anche in precedenza, a prescindere dalla struttura cui appoggiarsi, dalla missione da svolgere, dalla sinergia da alimentare e dal risultato cui orientarsi. Ma nondimeno rivela, in filigrana, la cifra della strategia di prossimità, che ormai declina il servizio di quartiere come eventuale e strumentale invece che indefettibile e costitutivo, per obiettivi di impatto invece che di relazione, mediante profili di visibilità invece che di qualità. Della reciprocità tra polizia e società, della decentralizzazione del comando sul territorio, dell'orientamento del pattugliamento alla convivenza non esiste più traccia.

Il percorso appena accennato pare segnare una transizione, reversibile o definitiva è questione ancora aperta, dall'ambigua epoca della riforma di prossimità all'incerta stagione di gestione del presente, di cui si può solamente tentare di individuare le condizioni di fondo e discuterne gli sviluppi in atto.

3. Le tendenze di sistema nell'orizzonte attuale.

3.1. *Risorse, revisione, militarizzazione.* – All'esaurirsi della sperimentazione della prossimità, ha riacquisito centralità la riduzione del bilancio per il comparto della sicurezza.

Il tema delle risorse, del loro impiego e della relativa sostenibilità, non è nuo-

vo. Già il modello di riforma della polizia professionale, che ancora oggi è per molti versi la strategia immanente del fare polizia, era infatti orientato al principio dell'efficienza²¹. Tuttavia gli altri modelli di riforma successivi, dalla polizia di comunità a quella dei problemi, dalla polizia dell'ordine a quella di prossimità, avevano goduto di appositi stanziamenti integrativi per la progettazione e la sperimentazione²². Un dato, per tutti: come si legge nel sito dedicato del Dipartimento federale, per sostenere la polizia di comunità, a livello statale e locale, gli Stati Uniti hanno investito, dal 1995 a oggi, oltre 14 miliardi di dollari²³.

Ciononostante il discorso dell'austerità, originato dalle condotte socialmente dannose delle élites del mondo dell'economia e della finanza, è approdato con nuova forza nella sfera della politica e della vita pubblica. Per questa via, anche l'istituzione polizia è stata interessata dalla logica della severità e del rigore. In altri contesti nazionali, a titolo esemplificativo, si è indagato come la cultura politica, le caratteristiche socio-economiche e il principio incrementale possano spiegare, in tempi di austerità, l'allocazione di risorse alla polizia locale²⁴; come il vincolo economico e la cultura professionale possano incidere sulle ragioni addotte per decidere sulla revisione dei casi irrisolti da parte della polizia giudiziaria²⁵; come i rapporti tra visibilità, competenze e legittimazione possano condizionare le forme a pagamento privato di servizi di polizia pubblica²⁶; come la riduzione dei semplici numeri possa risultare meno importante rispetto alla revisione dell'organizzazione e dell'impiego della polizia, vale a dire che anche se si tagliano i servizi burocratici e si mantiene una certa visibilità attraverso un recupero di efficienza, l'affidamento del pubblico ne risulta comunque eroso²⁷.

Nel nostro paese, messo da parte, come sopra illustrato, un effettivo impegno sul campo della riforma, come chiave per migliorare il modo di fare polizia nella nostra realtà, ci si è spesi piuttosto in quello della revisione, quale modalità di intervenire, anche nel settore della polizia, sul mero piano dell'economia e del risparmio. Gli ultimi governi hanno infatti creato ministri delegati e commissari

²¹ Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 350 s., 380-387.

²² Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 380-382.

²³ V. <http://www.cops.usdoj.gov>.

²⁴ Cfr. J. ZHAO-L. REN-N. P. LOVRICH, *Budgetary support for police services in U.S. municipalities: Comparing political culture, socioeconomic characteristics and incrementalism as rival explanations for budget share allocation to police*, in *Journal of Criminal Justice*, 2010, vol. 38, n. 3, pp. 266-275.

²⁵ Cfr. C. ALLSOP, *Motivations, money and modern policing: accounting for cold case reviews in an age of austerity*, in *Policing & Society*, 2013, vol. 23, n. 3, pp. 362-375.

²⁶ Cfr. R. K. LIPPERT-K. WALBY, *Marketization, knowledge work and visibility in 'user pay' policing in Canada*, in *British Journal of Criminology*, 2014, vol. 54, n. 2, pp. 260-280.

²⁷ Cfr. K. SINDALL-P. STURGIS, *Austerity policing: Is visibility more important than absolute numbers in determining public confidence in the police?*, in *European Journal of Criminology*, 2013, vol. 10, n. 2, pp. 137-153.

straordinari, comitati interministeriali e gruppi di lavoro²⁸, le cui indicazioni hanno portato proprio in questi mesi a due simmetrici interventi normativi di tipo organizzativo sui corpi di polizia. A livello nazionale, il Corpo Forestale dello Stato è stato sciolto e fatto confluire (“riorganizzazione mediante assorbimento di corpo”) nel Comando per la tutela forestale, ambientale e agroalimentare dell’Arma dei Carabinieri (insieme con tre sue strutture già esistenti, ovvero il Nucleo anticontraffazione carabinieri, il Nucleo operativo ecologico e il Nucleo antisofisticazioni), che è stato posto alle dipendenze funzionali del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali²⁹. A livello locale, i Corpi di Polizia provinciale sono stati scolti e il relativo personale fatto assorbire nei ruoli degli Enti locali (“riordino mediante transito di personale”)³⁰.

Premesso che non ho rinvenuto in letteratura alcuna riflessione o ricerca preliminare in merito alla stima delle differenti conseguenze di tali interventi su polizia e collettività, mi pare utile osservare innanzitutto che entrambi i casi interessano la stessa funzione, la tutela ambientale, che in tal modo pare restare ancor più ancillare rispetto agli altri settori di attività, nonostante la sempre crescente centralità di tale ambito di protezione per assicurare la qualità di vita nella società globale contemporanea. Vorrei inoltre sottolineare che in entrambe le operazioni si parla con evidenza soprattutto di un obiettivo, la razionalizzazione dei costi e il recupero di efficienza, laddove solo nei prossimi anni sarà possibile valutare con precisione gli effettivi vantaggi economici delle approssimative previsioni odierne, senza che oggi siano state registrate simili dinamiche positive dai processi di riorganizzazione istituzionale come quelle avvenute a livello di enti pubblici centrali o locali. Infine trovo opportuno annotare che il riferimento alla valorizzazione della professionalità, mediante il mantenimento della specializzazione, pare alquanto astratto e problematico, dal momento che, a livello nazionale, tale risultato dipenderà soprattutto dalla reale integrazione tra le figure coinvolte, tra i modi di intendere e di interpretare le missioni attribuite, eventualità per niente scontata visti i diversi ordinamenti civile e militare delle rispettive organizzazioni, ciò che fa definire questa operazione come una forma di militarizzazione del dispositivo di polizia e che per gli operatori del corpo assorbito significa tra l’altro

²⁸ V. Ministro per i rapporti con il Parlamento delegato per il programma di Governo, *Analisi di alcuni settori di spesa pubblica*, Roma, 2013; Commissario Straordinario per la revisione della spesa, *Proposte per una revisione della spesa pubblica (2014-2016)*, Roma, 2014.

²⁹ V. l. 7 agosto 2015, n. 124 (art. 8, *Riorganizzazione dell’Amministrazione dello Stato*); schema di d.lgs. recante *Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo Forestale dello Stato ai sensi dell’articolo 8, comma 1, lettera A), della legge 7 agosto 2015, n. 124* (non ancora entrato in vigore). V. anche <https://www.politicheagricole.it>.

³⁰ V. l. 7 aprile 2014, n. 54 (art. 1, comma 85 s.); l. 23 dicembre 2014, n. 190 (art. 1, comma 423); d.l. 19 giugno 2015, n. 78 (art. 5, *Misure in materia di polizia provinciale*), conv. con mod. in l. 6 agosto 2015, n. 125, e succ. mod. da l. 28 dicembre 2015, n. 208 (art. 1, comma 770).

rinunciare alla sindacalizzazione, il cui presidio è di valenza democratica non solo per la categoria, ma per tutta la società; a livello locale rileverà specialmente la concreta possibilità che gli operatori provinciali siano accolti negli altri corpi di polizia locale, non in differenti articolazioni degli enti interessati che possano comunque aver necessità di personale, sempre che tali organizzazioni riceventi siano animate da serie strategie di maturazione e di cambiamento.

Ma esiste un'altra frontiera di militarizzazione della polizia, tematizzata come sicurezza partecipata, in cui il ricorso all'argomento della necessità di supplire alla riduzione di personale conseguente ai tagli di bilancio nel comparto della sicurezza è stato all'origine dell'introduzione di due iniziative di coinvolgimento delle forze armate nel settore della polizia nazionale. Sul piano del servizio, sono state attivate dal 1992 operazioni di impiego dei militari nel controllo del territorio, che dal contrasto alla criminalità organizzata sono state estese alla prevenzione della criminalità diffusa, per cui oggi sono ancora presenti nelle nostre città, almeno sino a fine 2016, in servizi di vigilanza a siti e obiettivi sensibili (operazione "Strade sicure")³¹. Sul terreno del reclutamento, in relazione alla trasformazione progressiva del modello militare dalla leva in professionale, sono state previste dal 2001 aliquote di posti nei concorsi pubblici per l'accesso alle carriere iniziali delle singole forze di polizia a ordinamento civile o militare, certo sino a fine 2018, riservate in via esclusiva a volontari in ferma prefissata annuale o quadriennale o in rafferma annuale in servizio o in congedo³².

Il primo tipo di militarizzazione – l'impiego dei militari in servizi di polizia – assume un significato strategico, che va ricercato non tanto sul piano operativo, quanto su quello della valenza simbolica. Per un verso, infatti, l'impiego dei militari viene fortemente censurato non solo per l'inadeguatezza della preparazione dei militari rispetto allo svolgimento di compiti di polizia, ma pure per la maggiorazione del costo dei servizi dovuta alle speciali indennità riconosciute ai militari. Per altro verso, poi, la presenza dei militari ha palesemente rappresentato in via prioritaria una risposta psicologica di rassicurazione per soddisfare il bisogno di sicurezza dei cittadini. Il ricorso all'esercito enfatizza in modo particolare l'eccezionalità della situazione e riafferma la sovranità dello stato, attraverso un processo di costruzione sociale dell'insicurezza³³. La missione della polizia, cui

³¹ V. l. 28 dicembre 2015, n. 208 (art. 1, comma 472 s.).

³² V. d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (art. 2199, *Concorsi per il reclutamento nelle carriere iniziali delle Forze di polizia*), ult. mod. con d.lgs. 28 gennaio 2014, n. 8 (art. 10, *Revisione della disciplina in materia di reclutamento, stato giuridico e avanzamento dei volontari in servizio permanente e in ferma volontaria prefissata dell'Esercito italiano, della Marina militare e dell'Aeronautica militare*).

³³ Cfr. D. BERTACCINI, *La costruzione sociale della questione securitaria. Narrative, rappresentazioni e strategie nella cultura dell'insicurezza*, in F. Curi (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bononia University Press, Bologna, in corso di pubblicazione.

viene chiamato a concorrere l'esercito, continua a essere concepita come l'unica risposta non solo alla criminalità, ma alla stessa percezione dell'insicurezza nella società. Si confida sugli effetti positivi di occuparsi dei fenomeni indicati in una logica di approccio situazionale e di breve periodo, laddove in una prospettiva di impatto sistemico e di lungo periodo questa forma di militarizzazione può produrre effetti negativi, in specie sul piano del rispetto e della cooperazione dei cittadini nei confronti della polizia³⁴.

Il secondo genere di militarizzazione – il reclutamento dei poliziotti dalle fila dei militari – esprime un'opzione strategica, che si ripercuote non solo sul terreno organizzativo, ma pure su quello dell'impatto operativo. Dalla prospettiva della polizia, invero, l'accesso dalla carriera militare (che certo soddisfa le esigenze corporative delle gerarchie militari, che possono contare su un bacino potenziale di reclute professionali più ampio, rispetto a quello che avrebbero senza che per tali aspiranti fosse riservata l'eventuale corsia agevolata verso un altro posto pubblico) per un verso sacrifica le legittime aspirazioni professionali dei giovani provenienti dalla vita civile, con titoli e motivazioni specifiche e qualificanti per la polizia ma che non vogliono transitare per un indesiderato periodo di vita militare, per altro verso pone significative problematiche sulla formazione e l'addestramento degli allievi di polizia, in ragione della necessità di convertire la visione e il vissuto di tipo bellico verso il ruolo e l'impegno a destinazione sociale. Dalla prospettiva della società, inoltre, l'immissione dei militari è potenzialmente dirompente in ragione del fatto che verranno utilizzati, appena usciti dal corso e prima dell'eventuale specializzazione, in servizi di ordine pubblico o di rinforzo ad altri settori operativi, in cui comunque l'uso della forza è assai critico. In considerazione del condizionamento della formazione e dell'addestramento di natura militare, nonché di anni di servizio trascorsi anche in teatri di guerra, la realtà dei nuovi poliziotti di provenienza militare ripropone con maggior evidenza nel nostro paese la questione della militarizzazione della polizia.

La capacità della polizia in vario modo militarizzata di organizzare e distribuire la forza pubblica, così come la sua abilità dissimulativa nel rivestire di forme istituzionali il modo in cui farlo, impatta in topiche fondamentali, quali i diritti civili, l'ordine interno, la qualità della vita politica e sociale in democrazia³⁵. Si

³⁴ Cfr. M. BONETTI, *Il modello italiano di sicurezza partecipata e l'esperienza Strade sicure*, in F. Battistelli (diretto da), *Studio comparato, in ambito comunitario europeo, delle forme di partecipazione alla gestione della sicurezza urbana da parte di soggetti, privati o pubblici, non direttamente riconducibili agli apparati di polizia (c.d. "Sicurezza partecipata")*, Rapporto di ricerca, Centro Militare di Studi Strategici (CeMiSS) del Ministero della Difesa, Dipartimento di Scienze sociale della Sapienza Università di Roma, Roma, 2012, specie pp. 106-113.

³⁵ Cfr. V. E. KAPPELER-P.B. KRASKA, *Normalising police militarisation, living in denial*, in *Policing and Society*, 2015, vol. 25, n. 3, pp. 268-275.

tratta di aspetti ancora più acuti in una società come quella italiana, caratterizzata da diseguaglianze assai profonde e da crescenti processi di esclusione sociale, i cui membri più deboli e con maggiori vulnerabilità andrebbero trattati non da stranieri ma da cittadini, non da nemici ma da utenti, non da soggetti senza personalità giuridica ma da persone con propri diritti, secondo appunto i principi di democrazia sociale di un ordinamento civile e non militare³⁶.

3.2. *Attività, risultati, numeri.* – All'affermarsi dell'imperativo dell'austerità, avrebbe potuto affiancarsi un interesse nei confronti della questione dell'impatto della polizia.

I modelli riformistici della polizia orientata alla risoluzione dei problemi, della polizia incentrata sul ristabilimento dell'ordine e della polizia ispirata al riavvicinamento alla popolazione attribuivano infatti fondamentale importanza al principio dell'efficacia³⁷. Peraltro, le indagini empiriche sul funzionamento della polizia hanno messo in discussione, come inadeguata e manipolatoria, la logica dei numeri, che era stata alla base delle strategie di riforma più recenti e promettenti, specie della tolleranza zero³⁸ e della prossimità³⁹, e che ancora oggi sostiene il discorso retorico sulla sicurezza. Del resto, le proposte delle scienze sociali, per una valutazione ispirata dal realismo scientifico, nel settore della polizia sono rimaste sostanzialmente inascoltate. Il dibattito sulla polizia è ancora dominato dalle discipline aziendalistiche, per una gestione orientata al pragmatismo manageriale, di cui sono esempi eloquenti gli studi sul rendimento delle organizzazioni di polizia, dalla comparazione tra le diverse esperienze nazionali⁴⁰, alla teorizzazione di un quadro concettuale comune⁴¹.

Nella realtà italiana, vale la pena accennare, rispetto alla sperimentazione della prossimità nazionale, al contributo di una voce singolare: si tratta della Magistratura contabile, che si è espressa in un apposito documento sull'attuazione del progetto della prossimità nazionale. Nonostante l'approccio sia improntato su un'analisi costi-benefici, purtroppo le note dedicate ai risultati conseguiti⁴² ripro-

³⁶ Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 93-100.

³⁷ Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 348-350, 380-387.

³⁸ Cfr. J. A. ETERNO, E. B. SILVERMAN, *The Crime Numbers Game – Management by Manipulation*, CRC, London, 2012.

³⁹ Cfr. J.-H. MATELLY-C. MOUHANNA, *Police – Des chiffres et des doutes*, Michalon, Paris, 2007.

⁴⁰ Cfr. J. DE MAILLARD-S. P. SAVAGE, *Comparing performance: the development of police performance management in France and Britain*, in *Policing & Society*, 2012, vol. 22, n. 4, pp. 363-383.

⁴¹ Cfr. J.M. SHANE, *Performance management in police agencies: a conceptual framework*, in *Policing*, 2010, vol. 33, n. 1, pp. 6-29.

⁴² Cfr. CORTE DEI CONTI (SEZIONE CENTRALE DEL CONTROLLO SULLA GESTIONE DELLE AMMINISTRAZIONI CENTRALI DELLO STATO), *Indagine concernente l'attuazione del progetto "Polizia di prossimità"*, deliberazione 10/2009/G, Roma, 2009, p. 27 s., in <http://www.corteconti.it>.

pongono in modo acritico le affermazioni celebrative dei responsabili delle polizie interessate, così come i sondaggi gratificanti sui visitatori dei rispettivi siti, che già altrove ho commentato nell'ambito dell'analisi complessiva della strategia riformistica⁴³. Comunque, nel passaggio a mio avviso più interessante, dopo aver ribadito che nell'anno 2009 il progetto non era ancora a regime, tuttavia si afferma che "le potenzialità effettive del 'progetto' potranno manifestarsi compiutamente quando la piena attuazione del Piano coordinato di controllo del territorio da parte delle Forze di polizia a competenza generale potrà concorrere a formare nel cittadino medio una vera e propria cultura della sicurezza da acquisire gradualmente anche mediante costruttivi e permanenti rapporti dialogici con il poliziotto ed il carabiniere di quartiere".

Come si è visto in precedenza, il concreto abbandono della prossimità ha invece marginalizzato sia il ruolo dell'ascolto e del legame, che la prospettiva della condivisione e della reciprocità. Nonostante un timido tentativo di diffondere nel dibattito nazionale i risultati di esperienze di valutazione internazionali⁴⁴, si è continuato infatti ad affidarsi, nelle relazioni del Ministero dell'interno e nei rapporti delle singole Forze di polizia e delle strutture interforze, come nei questionari dei servizi regionali sulle polizie locali, ai tradizionali indicatori numerici della insuperata polizia professionale, cioè soprattutto operazioni condotte, controlli effettuati (identificazioni, sopralluoghi, ...), provvedimenti adottati (arresti, sequestri, ...), titoli revocati (patenti, autorizzazioni, ...), sanzioni elevate⁴⁵. Si tratta di indicatori indiretti, noti anche come indici di attività o di processo, che in quanto tali possiedono le inevitabili caratteristiche di essere assolutamente presuntivi, cioè di non consentire la stima delle conseguenze all'esterno delle azioni che sono state oggetto di misurazione, e di essere propriamente burocratici, ossia di fondarsi sul ricorso ad informazioni che sono controllate in modo diretto dall'interno⁴⁶.

3.3. *Percezioni, comunicazione, promozione.* – Al consolidarsi della retorica della professionalità, ha ripreso vigore la ricerca del consenso a vantaggio della polizia.

La riforma della professionalizzazione della polizia è stato l'unico modello che ha almeno tematizzato il principio dell'eguaglianza⁴⁷, mentre l'attenzione alle percezioni dei cittadini è un portato dei modelli riformistici più recenti, dalla polizia

⁴³ Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 289-341, 380-387.

⁴⁴ Cfr. F. CARRER, G. DIONISI, *La valutazione dell'attività di polizia*, Franco Angeli, Milano, 2011.

⁴⁵ V. <http://www.interno.gov.it/it> e <http://www.interno.gov.it/it/ministero/dipartimenti/dipartimento-pubblica-sicurezza>.

⁴⁶ Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 352-356, e anche 356-364.

⁴⁷ Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 351 s., 380-387.

di comunità alla polizia di prossimità, passando per la polizia che risolve i problemi e quella che ristabilisce l'ordine. D'altro canto, non si è trattato di un orientamento progressista verso una società pluralista, con cui mettere al centro la persona e le sue differenti istanze, mediante il rispetto della legalità e il perseguimento della giustizia. Ciò ha rappresentato piuttosto uno spostamento strategico dal mondo sensoriale all'universo emotivo, attuato mediante il ricorso ad indicatori soggettivi, che si contraddistinguono per una notevole affidabilità, in quanto realizzate con tecniche di indagine sul pubblico controllabili dal punto di vista metodologico, ma altresì per una scarsa espressività, con riferimento alla capacità di misurare le conseguenze delle azioni della polizia⁴⁸.

È ormai noto quanto le percezioni soggettive siano influenzate dal mondo della comunicazione, dalla tecnologia dell'informazione, perciò la topica del vissuto dei cittadini è correlata, nell'attualità dei nuovi media e delle reti sociali, con numerose questioni strategiche per il cambiamento della polizia.

In campo internazionale, di particolare interesse mi sembrano quegli studi che vanno oltre la teoria della giustizia procedurale o della legittimazione procedimentale⁴⁹, secondo la quale se gli operatori agiscono con correttezza e rispetto possono guadagnare la fiducia e la legittimazione dei cittadini, dal momento che tale approccio si presenta come sostanzialmente unilaterale, mentre il processo di interazione coinvolge non solo il modo di essere e di agire della polizia, ma anche quando e come il pubblico percepisce e interpreta gli obiettivi e i criteri che caratterizzano i comportamenti e il contesto. Indagando sulla pacifica acquisizione che i contatti sperimentati tra cittadini e poliziotti riducono in genere la fiducia dei primi nei secondi, è stato accertato che gli incontri dagli stessi cittadini giudicati positivamente non sempre aumentano la loro soddisfazione nei confronti della polizia ma spesso risultano peggiorarla, ciò che ha indotto a riflettere sui concetti e i metodi utilizzati nella costruzione e nello svolgimento del lavoro sul campo⁵⁰. In proposito, si è riscontrato infatti che gli stessi atteggiamenti o elementi di una comunicazione o di un'interazione vengono addotti per giustificare valutazioni opposte, ciò che indica un rapporto problematico tra l'azione, la percezione e l'approvazione dei cittadini, e quindi rinvia ai problemi concreti che vanno affrontati dagli operatori e dalle organizzazioni di polizia per ottenere il consenso e l'affidamento del pubblico⁵¹. Del resto, ciò richiama la necessità dello studio delle

⁴⁸ Cfr. D. BERTACCINI, *La politica di polizia*, cit., pp. 352-356, e anche 365-376.

⁴⁹ Cfr., di recente, T. R. TYLER, *Trust and legitimacy: Policing in the USA and Europe*, in *European Journal of Criminology*, 2011, vol. 8, n. 8, pp. 254-266.

⁵⁰ Cfr. W.G. SKOGAN, *Assessing asymmetry: the life course of a research project*, in *Policing & Society*, 2012, vol. 22, n. 3, pp. 270-279.

⁵¹ Cfr. P.A.J. WADDINGTON-K. WILLIAMS-M. WRIGHT-T. NEWBURN, *Dissension in public evaluations of the police*, in *Policing and Society*, 2015, vol. 25, n. 2, pp. 212-235.

numerose e contrastanti domande del pubblico e di come appunto queste condizionino l'affidabilità delle risposte della polizia, per cercare di proporre delle soluzioni condivise e collaborative alle situazioni contraddistinte da interessi conflittuali, che tengano conto sia delle dinamiche interne alle organizzazioni di polizia che delle interazioni tra operatori e cittadini⁵². D'altro canto, la stessa prospettiva relazionale viene utilizzata per l'analisi del processo di comunicazione e interazione tra polizia e cittadini, per capire come, da prima a dopo un conflitto, gli aspetti istituzionali, di gruppo e individuali possano influenzare il cambiamento nel rapporto, dallo scontro alla collaborazione⁵³.

L'analisi delle narrative di legittimazione utilizzate dalla polizia per assicurarsi uno spazio nell'arena pubblica ha mostrato che le giustificazioni portate per difendere le proprie decisioni strategiche godono dell'attenzione e del sostegno dei media, che giocano un ruolo fondamentale nel mantenimento e nell'espansione della costruzione quotidiana dell'immagine della polizia, che vuole affermarsi come bene comune⁵⁴.

Nel nostro contesto, se a livello nazionale le iniziative legate ai siti ufficiali e ai servizi digitali hanno segnato il passo, in termini di innovazione e di incisività, dopo il periodo legato alla sperimentazione delle iniziative della prossimità, è ancora una volta dal livello locale che l'interesse dimostrato dalla categoria professionale alla questione della comunicazione⁵⁵ viene sviluppato in un pionieristico progetto-intervento sulla promozione. Si tratta di un'iniziativa realizzata di recente in Emilia-Romagna, attraverso la costituzione di un gruppo di lavoro, coordinato dal personale del servizio regionale e composto in via esclusiva da operatori di polizia locale, la cui attività è stata finalizzata alla produzione di materiale multimediale e di indicazioni operative, che sono state adottate in formali linee-guida dall'autorità regionale, per comunicare al meglio l'immagine dei propri corpi di polizia locale⁵⁶.

Le azioni di promozione sono così raccolte: 1) "Festa del Corpo – Porte aper-

⁵² Cfr. S. SOEPARMAN-C. GEURTZ-G. VAN DEN BRINK, *Addressing the baseline or the frontline?*, in *Policing*, 2012, vol. 35, n. 4, pp. 687-703.

⁵³ Cfr. M. VAN DE KLOMP-S. STRONKS-O.M.J. ADANG-G. J. M. VAN DEN BRINK, *Police and citizens in conflict: exploring post-confrontation interaction from a relational perspective*, in *Policing and Society*, 2014, vol. 24, n. 4, pp. 459-478.

⁵⁴ Cfr. C. CÔTÉ-LUSSIER, *Narratives of legitimacy: police expansionism and the contest over policing*, in *Policing & Society*, 2013, vol. 23, n. 2, pp. 183-203.

⁵⁵ Cfr. M. CAROBBI-C. CAPUTI-A. UZQUEDA, *La comunicazione e la polizia locale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2006; S. GAMBERINI, F. PIRA, *La polizia locale e la comunicazione sul web*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013.

⁵⁶ V. delibera Giunta Regione Emilia-Romagna, 21 maggio 2013, n. 612 (*Raccomandazione tecnica in materia di promozione del ruolo e dell'immagine della Polizia locale, per migliorarne la conoscenza presso i cittadini. Linee guida*).

te”; 2) “Contatto con il cittadino”; 3) “Presenza sui media”; 4) “Web”; 5) “Presenza a manifestazioni ed eventi”; 6) “Reclutamento”; 7) “In servizio con noi”; 8) “Pronto Polizia locale”; 9) Divulgazione e sviluppo delle linee guida.

Dalle linee-guida sono poi scaturite, allo stato, queste ulteriori azioni: a) “La rete di contatti qualificati”: Polizie locali e cittadini attivi – Come gestire le relazioni con i gruppi spontanei per il controllo di comunità; b) “I social network”: Polizie locali e social network – Come aprire e gestire i profili social nei comandi.

Nella premessa alla raccomandazione tecnica in oggetto si afferma che “il concetto di promozione del ruolo e dell’immagine della polizia locale, per migliorare la conoscenza presso i cittadini, si basa su presupposti di auto-promozione attuata direttamente dagli operatori di polizia locale attraverso il lavoro quotidianamente svolto”. In tale iniziativa, al contrario, pare piuttosto rinvenibile, nel contesto dell’espressione di un discorso identitario che partecipa dell’estensione del dominio della manipolazione che caratterizza la nostra società, il proposito di aumentare il consenso della polizia locale presso l’opinione pubblica, al di fuori di un serio impegno a migliorare il funzionamento organizzativo e operativo della polizia esistente. Per rivelare tale contraddittorietà, che si colloca tra manifesto e latente all’interno della progettualità esaminata, pare sufficiente osservare che, ad oggi, il servizio regionale che ha patrocinato tale iniziativa non ha mai affrontato, per esempio, la questione dell’esercizio del potere discrezionale da parte delle organizzazioni e degli operatori di polizia locale, e la conseguente opportunità di linee guida regionali e di azioni attuative locali in merito, ciò che è al centro della riflessione a livello internazionale da decenni, in quanto fenomeno considerato decisivo per la qualità del rapporto tra polizia e società; la Scuola interregionale di polizia locale di riferimento non ha mai inserito, tra le materie di insegnamento e di esercitazione nei corsi teorico-pratici per responsabili e addetti delle polizie locali, la topica giuridica dell’esercizio discrezionale del potere e la topica sociologica dell’applicazione selettiva della legge, da parte della polizia locale.

Nel campo della nostra polizia, la realtà e la retorica, la ricerca e l’amministrazione⁵⁷, pare proprio abbiano ancora molto da dirsi e da impegnarsi, se vogliamo credere alla concreta possibilità di cambiare in modo riflessivo le pratiche quotidiane⁵⁸, per saper costruire insieme una vera riforma del fare polizia all’italiana.

⁵⁷ Cfr. D. BERTACCINI, *Alla ricerca di una “nuova polizia” tra retorica e realtà*, in D. Fondaroli (a cura di), *Nuove strategie di polizia per una “società aperta”*, Atti del Convegno, Ravenna, 26 marzo 2010, Cedam, Padova, 2011, pp. 17-33.

⁵⁸ Cfr. S. SMEETS, *Les pratiques policières sont-elles réformables?*, in J. C. Froment-M. Mathieu (a cura di), *Droit et Politique – La circulation internationale des modèles en question*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2014, pp. 243-252.

ROBERTO CORNELLI

POLIZIE E DEMOCRAZIA. ARGOMENTI PER UN'AGENDA DI RICERCA

1. *Un orizzonte di ricerca sul policing*. – Non esiste oggi un Paese democratico privo di polizie. Può mancare l'esercito che difenda i confini esterni, come nel caso assai noto e pressoché isolato del Costa Rica, ma anche in questo Stato i poliziotti (insieme a tribunali e carceri) rimangono presidi di sicurezza.

La necessità delle polizie appare scontata: si può provare a definirla storicamente, ma è parte della nostra quotidianità e non richiede argomentazioni o dati a supporto. Non è per nulla semplice, tuttavia, soffermarsi a riflettere su questa presenza, riconoscendone la centralità nella nostra vita democratica. Spesso sono le carte costituzionali, le dichiarazioni universali o le grandi riforme civili e sociali a fissare le coordinate ideali e materiali del nostro vivere civile, e qualche volta la forza e la bellezza di questi riferimenti fa perdere di vista il ruolo peculiare del sistema penale, da un lato, e delle polizie, dall'altro, nella costruzione della soggettività moderna.

Qualche anno fa, mentre studiavo l'insicurezza urbana, mi avventurai in un percorso di ricerca che, a partire da una rilettura dei testi hobbesiani, rimettesse i temi della paura della violenza e dell'ordine al centro dell'interesse criminologico e della riflessione politico-criminale. A partire da Hobbes, infatti, il tema della penalità entra nel dibattito filosofico-politico e, più in generale, nella cultura moderna: la centralità della funzione statale di contenimento della violenza diffusa e delle paure ad essa connesse porta ad attribuire una rilevanza particolare, nell'ambito dell'organizzazione dello Stato moderno, alle istituzioni penali. Queste, più di altre, rappresentano il tentativo moderno di ingabbiare la violenza – proprio nel significato weberiano di gestirla in modo razionale e burocratico – e su di esse sono riposte le aspettative di pace sociale. A partire da queste osservazioni tematizzai la paura della violenza, così centrale nella costruzione dello stato moderno, non più solo come un'emozione individuale definita da contesti sociali e culturali della tarda modernità, ma come sentimento morale che, entrando nelle mentalità e nelle sensibilità collettive, sostiene una certa idea di ordine, modella i sistemi sanzionatori e motiva le istanze punitive. Lo Stato che incute paura e soggezione (lo stato di *awe* nel linguaggio hobbesiano¹) attraverso la coercizione è dunque evidenza e incarnazione del progetto moderno di ordine. L'immanenza di questo suo volto terribile è ciò che Montesquieu e gli illuministi (filosofi e giuristi) rigettavano del Leviatano di Hobbes, ma che, proprio in tema di giustizia,

¹ Cfr. C. GINZBURG, *Paura, reverenza, terrore. Cinque saggi di iconografia politica*, Adelphi, Milano, 2015.

hanno implicitamente riconosciuto, confinandolo nella formula dell'*extrema ratio* e imbrigliandolo in regole procedurali a garanzia delle libertà².

L'intreccio di paura, violenza e penalità è un tema cruciale della cultura penale moderna. Certamente non è l'unico: la penalità è ricca di sguardi sensibilizzanti, per certi aspetti e sempre più spesso in conflitto tra loro, su cui via via si polarizzano le mentalità e le sensibilità collettive. Si pensi ai movimenti per la riforma della giustizia in senso riparativo o consensuale³. Ma sono sempre più convinto che ogni innovazione nel campo penale debba fare inesorabilmente i conti con la radicata convinzione secondo cui la forza del diritto sta, in ultima istanza, nella capacità di usare violenza (più che nel suo effettivo uso) al fine di incutere timore nei consociati e contenere, in tal modo, la loro paura di una violenza diffusa. È un tema che, a qualche secolo di distanza da Hobbes, torna a essere centrale nella riflessione filosofico-politica del Novecento (in particolare in *Per la critica della violenza* di Walter Benjamin, in *Forza di legge* di Jacques Derrida e, più recentemente, in *Homo Sacer* di Giorgio Agamben).

Le democrazie si collocano pienamente in questo ordine moderno: le istituzioni della giustizia penale e le polizie – definite in modo suggestivo ma, come vedremo, troppo riduttivo come *gatekeeper* del sistema penale – svelano nel loro operato quotidiano quanto anche nei regimi democratici (intesi qui con riferimento a quelle particolari regole che stabiliscono chi è legittimato a esercitare il potere e come si esercita il potere, attraverso quali procedure ed entro quali limiti⁴) sia operativo il dispositivo della paura connessa a violenza e potere. In questo

² Cfr. R. CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Giuffrè, Milano, 2008. Vale la pena ricordare come lo stesso Cesare Beccaria nel celebre *Dei delitti e delle pene* (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, edizione a cura di R. Fabietti, Mursia, Milano, 1973), nonostante l'esplicito rigetto della visione hobbesiana dello stato di guerra (A chi legge, p. 3) e tenendo ben fermo quel debito di riconoscenza verso "l'immortale Presidente di Montesquieu" (Introduzione, p. 6) che lo porta a fissare innanzitutto i limiti del diritto del sovrano di punire i delitti ("ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica", Cap. 2, Diritto di punire, p. 8), non abbia potuto evitare di fare riferimento, nel primo capitolo sull'origine delle pene, alle leggi come "condizioni colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla", e alle pene "stabilite contro gl'infrattori delle leggi" come "motivi sensibili", motivi cioè che immediatamente percuotono i sensi e si affacciano alla mente per controbilanciare le passioni che si oppongono al bene universale, atti a "distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società" (p. 7). Cfr. anche B. HARCOURT, *Illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*, Harvard University Press, 2001, p. 156.

³ A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in Ceretti A. (a cura di), *Scritti in memoria di Giandomenico Pisapia*, Giuffrè, Milano, Volume III, 2001; E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2005; C. MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Aracne, Roma, 2005.

⁴ Cfr. N. BOBBIO, *Democrazia*, in D'Orsi A., *Alla ricerca della politica. Voci per un Dizionario*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995.

senso possiamo dire che le polizie costituiscono uno dei luoghi attraverso cui guardare in controluce le forme del potere, la forza del diritto e le conquiste democratiche.

Da questa angolatura la questione “polizie e democrazia” acquista una densità diversa rispetto a quanto emerge nella gran parte della letteratura anglosassone sul *democratic policing*. Questa perlopiù presenta una ricchezza di riflessioni su temi come l’apertura, la responsabilità, la fiducia a partire dai quali intende fissare e discutere principi e criteri in grado di definire il tasso di democraticità dell’istituzione polizia o delle singole attività di *policing*. Gli studi sulla *police legitimacy*, inaugurati da Tom Tyler⁵ e quelli sul concetto di *procedural justice*⁶ sono la parte più avanzata di quel corpo di ricerche che studia la corrispondenza tra i modi/modelli del fare polizia e le forme della democrazia; inoltre, *Democratizing the Police Abroad* di David H. Bayley⁷ sul piano della ricerca applicata e il Codice europeo di etica della polizia sul piano politico-normativo costituiscono certamente due pilastri di ogni movimento di riforma democratica delle polizie⁸.

Altri studi, invece, partendo dal presupposto che le istituzioni di polizia non sono corpi separati delle società democratiche, bensì “centri attivi dell’ordine sociale”, propongono di studiare non tanto a quali standard democratici occorre adeguare gli apparati e le pratiche, ma come le polizie – nella loro quotidiana produzione di significati su ordine/disordine, giustizia/ingiustizia, normalità/devianza, inclusione/esclusione e nella loro opera di “mediatori di identità collettive” attraverso cui rimandano segnali su quali voci devono essere ascoltate e quali zittite, quali denunce vanno considerate legittime, come e per quali vie indi-

⁵ T. TYLER, *Why People Obey The Law*, Yale University Press, New Haven, 1990; T. TYLER, *Enhancing Police Legitimacy*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2004, 593, pp. 84-99; T. TYLER, *Trust and Legitimacy: Policing in the USA and Europe*, in *European Journal of Criminology*, 2011, 8 (4), pp. 254-266.

⁶ M. HOUGH-J. JACJKSON-B. BRADFORD, *Procedural Justice, Trust and Institutional Legitimacy*, in *Policing. A Journal of Policy and Practices*, 2010, 4 (3), pp. 203-210; M. HOUGH M., E. RUUSKANE., A. JOKINEN, *Trust in Justice and the Procedural Justice Perspective: Editor's Introduction*, in *European Journal of Criminology*, 2011, 8 (4), pp. 249-253.

⁷ D.H. BAYLEY, *Democratizing The Police Abroad: What To Do And How To Do It*, U.S., Department of Justice, Office of Justice Programs, Washington DC., 2001.

⁸ R. CORNELLI, *Le forze di polizia in Italia: situazione attuale e prospettive di riforma*, in M. Barbagli (a cura di), *Rapporto sulla criminalità in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 557-574; R. CORNELLI, *Policing and the Problem of Trust*, in S. CANEPPELE-F. CALDERONI (ed.), *Organized Crime, Corruption and Crime Prevention. Essays in Honor of Ernesto U. Savona*, Springer, 2014, pp. 51-60; R. CORNELLI, *Procedural Justice e campo emotivo: uno studio sulla fiducia dei giovani nelle forze dell'ordine in base ai dati italiani della ISRD3*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2015, p. 3.

⁹ C. GEERTZ, *Local knowledge: Further essays in interpretative anthropology*, Basic Books, New York, 1983, cit. in I. LOADER, *Policing, Recognition, and Belonging*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Democracy, Crime, and Justice*, 2006, p. 605, p. 210.

vidui e gruppi sono dentro i confini del lecito¹⁰ – possono contribuire allo sviluppo politico democratico¹¹. Porsi tale questione consente di cambiare il verso della relazione tra polizie e democrazie, ma al tempo stesso di sporgersi su un ulteriore problema tanto fondante quanto delicato.

Come suggerisce uno dei primi e più importanti studiosi statunitensi di *policing*, Peter K. Manning, le polizie agiscono attraverso l'eccezione: secondo lo studioso statunitense, queste non creano l'ordine nella comunità, piuttosto reagiscono a collassi episodici dell'ordine, cercando di ripararne i danni prodotti alla sicurezza e alla fiducia sociale¹². Le polizie, in altre parole, dipendono dal fatto che esista già un particolare ordine politico-sociale che sono principalmente chiamate a mantenere¹³. Di queste posizioni si potrebbe discutere innanzitutto a partire dagli spunti offerti da Carl Schmitt¹⁴ quando sostiene che la sovranità si afferma attraverso la decisione nei casi di eccezione. Ma ciò che in questa sede importa sottolineare è che il richiamo alla democrazia, al contrario del riferimento all'ordine, non sembra essere indispensabile per definire cosa sono e cosa fanno le polizie¹⁵: ciò che, a titolo di esempio, uno dei più influenti studiosi di *policing* nei Paesi anglofoni e francofoni, Jean-Paul Brodeur¹⁶, definisce come *legal lawlessness* sembra essere, in effetti, parte costitutiva del lavoro di polizia e molto distante dagli standard democratici dell'*accountability* e della trasparenza amministrativa. Già Benjamin, d'altra parte, aveva evidenziato che «il «diritto» di polizia mostra fino a che punto lo Stato, vuoi per impotenza, vuoi per le connessioni immanenti a ogni ordinamento giuridico, non riesca più a garantire con l'ordinamento giuridico il raggiungimento dei propri fini empirici che pur intende raggiungere a ogni costo. Perciò la polizia interviene «per ragioni di sicurezza» in numerosi casi in cui non sussiste una situazione giuridica chiara»¹⁷. Se è pur vero che le società democrati-

¹⁰ N. FRASER, *Social Justice in an age of identity politics: Redistribution, recognition and participation*, in N. Fraser, A. Honneth (ed.), *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, Verso, London, 2003.

¹¹ I. LOADER, *Policing, Recognition, and Belonging*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Democracy, Crime, and Justice*, 2006, 605, p. 211.

¹² P.K. MANNING, *A Review of Democratic Policing in a Changing World*, Paradigm Publishers, Boulder, 2010. In tal senso è utile tenere a mente l'espressione di BITTNER (1990, 335) secondo cui la polizia viene chiamata quando «*something-is-happening-which-ought-not-to-be-happening-about-which-somebody-ought-to-do-something-NOW*» (E. BITTNER, *Aspects of Police Work*, Boston University Press, Boston, 1990).

¹³ J.P. BRODEUR, *The Policing Web*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 110 e 130.

¹⁴ C. SCHMITT, *Politische Theologie*, München-Leipzig, 1922 (trad. it. *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1998).

¹⁵ D. HARRIN, *Simmel, the police form and the limits of democratic policing*, in *British Journal of Criminology*, 2015, 55, pp. 730-746.

¹⁶ J.P. BRODEUR, *op. cit.*

¹⁷ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, 1921, testo pubblicato da www.filosofia.it.

che hanno cercato, tranne che in casi di emergenza o di eccezione (che recentemente tendono a moltiplicarsi nella circolarità tra paure sociali e politiche di sicurezza)¹⁸, di limitare i poteri di polizia attraverso le leggi, le costituzioni, i controlli esterni e la civilizzazione dei costumi, a tal punto da modificare le sensibilità e le aspettative sociali nei confronti delle polizie, rimane aperta la questione dei limiti del *democratic policing* proprio considerando l'“eccezionalità” del lavoro di polizia.

Detto altrimenti, la democrazia può diventare l'unico orizzonte di senso per le polizie oppure, al contrario, il “fare polizia”, almeno in parte, segna inevitabilmente una zona di frontiera di ogni progetto democratico? I risvolti politico-istituzionali di questa opzione sono evidenti: nel primo caso occorre spingere verso una sempre maggiore democratizzazione del fare polizia; nel secondo caso va indagato, nel contempo, il punto limite della spinta democratica, oltre il quale le polizie perdono il loro potere di rievocazione o riparazione – simbolica e materiale insieme – dell'ordine sociale.

Il nesso tra polizie e democrazia, com'è evidente, rimanda a questioni spesso poco considerate e che in questa sede potremo solo accennare a partire da una lettura dei *policing studies* che sia capace di cogliere, parafrasando Brodeur¹⁹, la qualità indisciplinata, ambigua e tragica del fare polizia. L'intento è di fissare alcune direttrici per un'agenda di ricerca su un argomento tanto decisivo quanto scarsamente teorizzato.

2. *Studiare le polizie.* – A partire dagli anni Sessanta del Novecento, la ricerca sulle polizie è cresciuta notevolmente soprattutto nei Paesi anglosassoni. Per dare evidenza di questa diffusione basti notare che negli Stati Uniti prima del 1967 i libri su questo argomento erano solamente quattro o cinque, mentre nel 2001 avevano già superato il numero di tremila. Le riviste scientifiche (senza contare, dunque, quelle di carattere solo professionale) nello stesso periodo sono quadruplicate (circa dodici) e a oggi gli accademici anglosassoni che si definiscono studiosi di polizie sono tra i trecento e i quattrocento²⁰.

I Paesi europei, al contrario, non sono stati particolarmente sensibili e aperti alla ricerca sulla polizia (ad esclusione di Inghilterra e, in misura minore e più settoriale, Scozia e Irlanda del Nord) e tra questi certamente spicca l'Italia. I motivi

¹⁸ Sulla circolarità tra paura e politica cfr. M. PAVARINI, *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Carocci, Roma, 2006.

¹⁹ J.P. BRODEUR, *op. cit.*, p. 8.

²⁰ D. BAYLEY, *Police Research: Trends and Prospects*, in R. Grànder, O. Kronkvitz (eds.), *The Past, The Present and the Future of Police Research. Proceedings from the Fifth Nordic Police Research Seminar*, Linnéuniversitetet, 2015, p. 8.

sembrano simili a quelli che negli anni Sessanta hanno ritardato l'emergere della ricerca sulle pratiche di polizia negli Stati Uniti, in Canada ed in Inghilterra²¹.

Innanzitutto va segnalata la diffidenza dei vertici ministeriali e delle polizie nei confronti della ricerca universitaria²² eco, in Italia, di una più profonda contrapposizione che si sviluppa a fasi alterne a partire dal Secondo Dopoguerra tra apparati di polizia – che, d'altra parte, appaiono poco coinvolti in processi di de-fascistizzazione nel Secondo Dopoguerra²³ – e movimenti di massa politici, sindacali e studenteschi²⁴.

In secondo luogo va evidenziata la scarsa attenzione accademica circa il funzionamento concreto del sistema della giustizia penale²⁵ che in Italia ha avuto particolare risalto proprio nel campo del *policing*. Da metà degli anni Sessanta, per la verità, le istanze di sindacalizzazione della polizia, che trovano un luogo di discussione e modalità di rappresentazione grazie al lavoro prezioso e difficile del giornalista Franco Fedeli, risvegliano anche tra studiosi e intellettuali l'interesse per le forze dell'ordine che, tuttavia, non trova sbocco in un corpo sistematico di studi, ma in sporadiche pubblicazioni, alcune delle quali, peraltro, di grande interesse²⁶.

Più in generale, le polizie, più di altre istituzioni, sono destinatarie di atteggiamenti radicali da parte dell'opinione pubblica: c'è chi ne approva indiscriminatamente l'operato e chi lo critica a prescindere, mentre difficilmente si afferma la necessità di farne un (s)oggetto di conoscenza. Con il risultato che delle polizie in Italia si sa molto poco, perlomeno in termini scientifici²⁷.

Eppure proprio uno studioso italiano di fama internazionale, Cesare Lombroso, noto per i suoi scritti sulla delinquenza atavica, aveva colto, nel passaggio al Novecento, l'importanza di studiare la polizia, i suoi metodi e la sua *mission* con un approccio scientifico²⁸. Le sue enunciazioni sulla necessità di una polizia moderna,

²¹ Si veda più diffusamente R. CORNELLI, 2015, *op. cit.*

²² G.L. KELLING, *Police Field Services And Crime: The Presumed Effects Of A Capacity*, in *Crime and Delinquency*, 1978, 2, p. 268.

²³ A. BRAVO, *Polizia*, in *Il mondo contemporaneo: enciclopedia di storia e scienze sociali*. Vol. I: *Storia d'Italia* – 2, la Nuova Italia, Firenze, 1978, p. 891.

²⁴ D. DELLA PORTA-H. REITER, *Polizia e protesta. L'ordine pubblico dalla Liberazione ai «no global»*, Bologna, Il Mulino 2003.

²⁵ R. REINER, *Introduction. Cops, Crime and Control: Analysing The Police Function*, in R. Reiner (ed.), *Policing, The International Library of Criminology, Criminal Justice & Penology*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot, 1996, pp. xiii-xix.

²⁶ A. D'ORSI, *La polizia. Le forze dell'ordine italiano*, Feltrinelli, Milano, 1972; A. CHIAPPETTI, *L'attività di polizia*, Cedam, Padova, 1973; F. FEDELI, *Polizia e democrazia*, Edizioni Studio Tesi, Pordenone, 1978; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979.

²⁷ S. PALIDDA, *Polizia Postmoderna. Etnografia Del Nuovo Controllo Sociale*, Feltrinelli, Milano, 2000; R. CORNELLI, 2003, *op. cit.*

²⁸ Cfr. *La cattiva organizzazione della polizia ed i sistemi carcerari*, n C. LOMBROSO, *Il mutamento attuale*, Casa editrice Moderna, Milano, 1903.

capace di liberarsi dai metodi tradizionali basati sull'intuito del funzionario di polizia e di includere approcci legati a discipline in via di affermazione (la medicina legale, l'antropologia, la psicologia e la psichiatria) furono determinanti per dare corpo a quel programma di polizia scientifica elaborato da Salvatore Ottolenghi, collaboratore di Lombroso, fondatore e direttore della Società Italiana di Medicina Legale, a cui si deve, per quel che qui più interessa, l'istituzione della Scuola Superiore di Polizia²⁹.

Per la verità, a sostenere i propositi di Lombroso e Ottolenghi esisteva già una produzione ottocentesca di opere di derivazione francese che, partendo dalla scarsa burocratizzazione e professionalizzazione delle polizie di inizio secolo, per una parte si orientavano alla divulgazione di un sapere tecnico-giuridico (che posizionava la polizia come ambito di giurisdizione specifico, sia pure correlato, rispetto alla giurisdizione criminale), per altra parte si dedicavano alla polizia urbana e rurale attraverso l'elaborazione di Manuali, Dizionari e Regolamenti volti a normare e disciplinare in modo minuzioso gli oggetti della polizia, sul modello delle ordinanze di polizia francesi del XVII secolo o della scienza dell'amministrazione tedesca del XVIII secolo, la *polizeiwissenschaft*. A partire dagli anni Quaranta dell'Ottocento le opere sono più chiaramente volte ad accompagnare la formazione degli apparati di polizia. Nei diversi Stati italiani, infatti, con un certo ritardo rispetto ad altri Paesi europei, l'attività di polizia si specializza e si definisce nell'apparato di pubblica sicurezza anche grazie a leggi organiche di pubblica sicurezza o nuovi regolamenti conformi alle aspirazioni codicistiche e costituzionali. La burocratizzazione della pubblica sicurezza viene accompagnata da trattati teorico-pratici focalizzati sulla pubblica sicurezza (ne è un esempio il trattato di Bartolommeo Fiani del 1853), spesso con l'intento di formare i giovani funzionari, preservandoli dallo smarrimento e, a partire dagli anni Sessanta da veri e propri manuali per funzionari e agenti di polizia, di taglio pratico-esprienziale³⁰.

L'Ottocento è anche il secolo delle innovazioni nelle tecniche del controllo (dalle fotosegnalazioni alle impronte digitali) e nuovi saperi (psichiatrico, antropologico-criminale, statistico) s'impongono come necessari nel processo di modernizzazione delle polizie³¹.

²⁹ S. BUZZANCA, *La figura di Salvatore Ottolenghi*, in *Instrumenta*, 2002, 16, pp. 311-327.

³⁰ Per un approfondimento sulla produzione manualistica avente a oggetto le polizie preunitarie cfr. S. MORI, *I saperi delle polizie italiane preunitarie nella produzione manualistica coeva*, relazione al convegno internazionale di studi *Polices et savoirs policiers (XVIIIe-XIXe siècle)*, tenutosi il 6 e 7 giugno 2008 a Aix-en-provence, Maison méditerranéenne des sciences de l'Homme – UMR Telemme.

³¹ Alcuni interessanti spunti di riflessione su questi aspetti sono presenti in un recente studio di Adolfo Ceretti condotto sui testi dickensiani: A. CERETTI, "Oliver Twist e lo sguardo del criminologo", in corso di pubblicazione.

Nonostante questo fermento sia ancora presente agli inizi del Novecento e abbia stimolato i progetti di polizia scientifica della scuola lombrosiana, è come se gli eventi europei del secolo breve, caratterizzato prima da guerre e totalitarismi e poi dall'“età dell'oro” delle conquiste civili e sociali³², avessero, per motivi diversi, spinto il mondo politico e quello intellettuale a occuparsi di altre urgenze, relegando l'interesse scientifico per le polizie a questione di natura professionale e dunque di esclusivi interesse e pertinenza dello stesso apparato di pubblica sicurezza.

Così, nell'ultimo mezzo secolo, la traiettoria della ricerca sulle polizie e sul *policing* (termine che indica l'attività e le funzioni di mantenimento dell'ordine e della sicurezza più ampie rispetto a quelle compiute dalle sole polizie pubbliche), con alcune eccezioni, è stata tracciata principalmente da studiosi statunitensi, inglesi, canadesi e australiani, ed è principalmente con i loro studi – con gli argomenti trattati, con le prospettive suggerite e con i limiti che li caratterizzano – che ci si deve confrontare.

Vediamo brevemente alcuni passaggi salienti di questo corpo di studi. Innanzitutto va rilevato che prima degli anni Sessanta del Novecento la ricerca sulle polizie è pressoché inesistente e che inizia a svilupparsi dalla fine degli anni Cinquanta principalmente nell'ambito di una serie di pubblicazioni sul funzionamento della giustizia penale sponsorizzate dall'American Bar Foundation³³. Ma le condizioni per la crescita dell'interesse scientifico su questo tema sono da ricercare nel cambio di sguardo della criminologia degli anni Sessanta e nella situazione politica del decennio successivo. Il mutamento epistemologico di parte della criminologia accademica anglosassone all'insegna dal *labelling approach* (che per la prima volta tematizza l'interazione tra reazione sociale e delle agenzie istituzionali, creazione della devianza, avvio di carriere criminali) porta a considerare la struttura e il funzionamento del sistema della giustizia penale e delle polizie come oggetti legittimi di curiosità accademica e di ricerca empirica proprio negli anni in cui le politiche di *law and order* e le violazioni dei diritti umani a esse riconducibili diventano argomenti di dibattito pubblico e di scontro politico³⁴.

Così, i primi studi pionieristici si concentrano sulle modalità discrezionali usate dagli agenti di polizia durante gli arresti e nel condurre attività investigative.

³² E.J. HOBSBAWM, *Age of Extremis. The Short Twentieth Century 1914-1991*, Pantheon Books, 1997, (trad. it. *Il secolo breve. L'epoca più violenta della storia dell'umanità*, BUR, Milano, 2000).

³³ Cfr. R. REINER, 1996, pp. xiii-xix.

³⁴ R. REINER, *Policing And The Police*, in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook Of Criminology*, 2^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 999-1003; R. QUINNEY, *Criminology*, Little Brown and Company, Boston, 1979, cit. in M.J. LYNCH, *Percezione del reato da parte del pubblico*, in F. Ferracuti (ed.), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Vol. IV, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 208.

Emerge da subito, soprattutto nei lavori di Bittner³⁵, l'immagine della polizia come "professione problematica" e soggetta facilmente a scandali per l'uso della violenza in modo discriminatorio soprattutto nei confronti degli Afro-americani e per il rischio di corruzione che la contraddistingue³⁶. Spesso la metodologia usata è quella dell'osservazione partecipante sulle attività di pattugliamento e investigazione dei poliziotti per strada.

Nel corso degli anni Settanta, in concomitanza con l'imporre nel dibattito politico e mediatico del tema della paura della criminalità e della guerra alla droga³⁷ parte della ricerca si orienta in modo deciso verso la valutazione dell'efficacia delle strategie adottate dalle polizie metropolitane. Uno dei più rinomati e citati studi valutativi sulle attività di pattugliamento è il *Kansas City Preventive Patrol Experiment*³⁸, finanziato dalla Police Foundation di Washington.

Negli anni Ottanta molti ricercatori, prendendo spunto dalle criticità emerse nell'immagine della polizia, nella relazione tra cittadini e agenti e nell'efficacia delle strategie di controllo, investigazione e rassicurazione sociale, si cimentano nell'ipotizzare, accompagnare e valutare modalità operative, organizzative e gestionali volte a migliorare le attività di prevenzione e di controllo della criminalità. Le due principali novità sono rappresentate dal *community-oriented policing* e dal *problem-oriented policing*. Si tratta di prospettive di riforma della polizia che, nelle intenzioni di chi le propone, mirano a intensificare i rapporti di collaborazione tra polizia e cittadini e a migliorare la capacità della polizia di rispondere ai bisogni del territorio, andando oltre quello che viene definito come approccio formalistico basato sulla ripartizione delle competenze con altri enti o servizi.

Negli anni Novanta buona parte della ricerca si focalizza su aspetti specifici legati al controllo della criminalità: si possono citare gli studi di Larry Sherman sull'effetto deterrente di diverse strategie di polizia (separazione, negoziazione e arresto) nell'affrontare la violenza domestica, quelli sulla repressione dell'uso di

³⁵ E. BITTNER, *op. cit.*

³⁶ Cfr. M. PUNCH, *The Past, the Present and the Future of Police Research*, in R. GRÄNDER-O. KRONKVITZ (eds.), *The Past, The Present and the Future of Police Research. Proceedings from the Fifth Nordic Police Research Seminar*, Linnéuniversitetet, 2015; D. BAYLEY, *op. cit.*

³⁷ Cfr. D. GARLAND, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Late Modernity*, Oxford University Press, Oxford, 2001 (trad. it. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004); M. LEE, *Inventing Fear of Crime. Criminology and the Politics of Anxiety*, Willan Publishing, Cullompton, 2007; J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, New York, 2007 (trad. it. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008); R. CORNELLI, *op. cit.*

³⁸ G.L. KELLING-T. PATE-D. DIECKMAN-C.E. BROWN, *The Kansas City Preventive Patrol Experiment: A Summary Report*, Police Foundation, Washington D.C., 1974, ristampato in D.H. Bayley (ed.), *What Works In Policing*, Oxford University Press, New York, 1998, pp. 31-50.

droghe, sulla prevenzione comunitaria e sull'educazione che sono stati discussi e veicolati in un importante rapporto sulla prevenzione della criminalità³⁹.

Inoltre, la strategia di *Signs-of-crime Policing* o *Broken Windows Policing* adottata dal Sindaco di New York Rudolph Giuliani – noto anche come modello della tolleranza zero – che si è avvalsa anche del metodo CompStat elaborato dal Capo della Polizia William Bratton per identificare gli *hot spot* della criminalità e intervenire massicciamente con azioni di *enforcement*, diventa un punto di riferimento per buona parte delle riforme di polizia negli Stati Uniti e in giro per il mondo. Nel primo decennio del XXI secolo si verifica un ulteriore ampliamento della ricerca di valutazione sulle strategie di polizia e, al contempo, si assiste a un ritorno d'interesse per il tema della discrezionalità della polizia e dei comportamenti discriminatori nei confronti degli afro-americani e dei *latinos*; le strategie di *racial profiling* sono oggetto di attenzione soprattutto da parte di accademici particolarmente critici nei confronti del *Broken-Windows Policing*⁴⁰.

In sintesi, e per arrivare ai nostri giorni, nonostante la stratificazione dei temi affrontati e la ricchezza delle prospettive di analisi adottate, è possibile individuare due sguardi fondamentali che orientano la ricerca anglosassone sulle polizie: quello sull'effettività, che recentemente ha consentito a Larry Sherman e David Weisburd di sistematizzare la loro proposta di *evidence-based policing* (EBP) attraverso l'istituzione del *Center for Evidence-Based Crime Policy* (George Mason University, Virginia), e quello sulla correttezza, che negli ultimi anni si è arricchito degli studi sui diritti umani e sulla legittimità della polizia nel più ampio solco della *procedural justice*.

In breve, (1) come rendere più efficace l'attività di polizia nelle società moderne caratterizzate da un'elevata complessità e (2) come renderla più aderente e coerente con le spinte democratiche a tutelare i diritti di ogni cittadino (e di ogni essere umano) anche nei confronti dello Stato costituiscono le due grandi questioni che attraversano i *police studies*. La prima è connaturata alla nascita stessa della polizia moderna come corpo separato dall'amministrazione statale a cui delegare in particolare l'uso della forza (paventata e agita) per controllare la popolazione. La seconda si relaziona strettamente all'evoluzione delle sensibilità e delle istituzioni democratiche, anche a livello internazionale, che a partire soprattutto dalla fine della Seconda Guerra Mondiale hanno considerato l'attività e l'organizzazione delle polizie un tema rilevante dal punto di vista etico e pubblico.

³⁹ L.W. SHERMAN, *Policing For Crime Prevention*, in L.W. SHERMAN-D. GOTTFREDSON-D. MACKENZIE-J. ECK-P. REUTER-S. BUSHWAY (eds.), *Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising*, U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, 1998.

⁴⁰ Su questi punti cfr. B. HARCOURT, *op. cit.*; B. HARCOURT, *Against Prediction: Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, 2007.

Qualche cenno su entrambe le questioni può aiutare a comprendere alcuni aspetti decisivi del rapporto tra polizie e democrazia.

3. *Il problema dell'efficacia. – What are police good for?* Porsi questa domanda – come fa Peter Manning⁴¹ con altri propositi di ricerca – consente di uscire da alcuni luoghi comuni sul *policing* e al tempo stesso di ripercorrere traiettorie di studio non così consuete sulle origini della polizia moderna e sulla varietà di attività e di agenzie che “fanno polizia”.

Torniamo indietro di qualche secolo, dunque. Fino alla fine dell'*Ancien Régime* con il termine *police* non si indicava tanto un'istituzione, ma l'insieme dei meccanismi attraverso i quali lo stato nazionale andava consolidandosi garantendo l'ordine, la crescita delle ricchezze e la salute dei propri cittadini. Polizia è l'insieme dei mezzi che servono allo splendore dello stato e alla felicità di tutti i suoi cittadini. Uno dei massimi teorici settecenteschi dello stato, l'economista tedesco Von Justi, definisce la polizia come “l'insieme delle leggi e dei regolamenti che riguardano l'interno di uno stato e il cui scopo è affermare e aumentare la potenza di questo stato, impiegando bene le sue forze”⁴². Com'è noto, è attraverso lo studio di questo sapere sullo “stato di polizia” come ultima manifestazione dello stato assoluto (in cui il termine *Polizei* equivale a quello di *Verwaltung*, amministrazione⁴³) che Michel Foucault pone le basi della storia della governamentalità, intesa come storia dello stato a partire dalla pratica degli uomini, a partire da ciò che fanno e dal modo in cui pensano: lo stato come modo di fare e dei pensare⁴⁴. Non è questa la sede per affrontare nel dettaglio l'iscrizione della polizia nella storia della governamentalità e neppure per svolgere un approfondimento sulla nozione di polizia come tecnica di governo propria dello Stato moderno⁴⁵. Altri, anche a partire dalle riflessioni di Foucault, hanno brillantemente ragionato e scritto su questo tema⁴⁶. Vale la pena ricordare solamente il fatto che ancora fino al Settecento si attribuiva alla polizia, intesa come “ordine di tutto ciò che si può

⁴¹ Cfr. P. K. MANNING, *op. cit.*

⁴² M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, Seuil/Gallimard, 2004, (trad. it. *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France 1977-1978*, Feltrinelli, Milano, 2005).

⁴³ Cfr. E. BUSSI, *I principi di governo nello stato di polizia*, Editrice sarda, Cagliari, 1955.

⁴⁴ Nel corso del 1977-78 M. FOUCAULT (*op. cit.*, p. 88) indica con governamentalità il regime di potere avviato nel XVIII secolo che ha nella popolazione bersaglio principale, nell'economia politica la forma privilegiata di sapere, nei dispositivi di sicurezza lo strumento tecnico essenziale. Su questi temi, declinati intorno al concetto di pubblica sicurezza, cfr. anche G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza. Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Ombre Corte, Verona, 2009.

⁴⁵ J.J. GLEIZAL-C. JOURNÈS-J. GATTI-DOMENACH, *La police. – Le cas des démocraties occidentales*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, p. 18.

⁴⁶ G. CAMPESI, *op. cit.*

vedere nella città”, il compito di farsi carico di tutte le forme di co-esistenza degli uomini nella loro relazione con lo stato, diventando, così, condizione della stessa esistenza dell’urbanità⁴⁷. In concreto, gli oggetti di cui la polizia tende a occuparsi sono il numero di abitanti e i movimenti della popolazione; le necessità della vita; il problema della sanità; la sorveglianza delle attività; la circolazione delle merci e dei prodotti delle attività dell’uomo⁴⁸. Nell’occuparsi di ciò che fanno gli uomini, della loro attività e della loro occupazione, della loro felicità e del loro benessere (e non semplicemente della loro mera sopravvivenza), il potere di polizia estende l’esperienza delle regolamentazioni urbane anche antecedenti al XVI secolo in tutti gli ambiti della vita della popolazione e su tutto il territorio del regno e si struttura in modo distinto da un altro tipo di esercizio del potere regio, che è il potere giudiziario.

La nozione di polizia non si dà dunque come prolungamento della giustizia penale, ma abbraccia ogni atto dell’amministrazione statale diretto ad aumentare la potenza dello Stato attraverso l’incremento della prosperità, della felicità, della salute e del benessere dei sudditi. Già nelle *Oeuvres* di Jean Bacquet, avvocato del Re presso la Camera del Tesoro, pubblicate per la prima volta nel 1597 – ampliate nel 1688 da Claude de Ferriere, Avvocato al Parlamento di Parigi e ripubblicate più volte fino all’ultima versione del 1744 – al capitolo XXVIII si afferma che “il diritto di giustizia non contiene il diritto di polizia: sono diritti distinti e separati” e, dunque, che “l’esercizio del diritto di polizia [...] non appartiene ad altri che al re”⁴⁹: la polizia riguarda il re che agisce direttamente sui sudditi, in una forma non giudiziaria. Inoltre, trattando della vita brulicante della popolazione, il sovrano ha bisogno di ordinanze, di consegne e di regolamenti più che di leggi. Ha bisogno, in altre parole, di amministrare la vita quotidiana nelle sue sfumature, non di fissare regole generali, come indica nelle sue Istruzioni Caterina II, l’imperatrice “illuminata” di Russia: “i regolamenti di polizia sono di una specie completamente diversa da quella delle altre leggi civili. Le cose di polizia sono cose di ogni istante, mentre le cose di legge sono definitive e permanenti. La polizia si occupa di inezie, mentre le leggi si occupano delle cose importanti. La polizia si occupa continuamente di dettagli e non può che agire prontamente e immediatamente”⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. M. FOUCAULT, *op. cit.*, pp. 231-243.

⁴⁸ Nel noto *Traité de la police* di inizi Settecento Delamare riunisce le ordinanze di polizia in tredici ambiti: religione, costumi, sanità e beni di sussistenza, tranquillità pubblica, cura degli edifici, delle piazze, e delle strade, le scienze e le arti liberali, il commercio, le manifatture e le arti meccaniche, i servi e i manovali, il teatro e i giochi, e infine la cura e la disciplina dei poveri. Inoltre, definisce questi ambiti in quattro titoli generali: la bontà della vita, la conservazione della vita, la comodità della vita e la piacevolezza della vita.

⁴⁹ J. BACQUET, *Les Oeuvres de Me. Jean Bacquet*, Lyon, 1744, p. 416.

⁵⁰ Cfr. M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 246.

Questa concezione che attribuisce al sovrano la potestà di polizia in quanto finalizzata a raggiungimento del bene pubblico, che in definitiva coincide con la stessa potenza del principe, inizia a modificarsi a cavallo tra Settecento e Ottocento. A seguito della rivoluzione francese, con le sue tensioni e le sue aspirazioni di rappresentare un modello di sperimentazione di quanto gli illuministi andavano discutendo, e delle trasformazioni economico-sociali connesse con i processi di industrializzazione, agli apparati amministrativi i teorici dello stato di diritto e gli economisti liberisti iniziano a chiedere soprattutto di specializzarsi nel difendere la libertà del lavoro e la sicurezza della proprietà e nel garantire la pace sociale, come presupposto per ogni altra attività⁵¹. Cambia la concezione di ordine, inteso non più come armonia degli interessi privati nell'interesse del sovrano che amministra la vita dei sudditi in funzione del bene comune, ma come civile e ordinata convivenza resa possibile da leggi che ne fissano le condizioni. Contestualmente cambiano le aspettative riposte sulle istituzioni: tra gli scienziati dell'amministrazione si fa strada la nozione di Kant secondo cui il compito dello Stato è quello di proteggere la libertà individuale piuttosto che promuovere felicità e benessere e diventa urgente l'esigenza di approntare misure per limitare lo stesso potere statale, ben espressa dalla dottrina della separazione dei poteri di Montesquieu⁵². Si tratta di mutamenti che conducono alla nascita della polizia moderna come corpo separato dello Stato: il termine polizia s'identifica sempre più con quella parte dell'apparato burocratico che si configura attorno alla funzione, assai più contenuta e meglio definita rispetto al passato, di intervento in negativo per il mantenimento dell'ordine – di quell'ordine stabilito dalle dichiarazioni dei diritti dell'uomo, dalle costituzioni e dalle leggi e che si definisce nella vigilanza sempre più precisa e puntuale della popolazione⁵³. Si tratta di una spinta alla separazione della polizia dalla giustizia, come corollario della separazione dei poteri, e alla specializzazione funzionale, che conduce anche alla necessità di maggiore professionalizzazione di un lavoro poco ragguardevole e spesso infamante, quello dello sbirro⁵⁴.

⁵¹ A. FONTANA, Dall'oggetto 'polizia' al piano di guerra, in *Aut Aut*, 1978, 167-168, pp. 36.

⁵² D.F. LINDENFELD, *The Practical Imagination. The German Sciences of State in the Nineteenth Century*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1997, pp. 57-58.

⁵³ Come ricorda E. BUSSI (*op. cit.*, pp. 12-15) questo potere di vigilanza, che diventa componente essenziale della polizia ottocentesca, viene già affermato da uno dei più equilibrati e illuminati giuristi a cavallo tra Settecento e Ottocento, J.J. Klüber, nei termini di esistenza nello Stato di una *oberaufsehende Gewalt*, una *potestas inspiciendi suprema* o *ius supremae inspectionis*, che consisterebbe in un diritto dello Stato di esercitare una continua, attiva attenzione su tutto ciò che può avere influenza sul fine dello Stato.

⁵⁴ Cfr. P. TESSITORI, *Basta che finissa 'sti cani. Democrazia e polizia nella Venezia del 1797*, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia, 1996, pp. 27-90. Va ricordato che l'istituzione nel 1829 della *Metropolitana Police Force* di Londra a opera di Sir Robert Peel (con una dotazione di mille

Questi brevi cenni sugli albori della polizia – così intrinsecamente connessa alla genealogia dello stato moderno – danno conto della nascita di un dispositivo che mantiene alcuni tratti caratteristici anche dopo che il progetto unitario di felicità del popolo/potenza dello stato si disloca e prende corpo in differenti meccanismi e istituzioni: l'economia, il governo della popolazione, il diritto e la polizia⁵⁵.

A tal proposito risulta utile soffermarsi su due aspetti che contraddistinguono il *policing* nel corso della sua evoluzione: da un lato, l'ampiezza del campo d'intervento delle polizie, dall'altro lato, la loro alterità organizzativa rispetto al potere giudiziario (anche se sempre più interrelata con l'affermarsi dello stato di diritto).

Con riferimento al primo aspetto, se è vero che la polizia moderna si afferma nel processo di specializzazione rispetto alle funzioni di regolare e proteggere l'ordine sociale – innanzitutto per gestire i problemi di disordine nelle strade e per ottenere informazioni su potenziali sovversivi e oppositori politici⁵⁶ – e di *law enforcement* nel campo penale, il campo d'intervento risulta comunque essere più ampio: a seconda delle epoche storiche è cresciuto e talvolta si è ridotto in relazione alle urgenze del momento.

Un corpo ormai rilevante di studi d'Oltreoceano ha rilevato, già a partire dagli anni Settanta, come l'immagine della polizia quale agenzia di prevenzione della criminalità, di deterrenza e di investigazione criminale, radicata nella società americana e rinforzata dai *media*, risulti inappropriata e non corrispondente a ciò che effettivamente la polizia fa⁵⁷. In questo senso, Goldstein⁵⁸ ritiene che l'attività di *policing* sia centrata sul raggiungimento di molteplici obiettivi, come prevenire e controllare le condotte che minacciano la vita e la proprietà delle persone, aiutare le vittime della criminalità e proteggere le persone in pericolo di un danno fisico, tutelare le garanzie costituzionali, facilitare il movimento di veicoli e persone, assistere coloro che non sono in grado di badare a se stessi, risolvere i conflitti tra individui, gruppi o tra cittadini ed istituzioni, identificare i problemi che rischiano

agenti soprannominati “*Bobbies*” o “*Peelers*”) rispondeva a un'esigenza di professionalizzazione del corpo di polizia; anche in Italia l'Arma dei Carabinieri venne istituita nel 1814 proprio tenendo conto di un'esigenza della monarchia sabauda di disporre di un corpo professionalizzato e di qualità. Cfr. M. BONINO, *La polizia italiana nella seconda metà dell'Ottocento. Aspetti culturali e operativi*, Laurus Robuffo, Roma, 2005.

⁵⁵ Cfr. M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁶ O. MARENIN, *Parking Tickets And Class Repression: The Concept Of Policing In Critical Theories Of Criminal Justice*, in *Contemporary Crises*, 1982, 6, p. 241. Le ricerche di D. DELLA PORTA e H. REITER (2003, *op. cit.*) hanno messo in luce come la repressione del dissenso politico e la soppressione delle agitazioni di massa anche nelle democrazie occidentali contemporanee siano un aspetto importante del lavoro di polizia.

⁵⁷ G.L. KELLING, *op. cit.*

⁵⁸ H. GOLDSTEIN, *Improving Policing: A Problem Oriented Approach*, in *Crime And Delinquency*, 1979, p. 25.

di recare danno a individui e istituzioni, creare e mantenere un sentimento di sicurezza nella comunità. Se poi si osservano attentamente le *policies* attuate in aderenza alla proposta di Wilson e Kelling⁵⁹ di estendere l'intervento di polizia a fenomeni di degrado dei luoghi e d'inciviltà dei comportamenti, ci si rende conto di come il campo d'azione delle polizie (non solo negli Stati Uniti) sia dinamico e sensibile ai cambiamenti sociali e culturali⁶⁰.

D'altra parte, la porosità del campo del *policing*, intesa come caratteristica di un ambito istituzionale che risulta idoneo a recepire, filtrandole con le sue pratiche e il suo sapere, spinte e tensioni politico-culturali e funzionale a governarle nella quotidianità, si relaziona strettamente con ciò che la letteratura settecentesca individuava come spartiacque tra diritto di giustizia e diritto di polizia e che lo stesso Montesquieu individuava nelle cose di ogni istante che, per essere gestite, non richiedono troppe formalità⁶¹. La discrezionalità di cui spesso si discute è dunque elemento costitutivo dell'attività di polizia poiché questa, occupandosi degli infiniti dettagli, non può determinarsi nella rigida applicazione di regole generali⁶²: prendendo a prestito le considerazioni dello storico Carlo Ginzburg⁶³ sul paradigma indiziario, il sapere di polizia si esercita nell'osservare gli infiniti dettagli della realtà quotidiana alla ricerca di segni, di tracce che siano utili per prevedere eventi di rottura dell'ordine sociale. È un sapere pratico che solitamente trova nelle leggi dei limiti (sempre più numerosi nelle democrazie contemporanee) più che dei precetti. Da questa prospettiva la distinzione tra polizia di diritto e polizia di fatto, discussa già a metà dell'Ottocento da Bartolommeo Fiani⁶⁴ e ricondotta al fatto che le sue attribuzioni sono esercitate in alcuni casi per mezzo di regole che la legge stessa determina, in altri casi col solo titolo dell'umana prudenza, risulta meno netta e le due forme del *policing* confluiscono in un'unica polizia che è di diritto e di fatto insieme.

Arrivati a questo punto, ciò che sembra costituire la specificità della polizia moderna fin dalle sue origini è la sua tendenziale sfuggevolezza alla definizione

⁵⁹ J.Q. WILSON-G.L. KELLING, *Broken Windows. The Police and Neighbourhood Safety*, in *Atlantic Monthly*, 1982.

⁶⁰ L'analisi della normativa italiana (l'art. 24 legge n. 121/81 sul Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza e lo stesso art. 1 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (R.D. n. 773/1931) indica un'analoga ampiezza di intervento delle polizie, ben lungi dall'occuparsi solo di criminalità e ordine pubblico strettamente inteso (cfr. R. CORNELLI, *op. cit.*).

⁶¹ "Les matières de police sont des choses de chaque instant, et où il ne s'agit ordinairement que de peu: il ne faut donc guère de formalités" (CH.-L. DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, Genève, 1748, p. 24).

⁶² P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 41.

⁶³ C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in *Miti, emblemi, spie. Morfologia e storia*, Einaudi, Torino, 1986.

⁶⁴ B. FIANI, *Della polizia considerata come mezzo di preventiva difesa*, Firenze, 1853, pp. 23-30.

legale di ciò che deve e può fare, proprio perché si occupa di restaurare puntualmente e continuamente quella serena e ordinata (nel senso proprio di coerente a un progetto di ordine sociale) vita urbana che, nella quotidianità, scorre in modo scomposto. In altre parole, la polizia trae la propria ragione d'essere dall'immanenza di una volontà politica di governo delle micro-relazioni quotidiane; la polizia è il dispositivo di governo che agisce direttamente sulle persone e per le persone e che, quindi, non è definibile semplicemente come agenzia di *law enforcement* o come *gatekeeper* del sistema penale: più che applicare le leggi, restaura quell'ordine di cui le leggi sono una delle possibili espressioni.

Lo specifico dell'agire di polizia rispetto ad altri apparati statuali sta dunque nel rapporto con le situazioni di emergenza, sia negli accadimenti quotidiani che nella vita istituzionale.

Nella vita di tutti i giorni chiamiamo la polizia quando "*something-is-happening-which-ought-not-to-be-happening-about-which-somebody-ought-to-do-something-NOW*"⁶⁵. Non ci poniamo il problema se ci sia una legge che le consente d'intervenire: siamo abituati a pensare che, quando siamo davvero in emergenza, l'intervento di polizia – anche solo evocata, come quando in un principio di rissa per strada, per sedare gli animi, qualcuno urla di aver chiamato la polizia – possa servire a raffreddare, congelare, riportare alla normalità. Basterebbe analizzare il registro delle chiamate ai presidi di polizia per rendersi conto della varietà di situazioni definite da chi chiama in termini emergenziali e per le quali si richiede un intervento urgente⁶⁶. Certamente agenti e funzionari svolgono molte altre attività, a volte routinarie, istituzionali o di rappresentanza, ma è alle polizie che spesso ci si affida nei momenti critici ed è un affidamento che presuppone un tipo di fiducia diverso da quello che si sviluppa nelle relazioni interpersonali e che Giddens⁶⁷ ha definito *trust in abstract system*: dipende certamente dalla memoria individuale o collettiva circa la qualità del contatto avuto con agenti e funzionari in carne e ossa – che Giddens indicherebbe come *access points* ai sistemi astratti e Novak et al.⁶⁸ hanno definito *gatekeepers* del sistema penale⁶⁹ –, ma si nutre in

⁶⁵ E. BITTNER, *op. cit.*, p. 335.

⁶⁶ Cfr. E. CUMMING-I. CUMMING-L. EDELL, *Policeman As Philosopher, Guide And Friend*, in *Social Problem*, 1965, 12, p. 139; M. PUNCH-T. NAYLOR, *The Police: A Social Service*, in *New Society*, 1973, 17, pp. 358-361, ristampato in R. Reiner, *Policing*, (ed.), 1996, *The International Library of Criminology*, p. 358; S.D. MASTROFSKI, *Policing For People*, in *Ideas in American Policing*, Police Foundation, 1999, pp. 34-35; D. MONJARDET, *Ce que fait la police. Sociologie de la force publique*, La Découverte, Paris, 1996.

⁶⁷ A. GIDDENS, 1990, *The Consequences Of Modernity*, Polity Press, Cambridge.

⁶⁸ N.J. NOVAK-J. FRANK-B.W. SMITH-R.S. ENGEL, *Revisiting The Decision To Arrest: Comparing Beat And Community Officers*, in *Crime And Delinquency*, 2002, 48, p. 1.

⁶⁹ Cfr. R. CORNELLI, *op. cit.*

particolare di una memoria sociale e istituzionale che fissa la crucialità della polizia a garanzia del vivere civile.

Anche in caso di emergenze nazionali la risorsa da attivare immediatamente è la polizia, nel gestire l'immigrazione come nel difendersi da attacchi terroristici. Nella dialettica democratica ciò comporta la necessità di definire una copertura normativa all'ingaggio delle polizie nei casi di emergenza (le normative nazionali e sovranazionali sul contrasto all'immigrazione clandestina e, più nello specifico, sulla legittimità dei centri di detenzione amministrativa può essere letta alla luce di questa esigenza) ma ciò non toglie che, proprio come alle origini, l'apparato di polizia (e dei servizi segreti) venga inteso come strumento d'intervento immediato del governo in situazioni critiche e che questa eccezionalità d'intervento nelle situazioni che si presentano nuove e *border-line* costituisca la specificità dell'attività di *policing*.

È proprio attorno a questa specificità che si è costruita la legittimità per le polizie di usare – laddove richiesto e nei limiti sempre più stringenti fissati nelle democrazie avanzate da costituzioni, *hard laws* e *soft laws* – mezzi che solitamente sono negati a tutti gli altri: non ci si riferisce solo alla forza fisica, a cui si è già accennato parlando del monopolio della violenza legittima, ma anche a ogni altro mezzo (come schedature e intercettazioni) il cui uso sarebbe altrimenti sanzionato⁷⁰.

Una volta compresa questa realtà del *policing*, il tema dell'efficacia prende una piega diversa da quella tradizionalmente esplorata e non può che essere studiato all'interno dei discorsi sull'ampiezza delle attività di polizia e sull'“eccezionalità” del suo potere.

Innanzitutto l'efficacia delle polizie è un problema non da oggi. La delega alla polizia per l'attività di mantenimento dell'ordine necessario per la pace e per la prosperità ha posto da subito problemi, a partire dal reclutamento e dalla professionalizzazione di ufficiali e agenti⁷¹.

In secondo luogo, l'ampiezza del campo d'intervento della polizia sfida i propositi di valutazione dell'efficacia che ne riducono l'operatività a una o due funzioni. Così, comparare il numero di poliziotti anche solo a livello europeo non consente di trarre indicazioni appropriate sulle performance di polizia se parallelamente non si analizza cosa fanno le polizie e a quali urgenze sono chiamate a rispondere, per legge e concretamente, in ciascun Paese.

In terzo luogo, la specificità dell'agire delle polizie, che abbiamo definito in relazione alle situazioni di emergenza, richiede che le valutazioni di efficacia siano vincolate a principi e orizzonti di senso più ampi. Certamente l'efficacia va

⁷⁰ Cfr. J.P. BRODEUR, *op. cit.*

⁷¹ Cfr. M. BONINO, *op. cit.*

osservata con riferimento a ciò che la polizia fa e a come lo fa rispetto a obiettivi e standard condivisi, ma occorre sempre tenere a mente la domanda di fondo: a cosa serve la polizia qui ed ora? Qui ed ora viviamo in società che definiamo democratiche in ragione delle istanze di delimitazione del potere politico rispetto alla sfera dei diritti individuali: parlare di polizie, delle loro attività e della loro efficacia senza riflettere su come il dispositivo di polizia incontra il sentire collettivo rispetto all'ordine sociale rischia di darci informazioni parziali sul ruolo delle polizie nelle nostre democrazie.

4. *La questione democratica.* – Il rapporto tra polizie e democrazia non può che essere studiato in relazione alle democrazie per come sono oggi, alle loro promesse, alle loro lacune e alle loro opacità.

Nel *mare magnum* degli studi sulla crisi delle società occidentali, la tesi di Norberto Bobbio⁷² sulle sei promesse non mantenute dalla democrazia reale rispetto agli ideali originari può aiutarci a cogliere alcuni aspetti, utili per i propositi di questo saggio, del dibattito sulle trasformazioni (parola che il filosofo preferisce al termine crisi) delle istituzioni democratiche nelle società complesse.

Come riferisce acutamente Danilo Zolo, Bobbio si riferisce a una sorta di ingovernabilità delle democrazie per lo scarso rendimento delle loro istituzioni, gravate da un'espansione della burocrazia e dal crescente potere dei tecnici che i padri fondatori non avrebbero potuto prevedere: "Bobbio sembrava convinto che il progetto democratico fosse stato ideato per società meno complesse di quelle contemporanee"⁷³. Ma tra le promesse che si sono scontrate con questa complessità (individuo sovrano non vincolato da corpi intermedi, assenza di vincolo di mandato nella rappresentanza politica, libertà come autonomia, spazi di decisioni vincolanti governati solo da processi democratici, assenza di poteri invisibili, formazione di una cittadinanza attiva) ve ne sono alcune che risultano essenziali alla democrazia stessa: "anche nei regimi democratici il potere legale – il potere legittimato dalle istituzioni rappresentative e dal principio di legalità – era secondo Bobbio uno strato superficiale e sottile che copriva a fatica il magma profondo degli *arcana imperii*. Per questo aspetto era il significato stesso delle istituzioni democratiche, la loro diversità e preferibilità rispetto ai regimi dispotici a essere drammaticamente in gioco"⁷⁴.

La lezione di Bobbio invita a riflettere sul fatto che la democrazia moderna nasce con la prospettiva di realizzare un sistema trasparente, ma inevitabilmente si scontra con la tendenza di ogni dominio a occultare (segretezza) e a occultarsi

⁷² Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 2005.

⁷³ D. ZOLO, *L'alto della libertà. Su Bobbio*, Feltrinelli, Milano, 2008, p. 19.

⁷⁴ Cfr. D. ZOLO, *Ibidem*.

(mascheramento). Bobbio si sofferma sul fatto che alla democrazia si affiancano due poteri invisibili che chiama sottogoverno, vale a dire il governo dell'economia, e criptogoverno, a indicare l'insieme di forze eversive che agiscono in collegamento con i servizi segreti. Sul primo potere la letteratura è ormai ampia: Colin Crouch più decisamente di altri ha indicato come causa fondamentale del declino della democrazia contemporanea il forte squilibrio tra il ruolo degli interessi delle grandi aziende e quelli di tutti gli altri gruppi, che spinge a considerare la politica una faccenda che riguarda élites chiuse, come accadeva in epoca pre-democratica: "le distorsioni operano a numerosi livelli: a volte come pressioni esterne esercitate sui governi, a volte attraverso mutamenti interni alle priorità del governo stesso, a volte all'interno della struttura stessa dei partiti politici"⁷⁵. Sul criptogoverno, invece, le analisi sono poche e si concentrano sull'*High Policing*, sia pubblico (tra cui il funzionamento dei servizi segreti) che privato, sulle organizzazioni mafiose e sulle formazioni politiche o paramilitari estremiste o fondamentaliste⁷⁶.

Byung-Chul Han⁷⁷ spinge all'estremo l'analisi della tensione tra potere democratico e contropoteri invisibili: è la stessa trasparenza a costituire nelle società postcapitaliste un falso ideale, una delle mitologie contemporanee più forti e pervasive, che, con l'illusione di raccogliere informazioni sulla realtà sempre più alla portata di tutti, rende i cittadini – e non i governi – trasparenti e soggetti al controllo degli apparati, rinforzando nuove tendenze totalitarie che si fondano sulla scomparsa della *privacy*. Il caso recente della lettera aperta inviata da Tim Cook, amministratore delegato della Apple, in seguito alla richiesta del Governo degli Stati Uniti di decrittare lo smartphone di un terrorista segnala l'esistenza, in un caso limite, di un conflitto diffuso tra sicurezza e libertà dell'individuo, il cui esito incide sia sulla relazione tra Stato e cittadini che su quella tra Stato e giganti della comunicazione.

Più in generale, la necessità a fini analitici di superare la contrapposizione dicotomica tra democrazia e totalitarismo costituisce ormai un tema centrale in vari campi del sapere⁷⁸. Sono soprattutto le letture filosofiche novecentesche,

⁷⁵ C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2003, p. 117; L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

⁷⁶ J.P. BRODEUR, *op. cit.*; C. O'REILLY, *The Pluralization of High Policing: Convergence and Divergence at the Public-Private Interface*, in *British Journal of Criminology*, 2015, p. 55; C. O'REILLY-G. ELLISON, *Eye Spy Private High*, in *British Journal of Criminology*, 2006, 46, pp. 641-660; A. GIANNULI, *Come funzionano i servizi segreti*, Ponte alle Grazie, Milano, 2009.

⁷⁷ H. BYUNG-CHUL, *Transparenzgesellschaft*, Matthes & Seitz, Berlin, 2012 (trad. it. *La società della trasparenza*, Nottetempo, Roma, 2014).

⁷⁸ C. ROBIN, *Fear*, Oxford University Press, 2004 (trad. it. *Paura. La politica del dominio*, Egea, 2004); M. FLORES (a cura di), *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismi a confronto*, Bruno Mondadori, Milano, 1998; S. FORTI, *Il totalitarismo*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2001, p. XIX; M. RECALCATI, *Forme contemporanee del totalitarismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007; S.N.

generalmente poco interessate a fissare il materiale della storia in tipi ideali, ma coinvolte invece nella ricerca di un senso al male politico, ad avere tenuto desto l'interesse per una sorta di archeologia dell'ideologia totalitaria, collocando quest'ultima nel solco della tradizione occidentale. Basti pensare al legame individuato da Karl Popper tra totalitarismo e storicismo, diretta emanazione della filosofia platonica; alla rilettura del totalitarismo di Max Horkheimer e Theodor Adorno come destino iscritto nelle contraddizioni della razionalità occidentale e dell'Illuminismo – e possibile esito delle società democratiche di massa –; alla riflessione di Hannah Arendt secondo cui “soltanto nell'inferno di Aushwitz diventa tragicamente vera quell'identità di Idea e Realtà, di Essere e Pensiero, su cui la metafisica da Platone a Hegel non ha mai smesso di insistere”⁷⁹. D'altra parte, il rischio di scivolamento delle democrazie verso forme di tirannia a causa non tanto di rovesciamenti esterni, quanto di un'insita debolezza dell'io democratico, solo e ansioso di fronte alle trasformazioni imposte dall'Età della rivoluzione democratica, e di una sua conseguente inclinazione ad assecondare i provvedimenti repressivi e a diventare traditore della libertà, aveva già costituito un tema fondamentale del pensiero di Alexis de Tocqueville⁸⁰.

In questa prospettiva può essere meglio compresa la considerazione secondo cui “il totalitarismo non è soltanto una categoria concettuale per la classificazione e la comparazione di situazioni politiche storicamente concluse entro il XX secolo. È una tentazione che può riproporsi”⁸¹.

Giorgio Agamben riconosce esplicitamente il carattere fuorviante dell'opposizione secca democrazia/dittatura: “ciò che caratterizza tanto il regime fascista che quello nazista è, com'è noto, che essi lasciarono sussistere le costituzioni vigenti (rispettivamente lo Statuto albertino e la Costituzione di Weimar), affiancando, secondo un paradigma che è stato acutamente definito di «Stato duale», alla costituzione legale una seconda struttura, spesso giuridicamente non formalizzata, che poteva esistere accanto all'altra grazie allo stato d'eccezione”⁸². La presenza negli ordinamenti moderni di previsioni che garantiscano, in caso di necessità (solitamente riferita a problemi di sicurezza interna o esterna), la sospensione dell'ordinamento giuridico e l'attivazione di poteri d'emergenza costituisce la soglia d'indeterminazione tra democrazie e assolutismo. Si pensi al *military order* del Presidente degli Stati Uniti George W.

EISENSTADT, *Paradoxes of Democracy*, The Johns Hopkins University Press, Baltimora, 1999 (trad. it. *Paradossi della democrazia. Verso democrazie illiberali?* Il Mulino, Bologna, 2002).

⁷⁹ S. FORTI, *op. cit.*, p. 88, alla cui opera si rimanda per un approfondimento sulle letture filosofiche novecentesche sul totalitarismo.

⁸⁰ C. ROBIN, *op. cit.*, pp. 79-102.

⁸¹ D. FISICHELLA, *Totalitarismo. Un regime del nostro tempo*, Carocci, Roma, 2002, p. 1.

⁸² G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 63.

Bush emanato il 13 novembre 2001 sulla base del *Patriot Act* deliberato dal Senato il 26 ottobre a seguito dell'attentato terroristico alle *Twin Towers* dell'11 settembre 2001 (con il quale autorizzava la *indefinite detention* e il processo da parte di *military commissions* di persone sospettate di coinvolgimento in attività terroristiche) o anche alle dichiarazioni dello stato di emergenza nazionale in Francia (nel 2005, su proposta del Ministro dell'interno Nicolas Sarkozy a seguito delle rivolte nelle *banlieues*, e nel 2015, su iniziativa del presidente François Hollande a seguito degli attacchi terroristici di matrice islamica).

Complessità, poteri invisibili, mito della trasparenza e stati d'eccezione: sembra del tutto evidente che la democrazia è un regime costantemente in tensione, mai stabile e definito (sempre in trasformazione, come sostiene lo stesso Bobbio⁸³ e che, negli equilibri dinamici storicamente dati, presenta necessariamente confini, zone d'ombra ed esclusioni che segnano la distanza tra ideali, principi, leggi, regolamenti, circolari, linee-guida e realtà quotidiana della vita sociale e, al contempo, ridefiniscono i campi conflittuali in cui si gioca il riconoscimento dei diritti.

Riconoscere lo spazio limitato della democrazia consente di riconoscere appieno il fatto che, seguendo ancora le riflessioni di Bobbio, questa forma di governo si realizza nella pratica democratica di cittadini attivi e richiede di spingere il processo di democratizzazione oltre i confini della rappresentanza politica, andando a intaccare più convintamente settori quali la grande impresa e l'amministrazione pubblica.

A partire da questa prospettiva, diventa fondamentale, da un lato, prestare attenzione a quei processi socio-culturali, a quei contesti giuridico-istituzionali e a quelle situazioni in cui la logica emergenziale richiede interventi urgenti in deroga a principi democratici, dall'altro considerare la centralità del "sentire democratico" nei processi di riforma istituzionale, che, un po' come è stato nel processo di "invenzione dei diritti umani"⁸⁴, induce a percepire l'ovvietà e la naturalezza di quegli assetti di potere, quelle politiche e quelle prassi che risultino più coerenti con un progetto di società fondato sulla dignità umana e sull'eguale rispetto⁸⁵. Il sentire democratico è, con le parole di Alessandro Ferrara⁸⁶, quell'infrastruttura affettiva della democrazia che trova nell'apertura un ancoraggio saldo.

Nel quadro definito dall'intensità delle regole democratiche – apprezzabile in termini di restrizione degli spazi (giuridici, istituzionali e politici) di derogabilità dei

⁸³ N. BOBBIO, *op. cit.*, 2005, p. XIX.

⁸⁴ L. HUNT, *Inventing Human Rigs. A History*, Norton & Company, New York-London, 2007 (trad. it. *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2007).

⁸⁵ A. CERETTI-R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, Milano, 2013.

⁸⁶ A. FERRARA, *Democrazia e apertura*, Bruno Mondadori, Milano, 2011.

principi democratici – e dal sentire democratico – osservabile nel solco degli studi sui sentimenti collettivi e sulla cittadinanza attiva – è possibile, a questo punto, tracciare le coordinate per collocare l'agire istituzionale e dunque anche il *policing* sotto il triplice aspetto delle funzioni, dell'organizzazione e delle attività.

Il tema su cui ragionare è dunque qualcosa di più e di più profondo rispetto al proposito, che comunque riveste un'indubbia utilità, di fissare standard democratici che orientino il *policing* a livello internazionale. Lo studio delle polizie non può che iscriversi in una prospettiva d'analisi che veda la complessità e la dinamicità dei progetti democratici, ne consideri le peculiarità locali e s'interessi delle urgenze di saldatura tra riforme istituzionali e sentire collettivo. Questo approccio risulta decisivo laddove s'intenda intervenire in quei Paesi che sono in transizione verso un ordine democratico.

All'inizio di questo saggio ci siamo chiesti se la democrazia sia l'unico orizzonte di senso per le polizie oppure il fare polizia, almeno in parte, segni una zona di frontiera di ogni progetto democratico. Arrivati a questo punto, dobbiamo prendere atto che questa domanda, più che una risposta puntuale e definitiva (che, tra l'altro, rischierebbe di riportarci nel mezzo del dibattito scientificamente sterile tra *supporters* e critici a prescindere) richiede l'avvio di un percorso di analisi capace di cogliere la molteplicità delle questioni a essa sottese.

In sede di conclusioni, dunque, ci limiteremo a riprendere alcuni argomenti per una possibile agenda di ricerca su polizie e democrazia che eviti il duplice rischio di guardare solo al presente e di concentrarsi solo sulla definizione di standard democratici. L'intento ultimo è di provare a descrivere le polizie come artefatti umani intenzionali a partire dall'analisi delle *pratiche* che pongono in essere e dei *saperi* che producono

5. *Argomenti di ricerca su polizie e società democratiche.* – È consueto parlare di polizie (così come, più in generale, di *sfera penale*⁸⁷) facendo riferimento da una parte a quelle letture formali, sia giuridiche che sociologiche, che si sono limitate a descriverne le *funzioni* di contrasto alla criminalità e di gestione dell'ordine pubblico (ma anche di prevenzione, composizione dei dissidi privati, etc.), dall'altra, più raramente, alle riflessioni filosofiche e sociologiche sui presupposti di legittimità del monopolio statale della forza e sui limiti teorici di questa legittimità. Ma occuparsi di polizie e della loro peculiare posizione nelle società democratiche comporta anche indirizzare il nostro sguardo verso istituzioni che non si riducono alle funzioni che vengono loro attribuite o ai loro pre-

⁸⁷ Cfr. A. CERETTI, *Come pensa il Tribunale per i minorenni di Milano Una ricerca sul giudicato penale a Milano dal 1934 al 1990*, Franco Angeli, Milano, 1996, p. 20.

supposti teorici di fondo. Da queste letture o, per meglio dire, *versioni*⁸⁸ sull'istituzione "polizia" non si può prescindere (e a volte è bene indugiare), ma occorre provare a spingersi oltre nel descrivere le polizie come *artefatti umani intenzionali* a partire dalla considerazione delle *pratiche* che pongono in essere e dei *saperi* che producono qui e ora.

Proprio per la storia e le specificità di cui abbiamo già discusso, tra le istituzioni dello stato moderno la polizia è quella che, insieme all'esercito, con più fatica si è confrontata con il processo di affermazione dello stato di diritto⁸⁹. La rappresentazione mediatica e cinematografica, che tanto orienta la nostra percezione delle istituzioni⁹⁰, ingenuamente ne dà conto nel momento in cui il poliziotto emerge, spesso in un'accezione positiva, come colui che, per il bene superiore dell'efficacia della sua opera di ripristino dell'ordine e della pace sociale, infrange le regole, le forza per arrivare al risultato o comunque mal sopporta garanzie procedurali e limiti ordinamentali⁹¹; è un'immagine della polizia⁹² che finisce con il richiamare e al tempo stesso orientare la stessa autorappresentazione dei suoi appartenenti⁹³. Più empiricamente, è la *mission* della polizia a richiedere che nella realtà quotidiana gli agenti agiscano con una certa dose di discrezionalità operativa nelle situazioni critiche, essendo ispirati più dalla necessità di ritorno alla normalità (di ristabilire l'ordine) che dai principi dell'ordinamento giuridico, che emergono più che altro come confini dell'agire di polizia. Insomma, se il giudice decide (o dovrebbe decidere) sulla base dei principi dell'ordinamento, il poliziotto interviene in situazioni di emergenza tenendo conto (o dovendo tenere conto) dei limiti posti dall'ordinamento. Ritengo che questo sia il motivo per cui il *policing* costituisce uno dei luoghi privilegiati per studiare la tenuta dei progetti democratici, la cui porosità rispetto a ciò che sta fuori dall'ordinamento civico è condizione stessa per una loro progressiva affermazione⁹⁴; con questa consapevolezza, persino i casi di *police brutality*, di *extraordinary rendition* o di

⁸⁸ R. CORNELLI, *op. cit.*, 2008, p. 2.

⁸⁹ Cfr. A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, 1973, p. 7.

⁹⁰ A. DOYLE, *Immagini di arresto: polizia e televisione*, in G. Forti-M. Bertolino, (a cura di), *La televisione del crimine*, Vita e Pensiero, Milano, 2005.

⁹¹ P. MASON-F. LEISHMAN, «Faction» *contrapposti?* Reality Tv e polizia britannica, in G. Forti, M. Bertolino, (a cura di), *La televisione del crimine*, cit.

⁹² Cfr. S.C. HUGUES, 2002, "L'immagine della polizia", in ANTONELLI L. (a cura di), *La polizia in Italia nell'età moderna*, Rubbettino, pp.151-157.

⁹³ In assenza di ricerche specifiche sull'argomento, libri come: F. LA LICATA-M. NUMA, G. OLIMPIO-M. PORTANOVA-E. ROSASPINA, *Sbirri. Uomini e donne dietro la divisa. Poliziotti italiani raccontano la loro vita tra rischi e paure, speranze e aspirazioni*, Bur, 2007; C. BRAMBILLA, *L'infiltrato. La vera storia di un agente sotto copertura*, Melampo, 2008; oppure, in modo più indiretto, come C. BONINI, *Acab – All cops are bastards*, Einaudi, 2009, aiutano ad avvicinarci a come i poliziotti percepiscono se stessi rispetto al lavoro che svolgono.

⁹⁴ A. CERETTI-R. CORNELLI, *op. cit.*, 2013, p. 45.

operazioni segrete che chiaramente contrastano con i principi democratici possono essere compresi al di là di ciò che esprimono nella contingenza politica.

D'altra parte quel sentire democratico che abbiamo indicato come infrastruttura affettiva che sostiene i progetti democratici caratterizzandoli nel segno dell'apertura e dell'inclusione, rincorre costantemente l'attività di *policing* cercando di orientarne lo sguardo sociale e istituzionale (si pensi ai movimenti di *community policing* e alle istanze di *democratic policing*), ma nel momento in cui qualche allarme sociale esplose catalizzando le paure diffuse, alla polizia si chiede di uscire dal tracciato ordinario per intervenire immediatamente sull'emergenza che si è creata. Sarà la legge, poi, a fissare i nuovi limiti ordinamentali – spesso provvisori ed eccezionali – dell'agire di polizia, che avrà comunque messo in tensione i principi (o se si vuole gli standard democratici) dello stato di diritto.

L'incrocio tra la tendenziale sfuggevolezza del sapere e delle pratiche di polizia all'ingabbiamento nei *Principia Juris* e la continua mutevolezza del sentire democratico nell'orientare quel sapere e quelle pratiche verso un orizzonte coerente con le sue premesse conduce a trattare con nuovi sguardi il tema della relazione tra polizie e democrazia.

Non si tratta dunque di impegnarsi a definire standard democratici a cui uniformare l'azione di polizia (comunque necessari), ma di considerare il fatto che, se è vero che le polizie sono chiamate a intervenire nelle situazioni eccezionali, è propriamente la definizione di queste ultime il problema da affrontare, nelle democrazie avanzate come quelle in transizione verso la democrazia. Insomma, lo studio della relazione tra polizie e democrazia deve necessariamente partire dalle zone d'ombra e di frontiera più che dalle aree più appariscenti e formalizzate; non certo per un malcelato proposito di metterne in luce sempre e comunque arretratezze o distanze dai luoghi della democrazia, ma al contrario per indagare, in ogni epoca e a ogni latitudine, fino a quale soglia la democrazia riesce a mantenere le proprie promesse. Nelle zone d'ombra e di frontiera del *policing* si celano più che altrove quei confini di ogni progetto democratico che, in definitiva, possono costituire parte delle sue fondamenta o, diversamente, fattori di degenerazione. A volte entrambe le cose.

Occorre, allora, affrontare la questione democratica del *policing* non solo a partire da un'applicazione dei principi democratici all'organizzazione e al lavoro di polizia, ma anche e soprattutto tenendo ben presenti tre aspetti:

come si arriva a definire eccezionali ed emergenziali rispetto ai principi dello stato di diritto situazioni per cui si richiede innanzitutto alla polizia d'intervenire derogando agli standard democratici fissati preventivamente;

come agisce la polizia di fatto nelle situazioni eccezionali: attraverso quali pratiche, orientata da quali saperi, con quale sentire democratico di fondo. Il caso francese del conferimento di poteri straordinari alle autorità di pubblica sicurezza a

seguito della dichiarazione dello stato di emergenza del 2005 è interessante anche perché, nei fatti, non ha portato a un massiccio ricorso a misure (quali la perquisizione senza autorizzazione giudiziaria o l'interdizione della circolazione di persone o veicoli in orari e luoghi specifici) sia pure legittime nel quadro dalla sospensione dei diritti costituzionali. Questo fatto può essere spiegato considerando che gli stessi apparati hanno percepito queste misure eccezionali non confacenti con le loro prassi repubblicane e con le aspettative sociali. Cosa accade, però, nel momento in cui le "emergenze" si fanno ricorrenti? Quali effetti produce l'allentamento del sentire democratico diffuso sui saperi e sulle pratiche di polizia?

Come la polizia, proprio quando agisce in quelle zone d'ombra o di frontiera, può contribuire a porre le basi per estendere il progetto democratico e rafforzarne la sua struttura affettiva. La polizia, come ogni istituzione intesa come artefatto umano intenzionale, non è prodotto di intenzionalità esterne, ma è essa stessa, con le sue pratiche e i suoi saperi, parte di qual campo di forze da cui si producono conflitti e cambiamenti culturali. Proprio perché si trova nella posizione più scomoda, può essere, in diversi contesti, l'istituzione-chiave per estendere lo spazio della democrazia.

Tra polizie e democrazia si ravvisa, dunque, una circolarità da indagare a fondo perché mette in relazione lo statuto eccezionale della polizia con le fondamenta del progetto democratico, i principi democratici con la legittimità delle polizie, le pratiche e i saperi di polizia con il sentire democratico, i confini democratici (del sentire e dell'ordinamento) con l'agire della polizia per eccezioni.

È bene non dimenticarsene quando ci si preoccupa della buona salute delle nostre democrazie come della buona riuscita dei processi di democratizzazione in aree geografiche vicine e lontane.

ANNA MARIA GIANNINI – ROBERTO SGALLA

QUALE FORMAZIONE PER QUALE POLIZIA

1. *Introduzione.* – Il tema della formazione nella Polizia di Stato è centrale, divenuto sempre più rilevante nel tempo, anche a seguito di una consistente complessificazione della società e delle dinamiche della tutela della legalità e della sicurezza.

A livello internazionale e certamente nei Paesi EU le Forze di Polizia hanno dovuto adattare le proprie competenze e svilupparle in modo da rispondere a fenomeni come quelli legati ai flussi migratori, alle nuove forme di criminalità, per esempio quelle di tipo informatico, ai crescenti problemi di discriminazione e molto altro.

I vari Paesi al loro interno e nel confronto internazionale hanno dovuto reperire strategie, nuovi approcci, dotarsi di strumenti legislativi adeguati e ripensare alcuni aspetti della formazione di chi è in “*front line*” sui temi delle emergenze della sicurezza, della legalità e dell’ordine pubblico.

In Italia le Forze di Polizia hanno tracciato un percorso importante alla luce di un attento confronto sul piano internazionale e nell’ottica di una dimensione interforze che ha consentito lo sviluppo di importanti linee comuni e sinergiche nei programmi di formazione ai vari livelli.

Importanti riflessioni sui programmi di formazione e sulle necessità formative di una Polizia preparata e moderna sono state sviluppate nel confronto con soggetti quali Università, Aziende pubbliche e private, Organizzazioni non governative (ONG), Centri Antiviolenza ed altro.

Data l’ampiezza della materia si è scelto di trattare in questa sede uno degli aspetti più innovativi che hanno riguardato il tema della formazione degli ultimi anni: l’attenzione alle vittime. I temi della vittimologia sono divenuti sempre più importanti per le Forze di Polizia e sono stati affrontati a vari livelli: dalla prevenzione al sostegno, dall’attenzione in sede di investigazione alla sinergie con altre organizzazioni per creare reti ampie.

Nel riflettere su una questione così importante come “quale formazione per quale Polizia” appare evidente che in Italia un passo decisivo è stato compiuto proprio su questa tematica sempre più rilevante.

Procederemo dunque tracciando le linee di un percorso che ha portato la Polizia di Stato, accanto alle altre Forze di Polizia, a occuparsi di formazione sui temi della vittimologia con riferimento a prevenzione, intervento e sostegno.

2. La formazione in tema di attenzione alle vittime: una Polizia al passo con la civiltà del Paese. – Premessa indispensabile per affrontare questa tematica è quella di definire l’oggetto di studio: la vittima. È utile riferirsi alla definizione che viene espressa nell’art. 1 della Decisione Quadro del Consiglio Europeo del 15 marzo 2001:

“Una persona che ha subito un danno, inclusa una lesione fisica o psicologica, una sofferenza emotiva o una perdita economica, direttamente causata da atti od omissioni compiuti in violazione della legge penale di uno stato membro”.

Se si prendono in considerazione i diritti delle vittime, si può delineare un utile ed efficace percorso per individuare interventi di prevenzione e sostegno. La prevenzione consentirà l’evitamento di certi esiti drammatici, il sostegno si renderà indispensabile per gestirne gli esiti in tutti quei casi in cui ci si trova di fronte a conseguenze traumatiche.

I diritti delle vittime possono essere individuati seguendo alcune linee:

– essere trattati con rispetto per la loro dignità (art. 4 Dichiarazione delle Nazioni Unite);

- entrare in contatto con personale adeguatamente formato nel cogliere i loro bisogni (art. 14 Decisione Quadro EU);
- ricevere informazioni (artt. 5, 6 e 15 Dichiarazione Nazioni Unite);
- ricevere informazioni (art. 8 Decisione Quadro EU);
- essere compresi e aiutati a comprendere (art. 8 Decisione Quadro EU);
- ricevere assistenza (artt. 14, 15, 16, 17 Dichiarazione Nazioni Unite).

L'attenzione alle vittime e la necessità di incrementare le tecniche efficaci di trattamento delle vittime risponde a quanto indicato anche nella Decisione Quadro del 15 marzo 2001 del Consiglio dell'Unione Europea sulla posizione delle vittime nei procedimenti penali, all'interno della quale viene precisato come una formazione adeguata per gli Operatori che entrano in contatto con le vittime di reato sia una premessa essenziale (comma 11), tanto a favore di un maggiore sostegno alle vittime stesse quanto a favore di ottenere gli scopi prefissi dai procedimenti penali stessi. La Decisione Quadro affronta il problema della tutela delle vittime del reato, non limitandosi unicamente al contesto processuale, ma considerando l'intero percorso della vittima, anche "prima" e "dopo" il processo: nata sulla scia delle conclusioni del Consiglio di Tampere del 15 ottobre 1999, la normativa mira a realizzare un sistema articolato di misure di assistenza alle vittime del reato prima, durante e dopo il procedimento penale, individuando standard minimi di diritto che ogni Stato deve garantire alle vittime dei reati.

L'obiettivo della Decisione Quadro è quello di armonizzare (e, per quanto possibile, di uniformare) le disposizioni legislative e regolamentari dei vari Stati membri dell'Unione al fine di offrire alle vittime della criminalità un "ruolo effettivo ed appropriato" rispettoso della loro dignità personale (art. 2, comma 1), indipendentemente dallo Stato in cui il reato è commesso.

La normativa internazionale è concorde nel porre l'accento sulla necessità di non sottoporre le vittime a pressioni non necessarie e di adottare tutte le strategie possibili per evitare la vittimizzazione secondaria nel percorso giudiziario. Comprendere i bisogni delle vittime e soddisfarli è pertanto essenziale per diminuire o eliminare il rischio di vittimizzazione secondaria, conseguenza di "un trattamento insensibile all'interno del sistema di giustizia penale" (Daylen et al.; Kilpatrick et al., 1987).

La Decisione Quadro del 2001 e le successive applicazioni e sviluppi hanno come obiettivo fondamentale l'evitamento della cosiddetta "vittimizzazione secondaria" quel tipo di vittimizzazione cioè che si verifica quando chi, avendo subito una vittimizzazione primaria data dal reato o dall'evento che ha provocato il trauma, si trova a subire un trattamento inadeguato o addirittura insensibile da parte di chi, a causa del lavoro che svolge, si trova ad interagire con la vittima stessa nei tempi immediatamente successivi all'evento che ha provocato lo stato di vittimizza-

zione. Si tratta dunque di Operatori di Polizia, Personale sanitario, Assistenti sociali, e, successivamente, Operatori della Giustizia, quali Magistrati, Avvocati ecc.

Dalla Decisione Quadro del Consiglio d'Europa del 15 marzo 2001 sulla posizione delle vittime nel procedimento penale dunque, viene stimolato un profondo cambiamento culturale, che assegna alle vittime un ruolo più attivo e centrale nell'ambito del procedimento penale e riconosce loro diritti e bisogni.

La normativa internazionale è chiara nel porre l'accento sulla necessità di non sottoporre le vittime a interazioni non rispettose della loro dignità e dei loro bisogni e di adottare tutte le strategie possibili per evitare la vittimizzazione secondaria nel percorso giudiziario.

Comprendere i bisogni delle vittime e soddisfarli è essenziale per diminuire o eliminare il rischio di vittimizzazione secondaria, conseguenza di "un trattamento insensibile all'interno del sistema di giustizia penale" (Decisione Quadro del Consiglio d'Europa, 2001).

Secondo Laura Moriarty (2005), nonostante le diverse tipologie di crimine e le diversità tra le vittime, esse in generale hanno necessità di: informazioni, riconoscimento, consiglio, supporto, protezione e rassicurazione.

L'*Office for Victims of Crime* del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti così riassume tali bisogni: bisogno di sentirsi al sicuro, di esprimere le proprie emozioni e di sapere cosa accadrà dopo.

Sulla base di ciò è possibile evidenziare, con opportuni riferimenti alle teorie psicologiche sulle emozioni anche la necessità di abbassare lo stato di attivazione e di avere la sensazione di riprendere il controllo dell'ambiente, superando il senso di impotenza.

Per sintetizzare i diversi aspetti si possono così riassumere i bisogni delle vittime:

- bisogno di riprendere il controllo e superare il senso di impotenza attraverso l'acquisizione di informazioni e la sensazione di poter fare qualcosa attraverso l'azione penale;
- bisogno di esprimere, veder riconosciute le proprie emozioni, abbassare il livello di "arousal" (eccitazione emotiva) e ricevere supporto;
- bisogno di protezione.

3. *Le vittime vulnerabili: un modello di "Victims Care" per gli Operatori di Polizia.* – La ricerca criminologica ha dedicato grande attenzione, a partire dagli anni '40 del secolo scorso (Wertham, 1949) allo studio dei processi di vittimizzazione di alcune categorie di soggetti, come le donne e i minori, i quali, proprio a causa di motivazioni di carattere fisico, psicologico, culturale o sociale, risultano particolarmente vulnerabili e possono risentire maggiormente e sotto diversi profili delle conseguenze di un reato o di un evento traumatizzante.

Si parla di vittime vulnerabili facendo riferimento fondamentalmente a due accezioni della vulnerabilità:

1. quella data dal *rischio di essere sottoposti a vittimizzazione*: fattori biologici, psicologici, socio-economici, politici, ecc. che concorrono a rendere, per alcune persone più elevata la probabilità di subire un reato;

2. la vulnerabilità in relazione a quelle *caratteristiche e a quei fattori che predispongono a risentire in misura maggiore della vittimizzazione*, sviluppando reazioni più intense e sviluppate nel tempo.

Per violenza nelle relazioni di intimità o *Intimate Partner Violence* (IPV) si intende “ogni forma di violenza fisica, psicologica o sessuale che riguarda tanto soggetti che hanno, hanno avuto una relazione di coppia, quanto soggetti che all’interno di un nucleo familiare più o meno allargato hanno relazioni di carattere parentale o affettivo” (WHO, 1996). Comprende tutte le tipologie di violenza esercitate tra i membri di una famiglia, quali maltrattamenti fisici, violenza psicologica, economica, sessuale o *stalking*. La IPV è caratterizzata da un insieme di violenze fisiche, psicologiche, economiche, sessuali esercitate, nella maggior parte dei casi, da un uomo nei confronti della sua partner o della sua ex-partner. Tali condotte sono reiterate nel tempo e sono caratterizzate da una escalation sia della frequenza, sia della gravità dei comportamenti.

Dal punto di vista epidemiologico a livello mondiale, è noto che le vittime più frequenti dei reati di omicidio, come gli autori, appartengono al sesso maschile ed alle fasce di età che si collocano tra i 15 e i 44 anni, come anche che la classe di età nella quale si corre maggiormente il rischio di essere vittimizzati, sia per gli uomini come per le donne, è quella compresa tra i 16 e i 24 anni (UNODC, 2014). Anche i dati relativi allo stupro femminile, se comparati anche con l’omicidio di donne, evidenziano ancora una volta la relazione con l’età della vittima, mostrando che sono più frequentemente vittime di stupro donne giovani (Wilson et al., 1996).

Per la maggioranza dei tipi di reato, la vittima (sia uomo che donna) ha un’età inferiore ai 34 anni e la curva di incremento decremento della criminalità per età è simile a quella di incremento decremento della vittimizzazione; in altre parole, le vittime sovente condividono alcune caratteristiche con gli autori dei reati da cui sono colpite. La Criminologia ha inizialmente posto attenzione, dal punto di vista teorico, a questa contiguità tra autore e vittima di reato. Successivamente, la ricerca si è interessata alle caratteristiche di alcune tipologie di vittime che si contraddistinguono per una posizione particolarmente debole sul piano sociale come anche giudiziario, nonché per la difficoltà di denunciare il reato e l’offesa alla quale sono state esposte.

Anche se le vittime di omicidio sono soprattutto maschi, il dato che emerge dall’analisi dei reati commessi a livello mondiale indica che i partner sono ritenuti

responsabili di una quota significativa di tutti gli omicidi femminili, dato che almeno un omicidio su sette avviene tra le mura domestiche.

La violenza contro le donne non è un fenomeno nuovo, né lo sono le sue conseguenze per la salute fisica e mentale delle donne. È pertanto un problema di salute pubblica a livello globale che, come abbiamo già sottolineato, colpisce circa un terzo delle donne nel mondo. Ciò che è nuovo e caratterizza le azioni messe in campo a livello mondiale (WHO, 2013) è il crescente riconoscimento che gli atti di violenza contro le donne non sono eventi isolati ma piuttosto si ispirano ad un modello di comportamento che viola i diritti fondamentali delle donne, danneggiando la loro salute e il loro benessere, creando nocimento e limitando la loro partecipazione alla vita sociale. La forte pressione ambientale realizzata attraverso la formazione e l'informazione a sfavore della violenza, soprattutto della violenza intra-familiare, come quella che si è verificata e si sta verificando, può risultare senz'altro utile come fattore di deterrenza alla violenza. Negli ultimi trenta anni, infatti, il fenomeno della violenza nei confronti della donna, ed in particolare della violenza familiare, si è lentamente trasformato in un "problema pubblico", con una progressiva aumentata attenzione sul fenomeno (Loseke et al., 2005).

Occorre però ricordare che la violenza domestica resta un fenomeno di difficile rilevazione, poiché si nasconde tra le pieghe della vita familiare ed è spesso protetta da un velo di silenzio dovuto alla paura delle vittime di rimanere sole, di perdere il sostegno economico del partner e di "distruggere la famiglia" (Johnson, 1992; Sanders, Schnabel, 2006; Sanders et al., 2007).

Tenuto in considerazione quanto sopra, presso la Direzione Centrale della Polizia Criminale, è stato attivato un Gruppo di lavoro avente come obiettivo proprio quello di studiare le migliori strategie e le tecniche più efficaci per elevare gli standard dei livelli di formazione delle Forze di Polizia e per mettere a punto protocolli efficaci per migliorare le interazioni con le cosiddette "vittime vulnerabili". Del gruppo hanno fatto parte Delegati con diverse competenze e provenienti da differenti Direzioni e Servizi delle Forze di Polizia.

A partire dagli inizi del 2000 sono stati sviluppati due importanti Progetti Europei a valere sulla linea Daphne, linea che dedica particolare attenzione a finanziare progetti focalizzati sulle vittime vulnerabili:

- *Attention for Victims of Crime* (AViCri) – JLS/2006/DAP_1/084/W; 30-CE-0120040/0041; *Daphne II Programme* 2004-2008;
- *Multimedia Tools Against Violence* (MuTAVi) – *Daphne III Programme* 2007-2013, JLS/2009-2010/DAP/AG.

I Progetti hanno avuto un coordinamento scientifico a cura di Sapienza Università di Roma (Facoltà di Medicina e Psicologia) e una cabina di regia della Direzione Centrale della Polizia Criminale, a livello Interforze, nell'ambito di un Consorzio formato da Parteners italiani quali ONG (Differenza Donna e Telefono

Rosa), Enti locali e Partners stranieri come le Forze di Polizia di alcuni Paesi Membri dell'Unione (Germania, Regno Unito fra gli altri).

Il primo progetto *Attention for Victims of Crime* (AViCri) ha portato a termine la preparazione di un articolato kit di esercizi, simulazioni, *role playing*, video, costruito da un Comitato di Esperti di livello nazionale ed internazionale provenienti dal mondo accademico e da quello delle Forze di Polizia.

Il modello della formazione ha seguito il format cosiddetto “*train the trainers*”, cioè sono stati formati Operatori in grado di riversare le competenze, in virtù dei loro ruoli e delle loro funzioni, su altri professionisti che vengono in contatto con le vittime e possono dunque portare un aiuto basato su competenze acquisite e specifiche.

Il modello di formazione dunque ha originato a cascata una serie di corsi a livello centrale e locale e rappresenta oggi una base rilevante per le ricadute sui piani operativi ai vari livelli.

Il modello AViCri è stato realizzato con l'attenzione ad erogare le competenze giuridiche aggiornate (basti pensare alle novità introdotte in merito alla legge sullo stalking e a tutte le implicazioni di strumenti come l'ammonimento, strumento che comporta attenta valutazione psicologica delle possibili conseguenze); le competenze psicologiche (tecniche di ascolto attivo ed empatico, strategie di “*holding*” e rassicurazione, metodologie di analisi del rischio di recidiva da parte dell'autore e “*coping*”, fronteggiamento della situazione da parte della vittima, ecc.); competenze di base sociologiche (sistemi sociali, basi della discriminazione ecc.); competenze di base medico-legali (cosa fare e cosa non fare in situazioni di aggressione grave o addirittura di omicidio).

Il Progetto *Multimedia Tools Against Violence* (MuTAVi) sempre a valere sulla linea Daphne e con Consorzio simile al precedente, ha consentito di portare su piattaforma *e-learning* e di aggiornare i contenuti di AViCri. Questo ha reso possibile la fruibilità ad un più elevato numero di Operatori che con i sistemi a distanza possono formarsi ed aggiornarsi anche per quanto riguarda le più recenti novità legislative.

La piattaforma è stata resa disponibile anche attraverso CEPOL, l'Accademia di Polizia Europea che ha, da diverso tempo, attivato un Corso specifico, su proposta dell'Italia e seguito delle progettazioni di cui sopra, dal titolo “*Dealing with victims of crime*”. Il Corso intensivo e residenziale della durata di una settimana si è tenuto per un triennio in Italia e per un triennio in Svezia e ha visto la partecipazione dei delegati delle Polizie di una ventina di Paesi dell'Unione in ogni edizione.

Nell'ambito delle attività descritte si è tenuto un seminario congiunto al John Jay College of Criminal Justice, New York City University (USA) nell'ambito del quale opportuni scambi sulle procedure di intervento a favore delle donne vitti-

me hanno messo in luce punti di forza e di debolezza dei vari modelli nell'ottica di costruzione delle più avanzate ed idonee metodiche.

L'Italia ha potuto raggiungere elevati livelli in tema di standard della formazione focalizzata sull'attenzione alle donne vittime di violenza e prosegue con specifiche attività di aggiornamento e informazione a vari livelli che è molto importante continuare a sviluppare.

Il Corso CEPOL dal titolo *Dealing with Victims of Crime* ha riscosso notevoli apprezzamenti da parte dei Delegati delle Polizie che hanno partecipato e ha dato origine a moltissime iniziative locali a livello dei vari Paesi.

La disseminazione è stata per entrambi i progetti molto ampia: ha coinvolto gli operatori della base e i corsi dirigenziali e ha contribuito a creare nel Paese la cultura dell'attenzione alla vittima nelle Forze di Polizia.

I Progetti AViCri e MuTAVI hanno preso in considerazione anche un'altra tipologia di vittime vulnerabili: i minori vittime dirette o vittime della cosiddetta violenza assistita.

Nell'ampio fenomeno della violenza domestica infatti, spesso i minori sono coinvolti per essere essi stessi vittime di maltrattamenti o abusi o per essere esposti a scene di violenza che provocano dolore e problematiche importanti di identificazioni con l'aggressore o con il maltrattato tali da comportare rilevanti problematiche affettive nello sviluppo e nell'età adulta. Se è vero che dobbiamo attribuire grande importanza a cogliere i bisogni di una donna vittima di brutale violenza praticata da un estraneo o all'interno delle mura domestiche, perché essa si viene a trovare in condizioni di grande fragilità di rischio di esiti gravi sul piano della traumatizzazione da vittimizzazione secondaria, questo è ancora più vero quando parliamo di minori. Recentemente il Trattato di Lanzarote ha riconosciuto in pieno le problematiche delle vittime al punto da considerare imprescindibile la presenza degli Psicologi nell'ascolto dei minori dove si riscontra sospetto abuso o maltrattamento, non soltanto perché la raccolta di informazioni possa essere efficace e tenere conto di tutti quei delicati processi che riguardano l'accuratezza del ricordo nella testimonianza, bensì anche a tutela del minore stesso che deve essere ascoltato evitando vittimizze secondarie e ulteriore traumatizzazione.

Fra le vittime vulnerabili possiamo elencare anche gli *anziani*.

In terza e quarta età si evidenziano, con le debite differenze individuali e tenendo conto del prolungamento delle aspettative di vita, molte problematiche. In diversi casi si presentano forme di deterioramento mentale, a volte gli esiti nella demenza si inquadrano in sindromi quali il Parkinson e l'Alzheimer. In che modo tutto ciò riguarda o può riguardare l'Operatore di Polizia? Teniamo conto che, già in assenza di forme di demenza o deterioramento cognitivo l'anziano ha difficoltà a denunciare maltrattamenti e truffe ad opera di familiari o di estranei; aggiungiamo il fatto che in molti casi, quando sono presenti quadri patologici a ca-

rico del funzionamento mentale, si verificano cadute nelle prestazioni mnestiche o elementi di confusione.

L'Operatore di Polizia può avere difficoltà ad attribuire alla giusta causa alcune condotte che possono apparire come reticenza o non volontà di collaborare.

Nel Progetto ACCESS (*Against Crime: Care for Elders Support and Security*) a valere su *Justice, Freedom and Security, European Commission "Criminal Justice"* Just/2010/JPEN/AG 1576 e con un Consorzio che ha visto la partecipazione di Francia, Svezia e Slovenia con il co-finanziamento della Regione Lazio, Coordinati dalla Fondazione Santa Lucia, IRRCS di primissimo livello a livello Nazionale ed internazionale (Coordinamento Scientifico per la Fondazione Santa Lucia affidato alla Prof. Anna Maria Giannini), si sono affrontati a livello di ricerca e poi tradotti in un *toolkit* per la formazione tutti quei problemi che riguardano gli anziani sani o affetti da patologia e che li rendono vulnerabili rispetto all'essere facili prede di azioni criminose o risentirne maggiormente a livello degli effetti e della vittimizzazione secondaria.

Il *toolkit* è stato accompagnato da Linee guida preparate da esperti Psicologi e Neuropsicologi per offrire agli Operatori quella "cassetta degli attrezzi" che rende loro possibile cogliere gli importanti indicatori di disagio e comportarsi di conseguenza; oppure richiedere l'intervento degli esperti ove necessario.

Sul piano della prevenzione la disseminazione dei prodotti del progetto ACCESS ha incoraggiato gli anziani, attraverso opportune iniziative di sensibilizzazione e formazione, a denunciare e assicurare alla giustizia maltrattanti, abusanti e truffatori, senza vergognarsi, evidenziando che i meccanismi della truffa sono talmente sofisticati da esporre chiunque a momenti di fragilità e ad esserne vittima.

D'altra parte gli Operatori di Polizia hanno appreso quali indicatori devono funzionare da allerta e, pur non essendo loro Psicologi, sono fondamentali da conoscere per non cadere in errore, rallentare le indagini ed esporre l'anziano alla vittimizzazione secondaria. Anche in questo caso il modello è stato quello "*train the trainer*" per ottenere, con un dispendio economico contenuto, un notevole effetto a cascata. Al Convegno internazionale di fine progetto hanno partecipato le Polizia di molti Paesi EU e non EU, mentre le Linee guida e il *toolkit* sono stati ampiamente disseminati anche a livello CEPOL per poter raggiungere effetti moltiplicatori.

4. *La prevenzione primaria. Una nuova mission per gli Operatori di Polizia: modelli avanzati di formazione.* – Per quanto riguarda gli aspetti più legati alla prevenzione primaria, la Polizia di Stato ha sviluppato modelli molto interessanti nella cornice della cosiddetta Polizia di prossimità nell'ottica della sicurezza partecipata.

In questo ambito certamente le Specialità della Polizia di Stato hanno raggiunto livelli ragguardevoli.

Fra le iniziative vale la pena citare una delle più grandi Campagne di Sicurezza stradale italiane: ICARO.

ICARO si prefigge di prevenire la vittimizzazione da incidente stradale e chiamando ad una stretta sinergia Sapienza Università di Roma per il Coordinamento scientifico, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca scientifica (MIUR), la Fondazione ANIA per la sicurezza stradale, Autostrade, UNICEF, MOIGE, Movimento per i genitori, Sicurstrada, Avio ed altri ancora, con la Polizia Stradale in prima linea, si costituisce come il modello più efficace e duraturo nel tempo di intervento su tutti i cicli scolastici in tutto il Paese.

ICARO ha toccato, a partire dal 2000 e raggiungendo oggi la sedicesima edizione, le Scuole dall'Infanzia alle Secondarie Superiori di tutta Italia; ma quel che conta, ha portato nelle Scuole interventi di educazione e sensibilizzazione ai rischi sulla strada condotti in prima persona dalla Polizia Stradale. Modello straordinariamente innovativo di prossimità a partire dalle Scuole per l'Infanzia attraversando tutti i cicli e comprendendo le Università.

Gli Operatori della Polizia stradale sono stati formati dagli esperti universitari, è stato fornito loro un *toolkit* comprendente esercizi, video, tecniche di *role playing*, tecniche di apprendimento attivo e partecipato, per andare nelle Scuole a proporre, con linguaggi adatti alle varie età dei ragazzi che incontravano, un messaggio che potesse avere impatto sia sul canale emotivo che su quello emozionale.

Le Scienze dell'educazione e le ricerche di psicologia dell'apprendimento ci suggeriscono che la sommatoria dei due canali raggiunge maggiori effetti e ci indicano come passare dal canale emotivo consente di proporre materiale che possa attivare interesse ed essere ricordato proprio perché accompagnato da emozioni forti, talvolta fortissime.

Gli Operatori della Polizia stradale sono stati formati a parlare a bambini di cinque anni, attraverso il gioco, le fiabe, le immagini e con ragazzi delle Scuole Superiori, spesso resistenti e refrattari alle regole, con immagini di incidenti *live* o ricostruzioni in tre dimensioni di incidenti reali da essi stessi realizzati (la Polizia Stradale ha acquisito straordinarie capacità nelle tecniche di ricostruzione, capacità che si sono potute spendere anche in sede processuale).

Con una formazione sostenuta dai risultati di ricerche su più di 10.000 ragazzi che hanno consentito lo studio dei profili di rischio, la Polizia stradale si è munita di tecniche sperimentate ed efficaci per combattere il cosiddetto "paradosso del giovane guidatore", la convinzione che tutti i giovani hanno che gli incidenti capitino sempre agli altri, la percezione di esserne immuni e di essere onnipotenti sia come pedoni, che come guidatori dei due ruote o di auto. In sedici anni tutte le Scuole di Italia ai vari livelli e cicli hanno incontrato Poliziotti formati e competenti e hanno fruito di una educazione stradale di primissimo livello nell'ottica di una logica di prevenzione primaria partecipata e sostenuta da grande energia e capacità:

i *follow up* hanno dato ottimi risultati e, se è vero, come i dati indicano dalle varie fonti, che l'incidentalità stradale è la prima causa di morte per i giovani, abbiamo anche potuto osservare che in un *trend* non positivo di aumento dell'incidentalità che purtroppo ci allontana dagli obiettivi posti dall'EU, fra i giovani invece gli incidenti non sono aumentati e mostrano una qualche flessione numerica. Certamente i fattori sono tanti ma ICARO ha ed ha avuto un ruolo importante.

Data la rilevanza di questa esperienza nazionale, siamo stati incoraggiati ad esportarla ed è nato ICARUS a valere su *Transport Grants TREN/SUB 01-2008 (2010-2013) "Intercultural Approach for Road Users Safety"*.

ICARUS si è sviluppato sul modello di ICARO e ha previsto in due anni di lavoro una ricerca sui profili di rischio dei giovani guidatori di 14 Paesi Europei e lo sviluppo di un modello di sensibilizzazione e formazione che tenesse conto degli elementi comuni e delle differenze culturali nonché di codice della strada.

Una "cassetta degli attrezzi" basata sui risultati di 15.000 questionari sul comportamento sulla strada e sui profili di rischio sviluppati sulla base di una tale mole di dati è stata fornita agli Operatori delle Polizia Stradali di 14 Paesi Europei in un *workshop* di formazione tenutosi a Bruxelles presso il Parlamento Europeo ed un opportuno monitoraggio è stato posto in essere. Il Manuale d'uso e gli esercizi nonché le tecniche di educazione stradale sono stati tradotti a spese e ad opera della Commissione Europea in tutte le lingue dei Paesi dell'EU per renderli disponibili, in riconoscimento dell'altissimo valore educativo.

Nelle tracce della logica di ICARO che vedeva l'attivazione del canale cognitivo ed emotivo, anche in ICARUS è stato progettato uno strumento utile per il canale emotivo, in questo caso un film, un lungometraggio, avente una sceneggiatura e storie costruite sulla base dei risultati della ricerca internazionale e basati su elementi educativi e di sensibilizzazione inseriti in un vero e proprio linguaggio cinematografico; dunque Showbitz per la regia di Matteo Vicino ha curato la realizzazione di un film girato in Francia, Irlanda, Slovenia e Italia presentando le storie avventurose, affettive, esistenziali di giovani che vanno tutti incontro ad esiti drammatici sulla strada. Nel film recitano attori professionisti e Operatori di Polizia stradale: alcune scene sono veramente ad alto impatto emotivo come quella di una madre che di fronte al corpo della figlia che ha perduto la vita in un incidente stradale, nega che sia sua figlia, con un evidente meccanismo di rimozione e poi con l'Operatore di Polizia che la accompagna fuori rispettando il suo stato psicologico, esplode in un urlo di disperazione aggrappandosi all'Operatore stesso che la sostiene; o come una scena in cui un Operatore di Polizia dice alla bravissima Paola Saluzzi che lo intervista per SKY: "Io dopo tanti anni di lavoro non riesco a fare capire una sola cosa!" – "Cosa?" chiede l'intervistatrice – "Che non ne vale la pena! Solo per arrivare qualche minuto prima...".

La Polizia Ferroviaria ha più tardi iniziato un simile percorso ed oggi gli Operatori portano nelle Scuole “*Train to be cool*”, con una logica basata sulle stesse premesse di ICARO ma focalizzata sugli incidenti della Ferrovia, purtroppo non rari: essere investiti da un treno perché si è occupati a digitare un messaggio o una mail oppure perché si parla al telefono o si ascolta la musica isolati da tutti quegli indicatori essenziali per muoversi in sicurezza in una stazione ferroviaria.

Ancora occorre citare quanto stanno facendo gli Operatori dell’Ordine pubblico: un interessante percorso per una specialità complessa e spesso in difficoltà nella logica della prossimità con i ragazzi proprio a causa del tipo di lavoro che più spesso può comportare ingaggio fisico ed è comunque percepito come unicamente repressivo.

Un percorso importante ad un duplice livello: portare ai giovani il messaggio corretto sull’obiettivo vero del lavoro, garantire il diritto di manifestare o di assistere ad una partita di calcio senza esiti drammatici e non limitare la libertà; ma anche essere formati a riconoscere le loro emozioni di rabbia, di risentimento, in quelle situazioni in cui ricevono insulti, provocazioni, lanci di oggetti ecc.

Questo secondo livello è fondamentale per il controllo delle azioni che conseguono agli stati emotivi; riconoscere che è “normale” provare rabbia se si viene fatti oggetto di aggressione o provocati è fondamentale per chi svolge un lavoro così rischioso e complesso. Nelle scuole di ordine pubblico si insegnano varie materie tecniche e si svolge un avanzatissimo addestramento, ma si conferisce grande importanza alla formazione psicologica di analisi e controllo del comportamento, fondamentale in un lavoro di tale esposizione.

Ancora sul tema delle vittime è importante citare due Progetti di notevole rilevanza, in questo caso, riferiti ad un altro tipo di vittime: le vittime della strada e le vittime delle strade ferrate (ferrovie).

Il Progetto “Chirone” nasce con un Gruppo di Lavoro insediato presso la Direzione Centrale per la Polizia Stradale, Ferroviaria, delle Comunicazioni e per i Reparti Speciali della Polizia di Stato e con l’obiettivo di creare una cultura di vicinanza alle vittime della strada e della ferrovia attraverso le buone pratiche che possono essere poste in essere proprio dagli Operatori di polizia in sinergia con Personale Sanitario, Personale delle Assicurazioni, Associazioni delle Vittime, Polizie locali.

Chirone è una figura mitologica legata al tema dell’accompagnamento nei passaggi importanti, e il nome *Chirone* viene impiegato per indicare proprio questa importante funzione della Polizia: accompagnare la vittima nei primi passi del suo percorso di dolore: sia esso in fase di soccorso e rilevamento degli incidenti, oppure per quanto riguarda le vittime indirette, coloro che hanno perso un proprio caro in un incidente.

Nel tempo e ancora prima della formazione del Gruppo di lavoro *Chirone*, si è lavorato molto a formare la Polizia stradale e Ferroviaria su temi come l’annuncio

del lutto, l'accompagnamento nelle fasi successive per la vittima (il cosiddetto "day after") ed altre fasi legate al tema della vittimologia stradale e ferroviaria.

Il Progetto *Chirone* ed il Gruppo di lavoro strutturato avvalendosi anche della presenza di Esperti di Sapienza Università di Roma, hanno consentito la messa a punto di Linee Guida ed un Manuale accompagnato da strumenti efficaci per l'intervento di sostegno alle vittime e per la prevenzione della vittimizzazione secondaria che può intervenire se chi, a seguito del drammatico evento di perdita di un parente o di un amico o dell'aver riportato macrolesioni e dunque invalidità viene trattato in modo insensibile o non attento ai bisogni, come la letteratura vittimologica ha insegnato.

ANIA CARES, attraverso, l'interesse e il supporto della Fondazione ANIA per la sicurezza stradale si configura come Progetto di grande avanguardia: un Progetto che mette in sinergia Enti diversi con lo scopo di creare un network importante intorno alla vittima della strada, Figure Professionali quali Medici, Psicologi, Personale Sanitario di altro tipo, Operatori di Polizia Stradale e Locale, Avvocati e Liquidatori di Compagnie Assicuratrici che hanno ricevuto una formazione con le stesse basi scientifiche e declinata in modo comune sul piano generale e con specificità sulle singole professionalità. L'intento è creare una vera rete di sostegno per le vittime dirette e indirette della stradale e in questo la Polizia Stradale è in prima linea come negli anni è sempre stato.

I percorsi della formazione della Polizia di Stato sono stati molteplici e complessi: come si può evincere da questa sintesi, c'è stata negli anni una continua ricerca della migliore offerta formativa da erogare al proprio interno, così come c'è stata un'attenta ricerca della formazione più opportuna cui la Polizia poteva contribuire verso l'esterno (ICARO e ICARUS ne sono esempi). Oggi proprio per l'altissimo livello della formazione della Polizia di Stato essa è riconosciuta a livello internazionale come esempio di eccellenza; all'inizio del Progetto ICARUS gli Operatori di Polizia degli altri Paesi erano stupiti dell'enorme lavoro di prevenzione che in Italia viene fatto dalla Polizia stradale nelle Scuole; oggi anche loro hanno sviluppato questi percorsi e si confrontano spesso in varie sedi con la realtà italiana su queste tematiche. Analogamente avviene per quanto riguarda la Polizia Postale e delle Comunicazioni, ritenuta ai massimi livelli sul piano dell'investigazione e dell'attenta partecipazione a progetti di formazione nelle Scuole e presso centri di ogni genere.

Se si considera che la formazione è alla base di percorsi di riflessione importanti per migliorare il proprio agire professionale ma anche per promuovere la crescita individuale, possiamo veramente constatare che la Polizia di Stato in Italia ha fatto molta strada: itinerari difficili, importanti sinergie, obiettivi importanti, valori di riferimento, energia, dedizione e molto altro ancora possono farci affermare che il coinvolgimento attivo proprio nei processi e nei meccanismi della formazione è sta-

to e certamente sarà al centro degli obiettivi di questa Istituzione importante per la sicurezza, per la legalità ma anche segno della civiltà e del progresso del Paese.

Riferimenti bibliografici

- ANSARA D.L.-HINDIN M.J., *Formal and informal help-seeking associated with women's and men's experiences of intimate partner violence in Canada*, in *Social Science and Medicine*, 2010, 70:101-1018
- BARALLA F.-GIANNINI A.M.-SGALLA R., *Evaluation of Graphic-pictorial Characteristics and Contents in the Representation of Legality*. *Key Engineering Materials*, 2010, 437, 550-554
- BLACK C.M., *Intimate partner violence and adverse health consequences: implications for clinicians*, in *American Journal of Lifestyle Medicine*, 2001, 5:428-439
- BOTT S. *et al.*, *Violence against women in Latin America and Caribbean: a comparative analysis of population-based data from 12 countries*, Washington, PAHO, 2012
- CAMPBELL J.-GARCÍA-MORENO C.-SHARPS P., *Abuse during pregnancy in industrialized and developing countries*, in *Violence Against Women*, 2004, 10 (7): 770-789
- CORDELLIERI P.-SDOIA S.-FERLAZZO F.-SGALLA R.-BARALLA F.-GIANNINI A., *Attitude and risk perception: differences amongst young car drivers, motorcyclists and pedestrian*, in *Safety Science (submit)*
- DAYLEN J.L.-VAN TONGEREN W.-O'TOOLE H.-O'TOOLE D., *Trauma, Trials and Transformation- Guiding sexual assault victims through the legal system and beyond*, Toronto, Irwin Law, 2006
- ELLSBERG M. *et al.*, *Intimate partner violence and women's physical and mental health in the WHO multi-country study on women's health and domestic violence: an observational study*, in *The Lancet*, 2008, 371 (9619): 1165-1172
- FEDER G.S. *et al.*, *Women exposed to intimate partner violence: expectations and experiences when they encounter health care professionals: a meta-analysis of qualitative studies*, in *Archives of Internal Medicine*, 2006, 166: 2-37
- GARCÍA-MORENO C. *et al.*, *WHO multi-country study on women's health and domestic violence against women: initial results on prevalence, health outcomes and women's responses*, Geneva, World Health Organization, 2005
- GIANNINI A.M.-SGALLA R., *Guida pratica per l'educazione stradale – Scuola secondaria di secondo grado*, Erickson, Trento, 2009
- GIANNINI A.M.-SGALLA R., *Guida pratica per l'educazione stradale – Scuola primaria*, Erickson, Trento, 2009
- GIANNINI A.M.-SGALLA R., *Giovani e legalità nelle realtà a rischio*, Carocci, Roma. 2009

- GIANNINI A.M.-NARDI B., *Le vittime del crimine. Nuove prospettive di ricerca e di intervento*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2009
- GIANNINI A.M.-ROSSI C., *Victims' Care: A Handbook*, Echo Communication, Milano, 2009
- GIANNINI A.M.-TIZZANI E., *I bisogni delle vittime del crimine. Proposta per un modello esplicativo*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2009, 3, 31-48.
- GIANNINI A.M.-SGALLA R., *La sensibilizzazione alla legalità: un approccio psicologico*, in L. Fagnoli-S. Moretti-G. Scardaccione, *La violenza. Le responsabilità di Caino e le connivenze di Abele*, Alpes Italia, Roma, 2009
- GIANNINI A. M.-CIRILLO F. (a cura di). *Itinerari di vittimologia*, Milano, Giuffrè, 2012
- GIANNINI A.M.- FERLAZZO F.-SGALLA R.-CORDELLIERI P.-BARALLA F.-PEPE S., *The use of video in road safety training: cognitive and emotional effects. Accident Analysis and Prevention*, 2013, 52, 1, 111-117. IPP (Impact per Publication) (2012), 1.65
- JOHNSON M.P., *Patriarchal Terrorism and Common Couple Violence: Two Forms of Violence against Women*, in *Journal of Marriage and Family*, 1995, 57 (2), 283-294
- KILPATRICK D.G.-SAUNDERS B.E.-VERONEN L.J.-BEST C.L.-VON J.M., *Criminal victimization: Lifetime prevalence, reporting to Police, and psychological impact*, in *Crime and Delinquency*, 1987, 33 (4), 479-489
- LOSEKE D.R., *Intimate partner violence*, in C. D Bryant (Ed.), *The Handbook of Deviant Behavior*, New York, NY, US, Routledge/Taylor & Francis Group, 2011, pp. 511-517
- LUCIDI F.-GIANNINI A.M.-SGALLA R.-MALLIA L.-DEVOTO A.-REICHMANN S., *Young novice driver subtypes: Relationship to driving violations, errors and lapses*, in *Accident Analysis & Prevention*, 2010, 42 (6), 1689-1696
- MORIARTY L.J., *Criminal Justice Technology in the 21st Century*, Springfield, III: Charles C Thomas Publisher, 2005
- PEPE S.-CORDELLIERI P.-GIANNINI A.M.-SGALLA R.-DI STEFANO R., *Disimpegno morale, mass media e casi di cronaca nera*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2009, 1, 93-116
- SANDERS C.K.-SCHNABEL M., *Organizing for economic empowerment of battered women: Women's savings accounts*, in *Journal of Community Practice*, 2006, 14(3), 47-68
- SANDERS C.K.-WEAVER T.L.-SCHNABEL M., *Economic education for battered women: An evaluation of outcomes*, in *Affilia: Journal of Women and Social Work*, 2007, 22(3), 240-254
- WERTHAM F., *The Show of Violence*. New York, Doubleday, 1949
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*, Geneva, WHO, 2013a
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Responding to intimate partner violence and sexual violence against women. WHO clinical and policy guidelines*, Geneva, WHO, 2013b

ZELLI A.-LUCIDI F.-MALLIA L.-GIANNINI A.M.-SGALLA R., *Adolescents' Legality Representations and Crime Reporting*, in *Psychology, Crime and Law*, 2012, 1-26

LUIGI MANCONI – STEFANO ANASTASIA – VALENTINA CALDERONE^(*)

PRATICA DEGLI ABUSI E DIRITTO DEBOLE
LE POLIZIE, LE ILLEGALITÀ E LE CARENZE NORMATIVE^(**)

30 gennaio 2014, circolare del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri diretta ai comandi dipendenti fino al livello stazione. L'oggetto della circolare è "Interventi operativi nei confronti di soggetti in stato di agitazione psicofisica conseguente a patologie o causato dall'abuso di alcool e/o sostanze stupefacenti" e al suo interno si può leggere il seguente passaggio: è importante scongiurare i rischi derivanti da prolungate colluttazioni o da immobilizzazioni protratte, specie se a terra in posizione prona, inoltre il soggetto deve essere trattenuto possibilmente in piedi, per evitare impedimenti nelle funzioni vitali e lesioni collaterali.

3 marzo 2014, trentadue giorni dopo, una gazzella dei carabinieri, in pattuglia a Firenze, evidentemente ignara di quella circolare, applica a Riccardo Magherini la modalità di fermo fortemente sconsigliata in quel documento: atterramento, ammanettamento con i polsi dietro la schiena, posizione prona e compressione a terra per molti minuti, con il peso dei carabinieri a gravare sul corpo di Magherini, che morirà steso sull'asfalto.

1. *La paura della polizia come sindrome di governo.* – A volte, come per miracolo, la letteratura giuridica, specie nei suoi elaborati internazionali, raggiunge vette di nitore assoluto. E la limpidezza delle formulazioni assume una esattezza matematica. Tale è il caso della definizione che si trova nell'articolo 1 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia nel 1988. Leggiamo quelle parole:

"Il termine 'tortura' indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsi-

^(*) Impostato, discusso e riletto in spirito di assoluta condivisione tra gli autori, il paragrafo 1 è opera di Luigi Manconi, i paragrafi 2, 4 e 5 sono opera di Stefano Anastasia, il paragrafo 3 è di Valentina Calderone.

^(**) Si segnala che, nelle more di stampa della *Rivista*, i dati statistici richiamati nel presente contributo risultano aggiornati all'ultimo rilevamento disponibile del 2016.

asi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate”.

C'è tutto in questa definizione. Ma si noti, in particolare, la rilevanza data a quelle che vengono dette “sofferenze mentali”, dove si ritrova l'intera storia degli universi concentrazionari creati dai dispotismi del novecento; e l'uso antiumano delle moderne discipline della psiche, piegate a strumenti di coazione e di annichilimento della personalità. Le lesioni fisiche precedono, accompagnano e seguono le parole e gli atti che mirano a coartare o a manipolare la volontà del torturato e a mortificarne la dignità. Ma vivono, quelle violenze “mentali”, anche di una loro autonomia: ovvero non necessitano del parallelo ricorso alla costrizione fisica per risultare efficaci. Quel termine appena sopra ricordato – dignità, appunto – corre sotterraneo tra le righe della definizione di tortura prima citata e diventerà, negli anni successivi, pietra angolare nell'intero dibattito contemporaneo sui diritti fondamentali e sulla loro violazione.

La domanda a questo punto ineludibile è: perché tutto questo non vale per il nostro paese? Perché l'Italia, dopo ventotto anni dalla ratifica della convenzione dell'Onu, non ha ancora introdotto nell'ordinamento il reato di tortura? La prima risposta è semplicissima. Perché la società italiana nel suo complesso – e la sua classe politica e i suoi gruppi dirigenti in particolare – ha paura della polizia. Sì, è proprio così. Non teme solo le forze di polizia in quanto strumento di repressione della illegalità e del crimine e in quanto titolari esclusivi del monopolio legittimo della forza. Se così fosse, ad averne timore sarebbero solo coloro che vivono nella illegalità e nel crimine (tutto sommato una piccola percentuale di cittadini).

Il fatto grave, che spiega tante cose e anche la ritardata introduzione del reato di tortura (per giunta nella sua forma di reato comune e non proprio), è che resiste nel paese, e nelle sue *élites*, una forma diffusa di preoccupazione non per ciò che le polizie, in nome e in forza della legge, possono compiere, ma per ciò che possono compiere contro la legge. È come se la classe politica, in particolare, non si fidasse della lealtà delle polizie, dubitasse della loro dipendenza in via esclusiva dalla legge, ne temesse le reazioni incontrollate. Da qui, una sorta di complesso di inferiorità e di sudditanza psicologica che pone come prioritario l'obiettivo della stabilità e della compattezza delle forze dell'ordine, anche quando ciò vada a discapito della correttezza e della piena legalità del loro agire. Si tratta di un meccanismo che alimenta lo spirito di corpo e impedisce la trasparenza, che rafforza le tendenze all'omertà e ostacola qualunque processo di seria autoriforma.

Non si spiega altrimenti l'opposizione da parte dei membri delle forze di polizia e dei loro sindacati e, forse ancor più, da parte dei ministri dell'interno, della

difesa e di tanti esponenti politici, all'introduzione di un reato di tortura pienamente corrispondente alla previsione della Convenzione Onu e del codice identificativo per gli operatori di polizia in servizio di ordine pubblico (misure adottate nella gran parte dei paesi europei). Come non capire che tortura e codice identificativo sono dispositivi a tutela del prestigio del corpo e dell'onore della divisa e contro quegli uomini in divisa che disonorano il corpo cui appartengono? È interesse, in primo luogo delle polizie, partendo dall'assunto che la responsabilità penale è personale, far sì che gli autori di illegalità e violenze siano individuati e sanzionati in maniera adeguata, allo scopo di distinguerli nettamente dalla gran parte dei loro colleghi che, di illegalità e violenze non si son resi in alcun modo responsabili. Come non capire che, negando la possibilità di individuare e sanzionare i pochi colpevoli, si finisce con l'omologare nella colpa chi è innocente a chi non lo è?

Anche a questo proposito è toccato alla Corte europea dei diritti umani richiamarci ai nostri obblighi internazionali. L'Italia non è stata condannata solo per le responsabilità specifiche di chi inflisse maltrattamenti e torture a Arnaldo Cestaro e ai suoi compagni di sventura, né solo per le responsabilità di chi ordinò, coprì e giustificò quelle violenze. L'Italia è stata condannata anche per l'assenza di rimedi giurisdizionali interni: per il fatto, cioè, che le vittime di quelle torture non hanno potuto avere giustizia davanti alle corti nazionali. E non certo in questo caso per negligenza della magistratura, ma semplicemente perché l'ordinamento giuridico italiano non prevedeva il reato di tortura.

Dopo di che emergono due nodi direttamente legati alla elaborazione e all'applicazione di politiche interne particolarmente incisive. Il primo nodo richiama la questione, costantemente evocata, e solo negli ultimi tempi presa in seria considerazione, della formazione degli operatori. Qui per formazione si intende sia la dimensione che possiamo definire culturale, con particolare riferimento alla conoscenza dei limiti insuperabili imposti dalla legge all'esercizio della forza, sia dei diritti e delle garanzie inviolabili del cittadino. Ma si intende anche l'insieme delle competenze tecnico-operative dell'uso degli strumenti delle modalità di esercizio della forza, per come vengono impartite, nel corso dell'addestramento e per come vengono verificate e controllate nella pratica. Due esempi particolarmente concreti pur se in apparenza assai distanti. È stato sottovalutato il fatto che per dieci anni e ancora oggi, seppure in misura progressivamente ridotta, i concorsi per il reclutamento del personale al primo livello della carriera in tutte le forze di polizia sono riservati ai volontari in ferma volontaria o in rafferma annuale. In altre parole, e in estrema sintesi, chi opera in strada, sia esso poliziotto o carabiniere, e si trovi ad affrontare situazioni di crisi (un alcolista o un tossicomane che provochino disordine o costituiscano un pericolo di qualsiasi tipo), in genere ha

ricevuto una formazione destinata ai compiti propri di un soldato addestrato per affrontare un nemico e talvolta sperimentata in combattimento sul campo.

Ma che al problema della formazione, anche tecnico-operativa si dedichi assai poca attenzione è dimostrato da un episodio assai inquietante (evocato nell'incipit di questo nostro contributo). Ci riferiamo a quella circolare emanata il 30 gennaio 2014 che, tra l'altro, dava disposizioni esplicite affinché fossero scongiurati i "rischi derivanti da prolungate colluttazioni o da immobilizzazioni protratte, specie se a terra in posizione prona". Questa circolare, rimasta evidentemente inapplicata, non impedì che appena 32 giorni dopo, da una caserma dove presumibilmente quella circolare era affissa, la modalità ritenuta così tanto pericolosa venisse applicata ai danni di Riccardo Magherini. Ma, per la verità, risulta ancora più inquietante che quella ragionevolissima circolare e una successiva che ribadiva lo stesso divieto, siano state successivamente abrogate.

È questo, più di qualsiasi altro ragionamento, forse, a spiegare quella che abbiamo definito la sudditanza psicologica dei controllori politico-istituzionali nei confronti delle forze di polizia.

2. *Conflitti e abusi: novità e persistenze.* – La storia italiana recente ha visto riproporsi forme ed episodi di abusi perpetrati da appartenenti alle forze dell'ordine nei confronti di cittadini sottoposti alla loro autorità. Certamente vi sono stati casi più tradizionalmente riferibili a forme di conflittualità politico-sociale, di cui il caso più noto e clamoroso per quantità, qualità e durata è costituito dalla sequenza dei fatti riconducibili allo svolgimento del G8 a Genova nel luglio del 2001, quando una successione di abusi si è manifestata negli scontri di piazza prima, poi nella perquisizione e negli arresti avvenuti nella scuola Diaz, dove alloggiavano alcune centinaia di manifestanti, e infine nella caserma di Bolzaneto, dove venivano tradotti i fermati delle operazioni di polizia. La giurisprudenza nazionale e sovranazionale ha detto in proposito quel che poteva e – nel momento in cui scriviamo – qualche giudizio è ancora pendente davanti alla Corte europea dei diritti umani.

Ma, al di là di questi e analoghi casi, l'attenzione in questi anni si è spostata su abusi commessi ai danni di cittadini inermi, la cui conflittualità nei confronti delle forze di polizia – "dell'ordine costituito", si potrebbe qui dire, senza abusare dell'espressione – se vi era, era di carattere soggettivo più che politico-sociale: nessuna rivendicazione salariale, nessuna protesta politica, le vittime degli abusi di cui parleremo più avanti sono (o erano) persone di minima irregolarità, ma ciò nonostante connotate come devianti e sottoposte a procedure di disciplinamento con esiti talvolta fatali.

Il fenomeno non è nuovo, né solo italiano. Negli Stati Uniti – dove la diffusione delle armi rende pericolosa qualsiasi operazione di *stop and frisk*, alimentando

pregiudizi e illegittime anticipazioni di difesa – nel 2015 sarebbero stati 1.134 i morti per sospetti abusi di polizia¹. Nuova piuttosto è la capacità di documentare e di conoscere, effetto tra le altre cose della moltiplicazione dei mezzi di riproduzione audio-video delle circostanze degli abusi².

D'altro canto è difficile immaginare come recente la storia degli abusi di polizia. Con l'urbanizzazione moderna e le sue trasformazioni economiche e sociali, il monopolio statale della violenza non poteva più essere appannaggio esclusivo delle forze militari, abituate a contendere confini territoriali su campi di battaglia piuttosto che a governare forme di convivenza in spazi delimitati. Allora nasce il potere di polizia³ e sin da allora il suo concreto esercizio si manifesta sul confine tra lecito e illecito. Quello di polizia, infatti, è potere performativo (quasi) per eccellenza: secondo solo al potere legislativo di stabilire la regola generale e astratta, alla polizia tocca la responsabilità di fissarla in concreto, nelle procedure d'ordine e disciplina. Prima delle stesse magistrature, chiamate solo *ex post* a giudicare sulla base degli elementi conoscitivi raccolti principalmente dalla polizia, a essa tocca discernere sul campo tra condotte legittime e condotte illegittime, definendo i fatti e i loro attori. Inevitabilmente questo potere – dicendo degli altri – dice anche di sé, rischiando di cadere in facili autoassoluzioni quando nella descrizione dei conflitti e delle tensioni che esso stesso è chiamato a governare tende a esentare dalla responsabilità penale l'esercizio abusivo o eccessivo del monopolio della violenza da esso amministrato.

Di seguito si passeranno in rassegna alcuni emblematici casi di abusi di polizia così come raccolti e censiti in un lavoro di ricerca e documentazione ormai ultra decennale⁴. Dalle regolarità in esse riscontrabili e da alcuni dati quantitativi (purtroppo riferibili solo al sottoinsieme della polizia penitenziaria), cercheremo di individuare *background* e condizioni ambientali degli abusi di polizia utili a futuri sviluppi di ricerca.

¹ Questo il dato raccolto nell'ambito del progetto di *data journalism The Counted*, promosso da *The Guardian* e costantemente aggiornato all'indirizzo <http://www.theguardian.com/us-news/series/counted-us-police-killings>.

² Si pensi ai casi di Stefano Gugliotta, Riccardo Magherini e di Michele Ferrulli, su cui cfr. § 3. Sulla video documentazione degli abusi di polizia nell'era dei *social network* e di *YouTube*, cfr. A.J. GOLDSMITH, *Policing's New Visibility*, in *British Journal of Criminology*, (2010) 50, 914-934. Strategie adattative sono documentate in G.R. BROWN, *The Blue Line on Thin Ice: Police Use of Force Modifications in the Era of Cameraphones and Youtube*, *ivi*, in corso di pubblicazione.

³ Si veda il classico P. COLQUHOUN, *A Treatise in the Police of the Metropolis*, London, H. Fry, 1796, e le ricostruzioni che hanno dato delle origini, delle funzioni e delle ideologie della polizia moderna D. BERTACCINI, *La Politica di Polizia*, Bologna, Bononia University Press, 2009, e G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza*, Verona, Ombre Corte, 2009.

⁴ Sia consentito, in proposito, di rinviare a L. MANCONI-V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella*, Milano, il Saggiatore, 2013.

3. *I casi: tecniche, metodi e sistemi.* – I luoghi di privazione della libertà all'interno dei quali possono avvenire episodi di abusi da parte di operatori di polizia sono i più diversi: istituti detentivi per adulti o per minori, centri di identificazione ed espulsione per stranieri, caserme e commissariati, pronto soccorso e ospedali psichiatrici giudiziari. In questo paragrafo verranno trattate principalmente le situazioni derivanti da fermi di polizia, escludendo quindi la maggior parte dei luoghi in cui, per la loro natura di strutture chiuse e scarsamente trasparenti, possono verificarsi episodi di uso sproporzionato della forza. Allo stesso modo, non verranno presi in considerazione episodi avvenuti in situazioni di piazza, nel corso quindi di manifestazioni o altri eventi pubblici. Si tratta necessariamente di un discorso parziale, ma è anche quello che, a nostro avviso, può meglio rappresentare ciò che qui tentiamo di sviluppare. Inoltre, con il termine polizia, si intende ricomprendere tutte le forze di pubblica sicurezza, forze dell'ordine e forze armate.

Abbiamo deciso di identificare come data spartiacque il 25 settembre 2005, giorno in cui a Ferrara viene ucciso Federico Aldrovandi. La scelta di questo avvenimento particolare non è dettata dal fatto che prima di esso non ci siano state morti a seguito di abusi di polizia (Franco Serantini nel 1972 e Salvatore Marino nel 1985, solo per citare due delle vicende più conosciute), ma da due ordini di motivi: il primo riguarda il fatto che quanto accaduto a Federico Aldrovandi ha contribuito a sviluppare nel nostro paese una diversa consapevolezza pubblica intorno al tema degli abusi in divisa, il secondo motivo, più personale, riguarda l'inizio da parte nostra di un lavoro di monitoraggio e denuncia che prosegue da un decennio.

Pur sapendo di non poter essere esaustivi, e ben coscienti del fatto che per molte di queste vicende sono ancora in corso dei processi, oppure i processi sono terminati non ravvisando, o non riuscendo a individuare, responsabilità penali in capo ad alcuno, proviamo qui a stilare un elenco dei nomi di quanti, negli ultimi undici anni, sono morti o sono stati feriti a seguito di "incontri" con operatori di polizia. La scelta dei casi è dettata dal lavoro svolto in questi anni: raccolta dei materiali relativi a vicende trattate da mezzi di informazione nazionali e locali, possibilità di acquisire e analizzare, per molte di queste vicende, i materiali giudiziari, approfondimento attraverso l'organizzazione di incontri e interviste con i superstiti, i familiari delle vittime, i testimoni.

Federico Aldrovandi, Paolo Scaroni, Riccardo Rasman, Gabriele Sandri, Giuseppe Uva, Stefano Cucchi, Aziz Amiri, Michele Ferrulli, Abderrahman Sahli, Dino Budroni, Massimo Casalnuovo, Marcelo Valentino Gomez Cortes, Bohli Kayes, Riccardo Magherini, Bruno Combetto, Vincenzo Sapia, Davide Bifulco, Mauro Guerra, Andrea Soldi, Giuseppe Turrise, Tommaso e Nicolò De Michiel,

Vittorio Morneghini, Stefano Gugliotta, Filippo Narducci, Isidro Luciano Diaz, Emmanuel Bonsu.

Non si tratta, evidentemente, di tutte le persone decedute o ferite nello scorso decennio a causa di scontri con operatori delle forze dell'ordine, ma questi nomi appartengono alla maggioranza di chi, grazie alla propria determinazione, o a quella delle famiglie, ha denunciato quanto subito. In questo testo non sarà possibile ricostruire analiticamente ogni singola vicenda, ma proveremo a partire da alcuni di questi casi per identificare quelle che, a nostro avviso, sono delle criticità del sistema che analizziamo.

3.1. *Dati processuali.* – Dei ventotto uomini sopracitati, solo nove sono sopravvissuti e per ognuna di queste vicende si è avviato un processo penale, non sempre concluso in tutti i gradi di giudizio nel momento in cui scriviamo: a parte Scaroni⁵, tutti gli altri sopravvissuti furono denunciati per resistenza a pubblico ufficiale (Morneghini, Gugliotta, Narducci, Diaz, Bonsu e i fratelli De Michiel) venendo successivamente assolti⁶ pur se non in via definitiva; nella vicenda di Scaroni non è stato possibile imputare i reati ad agenti specifici anche se, come scrive la sentenza, è fuori dubbio che Scaroni sia stato picchiato e che quella prima carica della celere rivolta contro i tifosi del Brescia all'interno della stazione ferroviaria di Verona non fosse stata né ordinata né autorizzata dal responsabile dell'ordine pubblico lì presente. Le riprese delle telecamere di video sorveglianza installate all'interno della stazione sono state consegnate in Procura, con un vuoto nella registrazione rappresentato proprio dai dieci minuti in cui è avvenuta l'aggressione a Scaroni, rendendo di fatto impossibile il riconoscimento degli agenti colpevoli.

3.2. *Le testimonianze.* – Se nelle vicende processuali dei sopravvissuti gioca un ruolo fondamentale la testimonianza – della voce e del corpo segnato – delle vittime, nelle vicende che hanno come esito il decesso della persona, le indagini per arrivare a una corretta ricostruzione possono essere molto più complicate. In alcune di queste vicende sono risultati fondamentali le immagini acquisite dalle Procure, girate da privati cittadini o riprese da sistemi di video sorveglianza. Nella vicenda di Stefano Gugliotta, il giovane romano fermato a bordo di un motori-

⁵ Paolo Scaroni rimase in coma per due mesi a causa dei colpi subiti e al suo risveglio, oltre ad avere perduto la memoria di oltre vent'anni di vita, rimase invalido al 100%.

⁶ Tutti assolti a parte Luciano Isidro Diaz, che il giorno dopo il violentissimo pestaggio di cui è stato vittima, ha patteggiato in un procedimento per direttissima la pena a due anni di libertà controllata, consigliato dal suo avvocato. Il giorno dopo la condanna Diaz presenta la sua contro denuncia e alcuni dei procedimenti aperti a seguito di quegli eventi sono tutt'ora in corso, mentre uno di questi si è concluso con la condanna di uno dei carabinieri coinvolti. Le lesioni più gravi riportate da Diaz sono il distacco della retina di entrambi gli occhi, la perforazione dei timpani e la lesione permanente dei nervi delle mani.

no da un reparto della celere che aveva svolto servizio di ordine pubblico nella finale di Coppa Italia del maggio 2010, le riprese effettuate da un cittadino hanno consentito di scagionare Gugliotta, dopo una settimana di carcere, dall'accusa di resistenza a pubblico ufficiale e di condannare i nove agenti responsabili del violento pestaggio cui venne sottoposto. Un discorso a parte deve essere fatto per i testimoni oculari, in quanto può accadere che le loro dichiarazioni non vengano tenute nella giusta considerazione o che si cerchi addirittura di manipolare le loro testimonianze a favore degli operatori coinvolti.

La vicenda di Giuseppe Uva, l'operaio morto nel 2008 nell'ospedale di Varese dopo aver passato la notte in una caserma dei carabinieri, è esplicativa del primo caso: l'amico che era con lui e unico testimone oculare della vicenda, Alberto Bigoggero, è stato sentito dalla Procura solo cinque anni dopo la morte di Uva.

Riccardo Magherini, il quarantenne morto nel 2014 a Firenze dopo essere stato fermato da quattro carabinieri, la notte del fermo, prima di essere raggiunto dai militari, entra nella vettura di una donna che passava per Borgo San Frediano. La donna in questione si rende conto dello stato di alterazione di Magherini, gli chiede di scendere dalla macchina e si ferma sulla strada fino all'arrivo dell'ambulanza. Viene svegliata nel cuore della notte dagli stessi militari, che la obbligano ad andare in caserma alle 5 e trenta del mattino: le viene chiesto di denunciare quanto visto poche ore prima e, quando lei prova a dire di non aver subito alcun danno, le viene detto che la sua testimonianza è indispensabile ai fini del processo per direttissima che si sarebbe celebrato contro Magherini quella mattina stessa. Ad esplicita domanda della testimone, non le viene detto che Magherini è deceduto e, inoltre, nel verbale, viene omessa la dichiarazione della donna riguardante i calci che ha visto sferrare dai carabinieri a Magherini quando questi era già a terra e ammanettato.

3.3. *L'indipendenza delle indagini.* – La vicenda di Magherini ci offre la possibilità di evidenziare un'altra anomalia, relativa allo svolgimento dei primi atti di indagine, spesso affidati proprio ai colleghi, o ad altri appartenenti allo stesso corpo degli operatori coinvolti. Questa circostanza, oltre a presentare dei rischi evidenti in termini di approfondimento di quanto accaduto, è una condotta fortemente censurata dalla stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo, che in una celebre sentenza⁷ ha ribadito come un'indagine su presunte uccisioni illegali compiute da appartenenti di forze di polizia deve essere indipendente dal corpo di appartenenza, non solo nel senso di un mancato collegamento gerarchico o istituzionale, ma anche di una indipendenza pratica. Caratteristica che non deve riguar-

⁷ Finucane c. Regno Unito, n. 29178/95, § 67, CEDU 2003-VIII.

dare esclusivamente il nucleo di polizia giudiziaria impiegato, ma anche gli stessi pubblici ministeri che hanno il dovere di approfondire ogni aspetto rilevante.

Un esempio su tutti è fornito dalla vicenda di Stefano Cucchi, morto nel 2009 dopo l'arresto in flagranza per spaccio di stupefacenti e una settimana di detenzione nel reparto protetto dell'ospedale romano Sandro Pertini. Il processo di primo grado si è sviluppato intorno all'ipotesi di una responsabilità per colpa medica e di lesioni causate da un'offesa messa in atto da tre agenti di polizia penitenziaria nelle celle del tribunale di Roma. Solo a ottobre 2015, ben sei anni e due gradi di giudizio dopo, la Procura dà notizia del rinvio a giudizio di alcuni carabinieri, proprio quelli che arrestarono e tennero in custodia Cucchi la notte del 15 ottobre 2009. Il fatto che non si sia approfondito, subito dopo il decesso di Cucchi, il periodo di tempo da lui trascorso all'interno di due caserme, fa sorgere il dubbio che si tratti di una modalità di indagine che tende a escludere a priori alcuni fondamentali passaggi nella ricostruzione delle vicende. In ultimo, vale la pena citare le modalità dei procedimenti disciplinari cui possono essere destinatari gli operatori delle forze di polizia, indipendentemente dall'esito, e anche dall'esistenza, di procedimenti giudiziari a loro carico.

La morte di Federico Aldrovandi, il diciottenne ferrarese “bastonato di brutto”⁸ da quattro poliziotti, ci dà un'ulteriore occasione di ragionare sul modo in cui l'istituzione, il ministero dell'Interno in questo caso, valuta l'operato dei propri uomini che si macchiano di comportamenti contrari al senso del dovere e dell'onore⁹. I quattro poliziotti vengono condannati in via definitiva per eccesso colposo in omicidio colposo anche se, come scrisse il giudice estensore della sentenza di primo grado, i depistaggi messi in atto da alcuni colleghi della Questura di Ferrara, per cui si è celebrato un processo Aldrovandi *bis*, non hanno consentito “una restituzione degli atti al pubblico ministero per la contestazione del diverso e più grave reato di omicidio preterintenzionale”¹⁰. Gli agenti sono stati sottoposti a procedimento disciplinare il cui esito ha decretato la sospensione dal servizio per sei mesi. Patrizia Moretti, madre di Aldrovandi, ha fatto un accesso agli atti nel quale chiedeva di conoscere le modalità con cui era stata presa questa decisione. Il ministero dell'Interno, nel maggio 2013, ha respinto la richiesta perché la madre della vittima non avrebbe provato la sussistenza di un “interesse di-

⁸ Questa frase è stata pronunciata da Enzo Pontani, poi condannato in via definitiva per la morte di Aldrovandi per eccesso colposo in omicidio colposo, via radio a un collega della centrale operativa. Questo audio è stato acquisito nel corso del processo.

⁹ Il primo motivo di destituzione è individuato in atti che “rivelino mancanza del senso dell'onore o del senso morale”, come recita l'articolo 7 del D.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737.

¹⁰ Tribunale di Ferrara, sentenza n. 992/2009, pagina 523.

retto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"¹¹.

3.4. *La trasparenza.* – Il fatto che i procedimenti disciplinari siano ancora oggi dei documenti secretati pone, ad avviso di chi scrive, dei seri problemi di trasparenza e di valutazione dell'andamento dei processi di democratizzazione interni alle forze di polizia, valutazione che non è più rinviabile anche in un'ottica di incremento di fiducia dei cittadini nei confronti degli appartenenti alle forze dell'ordine. In questo senso, sembra opportuno riportare la vicenda genovese cui si è accennato in premessa. Senza voler ripercorrere quanto avvenne in quei tre giorni, ci si vuole qui soffermare sulla condanna inflitta a uno dei poliziotti in forza alla caserma di Bolzaneto: Massimo Pigozzi venne ritenuto responsabile di un vero e proprio atto di crudeltà ai danni di un artigiano trattenuto nella caserma, cui Pigozzi divaricò le dita della mano tanto da lacerargli la carne e renderlo invalido. Per questo fu condannato a tre anni e due mesi ma, nel 2005, fu nuovamente denunciato per aver violentato quattro donne trattenute nella caserma all'interno della quale prestava servizio. Nel 2013 arriva la condanna definitiva a dodici anni e sei mesi per le violenze sessuali ma, ed è questa la circostanza che qui ci interessa, il ministero dell'Interno, dopo un'assoluzione in appello, è stato condannato dalla Corte di Cassazione a risarcire una delle vittime. Le motivazioni della suprema Corte sono assai interessanti: “nonostante il Pigozzi fosse già stato coinvolto in fatti di violenza contro soggetti in stato di fermo e condannato in primo grado, [il ministero dell'Interno] ha ritenuto opportuno adibirlo ancora una volta allo svolgimento di mansioni che prevedevano il contatto diretto con le persone arrestate o fermate e che quindi rendevano elevatissimo il rischio di commissione di reati della stessa indole”¹².

3.5. *Lacune normative.* – Pur non potendo contare su una base di dati per analizzare scientificamente il fenomeno degli abusi di polizia, e poter trarre quindi considerazioni generali, l'esperienza maturata in questi anni crediamo ci consenta di esprimere un giudizio su quanto sia difficile arrivare alla costruzione di una verità processuale quantomeno caratterizzata dallo sforzo, o dalla possibilità, di raccogliere tutti gli elementi utili a una valutazione puntuale e per quanto possibile priva di pregiudizi, in vista della decisione del giudice. E d'altra parte, anche quando si arrivi a una ricostruzione soddisfacente, non è sempre facile giungere a una condanna. Una vicenda di alcuni anni fa, che riguarda il mondo degli istituti di pena, rappresenta un valido esempio di quest'ultima affermazione. I cosiddetti

¹¹ Secondo quanto prescritto dalla legge n. 241/1990 all'articolo 22, comma 1 capo b).

¹² Sentenza n. 1752/2013, Cassazione, Terza sezione penale, pagina 8.

“fatti di Asti”, accaduti nel carcere della città piemontese, hanno coinvolto due detenuti e alcuni agenti di polizia penitenziaria. Questi ultimi, per oltre due mesi, hanno tenuto in isolamento i due uomini e li hanno sottoposti a ogni tipo di violenza e privazione. Nonostante dal dibattimento i fatti e le responsabilità siano stati provati al di là di ogni ragionevole dubbio, il giudice non ha potuto emettere alcuna condanna in quanto, pur se i comportamenti degli agenti potevano essere qualificati come tortura, la prescrizione dei reati più lievi e la mancanza nel nostro ordinamento del reato di tortura hanno impedito l’attribuzione di specifiche responsabilità¹³.

In ogni caso, oltre alle varie tematiche che qui molto brevemente si è cercato di affrontare – accuratezza, imparzialità delle indagini, loro affidamento a corpi di polizia diversi da quelli coinvolti, pubblicità dei procedimenti disciplinari, introduzione del reato di tortura – sarebbe importante che il nostro paese, come già succede in altri stati europei, decidesse di rendere pubbliche le statistiche relative ai propri operatori di polizia coinvolti in procedimenti penali.

4. *I procedimenti a carico di poliziotti nei dati dell’Amministrazione penitenziaria*¹⁴. – Un primo *screening* relativo al coinvolgimento di componenti delle forze dell’ordine in procedimenti penali può essere dato dal numero di appartenenti alle forze di polizia soggetti a provvedimenti restrittivi della libertà in carcere, siano essi di natura cautelare ovvero penale. Si tratta, come è evidente, di un dato assai spurio: non solo perché non copre il complesso dei procedimenti penali in corso o passati in giudicato (esclude, infatti, tutti quelli che non abbiano prodotto carcerazione, o la cui carcerazione sia finita al momento della rilevazione), ma anche perché non distingue tra reati commessi nell’esercizio delle proprie funzioni o in relazione con esse e reati che sono o sarebbero stati commessi senza alcuna relazione con l’esperienza professionale degli autori/imputati. Con questa cautela metodologica, è possibile esaminare la tabella seguente, contenente i reati contestati ai 73 detenuti appartenenti alle forze di polizia e ristretti negli istituti di prevenzione e pena italiani al 27 maggio 2016.

¹³ Di fronte al giudizio di ammissibilità del ricorso da parte della Corte Europea dei diritti dell’uomo, nel dicembre 2015, il governo italiano ha proposto una composizione amichevole offrendo 45mila euro a ogni ricorrente. Nelle more di stampa, si è appreso che, nel marzo 2016, la Corte Europea ha rifiutato la proposta, decidendo di portare a giudizio il nostro governo e valutare nel merito la vicenda.

¹⁴ Ringraziamo il Vice Capo del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, Massimo De Pascalis, il Direttore generale dei detenuti e del trattamento, Cons. Calogero Piscitello, e l’Ufficio statistico del Dipartimento per la cortesia e la disponibilità dimostrata nella fornitura dei dati illustrati in questo paragrafo.

Tabella 1. – Reati attribuiti ai detenuti appartenenti alle forze di polizia. Data rilevamento: 27 maggio 2016. Fonte: DAP, Ufficio statistico

Omicidio volontario	25
Violenza privata minaccia	17
Falsità in atti e persone	12
Violenze sessuali	11
Produzione e spaccio stupefacenti	11
Peculato, malversazione, ecc.	11
Rapina	9
Ricettazione	9
Lesioni personali volontarie	7
Furto	7
Contro l'amministrazione della giustizia	6
Truffa	5
Contro il sentimento religioso	5
Associazione per delinquere	5
Violenza, resistenza, oltraggio, ecc.	4
Atti sessuali con minorenni	3
Istigazione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	3
Danni a cose, animali, terreni, ecc.	3
Omissione d'atti di ufficio, ecc.	3
Contravvenzioni	3
Ingiurie e diffamazioni	2
Violazione obblighi assistenza familiare	2
Maltrattamenti in famiglia	2
Estorsione	2
Insolvenza fraudolenta	2
Altri reati contro l'incolumità pubblica	2
Lesioni personali colpose	1
Bancarotta	1
Falsità in sigilli	1
Associazione di stampo mafioso	1

Altri delitti	12
---------------	----

Il primo elemento da prendere in considerazione è relativo al rapporto tra appartenenti alle forze di polizia detenuti e numero dei reati loro attribuiti. L'universo soggettivo di riferimento al momento della rilevazione era composto – lo ribadiamo – di 73 unità. I reati loro attribuiti assommano – in totale – a 187. Questo significa che – mediamente – ciascun soggetto aveva ascritto a proprio carico almeno due reati. E ciò giustifica l'emersione di reati che solitamente non producono carcerazione, né in fase cautelare, né – se non raramente e in casi particolari di recidiva – in fase esecutiva.

Ribadendo l'avvertenza secondo cui trattasi di dati rilevati a uno stato avanzato nel processo di criminalizzazione, tale da giustificare la privazione della libertà in forma cautelare o esecutiva, da cui deriva – p. es. – la sovrappresentazione dei reati più gravi¹⁵, appaiono rilevanti la frequenza dei reati contro la persona e di altri reati potenzialmente legati all'abuso delle funzioni di polizia, come nel caso dei reati di falso, ricettazione o spaccio di stupefacenti. Ma, ai fini della nostra ricerca, che verte sugli abusi commessi da appartenenti alle forze di polizia ai danni di persone sottoposte alla loro autorità in ragione del loro ufficio, l'elenco dei reati sospetti può essere ristretto, mentre l'universo soggettivo di riferimento va allargato anche a chi non abbia subito provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Sulla base dei primi dati relativi a un'indagine che si vorrebbe estendere a tutte le forze di polizia, siamo in condizione di presentare un primo quadro quantitativo relativo al coinvolgimento di appartenenti al Corpo di polizia penitenziaria in procedimenti penali relativi a quelli che abbiamo individuato come “reati sentinella” di possibili abusi su persone sottoposte alla loro autorità. I dati, inediti, sono relativi al periodo gennaio 2004-marzo 2016 e riferiscono unicamente dei casi rilevati e noti all'Amministrazione di appartenenza, senza che da essi si possa desumere che il contesto fosse necessariamente quello penitenziario e che le vittime fossero persone detenute sottoposte all'autorità degli accusati (tranne, ovviamente, nel caso dei reati propri di cui agli artt. 608 e 609 del c.p., relativi all'“abuso di autorità contro arrestati o detenuti” e alle “perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie”).

Dai dati riportati in tabella 2, appare evidente che nella formalizzazione delle denunce di reati a carico di agenti di polizia penitenziaria il reato principe è quel-

¹⁵ Per esempio, è presumibile che il dato relativo all'omicidio volontario risulti percentualmente così rilevante – circa un terzo degli appartenenti alle forze di polizia detenuti ne risultano marcati – in ragione della gravità del fatto, idoneo a giustificare sia la custodia in fase cautelare che una non breve sanzione detentiva, e non certo per la sua incidenza percentuale tra i reati ascritti al complesso degli appartenenti alle forze di polizia sottoposti a procedimenti penali o condannati in forza dei loro esiti.

lo di lesioni personali, che registra 57 casi con il coinvolgimento di 135 agenti. Si tratta, infatti, di uno dei reati classici della conflittualità penitenziaria, che vede detenuti e agenti scambiarsi accuse di lesioni contro accuse di resistenza a pubblico ufficiale.

Tabella 2. – Reati “sentinella” ascritti ad agenti di polizia penitenziaria. Gennaio 2004-marzo 2016. Fonte: DAP, Ufficio statistico.

Reato	casi rilevati	agenti perseguiti penalmente
omicidio preterintenzionale	3	3
omicidio colposo	14	23
lesioni personali	57	135
lesioni personali colpose	1	1
morte e lesioni in conseguenza di altro delitto	0	0
abbandono di persone incapaci	0	0
omissione di soccorso	1	1
arresto illegale	1	1
abuso di autorità contro arrestati o detenuti	35	62
perquisizione e ispezione personali arbitrarie	8	8
violenza sessuale	7	8
violenza sessuale di gruppo	0	0
violenza privata	8	33
violazione di domicilio commessa da pubblico ufficiale	0	0
Totali	135	275

Venendo ora ai procedimenti e agli accertamenti di responsabilità penale che ne sono scaturiti, notiamo che più del 40% dei casi è stato archiviato, quasi il 30% è ancora pendente, poco più del 20% ha portato ad assoluzioni o proscioglimenti, mentre solo l'8,36% dei casi ha dato luogo a una condanna per responsabilità penale. Si tratta, nella quasi generalità dei casi, di condanne per lesioni personali, seguite da tre condanne per violenza privata e una condanna ciascuno per omissione di soccorso e abuso di autorità. È questo l'esito della disparità tra le accuse di omicidio colposo e di abuso di autorità, che non hanno quasi mai come seguito una condanna, e quelle di lesioni personali e violenza privata, che

risultano fondate quasi nella metà dei procedimenti conclusi con pronuncia giurisdizionale di merito.

Tabella 3. – Procedimenti penali a carico di agenti di polizia penitenziaria per reato e stato o esito degli stessi. Casi rilevati nel periodo gennaio 2004-marzo 2016. Fonte: Dap, Ufficio statistico.

Reato	agenti perseguiti penalmente	procedimenti penali			
		Pendenti	archiviazioni	Assoluzioni/ proscioglimenti	condanne
omicidio preterintenzionale	3	2	0	1	0
omicidio colposo	23	8	4	11	0
lesioni personali	135	32	59	26	18
lesioni personali colpose	1	1	0	0	0
omissione di soccorso	1	0	0	0	1
arresto illegale	1	0	1	0	0
abuso di autorità contro arrestati o detenuti	62	31	20	11	1
perquisizione e ispezione personali arbitrarie	8	1	5	2	0
violenza sessuale	8	4	2	2	0
violenza privata	33	2	24	4	3
Totali	275	81	115	57	23

Infine, vediamo come si attegga il potere disciplinare interno, dell'Amministrazione penitenziaria. La prima evidenza desumibile dalla seguente tabella 4 è relativa al totale dei procedimenti disciplinari. Tra pendenti e conclusi, sono 115: più degli agenti la cui posizione processuale è stata definita in sede di giudizio di cognizione (80 tra assolti, prosciolti e condannati), ma meno di quanti hanno comunque visto definita la propria posizione (195, compresi coloro la cui posizione è stata archiviata). Evidentemente, il potere disciplinare interno (pur sospeso durante il procedimento penale che lo attiva) viene esercitato con qualche margine di discrezionalità riguardo alla causa di estinzione del procedimento penale.

Quantitativamente assai rilevante è il caso delle lesioni personali, per cui sono stati avviati procedimenti disciplinari per tutti i 103 agenti la cui posizione

processuale penale sia stata definita. Non sorprende l'elevato numero di archiviazioni, che corrisponde alla somma dei procedimenti penali senza esito per gli accusati (archiviazioni più assoluzioni/proscioglimenti). Significativo è il trattamento dei rimanenti 18 agenti giudicati colpevoli in sede penale: tra loro si trovano 2 dei tre agenti destituiti in sede disciplinare (l'altro era persona accusata, ma non condannata, di perquisizione e ispezione personale arbitraria) e 9 dei 15 sospesi dal servizio. Da notare, inoltre, la sospensione dal servizio dei tre condannati per violenza privata e di altri due non condannati di perquisizioni e ispezioni arbitrarie.

Tabella 4. – Procedimenti disciplinari relativi a notizie di reato per “reati sensibili” rilevate nel periodo gennaio 2004-marzo 2016. Fonte: Dap, Ufficio statistico.

reato	procedimenti disciplinari							
	pen- denti	conclusi						
		archiviazioni	censure	pene pecu- nariarie	deplora- zioni	pene pecu- nariarie e de- plora- zioni	sospensio- ni	destitu- zioni
omicidio preterintenzionale	0	1	0	0	0	0	0	0
lesioni personali	4	85	0	0	1	2	9	2
omissione di soccorso	0	0	0	0	0	0	1	0
Arresto illegale	0	0	0	0	0	0	0	0
abuso di autorità contro arrestati o detenuti	0	1	0	0	0	0	0	0
perquisizione e ispezione personali arbitrarie	1	1	0	0	0	0	2	1
violenza sessuale	1	0	0	0	0	0	0	0
violenza privata	0	0	0	0	0	0	3	0
totali	6	88	0	0	1	2	15	3

Nel complesso, lo scenario offerto da questo primo scorcio quantitativo sulla criminalizzazione degli agenti di polizia nel nostro Paese, va trattato con cautela per più motivi. Innanzitutto perché è limitato a una sola – e peculiare – forza di polizia, destinata al controllo di persone già private della libertà e non ordinariamente impegnata in azioni di strada o di piazza. Poi perché qui più che altrove è presumibile una contenuta propensione alla denuncia da parte delle vittime, costantemente sotto controllo se non degli accusati, dei loro colleghi. Motivi per cui sviluppi di ricerca dovrebbero muoversi sia nel senso della estensione ad altre forze di polizia, sia in indagini di vittimizzazione, sia in ulteriori approfondimenti di singoli casi-studio. Ciò premesso, vale la pena di rimarcare l'alto tasso di archiviazione delle accuse penali e la relativa discrezionalità del potere disciplinare che se segue pedissequamente il giudicato penale in materia di lesioni personali e di violenze private, si concede margini di apprezzamento diversi per altre accuse di reato, talvolta sanzionate anche in assenza di condanna penale.

5. *La sub-cultura dell'illegalità.* – La diffusione, la persistenza e la (relativa) impunità degli abusi di polizia possono essere osservati da più punti di vista, a partire da quello dei loro attori fino a quello dei loro controllori. Il campo dei controllori è a sua volta, potenzialmente, vastissimo: da quelli gerarchici (i vertici delle amministrazioni di appartenenza) a quelli istituzionali (i ministri competenti, i parlamentari, la magistratura, i garanti delle persone private della libertà), dal mondo della comunicazione a quello delle forme associative della società civile. Non è questo lo spazio per un approfondimento così articolato. Detto dei condizionamenti politico-istituzionali nel primo paragrafo di questo contributo, ci fermeremo – conclusivamente – sull'altro capo di questa catena: la cultura degli abusi.

Sin dalla prima generazione di studi sociologici sulla polizia è stata individuata la sub-cultura poliziale come uno degli elementi costitutivi dell'azione sociale dei suoi appartenenti, come singoli e come collettivi di lavoro¹⁶. Per sintetizzarne gli approdi, si può dire che, secondo queste letture, i poliziotti vedono frequentemente se stessi come combattenti del crimine in azione in un ambiente pericoloso. Questa vocazione conflittuale nei confronti di nemici reali o potenziali, genera l'acquisizione di un atteggiamento cinico, fondato sul rispetto di regole informali elaborate al proprio interno piuttosto che sul principio di legalità. Anzi: sarebbe proprio l'abbandono dei vincoli di legge a favore della solidarietà di gruppo a consentire di fronteggiare efficacemente i propri antagonisti e di perseguire la propria *mission* istituzionale.

Se questa modalità di elaborazione e di trasmissione della sub-cultura poliziale

¹⁶ Riassuntivamente, sulla sociologia della polizia e le sue sub-culture, si rinvia a R. REINER, *The Politics of the Police*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

ha ancora una capacità euristica (e non vi è ragione di dubitarne, anche alla luce delle più recenti ricerche in materia di *storytelling* tra gli appartenenti alle forze di polizia¹⁷), gli elementi che ci interessano sono due: la relativa impermeabilità della *canteen culture*¹⁸ poliziale ai messaggi normativi esterni e, in modo particolare, istituzionali, e la individuazione dei nemici in ambienti e figure sociali non connotate da antagonismo politico-sociale. Se sul primo versante un ruolo rilevante viene giocato dalla stessa debolezza della interazione istituzionale con la sub-cultura di polizia, di cui abbiamo scritto in §1, sul primo versante abbiamo a che fare con la ricezione, nell'ambito della cultura delle polizie, delle retoriche e delle politiche della "tolleranza zero"¹⁹. Tutte le politiche del controllo sociale istituzionale nel corso dell'ultimo trentennio sono state prevalentemente indirizzate alla sorveglianza e alla criminalizzazione di figure della marginalità sociale non politicamente antagoniste²⁰. Conseguentemente, i poliziotti che interpretano il loro ruolo secondo lo schema conflittuale della *canteen culture* hanno potuto trovare conferma della loro *mission* nella opposizione, anche violenta, nei confronti di consumatori di strada di alcool e droghe, immigrati, disagiati psichici e homeless. Si scioglie così l'altrimenti incomprensibile accanimento nei confronti di persone palesemente inoffensive nei confronti della sicurezza pubblica come quelle descritte nei casi proposti nel paragrafo 3. Se le politiche di *zero tolerance* intendevano anticipare la protezione sociale a comportamenti sospettati di essere causa di degrado e propedeutici a vere e proprie forme di devianza criminale, trova in questo modo una spiegazione l'orientamento verso queste figure di marginalità sociale della opposizione identitaria "noi-loro", propria dello schema conflittuale della *canteen culture* di polizia.

¹⁷ M. VAN HULST, *Storytelling at the Police Station. The Canteen Culture Revisited*, in *Brit. J. Criminol.* (2013) 53, 624-642; E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, trad. it. Milano, 1987, p. 327.

¹⁸ Per *canteen culture* in ambito di polizia si intende la cultura che matura e si diffonde tra gli operatori nei momenti di condivisione laterali all'esercizio della professione come, appunto, a mensa. Cfr. N. G. FIELDING, 'Cop Canteen Culture', in T. Newburn e E. Stanko (a cura di), *Just Boys. Doing Business: Men, Masculinity and Crime*, London, Routledge 1994.

¹⁹ Dobbiamo questa suggestione a V. SCALIA, *Polizia e desiderio in città. Gli abusi della polizia italiana: controllo delle classi pericolose e forme di resistenza*, in corso di pubblicazione.

²⁰ La letteratura sulle politiche della "tolleranza zero" è ormai sterminata, tanto a livello internazionale che italiano. Riassuntivamente, cfr. A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, Feltrinelli, 2013, e – specificamente – pp. 113 e ss.

Il punto su...
*La particolare
tenuità del fatto*

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

ILLECITO ESIGUO E DINAMICHE DELLA PENA ^(*)

SOMMARIO: 1. L'illecito esiguo: premesse. – 2. Metodi di apprezzamento della *quantitas delicti*. – 3. Sul c.d. principio di offensività. – 4. Illecito e funzioni della pena: Carrara e il 'danno mediato'. Influenze su di una visione sistematica teleologicamente orientata. – 5. Conseguenze e sviluppi in ordine all'individuazione dei fenomeni 'esigui'; l'importanza crescente del fatto in concreto. – 6. Lo scenario applicativo. – 7. Prevenzione generale e prevenzione speciale nella prospettiva dell'astensione da pena. – 8. Rilievi in merito alla 'graduazione' dell'illecito. – 9. L'esiguità a confronto con i reati di pericolo 'astratto' e con determinate 'soglie' di rilevanza. – 10. Alcune critiche alla recente normativa: in particolare, il 'declassamento' della colpevolezza e l'oblio dei rapporti con la prevenzione. – 11. Sul rispetto della presunzione d'innocenza. Una proposta finale.

1. *L'illecito esiguo: premesse*

Il nostro interesse si rivolgerà, in questa sede, soprattutto alla questione di principio inerente al senso e alla portata di un'esenzione da pena dovuta allo stesso modo di atteggiarsi delle componenti del reato: un reato 'non punibile', non perché *accompagnato* da valutazioni 'esterne' al suo essere tale – quali quelle espresse da eventi puramente 'condizionali', da condotte 'successive' antagonistiche, da qualità o rapporti 'personali' di per sé inespresse del paradigma dell'illecito, da fattori 'temporali' estranei alla sua realizzazione (come la prescrizione) o di origine puramente 'clemenziale' come l'amnistia – bensì perché caratterizzato dal livello 'meno grave' dei suoi stessi requisiti costitutivi.

A tal proposito, non si può non rilevare, in primo luogo, come le motivazioni sul piano-politico legislativo alla base della previsione della 'tenuità' del fatto nulla possano togliere alla sostanza del fenomeno or ora delineata. Non quella, in particolare, del ben noto obiettivo della 'deflazione' penalprocessuale che pure ne costituisce una delle motivazioni principali. Invero, una cosa è prevedere – come notò già a suo tempo Enrico Marzaduri – un meccanismo 'semplificato' di valutazione dell'addebito, altra cosa è quella di collegare la logica deflattiva ad una sorta di modello 'presuntivo' – per vero, inammissibile – in grado di 'liberare' gli organi competenti da una verifica, comunque necessaria, degli estremi dell'illecito nelle sue componenti essenziali.

^(*) Il presente scritto è dedicato a Sergio Moccia.

D'altra parte – è opportuno sottolinearlo – la circostanza che la tenuità possa essere invocata e sindacata anche in sede dibattimentale consegna all'interprete un modello di valutazione che in nulla dovrebbe differire dall'accertamento giudiziale riferibile a qualsiasi reato. In tale prospettiva, il reato verrà dunque accertato, non essendo richiesto che l'«evidenza», per così dire, dell'esiguità delle sue componenti – pur se oggetto, quest'ultime, di una valutazione sganciata da più approfondite verifiche ulteriori – si fosse palesata *in limine iudicii*; con la conseguenza che il giudice della cognizione, se da un lato potrà avere, certo, maggiori elementi per «testare» la fondatezza dell'accusa, egli potrà ben trovarsi, dall'altro, di fronte all'inequivocabile riscontro di tutti i requisiti costitutivi di una responsabilità penale, e nondimeno essere «costretto» a prosciogliere l'imputato invece di condannarlo. Non soltanto, dunque, una delibazione «per sommi capi» che lasci emergere *ictu oculi* la superfluità di una prosecuzione della vicenda giudiziaria, ma anche la possibilità di un *iter* processuale tutt'altro che rapido e sommario, ed anzi, semmai, reso vieppiù impegnativo in funzione dell'esigenza di «misurare» i coefficienti dell'illecito e farne discendere una qualificazione in grado di asseverarne il concreto disvalore.

L'illecito «esiguo», insomma – occorre infine ribadirlo – pur presentando una sua propria fisionomia (che lo stesso richiamo alla sola *quantitas delicti* non riesce, come vedremo, a decifrare compiutamente) non si presenta come un'entità ibrida e sfuggente, e tanto meno manipolabile in funzione di obiettivi di pura efficienza. E quand'anche le verifiche al riguardo – purché, come osserva Grosso, adeguatamente «garantite» (come sembra voglia la nuova legge) anche in sede di archiviazione, nell'interesse dello stesso prevenuto – dovessero pur legittimare una conclusione «anticipata», ciò non significherebbe, allora, che quest'ultima debba rappresentare l'emblema di una connessione intrinseca dell'esiguità con un giudizio necessariamente *prima facie*, quasi si trattasse di un *enclave* del tutto separata dal contesto, in cui vigano regole diverse da quelle sottese alle dinamiche essenziali proprie (del diritto e) del processo penale.

2. *Metodi di apprezzamento della quantitas delicti*

Le osservazioni che precedono rappresentano, beninteso, soltanto una prima indicazione di massima, peraltro indispensabile al fine di evitare possibili fraintendimenti in ordine al fenomeno che andiamo considerando. Ed invero, come osservò uno studioso della materia del calibro di Krümpelmann, sorge a questo punto l'interrogativo – vero e proprio fulcro centrale dell'intera problematica – concernente la definizione dei «criteri» grazie ai quali poter conferire all'illecito una dimensione «esigua», sì da permettere una valutazione dell'organo giudicante

ancorata a presupposti sufficientemente determinati e teleologicamente conformi alla base di legittimazione cui dovrebbe ispirarsi l'esenzione da pena.

A tale scopo, sembra tuttavia necessario soffermarsi su alcuni profili di carattere preliminare, in grado di additare il percorso sul quale dovrà innestarsi la progressiva definizione del novero e della rilevanza dei suddetti 'indici' rivelatori di un fatto di 'esigua' consistenza.

È prospettabile, anzitutto, un'ottica di osservazione di carattere essenzialmente *naturalistico*; in secondo luogo, i suddetti elementi costitutivi possono essere invece misurati secondo un criterio di *valore*; in terzo luogo, è infine possibile sottoporre i predetti requisiti ad un criterio di valutazione in termini più strettamente *funzionali* e teleologici, in quanto tali più intimamente collegati alle finalità attribuite alla pena. Ne deriva, in buona sostanza, che si tratterà dunque di stabilire a quali condizioni la predetta 'misurazione' dell'accadimento verificatosi – alla stregua delle diverse prospettive or ora delineate – permetta di desumerne un risultato finale in grado di legittimare un'astensione dall'applicazione della pena.

3. *Sul c.d. principio di offensività*

Orbene, ragionando nella prima prospettiva sopra richiamata, sembra congruo affermare – sulla scia delle opportune avvertenze di uno studioso quale Francesco Palazzo – come il modo di atteggiarsi in concreto di un determinato elemento della fattispecie difficilmente possa tradursi in un apprezzamento della sua specifica rilevanza. Qualora, ad es., sia stato sottratto un grappolo d'uva da un ricco vigneto, o la tal persona abbia 'traballato' nel vuoto a causa di una spinta, nessuno potrebbe negare che, sul piano dell'accadere fenomenico, il vigneto sia stato *comunque* privato di una sua componente, o che la persona abbia *comunque* subito gli effetti dell'energia sprigionata da quella spinta. E tuttavia, è appena il caso di osservare come siffatta considerazione di carattere esclusivamente naturalistico non possa ritenersi significativa ai fini della predetta alternativa se (continuare a) punire o meno quel determinato fatto. Le logiche dell'imputazione penale non possono invero appagarsi di dati puramente fenomenici, non apparendo questi rilevanti, né per fondare, né per graduare, né, infine, per escludere la responsabilità del soggetto: e ciò per la ragione essenziale che, risultando essi del tutto inespressivi quanto alla *ratio* della tutela, si giungerebbe altrimenti alla conseguenza incongrua di porre sul medesimo piano di valutazione qualsiasi altro profilo dell'accaduto (sia pure) normativamente non qualificato (cosicché, ad es., anche il tempo o il luogo dell'azione, considerati in quanto tali – ossia, a prescindere da una loro eventuale influenza sul significato

dell'episodio – dovrebbero essere tenuti in conto ai fini di un giudizio di rilevanza penale).

Ben diverso – ed anzi, specularmente antitetico – è invece il tipo di valutazione posto alla base del secondo modello poc'anzi delineato. In una prospettiva di 'valore', si tratta infatti di domandarsi se l'interesse protetto dalla norma abbia subito un'effettivo pregiudizio. In altri termini, si renderà necessario stabilire se, ad es., il valore sul piano economico proprio di quel vigneto sia stato significativamente intaccato dalla sottrazione di un grappolo d'uva, o l'integrità della persona che abbia ricevuto quella spinta sia stata in certa misura compromessa dal gesto di colui che ne sia stato l'autore.

Siamo nel campo – come non è difficile arguire – in cui dominano da tempo gli interrogativi concernenti la c.d. 'offensività' del reato. Interrogativi, per vero, assai delicati e complessi, e che, al di là del richiamo generale ad una visione 'realistica' del bene giuridico, si sono accompagnati a tre diverse chiavi di lettura (l'ultima, per vero, assai discutibile, e che offrirà il destro per ulteriori sviluppi dell'indagine) circa la postulata necessità del riferimento al reato come fatto 'offensivo'.

Da un primo punto di vista, viene in evidenza, in effetti, una problematica di carattere essenzialmente politico-legislativo, riguardante, cioè, la necessità o meno di procedere alla creazione di fattispecie penali tali da richiedere un nesso indefettibile tra l'incriminazione del fatto ed il suo presentarsi in termini di 'lesione' o quanto meno di pericolo 'concreto' nei confronti degli interessi protetti.

Da un secondo angolo visuale, si profila invece il ricorso a delle scelte applicative volte ad esaltare maggiormente la dimensione lesiva del fatto incriminato, anche alla luce di un'interpretazione meno astratta e formalistica dei relativi contenuti: tutto questo, a condizione, peraltro, che il tenore della formula normativa non sia tale da precluderne in radice una possibile 'lettura' (anche) in chiave di offesa.

Infine – ma si tratta in realtà della prospettiva di maggiore impatto sulle dinamiche applicative – il ricorso al parametro dell'offesa (complice, per vero, la stessa giurisprudenza di fonte costituzionale) è stato, ed è tuttora, frequentemente operato al fine di attribuire una consistenza 'reale' a fatti pur descritti dalla legge in termini di pericolo 'astratto', di mero 'rischio', di trasgressione formale di obblighi connessi a determinate 'funzioni' spettanti alle autorità competenti nei singoli campi di attività. Con il che, in buona sostanza – si pensi soltanto all'esclusione, per mancanza di offesa o di un reale pericolo, della punibilità di condotte di mera inosservanza di determinate prescrizioni, o comunque prive di sufficiente spessore sul piano assiologico in relazione alle necessità della tutela (detenzione di quantità minime di esplosivo o di sostanze stupefacenti, attività edilizie 'non consentite', ma tali da non incidere sugli equilibri del territorio, o sugli assetti paesaggistici, comportamenti di poco eccedenti determinate 'soglie' di rilevanza, e così via dicendo) – il criterio dell'offesa è sembrato andare oltre il

ruolo originariamente conferitogli, e sia pure sotto la spinta di indubbie finalità di tipo garantistico e delle suggestioni derivanti dal canone dell'*extrema ratio* dell'intervento penale.

D'altra parte, va pure ricordato come anche nella seconda prospettiva sopra richiamata, l'«apprezzamento» dell'illecito in chiave di offesa ha talora condotto a risultati sul piano ermeneutico suscettibili di porsi in tensione con gli assetti normativi della tutela: com'è accaduto, ad es., per alcuni casi rientranti nella fattispecie del furto, là dove la sottrazione di somme di denaro, per quanto di per sé non irrilevanti, è stata ricondotta al parametro dell'«inoffensività» del reato, dando l'impressione di «forzare» in tal modo l'ambito di estensione della fattispecie, sì da arrivare a «convertirla» in un modello di tutela «sovradimensionato» a confronto con quello postulato dalla disciplina vigente in materia.

Peraltro, le tendenze a carattere maggiormente «estensivo» (la terza, soprattutto), nonostante le perplessità poc'anzi segnalate, lasciano chiaramente trapelare la sostanziale inefficacia di una lettura in chiave «ortodossa» del criterio dell'offesa. In effetti (ed a prescindere dal frequente richiamo all'art. 49, comma 2, ovvero all'esigenza di fare ricorso alla c.d. interpretazione «teleologica») è difficile negare come l'adozione del criterio dell'offesa, se circoscritta entro limiti estremamente rigorosi, poco o nulla potrebbe incidere su di un effettiva delimitazione dell'area della punibilità. In altri termini: la questione se simili tendenze di carattere «pretorio» meritino o meno di essere condivise – se, ancor prima, il proliferare massiccio di reati puramente «artificiali», per quanto collegato alle logiche della c.d. «società del rischio», debba essere o meno tollerato senza riserve – potrà essere certo discussa e riesaminata nell'ottica della «tensione» immanente tra la garanzia dell'«offensività» e quella, non meno importante, della necessaria legalità e «tipicità» delle previsioni penali. Ma è un dato certo, tuttavia – è opportuno ribadirlo – che, nei limiti in cui s'insista nel voler fare ricorso, anche *de iure condito*, al criterio dell'offesa, sarà ben difficile che i suoi sostenitori possano sfuggire alla tentazione di avvalersene oltre i limitati casi «di scuola» del falso grossolano, o della sottrazione di un acino d'uva, di un fazzoletto di carta, di un tappo di bottiglia, o di un vecchio chiodo arrugginito.

4. *Illecito e funzioni della pena: Carrara e il «danno mediato».* *Influenze su di una visione sistematica teleologicamente orientata*

Prima di pronunciarsi *expressis verbis* in merito alle possibili vie d'uscita dall'*impasse* in cui versa tuttora la tematica dell'«offensività», è giunto tuttavia il momento di confrontarsi con la terza prospettiva metodologica enunciata in precedenza.

Parlavamo dunque della possibilità di ricondurre la fattispecie ad un piano di valutazioni apprezzabile in termini 'funzionali' e teleologici, in quanto tali essenzialmente collegati alle dinamiche proprie della sanzione penale. Da tale angolo visuale, la 'misurazione' degli elementi dell'illecito non verrebbe, in altri termini, ad esaurire la propria rilevanza in una mera quantificazione del corrispondente disvalore, richiedendo essa di venire ulteriormente decifrata alla luce del ruolo e al significato che i fini della pena siano appunto in grado di esprimere, quand'essi vengano posti 'a contatto' con il modo di atteggiarsi di siffatti requisiti.

Le radici della questione paiono riconducibili, a ben guardare, all'elaborazione a suo tempo sviluppata dal massimo penalista italiano dell'Ottocento, Francesco Carrara – sulla scia di Giovanni Carmignani – nel suo mirabile 'Programma del corso di diritto criminale'. Il fulcro della punibilità dell'illecito – a parere del sommo criminalista – avrebbe dovuto essere specificamente ricondotto alla categoria del 'danno mediato': intendendosi per tale, la circostanza che certi comportamenti, per il fatto di generare "allarme" presso i cittadini onesti e di incentivare al delitto i 'male inclinati', fossero destinati, grazie alla possibilità di una loro 'ripetizione', a risolversi in un pregiudizio per l'intera società: un pregiudizio, che soltanto la massima sanzione sarebbe stata, per l'appunto, in grado di rimuovere, col restituire fiducia a quanti fossero stati menomati nella propria sicurezza e con il dissuadere ed 'intimidire' coloro che fossero invece tentati dalla via del delitto.

L'importanza di tale connotato nel pensiero di Carrara si manifesta sotto molteplici profili, peraltro convergenti nel risultato finale che ne rappresenta il comune denominatore.

In primo luogo, deve infatti notarsi che il c.d. danno mediato viene ricollegato dall'Autore a *tutti* gli elementi dell'illecito, non solo oggettivi, ma anche (ed anzi, soprattutto) soggettivi: sul presupposto che soltanto determinati atteggiamenti sul piano psicologico fossero in grado di suscitare il 'timore' o il 'malo esempio' insito nel riferimento a quel danno.

E da tale punto di vista, interessa ricordare, altresì, come per Carrara fosse opportuno lasciare immuni da pena i fatti commessi con 'colpa lievissima', dovendo escludersi, per l'appunto, ch'essi potessero 'intimidire' i consociati, dato che questi difficilmente sarebbero rimasti turbati da una minima "imprevidenza, nella quale i cittadini sentono che la *maggior parte di loro* sarebbe facilmente incorsa".

Giustamente ha osservato Tullio Padovani che, muovendosi in tale prospettiva, "l'apprezzamento della colpevolezza in rapporto ad una esigenza preventiva correlata al 'danno mediato' esercita un'importante funzione discretiva circa la rilevanza" del corrispondente rimprovero. D'altronde, il livello della colpevolezza viene ad esprimere, nel pensiero di Carrara, un significato non trascurabile anche nell'ottica della "quantità del delitto": nel senso che il modo di atteggiarsi della prima non rileva soltanto ai fini della riconoscibilità del danno mediato, ma, po-

sto che quest'ultimo risulta strettamente connesso ai risvolti sociali dell'illecito, anche come criterio per stimare il differenziale di 'gravità' tra reati pur equivalenti quanto all'entità dell'offesa 'immediatamente' arrecata.

Il predetto danno, in sostanza, nella prospettiva seguita da Carrara, rappresenta, bensì, com'egli afferma, un danno "riflesso", in quanto riguardante coloro che "non sono dall'azione direttamente colpiti"; ma giunge, tuttavia, nonostante ciò – ed anzi, a ben vedere, proprio per questo – a svolgere il ruolo di un elemento strettamente dipendente dallo stesso modo di atteggiarsi dell'ente-reato. Esso interferisce con i contenuti di quest'ultimo, nel senso che viene ad 'immettere' al suo interno quel profilo negativo scaturente dal pericolo del suo reiterarsi (più o meno apprezzabile, più o meno suscettibile di diffusione) che giustifica a sua volta il profilo teleologico della sanzione criminale.

Tanto considerato, appare tuttavia necessario far seguire a simili premesse alcune osservazioni in grado di evidenziarne ulteriormente l'attuale rilevanza.

Lo spunto ci è offerto, in particolare, dalla categoria sistematica delle c.d. 'scusanti'. Ebbene, deve rammentarsi, in proposito, come, accanto alla posizione volta ad affermarne l'idoneità ad escludere la pena per mancanza di colpevolezza, venga a collocarsi una diversa opinione, autorevolmente sostenuta, secondo la quale un simile effetto dovrebbe essere necessariamente collegato *anche* a considerazioni desumibili dagli scopi della pena. Si tratta, com'è ben noto, della concezione, sviluppata in particolare da Claus Roxin, favorevole ad introdurre la categoria della c.d. "responsabilità" (*Verantwortlichkeit*) quale espressione di un giudizio, bensì di minor colpevolezza, ma affiancato, tuttavia, come condizione per escludere la pena, dal constatato venir meno di esigenze apprezzabili in termini di prevenzione generale o speciale.

La notorietà di tale elaborazione ci esime in questa sede dal riesaminarne le origini e le tappe evolutive. Ciò che preme, piuttosto, evidenziare è il fatto che a questa concezione sia stata avvicinata, in una prospettiva *avant lettre*, la stessa impostazione di Carrara sul danno mediato: rimeditando sul "percorso dogmatico carrariano" – ha avvertito ancora Padovani – "appare chiaro che la pena è orientata teleologicamente ad elidere il "danno mediato" e che d'altro canto tale danno dipende essenzialmente dalla "forza morale oggettiva", oltre che dalla "forza fisica oggettiva": l'intera dottrina del reato viene così plasmata in rapporto allo scopo della pena, secondo un modello che, dal punto di vista metodologico, può considerarsi sorprendentemente moderno".

Orbene, tale osservazione, nel mentre offre allo sguardo un interessante *fil rouge* a livello storico-sistematico, apre al contempo la strada verso sviluppi di sicuro interesse anche ai fini della tematica oggetto della presente indagine.

È difficile negare, per la verità, come – diversamente da quanto accade in Roxin – la dimensione preventiva che si annida nel richiamo carrariano al danno media-

to si ponga quale ‘precipitato’ essenziale, per così dire, della stessa caratterizzazione impressa alle componenti del reato; la visione ‘deontologica’ del reato che il grande criminalista mostra di coltivare giunge ad ‘immettere’ direttamente, in altri termini, nello stesso ambito dell’illecito la capacità di rivelare il senso della pena quale strumento volto ad incidere sull’esistenza di quel ‘danno’.

Un esame ulteriore permette, tuttavia, di ridimensionare, almeno in parte, una tale affermazione, sì da far apparire la concezione dell’Autore meno lontana da quella patrocinata dall’insigne penalista tedesco. In effetti, parlando della ‘colpa lievissima’, Carrara non nega che in tal caso una colpa sussista, ma lascia intendere, piuttosto, che ad essa non viene ad accompagnarsi quell’“allarme” presso i consociati in cui s’incardina la necessità di intervenire mediante la pena. In sostanza, la colpevolezza, pur ponendosi all’origine del danno mediato, non sempre sarebbe *da sola* sufficiente per poterne riconoscere l’esistenza: onde, ragionando in questi termini, l’ottica preventiva sottesa alla pena quale mezzo necessario per di elidere il danno mediato parrebbe destinata ad affiancarsi (come nella tesi roxiniana) alla presenza del suddetto (per quanto lieve) atteggiamento soggettivo.

Simili rilievi non giustificano, beninteso, il riconoscimento di una totale omogeneità tra le due correnti di pensiero finora illustrate. Anzitutto – è opportuno ribadirlo – resta ferma in ogni caso la considerazione secondo cui nell’ottica del maggior esponente della Scuola classica la dimensione teleologica della pena trae origine – anche nell’ambito della colpa lievissima – dal modo di presentarsi degli stessi elementi del reato. Ma non si tratta solo di questo. In effetti, non minore interesse presenta la circostanza che la ricostruzione carrariana conduce ad ammettere l’esistenza di un collegamento delle esigenze preventive con una più ampia considerazione degli elementi dell’illecito; in particolare, se è vero ch’egli viene a postulare un nesso privilegiato tra il ‘danno mediato’ e l’elemento della colpevolezza, non è men vero che il profilo della punibilità che a tale danno consegue viene pur sempre – come si accennava dianzi – concepito dall’Autore come un riflesso dello stessa componente obiettiva del fatto, sia in termini qualitativi che quantitativi, sì da condurre ad ampliare l’angolo di osservazione alla cui stregua valutare il ‘dover’ (e poter) essere della pena.

In ogni caso, dal quadro finora tratteggiato sembra trasparire l’esigenza di fondo – di antica origine, ma non priva di più recenti conferme – di valorizzare il rapporto tra gli elementi del reato e la necessità di porre in risalto la *ratio puniendi* che grazie a quegli elementi possa venire positivamente riconosciuta. L’interrogativo ulteriore che ne deriva, e che ne rappresenta – si può ben dirlo – un evidente e ‘naturale’ corollario, sembrerebbe, a questo punto, presentarsi nei seguenti termini: l’esistenza di quel rapporto – e dunque, la possibilità di giustificare ed asseverare la ‘punibilità’ del fatto – dovrà ritenersi ‘data’ una volta per tutte, ovvero (pur quando essa scaturisca da una scelta attenta e ponderata, sotto

il profilo assiologico e politico-criminale, circa l'effettiva necessità del ricorso alla pena) dovrà invece ritenersi suscettibile di venire nuovamente 'ridiscussa' alla luce del significato espresso dall'episodio criminoso nelle sue concrete ed 'attuali' modalità di realizzazione?

5. *Conseguenze e sviluppi in ordine all'individuazione dei fenomeni 'esigui'; l'importanza crescente del fatto in concreto*

La risposta a tale interrogativo – come ben s'intende – non può non implicare, allora, una necessaria presa di posizione riguardo all'influenza che su detta punibilità possa venire riconosciuta all'atteggiarsi dell'illecito in una dimensione di 'minore' rilevanza.

Ed in effetti, del tutto coerente con le premesse poste sembrerebbe una scelta volta a 'sindacare' la persistenza attuale delle valutazioni che avevano condotto ad incriminare quel determinato fatto: una volta riconosciuta, in altri termini, la possibilità di 'giustapporre' agli elementi dell'illecito un'ulteriore verifica circa la loro 'attuale' portata, parrebbe difficile sottrarsi al compito di valutare il concreto modo di atteggiarsi di tali requisiti, sì da decretare, eventualmente, il venir meno dell'esigenza di (continuare a) punire il fatto, laddove le sue componenti non si rivelino più 'all'altezza' degli obiettivi perseguibili attraverso la pena.

Non può negarsi, certo, di essere di fronte ad un ulteriore e più avanzato stadio evolutivo; ma si tratta di un'evoluzione che giunge a rendere, per così dire, vieppiù 'visibile' e teleologicamente apprezzabile il fatto stesso di avere, già ancor prima, abbozzato e dischiuso l'orizzonte di fondo entro il quale un simile sviluppo possa trovare riconoscimento. E tale sviluppo, del resto, sembra destinato ad acquisire una sua più evidente legittimazione, dacché l'incremento sempre più esteso e variegato dei fatti incriminabili – in una con le difficoltà di 'gestire' la massa degli illeciti mediante lo 'strumento' del processo penale – ha favorito la tendenza ad alleviare il peso della repressione oltre gli stessi confini di un'eventuale scelta politico-criminale consistente in singoli interventi di 'depenalizzazione'.

Tali ultimi rilievi permettono, d'altronde, di portare ad evidenza un aspetto della questione del quale, ai tempi d'oggi, sarebbe difficile esagerare l'importanza. Il pensiero corre alla progressiva espansione del c.d. 'diritto giurisprudenziale': un'espansione che, pur non mancando di suscitare alcune perplessità, rappresenta tuttavia un fenomeno col quale appare necessario confrontarsi, e che dovrebbe, semmai, acuire gli sforzi per valutarne i confini di ammissibilità, in funzione degli esiti che da esso appaia legittimo attendersi a seconda dei singoli settori o 'campi d'intervento' nei quali venga di volta in volta a manifestarsi. A smentire, in ogni caso, un atteggiamento di preconcepita chiusura nei confronti di un simile fe-

nomeno, valga il seguente monito di principio: fermo il rispetto del canone della legalità, l'apprezzamento dei contenuti dell'illecito – è stato osservato da Palazzo – può aversi soltanto “interrogando il fatto storico che stimola quell'operazione valutativa”, ispirata, bensì, al “valore espresso dalla legge”, ma che postula necessariamente “un'apertura e una verifica condotte sul banco dell'esperienza sociale”: cosicché può ben dirsi, in definitiva, come un simile giudizio richieda la “mediazione che l'interprete” giunga ad operare tra i profili astratti della tutela “e gli orientamenti di senso della società”.

In tale prospettiva, è appena il caso di osservare, allora, come, se v'è un campo in cui la ‘legittimazione’ del giudicante sembra poter affondare le proprie radici, questo è rappresentato (oltre che dai ‘metodi’ generali dell'interpretazione, sempre più caratterizzati dall'abbandono di arcaiche visioni ‘formalistiche’) proprio dall'analisi in concreto dello spessore e della consistenza dell'illecito, al fine di poter stabilire se questo abbia o meno assunto una dimensione teleologicamente apprezzabile ai fini della punibilità.

Vogliamo dire, insomma, che, se è pur vero che il pensiero penale ‘classico’ coglieva la rilevanza del modo di presentarsi dell'illecito alla stregua della previsione incriminatrice, ciò non può significare, tuttavia, che, sotto la spinta di un rinnovato modo di concepire i compiti della giurisdizione, si debba rinunciare a estrarre di volta in volta dal sostrato penale originario – riesaminandone la rilevanza in concreto – il significato del fatto alla luce dell'esperienza sociale in cui vengano a manifestarsi i suoi differenti livelli di gravità. Oltre a concernere il profilo della determinazione della pena – sempre più sensibile alla ricerca di una ‘misura’ adeguata al caso concreto – una prospettiva del genere finisce dunque con l'investire, come meta e traguardo ulteriore, anche, e per l'appunto, l'eventuale sanzione d'irrelevanza dei fatti esigui. L'idea di fondo resta pur sempre quella di partenza, ma essa, per così dire, si sviluppa, si evolve, si articola sempre più ‘visivamente’ nel binomio tra fatti di reato punibili e fatti non punibili: reati anch'essi, per vero, ma ai quali – si potrebbe dire – è venuto pur sempre a mancare ‘strada facendo’ un sostegno o ‘complemento’ necessario perché la sanzione intervenga.

6. *Lo scenario applicativo*

Prima di procedere oltre, sembra tuttavia opportuno ricollegarsi a quanto osservato in precedenza in merito alle tendenze volte a far leva, per escludere la rilevanza del fatto, sull'eventuale inconsistenza del requisito dell'“offesa”. Si è soliti affermare, anche alla luce dell'introduzione del ‘nuovo’ art. 131-*bis* c.p., come, in effetti, l'“inoffensività” del reato si ponga in uno stadio anteriore rispetto al fenomeno dell'“esiguità”. Mentre la prima farebbe venir meno il reato, la seconda, vi-

ceversa, lo lascerebbe sussistere, dato che l'offesa, per quanto tenue, non verrebbe a mancare del tutto.

Posto il problema in questi termini, a noi sembra, tuttavia, che la tematica dell'esiguità rischi di venirne immiserita e alla fin fine quasi integralmente esautorata quanto al suo potenziale euristico e pratico-applicativo. Ed invero, non sembra incongruo affermare come, visto e considerato che la coppia 'inoffensività-esiguità' dovrebbe evocare, nella suddetta prospettiva, l'idea di un *continuum* di valutazioni in certa misura omogeneo, si finirebbe con l'attribuire la seconda qualifica anche a fatti che pur si discostino in misura minima dalla totale mancanza dell'offesa, sì da confinare in uno spazio del tutto marginale anche l'eventuale considerazione di ulteriori profili dell'illecito (come quelli, ad es., di tipo psicologico), una volta ch'essi vengano ad essere irrigiditi e quasi integralmente 'schiacciati', per così dire, sulla piattaforma di una lesione insignificante.

Il progetto che si dovrebbe invece coltivare si rivela, in realtà, ben più ampio e lungimirante rispetto ai limitati spazi ereditati dal peso della tradizione. Chi intenda fare sul serio con l'esclusione di un intervento penale per un novero cospicuo di 'forme minori' del modo di atteggiarsi dell'illecito deve saper 'osare' molto di più; l'acquisita consapevolezza della necessità di far giocare l'esenzione da pena entro un ambito di fenomeni di consistenza apprezzabile, dovrebbe suggerire, in altri termini, una visione assai più elastica e flessibile nel momento di pianificare i criteri più adeguati a definirne l'area d'incidenza.

Se così è, è difficile negare, allora, come proprio l'indagine in merito alle funzioni della pena – come si era già più volte anticipato – possa segnare il distacco da tali più angusti e limitati orizzonti. La funzione della pena, una volta valutata in rapporto al fatto da prevenire, dovrà, in altri termini, continuare ad illuminare il percorso dell'illecito, sì da farne emergere anche 'diacronicamente' la *ratio puniendi* nel suo porsi e 'riproporsi' in concreto nel quadro della vicenda in cui quella funzione attende di trovare un perdurante riconoscimento. Ne deriva, come logico corollario, che, una volta ammessa la possibilità di seguire un simile percorso, il *test* di rilevanza del fatto non potrà, ragionevolmente, prescindere da *un'apposita verifica – da parte dello stesso organo procedente –* di quella fondamentale correlazione. Che, poi, la legge taccia in proposito, o che, viceversa, essa offra degli 'indici' di valutazione in grado di orientare l'indagine, nulla toglie all'esigenza di effettuarla: di nuovamente esaminare e *specificamente motivare*, in altri termini, in quale misura e sotto quali aspetti il finalismo 'pratico' della sanzione possa ritenersi, eventualmente, non più ravvisabile in virtù del predetto confronto tra la dimensione complessiva dell'illecito e la mancanza di un interesse attuale a punirlo nelle circostanze date.

7. *Prevenzione generale e prevenzione speciale nella prospettiva dell'astensione da pena*

Muovendosi in tale prospettiva, e al fine di renderla concretamente praticabile, è bene soffermarsi, allora, sul significato che ai fini di una verifica funzionale alle predette esigenze, possano legittimamente rivestire i due profili essenziali che qualificano il teleologismo della sanzione penale: vale a dire, la prevenzione generale e la prevenzione speciale, od, eventualmente, entrambe le funzioni in cui si articola il finalismo della pena.

Nell'elaborazione dedicata a siffatti interrogativi, le maggiori perplessità – ad onta del tenore di non pochi modelli di esiguità presenti in altri sistemi – sono state manifestate in relazione al criterio della prevenzione generale: ciò, sul presupposto di fondo che – complice, per di più, un collegamento innegabile con le dinamiche della commisurazione della pena (sia pure, in questo caso, con l'effetto di renderla inapplicabile) – il suddetto criterio lascerebbe all'organo procedente la facoltà di farne un uso 'politico' difficilmente conciliabile con una valutazione realmente selettiva, ed esente da arbitrarie strumentalizzazioni, di un'effettiva necessità della punizione. Simili timori sarebbero invece assai meno consistenti laddove si abbia a che fare con valutazioni fondate sul richiamo alla prevenzione speciale; essendo ispirato ad una considerazione inerente al singolo autore, tale criterio consentirebbe, per vero, di soddisfare l'esigenza di un'adeguata 'personalizzazione' del giudizio ai fini della prognosi circa un'eventuale 'reiterabilità' da parte di quel medesimo soggetto di future condotte antiggiuridiche.

Ad un esame più attento, simili preoccupazioni, per quanto meritevoli di apprezzamento, finiscono, tuttavia, col rivelarsi non sufficientemente giustificate.

Specialmente in virtù di più recenti (e convincenti) impostazioni dottrinali, si può invero osservare come l'ottica generalpreventiva – di cui si tende sempre più a valorizzare profili ulteriori rispetto a quelli meramente dissuasivi e 'intimidativi' – non tollera di essere definita e resa operante a prescindere dal rapporto, invero assai stretto, con la stessa dimensione (non solo della colpevolezza, ma anche) della pena concepita in chiave di prevenzione speciale. Dice benissimo Giancarlo De Vero che "le norme incriminatrici si rivolgono in funzione preventiva ad una generalità di soggetti, non tanto allo scopo di intimidire, ma piuttosto per sollecitare l'acquisizione da parte di tutti e di ciascuno della *personale* consapevolezza" circa determinati comportamenti da ritenersi socialmente intollerabili; "quando poi un reato viene tuttavia commesso, l'applicazione e l'esecuzione nei confronti del singolo della pena già comminata... intendono semplicemente riallacciare e sviluppare più in concreto questo rapporto di stretta interlocuzione e responsabilità avviato dalla comunità statuale con i suoi componenti". Ne deriva, come logico corollario, che "la funzione rieducativa della pena – segnalata (appa-

rentemente solo) a questo punto dall'art. 27, comma 3, Cost. – ... rappresenta la naturale prosecuzione di un processo di *orientamento culturale ai valori* intrinsecamente unitario”, essendo dunque inammissibile, da questo punto di vista, postulare una sorta di ‘cesura’ – e tanto meno un’antinomia – tra i due profili in cui si esprime la tensione preventiva propria dell’ordinamento penale.

Ebbene, una volta che si condivida una simile chiave di lettura, sembra allora possibile arricchirne i contenuti ponendola a confronto – al fine di saggiarne il perdurante valore e significato – con le ‘aspettative’ suscettibili di essere ragionevolmente riferite all’insieme dei consociati, una volta che questi vengano indotti a ‘calarsi’ nella prospettiva teleologica connessa alle circostanze in cui il fatto ha avuto luogo, ed in base alla quale se ne dovrebbe valutare l’attuale rilevanza con riguardo alla decisione finale da assumere circa la sua punibilità. Al qual proposito, è bene precisare, d’altronde, che una siffatta verifica dovrebbe essere operata attraverso un giudizio riferito al singolo fatto, senza pretendere di collocarla in una più ampia ‘trama’ di valutazioni riportabili alla ‘condotta di vita’ del soggetto autore dell’illecito. L’attenzione nei riguardi dell’aspetto preventivo dovrebbe, in altri termini, trarre origine dal significato espresso da *quell* episodio, limitando, correlativamente, la valutazione prognostica entro un perimetro segnato dal suo stesso modo di presentarsi, ed assumendo, dunque, esclusivamente quest’ultimo ad indice sintomatico di una valenza apprezzabile (anche) in termini preventivi.

Un esempio, invero elementare, può servire ad illustrare più chiaramente – con particolare riguardo alla nostra tematica – un simile punto di vista. Si ipotizzi che un delitto di furto venga ad essere realizzato in circostanze di pur accentuata diffusione di fatti del genere (basti pensare ai furti in grandi magazzini o in mercati all’aperto, sovente presi a base di riferimento delle tematiche dell’esiguità). Ebbene, ove il profilo generalpreventivo venga ad essere apprezzato a livello di percezione sul piano (anche) ‘socio-culturale’ della rilevanza del fatto, niente potrà impedire che proprio il suddetto criterio di valutazione – una volta fatto interagire con le stesse dinamiche della prevenzione speciale – possa giocare a favore della scelta di decretare l’eventuale impunità dell’autore dell’illecito. Si immagini, a tale riguardo, che il furto (ad es. , la sottrazione di un indumento dal banchetto di un mercato) sia stato commesso da un soggetto ‘a corto’ di denaro, per fronteggiare i rigori di un gelido inverno. In un simile contesto, non sembra irragionevole ammettere che la condotta di quel soggetto difficilmente possa comportare, qualora rimanga impunita, una reazione sul piano sociale – valutabile, ad un tempo, in termini di prevenzione generale e speciale – suscettibile di tradursi in un atteggiamento di disapprovazione da parte della comunità: semmai, vi saranno buone ragioni per supporre che quest’ultima possa mostrarsi maggiormente disponibile a tollerare la rinuncia alla pena, in previsione, tra l’altro, della scarsa

possibilità che la predetta motivazione lasci sussistere timori in ordine alla stessa reiterabilità del fatto.

Il significato, sul piano sociale e istituzionale, di una mancata 'risposta' repressiva sembra davvero rappresentare, in casi del genere, il frutto di una 'sintesi' tra i suddetti profili preventivi, sì da confermarne ed asseverarne l'ispirazione di fondo; esso configura, per così dire, un 'precipitato' ulteriore del giudizio circa la necessità di una 'convalida' effettiva della minaccia penale, atteggiandosi, questa volta – e per l'appunto – non più alla stregua di un'esigenza connessa all'applicazione della pena, quanto invece quale base di legittimazione di una rinuncia alla medesima, nella misura in cui tale rinuncia si ponga in sintonia con lo stesso scenario teleologico espresso dalla singola vicenda propria di quel soggetto altrimenti punibile per il compimento dell'illecito.

8. *Rilievi in merito alla 'graduazione' dell'illecito*

L'esigenza di dare ingresso a valutazioni incentrate sulle funzioni della pena lascia emergere, a ben guardare, una visione dei presupposti della 'non punibilità' in grado di legittimare delle scelte meno condizionate da alcune limitazioni fino ad oggi (più o meno diffusamente) postulate.

A noi sembra, per vero, che, una volta che il teleologismo della sanzione venga a costituire oggetto di una 'rinnovata' verifica condotta alla luce della concretezza storica dell'accadimento, il giudizio circa l'irrelevanza del fatto debba – sia pure in parte – distaccarsi da una misurazione dell'illecito condotta alla stregua di una prospettiva 'gradualistica' del tipo di quella generalmente adottata nelle elaborazioni in materia. Certo: anche in queste è tuttora dibattuta la questione se tale graduazione debba essere operata, ponendo sullo stesso piano i singoli elementi dell'illecito, o se essa, viceversa, possa conciliarsi con una scala 'gerarchica' tra i medesimi – tale da far concludere, ad es., che, di fronte ad un'offesa esigua, 'conti meno' una colpevolezza che pur non lo sia, o che, all'opposto, di fronte ad una lesione non proprio esigua, poco conti una colpevolezza che pure lo sia (tranne i casi, talora posti in evidenza, in cui il grado della colpevolezza risulti davvero 'minimo', sì da controbilanciare in qualche modo il disvalore obiettivo del fatto) –.

E tuttavia, l'idea di privilegiare una siffatta 'aritmetica' del reato sembra, a ben guardare, trascurare la circostanza che il 'riesame' in concreto delle funzioni della pena si rivela difficilmente compatibile con una scelta volta ad ancorarlo ad un riscontro 'punto per punto' della consistenza dell'illecito.

Già si riconosce, per la verità, che, ai fini di un simile accertamento, i profili caratterizzanti il singolo episodio – non diversamente da quanto accade per la commisurazione della pena – si spingano oltre le 'componenti' in senso stretto

del reato (giungendo ad investire, ad es., anche le conseguenze ulteriori della condotta, per quanto non espressamente 'tipizzate').

Ma soprattutto: molto più importante e significativo appare il rilievo secondo il quale la considerazione dei fini della pena sembra postulare un'indagine svincolata da un percorso eccessivamente 'stringente' quale quello sovente ipotizzato. Per riprendere l'esempio di cui sopra: perché mai, in ipotesi, decretare la non punibilità allorché quell'indumento fosse apprezzato trenta euro, e non invece cinquanta, o cento? Fermo l'obbligo della restituzione e dell'eventuale risarcimento del danno, a che pro valutare diversamente il 'senso' di quel gesto, quale si coglie nell'aver agito sotto l'influenza di motivi *lato sensu* 'apprezzabili', e con la probabilità che il soggetto non avrà a ripeterlo? Se proprio si volesse parlare, in questo caso, di 'prevalenza' degli aspetti soggettivi del fatto sulla pura offesa patrimoniale, si potrebbe, invero, anche farlo: avendo ben chiaro, tuttavia, che non sarebbe comunque sensato richiedere una 'bassissima' o 'minima' colpevolezza secondo livelli di graduazione predeterminabili *in vitro*. Gli è, piuttosto, che, nella misura in cui i motivi e le circostanze della condotta paiano comunque dimostrare la 'caduta' di un'esigenza preventiva da perseguire mediante la pena, niente potrebbe ragionevolmente ostare ad un'eventuale rinuncia ad un verdetto di condanna.

Si pensi ancora, quanto al profilo inerente alle 'modalità' (in senso ampio) dell'illecito, ad un ritorno del soggetto, dopo pochi minuti, sul luogo dell'accadimento, con contestuale riconsegna della merce oggetto del furto, oppure alla dichiarata disponibilità a costituirsi ove la persona offesa non si ritenesse soddisfatta dal contegno riparatore. Risulterebbe arduo comprendere, di fronte ad un 'contesto' del genere, le ragioni per le quali non potrebbe comunque ammettersi la decisione di prescindere dal ricorso alla sanzione penale. Dice bene, a tale riguardo, una fine studiosa di simili tematiche quale Claudia Cesari: se la giustizia, senza smarrire il proprio ruolo e la propria vocazione, deve, tuttavia, sottrarsi ad una visione ciecamente 'oltranzista', è necessario comunque uscire "dall'orizzonte di un sistema penale superficialmente punitivo, per dare al reato risposte percepibili dai singoli e dalla collettività come soddisfattive degli interessi lesi, e quindi più efficacemente rieducative e ricostitutive del tessuto sociale e della stabilità dell'ordinamento, di quanto non sarebbe l'applicazione di una pena".

Un'eccessiva discrezionalità da parte del giudice? L'obiezione rischia di suonare paradossale. Il nostro sistema è per larga parte affidato a valutazioni discrezionali: come risulta, non soltanto dalle scelte inerenti alla commisurazione della pena, ma anche dall'ampia serie di modelli discrezionali in materia di attenuanti, di sospensione condizionale, di sospensione del processo con 'messa in prova', di soluzioni alternative alla condanna nell'ambito della 'giurisdizione di pace', per limitarsi ad alcune ipotesi particolarmente significative. Né può dimenticarsi come ai sensi del recente disposto di cui all'art. 131-*bis* c.p. tutt'altro che irrilevanti

appaiano alcuni effetti negativi (ci riferiamo soprattutto alle conseguenze civili) ricollegabili alla pronuncia di ‘tenuità’: conseguenze, per vero, da non pochi criticate, ma che potrebbero riacquistare una loro razionalità se poste a confronto con criteri assai meno rigidi e formalistici nel verificare la meritevolezza di una rinuncia alla pena.

E non basta: si può davvero ritenere che un preteso nitore ‘matematico’ nel ‘graduare’ singoli profili dell’illecito possa veramente impedire al giudice di fare ricorso ad una più ampia sfera di valutazioni discrezionali? Una disamina degli indirizzi in materia – quale quella svolta nel fondamentale studio di Paliero – mostra, in effetti, come questi abbiano sovente avvertito il bisogno di elaborare una ‘criteriologia’ a tal punto ricca ed articolata, da far supporre lo sforzo a tutto campo di fornire una ‘griglia’ anticipata rispetto alle mille e mille situazioni, per quanto (ed anzi, *proprio perché*) non facilmente preventivabili, che la prassi si trovi a dover gestire.

A ben vedere, il problema centrale non consiste, tuttavia, nel decidere se convenga o meno fare affidamento su simili direttive; esso consiste, invece, nel prendere atto, da un lato, della circostanza ch’esse non possono dar luogo ad un ‘catalogo’ definitivo e necessariamente vincolante, e, dall’altro – e soprattutto – del fatto che sarebbe incongruo pretendere di ‘ordinare’ gli elementi dell’illecito secondo una scala decrescente in cui poterli ‘classificare’ secondo misure rigorose. La realtà sembra essere diversa e non è fuori luogo insistervi ulteriormente; nella concretezza dell’episodio, anche un singolo aspetto teleologicamente significativo potrà giungere a ‘propagarsi’, per così dire, sul complesso della vicenda, in modo tale da conferirle una ‘luce’ favorevole nei riguardi del colpevole; così come, per converso, potrà ben configurarsi un profilo in concreto dell’illecito, pur esso influente sull’insieme della vicenda, ma con effetti, questa volta, sfavorevoli all’autore (si pensi, ad es., al furto di un oggetto esposto in una gioielleria, dal quale sia evincibile uno scopo di arricchimento patrimoniale meritevole di una ben diversa valutazione anche nell’ottica di una possibile ripetizione di gesti consimili). Anche un angolo di osservazione *prima facie* non esaustivo – ma al contempo particolarmente denso di significati – dal quale il fatto possa essere valutato potrà legittimare, insomma, una ‘comprensione’ (per dirla con un linguaggio caro al pensiero ermeneutico) del ‘senso’ dell’episodio in linea con un approccio teleologicamente ispirato ad una scelta di esclusione o meno della punibilità.

La sostanza dei rilievi che precedono sembra aver trovato, d’altronde – è opportuno infine ricordarlo – un avallo particolarmente autorevole in una recente presa di posizione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (cfr. le sentenze nn. 13681 e 13682 del febbraio 2016), la quale, benché collegata allo specifico regime della tenuità del fatto di cui al ‘nuovo’ art. 131-*bis* c.p. (ma, a ben guardare, particolarmente significativa proprio per la scelta di sottrarre tale disposto ad una

‘graduazione’ dell’illecito puramente astratta e formalistica), ha il merito di prospettare un modello generale di riferimento per la ‘vita’ futura dell’istituto. Davvero efficace si rivela in proposito la considerazione in base alla quale non sarebbe ammissibile riconoscere l’esistenza di “un’offesa tenue o grave *in chiave archetipica*”, posto che ad assumere valore decisivo sarebbe “la concreta forma di manifestazione del reato”: una manifestazione che, a differenza di quella evocata dalla “tradizione” incarnata dal “principio di offensività”, si porrebbe oltre la logica di una misura pur sempre agganciata alla “tipicità”, per estendersi alla globalità della vicenda “storica” – come tale comprensiva della colpevolezza che in essa s’incarna – fino a consentire di “valutarne complessivamente la gravità, e conseguentemente *il bisogno di pena*”. Né può dimenticarsi che il supremo organo giurisdizionale conclude il proprio esame affermando come l’eventuale bilanciamento tra gli elementi espressi dal “fatto storico” debba essere operato “*prudentemente*”, ossia, in buona sostanza, cercando di cogliere il significato dell’episodio al di fuori di vincoli cogenti nel soppesare le ‘grandezze’ a confronto.

9. *L’esiguità a confronto con i reati di pericolo ‘astratto’ e con determinate ‘soglie’ di rilevanza.*

La maggiore flessibilità delle valutazioni collegate alla materia in esame appare confermata, del resto – e sia pure da un angolo visuale di portata più circoscritta – dall’analisi di fenomeni ulteriori rispetto a quelli aventi ad oggetto le forme più ‘tradizionali’ di comportamenti antigiuridici.

In particolare, come testimonia il recente inserimento di una ‘clausola’ speciale di esiguità riguardo alla fattispecie-base di ‘false comunicazioni sociali’ (cfr. art. 2621-*bis* c.c.), il relativo giudizio viene addirittura a riferirsi ad elementi estranei alla dimensione ‘tipica’ del reato; vi si afferma, per vero (cfr. art. 2621-*ter* c.c.), che, nella verifica circa la tenuità del fatto, il giudice debba valutare – benché “in modo prevalente” (a conferma del carattere pur sempre discrezionale del relativo giudizio) – “l’entità dell’eventuale danno” cagionato alla società, ai soci o ai creditori, malgrado un siffatto nocumento non trovi alcun riscontro nel tenore della norma incriminatrice. D’altra parte, sarebbe poco plausibile ritenere che un simile parametro ‘esterno’ alla tipicità debba ritenersi operante entro i soli, limitati confini della particolare disciplina ora menzionata. Svincolandosi da una cieca obbedienza al vetusto brocardo *ubi lex voluit...*, è importante in questa sede evidenziare come tale logica ‘estensiva’ del giudizio d’ ‘irrilevanza’ assuma, in effetti, una sua innegabile portata con riguardo ad una ben più ampia serie di reati fondati sul pericolo, anche quando, in ipotesi, la legge venga a caratterizzare quest’ultimo in una dimensione ‘astratta’.

Non si allude unicamente alle situazioni in cui il 'grado' dell'illecito venga ad essere individuato 'all'interno' della stessa logica che presiede ad una simile astrazione – come nel caso, ad es., della pur significativa differenza tra una costruzione edilizia realizzata 'in difformità' dal relativo permesso e il fatto di averla eseguita nella totale mancanza di quest'ultimo –. Si tratta invece di rilevare come il profilo dell'esiguità possa venire affermato – nel solco di esperienze già in parte manifestatesi – anche alla luce di una valutazione meno condizionata dal carattere 'artificiale' e prodromico della tutela predisposta; se tali esperienze potevano suscitare perplessità, come già ricordammo (v., *retro*, § 3), alla luce del richiamo al criterio dell' 'offesa', esse si rivelano, in effetti, maggiormente compatibili proprio con una lettura della non punibilità ispirata ad una visione teleologica quale quella finora abbozzata. L'apprezzamento del significato dell'illecito in una prospettiva 'sinergica' con le dinamiche della sanzione sembra consentire, in altri termini, il ricorso al paradigma della tenuità andando a guardare – sì da poter eventualmente escluderlo o ridimensionarlo – il carattere 'concreto' del pericolo, e sia pure senza trascurare la presenza di circostanze ulteriori (per lo più 'indiziate' dalla stessa tenuità del pericolo), come ad es. un errore sul divieto assai vicino al margine dell'inevitabilità, assumendole quali elementi sintomatici dell'attuale mancanza della 'necessità' di una punizione.

Le osservazioni che precedono esigono, peraltro, di venire completate da un breve sguardo rivolto ad altri casi in cui la rilevanza del fatto risulti pur sempre determinata e 'fissata' mediante il richiamo ad una 'soglia' *standard* di punibilità, come accade in ambiti disciplinari i più diversi tra loro (tasso alcolemico nella circolazione stradale, soglie di evasione nei reati tributari, etc.). A tale riguardo – ed a parte le opinioni totalmente negative circa l'applicabilità dell'istituto – un certo credito va registrando la tendenza secondo la quale sarebbe necessaria una preliminare suddivisione tra le ipotesi in cui le soglie fungano da condizioni di punibilità, e quelle in cui esse, viceversa, attengano all'offesa tipica del reato; nel senso che, mentre, nel primo caso, non vi sarebbero, in linea di principio, argomenti in grado di escludere, alla luce del 'nuovo' art. 131-*bis*, il ricorso all'istituto della tenuità del fatto, nell'altro sarebbe necessario postulare, per riconoscere l'operatività della clausola, la presenza di *altri* indici di esiguità, dato che un'offesa che oltrepassi il valore della soglia difficilmente potrebbe, in quanto tale, essere considerata di scarso significato.

A noi sembra, in realtà, che la soluzione da adottare si presenti in certa misura antitetica rispetto a quella ora delineata.

In effetti, laddove si sia di fronte ad una soglia di rilevanza tale da dar luogo ad una condizione di punibilità, sembrerebbe che il fatto che alla condotta illecita venga ad affiancarsi una valutazione ulteriore da parte dell'ordinamento specificamente basata sull'evento condizionale, renda difficile far giocare quella soglia ai

fini del giudizio di esiguità. Ed anzi, se è vero, in particolare, che, come si evince dalle opinioni più accreditate, la condizione di punibilità si pone quale precipitato di una scelta politico-criminale tale da atteggiarsi obiettivamente a favore del colpevole (essendo il reato pur sempre esistente), parrebbe allora coerente ritenere che una scelta del genere impedisca, non solo di andare a ‘misurare’ il livello espresso dalla condizione medesima, ma anche di renderla eventualmente inoperante in virtù di un giudizio avente ad oggetto la rilevanza in concreto della lesione e/o di altri elementi propri dell’illecito. L’‘insistenza’ della scelta di punire sulla stessa condizione in quanto tale – ossia, come fenomeno pur sempre ‘aggiuntivo’ rispetto alle componenti del reato – sembra destinata, insomma, a preservarne il ruolo e il significato in guisa di parametro insuscettibile di ‘risentire’ di un ulteriore apprezzamento in grado di escludere l’intervento penale: con la conseguenza, in definitiva, che, nella misura in cui il reato risulti (pur sempre) integrato, la presenza della condizione – ci si perdoni il tautologismo – ‘condizionerà’ il riconoscimento *eo ipso* dell’esigenza di punirlo, a prescindere (non solo dall’‘entità’ propria del fattore condizionale, ma anche) dalla stessa gravità assunta dai contenuti dell’illecito, visto che la condizione si è per l’appunto verificata.

D’altra parte, anche ragionando alla stregua del disposto normativo di recente introduzione, non pare che il riferimento all’‘offesa’ possa suonare come un criterio decisivo per avvalorare la tendenza sopra ricordata. Ed invero, tale richiamo si presta ad essere interpretato, bensì nell’ottica di una verifica inerente al grado dell’offesa, ma sul presupposto, tuttavia, che non vengano in considerazione elementi che facciano dipendere l’*an puniendum* da valutazioni che ad essa risultino sostanzialmente estranee: nel qual caso, le dinamiche interne agli indici di esiguità sembrerebbero, in effetti, rese già *ab initio* ininfluenti, proprio in forza dell’inserimento di un requisito dal quale la punibilità venga fatta discendere una volta per tutte.

Piuttosto, ed al fine di sottrarre spazio a quella ben nota ‘truffa delle etichette’ – quale si nasconde dietro la tendenza a ‘contrabbandare’ per condizioni dei requisiti interni al reato – le conclusioni che precedono dovrebbero vieppiù contribuire a sviluppare delle scelte ermeneutiche volte a limitare la sfera di estensione degli eventi condizionali. La stessa disciplina sulla tenuità del fatto, da tale angolo visuale, sembra rappresentare un incentivo ulteriore verso un modo di concepire l’illecito che faccia a meno di valutazioni meramente ‘condizionali’, dato che queste rischiano di precludere quel sindacato da parte del giudice circa il significato dell’episodio, che si traduce nell’apprezzarne il disvalore in funzione della varietà dei contesti in cui esso venga concretamente a realizzarsi.

Certo: resta comunque il fatto che il modo di presentarsi delle soglie di punibilità – quand’anche esse vengano a gravitare sul piano dell’offesa – non renda sempre agevole ipotizzarne un grado ed una ‘misura’ suscettibili di condurre ad

un giudizio di esiguità. In effetti, se un esito del genere potrebbe ben delinearsi, in ipotesi, nel settore della circolazione stradale (come accade per il tasso alcolemico rilevante per la guida in stato d'ebbrezza, giusta quanto hanno asserito le stesse Sezioni Unite della Cassazione), assai più problematico parrebbe invece il riconoscimento di una siffatta esiguità nella materia, ad es., delle violazioni tributarie. Invero – ed anche a prescindere dal problema della ‘qualificazione’ della soglia (se, cioè, in chiave di elemento costitutivo o di condizione di punibilità) – del tutto convincente ci sembra una recente pronuncia dei giudici di legittimità (cfr. la sentenza n. 51020 del dicembre 2015), resa in occasione di un giudizio avente ad oggetto l'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 concernente l'omesso versamento dell'IVA; là dove, il Supremo Collegio, al fine di dissipare qualsiasi dubbio circa l'inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p., osserva come la rilevanza del fatto non possa essere desunta dal solo *quantum* di eccedenza rispetto al valore espresso dalla soglia, ma debba invece essere valutata in relazione alla somma complessiva sottratta all'imposizione fiscale, nella specie di ammontare particolarmente elevato. Né si può fare a meno di aggiungere come la fattispecie incriminatrice (a parte un'eventuale verifica circa l'‘abitudine’ o meno dell'illecito, nel nostro caso, peraltro, ritenuta esistente) difficilmente potrebbe prestarsi ad una valutazione riferita alle modalità della condotta, visto e considerato che l'atteggiarsi di quest'ultima in termini di pura omissione condurrà, quanto meno, a ridurre la possibilità di estrapolare dalla concretezza storica della vicenda una maggiore ricchezza delle dinamiche comportamentali attraverso le quali l'episodio si sia andato manifestando.

10. *Alcune critiche alla recente disciplina: in particolare, il ‘declassamento’ della colpevolezza e l'oblio dei rapporti con la prevenzione*

La trattazione delle tematiche afferenti alla non punibilità dei fatti ‘esigui’ non può tuttavia esimere, giunti a questo punto, da alcune considerazioni ulteriori circa la disciplina recentemente introdotta nel nostro sistema grazie al d.lgs. n. 28 del 2015 attuativo della legge-delega n. 67 del 2014.

A tale riguardo, pare difficile negare come – in sostanziale difformità rispetto alle direttive sinora abbozzate – la normativa in questione si dimostri assai poco sensibile alla dimensione teleologica della sanzione penale. Non soltanto, il momento preventivo dell'intervento penale appare invero del tutto assente dalla formula adottata dal legislatore; ma, soprattutto, tale sostanziale irrilevanza pare confermata dalla scelta di incentrare il giudizio, non più sull'‘occasionalità’ del fatto (come nelle precedenti esperienze normative attinenti al processo minorile e alla giurisdizione di pace), quanto invece sulla sua ‘non abitudine’.

L'adozione di una scelta del genere, secondo Francesco Caprioli, sarebbe dovuta alla ragione di fondo che "il riferimento alla non abitualità" avrebbe "il pregio di rendere più stringente il presupposto legato al carattere seriale delle condotte criminose", e di evitare, per ciò stesso, di immettere "nel circuito valutativo giudizi inevitabilmente caratterizzati da imprevedibilità ed arbitrarietà". In una prospettiva sostanzialmente analoga, non sono pochi a rilevare, d'altronde, come il mutamento della formula presenterebbe il vantaggio di una minore 'spendita' di energie processuali rispetto a quelle altrimenti necessarie per sondare e decifrare la predetta 'occasionalità' del fatto.

Rinviando ad un momento successivo per un cenno critico a tali posizioni, si deve tuttavia osservare come ancor meno convincente si riveli l'ulteriore considerazione – che pure vi risulta talora affiancata – secondo la quale il riferimento all'occasionalità implicherebbe una soluzione più restrittiva in ordine al riconoscimento della causa di non punibilità. In realtà, la *logica dei precedenti* penali (o comunque della sussistenza di altri fatti ascrivibili all'autore) – quale si rinviene nella recente disciplina – potrebbe non di rado sfociare in esiti meno favorevoli rispetto a quelli desumibili dal richiamo all'occasionalità'. Grazie a questa, in effetti, una sanzione d'irrelevanza potrà ben scaturire dal più ampio spazio accordato a valutazioni in chiave prognostica, sia pur desunte da quelle caratteristiche del singolo illecito, che appaiano sintomatiche del venir meno degli scopi della sanzione. Anzitutto, come nota opportunamente Serena Quattrococo, l'occasionalità del fatto lascia emergere una valutazione in chiave 'sinergica' con il profilo della colpevolezza, nonché – sarebbe il caso di aggiungere – con quello delle modalità della condotta, in cui la prima tende a riflettersi: un tipo di valutazione, per di più, che, nel 'guardare' al fatto commesso, ben si presta a coglierne la 'proiezione' verso il futuro, se si vuole fare sul serio con l'idea secondo la quale le logiche della prevenzione – come abbiamo notato in precedenza – non possono essere fatte 'orbitare' in un universo separato dall'idea di scopo' che illumina lo stesso fondamento dell'illecito. Così, un processo di motivazione meno riprovevole (si pensi, ad es., ad un furto, pur commesso da un soggetto già autore di un reato analogo, ma dovuto 'occasionalmente' alla perdita del lavoro a causa di licenziamento) non dovrebbe precludere un atteggiamento di favore nei confronti dell'agente, dal momento che il significato sotto il profilo sociale che deve animare le logiche della prevenzione (generale e speciale) mal sopporta che il 'senso' dell'episodio venga colto al di fuori di una valutazione negativa circa il ricorso alla pena *nello specifico contesto inerente* al fatto da giudicare.

Privilegiando, viceversa, il profilo dell'abitualità, il rischio che si prospetta è quello di finire col ripiegare su irragionevoli 'automatismi' nel delineare i presupposti della non punibilità, in funzione di un'ottica deflattiva – o viceversa, di reiezione della medesima – operante 'alla cieca': un'ottica, d'altronde, che sembra

emergere già in partenza dal richiamo alle arcaiche (e francamente odiose) ipotesi normative – oltre tutto informate ad una logica ‘eccentrica’ rispetto alla *ratio* dell’istituto, quale quella della pericolosità sociale – concernenti l’abitudine e professionalità nel reato, nonché la tendenza a delinquere. Vero è che si è talora ritenuto, sia pure con più specifico riguardo all’ipotesi della commissione di “più reati della stessa indole”, che questi ultimi debbano formare, questa volta, oggetto dello stesso procedimento in corso, sì da renderne evidente il carattere ‘seriale’, al di fuori di un’eventuale recidiva o comunque di precedenti giudiziari (altrimenti) ostativi. E tuttavia, a parte la difficoltà di giustificare tale conclusione, del resto già smentita dalla giurisprudenza, alla luce del dettato normativo (invero, di tenore assai più ampio e generico), e l’ulteriore ostacolo rappresentato dalla tendenziale ‘sovrapposizione’ che ne deriverebbe con il successivo richiamo della norma alle condotte ‘reiterate’, resta il fatto che niente impedisce che la pretesa ‘serialità’ degli episodi non implichi punto il loro iscriversi in un quadro di circostanze omogeneo, non solo sotto il profilo temporale, ma anche sotto quello delle caratteristiche peculiari del singolo accadimento; il che, lo si ripete, viene a contrastare con la possibilità – qui più volte sostenuta – di attribuire all’illecito un connotato d’irrelevanza, quand’anche l’autore abbia realizzato fatti analoghi ma in ‘contesti’ diversi per le modalità complessive della vicenda e per il tipo di atteggiamento tenuto dal soggetto nel corso del suo svolgimento. Né le cose vanno meglio, allorché si abbia riguardo all’esclusione della tenuità del fatto in presenza di condotte “plurime e reiterate”; là dove, oltre ai profili critici finora evidenziati, si pone la questione di come giustificare una scelta che addirittura prescinderebbe dalla medesima ‘indole’ degli illeciti, e dunque, in ipotesi, anche da quella dimensione sostanziale fondata sulla “natura dei fatti” e dei “motivi” alla base di questi (cfr. art. 101 c.p., seconda parte) che potrebbe, quanto meno, sottrarre il giudizio, come ha osservato Francesco Palazzo, alla pura e semplice constatazione dell’esistenza di una pluralità di reati.

Ciò detto, è interessante domandarsi, tuttavia, quale significato debba attribuirsi al richiamo da parte del suddetto art. 131-*bis* (con riferimento all’‘offesa’) all’*intero* primo comma dell’art. 133 c.p. – come tale comprensivo dell’intensità del dolo e del grado della colpa – visto e considerato il tendenziale orientamento in chiave ‘oggettivista’ della figura in questione: un orientamento che dovrebbe emergere, per vero, dall’indicazione, come parametri rilevanti per il riconoscimento di un fatto esiguo, dei soli requisiti, da un lato, delle “modalità della condotta”, dall’altro, dell’entità del “danno o del pericolo”. Al fine di poter spiegare la scelta adottata dal legislatore, non mancano coloro che pongono in correlazione i suddetti momenti psicologici con le stesse modalità della condotta, nel senso che queste, per il fatto stesso di incarnare il ‘disvalore d’azione’ proprio dell’illecito, verrebbero a modellarsi (anche) in funzione dell’atteggiamento dolo-

so o colposo che in esse troverebbe pur sempre un significativo riscontro: una tesi, peraltro, che – stando alle affermazioni dei suoi sostenitori – potrebbe venire condivisa, soltanto ammettendo (sulla scia di una diffusa opinione) che il dolo e la colpa debbano venire ‘incardinati’ nello stesso *fatto* (tipico), sì da permettere di valutarne il significato in una dimensione avulsa dal giudizio, da tenersi ben distinto, concernente il rimprovero di colpevolezza.

A voler interpretare la norma in un’ottica del genere – e pur senza contestare l’influenza del dolo e della colpa sulle modalità di estrinsecazione dell’illecito – sembra, tuttavia, delinearci il rischio, non solo di ‘amputare’ arbitrariamente il dolo e la colpa cui si riferisce l’art. 133 della loro dimensione ‘soggettiva’, ma anche di pervenire, ancora una volta, ad una visione ‘monca’ e riduttiva del collegamento del fenomeno in esame con il finalismo proprio della sanzione. Ed in effetti, quel ben noto contrasto, ad es., dell’atteggiamento doloso con lo scopo di tutela dei beni giuridici – come tale destinato a mettere consapevolmente in discussione gli stessi obiettivi propri dell’ordinamento penale – sembra imporre di valorizzarne il ruolo e il significato anche sul piano della colpevolezza e dei relativi ‘gradi’ d’intensità; e non è un caso, in effetti, che uno studioso quale Claus Roxin, proprio al fine di accentuarne la connessione, in chiave politico criminale, con le esigenze preventive, sottolinei come soltanto in questo modo risulti possibile valutare la ‘gravità’ del dolo, sia quanto al suo livello d’intensità, sia nei riguardi dell’addebito colposo: soltanto alla luce di un “sistema teleologico” in grado di esprimere il senso della pena, nel suo fondamento e nella sua misura, il dolo – una volta ricondotto alla sfera della colpevolezza – potrà giungere a rispecchiare il modo di porsi dell’agente verso gli interessi protetti, facendo sì che la sua sostanza psicologica venga a coniugarsi con quel più ampio orizzonte prospettico, in cui la considerazione degli scopi che ne qualificano la rilevanza possa venire compiutamente apprezzata. Per concludere con le parole dell’illustre Autore: l’indifferenza, anche in questa materia, verso il teleologismo della sanzione rischia di tradursi, non soltanto in una “chiusura alla politica criminale” – come tale foriera di vacue “astrazioni” concettuali – ma, “ancor più in generale, in un disinteresse per le particolarità del caso concreto, dunque nel fatto che la certezza del diritto venga in molti casi raggiunta a scapito della giustizia”: e come negare, in effetti, che proprio la colpevolezza – dolosa o colposa – possa e debba illuminare quella ‘concretezza’ del giudizio quale si coglie emblematicamente nella verifica circa lo ‘spessore’ del rimprovero necessario per poter giustificare il ricorso alla pena?

11. *Sul rispetto della presunzione d'innocenza. Una proposta finale*

Le considerazioni finora svolte, come si era del resto preannunciato, recano impressa l'esigenza di decifrare la vicenda oggetto del giudizio, in termini tali da far apparire meno 'assillante' l'obiettivo puramente 'efficientistico' insito in un intervento deflattivo libero da intralci e da verifiche rigorose. Ed invero, a parte la considerazione che già lo stesso limite 'edittale' della sanzione prevista per poter accedere ad un giudizio di 'tenuità' rappresenta un ostacolo di non poco momento (per di più, in quanto fondato sul massimo e non invece sul minimo della pena, fortemente criticabile) rispetto ad un simile programma di 'snellimento' processuale, non è un caso che gli stessi artefici della riforma abbiano più volte sottolineato come, in realtà, l'istanza politico-criminale dell'*ultima ratio*, insieme al fondamentale principio di proporzione dell'intervento punitivo, dovrebbero considerarsi come le vere e proprie fonti di legittimazione dell'istituto in esame. Né può trascurarsi la circostanza che, a pena di vedere compromessa la garanzia fondamentale della presunzione d'innocenza – in violazione, non solo dei principi costituzionali, ma anche delle statuizioni, particolarmente esigenti, desumibili dalla Convenzione europea sui diritti umani – la pronuncia emessa in base alle previsioni di nuovo conio non potrà comunque prescindere da una verifica di fondatezza dell'addebito penale, trattandosi di decretare la non punibilità di un fatto pur sempre costitutivo degli estremi di un reato.

Facere de albo nigrum – pervenendo ad un 'oscuramento' artificioso delle componenti dell'illecito – non è dunque ammissibile, né su di un piano puramente razionale, né, ed è ciò che più conta, dal punto di vista costituzionale e politico-criminale; in particolare, con riguardo a quest'ultimo profilo, lo 'strumento' predisposto per limitare l'intervento penale è destinato a iscriversi all'interno del sistema sulla base di motivazioni differenti da quelle che presiedono alla constatazione o meno dell'esistenza di un reato, onde sarebbe improprio e mistificante assumere la 'non punibilità' come rimedio e surrogato rispetto al compito di procedere ad una verifica preliminare circa gli stessi requisiti da cui tale scelta dipende.

Una scelta – non è fuori luogo ribadirlo – che, al fine di non lasciare nell'ombra il problema fondamentale di come possa concepirsi un illecito provvisto di tutti i suoi requisiti, ma al contempo privo di sanzione, non potrà fare a meno di attribuire rilevanza alle stesse finalità della pena, sì da poter 'leggere' nell'episodio un'effettiva 'contraddizione' tra le predette finalità e le caratteristiche con cui esso è venuto a presentarsi: una 'dialettica negativa', insomma, che spetta al giudice concretamente decifrare, in modo tale da non far apparire inspiegabile – e questa volta davvero, priva di scopo! – l'interruzione di una 'sequenza' altrimenti destinata a svilupparsi verso i suoi epiloghi naturali. Semmai, e diversamente dalla formula (rinvenibile nell'esperienza comparatistica, e sostan-

zialmente condivisa, tra gli altri, nel Progetto Grosso) volta a stabilire che “non” debbano sussistere esigenze di carattere preventivo, sarebbe forse consigliabile – allo scopo di non ‘dissociare’ il significato dell’illecito dal teleologismo della sanzione, e di evitare, per di più, che mere esigenze di difesa sociale possano inquinare la corrispondente opera di ‘selezione’ – far seguire all’indicazione dei presupposti del fatto esiguo il richiamo alla circostanza che quest’ultimo sia tale da indurre a far ritenere insussistenti le finalità proprie della sanzione. Così, potrebbe stabilirsi, ad es., che la punibilità resti esclusa “quando il reato, avuto riguardo alle circostanze concrete in cui è stato commesso, presenti, sul piano oggettivo e sotto il profilo della colpevolezza, un contenuto esiguo anche in relazione alla constatata mancanza delle esigenze preventive connesse all’applicazione della pena”.

SERENA QUATTROCOLO

L'ALTRA FACCIA DELLA MEDAGLIA: L'IMPATTO DELLA PARTICOLARE
TENUITÀ DEL FATTO SUL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 0. Un cenno introduttivo. – 1. Un breve sguardo alla delega. – 1.1. Necessità di un nuovo motivo di archiviazione. – 1.2. Novità nel procedimento di archiviazione e riflessi sulla disciplina del casellario giudiziale. – 1.3. Capacità accertativa e natura della pronuncia di particolare tenuità. – 1.4. L'applicazione dibattimentale. – 1.5. L'efficacia extrapenale del giudicato di tenuità. – 2. La novella in uno sguardo di insieme. – 2.1. Principali profili che rischiano di rendere ineffettiva la riforma. – 3. Uno sguardo oltre.

0. *Un cenno introduttivo*

La riflessione critica su un testo normativo – che rappresenta negli ordinamenti di *statutory law* il genere di letteratura giuridica più diffuso – si contraddistingue per un'impostazione sistematica attraverso la quale si tenta di valutare la congruità di insieme di una riforma. In Italia almeno, ciò porta frequentemente – soprattutto negli ultimi anni – a denunciare la scarsa qualità del prodotto legislativo, il quale, non di rado, è pure frutto di un ingiustificato ricorso alla normazione d'urgenza.

La recente novella in materia di particolare tenuità del fatto è stata ampiamente passata sotto la lente critica, attraverso un'analisi meticolosa dei suoi numerosi innesti processuali. Sarebbe superfluo, in questa sede, riproporre un'esegesi completa che, per un verso, nulla riuscirebbe ad aggiungere alle attente osservazioni da altri già formulate e, per altro verso, non potrebbe contare su un sufficiente apparato giurisprudenziale, essendo questo ancora troppo scarno per poter confermare o screditare certe opzioni interpretative offerte in dottrina.

Può avere qualche significato, allora, provare a leggere la novella non soltanto “da dentro” le sue disposizioni, ma anche “da fuori”, tentando, cioè, di esplorarne la portata sul piano degli assetti generali dell'attuale giustizia penale italiana.

1. *Un breve sguardo alla delega*

Il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, infatti, non ha come precipuo obiettivo quello di espellere dai confini della giustizia penale alcune specifiche condotte. L'obiettivo,

avuto di mira sin dalla legge di delegazione, è stato il mantenimento dei confini della sfera di rilevanza penale – come sopra sottolineato – attraverso l’inserimento di un meccanismo di *astensione dal processo*, ma non di *astensione dal procedimento*.

Il procedimento penale, quindi, risulta, nella riforma italiana di recente introduzione, lo strumento necessario per l’attuazione di un approccio gradualistico al reato. Il tema è stato affrontato con maestria nel contributo precedente, da Giovannangelo De Francesco, e nulla si potrebbe qui aggiungere. Si deve tuttavia partire proprio da questo punto per riflettere sulle modalità con le quali è stata attuata la graduazione della risposta penale¹ rispetto alle ipotesi di manifestazione più tenui del fatto criminoso².

Tra le righe della novella si intravede la trama di un lavoro dall’impianto organico, quello impostato dalla Commissione ministeriale incaricata di predisporre un testo di attuazione della delega. Negli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. 28/2015 si realizza il tentativo di incastonare la nuova causa di non punibilità nei vari snodi del procedimento, in ragione del suo possibile emergere differito, nonché nella cornice più ampia dei rapporti tra processo penale e giudizi extrapenalici, che possono derivare da un accertamento giurisdizionale di particolare tenuità del fatto. Tali disposizioni si occupano, per un verso, delle prospettive legate al contesto extrapenale, rispetto al quale occorre, per esplicita previsione della legge di delega, salvaguardare – o, quantomeno, non inibire *in toto*, sulla base della declaratoria di particolare tenuità del fatto – gli interessi e le *chances* risarcitorie del danneggiato. Per altro verso, di quelle legate all’esigenza di “tracciare”, di documentare le pronunce di tenuità, per escluderne una ingiusta proliferazione, attraverso l’iscrizione nel casellario delle relative decisioni.

Nonostante una premessa organica, le soluzioni poi concretamente adottate per calare la nuova causa di non punibilità sul tessuto del procedimento penale non paiono armoniose, perché tra loro non omogenee e perché, sotto certi profili, spropositate, nelle loro ricadute, rispetto agli obiettivi posti dalla delega. Non è forse esagerato, in un’ottica provocatoria, affermare che quanto ai sensi della legge delega avrebbe dovuto essere fatto, non è stato concretamente raggiunto, mentre tutto ciò che è stato fatto non era, in fondo, richiesto dalla l. 67/2014... I rapporti tra legge di delegazione e testo delegato sono stati già altrove analizzati³ e, in

¹ In primo luogo, la graduazione risponde a una esigenza di eguaglianza formale e sostanziale, perché si preoccupa di individualizzare la risposta penale: M. DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 77.

² Che costituisce una «entità a scalare»: F. POMANTI, *Esiguità ed irrilevanza nella concezione gradualistica del reato*, Roma, 2012, p. 7.

³ Volendo, S. QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino, 2015, pp. 97 ss.

questa sede, la provocazione può servire soltanto come chiave di lettura di certe incongruenze delle soluzioni adottate. Seguendo il filo che si dipana lungo il procedimento, infatti, si può ben visualizzare una tendenza ondivaga dell'intervento legislativo, che non ne ha certo rafforzato la coerenza.

1.1. *Necessità di un nuovo motivo di archiviazione*

Il primo intervento sul tessuto del procedimento penale consiste nell'introduzione di una nuova ipotesi di archiviazione per particolare tenuità del fatto, accompagnata da un sub-procedimento specifico. La scelta di rendere esplicitamente rilevante la nuova causa di non punibilità già nella fase delle indagini preliminari risponde a una logica, se pur dogmaticamente non ineccepibile⁴, condivisibile sotto alcuni profili. Innanzitutto, è evidente il vantaggio in termini di decongestione dei ruoli. Emerge qui la ricordata trama organica che aveva guidato i primi passi del legislatore delegato, attenta a fare del nuovo istituto, sì, uno strumento di alleggerimento del carico penale, ma non un arnese forzatamente deflativo: un nuovo motivo di archiviazione che, sin dal termine delle indagini preliminari, consente – scartate tutte le altre ipotesi archiviatorie più favorevoli (v. *infra*, nonché *sub* § 1.4) – di porre termine al procedimento penale in ragione del riscontro dei parametri indicati nell'art. 131-*bis* c.p. Inoltre, la previsione raccoglie, normativizzandolo, l'esempio concreto fornito dalla giurisprudenza⁵ che tende ad anticipare la rilevanza di certe cause di non punibilità, assumendole come ostacoli all'esercizio dell'azione penale⁶ e finendo altresì per ricomprendere – a fronte di un atteggiamento restrittivo della dottrina⁷ – nel meccanismo di dichiaratoria immediata *ex* art. 129 c.p.p., anche talune cause di non punibilità in senso tecnico⁸ che, invece, nonostante la rubrica della disposizione, non vi sono annoverate.

⁴ M. DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto fra velleità deflative ed equilibrismi procedurali*, in S. Quattrocolo (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, p. 42.

⁵ *Ex multis*, Cass., sez. V, 15 febbraio 2005, n. 25155; Cass. VI, 6. dicembre 2012, Ricciardi, rv 254104.

⁶ R. BARTOLI, *L'esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 670.

⁷ Cfr. L. SCOMPARIN, *Cause di non punibilità*, *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 225; E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo (... ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e dichiaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 6.

⁸ Corte di cassazione, Ufficio del massimario, Rel. n. III/02/2015, in www.cortedicassazione.it, pp. 4 ss. V. A. NAPPI, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, edito nelle more della pubblicazione del presente fascicolo, p. 3.

Da tale duplice orientamento si sarebbe potuta derivare, forse, una “naturale” sufficienza degli indici di particolare tenuità ai fini dell’inazione, sotto l’egida della generale clausola degli artt. 408 c.p.p. e 125 n.att.c.p.p., di inidoneità degli atti a sostenere l’accusa in giudizio⁹. Del resto, la semplice previsione di una causa di non punibilità nell’art. 131-*bis* c.p. avrebbe di per sé inibito, opportunamente, l’applicazione sia di misure pre-cautelari, *ex art.* 385 c.p.p.¹⁰, sia di misure cautelari, *ex art.* 273, comma 2, c.p.p., nei casi connotati, appunto, da particolare tenuità.

L’opzione prescelta, certamente apprezzabile sotto il profilo della maggiore tassatività delle previsioni processuali, si contraddistingue soprattutto per lo speciale regime applicativo, regolato dal nuovo comma 1-*bis* dell’art. 411 c.p.p. L’obbligo di dare avviso della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto sia alla persona offesa¹¹, sia alla persona sottoposta alle indagini sembra rappresentare il cuore della nuova normativa, che la contraddistingue, appunto, dalle ipotesi “generali” di archiviazione. Purtroppo, come già segnalato¹², la formulazione normativa ingenera, senza risolverli, numerosi dubbi interpretativi, in buona parte collegati al significato della partecipazione dei soggetti coinvolti.

1.2. *Novità nel procedimento di archiviazione e riflessi sulla disciplina del casellario giudiziale*

In primo luogo, nella costruzione di un meccanismo simmetrico tra ‘sospettato’ e offeso, il potere di opposizione della persona sottoposta alle indagini ha finito per rappresentare sì uno spazio di interlocuzione dell’interessato rispetto alle conseguenze, per certi versi gravose, della dichiarazione di particolare tenuità del fatto, senza tuttavia costituire un potere ostativo, che faccia prevalere la volontà di quest’ultimo sulla richiesta del p.m. Dette conseguenze della declaratoria *ex art.* 131-*bis* c.p. discendono dalla natura *lato sensu* accertativa delle diverse pronunce di tenuità. Riprendendo, infatti, quanto già affermato nel precedente saggio, si

⁹ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, Riv. trim., 2015, 2, p. 97.

¹⁰ V. L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in AA.VV., *Il nuovo volto della giustizia penale*, Milano, 2015, p. 261, la quale sottolinea, allo scopo, la necessità di un forte coordinamento tra pubblico ministero e polizia giudiziaria.

¹¹ Come già sperimentato in relazione ai delitti con violenza alla persona (art. 408, comma 3 *bis*, c.p.p.): v. tuttavia il d.lgs. 212/15, che, in relazione all’informazione sulla evasione o liberazione dell’indagato/imputato (art. 90-*ter* c.p.p.) ha mantenuto la condizione della previa richiesta da parte della persona offesa.

¹² E. MARZADURI, *L’ennesimo compito arduo*, cit., pp. 8 ss.; P. BRONZO, *Interrogativi sull’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *www.lalelgislazionepenale.eu*, 21 settembre 2015, pp. 1 ss.

sottolinea come il meccanismo di non punibilità¹³ in questione operi al di sopra del confine della tipicità, selezionando fatti sussistenti, effettivamente commessi dall'indagato/imputato, illeciti, altrimenti punibili. Ancora una volta, come già per certi riti alternativi "classici", la plausibilità e la funzionalità dell'istituto dipendono dal tasso di capacità accertativa da riconoscersi al provvedimento terminativo. Tuttavia, averne anticipato l'applicazione alla fase delle indagini preliminari determina qualche tensione sotto questo profilo. Infatti, se in ragione di quanto appena ricordato, il p.m. deve orientarsi verso la richiesta di archiviazione per particolare tenuità soltanto quando gli altri motivi siano esclusi e l'unica possibile alternativa sarebbe l'esercizio dell'azione penale, due corollari emergono chiaramente. In primo luogo, il provvedimento *ex art.* 411, comma 1-*bis*, c.p.p. si colloca al livello più basso della classifica di appetibilità dei motivi di archiviazione, lasciando sullo sfondo un *quantum* di responsabilità dell'indagato. In secondo luogo, è certamente inconfutabile che il provvedimento di archiviazione non può avere una piena efficacia accertativa di quella responsabilità¹⁴, rendendo dubbie le modalità con le quali vada conservata la memoria di tali provvedimenti¹⁵. Infatti, anche nell'ottica promossa dalla giurisprudenza costituzionale, che riconosce un valore preclusivo a tale decreto¹⁶, rimane ferma la sua natura *rebus sic stantibus*.

Ne consegue, in relazione al primo corollario, il dubbio che all'indagato debba essere garantito uno strumento più efficace di opposizione alla 'subdola' archiviazione¹⁷ per particolare tenuità dell'offesa¹⁸. Stanti, tuttavia, le caratteristiche proprie della pronuncia di archiviazione, l'inedito meccanismo oppositivo va letto non rispetto alla presunta capacità di precedente vincolante dell'archiviazione per particolare tenuità, bensì alla necessità di offrire all'indagato la *chance* di una formula archiviatoria più favorevole¹⁹.

Ciò si collega direttamente con il secondo corollario, poiché pare davvero difficile accettare la soluzione interpretativa che ritiene il decreto di archiviazione

¹³ Del resto, la non punibilità, in senso lato, «è una categoria funzionale ed esterna alla teoria del reato in senso stretto, nel senso che riguarda vicende successive alla realizzazione del reato»: M. DONINI, *Tecniche*, cit., 89.

¹⁴ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 100.

¹⁵ Per una panoramica sulle problematiche collegate, v. C. CARRILLO, *L'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi*, cit., pp. 129 ss.

¹⁶ C. cost., sent. 19 gennaio 1995, n. 27.

¹⁷ Sottolinea l'estraneità della nuova ipotesi al tessuto dell'art. 411 c.p.p., A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in www.pemale-contemporaneo.it, p. 4.

¹⁸ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. § 100: «non può certamente bastare la modesta interlocuzione preventiva assicurata all'indagato dall'art. 411 comma 1 *bis* c.p.p. per vincere la presunzione costituzionale che lo vuole non colpevole del fatto addebitatogli».

¹⁹ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 101.

applicativo della nuova causa di non punibilità iscrivibile nel casellario giudiziale²⁰. Lo stesso riferimento testuale contenuto nell'art. 2 lett. f d.P.R. 313/2002 richiama i «provvedimenti definitivi», tra i quali il decreto non sembra potersi inserire; sul piano linguistico, quindi, la laconicità dell'intervento di novellazione sembra escludere un simile risultato, sebbene la stessa previsione del Testo unico non eccella per chiarezza, laddove dopo la richiamata locuzione 'provvedimenti definitivi', fa riferimento al non luogo a procedere per non imputabilità. Del resto, l'iscrizione di un decreto di archiviazione è ipotesi così anomala nel panorama giudiziario italiano, da richiedere una interpolazione molto più precisa e inequivocabile da parte del legislatore. Una più precisa formulazione avrebbe evitato speculazioni circa la funzione della inedita iscrizione, assicurandone l'armonioso inserimento nel tessuto normativo. Per un verso, infatti, è chiaro lo scopo perseguito: garantire la piena "tracciabilità", da parte di tutti gli uffici giudiziari del territorio, del provvedimento che applica la nuova causa di non punibilità, per scongiurarne un'indebita reiterazione. Per altro verso, non deve riconoscersi a tale iscrizione altro valore che quello "contabile"²¹, appena evocato: l'atto di iscrizione nel casellario del decreto di archiviazione o della sentenza di non luogo a procedere per particolare tenuità non può avere l'effetto di "trasfigurare" le caratteristiche del provvedimento riportato²². Il decreto di archiviazione non può che rimanere un'attestazione, allo stato degli atti, della sussistenza di uno specifico motivo di astensione dall'esercizio dell'azione penale, non accertativo della sussistenza dei fatti indicati nella notizia di reato, ma meramente indicativo della non infondatezza della medesima. Certo, non può escludersi il rischio che il ricorso alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto nasconda una incompletezza delle indagini²³ che, se opportunamente sviluppate, potrebbero portare ad altro, più favorevole esito liberatorio per l'indagato. Tale rischio va scongiurato rigettando, poiché contraria alla logica che ispira l'intera disciplina del procedimento penale, l'ipotesi, pur prospettata da una recente pronuncia di legittimità²⁴, secondo la quale del fatto tenue «deve essere disposta l'archiviazione, a prescindere da un accertamento di responsabilità»²⁵. Tale lettura finirebbe per privilegiare il mero aspetto deflativo dell'istituto, con effetti assolutamente inaccettabili – sotto il profilo della sua non reiterabilità – per colui che, ad esempio, sia stato del tutto strumentalmente, ma ripetutamente querelato. Impedire lo scate-

²⁰ A. SCALFATI, *Intervento*, Convegno ASPP, 2 luglio 2015.

²¹ L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 240.

²² A. NAPPI, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità*, cit., p. 6.

²³ P. BRONZO, *Interrogativi*, cit., p. 3; L. PARLATO, *Il volto*, cit., p. 241.

²⁴ In termini simili anche in dottrina: C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *www.archiviopenale.it*, 2005, p. 4.

²⁵ Cass., sez. V, 2 luglio 2015 (dep. 11 febbraio 2016), n. 5800, in *www.cortedicassazione.it*.

narsi del processo in relazione a fatti tenui è certamente lo scopo perseguito dalla riforma, ma non può non riconoscersi che, a monte, tale scatenamento è impedito dalla infondatezza della notizia di reato. Se è vero che, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, si arriverà comunque all'esito archiviatorio, ammettere che si richieda l'archiviazione per tenuità, anziché per infondatezza della notizia di reato, significa, anche alla luce dei ricordati rapporti tra tenuità ed offensività, rinunciare al rispetto fondamentale del principio di legalità. Da tempo, del resto, è stata riconosciuta nel principio di completezza delle indagini la chiave per l'effettivo rispetto della garanzia sancita dall'art. 112 Cost.²⁶. Ferma, quindi, la necessità che il p.m. indagli sul *fumus* della notizia reato, ai fini della tutela dell'interesse dell'indagato al miglior titolo di archiviazione presiede la prevista possibilità di opposizione della persona sottoposta alle indagini alla richiesta di archiviazione, che sembra costituire adeguato rimedio "preventivo" rispetto al rischio di affrettate archiviazioni per tenuità di fatti magari insussistenti.

1.3. *Capacità accertativa e natura della pronuncia di particolare tenuità*

Sulla scorta dei rilievi appena segnalati, la riflessione si è ampiamente concentrata sull'opportunità di subordinare tutte le pronunce di particolare tenuità al consenso espresso dell'indagato/imputato, per via del non irrilevante pregiudizio che può derivare, in termini variabili, dalle diverse pronunce *ex art. 131-bis c.p.* Come appena ricordato, l'atteggiamento del legislatore in materia non è univoco, prevedendo soltanto un inedito potere di intervento dell'interessato, non ostativo, a fronte della richiesta di archiviazione, e la possibilità di opposizione alla pronuncia del proscioglimento pre-dibattimentale, anch'essa potenzialmente iscrivibile nel casellario, ma priva di efficacia extra-penale.

Nessun tipo di "contromisura" si prevede rispetto ai provvedimenti di tenuità emessi a seguito di udienza preliminare e di dibattimento, contesti nei quali, però, l'instaurazione di un contraddittorio – più o meno sviluppato – consente all'imputato perlomeno di argomentare il proprio eventuale interesse contrario alla declaratoria di tenuità, che potrebbe poi essere ribadito attraverso una eventuale impugnazione. Tale dato non sembra sufficiente a cancellare l'impressione che l'innesto della nuova causa di non punibilità sulle due richiamate "fasi" processuali sconti un certo tasso di approssimazione.

Procedendo con ordine – e riprendendo quanto poco sopra osservato in merito al provvedimento di archiviazione – va innanzitutto rilevato che anche la sentenza liberatoria conclusiva dell'udienza preliminare (ove si ritenga applicabile in quella sede tale causa di non punibilità) non perderebbe la sua natura di accer-

²⁶ F. RUGGIERI, *Azione penale*, in *Enc. dir., Annali*, III, p. 136.

tamento meramente *rebus sic stantibus*, rispetto alla cui pronuncia, però, l'imputato risulta privo di rimedi utili a spingere verso l'accertamento dibattimentale pieno, dal quale potrebbe risultare una qualsiasi causa di proscioglimento maggiormente liberatoria, precedentemente non emersa.

Se è vero che mano a mano che cresce, appunto, il *quantum* di “contraddittorio”, aumenta anche la capacità accertativa del fatto propria del provvedimento terminativo, non si può negare che la sentenza di non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto abbia una certa valenza dimostrativa dell'accadimento storico, della sua commissione da parte dell'imputato e della sua illiceità, basata però su apporti di natura probatoria formati fuori dal contesto prescritto dall'art. 111, comma 4, Cost. È stato allora osservato²⁷ che a tale dato non corrisponde un'ipotesi riconducibile al comma 5 dell'art. 111 Cost., in ossequio al quale, invece, l'art. 32 d.P.R. 448/1988, così come modificato dalla l. 63/2001, ha introdotto la necessità che l'imputato nel processo minorile esprima anticipatamente il consenso alla definizione del procedimento in udienza preliminare. Come confermato da C. cost. 195/2002, tale opzione è dovuta all'ampio spettro di epiloghi propri dell'udienza preliminare minorile che sottendono un accertamento, seppur non potenzialmente incontrovertibile, della responsabilità penale dell'imputato...²⁸. Ne emerge l'impressione di un vuoto normativo che in dottrina ha suggerito spunti interpretativi diversi, volti a reperire nel panorama costituzionale la possibilità di un bilanciamento di interessi²⁹, oppure a mettere in dubbio³⁰ che il sistema dell'udienza preliminare – pur dotato di una declaratoria *ex art. 425 c.p.p.* per ogni ragione di non punibilità dell'imputato – sia predisposto ad accogliere il nuovo art. 131-*bis* c.p.³¹.

Suggestiva la lettura che, facendo prevalere l'effetto sul presupposto – privilegiando cioè l'improcedibilità che la nuova causa di non punibilità produrrebbe sul piano processuale³² – suggerisce di far ricadere la declaratoria di particolare tenuità nel proscioglimento *ex art. 425 c.p.p.* «perché l'azione penale non doveva

²⁷ P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali della particolare tenuità del fatto*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi*, cit., p. 77.

²⁸ V. M. BARGIS, *Procedura penale minorile*, in corso di pubblicazione, p. 139.

²⁹ R. APRATI, *Le regole processuali della particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2015, 1325 s.

³⁰ P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi*, cit., p. 80.

³¹ Dubbio al momento superato dalla decisione Cass. sez. V, 12 febbraio 2016 (dep. 23 maggio 2016), n. 21409, ove sia ribadisce l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nell'udienza preliminare, in ragione delle già previste, ampie, ipotesi di proscioglimento contemplate dall'art. 425 c.p.p.

³² Non si può peraltro dimenticare quante energie siano state profuse in passato, senza troppo successo, nel tentativo di distinguere, sul piano definitorio, le condizioni di punibilità dalle condizioni di procedibilità; per una panoramica v., volendo S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole di esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, pp. 59 ss.

essere iniziata».³³ Sul presupposto che la ‘particolare tenuità’ sia soltanto una qualificazione giuridica³⁴, tale lettura fa della sua declaratoria una pronuncia di diritto, superando abbondantemente i profili problematici appena enunciati, nonché numerosi di quelli qui di seguito trattati.

Per un verso, però, la particolare tenuità dell’offesa è un fatto, ovvero è una qualità oggettiva dell’accadimento naturalistico: secondo la lettera della legge, infatti, «la punibilità è esclusa quando... l’offesa è tenue». Come più volte si avrà modo di sottolineare nel prosieguo, la particolare tenuità non è soltanto un parametro normativo, bensì un dato oggettivo che assume oggi uno specifico rilievo sul piano giuridico. Senza tornare sulla natura dei parametri che individuano la particolare tenuità dell’offesa³⁵, ben si può cogliere come essi – pur nell’ambito del margine di variabilità che caratterizza ogni valutazione umana – siano legati a elementi concreti, fattuali.

Per altro verso, anche volendo sostenere che la “particolare tenuità” è soltanto una qualificazione giuridica, si osservi comunque che, per sua natura, il proscioglimento per sussistenza di una causa di non punibilità dell’imputato «potrà aversi esclusivamente dopo l’accertamento della sussistenza della penale rilevanza e dell’attribuibilità all’imputato del fatto per cui si procede»³⁶. Se è vero che anche altre decisioni in diritto, nell’applicare qualificazioni giuridiche, debbono comunque basarsi su verifiche in fatto³⁷, esse non si spingono, contrariamente alla particolare tenuità, a verificare la probabile sussistenza del medesimo³⁸. Qui, invece, la non punibilità può essere dichiarata soltanto se – compatibilmente con lo stadio di sviluppo del procedimento – il fatto può dirsi sussistente, illecito e commesso dall’imputato³⁹. Se è vero che la particolare tenuità è divenuta, sul piano processuale, un motivo di archiviazione, non può anche dirsi che essa vada, per ciò solo, considerata come una improcedibilità. Non tutti i motivi di non esercizio – o di “interruzione” – dell’azione penale insistono sulla procedibilità dell’azione, se si accetta la tradizionale definizione di condizione di procedibilità

³³ A. NAPPI, *Tenuità del fatto*, cit., p. 8

³⁴ A. NAPPI, *Tenuità del fatto*, cit., p. 2.

³⁵ Che sono però «parametri quantitativi», come già sottolineato da M. DONINI, *Tecniche*, cit., p. 97, in relazione alle prime ipotesi normative di esiguità del fatto.

³⁶ E. MARZADURI, *sub art. 129 c.p.p.*, in *Commento Chiavario*, vol. II, Torino, 1991, p. 117.

³⁷ Così, appunto, A. NAPPI, *Tenuità*, cit., pp. 2 s.

³⁸ Si osserva, in linea generale, che l’improcedibilità impedisce addirittura di prendere in considerazione l’ipotesi di accusa, fondata o infondata che sia: M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 6^a ed., Milano, 2015, p. 491.

³⁹ V. in proposito le considerazioni recentemente espresse, nelle more della pubblicazione del presente fascicolo, dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione per cui «si tratta di ponderazioni che sono parte ineliminabile del giudizio di merito, e che sono conseguente espresse in motivazione, magari in guisa implicita» (Cass. S.U., 25 febbraio 2016, dep. 6 aprile 2016, n. 13682).

come elemento attinente al solo campo della istaurazione del processo⁴⁰, ossia come ostacolo a qualsiasi valutazione di sussistenza del fatto contestato⁴¹. Accanto alle condizioni di procedibilità, infatti, si considerano cause di improcedibilità soltanto la conferma del segreto di Stato su una prova essenziale e il *bis in idem*⁴². Del resto, quando la infondatezza della notizia di reato, delineata dagli artt. 408 e 425 c.p.p. come nuovo motivo di archiviazione, emerge nell'udienza preliminare non si dichiara che l'azione penale non doveva essere iniziata, bensì si pronuncia sentenza di non luogo a procedere per il motivo in relazione al quale è emersa la lacuna probatoria.

Il proscioglimento pre-dibattimentale per particolare tenuità del fatto, per parte sua, trova più agevole ingresso nel novero dei provvedimenti che debbono essere iscritti nel casellario, rappresentando, per un verso, un «provvedimento definitivo» ai sensi dell'art. 2 lett. f dPR 313/2002 ed essendo, per altro verso, subordinato al consenso dell'imputato. La nuova *species* di pronuncia *ex art.* 469, comma 1-*bis*, c.p.p. si inserisce, infatti, nel più ampio *genus* del proscioglimento pre-dibattimentale, assumendone le caratteristiche, tra le quali, appunto la possibile opposizione di imputato e pubblico ministero. Pertanto, la possibilità di rinuncia dell'imputato, prevista soltanto in relazione a questa specifica pronuncia di particolare tenuità, deve ascriversi all'uniformazione della disciplina di tutti i proscioglimenti pre-dibattimentali e non alla opportunità di prevedere un meccanismo oppositivo alla declaratoria *ex art.* 131-*bis* c.p. in ragione dei suoi effetti pregiudizievoli (esclusa, peraltro l'efficacia extrapenale).

1.4. *L'applicazione dibattimentale*

Similmente, anche con riguardo al dibattimento, l'innesto del nuovo istituto sembra aver effettuato al contrario, dalle foglie al fusto. Data l'esistenza di un provvedimento terminativo espressamente deputato alla pronuncia di ogni ragione di non punibilità, cioè la sentenza di assoluzione *ex art.* 530 c.p.p., il legislatore delegato ha escluso l'altra possibile soluzione, già ipotizzata in un precedente

⁴⁰ Cfr. R. ORLANDI, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. disc. pen.*, X, 1995, p. 45.

⁴¹ Parlando di condizioni di procedibilità, «lo schema è quello della rimozione di un "ostacolo" all'avvio [...] dell'azione penale»: M. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'"azione" nel processo penale italiano: incertezze prospettive limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 864 ss. ora anche in ID., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, p. 15.

⁴² M. SCAPARONE, *Procedura penale*, I, 4^a ed., Torino, 2015, p. 241. E l'atteggiamento volto a contenere il numero dei motivi che sbarrano il procedere del procedimento e del processo è certamente condivisibile, stante rischio, attuale, che un legislatore subdolo possa ottenere, attraverso tale strumento, ciò che l'art. 112 Cost. vuole evitare, cioè che l'esercizio dell'azione penale possa dipendere da una volontà esterna: M. CHIAVARIO, *Ancora sull'azione penale obbligatoria: il principio e la realtà*, in ID., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, p. 121.

disegno di legge, di introdurre un apposito provvedimento per la dichiarazione di particolare tenuità, che riducesse la tensione logica sottesa a un provvedimento assolutorio, il quale, tuttavia, implica – come si vedrà tra breve – la responsabilità dell'imputato e dal quale derivano effetti pregiudizievoli per quest'ultimo. In un precedente disegno di legge⁴³, infatti, era emersa un'ipotesi di introduzione di una specifica declaratoria di particolare tenuità che costituisse un'ulteriore *species* nel *genus* dei provvedimenti liberatori dibattimentali.

Non era mancata, invece, nello schema di decreto legislativo sottoposto alle Camere per il loro parere preventivo, una proposta di interpolazione dell'art. 129 c.p.p., al fine di assimilare la pronuncia di tenuità al regime applicativo della declaratoria immediata in ogni stato e grado. L'opzione, poi abbandonata, è stata criticata⁴⁴, soprattutto per via di una insufficiente articolazione. Infatti, la mera aggiunta dell'ipotesi di particolare tenuità nella struttura pre-esistente della disposizione avrebbe avuto come effetto quello di produrre un'aporìa, forzando il giudice a un proscioglimento immediato rispetto a un'ipotesi liberatoria anomala, subordinata al previo accertamento del fatto, della sua illiceità e della sua riconducibilità all'imputato e vincolata a parametri il cui apprezzamento non si sposa con il carattere di immediatezza della pronuncia *ex art. 129 c.p.p.*⁴⁵. Tuttavia, è stato osservato⁴⁶, un'ipotesi di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* espressamente subordinata al previo accertamento dei fattori di responsabilità avrebbe coniugato la necessità di evitare frettolose etichette di tenuità, applicate a fatti incerti, ma anche di scongiurare condanne, magari concordate, per fatti tenui⁴⁷.

La scelta di non ricorrere alla manipolazione dell'art. 129 c.p.p. pone almeno qualche dubbio circa il tenore di pronunciabilità *ex officio* della particolare tenuità in alcuni riti speciali e nei giudizi di impugnazione. Per via della loro particolare struttura, patteggiamento e procedimento per decreto implicano un intervento giurisdizionale costretto entro limiti predeterminati dal legislatore. Se, per un verso, il richiamo all'art. 129 c.p.p. è espressamente contemplato dall'art. 444

⁴³ C 2094, XVI legislatura, primo firmatario on. Tenaglia.

⁴⁴ V. P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi*, cit., p. 89. Da, tuttavia, ampio risalto al fatto che lo schema prevedesse l'interpolazione dell'art. 129 c.p.p. la recente decisione Cass., Sez. V, 2 luglio 2015, cit.

⁴⁵ Cfr. E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*, cit., p. 6. Circa la tensione, mai metabolizzata, tra immediatezza della declaratoria e canoni di garanzia fondamentali, quali, il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza, v. L. SCOMPARIN, *Cause di non punibilità (declaratoria immediata delle)*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 2, p. 228; tensione che certamente avrebbe raggiunto un punto di rottura se nel d.lgs. 28/2015 avessero dovuto convivere l'inserimento nell'art. 129 c.p.p. della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e l'inedita efficacia accertativa extrapenale, effettivamente prevista dall'art. 651-bis c.p.p.

⁴⁶ Così F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 99.

⁴⁷ Sul dubbio rapporto tra richiesta di patteggiamento e applicazione *ex officio* dell'art. 131-bis c.p. v. anche L. PARLATO, *Il volto*, cit., p. 251. V. tuttavia Trib. Perugia, 7 maggio 2015, n. 759, in *lusexplorer*.

c.p.p., per altro verso è ben noto il dibattito circa la legittimazione del giudice investito della richiesta di decreto penale di prosciogliere *ex officio* con declaratoria immediata di non punibilità. La mancata interpolazione dell'art. 129 c.p.p. suggerirebbe a maggior ragione la netta astensione del giudice dall'applicazione officiosa della nuova causa di non punibilità⁴⁸. A risultati almeno parzialmente diversi si può arrivare, invece, catalogando la pronuncia di tenuità come un provvedimento in diritto, sostenendosi, almeno con riguardo al patteggiamento, il potere del giudice di applicare d'ufficio l'art. 131-*bis* c.p.

Con riguardo alle impugnazioni, il problema maggiore è rappresentato, evidentemente, dal giudizio d'appello, in relazione al quale i limiti del *devolutum* sembrano tendenzialmente insuperabili⁴⁹. Non deve però dimenticarsi che il giudice potrà pronunciare la nuova causa di non punibilità tutte le volte in cui la questione della responsabilità sia toccata dai motivi d'appello, pur con il limite decisivo del divieto di *reformatio in peius* quando l'imputato sia il solo appellante⁵⁰.

Circa il ricorso per cassazione, la prospettazione di un possibile superamento officioso dei motivi di ricorso⁵¹, si è accompagnata al tempestivo intervento della Suprema Corte in ordine all'applicabilità della nuova causa di non punibilità ai giudizi già pendenti al momento della entrata in vigore dell'art. 131-*bis* c.p.⁵², attraverso la previsione dell'art. 609, comma 2, c.p.p.⁵³ Tale orientamento, tuttavia, sembra essere stato implicitamente scartato da altra sezione della Corte di cassazione⁵⁴, che più recentemente ha qualificato la richiesta di proscioglimento per particolare tenuità del fatto come motivo nuovo di ricorso, non prospettato originariamente per mancanza della previsione normativa. Inoltre, sempre dove si voglia accogliere la lettura basata sulla natura di improcedibilità dell'istituto, se ne dovrà riconoscere l'applicabilità in forza dell'art. 620, comma 1, lett. *a* c.p.p.⁵⁵

⁴⁸ Per la necessità che il g.i.p. richiesto di decreto penale restituisca gli atti al p.m., G.i.p. Trib. Nola, 22 aprile 2015, in *Arch. pen.*, 2015, 5, p. 473.

⁴⁹ Cfr. L. PARLATO, *Il volto*, cit., p. 255. Per una lettura estensiva, v. R. APRATI, *Le regole*, cit., p. 1329, la quale prospetta un'applicazione analogica dell'art. 597, comma 5, c.p.p., vertente tuttavia su profili sanzionatori.

⁵⁰ Cfr. P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi*, cit., p. 87.

⁵¹ Cfr. R. APRATI, *Le regole*, cit., p. 1329, la quale richiama gli artt. 619, comma 3 e 620 lett. 1 c.p.p.

⁵² Tutt'altra questione riguarda le ipotesi in cui la disposizione fosse già in vigore al momento della pronuncia di secondo grado, da parte della corte d'appello.

⁵³ Cass. sez. III, 8 maggio 2015, n. 15449, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2590.

⁵⁴ Cass., sez. V, 6 luglio 2015 (dep. 29 gennaio 2016), n. 3963, in *www.cortedicassazione.it*.

⁵⁵ In questo senso, Cass., sez. V, 2 luglio 2015, 11 febbraio 2016, n. 5800, cit.

1.5. L'efficacia extrapenale del giudicato di tenuità

Ogni lettura volta a fare della declaratoria di particolare tenuità soltanto una pronuncia in rito trova il suo limite, paradossalmente, proprio nella innovativa disciplina dell'efficacia extrapenale del giudicato di tenuità. L'art. 651-*bis* c.p.p., infatti, stabilisce l'efficacia del giudicato di tenuità nei giudizi civili e amministrativi per il danno derivante da reato in relazione alla sussistenza del fatto, alla sua commissione da parte dell'imputato e alla sua illiceità, anche quando il proscioglimento sia pronunciato a seguito di giudizio abbreviato, purché la parte civile abbia accettato il rito. Si tratta, com'è evidente, di un rovesciamento di prospettive netto, che fa assumere alla sentenza assolutoria – poiché è, appunto, l'art. 530 c.p.p. lo strumento attraverso il quale, in assenza di diversa, esplicita previsione, deve pronunciarsi in dibattimento la sussistenza di una causa di non punibilità⁵⁶ – una valenza accertativa dei parametri tradizionalmente e logicamente derivanti, invece, dalla condanna. Dà rilievo alla scelta lessicale del legislatore – che nell'art. 651-*bis* c.p.p. fa riferimento alla sentenza di proscioglimento – la lettura già sopra ricordata, che riconduce la pronuncia di particolare tenuità al novero dei casi in cui l'azione penale non doveva essere iniziata e che, pertanto ne sostiene la confluenza nell'art. 529 c.p.p.⁵⁷. Tale soluzione stride, però, con la portata accertativa della pronuncia, in tutto analoga a quella della sentenza di condanna. Insomma, «accertamento di responsabilità» e «improcedibilità» non sono termini tra loro ricollegabili, almeno nell'accezione comunemente condivisa. Suona strumentale affermare che la nuova causa di non punibilità si sostanzia in una improcedibilità che non implica l'accertamento di responsabilità, se non nella fase dibattimentale⁵⁸, ove la pronuncia assume, infatti, valore incontrovertibile di sussistenza del fatto illecito, commesso dall'imputato.

Certamente, quella adottata dal legislatore delegato è una soluzione inedita, nella quale si concentra tutto il significato della laconica affermazione contenuta nella legge-delega, che invitava il Governo a salvaguardare gli interessi del danneggiato. Tuttavia, l'esito dell'operazione non pare armonico. Come già ampiamente sottolineato, per un verso, la mancata interpolazione dell'art. 75, comma 3, c.p.p. tiene vincolato il danneggiato costituitosi parte civile al processo penale, senza consentirgli di avviare prima della inoppugnabilità della sentenza penale

⁵⁶ È vero che il testo dell'art. 651-*bis* c.p.p. parla di sentenza penale irrevocabile di proscioglimento (v. A. MARANDOLA, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 795), ma è altrettanto vero che il legislatore non è intervenuto né sull'art. 529, né sull'art. 530 c.p.p., lasciando che le ipotesi di particolare tenuità siano dirottate, in sede di decisione dibattimentale, sull'unico provvedimento, quello assolutorio, appunto, idoneo a dichiarare la sussistenza di una causa di non punibilità.

⁵⁷ A. NAPPI, *Tenuità*, cit., p. 12.

⁵⁸ A. NAPPI, *Tenuità*, cit., p. 3.

l'azione risarcitoria in sede propria. Un intervento modificativo avrebbe maggiormente agevolato l'interesse della parte civile, consentendole di raggiungere più rapidamente l'unico possibile esito satisfattivo, che potrà essere pronunciato esclusivamente dal giudice civile. Per altro verso, poi, non si è ben considerato l'effetto sperequativo che si è venuto a creare in relazione ad altre situazioni in cui, similmente, la sentenza assolutoria sottende comunque l'accertamento del fatto. È pur vero che la delega legittimava il Governo ad intervenire sui soli profili collegati alla tenuità del fatto, ma all'esito della recente operazione normativa, deve registrarsi un'evidente disarmonia: la sentenza di assoluzione per non imputabilità, per parte sua, non produce nessuna efficacia vincolante circa la sussistenza del fatto, la sua illiceità e la sua commissione da parte dell'imputato, pur essendo anch'essa accertativa dei profili menzionati nell'art. 651-*bis* c.p.p.⁵⁹.

Non solo. Il mancato coordinamento con l'art. 653 c.p.p. esclude che il giudicato di tenuità abbia alcuna efficacia nei procedimenti disciplinari davanti alle pubbliche autorità, mentre si può ben osservare che certe condotte di scarsa rilevanza penale, che ben possono essere oggi intercettate – in ottica opportunamente deflativa – dalla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, meriterebbero più opportunamente una reazione sul piano disciplinare⁶⁰.

Né il 'possente' meccanismo extrapenale messo in piedi attraverso il nuovo art. 651-*bis* c.p.p. sembra rispondere pienamente agli intenti del legislatore delegante. Nell'ottica provocatoria proposta in apertura, si può dubitare che l'esito ottenuto abbia l'effetto di non scoraggiare l'iniziativa risarcitoria del danneggiato dal fatto tenue.

Appare ineluttabile che un accertamento penale di tenuità dell'offesa influenzi negativamente la quantificazione del danno: l'attenzione opportunamente riposta dal legislatore, delegante e delegato, nell'oggettivazione dei parametri di particolare tenuità (specificamente attraverso il richiamo all'art. 133, comma 1, c.p.p., al cui interno si colloca la gravità del danno o del pericolo), inquadra anche il profilo del danno civilistico in una cornice di contenuta rilevanza⁶¹. In questo senso, allora, non è del tutto assurdo domandarsi se non sarebbe stata meno sconveniente, per il danneggiato, una soluzione che escludesse – come già accade in altri casi, in cui l'assenza di un accertamento esplicito di responsabilità da parte del

⁵⁹ B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali del giudicato "di tenuità"*, in S. Quattrocolo (a cura di), *I nuovi epiloghi*, cit., p. 120.

⁶⁰ Si pensi ai molti casi di peculato che, ove non già "depenalizzati" di fatto dalla giurisprudenza di legittimità, si collocano ad una soglia molto bassa della scala di graduazione del reato, e in relazione ai quali, invece, la sanzione disciplinare avrebbe un'efficacia certamente maggiore.

⁶¹ In senso contrario, invece, A. NISCO, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto. Profili sostanziali*, in AA.VV., *Il nuovo volto della giustizia penale*, Milano, 2105, pp. 209 s.; R. BARTOLI, *L'esclusione*, cit., p. 671.

provvedimento terminativo del procedimento penale, spinge ad escludere questo effetto tipico della *res iudicata* – ogni efficacia extrapenale del giudicato di tenuità. Certamente deve tenersi presente la fondamentale differenza tra la sentenza di patteggiamento, il decreto penale di condanna e quella che viene emessa *ex art. 131-bis c.p.* al termine del dibattimento... Tuttavia, stante la necessità di ottenere soddisfazione delle pretese risarcitorie in sede civile, il danneggiato avrebbe potuto contare, con una scelta normativa diversa, su una più libera quantificazione del danno aquiliano da parte del giudice, non vincolato da un irremovibile crisma di tenuità – pur penale – del fatto. Il bilanciamento di interessi non è banale. Per un verso, l'opzione realizzata dal legislatore mette al sicuro l'accertamento del fatto, la sua commissione da parte dell'imputato e la sua illiceità, alleggerendo significativamente l'onere probatorio dell'attore in sede civile⁶²; per altro verso, lo spostamento in avanti del momento risarcitorio rischia di scoraggiare il danneggiato. Infatti, proprio l'attesa del formarsi di quel giudicato 'sovrrabbondante' potrebbe rivelarsi negativa per il danneggiato. Questo, se fosse stato liberato – attraverso un intervento sull'art. 75, comma 3, c.p.p.⁶³ – dal vincolo dell'azione penale, avrebbe potuto ottenere più rapidamente il risarcimento in sede propria, senza dover attendere l'irrevocabilità della decisione. Date le caratteristiche della declaratoria di tenuità è difficile pensare che una impugnazione dell'imputato, magari dilatoria – volta ad inseguire la ben più benevola prescrizione⁶⁴ – possa essere dichiarata inammissibile per assenza di interesse ad impugnare... Mentre, assai più probabile è che tale sorte tocchi all'eventuale impugnazione del danneggiato, stante la 'possente' tutela predisposta in suo favore, appunto, dall'art. 651-*bis* c.p.p.⁶⁵. Piuttosto, un intervento sull'art. 538 c.p.p. avrebbe offerto la soluzione in fin dei conti più ragionevole per quest'ultimo. Consentendo al giudice dell'assoluzione per particolare tenuità di decidere anche sulla domanda risarcitoria, si sarebbe ottenuto un effetto virtuoso di alleggerimento del complessivo carico giudiziario, risparmiando alla parte civile l'onere, soprattutto economico, di tra-

⁶² Anche se l'esempio offerto dalla giurisprudenza di legittimità civile circa i rapporti tra sentenza, non accertativa, di patteggiamento e giudizio risarcitorio in sede propria, dimostra un'ampia accettazione della pronuncia *ex art. 445 c.p.p.* sul piano della ricostruzione storico-naturalistica del fatto.

⁶³ V. B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, cit., 115 ss.

⁶⁴ Cass., sez. III, 26 maggio 2015, (dep.26 giugno 2015), n. 27055, in *Iusexplorer*.

⁶⁵ Attualmente si registra una pronuncia della Corte di cassazione (Cass., sez. V., 15 dicembre 2015 [dep. 24 febbraio 2016]n. 7264, in www.cortedicassazione.it), in tema di interesse ad impugnare la declaratoria di tenuità da parte del danneggiato costituito parte civile, in relazione a una pronuncia di non doversi procedere emessa (in apertura del giudizio) dal giudice di pace, sul presupposto della erronea qualificazione giuridica del fatto, che lo assoggettava, così, alla competenza del giudice laico. In tal caso, la Suprema Corte ha ritenuto sussistente l'interesse ad impugnare della parte civile.

sformarsi in attore, per andare a inseguire in sede propria il risarcimento per un fatto che, anche lì, sarà stigmatizzato come particolarmente tenue. Non si può inoltre dimenticare che la novella tace sul profilo delle spese di costituzione sostenute dal danneggiato nel processo penale conclusosi con una pronuncia di tenuità. Anche questo aspetto, infatti, è in grado di agire negativamente sul quadro complessivo degli interessi della parte civile.

2. *La novella in uno sguardo di insieme*

Nonostante le intenzioni inizialmente dichiarate, è stato impossibile sottrarsi del tutto alla tentazione di critica del testo normativo. Nello sforzo di riassumere quantomeno le linee fondamentali della riforma, la spinta ricostruttiva non può che scontrarsi, di tanto in tanto, con il singolo ‘frammento’ di legislazione, il singolo tassello che nel mosaico armonico che ogni intervento normativo dovrebbe mirare ad essere, appare, invece, stonato. Se è vero che questa sensazione è frequente, osservando l’insieme della riforma introdotta con il d.lgs. 28/2015, ciò non significa che essa sia di per sé da censurare.

L’iniziativa si iscrive in un *trend* che trova numerosi riscontri stranieri, in ordinamenti⁶⁶ nei quali la concezione gradualistica del reato ha precedentemente ispirato soluzioni che portano all’astensione dal processo per quelle ipotesi di manifestazione “minimale” del reato, senza espellere necessariamente l’incriminazione astratta dal circuito penale. Ciò fa dei parametri di particolare tenuità del fatto un potenziale e apprezzabile strumento di ragionevolezza di un sistema complesso. A fronte di una società in evoluzione rapida – come mai tanto rapida è stata prima – stabilire quali fatti abbiano rilevanza penale o meno può essere una sfida insuperabile (come in fondo testimonia la perdurante incapacità di approvare una riforma del codice penale). E in questo contesto, una chiara e-

⁶⁶ Il primo, ma non unico riferimento, richiama gli istituti regolati dai paragrafi 153 e 153a della *Strafprozessordnung* tedesca, recentemente ricostruiti con grande precisione e ricchezza di spunti critici da K. JARVERS, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§ 153 e 153a StPO*, in S. Quattrocolo (a cura di), *I nuovi epiloghi*, cit., pp. 171 ss.; L. PARLATO, *Il volto*, cit., pp. 272 ss. Numerosi altri ordinamenti basano scelte e conseguenze procedurali sulla natura particolarmente tenue del fatto o dell’offesa, spesso associati un quadro di discrezionalità, più o meno temperata, dell’azione penale. Si vedano gli esempi di Francia (C. MAURO, *Dell’utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell’azione penale. Esperienze francesi*, in S. Quattrocolo (a cura di), *I nuovi epiloghi*, cit., pp. 143 ss.); Svizzera (M. NIGGLI, G. FIOLKA, *La tenuità del fatto nel diritto svizzero*, in S. Quattrocolo (a cura di), *I nuovi epiloghi*, cit., pp. 199 ss.), ma anche Inghilterra e Galles, dove i parametri di tenuità confluiscono nelle *guidelines* che orientano polizia giudiziaria e pubblico ministero nell’esercizio congiunto della funzione investigativa e di accusa (v. V. MEZZOLLA, *Il ruolo della tenuità del fatto nelle politiche di esercizio dell’azione penale inglese*, in S. Quattrocolo (a cura di), *I nuovi epiloghi*, cit., pp. 207 ss.).

laborazione di parametri di tenuità può essere la chiave di volta del sistema. In un quadro ben articolato di risposte statuali alle condotte illegittime, è difficile ritenere che l'applicazione di un parametro di tenuità possa davvero ingenerare una sensazione di squilibrio, di iniquità della decisione: il fatto oggettivamente tenue ha delle prerogative che è difficile disconoscere, con onestà intellettuale. Ciò vale, però, solo se il sistema non nega *ex abrupto* rilevanza agli interessi di chi subisce il fatto, pur tenue; vale, se la catena del procedimento penale non ha maglie troppo deboli.

Ecco il vero punto della questione. La scelta di ricorrere a parametri di particolare tenuità ha valore talmente rilevante che si deve iscrivere all'interno di riforme complessive del sistema. Riflettere sulla recente riforma significa, più che tentare di limare le tessere del mosaico per farle combaciare, registrare l'assenza di una cornice all'interno della quale il legislatore si è mosso⁶⁷. Far transitare un sistema penale verso una concezione gradualistica del reato è un'operazione ambiziosa⁶⁸ e di grande portata, soprattutto in un ordinamento regolato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale. E per questo il legislatore va apprezzato. Va criticata, però, l'assenza di una riforma di sistema, o quanto meno, l'assenza di una prospettiva chiara nella cui direzione muovere successivamente. Non è di per sé negativo che gli interventi normativi siano circoscritti ad aspetti specifici della disciplina, se essi si iscrivono, però, in un disegno complessivo. Ed è proprio questo che manca nell'attuale contingenza italiana.

E per inserire la novella in un quadro di sistema non basta soffermarsi a valutare i suoi rapporti con il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Avendo cercato tempo fa di riassumere il valore dell'art. 112 Cost. nel contesto dell'odierno processo penale⁶⁹, ritengo che il paradigma dell'art. 131-*bis* c.p. abbia oltrepassato la barriera dell'obbligatorietà dell'azione penale. Senza violarne il nucleo di irrinunciabile garanzia, la particolare tenuità del fatto supera, apertamente, il canone di obbligatorietà dell'azione penale, introducendo, volutamente, un elemento di discrezionalità, non di arbitrarietà, dell'azione penale. La concezione gradualistica del reato vuole un interprete che possa valutare se una specifica manifestazione del reato è tenue o no, se è o no tale da legittimare l'astensione dal processo⁷⁰ (non dal procedimento, si ribadisce). È appunto all'interno del

⁶⁷ M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto": frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi*, cit., p. 265.

⁶⁸ M. DONINI, *Tecniche*, cit., p. 97, sottolineava già molti anni fa la possibilità di estendere un meccanismo di non punibilità per particolare tenuità del fatto alla generalità dei reati, dimostrando tuttavia poche speranze nel coraggio del legislatore di muoversi in tal senso.

⁶⁹ S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., *passim*.

⁷⁰ V. M. DONINI, *Tecniche*, cit., p. 82: «l'*extrema ratio* [...] richiede qui un'attiva collaborazione della magistratura».

procedimento – più o meno garantito, a seconda degli ordinamenti – che tale valutazione avviene, caso per caso, e non *una tantum*, nei provvedimenti di depenalizzazione approvati dal legislatore. Questo è evidentemente in contrasto con il significato del termine obbligatorietà dell'azione penale, ma non con il significato del principio di legalità dell'azione penale. E per non correre il rischio di svuotare questo principio, è sufficiente che il legislatore sappia cogliere e trasformare in parametri di tenuità quegli elementi del fatto che, come si diceva poco sopra, rendono difficile disconoscere, con un minimo di onestà intellettuale, l'oggettiva possibilità di astenersi, in taluni casi, dalla celebrazione del processo penale.

2.1. *Principali profili che rischiano di rendere ineffettiva la riforma*

È tuttavia molto complesso, anzi è, in verità decisamente inutile, sforzarsi di ragionare sul principio di legalità dell'azione penale quando la legalità dell'intero sistema è ormai messa all'angolo. È inutile nascondere che il parametro di esercizio dell'azione penale non è certamente più dato dal combinarsi degli artt. 112 Cost., 408, 411 e 415 c.p.p., 125 n.att.c.p.p.: tale parametro oggi è rappresentato dal termine di prescrizione, che incombe fin dal momento di inizio delle indagini preliminari, spinge, condivisibilmente, le procure a concentrare gli sforzi e le scarse risorse sui procedimenti che hanno qualche *chance* di tagliare il traguardo della decisione definitiva⁷¹.

In questo contesto, anche uno strumento come la non punibilità per particolare tenuità del fatto, che è certamente un meccanismo deflativo, rischia di fare le spese dell'irragionevolezza del sistema⁷². Una volta accertata, come ha tempestivamente fatto la Corte di cassazione⁷³, la maggiore 'convenienza' del proscioglimento per estinzione del reato anziché per particolare tenuità del fatto, come si può distogliere l'imputato prosciolti, o addirittura assolto *ex art. 131-bis* c.p., dalla tentazione di presentare un'impugnazione che, riprendendo gli argomenti sopra riportati, miri in verità solo a far maturare la prescrizione?

In questo senso, la scelta di introdurre un parametro di particolare tenuità del fatto avrebbe dovuto accampagnarsi, o essere seguita a stretto giro di posta, da una razionalizzazione, del resto ormai inevitabile, dell'intero processo penale.

È vero che il varo di un'ampia riforma processuale è alle porte. Sembra però difficile ritenere che, sulla base dell'ultimo testo disponibile del d.d.l. S. 2067,

⁷¹ V. l'interessante articolo firmato nelle more di pubblicazione del presente fascicolo da P. BORGNA, *Ecco perché ci vuole un'amnistia*, La Stampa, 13 giugno 2016, p. 31.

⁷² Cfr. C. MAURO, *Dell'utilità*, cit., p. 169: «nella logica d'oltralpe, laddove corrispondono alla fattispecie penale, e laddove si riscontrino i requisiti relativi all'imputabilità, i fatti rimangono punibili, nonostante il passare del tempo».

⁷³ Cass., sez. III, 26 maggio 2015, cit.

presentato dal ministro della giustizia Orlando possa scaturire un riequilibrio complessivo di sistema: i molti interventi di interpolazione delle disposizioni vigenti lasciano intravedere un'ulteriore iniezione di 'macchinosità' nel sistema, già inceppato, del processo penale. Del resto, un risultato di più ampio respiro sembra irraggiungibile senza una preventiva o contemporanea riforma della disciplina della prescrizione, che vada al di là dei ripetuti interventi – come di recente avvenuto con la l. 69/2015 in materia di alcune fattispecie corruttive e come, del resto proposto, in relazione a varie altre fattispecie, proprio dal d.d.l. S 2067, all'esame del Parlamento – di innalzamento della soglia prescrizione per le singole incriminazioni. È evidente, infatti, che tale soluzione favorisce solo le spinte dilatorie a procrastinare quanto più possibile la durata del processo.

3. *Uno sguardo oltre*

Non si dice nulla di nuovo, se si registra che le condizioni del processo penale italiano sono assai gravi. Ci si può tuttavia stupire – almeno un po' – nel constatare che nemmeno uno *shock* profondo, come quello recentemente apportato dal d.lgs. 28/2015, ha prodotto reazioni.

In un clima lontano dalle alzate di scudi che il progetto preliminare del processo penale minorile aveva provocato con l'allora art. 23⁷⁴ – che proponeva un'archiviazione per irrilevanza del fatto – l'art. 131-*bis* c.p. e, soprattutto, i suoi corollari processuali sono venuti a superare il sempre discusso canone di obbligatorietà dell'azione penale. Nemmeno questo, però, ha assicurato un sussulto, una reazione del sistema, che sembra aver fagocitato nella sua incurante inerzia anche questa sorprendente novità legislativa, apparentemente devitalizzandola. Che la novella non abbia generato, come si ricordava, un'alzata di scudi è segno positivo del riconoscimento della necessità di contestualizzare i principi cardine della nostra Costituzione nella realtà quotidiana, per mantenerli vivi. Sotto questo profilo, se è vero che uno dei principali motivi dell'enorme successo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo risiede proprio nella natura di *living instrument* che la Corte europea ha da sempre attribuito al testo convenzionale, anche l'art. 112 Cost., per mantenere il suo irrinunciabile messaggio di equità e di eguaglianza, deve contestualizzarsi nella realtà corrente⁷⁵, che certamente non è quella dell'immediato dopo guerra. Forse però, siamo arrivati troppo tardi... Forse l'incapacità di accettare che la società attuale subisce spinte di cambiamento (evo-

⁷⁴ Volendo, S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., pp. 170 ss.

⁷⁵ V. l'amaro bilancio di P. BORGNA, *Ecco perché*, cit., p. 31.

lutive o involutive, è irrilevante qui) senza precedenti ha fatto sintetizzare la cura solo dopo la morte del paziente...

La realtà di questi mesi è evidente. Ha un contorno europeo la vicenda che ha portato, almeno in una occasione, alla disapplicazione eterodiretta proprio della disciplina della prescrizione, gettando ombre inquietanti sull'assetto dei rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento europeo. Sembra, infatti, di cogliere un doppio monito nella nota e complessa vicenda Taricco⁷⁶, nella quale è toccato proprio alla disciplina della prescrizione riaccendere un contenzioso tra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana, da tempo sopito. Non essendo questo il luogo per addentrarsi nel tema, non può sfuggire come gli "effetti massivi" della prescrizione italiana abbiano messo in luce, anche sul piano europeo, delle ricadute di iniquità, in questo caso sul piano dell'impegno a tutelare in maniera omogenea e, soprattutto, effettiva, gli interessi economici dell'Unione europea. Nel momento in cui si scrive, è ancora pendente la questione di legittimità costituzionale che potrebbe portare la Corte – si paventa in questi giorni – ad attivare per la prima volta la nota teoria dei controlimiti⁷⁷, dichiarando incostituzionale la legge di esecuzione nell'ordinamento italiano del TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona (l. 2 agosto 2008, n. 130). Al di là della seria preoccupazione per le conseguenze che potrebbero derivarne, aleggia sopra a tutto la sensazione che non si possa più rimandare la soluzione del problema, che ci affligge sotto numerosi profili, della disciplina della prescrizione del reato. Non solo. Il sussulto di consapevolezza deve portarci oltre.

Di fronte alle caratteristiche della società attuale, due prospettive sembrano proporsi. La prima è costituita dall'accettazione di una logica rovesciata, secondo la quale, d'ora in poi, il varo di una legge di riforma del processo penale non dovrà più segnare la fine del lavoro del legislatore, bensì l'inizio di un nuovo impegno: pur nell'osservanza del canone della certezza della legge penale, una società in costante cambiamento richiede che all'approvazione di ogni riforma segua un cantiere di 'osservazione e di armonizzazione' delle sue ricadute. Un cantiere in cui la dottrina deve assumersi il peso più grande, ponendosi al di sopra delle vi-

⁷⁶ Sulla quale, v. per tutti, i contributi di C. PAONESSA, *"Lo strano caso Taricco", ovvero le garanzie del tempore cedere alla mercé di una "eccentrica" decisione europea?*; G. TARLI BARBIERI, *La "scommessa" dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco* e A. VALLINI, *La portata della sentenza CGCE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in questa Rivista.

⁷⁷ Per un recentissimo aggiornamento, nelle more di pubblicazione del presente fascicolo v. V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016, *passim*.

sioni, autentiche ma unilaterali, dei soggetti che rivestono specifici ruoli processuali.

La seconda è l'abbandono progressivo della *statutory law*, sotto la spinta che le corti internazionali sempre più pesantemente esercitano sul nostro ordinamento, lasciando al solo interprete il peso di adeguare il diritto al caso concreto, un diritto dai contorni e, soprattutto, dalle conseguenze, sempre meno definite.

Nel rispetto della nostra Costituzione, una sola appare la strada percorribile.

Il punto su...

*Interessi finanziari dell'Unione europea,
prescrizione del reato e principio di legalità.
A proposito della sentenza Taricco*

CATERINA PAONESSA

“LO STRANO CASO TARICCO”,
OVVERO LE GARANZIE DEL *TEMPORI CEDERE*
ALLA MERCÉ DI UNA ECCENTRICA DECISIONE EUROPEA?^(*)

SOMMARIO: 1. L’impatto della prescrizione sulla protezione degli interessi finanziari dell’Unione. – 2. Una decisione apparentemente “neutra” nel contesto europeo. – 3. L’*escamotage* ermeneutico dei giudici di Lussemburgo: la “lisbonizzazione” della Convenzione PIF. – 4. L’obliterazione del rinvio pregiudiziale in una pronuncia di sostanziale inadempimento. – 5. La disapplicazione come rimedio necessario? La problematicità delle verifiche rimesse al giudice del rinvio. – 5.1. I casi di frode (grave) lesivi degli interessi finanziari dell’Unione europea. – 5.2. L’ulteriore verifica di tipo “quantitativo”. – 5.3. Il vincolo di coerenza legislativa imposto dall’art. 325, par. 2, TFUE. – 5.4. La compatibilità con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. – 6. La flessione di istanze di garanzia è davvero il prezzo dell’integrazione eurolunitaria?

1. *L’impatto della prescrizione sulla protezione degli interessi finanziari dell’Unione*

La sentenza Taricco ha sollecitato un vivace dibattito sul fronte interno¹; è il cerino che ha fatto nuovamente divampare la discussione sulle modalità e sui

^(*) Testo della relazione svolta al convegno «*Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’UE a proposito della sentenza CG Taricco*», Firenze, 30 ottobre 2015, i cui atti sono raccolti nel volume «*Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*», a cura di C. Paonessa-L. Zilletti, Pisa, Pacini Giuridica, in corso di stampa.

¹ Tra i primi commenti scaturiti da Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, in <http://curia.europa.eu/juris>, cfr., con varietà di accenti, C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in <http://www.sidiblog.org>; F. CERIONI, *Interessi finanziari dell’UE e “favor rei”: difficile ricerca dell’armonia delle fonti poste da ordinamenti giuridici diversi*, in *Corr. trib.*, 2015, fasc. 42, p. 4226 ss.; G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, fasc. 3 (web), consultabile su <http://www.archiviopenale.it>; A. DELLO RUSSO, *Disorientamenti sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di cassazione e giudici di merito*, *ivi*; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 10 dicembre 2015; M. GRISINI, *I termini di prescrizione per le grandi frodi fiscali sono incompatibili con l’ordinamento europeo*, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 40, p. 94 ss.; S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note*

termini di incidenza del diritto di matrice europea entro i confini nazionali, segnatamente in campo penale, mettendo in evidenza tutti i limiti che, in tale settore, riveste l'integrazione eurounitaria pungolata per mano giudiziale.

La pronuncia, nell'erigere un muro a difesa degli interessi finanziari dell'Unione, tocca, in particolare, uno snodo fondamentale di garanzie, qual è l'istituto della prescrizione, additato dai giudici di Lussemburgo, nella misura in cui consente di apporre, in caso di interruzione, un tetto massimo al decorso del tempo necessario per estinguere il reato (artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p.), alla stregua di un espediente suscettibile di compromettere significativamente la funzionalità del motore dell'intera macchina sovranazionale, costituito – *ça va sans dire* – dalle risorse economiche che alimentano l'agire europeo.

Nello specifico, dunque, l'asserita illegittimità della disciplina interna sulla prescrizione scaturirebbe non già di per sé, per effetto, cioè, della sua mera previsione in ambito nazionale, bensì in correlazione con la neutralizzazione della punizione che si verrebbe a realizzare in ragione del divieto legislativo di prolungare oltre un quarto il termine di prescrizione in presenza di atti interruttivi. L'impunità penale derivante dall'operatività di tale peculiare meccanismo di calcolo, ove non permetterebbe di giungere "utilmente" ad una sentenza definitiva di condanna, vanificherebbe, in pratica, l'effettività delle misure che, per espresso mandato europeo, dovrebbero essere allestite dagli Stati membri per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione².

Quale parametro di riferimento è stato assunto, invero, il disposto dell'art. 325 TFUE, dal quale sarebbe desumibile – secondo la prospettiva della Corte di giustizia – un duplice vincolo: l'obbligo di contrastare le frodi gravi lesive di interessi finanziari dell'Unione europea con sanzioni dotate di carattere effettivo e dissuasivo (art. 325, par. 1, TFUE) e il divieto di introdurre differenze di tutela tra le misure di contrasto di tali frodi e quelle pregiudizievoli di interessi soltanto nazionali (art. 325, par. 2, TFUE). Per mano del *dictum* in esame è stata offerta una lettura "forte" della predetta norma del Trattato, secondo cui essa sottenderebbe precipuamente il necessario impiego dell'armamentario penale quando si ha a che fare, in generale, con operazioni fraudolente di particolare gravità a danno

minime sulla sentenza Taricco, in *Arch. pen.*, 2015, fasc. 3 (web), consultabile su <http://www.archiviopenale.it>; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, *ivi*; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 29 ottobre 2015; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015, Grande Sezione, Taricco, causa C-105/14)*, *ivi*, 14 settembre 2015.

² Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, cit., punto 47.

delle casse dell’Unione³. Rispetto alla tutela di interessi di questo tipo non parrebbe accettabile, dunque, alcuna flessione di tutela: si spiegherebbe in questi termini l’epilogo della disapplicazione, a cui, se pure *sub condicione* – come si vedrà nel prosieguo – di una serie di verifiche complementari, il giudice nazionale, nell’ottica della leale collaborazione con le istituzioni europee, dovrebbe far ricorso sia allorquando la disciplina repressiva – data per assodata, appunto, nel caso di frodi “gravi” – è annullata anche soltanto per l’interferenza di istituti, pure legittimamente previsti dal diritto interno, condizionanti l’effettiva punibilità, sia, ancora, qualora essa risulti già in partenza monca perché disaggregata rispetto alla protezione di corrispondenti interessi nazionali.

All’evidenza, la contingenza delle c.d. frodi carosello per operazioni in regime di esenzione IVA (nella specie, si trattava dell’importazione di bottiglie di *champagne* cui era seguita l’evasione dell’imposta sul valore aggiunto per svariati milioni di euro) si è così rivelata per la Corte di giustizia l’occasione propizia per impartire, tra le pieghe di una decisione resa in via pregiudiziale, chiare indicazioni sulle modalità di repressione, in generale, delle frodi lesive delle finanze europee. Non è difficile scorgere, dietro il simulacro dell’intervento tecnico paventato a fronte del riscontrato *vulnus* agli obblighi di matrice sovranazionale, la richiesta ai giudici nazionali di rimediare, in via suppletiva, a ritenute insufficienze legislative – sia originarie che “di risultato” – dell’ordinamento interno rispetto alla salvaguardia di sovraordinati interessi europei.

Va detto fin da subito, però, che è una prospettiva del tutto “miope” quella che connette la rilevanza di tale pronuncia esclusivamente ai problemi nostrani della legalità penale e del *tempori cedere*. La sentenza di cui si discute spicca, infatti, anche nel contesto europeo, sotto un duplice profilo, di contenuto e di metodo, che meritano entrambi di essere adeguatamente approfonditi. Come si vedrà a breve, l’esito tranciante che parrebbe discendere dalla decisione della vicenda Taricco, si palesa, ad un esame un po’ più attento, meno scontato di quanto a prima vista potrebbe sembrare.

2. Una decisione apparentemente “neutra” nel contesto europeo

Sia chiaro: nonostante l’apparente fluidità delle premesse da cui muove, la sentenza della Corte di giustizia non è affatto “neutra” sul piano dei contenuti,

³ In questa prospettiva, implicitamente, l’impostazione della Corte di giustizia (cfr., specificamente, il punto 43), parrebbe offrire argomenti a sostegno di quanti ritengono che il disposto dell’art. 325 TFUE sia da considerarsi indicativo di un’autonoma e diretta competenza penale dell’Unione europea; cfr., in merito, diffusamente, A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area della lotta alle frodi*, cit.

bensì entra a gamba tesa nell'agone politico europeo; il *dictum* dei giudici di Lussemburgo, invero, dà un contributo significativo, di fatto, alla risoluzione di un "impasse" di natura politica tra le istituzioni dell'Unione.

L'affermazione, in sé netta, richiede di essere meglio argomentata.

Il dato di partenza è un passaggio perentorio della pronuncia Taricco, a proposito della nozione europea di frode, là dove si sostiene, senza esitazione alcuna, che essa includa "le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo le regole dell'Unione" (punto 41). In altre parole: non sembra esserci ombra di dubbio per la Corte europea sul fatto che le frodi in materia di imposta sul valore aggiunto siano lesive degli interessi finanziari dell'Unione e necessitino, pertanto, di presidio penale.

Eppure – a ben guardare – qualche dubbio avrebbe dovuto pur esserci, visto che è proprio su questo aspetto che si è registrata di recente una posizione di stallo tra le istituzioni europee che, dal luglio 2012, stanno discutendo, in codecisione, l'adozione di una proposta di direttiva "relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale" (c.d. proposta di direttiva PIF)⁴, in sostituzione dell'attuale convenzione "relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee", adottata con l'Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 (c.d. Convenzione PIF), e dei relativi protocolli collegati, che, per esplicita constatazione dello stesso organo proponente, si è rivelata, in quanto incentrata sulla cooperazione intergovernativa, uno strumento debole e poco efficace per la lotta alle frodi lesive degli interessi finanziari europei⁵.

Ebbene, l'inclusione dell'IVA nel concetto di "entrate" e, quindi, nell'oggetto stesso della direttiva che prevede una tutela penale armonizzata degli interessi finanziari europei tra gli Stati membri, è tuttora terreno di scontro tra la posizione, da un lato, della Commissione (proponente della direttiva), a sua volta sostenuta dal Parlamento europeo, e, dall'altro lato, quella del Consiglio.

Ad avviso della Commissione, infatti, le frodi IVA diminuiscono le entrate fiscali degli Stati membri e, conseguentemente, l'applicazione di un'aliquota uni-

⁴ Il testo della proposta di direttiva COM/2012/363 è consultabile in <http://eur-lex.europa.eu>. In argomento, cfr., da ultimo, A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2442 ss.

⁵ Cfr., al riguardo, la relazione della Commissione COM(2004)709 del 25 ottobre 2004 inerente l'"applicazione da parte degli Stati membri della convenzione alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e dei relativi protocolli", in http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/legal-framework-documents/709final_it.pdf, e la successiva relazione COM(2008)77 (c.d. "seconda relazione") del 14 febbraio 2008, in http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/legal-framework-documents/2008_77_en.pdf.

forme alla base imponibile IVA degli Stati membri, con un impatto non trascurabile sugli interessi finanziari dell’Unione europea⁶.

Di diverso parere le delegazioni di alcuni Stati membri⁷, secondo cui dal raggio applicativo della nuova direttiva dovrebbero rimanere escluse le risorse di questo tipo. La ragione di tale posizione – per quanto non esplicitata nei documenti finora pubblicati – è facilmente intuibile ed è, comunque, desumibile dalle stesse obiezioni che hanno accompagnato fin dall’origine il raggio operativo della Convenzione PIF che – come si è detto – è l’antecedente normativo dell’attuale proposta di direttiva, dal quale, non a caso, l’IVA è sempre stata tenuta fuori. Le maggiori resistenze sono per lo più legate alla procedura di esazione dell’IVA, che, a differenza dei dazi doganali e dei prelievi e contributi nel settore agricolo, non è una risorsa riscossa direttamente per conto dell’Unione; invero, all’Unione europea è versata, soltanto in seconda battuta, una percentuale della base imponibile di tale imposta, per cui, in pratica, nel caso delle frodi in materia di imposta sul valore aggiunto, tale organizzazione sovranazionale figurerebbe unicamente come danneggiata di rimbalzo rispetto alla vittima primaria, ossia il singolo ordinamento statale⁸.

In tale contesto, è evidente, quindi, che la recisa presa di posizione della Corte di giustizia con la sentenza Taricco si è risolta, di fatto, in un condizionamento – per quanto indiretto – della posizione del Consiglio (e quindi dei governi dei singoli Stati membri) nell’*iter* legislativo in corso.

Tanto è vero ciò che, trascorsa appena una settimana dalla decisione della Corte di Lussemburgo, si è registrato un intervento della Presidenza del Consiglio dell’Unione europea (17 settembre 2015) che, proprio alla luce degli sviluppi di tale pronuncia, ha sollecitato una riflessione sulle sue conseguenze in seno al Comitato di coordinamento in materia penale (CATS), composto da alti funzionari dei ministeri della giustizia e degli affari interni degli Stati membri, il quale – come noto – è chiamato a discutere, da un punto di vista strategico, i fascicoli nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria prima che essi siano trasmessi al comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER)⁹. Nonostante il persistere di opinioni divergenti, da tale confronto è emersa una possibile soluzione di com-

⁶ Cfr. la relazione della Commissione dell’11 luglio 2012, di accompagnamento della proposta di direttiva c.d. PIF, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁷ Cfr., al riguardo, la comunicazione della Presidenza del Consiglio dell’Unione europea n. 9421 del 13 maggio 2013, indirizzata al Gruppo “Diritto penale sostanziale” (tutela degli interessi finanziari), in <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9421-2013-INIT/it/pdf>.

⁸ A. MEREU, *La repressione penale delle frodi IVA. Indagine ricostruttiva e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 2011, p. 206.

⁹ Cfr. la comunicazione n. 12088 del 17 settembre 2015, “*Proposal for a Directive on the fight against fraud to the Union’s financial interests by means of criminal law (PIF Directive) – Judgment in case C-105/14 (Taricco)*”, in <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12088-2015-INIT/en/pdf>.

promesso su come trattare la questione in vista dei futuri negoziati con il Parlamento europeo nell'*iter* di codecisione; in particolare, è stata avanzata la proposta di includere, nel campo di applicazione della emananda direttiva PIF, le ipotesi di frodi IVA limitatamente ai casi di maggiore gravità, sì che la riflessione dovrebbe incentrarsi proprio sull'enucleazione dei criteri di distinzione di tali situazioni¹⁰, eventualmente facendo leva su una soglia da definire¹¹.

Come a dire: ciò che, nei fatti, si è realizzata è una larvata forma di pressione, che ha visto l'organo di giustizia europeo spostare l'ago della bilancia del dibattito politico in essere.

Anzi di più. Con la pronuncia in esame, invero, la Corte di giustizia ha finito, a ben guardare, per "scavallare" lo stesso legislatore europeo, puntando a realizzare, in modo pragmatico, *medio tempore*, quegli stessi obiettivi presi di mira dalla summenzionata proposta di direttiva che stenta tuttora a decollare¹²; da qui l'aggiramento di ogni possibile resistenza sul piano statale sulla base della chiara preferenza accordata ad un dialogo direttamente instaurato con i giudici nazionali.

3. *L'escamotage ermeneutico dei giudici di Lussemburgo: la "lisbonizzazione" della Convenzione PIF*

La Corte di Lussemburgo – sia bene inteso – è coerente con le sue pregresse prese di posizione, che non a caso vengono richiamate anche nella pronuncia Ta-

¹⁰ Cfr. la comunicazione n. 12549 del 1° ottobre 2015, "*Judgment in case C-105/14 (Taricco) – Implications for on-going files*", in <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12549-2015-INIT/en/pdf>.

¹¹ Per decidere il livello di gravità di un reato connesso alle frodi in materia di IVA, le delegazioni hanno suggerito di fissare una soglia pari o superiore a 100.000 euro o, ancora, di utilizzare come parametro il "valore dell'operazione" oppure il "danno" o il "vantaggio", vale a dire la perdita in termini di importo dell'IVA; cfr., in particolare, la comunicazione della Presidenza del Consiglio dell'Unione europea al Comitato dei rappresentanti permanenti n. 14281 del 24 novembre 2015, "Proposta di direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale – Stato dei lavori", in <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14281-2015-INIT/it/pdf>.

¹² Per un quadro aggiornato dello stato dei lavori cfr. la comunicazione della Presidenza del Consiglio dell'Unione europea al Comitato dei rappresentanti permanenti n. 9301 del 27 maggio 2016 e la successiva comunicazione della Presidenza al Consiglio n. 9804 del 3 giugno 2016, intervenute nelle more di pubblicazione del presente fascicolo; entrambi i documenti anzidetti danno di una serie di disposizioni che potrebbero essere incluse nel progetto di direttiva PIF in vista di un compromesso futuro con il Parlamento europeo sul tema, rilevando, in particolare, che "l'accento dovrebbe essere posto sulle forme più gravi di frode IVA, come la frode carosello, la frode intracomunitaria dell'operatore inadempiente, con danni complessivi pari ad almeno 1.000.000 euro, a prescindere da se siano coinvolti uno o più Stati membri, e il reato dovrebbe consentire di perseguire tutte le persone implicate, anche se le loro azioni prese singolarmente appaiono di fatto meno gravi".

ricco¹³, là dove si individua un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA, da un lato, e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dall'altro, e si sottolinea, conseguentemente, che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde. Il rilievo assume, nello specifico, come parametro di riferimento l'art. 2, par. 1, lett. *b*, della decisione del Consiglio 2007/436/ CE, EURATOM del 7 giugno 2007, applicabile all'epoca dei fatti, ma rimasto sostanzialmente invariato pure nella versione attuale¹⁴, che, in relazione al sistema di riscossione delle risorse proprie dell'Unione considera, appunto, tali anche le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme, valida per tutti gli Stati membri, agli imponibili IVA armonizzati, determinati secondo le regole del diritto europeo. È questo, però, un aspetto distinto dal riconoscere – come fa invece la sentenza Taricco in termini di assoluta novità rispetto ai propri precedenti – che le frodi al bilancio europeo siano inclusive delle ipotesi di gravi frodi in materia di IVA che, pertanto, in ragione di ciò, devono risultare passibili di sanzioni penali effettive e dissuasive.

L'operazione che fa la Corte di giustizia nella vicenda in esame è piuttosto arida sul piano ermeneutico ed è scomponibile, essenzialmente, in tre passaggi logici.

Il percorso argomentativo seguito dai giudici di Lussemburgo (cfr. punto 40 della sentenza) muove, infatti, dall'art. 2, par. 1, della menzionata Convenzione PIF del 1995, per effetto del quale gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché siano irrogate alle condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà". Da qui si dà àdito, poi, ad una interpretazione estensiva della nozione di frode rilevante ai fini dell'applicazione della predetta convenzione. In altri termini: si ritiene che la nozione dell'art. 1 della Convenzione PIF includa "le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo le regole dell'Unione" (cfr. punto 41 della sentenza). Sennonché, nel fare ciò, i giudici di Lussemburgo non sembrano tenere conto (consapevole dimenticanza?) né del dibattito che da tempo insiste sull'esatto raggio operativo della Convenzione PIF sulle frodi lesive degli interessi finanziari europei e i relativi protocolli sulla corruzione e sul riciclaggio di denaro, né del

¹³ La sentenza Taricco menziona, espressamente, al punto 38, la pronuncia della Corte giust., grande sez., 26 febbraio 2013, C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, punto 26 e la giurisprudenza ivi richiamata che, tuttavia, si riduce, essenzialmente, alla decisione della Corte giust., grande sez., 15 novembre 2011, C-539/09, Commissione europea c. Repubblica Federale di Germania, punto 72; tutte le sentenze citate sono reperibili in <http://curia.europa.eu/juris>.

¹⁴ Il riferimento è all'art. 2, par. 1, lett. *b*, della decisione del Consiglio del 26 maggio 2014 (2014/335/UE, EURATOM) "relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea della decisione del Consiglio del 26 maggio 2014", il cui testo è consultabile in <http://eur-lex.europa.eu>.

dibattito che – come si è detto – continua ancora ad imperversare anche con la nuova proposta di direttiva, la quale nasce con il dichiarato obiettivo di superare, con uno strumento più efficace, proprie le disomogeneità applicative della predetta convenzione. Al riguardo, invero, è la stessa Relazione esplicativa della Convenzione PIF ad escludere espressamente l’IVA dal suo campo di applicazione¹⁵, e non è un caso che lo stesso Avvocato generale, nelle sue conclusioni, abbia sentito l’esigenza di diffondersi in argomentazioni volte al superamento del dato testuale anzidetto¹⁶.

Sulla scorta di tali premesse – ritenute inoppugnabili, ma che come si è visto in realtà così non sono – la Corte di giustizia finisce, da ultimo, per introdurre surrettiziamente il dato convenzionale nel testo dell’art. 325 TFUE (“lotta contro la frode”), assunto come corretto termine di relazione della sollevata censura di illegittimità europea. Siffatta operazione è evidente nella parte in cui i giudici di Lussemburgo desumono dall’art. 325 TFUE, l’obbligo di “infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione” (punto 58 della sentenza e relativo dispositivo), senza che, però, il riferimento alla gravità delle condotte fraudolente in pregiudizio delle finanze europee sia mai menzionato dalla norma del Trattato; quest’ultima, invero, nel primo paragrafo, si limita a contenere un’indicazione di carattere programmatico (testualmente la norma prevede: “l’Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione”) e ad esprimere, nel secondo paragrafo, un principio di coerenza legislativa (testualmente: “Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari”).

Ciò che la Corte di giustizia realizza è, dunque, una vera e propria operazione di *maquillage* ermeneutico: attraverso il riferimento al concetto di “frode grave” si è di fatto provveduto alla “lisbonizzazione” della Convenzione PIF, ossia all’assorbimento di tale strumento normativo – i cui limiti di vincolatività già sono stati messi in evidenza – all’interno di una norma del Trattato di Lisbona, dotata, invece, di forza cogente.

¹⁵ Il testo della citata relazione, approvata dal Consiglio il 26 maggio 1997, è reperibile in *G.U.C.E.*, 23 giugno 1997, C 191, p. 1 ss.; cfr., segnatamente, il commento all’art. 1 (definizione di frode e incriminazione), par. 1, a p. 4.

¹⁶ Cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 30 aprile 2015, par. 93-105, in <http://curia.europa.eu/juris>.

Per inciso: non è del tutto indifferente che la Corte di giustizia abbia deviato l'attenzione dalla direttiva 2006/112/CE – pure richiamata dal giudice remittente e che ha offerto ai giudici europei l'unico appiglio per tenere in piedi la domanda pregiudiziale, salvo poi immediatamente discostarsene (cfr., *infra*, § 4) – sull'art. 325 TFUE. Invero, soltanto in caso di rilevato contrasto con una norma dotata di efficacia diretta nell'ordinamento interno (*id est*: le norme dei Trattati, i regolamenti e le direttive *self-executing*) è possibile per il giudice nazionale procedere alla disapplicazione.

Difficile non scorgere, in filigrana, una soluzione deliberata e di comodo. In quanto norma primaria del diritto dell'Unione, l'art. 325 TFUE ha l'effetto di rendere *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente. Diversamente, la violazione degli obblighi imposti da una direttiva non potrebbe ripercuotersi negativamente sui singoli, posto che, per giurisprudenza consolidata¹⁷, “una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni”.

4. *L'obliterazione del rinvio pregiudiziale in una pronuncia di sostanziale inadempimento*

L'impressione che si trae, ponendo in correlazione il “chiesto” (i quesiti pregiudiziali formulati dal G.u.p. del Tribunale di Cuneo)¹⁸, con la riformulazione del “chiesto” (il quesito suppletivo autonomamente individuato dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni)¹⁹, e il successivo “pronunciato” (la decisione europea nel caso Taricco), è che la Corte di giustizia, nonostante la praticabilità del *commodus discessus* dell'irricevibilità²⁰, non volesse perdere l'occasione

¹⁷ Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, cfr. Corte giust., grande sez., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi, punto 44, in *Racc. giur. C. giust.*, 2005, p. I-3565 ss.; ID., sez. II, 11 novembre 2004, C-457/02, Niselli, punto 29, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 588 ss. Sul medesimo principio di diritto, *ex plurimis*, cfr. già Corte giust., sez. V, 11 giugno 1987, Pretore di Salò c. ignoti, punto 20, in *Racc. giur. C. giust.*, 1987, p. 2545 ss.; ID., sez. VI, 8 ottobre 1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen BV, punto 13, *ivi*, p. 3969 ss.; ID., sez. IV, 26 settembre 1996, C-168/95, Arcaro, punto 37, *ivi*, 1996, p. I-4705 ss.

¹⁸ Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, G.u.p. dott. A. Boetti, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7 febbraio 2014, *ivi* con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*

¹⁹ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, cit., §§ 74-78.

²⁰ In tal senso, cfr. le riflessioni di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*, cit., nonché di F. CAPOTORTI, *Verso un revirement della Corte di giu-*

per alcune puntualizzazioni in grado di rafforzare le basi costituzionali dell'Unione europea, sulla scia del precedente più prossimo in tal senso, se pure riguardante un ambito diverso, ossia la sentenza Melloni²¹.

Facendosi condurre per mano dall'Avvocato generale Kokott, i giudici europei si sono ritagliati, strategicamente, un autonomo *petitum*. A chiare lettere, infatti, vengono messi da parte gli interrogativi posti dal G.u.p. di Cuneo in merito alla asserita violazione della normativa europea in tema di concorrenza (art. 101 TFUE), di "aiuti di Stato" (art. 107 TFUE), di "finanze sane" (art. 119 TFUE), che non si lesina ad apostrofare come palesemente inconferenti; la Corte di Lussemburgo "risparmia", invero, soltanto la censura che ha investito la direttiva 2006/112/CE, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, salvo poi rilevarne subito l'erroneità del richiamo – facente riferimento soltanto all'art. 158, par. 2, della citata direttiva – da parte del giudice remittente e puntare tutto, come si è detto, sull'art. 325 TFUE. Come a dire: il G.u.p. di Cuneo ha intuito la potenziale illegittimità europea della normativa interna sull'interruzione della prescrizione, ma non è riuscito a inquadrarla correttamente. Nessun problema – sembra leggersi tra le righe della pronuncia in esame – basta che sia instillato il dubbio di conformità alla normativa europea, al resto ci pensa poi la Corte di giustizia (con l'aiuto, nella specie, dell'Avvocato generale).

Al riguardo, invero, è piuttosto abile l'Avvocato generale Kokott: fornisce una personale lettura di ciò che il G.u.p. di Cuneo voleva chiedere alla Corte di giustizia, ma non ha in realtà mai chiesto. Ed è così persuasiva che, anche nella pronuncia dei giudici di Lussemburgo, ne esce completamente riplasmato l'oggetto del giudizio: è la Corte di giustizia che – indotta dalla bontà degli argomenti dell'Avvocato generale – parla al posto del giudice remittente; solo per come rimodulata la questione diviene determinante.

Sia chiaro: tutto – sebbene discutibile – sembrerebbe rientrare nella normale prassi dei ricorsi di natura pregiudiziale, che sfiorano l'auto-proposizione del quesito. Pare, infatti, che sia usuale un approccio sostanzialistico della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali²²; tale profilo, unito alla generale presunzione di rilevanza dei quesiti posti ha, conseguentemente, una portata dirompente sulla ricevibilità della domanda pregiudiziale avanzata dal giudice nazionale. E questo

stizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e A., in <http://www.eurojus.it>, 20 luglio 2015.

²¹ Corte giust., grande sez., 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal, in <http://curia.europa.eu/juris>. Su tale pronuncia, cfr. G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla "sentenza Melloni"*, nonché C. CUPPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, entrambi in *Criminalia*, 2013, rispettivamente, a p. 301 ss. e p. 339 ss.

²² Così C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit.; cfr., in particolare, § 2.

perfino quando, come nel caso di specie, la censura di illegittimità europea sollevata riflette uno scrupolo giustizialista dell'organo remittente, privo di immediata attualità; basti considerare, del resto, che, alla data dell'udienza preliminare, la prescrizione per gli illeciti *sub iudice* sarebbe maturata, per taluni imputati, soltanto quattro anni dopo²³.

Atteso tutto ciò, viene quasi spontaneo chiedersi cosa resta del rimedio concepito per assicurare un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione; sulla scorta del rinvio pregiudiziale codificato dall'art. 267 TFUE, infatti, si interroga la Corte di giustizia sulla interpretazione o sulla validità di un atto europeo, quando la sua applicazione sia necessaria in sede di contenzioso.

Ebbene la pronuncia in questione diventa l'occasione per puntare il dito, dietro l'esigenza di effettività nella lotta alle frodi europee, contro una disfunzionalità sistemica dell'ordinamento nazionale, data per acquisita, ma in realtà non indagata dai giudici di Lussemburgo che, sul punto, si sono completamente adagiati sui *cliché* proposti nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, sì da dedurne in modo incondizionato (e, per la verità, apodittico) l'incidenza negativa sulle finanze dell'Europa, cui è indissolubilmente collegata l'esistenza di tale organizzazione sovranazionale.

A ben guardare, quella in esame è una sentenza di inadempimento mascherata da pronuncia interpretativa. Se dovesse passare la linea della Corte di giustizia si verrebbero in pratica ad addossare all'imputato le conseguenze di una violazione sistematica riferibile, in realtà, semmai al solo Stato²⁴. Molteplici, del resto, possono essere i fattori causativi della lentezza del procedimento penale che possono portare allo spirare del termine di prescrizione, i quali, senz'altro, non sono semplicemente da imputare a strategie dilatorie esclusive della difesa²⁵; ciò può dipendere anche dalle modalità di amministrazione della stessa giustizia. Non bisogna dimenticare, d'altra parte, che, nella vicenda pendente innanzi al G.u.p. di

²³ G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, cit., p. 6, osserva che "non può non rilevarsi come la questione sollevata dal g.u.p. di Cuneo apparisse in gran parte 'virtuale' e meramente ipotetica, così che il ricorso alla Corte di Lussemburgo pare quasi assumere le vesti meramente consultive, piuttosto che *stricto sensu* giurisdizionali".

²⁴ Con riguardo alla sentenza Taricco si è parlato di "effetto orizzontale 'invertito'" o, ancora, di "effetto orizzontale precipuamente in danno del cittadino"; così, rispettivamente, A. CIAMPI, *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Lis*, fasc. 3-4, p. 113 ss. e D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in www.legislazionepenale.eu, 5 febbraio 2016.

²⁵ Cfr., *amplius*, D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, cit.; cfr., altresì, F. GIUNTA, *Oltre l'avversione imprescrittibile per la prescrizione penale*, in *Giust. pen.*, 2015, II, c. 186; D. PULITANO, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 1, p. 22.

Cuneo, la lunghezza del procedimento, relativo a fatti commessi dal 2005 al 2008, ma che al 2015 versava ancora nella fase dell'udienza preliminare, è dipesa da una pluralità di circostanze, tra cui, segnatamente, la regressione – dall'ordinanza non si comprendono le ragioni purtroppo – del procedimento alla fase delle indagini preliminari, nonché l'intervenuta modifica della geografia giudiziaria, che ha portato alla soppressione della sede di Mondovì, originariamente competente, in favore del trasferimento del giudizio a Cuneo.

Senza contare che, per loro natura, le stesse eccezioni difensive sollevate in fase processuale corrono, fisiologicamente, sul filo di lama dell'esercizio di legittimi diritti di garanzia e di sfruttamento – anche indiretto – dei tempi del processo, consentito nella misura in cui non si risolva in un abuso.

5. *La disapplicazione come rimedio necessario?*

La problematicità delle verifiche rimesse al giudice del rinvio

Al di là della plausibilità della ricostruzione interpretativa operata dalla Corte di Lussemburgo e dei rilievi concernenti la strumentalizzazione della richiesta pregiudiziale, resta il fatto che, di certo, quanto finora osservato – sia la problematicità dell'inclusione delle frodi in materia di IVA nel novero delle frodi contro gli interessi finanziari europei, sia l'*escamotage* interpretativo in forza del quale soltanto si irrobustisce il significato della norma del Trattato assunta come parametro di legittimità – offre argomenti per fare quanto meno dubitare che, anche quando rilevato l'asserito contrasto tra la disciplina interna in tema di interruzione della prescrizione e il vincolo sovranazionale di riferimento, ne discenda, di riflesso, un immediato effetto disapplicativo a carico del giudice nazionale. Il punto merita attenzione perché, in effetti, la sentenza Taricco è valsa ad avallare immediatamente epiloghi differenti sul fronte interno, aprendo, da un lato, alla effettiva disapplicazione del combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma e 161, comma 2, c.p., nella premessa della sua illegittimità europea²⁶, e, dall'altro lato, all'intervento della Consulta, chiamata a vagliare, invece, la compatibilità della legge di esecuzione del Trattato di Lisbona (art. 2, l. 2 agosto 2008, n. 130) con il principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost., nella misura in cui

²⁶ In questo senso si è mossa Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pennacchini, in *Ced. rev.* 266121; per un primo commento della pronuncia, cfr., G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *Arch. pen.*, 2016, fasc. 1 (web), consultabile su <http://www.archiviopenale.it>; F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in <http://www.penale-contemporaneo.it>, 22 gennaio 2016.

l’art. 325 TFUE consentirebbe, a seguito della disapplicazione delle norme interne, il prolungamento del termine prescrizionale con effetti *in malam partem*²⁷.

Al di là delle diverse strade seguite dai giudici nazionali, su cui si tornerà nel prosieguo, per la verità, è già la stessa Corte di giustizia a contenere, in linea di principio, il ricorso alla disapplicazione, subordinando l’utilizzabilità del rimedio all’esito di alcune verifiche ponderate finalizzate alla rilevazione dell’effettivo contrasto con la regolamentazione giuridica europea.

Segnatamente il giudice nazionale è chiamato ad una sorta di valutazione di sociologia giudiziaria: per poter disapplicare, infatti, egli, deve prima accertare che la normativa interna in tema di interruzione degli effetti della prescrizione (e in particolare la fissazione di un tetto massimo al decorso di tale termine) impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive “in un numero considerevole di casi di frode grave” che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea. In alternativa a tale verifica – e quindi in modo del tutto indipendente da essa – il giudice nazionale deve assicurarsi che per i casi di frodi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato non siano previsti termini di prescrizione più lunghi di quelli per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione.

È piuttosto inusuale il *modus operandi* della Corte di giustizia, che, invero, abbandona, pur trattandosi di una pronuncia interpretativa, l’esplicazione del significato della disposizione europea che si assume violata, per spostare l’attenzione esclusivamente su ciò che il giudice del rinvio è chiamato ad effettuare in esecuzione del *dictum* di provenienza sovranazionale²⁸.

Sotto questo profilo, l’incedere argomentativo dei giudici di Lussemburgo risulta a tratti incerto e lo stesso dispositivo non ripropone alcuni passaggi netti che sorreggono la motivazione della soluzione offerta ai quesiti proposti in via pregiudiziale. Non è chiaro, ad esempio, se il presidio imposto dall’art. 325 TFUE si riferisca alla necessaria predisposizione di sanzioni penali; infatti, mentre in alcuni passaggi ciò è detto espressamente (cfr. punto 43 della sentenza: “Orbene, dall’insieme delle considerazioni svolte [...] emerge che gli Stati membri devono assicurarsi che siffatti casi di frode grave siano passibili di sanzioni penali dotate, in particolare, di carattere effettivo e dissuasivo”), tale riferimento scompare poi nel dispositivo finale.

²⁷ Così, App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 21 settembre 2015, ivi con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE: la Corte d’appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i ‘controlimiti’*.

²⁸ L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 10 dicembre 2015, pp. 3-4, osserva, in particolare, che ciò che si chiede al giudice è “una valutazione avente natura politico-criminale”, spettante in realtà al legislatore.

La Corte di giustizia utilizza – all’evidenza – un linguaggio volutamente dribblante, probabilmente rendendosi conto di forzare la prescrizione programmatica dell’art. 325 TFUE; da qui, verosimilmente, la scelta di porre “sotto condizione” la praticabilità della disapplicazione, per quanto sulla base di una serie indicazioni che, nella loro non univocità, rischiano, da un lato, di far smarrire l’interprete e, dall’altro lato, di prestare il fianco a possibili usi disinvolti della pronuncia europea estendendone oltre misura la relativa portata.

5.1. *I casi di frode (grave) lesivi degli interessi finanziari dell’Unione europea*

Un aspetto che rimane indubbiamente in ombra concerne l’area di asserito contrasto con l’art. 325 TFUE. In sede di motivazione, invero, le valutazioni della Corte di giustizia, pur prendendo in considerazione l’ambito delle frodi in materia di IVA (il procedimento pendente innanzi al G.u.p. di Cuneo, da cui è originato il rinvio pregiudiziale, riguardava, in particolare, un’ipotesi di associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei reati di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74/2000), si sono allargate fino a ricomprendere, in generale, tutte le ipotesi di frodi alle finanze europee e, in alcuni passaggi, anche le altre attività illecite, pure prive di carattere fraudolento, pregiudizievoli per tali interessi, sulla scia dell’ampia formulazione dell’art. 325 TFUE²⁹.

Se si guarda, però, al dispositivo della pronuncia Taricco, come ricordato, in relazione all’obbligo imposto dall’art. 325, par. 1, TFUE, a venire in rilievo sono soltanto “i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea”. In coerenza con tale assunto, l’ambito di attrito con la prescrizione di matrice europea dovrebbe definirsi attraverso il richiamo *per relationem* delle ipotesi qualificate come “frode grave” nel contesto della convenzione PIF attualmente in vigore. Ne risulterebbero, pertanto, ricomprese le condotte specificamente indicate nell’art. 1 della predetta convenzione rispondenti al parametro economico individuato dal successivo art. 2, par. 1, secondo cui, infatti, “dev’essere considerata frode grave qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro”, che, comunque, per espressa indicazione del legislatore sovranazionale, “non può essere superiore a 50 000 ECU”.

Fermo restando, dunque, il rispetto di tale parametro economico, costituirebbero frodi lesive degli interessi finanziari europei i casi di “frode in materia di spese”, ossia “qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all’utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale comunitario o dai bilanci gestiti dalla CE o per suo conto; alla mancata

²⁹ Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, cit., punti 37 e 50.

comunicazione di un’informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto; alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi”, nonché le ipotesi di “frode in materia di entrate”, ossia “qualsiasi azione o omissione intenzionale relativa all’utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale comunitario o dai bilanci gestiti dalla CE o per suo conto; alla mancata comunicazione di un’informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto; alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto”.

Per quanto concerne, invece, l’obbligo imposto dall’art. 325, par. 2, TFUE, non è chiaro se debba trattarsi sempre di “frodi gravi”: anche qui, infatti, le indicazioni provenienti dalla pronuncia Taricco sono fuorvianti, posto che, mentre al punto 43 della motivazione si afferma che “le misure intraprese a tale riguardo devono essere le stesse che gli Stati membri adottano per combattere i casi di frode di pari gravità che ledono i loro interessi finanziari”, il riferimento scompare poi più avanti – cfr. punto 58 – e nel dispositivo.

Com’è facilmente intuibile, la questione della corretta enucleazione del punto di interferenza con l’obbligo di matrice europea, varia a seconda della linea interpretativa che si intende privilegiare. Non solo. Essa, infatti, assume una sua specifica problematicità in considerazione delle conseguenze extraprocessuali di regola correlate alle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia, che, ferma la possibilità di costituire oggetto di nuovo sindacato in caso di incertezza sulla loro portata (cfr. art. 158 Reg. Corte Giust.), in quanto pronunce di interpretazione o di validità del diritto dell’Unione europea, producono effetti anche per gli altri giudici nazionali diversi da quello del rinvio.

Non si può, dunque, escludere *a priori* che la questione della disapplicazione venga a porsi anche in contesti diversi dalle frodi IVA che hanno occasionato l’intervento della Corte di giustizia nella vicenda Taricco³⁰; si pensi, ad esempio, ai procedimenti aventi ad oggetto casi di “malversazione a danno dello Stato” (art. 316-*bis* c.p.); di “indebita percezione di erogazioni pubbliche” (art. 316-*ter* c.p.) o di “truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche” (art. 640-*bis* c.p.)³¹.

Senza contare che: 1) già la Convenzione PIF e i suoi protocolli includono tra i reati interessati dalla normativa, oltre alla frode, anche le ipotesi di corruzione e

³⁰ Prende in considerazione tale eventualità anche Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pennacchini, cit.; la questione, tuttavia, pur costituendo un aspetto controverso della sentenza Taricco, non è affrontata specificamente dal Supremo Collegio in quanto ritenuta “irrilevante” per la soluzione del giudizio in essere.

³¹ Per analoghi rilievi cfr. G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, cit., pp. 4-5.

riciclaggio, suscettibili, peraltro, di ulteriore estensione, nel contesto della nuova proposta di direttiva COM/2012/363, orientata a ricomprendere pure comportamenti fraudolenti negli appalti comunitari o nelle procedure di assegnazione di fondi e l'appropriazione indebita commessa da pubblici ufficiali, sempre in danno delle finanze europee; 2) la stessa nozione di frode in materia IVA non è univoca, posto che non è chiaro se essa ricomprenda unicamente la repressione dei comportamenti fraudolenti in materia di imposta sul valore aggiunto tipizzati dagli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74/2000, o anche qualsiasi altro reato che comporti, in concreto, evasione dell'IVA (ad esempio, l'omessa dichiarazione *ex art. 5* d.lgs. n. 74/2000; l'omesso versamento di tributo *ex art. 10-ter* d.lgs. n. 74/2000) o, in generale, un pregiudizio alle finanze europee (ad esempio, reati in materia doganale e reati che tendono ad evadere il pagamento e la riscossione dei dazi e prelievi agricoli, come nelle ipotesi di contrabbando).

In relazione ai reati tributari, peraltro, si pone l'ulteriore problema di capire se il contrasto coinvolga o meno le fattispecie commesse dopo l'entrata in vigore delle modifiche apportate al d.lgs. n. 74/2000 dalla l. 24 settembre 2011, n. 148, con la quale è stato convertito il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (rilevante, al riguardo, è la modifica che ha determinato l'allungamento del tempo di prescrizione per effetto del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 17 d.lgs. 74/2000), cui vanno sommate anche le modifiche sanzionatorie disposte dal recente d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

Merita, al riguardo, un rilievo. A seguito delle modifiche apportate, infatti, l'ordinario termine di prescrizione dei reati tributari (sei anni) è stato incrementato di un terzo (elevato quindi a otto anni); l'operatività di eventuali fattori interruttivi, conseguentemente, porta il tetto massimo della prescrizione a dieci anni. È singolare osservare che, se mai dovesse entrare in vigore la nuova proposta di direttiva europea in materia di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, la disciplina interna risulterebbe pienamente conforme. Rilevando proprio nella prescrizione uno degli ostacoli maggiore all'uniformizzazione della disciplina in materia tra gli Stati membri, la nuova proposta della Commissione contiene un'espressa disposizione sulla prescrizione: l'art. 12, in particolare, prevede un termine minimo di prescrizione per tali reati che non sia inferiore a cinque anni di pena detentiva, prorogabile fino a non meno di dieci anni.

5.2. *L'ulteriore verifica di tipo "quantitativo"*

Ai fini della disapplicazione non basta, comunque, identificare quali siano i casi di frodi lesive degli interessi finanziari europei. Per far valere il contrasto con l'art. 325, par. 1, TFUE, invero, il giudice nazionale, deve verificare che la sterilizzazione delle misure punitive per effetto delle regole di diritto interno in caso di interruzione della prescrizione avvenga "in un numero considerevole di casi".

Al giudice nazionale è così imposta, dunque, un’ulteriore verifica che, pur assestandosi su un dato di tipo quantitativo, soltanto in apparenza è limitativa dell’attività discrezionale giudiziale.

Pressoché tutti i primi commentatori della sentenza hanno incentrato la loro attenzione sull’astrusità di tale indicazione fornita dalla Corte di Lussemburgo, quasi che il giudice penale dovesse assumere le vesti di un esperto di scienze statistiche³². In siffatto contesto si è, pertanto, distinta, la successiva presa di posizione della Corte di Appello di Milano che, non convinta della disapplicabilità della disciplina interna auspicata dalla Corte di giustizia, ha condivisibilmente ritenuto di investire della questione della portata della sentenza Taricco la Corte costituzionale³³, rilevando, nella specie, un conflitto con l’art. 25, comma 2, Cost.³⁴.

La Corte milanese ha dato una lettura pragmatica e se si vuole anche più coerente con l’indice di gravità delle frodi che sono prese in considerazione dalla Corte di giustizia. I due termini – “numero considerevole di casi” e “frodi gravi” – costituiscono, dal suo punto di vista, un binomio inscindibile: il pregiudizio per gli obblighi europei non si realizza, infatti, nel caso dell’occasionale disfunzione, ma a fronte di infrazioni seriali, quando cioè si ha a che fare con plurime violazioni, le quali possono essere accertate anche nell’ambito dello stesso procedimento *sub iudice*. Così, nel caso pendente proprio innanzi ai giudici milanesi, che concerneva un “numero esorbitante di operazioni fraudolente oggetto di contestazione, eseguite tramite l’interposizione strumentale di numerose società nazionali ed estere, ripetute nell’arco di circa tre anni, con il coinvolgimento di mezzi, uomini, strutture e organizzazione di elevata efficienza e comportanti l’evasione

³² C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit., § 6; G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, cit., p. 11; S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, cit., p. 3; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015, Grande Sezione, Taricco, causa C-105/14)*, cit., p. 8.

³³ App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, cit.

³⁴ Occorre dare conto che, nelle more di pubblicazione del presente fascicolo, analoga censura di legittimità costituzionale è stata sollevata successivamente da Cass. pen., sez. III, 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, Cestari, in *www.foroitaliano.it* e da Cass. pen., sez. III, 31 marzo 2016, Adami, le cui motivazioni non sono state ancora depositate. La citata pronuncia Cestari, in particolare, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell’art. 2, l. 2 agosto 2008, n. 130, che ordina, nel nostro ordinamento, l’esecuzione del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, per contrasto, oltre che con l’art. 25, comma 2, Cost., anche con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, e 101, comma 2, Cost., i quali – ad avviso della Suprema Corte – connoterebbero “in termini imprescindibili” l’identità costituzionale del nostro ordinamento.

dell’IVA (una quota della quale, come noto, deve essere girata automaticamente al bilancio europeo) per svariati milioni di euro”³⁵.

Non è escluso, quindi, che, sulla scorta della soluzione praticata dalla Corte di Appello di Milano, il requisito individuato dalla Corte di giustizia venga di fatto svalutato in sede applicativa, dando rilevanza, essenzialmente, all’entità dei danni cagionati dalle condotte poste in essere.

Ed invero in questa direzione sembra essersi mossa anche la Corte di cassazione³⁶, la quale, nell’optare – a differenza della Corte milanese – per la disapplicazione delle norme interne che fissano un tetto massimo al decorso del termine di prescrizione in caso di interruzione, ha finito per valorizzare, sotto questo specifico profilo, un parametro di tipo economico. Nella prospettiva del Supremo Collegio, infatti, la gravità delle frodi IVA passa per la consistenza degli importi evasi per ciascun periodo di imposta. Pur rilevando la problematicità della questione “se, per valutare la gravità ci si debba limitare ai singoli reati oppure se si debba avere riguardo alla totalità di tutti i reati posti in continuazione, tenendo o meno conto anche dei reati dichiarati estinti per prescrizione”, i giudici di legittimità evitano di prendere posizione, ritenendo irrilevanti tali interrogativi nella vicenda *sub iudice*. Nella specie, infatti, si trattava di una frode IVA posta in essere mediante l’utilizzo di false fatture per operazioni soggettivamente inesistenti relative a diverse annualità, con consistente evasione di IVA per ciascun periodo di imposta, per cui “sia valutando la totalità dell’evasione per tutti i reati, sia valutando le evasioni per i singoli reati”, risultava comunque raggiunta la soglia di gravità richiesta ai fini della disapplicazione.

5.3. *Il vincolo di coerenza legislativa imposto dall’art. 325, par. 2, TFUE*

Sulla scorta della sentenza Taricco, in alternativa alla complicata dimostrazione dell’ineffettività della disciplina interna, il giudice nazionale potrebbe, in ogni caso, rilevare il contrasto con la normativa europea segnalando l’incoerenza delle scelte operate dal legislatore del singolo Stato membro rispetto a quelle messe in opera dall’Unione. Il vincolo discendente dall’art. 325, par. 2, TFUE, verrebbe ad assumere, in questo modo, una sua autonoma valenza³⁷, in un certo senso semplificando la verifica rimessa all’organo giudiziale interno.

Del resto, già la Corte di giustizia (ma l’argomentazione è ripresa anche, se pure in prospettive differenti, dalla Corte di Appello di Milano e dalla Corte di

³⁵ Così specificamente App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, cit. Negli stessi termini ha ragionato Cass. pen., sez. III, 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, Cestari, cit.

³⁶ Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pennacchini, cit.

³⁷ C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit.

cassazione) ha messo in evidenza come i reati fiscali, le truffe e l’associazione per delinquere produttivi di una lesione degli interessi finanziari dell’Unione europea siano essi stessi soggetti a termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per il reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, c.d. Testo unico in materia doganale), pregiudizievole dei soli interessi finanziari dello Stato italiano³⁸. Detta norma, infatti, è inclusa nell’art. 53, comma 3-*bis*, c.p.p., per cui rispetto a tale reato, al verificarsi di atti interruttivi, il termine di prescrizione decorre nuovamente per intero, senza l’apposizione di alcun limite all’estensione del prolungamento complessivo.

Il richiamo dell’art. 325, par. 2, TFUE, deve essere, tuttavia, correttamente inteso. Nella misura in cui la prescrizione anzidetta si rivolge al legislatore statale, esprimendo un principio di coerenza tra ordinamento interno e sistema sovranazionale, non veicola alcun obbligo di penalizzazione³⁹. Da qui il verificarsi di un possibile paradosso: anche quando, in ambito interno, l’analogo bene giuridico è assistito da tutela penale, da ciò non deriva, automaticamente, l’obbligo per il legislatore nazionale di estendere tale tutela al corrispondente interesse europeo, restando pur sempre libero di scegliere, in ipotesi, anche la via della decriminalizzazione del corrispondente valore nazionale; il dato che conta, infatti, è che sia garantita in relazione al bene sovranazionale una tutela equivalente⁴⁰.

Esclusa la violazione dell’art. 325, par. 2, TFUE, per questa via, però, potrebbe riaffiorare la violazione del paragrafo 1 della medesima disposizione del Trattato e con essa tutti i problemi che in precedenza sono stati analizzati.

5.4. *La compatibilità con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale*

Il rimedio della disapplicazione non deve risolversi – ammonisce la Corte di giustizia – in un pregiudizio per la tutela dei diritti fondamentali degli interessati⁴¹; la verifica del loro rispetto, costituisce, invero, un ulteriore elemento di integrazione della valutazione che il giudice nazionale deve necessariamente effettua-

³⁸ Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, cit., punto 48.

³⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, Ets, 2009, p. 241.

⁴⁰ Cfr. C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell’ordinamento comunitario*, in *Ordinamento penale e fonti non statali. L’impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, a cura di C. Ruga Riva, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 143-144, secondo cui l’assimilazione “piuttosto che esprimere un obbligo di incriminazione penale, sembra esprimere un principio di buona fede nell’adempimento degli obblighi comunitari e di coerenza interna nella tecnica di formazione”.

⁴¹ Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, cit., punto 53.

re prima di ritenere *tamquam non esset* la disciplina interna per effetto del ritenuto contrasto con la normativa europea.

Siffatta apertura di credito è, però, subito contratta dall'organo di giustizia sovranazionale; pur sollecitando sul punto una più attenta indagine da parte dei giudici nazionali, nondimeno, la Corte europea non rinuncia a instradare le loro successive considerazioni, finendo, in pratica, per offrire una personale soluzione della questione che, non a caso, viene liquidata come ap problematica.

Ad avviso dei giudici di Lussemburgo, infatti, “la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di conseguire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana”, senza con ciò violare “i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea]”⁴² e, segnatamente, il divieto di retroattività della legge penale. Nel caso di specie – prosegue la Corte di giustizia facendosi scudo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 7 CEDU espressamente richiamata dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – “non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto”, in quanto “i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste”⁴³.

Com'è evidente, la Corte di giustizia confina in una prospettiva minimalista la questione della natura della prescrizione e della disciplina della sua interruzione, la quale, in quanto inquadrata dalla giurisprudenza europea tra le condizioni di procedibilità del reato, potrebbe costituire, tutt'al più, una mera aspettativa di impunità, come tale, perciò, derogabile anche in termini peggiorativi per il reo, che, conseguentemente, non potrebbe confidare sulla garanzia del *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Vale la pena segnalare, tuttavia, che detta affermazione di principio non è rilevata dalla Corte di Strasburgo e, segnatamente dalla pronuncia Coëme c. Belgio da cui è principalmente desunta, in termini assoluti; la compatibilità dell'eventuale proroga del termine di prescrizione e della sua immediata applicazione con l'art. 7 CEDU – come evidenziato dalla stessa sentenza Taricco (cfr.

⁴² Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, cit., punto 55.

⁴³ Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, cit., punti 56 e 57.

punto 57) – sussiste, infatti, soltanto nella misura in cui “i fatti addebitati non si siano ancora prescritti”⁴⁴. Del tutto particolare è, pertanto, il contesto in cui la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto inoperativa la garanzia del *nullum crimen* per le modifiche legislative in tema di prescrizione, affermazione, d’altra parte, effettuata – merita sottolinearlo – rispetto ad un intervento normativo del quale era incontestata la natura processuale nell’ordinamento di vigenza⁴⁵.

L’aspetto in questione è colto dalla Corte di appello di Milano che, invero, nell’attivare il giudizio di costituzionalità, ha ritenuto non pertinente il richiamo della menzionata sentenza europea, insuscettibile, a suo avviso, di trovare applicazione, sul fronte interno, sicuramente per tutte le ipotesi in cui “il termine di prescrizione – come calcolato secondo le norme di cui agli artt. 160-161 c.p. – era già maturato prima che la CGCE, con la sentenza Taricco, intervenisse a chiarire l’incompatibilità di tali norme con il diritto dell’Unione e a imporre, conseguentemente la disapplicazione, quale effetto diretto dell’art. 325 TFUE”⁴⁶.

Nettamente diversa, invece, sotto questo profilo, è l’impostazione della Suprema Corte che, in aderenza al *dictum* del caso Taricco, ha tratto, nella specifica vicenda sottoposta al suo vaglio, la conclusione della necessaria disapplicazione delle norme interne sull’interruzione della prescrizione⁴⁷. L’*iter* motivazionale dei giudici di legittimità mostra un’evidente sopravvalutazione della giurisprudenza europea, la cui portata, non a caso, è fatta oggetto di una lettura dilatata là dove si afferma, infatti, che in base ad essa “persino l’applicazione a fatti già commessi ma non ancora giudicati in via definitiva del termine di prescrizione ad opera del legislatore deve ritenersi compatibile con l’art. 7, che si limita a garantire che il soggetto non sia punito per un fatto e con una pena previsti dalla legge come reato al momento della sua commissione”⁴⁸.

Non è difficile scorgere al riguardo una confusione concettuale tra la maturazione del termine di prescrizione secondo le regole fissate in via legislativa ed il riconoscimento giudiziale dell’operatività della medesima causa estintiva, quasi che la disapplicazione possa operare anche nei casi in cui, pur essendo decorso il tempo previsto, sia ancora in essere il giudizio. Così, invero, è accaduto nel caso affrontato dalla Suprema Corte, la quale, pur riferendo correttamente la portata della sentenza della Corte di giustizia ai “processi in materia di gravi frodi di IVA

⁴⁴ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*, in *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, a cura di M. De Salvia e V. Zagrebelsky, vol. III (1999-2006), Milano, Giuffrè, 2007 p. 219 ss.

⁴⁵ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*, cit., § 148.

⁴⁶ App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto, cit., punto 6.

⁴⁷ Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pennacchini, cit.

⁴⁸ Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pennacchini, cit., punto 18.

in cui il termine di prescrizione non è spirato” (cfr. punto 20), nondimeno ha ritenuto di non poter rilevare d’ufficio per i fatti di causa la prescrizione, pure intervenuta nelle more del giudizio di legittimità (gennaio 2015), ancora prima della sentenza Taricco (settembre 2015), da cui è stato tratto, appunto, il preteso obbligo di disapplicare gli artt. 160, ultimo comma e 161, comma 2, c.p. (cfr. punto 7). La disapplicazione – riconosce espressamente la Cassazione – incontra un preciso limite nell’intervenuta dichiarazione di estinzione del reato; soltanto in questo caso, infatti, “il soggetto al quale l’autorità giurisdizionale abbia dichiarato estinto il reato acquisisce un diritto soggettivo che prevale sulle istanze punitive dello Stato”⁴⁹. Si tratta di una soluzione, all’evidenza, però, ben lontana dalla chiara indicazione data sul punto dalla giurisprudenza europea che, in effetti, come si è visto, fa salvi, in ogni caso, da eventuali modifiche derogative (*in melius* o *in pejus*), gli episodi già prescritti. Difficile, pertanto, poter sostenere, rispetto ai casi in cui la prescrizione sia già maturata nel corso del processo, la tesi della retroattività *in pejus* dell’allungamento dei tempi di prescrizione, posto che, in queste specifiche ipotesi, non è ragionevolmente sostenibile che non si sia acquisito un vero e proprio diritto.

6. *La flessione di istanze di garanzia è davvero il prezzo dell’integrazione eurounitaria?*

Per la verità, anche rispetto alle posizioni ancora pendenti, l’allungamento del tetto della prescrizione merita di essere attentamente vagliato. La questione involge, a ben guardare, il nodo problematico della natura della prescrizione, con cui, tuttavia, i giudici di legittimità hanno accuratamente evitato di misurarsi, preferendo trincerarsi dietro l’inquadramento processuale dell’istituto da parte della giurisprudenza europea e, comunque, dietro l’irrelevanza della questione – ritenuta, invero, prettamente “dogmatica” – atteso che la stessa giurisprudenza costituzionale nostrana parrebbe attestare, per il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma e 161, comma 2, c.p., l’assenza della copertura garantistica dell’art. 25, comma 2, Cost.

Ridotta all’osso, la motivazione che giustifica l’intervento di disapplicazione si appiattisce sull’esistenza di un precedente costituzionale (Corte cost. n. 236 del 2011) che, nella lettura datane dalla Corte di cassazione, esprimerebbe una sicura

⁴⁹ Cfr. Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pennacchini, cit., punto 23, che, incidentalmente, rileva l’erroneità dell’operato del giudice che “ha ommesso di rilevare il già sussistente (anche se non ancora esplicitato dalla Corte di giustizia U.E.) contrasto col principio europeo”, per i periodi di imposta 2003 e 2004, “già dichiarati estinti per prescrizione nei due gradi di merito” e a cui non si può più porre rimedio, attesa l’irrevocabilità della relativa statuizione.

condivisione delle affermazioni di principio della giurisprudenza di Strasburgo, fatte proprie già dalla sentenza Taricco⁵⁰. L'argomento ritenuto “decisivo” dal Supremo Collegio è, segnatamente, il richiamo, da parte della citata pronuncia costituzionale⁵¹, del medesimo esempio giurisprudenziale evocato dalla sentenza Taricco⁵², ossia la pronuncia della Corte di Strasburgo resa nella causa Coëme c. Belgio, dalla quale, dunque, si evincerebbe la piena legittimità di modifiche del termine di prescrizione anche *in malam partem*⁵³.

Senonché, ad un più attento esame, il precedente costituzionale su cui si fonda il percorso argomentativo dei giudici di legittimità non appare decisivo nel confermare tale assunto. Correttamente contestualizzata, infatti, la menzionata sentenza della Consulta si limita a riconoscere la legittimità di eventuali deroghe all'applicabilità retroattiva di modifiche della disciplina della prescrizione in senso più favorevole al reo, nella premessa che il corretto fondamento costituzionale della retroattività della *lex mitior* vada individuato, non già nell'art. 25, comma 2, Cost., bensì nell'art. 3 Cost.⁵⁴. In questa prospettiva, il richiamo della giurisprudenza sovranazionale è funzionale ad avvalorare il carattere non inderogabile della retroattività favorevole che, in quanto radicata sul principio di uguaglianza⁵⁵, può subire deroghe ad opera della legislazione ordinaria, pacificamente ritenute legittime sul piano costituzionale “ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo”⁵⁶. In siffatto contesto, dunque, il mero richiamo della sentenza Coëme c. Belgio non può ritenersi decisivo per dare àdito ad una lettura che espunge totalmente la materia della prescrizione dalla garanzia della le-

⁵⁰ Cfr. Corte cost., 22 aprile 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3021 ss., con nota di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, *ivi*, p. 3047 ss.

⁵¹ Corte cost., 22 aprile 2011, n. 236, *cit.*, punto 15.

⁵² Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, *cit.*, punto 57.

⁵³ Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pennacchini, *cit.*, punto 21 riprende, testualmente, il passaggio della sentenza costituzionale secondo cui “dalla stessa giurisprudenza della Corte europea emerge che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione, come si desume dalla sentenza 22 giugno 2000 (Coëme e altri contro Belgio) con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati”.

⁵⁴ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. 18 giugno 2008, n. 215; ID., 23 novembre 2006, n. 393; ID., 23 novembre 2006, n. 394; ID., 23 febbraio 1995, n. 80, tutte consultabili in <http://www.corte-costituzionale.it>.

⁵⁵ Cfr., in particolare, Corte cost., 22 aprile 2011, n. 236, *cit.*, punti 11-13 e la giurisprudenza *ivi* richiamata.

⁵⁶ Corte cost., 22 aprile 2011, n. 236, *cit.*, punto 10.

galità penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost.⁵⁷, tanto più che la citata sentenza costituzionale non prende alcuna specifica posizione sulla natura dell'istituto, ma anzi, si pone in antitesi con la consolidata giurisprudenza costituzionale che, all'opposto, insiste – come rilevato anche dalla Corte di appello di Milano – sulla qualificazione delle norme sulla prescrizione come norme di diritto sostanziale, sottostanti al principio di legalità e ai suoi corollari⁵⁸.

È evidente, quindi, che anche per le posizioni per cui non è ancora maturato il relativo termine, l'allungamento del tetto della prescrizione, pure possibile se si accede alla tesi dell'aspettativa di un diritto⁵⁹, è compito che spetta al legislatore⁶⁰, non certo al giudice⁶¹, tanto meno al giudice che opera in virtù di una sentenza pregiudiziale di per sé poco chiara per disapplicare. Un'operazione di questo tipo, invero, non escluderebbe valutazioni difformi in base alla diversa sensibilità del giudicante, con il rischio di pregiudicare la parità di trattamento per effetto di un potenziale allungamento retroattivo della durata della prescrizione “a macchia di leopardo”. Si manderebbero così in corto circuito le stesse consolidate acquisizioni della giurisprudenza europea, posto che, per questa via, risulterebbe frustrata proprio una delle condizioni legittimanti il ricorso alla disapplicazione, ossia la circostanza che, in base al principio della certezza del diritto, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, la norma europea con cui si fa valere il contrasto “sia chiara e precisa” e “la sua applicazione sia prevedibile per gli interessati”⁶².

⁵⁷ Così sembra desumersi da Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pennacchini, cit., punto 22.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324; ID., 14 marzo 2008, n. 65; ID., 23 novembre 2006, n. 393; ID., 23 novembre 2006, n. 394; ID., 11 luglio 2000, n. 317; ID., 14 luglio 1999, n. 337, <http://www.cortecostituzionale.it>.

⁵⁹ F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 80 ss. e, segnatamente, p. 83.

⁶⁰ Non certamente attraverso il rimedio della decretazione di urgenza che, se pure in termini dubitativi e problematici, è prospettato da S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, p. 7.

⁶¹ Diversamente, cfr. G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, cit., p. 13, secondo cui, “per i reati oggi non ancora estinti per prescrizione, ma che si prescriveranno dopo la pronuncia Taricco” la disapplicazione può operare “se la futura dichiarazione di prescrizione dipende [...] dal meccanismo del combinato disposto degli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p.”, in quanto “in questo caso, il soggetto non ha alcun diritto soggettivo che prevale sulla pretesa punitiva dello Stato”.

⁶² Cfr., tra le pronunce più recenti, Corte giust., grande sez., 5 maggio 2015, C-147/13, Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea, punto 79; ID., sez. III, 31 gennaio 2013, C-643/11, LVK – 56 EOOD, punto 51; ID., sez. III, 8 dicembre 2011, C-81/10 P, France Télécom SA c. Commissione europea, punto 100, tutte consultabili in <http://curia.europa.eu/juris>; in tal senso, cfr. già Corte giust., sez. II, 14 giugno 2012, C-606/10, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), punto 76 (e la giurisprudenza ivi ulteriormente richiamata), citata dal-

Vale la pena di riflettere sulla peculiarità dell’oggetto della disapplicazione nel caso di specie. Esso dovrebbe riguardare l’inciso finale dell’art. 160, ultimo comma, c.p., nella parte in cui richiama l’art. 161, comma 2, c.p.: in pratica non dovrebbe tenersi conto, in relazione alla specifica area delle frodi lesive di interessi finanziari europei, del tetto massimo di un quarto. Detto altrimenti: alle esclusioni *ex lege* individuate sulla base degli artt. 51, comma 3-*bis* e comma 3-*quater*, c.p.p., si affiancherebbero quelle di volta in volta individuate in via giudiziale nel settore selezionato dalla Corte di giustizia.

Non è difficile cogliere le peculiarità dell’intervento affidato dai giudici europei a quelli nazionali. Non si tratta di un intervento “tecnico”, di semplice ablazione di una norma non conferente con gli obblighi europei. La disapplicazione assume queste caratteristiche, ad esempio, nelle ipotesi – pacificamente praticate entro i confini nazionali – di disapplicazione in materia di scommesse transfrontaliere⁶³, o connesse all’operatività della direttiva c.d. rimpatri in materia di immigrazione⁶⁴. Ciò che si chiede al giudice nazionale con la sentenza Taricco è uno stravolgimento della coerenza complessiva del sistema, ponendo un problema di proporzionalità con altre scelte operate nell’ordinamento (non sarebbe sproporzionato, ad esempio, il termine di prescrizione per l’arresto illegale, le perquisizioni arbitrarie, gli abusi contro arrestati e detenuti). Senza contare che, così facendo, si abdicano precise esigenze di garanzia – quali lo svolgimento di un procedimento “equo” e la ragionevole durata del processo – che, oltre ad essere dotate di copertura costituzionale (art. 111 Cost.), godono di riconoscimento anche a livello europeo (art. 47, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; art. 6, par. 1, CEDU)⁶⁵.

È un bisturi affilato, dunque, quello nelle mani della Corte europea, che, attraverso l’incisione in un settore apparentemente circoscritto, rischia, tuttavia, di mandare in cancrena l’intero organismo.

la stessa sentenza Taricco (punto 52) ma – osserva D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, cit. – soltanto parzialmente, in quanto si limita a ricordare che “in forza del principio del primato del diritto dell’Unione, le disposizioni del Trattato FUE e gli atti delle istituzioni direttamente applicabili hanno l’effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale” (punto 73), dimenticandosi, però, al contempo, delle contestualizzazioni che vengono fatte a seguire (punti 76 e 78).

⁶³ Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 23 gennaio 2013, n. 12630, in *Foro it.*, 2013, II, c. 260 ss.; ID., 10 luglio 2012, n. 28413, Cifone, in *Ced rv.* 253241; ID., 8 febbraio 2012, n. 18767, Ferraro, in *Ced rv.* 252634.

⁶⁴ Cfr., in particolare, Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2012, n. 12220, Sanchez Sanchez, in *Ced rv.* 252214; ID., 20 ottobre 2011, n. 8181, Zyba, in *Ced rv.* 252210.

⁶⁵ Ciò è riconosciuto, esplicitamente, anche nelle conclusioni dell’Avvocato generale Juliane Kokott, cit., § 124.

GIOVANNI TARLI BARBIERI

LA “SCOMMESSA” DEI CONTROLIMITI.
PROBLEMI E PROSPETTIVE DEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ
A MARGINE DELLA VICENDA TARICCO^(*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I non pochi punti criticabili della Sentenza *Taricco*.
– 3. I controlimiti in azione? – 4. I nodi irrisolti alla luce della sentenza *Taricco*.

1. *Considerazioni introduttive*

È stato giustamente affermato che la *Taricco* è una delle sentenze che stanno cambiando il diritto penale¹ ma che, potenzialmente, potrebbe cambiare la stessa declinazione delle garanzie costituzionali, se è vero che con essa «la Corte di Giustizia rompe del tutto gli argini, arrivando a frantumare in mille pezzi il principio di legalità penale»².

Infatti, anche a non condividere una tale drastica valutazione, la sentenza *Taricco* e il suo “seguito” nella ormai imminente pronuncia della Corte costituzionale incrociano, per così dire, i nodi più rilevanti del diritto costituzionale contemporaneo, ormai connotato, da una parte, da un pluralismo di centri di produzione normativa (di origine nazionale, sovranazionale e internazionale) e, dall'altra, da un “dialogo” tra le Corti del quale troppe ricostruzioni hanno sfumato contorni problematici e complessità sistemiche³: non a caso, tra questi elementi pro-

^(*) Testo della relazione svolta al convegno «*Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE a proposito della sentenza CG Taricco*», Firenze, 30 ottobre 2015, i cui atti sono raccolti nel volume «*Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*», a cura di C. Paonessa-L. Zilletti, Pisa, Pacini Giuridica, in corso di stampa.

¹ C. INTRIERI, *Tra Europa e Italia. Le sentenze europee che stanno cambiando il diritto penale*, in www.questionegiustizia.it, in corso di pubblicazione.

² I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, F. Angeli, 2015, p. 78.

³ Del resto, lo stesso tessuto dei rapporti tra le giurisdizioni (nazionali, europee, internazionali) mostra oggi crescenti elementi di complessità: si pensi, solo per citare un esempio al rapporto tra diritto interno e l'ordinamento della CEDU, a proposito del quale, dopo la nota svolta operata dalle c.d. “sentenze gemelle” (sentt. nn. 348, 349/2007, sulle quali, per tutti, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2012;

blematici si è proprio evidenziata «la concezione economicistica della tutela assicurata ai diritti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, una concezione che, nonostante sia andata attenuandosi nel tempo, permane – soprattutto in certe pronunce, anche recenti – a testimonianza dei riflessi che l'ambiente complessivo nel quale si cala la tutela di un diritto produce sulla misura della tutela stessa (caso *Laval*, in tema di diritto di sciopero)»⁴.

cfr., altresì, i diversi contributi contenuti in L. D'ANDREA-G. MOSCHELLA-A. RUGGERI-A. SAITTA (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2015), la giurisprudenza costituzionale ha operato progressivi aggiustamenti: emblematica, a questo proposito, la più recente sent. 49/2015 – che, per inciso, tocca proprio il tema della prescrizione – nella quale si legge testualmente: «Sfugge al rimettente che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007). Il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana» (*considerato in diritto*, n. 4. Sulla pronuncia in questione, per tutti, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015; G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'*, *ivi*, 28 aprile 2015; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, *ivi*, 22 giugno 2015; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, *ivi*, 2 aprile 2015; F. VIGANO, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, *ivi*, 30 marzo 2015; M. ESPOSITO, *Nota alla sentenza Corte cost. 49/2015. Il grave problema dei limiti della potestà punitiva tra gli origami della Consulta*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, pp. 545 ss.; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2204 ss.; G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 411 ss.; V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, *ivi*, pp. 421 ss.; D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2015, n. 2; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7 dicembre 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 400 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, art. 117 Cost., *obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.osservatorioaic.it.*, maggio 2015). Non è inutile il richiamo a tale vicenda, sia per le sue implicazioni di carattere generale, sia anche perché, in prospettiva, la vicenda *Taricco* potrebbe chiamare in causa anche la Corte EDU, che potrebbe essere adita contro l'Italia nei casi di eventuali casi di disapplicazione in *malam partem*.

⁴ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. *Lectio magistralis*, a cura di A. Cardone-F. Donati-M.C. Grisolia-G. Tarli Barbieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, in corso di pubblicazione. In questo senso, i contenuti della

La vicenda in esame mette in evidenza anche i limiti che l'improprio protagonismo degli organi giudiziari, tipico dell'attuale momento storico, rischia di produrre anche sul piano della tutela dei diritti fondamentali, in un contesto nel quale la crisi politica, particolarmente evidente non solo nel nostro Paese, ha finito per determinare un rafforzamento della dimensione della giurisdizione che, come è stato giustamente affermato, «si articola sia sul piano della dommatica che su quello della teoria dell'interpretazione; sia sul piano dell'incrocio tra forma di Stato e forma di governo che su quello della storia del diritto»⁵.

Ha quindi ragione chi ha sostenuto che la ricostruzione di un equilibrio tra la sfera della *iusdictio* e quella del *gubernaculum* costituisce una delle sfide più rilevanti e urgenti delle democrazie costituzionali contemporanee⁶, anche, e forse soprattutto, nell'ottica dell'integrazione europea.

2. I non pochi punti criticabili della Sentenza Taricco

Sono già molti i contributi dottrinali che si sono soffermati, con argomentazioni ampiamente condivisibili, sul tessuto argomentativo della sentenza della Corte di giustizia e, più in generale, sulla vicenda che ha portato a tale pronuncia⁷.

sentenza *Taricco* debbono imporre un atteggiamento forse di maggiore prudenza rispetto a quell'autorevole orientamento (che pure ha dalla sua indubbi elementi di verità) secondo il quale la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, da quando si è dichiarata competente in materia di diritti fondamentali, avrebbe accresciuto «il complessivo tasso di democraticità del sistema proprio perché, in questo modo, ha reso possibili limitazioni e forme di controllo del potere normativo»: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 55.

⁵ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3828. Il fenomeno è, come è noto, ben evidente anche nel nostro ordinamento interno: nella parte conclusiva di un suo recente saggio, dal titolo invero assai eloquente, Mario Dogliani sostiene che «dopo essere stata vittima dei populismi di destra "classici" (la Costituzione cattocomunista è nemica delle libertà) e dei populismi "anarchici" (la Costituzione è morta ed è un palcoscenico di morti)», è stata, tra l'altro, «vittima anche di un populismo giudiziario (la giurisdizione è l'unico potere dello Stato che sia "vettore" della Costituzione; le garanzie dei diritti non sono né quelle legislative né quelle sociali e politiche, ma solo quelle giurisdizionali)»: M. DOGLIANI, *Che ne è stato della Costituzione?*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 37-38.

⁶ G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 164 ss.

⁷ Oltre agli interventi raccolti in C. PAONESSA-L. ZILLETI, (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., sulla sentenza *Taricco*, cfr. anche A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016 (in corso di pubblicazione), pp. 2 ss.; O. MAZZA, *La prescrizione del reato fra legalità penale e diritto giurisprudenziale europeo*, *ivi*, pp. 8 ss.; A. DELLO RUSSO, *Disorientamenti sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di cassazione e giudici di merito*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, pp. 1 ss.; G. MOBILIO, *Dal caso Taricco al redde rationem tra Corte di Giustizia e Corte*

Sia consentito però, almeno incidentalmente, di osservare che, laddove ha invitato i giudici italiani a disapplicare⁸ la disciplina nazionale sui termini massimi di prescrizione nell'ipotesi in cui «impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea»⁹, o in cui preveda disparità rispetto ai casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, la Corte di giustizia esclude ogni rilevanza all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come è noto, sancisce, in particolare, i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, per cui nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale¹⁰.

Sul punto, infatti, salvo un ambiguo riferimento (tutto da interpretare) a una «riserva di verifica da parte del giudice nazionale», la Corte conclude, anche riferendosi, forse impropriamente (cfr. *infra*), a una pronuncia della Corte EDU¹¹, che una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati perché «non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale [...] né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste»¹².

In tal modo, però, la Corte, tutta attenta solo (e soltanto) alle esigenze finanziarie dell'Unione, mentre nessun peso è riconosciuto alla diversa natura degli in-

costituzionale, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 1009 ss.; A. PAOLETTI, *Riflessioni sulla Sentenza della Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2015, Taricco e altri*, in *www.diritto.it*, 19 ottobre 2015.

⁸ Sul fenomeno della disapplicazione, cfr., per tutti, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁹ Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/2014, *Taricco e altri*, punto n. 47.

¹⁰ E ciò anche a prescindere da un tessuto argomentativo della Corte di giustizia ritenuto eccessivamente sostanzialistico: C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *www.sidi-isil.org*, 15 settembre 2015; G. CIVIELLO, *La sentenza 'Taricco' della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, pp. 1 ss.

¹¹ Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/2014, cit., punto n. 57.

¹² Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/2014, cit., punto n. 56. In tal modo, la Corte sembra interpretare in modo piuttosto "disinvolto" propri precedenti che avevano ricondotto i principi di irretroattività della legge penale e il principio di *nulla poena sine lege* ai principi generali del diritto dell'Unione europea (Corte giust., 28 giugno 2006, causa C-189/02P, *Dansk Rørindustri e a.c. Commissione*, I-5425, punto 221; 19 marzo 2009, causa C-510/06P, *Archer Daniels Midland c. Commissione*, I-1843, punto 66).

teressi in gioco¹³; in particolare, essa, non si preoccupa affatto di quanto stabilito nell'art. 53 della già citata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove prevede che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri»¹⁴ e nell'art. 4, par. 2, del TUE, il quale, come è noto, stabilisce che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»¹⁵.

Soprattutto la prima disposizione sembra essere stata interpretata in modo quantomai disinvolto¹⁶: in effetti, se è vero che la pronuncia della Corte EDU richiamata dalla sentenza *Taricco (Coëme c. Belgio)*¹⁷ ha escluso che un allungamento dei termini di prescrizione successivo alla commissione del reato possa determinare, di per sé una violazione dell'art. 7 della CEDU¹⁸, è altresì vero che essa deve essere interpretata alla luce del fatto che nell'ordinamento belga la prescrizione ha natura processuale e non sostanziale: sul punto, la dottrina¹⁹ giustamente ha rimarcato il passo di tale pronuncia nel quale si afferma che, nel caso di specie, la violazione dell'art. 7 non è sostenibile poiché i «ricorrenti, che non potevano ignorare che i fatti contestati potevano comportare la loro responsabilità penale, sono stati condannati per atti per i quali l'azione penale non si era mai estinta per prescrizione. Tali atti costituivano reato nel momento in cui sono stati commessi

¹³ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2016, in corso di pubblicazione.

¹⁴ Il corsivo, ovviamente, non è presente nel testo.

¹⁵ Su tale disposizione, da ultimo, oltre a M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., O. CHESSA, Meglio tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in *www.forumcostituzionale.it*, in corso di pubblicazione; A. RUGGERI, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, *ivi*, in corso di pubblicazione.

¹⁶ Per tutti, M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *www.giurcost.org. Studi*, 2016, in corso di pubblicazione.

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, 18 ottobre 2010, *Coëme c. Belgio*, ricc. 2492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96.

¹⁸ Sul punto, per tutti, E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 22 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 69 ss.

¹⁹ In particolare, M. BASSINI, *Prescrizione*, cit., p. 101.

e le pene irrogate non sono più severe di quelle applicabili al momento dei fatti»²⁰.

Ma ancor più, il richiamo a *Coëme c. Belgio* è in una qualche misura fuorviante, poiché essa è relativa a un caso in cui l'allungamento dei termini di prescrizione era intervenuto quando i fatti addebitati non erano ancora prescritti²¹.

Ciò detto, nella prassi la Corte di giustizia sembra attestata su una interpretazione restrittiva dell'art. 53 della Carta di Nizza, anche nella parte in cui afferma la salvaguardia del livello di protezione più ampio riconosciuto dalle Costituzioni nazionali, in nome di un primato, praticamente incondizionato, del diritto dell'Unione²² (si è parlato efficacemente di *ragion d'Unione*²³), non avendo «rile-

²⁰ Corte eur. dir. uomo, 18 ottobre 2010, cit., punti 149-150. È quindi del tutto corretto il rilievo di M. BASSINI, *Prescrizione*, cit., p. 101, secondo il quale «la Corte di Strasburgo, dunque, ha affermato qualcosa di diverso e più complesso della semplice natura processuale delle norme sulla prescrizione e della radicale estraneità di queste al principio di legalità».

²¹ Si veda, in questo senso, l'ordinanza della Corte d'appello richiamata nella successiva nt. 30. Viceversa, la Corte costituzionale nella sent. 236/2011, ha ritenuto che «dalla stessa giurisprudenza della Corte europea emerge che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione, come si desume dalla sentenza 22 giugno 2000 (*Coëme e altri contro Belgio*) con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati» (*considerato in diritto*, n. 15). Sulla sentenza in esame cfr., per tutti, E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme CEDU: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in www.forumcostituzionale.it; A. IERMANO, *'Dialogo' tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale italiana: il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Dir. comun. scambi intern.*, 2012, pp. 723 ss.; A. MARI, *Osservazioni a Corte Cost.*, 19 luglio 2011, n. 236, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 4152 ss.; E. MOLINARO, *Recenti novità in materia di retroattività della legge penale più favorevole*, in www.treccani.it/diritto; C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3047 ss.

²² Si pensi alla nota sentenza *Melloni* (Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11) sulla quale, per tutti, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2013; G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla "sentenza Melloni"*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 301 ss.; S. CIVELLO CONIGLIARO, S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2013; R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (europeo): a cuore aperto sul caso Melloni*, in www.diritticomparati.it, 5 aprile 2013; C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 339 ss.; A. DI MARTINO, *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in www.diritticomparati.it, 2 aprile 2013, pp. 3 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in www.rivistaaic.it, ottobre 2013; S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 17

vato, in primo luogo, la necessità di conciliare, reciprocamente bilanciandoli, il principio del primato e il principio di cui all'art. 4 del trattato, e, in secondo luogo, nel non aver chiarito che la stessa salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali va rettammente e compiutamente intesa per il modo con cui essi fanno "sistema"²⁴.

Come in altre circostanze, quindi, sembra emergere la differenza fondamentale tra una Corte nazionale che tutela i principi della propria Costituzione, e la Corte di Lussemburgo, attenta, in primo luogo, alle esigenze derivanti dal primato del diritto dell'Unione²⁵.

In definitiva, come esattamente è stato sostenuto, nel caso *Taricco* la Corte di giustizia, anche disattendendo propri precedenti, sembra avere affermato l'irrelevanza della circostanza che, a seguito della disapplicazione delle disposizioni interne, il trattamento degli imputati risulta deteriore rispetto al momento in cui il reato era stato commesso: «La circostanza che gli imputati fossero consapevoli della rilevanza penale della loro condotta esclude, per la Corte, la violazione dell'art. 49 della Carta. Non coglie, la Corte, che una rottura della legalità penale è ben possibile, quantunque l'incisione delle garanzie riguardi soltanto le norme sulla prescrizione»²⁶.

A tale risultato la Corte di giustizia giunge attraverso l'interpretazione delle disposizioni contenute nell'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE, che porrebbero a carico degli Stati membri «un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciate», ovvero «l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive nonché il loro ob-

maggio 2013; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal)*, in *www.diritticomparati.it*, 2 aprile 2013, pp. 1 ss.; F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 455 ss.

²³ G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 103.

²⁴ A. RUGGERI, *La Corte di giustizia*, cit. Sui rapporti tra la sentenza *Melloni* e la sentenza *Taricco*, cfr., in particolare, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015.

²⁵ G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 102, che continua in questi termini: «Confesso che, da italiano, mi sento un po' a disagio, perché ho sempre difeso la Carta europea dei diritti fondamentali in ragione del fatto che rappresenta l'occasione per la costruzione di una giurisprudenza comune mediante la quale si possono formare standard generali e condivisi. Poi, non va dimenticato [...] che le convenzioni e le carte dei diritti operano sempre su tutele mediane, per cui non dovrebbe mai essere vietato, e neppure sconsigliato, per uno Stato contraente dotare determinati diritti di una garanzia nazionale più intensa di quella convenzionale» (pp. 102-103).

²⁶ M. BASSINI, *Prescrizione*, cit., p. 107.

bligio di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari»²⁷.

Non è questa la sede per soffermarsi sull'art. 325 TFUE e sui non pochi problemi interpretativi che esso suscita²⁸. È comunque evidente il salto di qualità della pronuncia in esame, anche rispetto a precedenti della stessa Corte di giustizia che pure avevano sottolineato l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure sanzionatorie dei comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ivi comprese sanzioni penali che non debbono essere meno afflittive rispetto a quelle previste per violazione del diritto nazionale, ed avere carattere concreto, proporzionale e dissuasivo²⁹.

3. *I controlimiti in azione?*

Come è noto, la vicenda *Taricco* non si è chiusa con la pronuncia della Corte di giustizia.

Infatti, la Corte d'appello di Milano ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. n. 130/2008 (di esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007) «nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, *Taricco* – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendono effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost.»³⁰; il tutto mentre la Corte di cassazione nella propria giurisprudenza suc-

²⁷ Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/2014, cit., rispettivamente punti nn. 51 e 50.

²⁸ A cominciare dalle misure attuative, che, secondo una parte della dottrina, potrebbero contemplare anche il ricorso agli strumenti del diritto penale: sul punto, da ultimo, L. SALAZAR, *Art. 325 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 2415 ss. ed i riferimenti bibliografici ivi riportati.

²⁹ Corte giust., 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Repubblica ellenica*, 2965, punto 24; Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-186/98, *Nunes e de Matos*, I-4883, punto 14.

³⁰ App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, n. 6421/14 R.G.A., sulla quale F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano solleva la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015. Successivamente anche la terza sezione penale della Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale.

cessiva alla *Taricco* sembra incline alla disapplicazione delle disposizioni codicistiche sopra riportate, nel caso in cui la prescrizione non si sia esaurita alla data della pubblicazione della suddetta sentenza³¹.

Una prima considerazione sull'ordinanza della Corte d'appello è la ricchezza delle argomentazioni sia in punto di rilevanza che di non manifesta infondatezza.

Il fulcro della motivazione è nel passo nel quale la Corte d'appello afferma «di non poter disapplicare la norma interna di cui agli artt. 160, ultimo comma e 161 comma 2 c.p., nel caso in esame, in quanto dubita della compatibilità degli effetti di tale disapplicazione, implicanti l'applicazione di un diverso e più sfavorevole regime prescrizione, con il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25 comma 2 Cost.; principio fondamentale di ordine costituzionale, come tale sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale»³²; sul punto, l'ordinanza si richiama a quella giurisprudenza costante del giudice delle leggi che qualifica le norme sulla prescrizione come norme di diritto sostanziale «parte integrante della 'legge penale', come tali soggette al principio di legalità e a tutti i suoi corollari di cui all'art. 25 comma 2 Cost.; tanto che le questioni di legittimità costituzionale tendenti ad ampliare, *in malam partem*, i termini di prescrizione sono state sinora sempre giudicate inammissibili, proprio perché il loro eventuale accoglimento avrebbe comportato un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato e – dunque – un'ingerenza della Corte costituzionale in un dominio riservato esclusivamente al legislatore in forza, appunto, dell'art. 25 co. 2 Cost.»³³.

Quanto alla rilevanza, la Corte d'appello sostiene che è proprio dalla soluzione della questione di costituzionalità che dipende l'applicabilità degli artt. 160, ultimo comma, e 162, comma 2, Cost.: richiamandosi a una giurisprudenza costante sul punto, essa conclude nel senso che dall'applicazione o disapplicazione di tale combinato disposto «discenderebbe l'adozione di due regole di giudizio differenti, con riferimento all'esame dei motivi di impugnazione dedotti in giudizio»: nel primo caso, alla luce della sopravvenienza di una causa di estinzione dei reati «per poter accedere alla richiesta difensiva di adozione della pronuncia ampiamente liberatoria sarebbe sufficiente verificare se sia rilevabile, con una mera attività ricognitiva, l'assoluta assenza della prova di colpevolezza a carico degli imputati ovvero la prova positiva della loro innocenza»; nel secondo caso, invece, «occorrerebbe entrare nel merito delle censure, implicanti una rivalutazione critica di tutto il materiale probatorio e un apprezzamento ponderato delle opposte

³¹ Cass. pen., 17 settembre 2015, n. 2210, in *il penalista.it*, 22 gennaio 2016; Cass. pen., sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2016.

³² App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, cit. n. 6 della parte in *diritto*.

³³ App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, cit., *ivi*.

risultanze, e accogliere le richieste assolutorie degli appellanti anche nel caso di mera contraddittorietà o insufficienza della prova»³⁴.

La questione, così come è stata prospettata dalla Corte d'appello, appare quindi particolarmente “insidiosa” per la Corte costituzionale, che, almeno in prima approssimazione, sembra trovarsi stretta tra la prospettiva di “rinnegare” la propria giurisprudenza precedente relativa alla natura della prescrizione³⁵, finendo, tra l'altro, per giustificare la prospettiva degli interessi finanziari dell'Unione europea come quella assolutamente prevalente anche rispetto ai diritti individuali, e l'apertura di un inedito confronto con la Corte di giustizia, che risulterebbe dall'applicazione dei “controlimiti”.

Sul punto, la vicenda *Taricco* solleva un interrogativo di fondo, ovvero se sia possibile riconoscere ad un giudice, nazionale o europeo, l'esercizio del potere di bilanciamento di principi e interessi costituzionali in regime di esclusività e quindi, in definitiva, se sia possibile affermare l'esistenza di un “centro di gravità” nel sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali³⁶.

Certo, come è stato persuasivamente notato³⁷, non si può escludere che la Corte decida di non entrare nel merito, arrestandosi sul crinale dell'inammissibilità³⁸: si tratta di una ipotesi che non si può scartare a priori, sia alla luce delle oscillazioni della giurisprudenza più recente in punto di rilevanza³⁹, sia per le ambiguità della stessa pronuncia della Corte di giustizia, laddove sembra condizionare la disapplicazione delle disposizioni del codice penale sopra richiamate alla previa verifica «che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave» (oltre che alla previa verifica «se le disposizioni nazionali di cui trattasi si applichino ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana, come richiesto dall'art. 325, par. 2 TFUE)»⁴⁰.

³⁴ App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, cit., n. 7 della parte in *diritto*.

³⁵ Sul punto, M. BASSINI, *Prescrizione*, cit., p. 110 osserva sul punto che in questo caso «si assisterebbe a un clamoroso *revirement*, favorito forse da una lettura precipitosa – in cui sembra essere incorsa la Cassazione – del precedente dato con sentenza n. 236/2011».

³⁶ G. MOBILIO, *Dal caso Taricco*, cit., p. 1011.

³⁷ Cfr., in particolare, E.R. BELFIORE, *Scenari “vecchi” e “nuovi” nei rapporti tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in C. PAONESSA-L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore di garanzie*, cit.

³⁸ Così, ad esempio, F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE*, cit.

³⁹ Si pensi alle più recenti pronunce in materia elettorale, sulle quali, per tutti, R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost. 24 settembre 2015, n. 193*, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 3368 ss.

⁴⁰ Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/2014, cit., rispettivamente punti nn., 47 e 48.

Ciò detto, nel merito, alla luce delle considerazioni che precedono, non mi pare discutibile la riconduzione dei principi di cui all'art. 25, comma 2, Cost. alla sfera dei principi supremi.

Infatti, anche se la soggezione alla legge e la stessa riserva di legge (art. 25, comma 2) sono poste in forte discussione⁴¹ «e minacciate da fenomeni di crisi, erosione e corrosione» e, in particolare, «dalla crisi grave e profonda della rappresentanza politica e dalle istituzioni che ad essa danno forma»⁴²), tuttavia, questa crisi non può condurre alla destrutturazione dei valori fondamentali del nostro ordinamento: così, appare decisamente condivisibile l'orientamento secondo il quale «il richiamo alla primaria esigenza di legalità democratica realizzabile mediante il procedimento legislativo, espressa dall'art. 25 Cost.» si atteggia «quale *controlimite* rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione»⁴³; e ciò in quanto «il fondamento garantistico, secondo cui sono riservate al Parlamento nazionale le scelte comunque concernenti la libertà e la dignità personale, ne fa addirittura un diritto fondamentale dell'uomo»⁴⁴.

La futura sentenza della Corte costituzionale appare allora l'occasione per precisare questi aspetti fondamentali: non è inutile ricordare sul punto la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco la quale ha ricostruito i rapporti tra l'ordinamento interno e quello dell'Unione europea partendo dal presupposto che il secondo non ha un organo di decisione politica formato attraverso elezioni e capace di rappresentare in modo unitario la volontà popolare⁴⁵.

⁴¹ Sul punto, in particolare, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 1281 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2011, pp. 79 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali*, cit.; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 181 ss.

⁴² N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in questa *Rivista*, 2012, p. 317. Peraltro, come è stato giustamente osservato, la sentenza *Taricco* chiama in causa, oltre all'art. 25, comma 2, Cost., anche il principio di eguaglianza, «attribuendo la Corte di Giustizia, con la sua sentenza, al giudice comune il potere di disapplicare le norme che fissano dei limiti massimi all'interruzione della prescrizione, in quanto assicurerebbero l'impunità per fatti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione», nonostante che la Corte d'appello non ne faccia menzione: I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali*, cit., p. 82 e 87.

⁴³ C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale*, cit., p. 199.

⁴⁴ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 128, richiamato da C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale*, cit., p. 199.

⁴⁵ Da ultimo, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015, pp. 46 ss. Da qui, con ogni probabilità, l'interpretazione necessariamente restrittiva dell'art. 83 TFUE che, come è noto, prevede che «il Parlamento europeo e

Sarebbe allora auspicabile, nel caso *Taricco*, l'applicazione della teoria dei "controlimiti", che, forse non a caso, è stata recentemente applicata dalla Corte costituzionale, in termini per certi aspetti sorprendenti, nella sent. 238/2014, che pure non riguarda i rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea. Tale pronuncia costituisce, anzi, una sorta di *summa* della dottrina della Corte sul tema, in generale, nonché sui limiti all'ingresso delle fonti internazionali, in particolare⁴⁶; in essa si afferma infatti: «Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un "limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione" (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988)»; ed in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità «è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali. Vero è, infatti, che la competenza di questa Corte è determinata dal contrasto di una norma con una norma costituzionale e, ovviamente, con un principio fondamentale dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero con un principio posto a tutela di un diritto inviolabile della persona, contrasto la cui valutazione non può competere ad altro giudice che al giudice costituzionale. Ogni soluzione diversa si scontra – nel sistema accentrato di controllo – con la competenza riservata dalla Costituzione a questa Corte»⁴⁷.

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

⁴⁶ Sul punto, si è esattamente osservato, a proposito della sent. 238/2014, che «raramente in una decisione della Corte costituzionale s'incontra il tentativo di sciogliere così tanti nodi problematici come accade – invece – in questa pronuncia»: M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, p. 84 (il caso che dà origine alla sentenza riguarda la complessa problematica dell'immunità di giurisdizione degli Stati in relazione, in particolare, ai crimini nazisti).

⁴⁷ *Considerato in diritto*, n. 3.2. Sulla sent. 238/2014, cfr., in particolare, P. DE SENA, *The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of hu-*

Non è forse un caso, che in questa pronuncia sia dedicato largo spazio ai rapporti con le fonti dell'Unione europea: sul punto, la Corte osserva infatti che «fin dalla sentenza n. 98 del 1965 in materia comunitaria, questa Corte affermò che il diritto alla tutela giurisdizionale «è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»», soggiungendo poi che «questa Corte, che pure aveva, come sopra ricordato, riconosciuto che il sistema di controllo giurisdizionale previsto per l'ordinamento comunitario appariva rispondere ai caratteri di un sistema di tutela giurisdizionale equivalente a quello richiesto dall'art. 24 Cost. (sentenza n. 98 del 1965), ha espresso una valutazione diversa di fronte alla prassi della stessa Corte di giustizia UE di differire gli effetti favorevoli di una sentenza su rinvio pregiudiziale anche per le parti che avevano fatto valere i diritti poi riconosciuti, così vanificando la funzione del rinvio pregiudiziale, riducendo vistosamente l'effettività della tutela giurisdizionale richiesta e pertanto non rispondendo in parte qua a quanto richiesto dal diritto al giudice sancito dalla Costituzione italiana (sentenza n. 232 del 1989, che indusse la Corte di giustizia UE a mutare la sua giurisprudenza in proposito)»⁴⁸.

man rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law, in *QUIL – Questions of International Law*, 16 dicembre 2014; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *www.giurcost.org. Studi*, 2015, I; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, *ivi*, 2014; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3885 ss.; C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, *ivi*, pp. 3891 ss.; M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, *ivi*, pp. 3899 ss.; R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, *ivi*, pp. 3908 ss.; F. RIMOLI, *La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa*, *ivi*, pp. 3915 ss.; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2015, pp. 57 ss.; E. LUPO, *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, *ivi*, pp. 64 ss.; E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, *ivi*, pp. 76 ss.; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, *cit.*, pp. 84 ss.

⁴⁸ *Considerato in diritto*, n. 3.4. La Corte giunge fino al punto di ricordare che «significativo è del pari che la Corte di giustizia UE, in riferimento all'impugnazione di un regolamento del Consiglio che disponeva il congelamento dei beni delle persone inserite in un elenco di presunti terroristi predisposto da un organo del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (comitato delle sanzioni), ha anzitutto respinto la tesi del Tribunale di primo grado che aveva sostanzialmente stabilito il difetto di giurisdizione del giudice comunitario, affermandone il dovere di garantire il controllo di legittimità di tutti gli atti dell'Unione, anche di quelli che attuano risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. La Corte ha poi affermato che gli obblighi derivanti da un accordo internazionale non possono violare il principio del rispetto dei diritti fondamentali che deve caratterizzare tutti gli atti dell'Unione. L'esito è stato l'annullamento del regolamento comunitario, per quanto di ragione, per la violazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva e la mancanza, nel sistema delle Nazioni

Sul punto, rinviando ampiamente alla dottrina sul punto, si deve precisare che l'applicazione della teoria dei controlimiti nella sent. 238/2014 ha un unico precedente nella sent. 18/1982, sul diverso terreno dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Cattolica⁴⁹.

Da ultimo, non è inutile ricordare che con la sentenza in questione la Corte ha fatto valere la teoria dei controlimiti, colpendo, oltre che l'art. 3 della l. 5/2013 («Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno») anche l'art. 1 della l. 848/1957 («Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945») «limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona».

È da rilevare che in tal modo la Corte colpisce una legge interna, peraltro di importanza fondamentale sul piano istituzionale quale, in particolare, quella di esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, ma nei limiti di quanto desumibile dalla già richiamata sent. 232/1989; il controllo sulla fonte interna di esecuzione del Trattato di Lisbona è diretto (si potrebbe dire, strumentale) alla verifica di costituzionalità su singole norme di diritto comunitario, anche derivato, comprese le «interpretazioni delle disposizioni del trattato» stesso ad opera della Corte di giustizia⁵⁰: la sent. 238/2014 può quindi costituire un modello cui la Corte potrebbe riferirsi ove decidesse di fare applicazione dei controlimiti nel risolvere la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'appello di Milano.

Unite, di un adeguato meccanismo di controllo del rispetto dei diritti fondamentali (Corte di giustizia UE, sentenza 3 settembre 2008, cause C-402 P e 415/05 P, punti 316 e seguenti, 320 e seguenti)».

⁴⁹ La sentenza dichiara incostituzionale l'art. 1, della l. 810/1929, limitatamente all'esecuzione data all'art. 34, commi 4, 5 e 6 del Concordato lateranense, e dell'art. 17 della l. 847/1929, nella parte in cui prevedono che la Corte d'appello possa rendere esecutivo agli effetti civili il provvedimento ecclesiastico di dispensa dal matrimonio rato e non consumato. Sul parallelismo tra la natura delle norme concordatarie e le fonti internazionali, cfr., per tutti, S. FERLITO, *Il concordato nel diritto interno*, Napoli, Jovene, 1997.

⁵⁰ M. CARTABIA, *Principi inviolabili*, cit., pp. 114 ss. e nt. 35: in tal modo, come è stato esattamente affermato, a seguito della sent. 232/1989 «la Corte, correggendo le sue precedenti statuizioni con le quali dichiarava di non voler esercitare il controllo di costituzionalità sui singoli atti comunitari, in realtà si pone in condizione di esercitare un controllo permanente sulla costituzionalità di ogni norma comunitaria»; cfr. anche G. GAJA, *New Developments in a Continuing Story: the Relationship between EEC Law and Italian Law*, in *Common Market Law Review*, 1990, pp. 83 ss.

L’evocazione dei controlimiti in questo caso costituirebbe un’implicita “attuazione” di quanto affermato dalla Corte costituzionale fino dalla sent. 98/1965 e soprattutto nella già citata sent. 232/1989 nella quale si ribadisce la propria competenza «a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana», concludendo sul punto che «in buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile; inoltre, va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell’ordinamento comunitario»⁵¹.

Ciò detto, non necessariamente l’applicazione di quanto affermato dalla Corte nel 2014 darebbe necessariamente vita ad un conflitto con la Corte di giustizia, poiché, come giustamente è stato osservato, «i controlimiti, si badi, se a prima vista appaiono solo paletti di difesa di interessi nazionali (anche egoistici), a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario»⁵².

Infatti, come è stato messo in evidenza a livello dottrinale, si fronteggiano, da un lato, un’interpretazione dei controlimiti come strumento per salvaguardare l’identità costituzionale interna e, dall’altro, una lettura in chiave “integrativa” degli stessi, ovvero come «mezzo per consentire all’ordinamento di far sentire la sua “voce” alla Corte di Lussemburgo nella ricerca dialogica di una dimensione comune dei diritti», in un contesto nel quale la marginalizzazione delle giurisdizioni costituzionali interne agli Stati membri appare un serio rischio, a maggior ragione dopo l’entrata in vigore del Trattato di Nizza e il conferimento dell’efficacia giuridica alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dato il rapporto sinergico tra giudici comuni e Corte di giustizia⁵³.

⁵¹ *Considerato in diritto*, n. 3.1. Sulla portata di questo passaggio, cfr., per tutti, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 95 ss.; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 140 ss.

⁵² M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit.

⁵³ A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 57 e gli ampi riferimenti bibliografici ivi riportati. Cfr., sul punto, anche F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’uropeizzazione dei controlimiti*, Torino, Giappichelli, 2012.

In un contesto di integrazione normativa che ormai coinvolge anche il livello costituzionale, si è affermato giustamente che tale “interpretazione integrativa” non può spettare «direttamente e solipsisticamente» alla Corte di giustizia «salvo travalicare i suoi compiti istituzionali, visto che ad essa è precluso il sindacato di conformità del diritto interno al diritto dell’Unione»⁵⁴.

D’altra parte, l’integrazione anche sul piano dei diritti fondamentali, presupposta dall’art. 53 della Carta di Nizza, non rende possibile immaginare «che un efficiente sistema di tutela delle libertà possa lasciare al singolo giudice nazionale il compito di sindacare in maniera diffusa e con efficacia limitata al caso concreto quale catalogo dei diritti, tra la Carta europea e la Costituzione nazionale, esprima il grado più elevato di tutela di una data posizione soggettiva»⁵⁵, pena il rischio di parcellizzazione e frammentazione nella tutela dei diritti fondamentali, per effetto del ruolo pervasivo dei giudici comuni.

In questo senso, si può bene affermare una lettura integrativa e dinamica dei controlimiti, come strumenti di “snodo” e di “cerniera” fra ordinamenti, in un’ottica servente l’Unione europea, tanto più sostenibile in una vicenda, come quella in esame, nella quale gli stessi controlimiti sono in realtà già presenti a livello europeo (così il già richiamato art. 49 della Carta di Nizza) e a seguito di una pronuncia della Corte di giustizia che, come ricordato, lascia margini di discrezionalità ai giudici interni.

Si potrebbe quindi realizzare, anche attraverso i controlimiti, un ruolo della giustizia costituzionale nazionale “comunitariamente orientata” con funzione, si potrebbe dire, definitorio-nomofilattica dei principi costituzionali anche per arginare quei rischi di difformità e parcellizzazione del patrimonio costituzionale europeo, cui si è alluso in precedenza. In questo senso, quindi, appare condivisibile il rilievo secondo il quale «questo necessario bilanciamento dei diritti costituzionali operato dai giudici comuni [...] per non disperdersi ed annullarsi in un cortocircuito giurisprudenziale [...] ha bisogno di essere guidato ed indirizzato da un’istanza di *reductio ad unitatem* che risponda all’esigenza, anche “psicologica”, di uno strumento di chiusura del sistema»; in quest’ambito, quindi, si può cogliere una prospettiva assai interessante di coinvolgimento del giudice delle leggi nel contesto costituzionale europeo⁵⁶: da qui la necessità di ribadire che la

⁵⁴ A. CARDONE, *La tutela multilivello*, cit., pp. 72-73. Del resto, anche la dottrina più sensibile alla “europeizzazione” dei controlimiti ritiene che essa metta in campo «risorse *aggiuntive* e *preventive* di tutela, che nulla tolgono alle garanzie attivabili in ambito interno»: A. RUGGERI, *A difesa*, cit.

⁵⁵ A. CARDONE, *La tutela multilivello*, cit., pp. 75-76; cfr. anche F. SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. FALZEA-A. SPADARO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 310 ss.

⁵⁶ A. CARDONE, *La tutela multilivello*, cit., pp. 76-77.

competenza della Corte costituzionale in ordine ai controlimiti chiama il giudice delle leggi «innanzitutto a un giudizio di equivalenza» per la determinazione di quale delle due "Carte costituzionali" garantisca il più intenso grado di tutela e non impone, quindi, «il riconoscimento del potere della Consulta di interpretare la norma interna in maniera conforme al diritto dell'Unione»⁵⁷.

4. I nodi irrisolti alla luce della sentenza Taricco

La sentenza *Taricco*, in definitiva, impone riflessioni che coinvolgono gli aspetti apicali dell'ordinamento costituzionale e dei suoi possibili sviluppi e, tra questi, alcuni principi fondamentali del diritto penale.

Sul primo versante, essa è, in qualche misura, emblematica delle contraddizioni che il processo di integrazione europeo sta conoscendo nel più recente periodo, in un momento nel quale l'evoluzione (o meglio: l'involuzione) istituzionale in alcune rilevanti esperienze dell'Europa orientale (si pensi alle recenti riforme istituzionali in Ungheria e Polonia ma, più in generale, all'atteggiamento della maggioranza dei Governi a proposito delle politiche dell'immigrazione) mette a repentaglio la tenuta di concetti rilevanti e per molti versi decisivi come quello delle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri.

In questo contesto, rimangono intatte le considerazioni svolte, con grande lucidità, da Marta Cartabia a proposito del progetto di «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» (naufragato sugli scogli dei *referendum* francese e olandese), ovvero che «la portata della supremazia del diritto comunitario sulle Costituzioni nazionali è [...] ancora oggetto di divergenze interpretative», soprattutto perché «la Corte di giustizia europea assolutizza [...] gli effetti del medesimo principio, il quale per ragioni ontologiche non potrebbe subire deroghe o eccezioni»⁵⁸, con il rischio di dare luogo ad un rapporto problematico con le Corti costituzionali nazionali. E sempre a proposito del Trattato costituzionale, la stessa autrice aveva osservato che nemmeno esso non avrebbe disposto comunque la prevalenza incondizionata delle sue norme, poiché altrimenti si sarebbero prodotte conseguenze inaccettabili: «Se il principio delle competenze non fosse in grado di contenere in nessun modo la supremazia della Costituzione europea ciò significherebbe che i valori, i principi, le libertà fondamentali, i diritti fondamentali dell'Unione europea avrebbero sempre la meglio sui loro corrispondenti iscritti nelle Costituzioni nazionali. All'orizzonte si affaccerebbe lo spettro della

⁵⁷ A. CARDONE, *La tutela multilivello*, cit., p. 81.

⁵⁸ M. CARTABIA, «Unita nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 189.

“tirannia della Costituzione europea” – parafrasando la celebre espressione di Carl Schmitt»⁵⁹.

Venuta meno la prospettiva del Trattato costituzionale europeo, e in una fase di sostanziale crisi della costruzione euro-unitaria, un approccio maggiormente equilibrato e prudente dei giudici dell’Unione europea soprattutto sul piano della tutela dei diritti fondamentali appare necessario per evitare che il mito del “dialogo” tra le Corti naufraghi in una prospettiva, assai poco auspicabile, di competizione se non di veri e propri “duplici monologhi giurisprudenziali”⁶⁰. E d’altra parte, oggi, si può bene affermare che «l’Europa unita c’è se ha solidi pilastri comuni ma ove, all’interno di essa, le nostre diversità nazionali non riescano a trovare spazio per esprimersi, finiscono per divenire fattori corrosivi della coesione e per mettere a repentaglio la stessa identità comune»⁶¹.

Sullo sfondo rimane poi la necessità di ripensare la scelta, operata fino dalle origini e giustificata dalla Corte costituzionale (sent. 14/1964), di dare esecuzione con legge ordinaria, *ex art. 11 Cost.*, ai Trattati con i quali l’Italia ha consentito limitazioni di sovranità in favore delle istituzioni europee⁶²: alla luce di quanto si è detto, tale procedura appare ormai decisamente datata e inadeguata rispetto all’esecuzione di atti che si muovono lungo il delicato crinale tra primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali degli Stati membri⁶³.

Eppure, nonostante un trentennio (almeno) di dibattiti sulle riforme istituzionali che hanno prodotto numerosi progetti di revisione costituzionali, questo decisivo punto sembra essere stato colpevolmente trascurato, quasi che si trattasse di un aspetto minore se non del tutto trascurabile: tranne il progetto di revisione della Commissione “D’Alema” (invero assai discutibile su questo punto⁶⁴), le altre

⁵⁹ M. CARTABIA, “Unita nella diversità”, cit., pp. 192-193.

⁶⁰ L’espressione è di P. PAUL CASSIA, *L’article I-6 du traité établissant une Constitution pour l’Europe et la hiérarchie des normes*, in *JurisClasseur-Europe*, n. 12, dicembre 2004, pp. 12 ss., richiamato da M. CARTABIA, “Unita nella diversità”, cit., p. 189. Sul punto, R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, n. 1.

⁶¹ G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 107.

⁶² Sul punto, da ultimo, A. RUGGERI, *A difesa*, cit.

⁶³ Per riprendere il titolo della monografia di F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo*, cit.

⁶⁴ Il testo dell’art. 114, comma 2, Cost. elaborato dalla Commissione “D’Alema”, prevedeva il ricorso a speciali fonti normative, approvate a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere, e sottoponibili a referendum su richiesta di un terzo dei componenti di una Camera o di ottocentomila elettori o di cinque Consigli regionali, al fine di consentire «limitazioni di sovranità»: in effetti, tale disposizione, in quanto, tra l’altro, disancorata da un riferimento espresso all’esecuzione delle modifiche dei Trattati dell’Unione (un riferimento alla quale invece figurava nel comma 1), sembrava infatti istituire un nuova fonte normativa “supercostituzionale” al di fuori dell’art. 138 Cost. (così, U. DE SIERVO, *Alcune discutibili scelte in tema di bicameralismo e sistema delle fonti*, in P. CARETTI, a cura di, *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, Padova, Cedam, 1998, pp. 63-64; più positivo è il giudizio di P. Caretti, a giudizio del quale la proposta della Commissione “D’Alema” si presentava «come una soluzione in grado di coniugare

non hanno affrontato affatto la problematica dei rapporti tra l'ordinamento interno e l'ordinamento dell'Unione europea⁶⁵. Eppure, l'esigenza di una legge costituzionale almeno per la disciplina di alcuni profili essenziali del processo di partecipazione all'Unione europea appare essenziale, come è dimostrato dal fatto che proprio questo tema ha indotto, soprattutto a partire dall'inizio degli anni novanta, processi di revisione costituzionale nella gran parte degli Stati membri⁶⁶.

Non è questa la sede per chiedersi quale delle soluzioni offerte dal diritto comparato sia astrattamente la più adeguata alla nostra esperienza costituzionale: di fatto, la scelta di dare esecuzione con legge ordinaria, prima al «progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa» (l. 57/2005) e quindi al Trattato di Lisbona (l. 130/2008) appare criticabile proprio alla luce dei contenuti di questi atti che pongono, anche sul versante della tutela dei diritti fondamentali, non pochi problemi di coordinamento e di sovrapposizione con le disposizioni costituzionali interne. Ma di questa decisiva questione, purtroppo, il testo di revisione costituzionale «Renzi-Boschi sostanzialmente non si occupa⁶⁷».

Come detto, la sentenza *Taricco* interroga anche la tenuta dei principi fondamentali del diritto penale, a cominciare dalla riserva di legge e dalla qualità della legislazione in tale materia. A tale proposito, se, come detto in precedenza, la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. può assurgere al rango di principio supremo, allora grava in primo luogo sulla dottrina e sugli attori istituzionali il compito di trarre da questa tesi tutte le implicazioni conseguenti, a cominciare dalle scelte in materia di produzione normativa anche nell'ordinamento interno:

insieme, per ciò che attiene ai problemi europei, la «vocazione» internazionalistica della nostra Costituzione e le insopprimibili esigenze di una corretta dinamica democratica»: P. CARETTI, *Treaty-making Power e integrazione europea*, *ivi*, p. 110), e comunque difficilmente coordinabile con l'art. 11 Cost. (non toccato dal progetto in questione: F. SORRENTINO, *La partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, in M.P. CHITI-L. STURLESE (a cura di), *La riforma costituzionale. Atti del Convegno di studi in ricordo di S. Tosi*, Firenze, 27-28 marzo 1998, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 121 ss.).

⁶⁵ Eppure, il «Rapporto sulle questioni istituzionali» elaborato dal Ministro per le riforme istituzionali Maccanico nella XIII legislatura (ottobre 2000) dedicava ai «principi e procedure per l'adesione al processo di unificazione europea» il primo capitolo, individuando, quali possibili ambiti di intervento: *a*) la riforma dei procedimenti volti a consentire limitazioni di sovranità; *b*) la disciplina dei sistemi di raccordo tra Parlamento e Governo; *c*) le modalità di partecipazione delle Regioni alla formazione e all'attuazione degli atti normativi dell'Unione europea (Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le riforme istituzionali, *Rapporto sulle questioni istituzionali*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2000, pp. 21 ss.).

⁶⁶ Per tutti, M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale. Limiti e graduazioni*, Torino, Giappichelli, 1997; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le riforme istituzionali, *Rapporto*, cit.

⁶⁷ Infatti, l'art. 19 del d.d.l. A.C. n. 2613-D si limita a ricondurre al procedimento bicamerale le «le leggi che autorizzano la ratifica dei trattati relativi all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea sono approvate da entrambe le Camere».

si pensi, in primo luogo, alla decretazione d'urgenza quale strumento di introduzione di fattispecie di reato, che aveva sollevato obiezioni nella dottrina costituzionalistica già negli anni ottanta⁶⁸; ai decreti legislativi che, in "disinvolta" attuazione di generiche disposizioni di delega, intervengono anche nella materia penale, nonostante che in questo caso la giurisprudenza costituzionale abbia posto alcuni non irrilevanti (ma forse non ancora sufficienti) paletti⁶⁹.

Peraltro, anche sul piano del procedimento legislativo ordinario, si pensi ai ritardi che ancora si registrano sulle tematiche della qualità della legislazione assai rilevanti anche per il diritto penale⁷⁰, mentre prassi distorsive, come quelle dell'apposizione della questione di fiducia su maxiemendamenti, non sono state minimamente arginate, nonostante che esse appaiano in probabile violazione dell'art. 72 Cost., oltre a dare luogo ad atti normativi assai problematici anche sul piano della qualità redazionale⁷¹.

⁶⁸ In particolare, sia consentito richiamare P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 322-323.

⁶⁹ Sul punto, da ultimo, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali*, cit., p. 93.

⁷⁰ Con tale espressione ci si riferisce non solo alle tecniche del *drafting* ma anche a quelle, ancora più impegnative, dell'istruttoria legislativa, nonché delle valutazioni *ex ante* ed *ex post* dei prodotti legislativi: sul punto, da ultimo, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; cfr., altresì i diversi contributi contenuti in M. CAVINO-L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014.

⁷¹ Per tutti, G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, Cedam, 2008, pp. 259 ss.; N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo. Atti del seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009*, Padova, Cedam, 2010.

ANTONIO VALLINI

LA PORTATA DELLA SENTENZA CGCE “TARICCO”:
UN’INTERFERENZA GRAVE IN UN SISTEMA DISCRIMINATORIO^(*)

SOMMARIO: 1. Un’ermeneutica conflittuale. – 2. La portata “immediata” della sentenza Taricco. – 3. Principi costituzionali in crisi e attivazione dei “controlimiti”. – 4. Un esito incostituzionale ma assimilabile dall’ordinamento interno? – 5. La portata “non immediata” e le implicazioni potenziali. – 6. La lesione del principio personalistico. – 7. Postilla.

1. *Un’ermeneutica conflittuale*

Sulla ormai famosa – o famigerata – decisione della Corte di Giustizia c.d. “Taricco” (8 settembre 2015, causa C-105/14) immediatamente si sono sviluppate narrazioni polarizzate e dai toni netti, che inducono a parteggiare.

Vi è, da un lato, chi legge il mondo dal punto di vista del magistrato frustrato dalla propria impotenza, dall’impossibilità di concretizzare una facoltà punitiva che pure gli è stata attribuita, in una provincia europea ormai da tempo corrotta, ove impunemente il potente – politico o economico – può consumare ruberie sapendo di godere di guarentigie che hanno la sostanza di un privilegio. Egli, dunque, chiede aiuto a una sorta di imperatore straniero, perché scenda in Italia a sostenerlo e a mettergli in mano strumenti effettivi contro tanto malaffare. È questo, in fondo, il tenore dell’ordinanza di remissione alla Corte UE del Tribunale di Cuneo del 17 gennaio 2014 (rispondente a una sorta di “autoritarismo benintenzionato”, stimolato da precise condizioni storico/sociali, secondo la felice analisi di Sotis¹).

Dall’altro lato, si descrive la discesa di quella forza straniera rigettando ogni retorica giustizialista, quasi fosse l’intervento di un’autorità mossa dal solo scopo di rimpolpare le proprie finanze, a tal fine pronta a esercitare un potere sover-

^(*) Testo della relazione svolta al convegno «*Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’UE a proposito della sentenza CG Taricco*», Firenze, 30 ottobre 2015, i cui atti sono raccolti nel volume «*Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*», a cura di C. Paonessa-L. Zilletti, Pisa, Pacini Giuridica, in corso di stampa.

¹ C. SOTIS, *Crisi del diritto penale o diritto penale della crisi?*, relazione (inedita) al Convegno *Legge Giudice Economia*, tenutosi presso l’Università di Padova il 30 ottobre 2015.

chianche e arbitrario – delegandone la gestione al magistrato che l'ha chiamata in causa – così facendo strame di una risalente tradizione giuridica e garantistica.

Da una parte si coltivano, insomma, istanze di giustizia sostanziale, che si ritengono ostacolate dalla “forma” di garanzie ipocrite e cavillose (garanzie che non sarebbero in realtà tali, ma solo una formula retorica per affermare una bieca e miope istanza di sovranità statale²). Sull'altro lato si serrano le file per proteggere le logiche classiche, liberali e costituzionali del diritto penale, che si temono troppo cedevoli per sostenere la pressione di tanto efficientismo punitivo.

Sembra quasi si stia tracciando una linea del fronte, sui temi della legalità e dei rapporti tra garanzie individuali e funzione giudiziaria, tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. La linea del fronte non conosce sfumature e impone scelte nette: o si sta di qua, o si sta di là. Rimanendo nel mezzo si è esposti al fuoco dell'una e dell'altra trincea. La terminologia, d'altronde, è bellica. Nella stessa sentenza si usa il concetto di “lotta”: lotta contro le frodi in materia di IVA, desunto dalla direttiva 2006/112/CE, nel suo complesso, intesa alla luce del principio di *leale cooperazione* di cui all'art.4, §3, TUE. E lotta mediante il diritto penale, come desunto dall'art.2, §1, Convenzione PIF, che definisce uno specifico obbligo di adottare sanzioni effettive proporzionate e dissuasive che comprendano – nei casi gravi di frode – pene privative della libertà personale (§§40-41). Anche sul fronte opposto risuona più volte una semantica della resistenza contro quello che si percepisce essere un “attacco” in certa misura “straniero”.

Dall'umile posizione di chi non ha la responsabilità professionale e deontologica delle implicazioni sensibili di un processo – ma soltanto dei suoi atti di pensiero, che oltretutto interessano a pochi – si intende tuttavia, continuare a coltivare il privilegio del dubbio; concedersi il lusso di esitare, prima di assumere prese di posizione definitive. In effetti, a fronte della vicenda che si è andata delineando, e del conflitto tra Corti già in atto, la mente s'affolla di perplessità, più che di giudizi definitivi. Molte hanno trovato risposta nella già vasta elaborazione dottrinale. Alcune, invece, rimangono aperte. Bisognerebbe, dunque, immaginare un punto interrogativo al termine di ogni prossima asserzione, anche quando l'intonazione non dovesse farlo percepire, ed intendere le domande che verranno proposte come niente affatto retoriche, ma davvero in attesa di risposta.

² F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015, p. 14 ss.; accoglie positivamente la decisione, o comunque appare contrario all'attivazione dei “controlimiti”, sia pure da una diversa prospettiva più attenta alle implicazioni politiche e di diritto europeo: A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2015.

2. La portata "immediata" della sentenza Taricco

Orbene: la *portata della sentenza Taricco* si proietta in due diversi ambiti.

Vi è, da un lato, la *portata immediata*, che tiene conto principalmente degli *effetti* e degli *esiti applicativi* di quella sentenza, sicché interessa l'istituto della prescrizione, così come ne può uscire modificato, in rapporto a un singolo caso *sub iudice*.

Vi è, poi, una *portata indiretta*, o *potenziale*, vale a dire: prescindendo dalle ricadute puntuali sullo specifico istituto della prescrizione, il percorso argomentativo utilizzato dalla Corte UE, di per sé, quali implicazioni ha, e quali sviluppi ulteriori sembra promettere?

Discutiamo, per prima, della *portata immediata*.

La Corte UE sollecita il giudice italiano ad operare una disapplicazione (forse, meglio, una "non applicazione"³) di una norma interna per incompatibilità con una fonte primaria di diritto dell'Unione, dotata di efficacia diretta. Una conseguenza, e una tecnica di coordinamento tra ordinamenti, che la Corte UE implementa a partire dalla storica sentenza Simmenthal⁴, e che la Corte costituzionale pure sposa (a partire dalla sentenza Granital, n. 170/1984), sia pure da due diverse prospettive: una tendenzialmente monistica – quella del giudice europeo – fondata sull'idea di un assoluto primato del diritto UE; l'altra – quella del nostro giudice delle leggi – attenta ad un coordinamento tra ordinamenti autonomi, di cui uno cede in termini limitati una porzione di sovranità, consentendo forme di compenetrazione.

Nello specifico, si affermano essere in contrasto con l'art.325, parr. 1 e 2., TFUE⁵, termini massimi di prescrizione (come quelli derivanti dagli artt.160 e 161 c.p., in caso di interruzione), quand'essi impediscano «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea», oppure quando la legge nazionale «preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea». Tutti presupposti che «spetta al giudice nazionale verificare»

³ C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, p. 36 ss.

⁴ Sentenza 9 marzo 1978, causa C 106/77.

⁵ Da tale norma si trae un obbligo per gli Stati membri di «lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive e, in particolare, [di] adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari (v. sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26 e giurisprudenza ivi citata)».

Quali conseguenze derivano da una simile disapplicazione?

Possiamo metter da parte l'ipotesi di una reviviscenza della disciplina vigente prima della "ex Cirielli", dato che non si tratta di una "abrogazione di una norma abrogatrice". Neppure si deve per forza convenire con chi paventa il venir meno di qualsiasi limite massimo, in caso di interruzione, con conseguente *lacuna normativa*⁶. Se così fosse, si tratterebbe di una conseguenza pesante, capace di mettere in discussione la stessa ipotesi che la norma applicata abbia efficacia diretta. Come noto, una tale efficacia può affermarsi (secondo la stessa giurisprudenza UE) solo quando la norma europea si caratterizzi per il requisito della *precisione*, che da una prospettiva "funzionale" significa *precisione degli effetti e delle conseguenze*⁷.

In realtà, la disapplicazione pretesa riguarda *soltanto* il termine massimo specificamente indicato in caso di interruzione dall'art.161 c.p.⁸; per cui il risultato non è, invece, indeterminato. Troverà applicazione senza più limiti l'art.160, ultimo comma, c.p., stando al quale "la prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno dell'interruzione". Dopo l'atto interruttivo tornerà a consumarsi dall'inizio il termine "ordinario" ricavabile dall'art.157 c.p., senza decurtazioni di sorta. Questo "rilancio" è in grado di ripetersi potenzialmente all'infinito⁹, per l'intervento eventuale di nuove cause di interruzione; ma ogni singolo rilancio non è di per sé indeterminato nella sua portata massima.

Tale determinatezza, tra l'altro, destituisce di fondamento l'ipotesi di una lacuna, e dunque la possibilità anche solo teorica di applicare analogicamente limiti più generosi previsti già dal nostro codice in rapporto ad altre fattispecie.

3. Principi costituzionali in crisi e attivazione dei "controlimiti"

Ora, al di là dei dettagli, il risultato "immediato" istintivamente non piace. Si prescrive una disapplicazione con effetti *in malam partem* in materia penale, la quale, oltretutto, determina una *disparità di trattamento* (a discapito di quei particolari reati e rei che preoccupano particolarmente la Corte UE), la cui declinazione, come se non bastasse, viene affidata a una *discrezionalità del giudice in buona misura libera* (in precedenza le decisioni "El Dridi" e "Sagor" sollecitavano

⁶ C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in <http://www.sidiblog.org>, 15 settembre 2015, p. 7.

⁷ C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 235 ss., il quale evidenzia come normalmente disapplicazioni *in malam partem* producano effetti imprecisi, non potendo la norma europea colmare e definire uno spazio di rilevanza penale.

⁸ F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, cit., p. 7.

⁹ T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier 1, p. 37.

sì disapplicazioni, e però a favore del reo¹⁰; unico, ambiguo precedente può forse cogliersi nella sentenza “Niselli”¹¹.

Sin da subito si è in effetti lamentata una frizione con principi fondamentali, e più nello specifico:

- a. Con la *riserva di legge*: effetto della decisione è un'estensione sostanziale dell'area di punibilità non sostenuta da fonti adeguatamente legittimate sul piano democratico¹². È orientamento piuttosto pacifico che la scelta sui termini prescrizionali rientri nella discrezionalità del legislatore, non sanzionabile dalla Corte costituzionale con interventi *in malam partem*, (v. Corte cost., sentt., 393/2006, 72/2008, 324/2008; Trib. Milano ord. 5/11/2012). Inoltre, il passaggio dal contenuto generico delle fonti europee che la Corte UE pone a fondamento della propria decisione (le quali sollecitano una “lotta” alla frode fiscale, eventualmente con lo strumento penale) a quello specifico dell'attribuzione al giudice di un potere di disapplicazione, in particolare, dell'art.161 c.p., non è per niente “deduttivo”, non è affatto logicamente determinato, bensì frutto di una valutazione estremamente discrezionale – cioè *sostanzialmente politica* – circa l'individuazione dei mezzi più adeguati allo scopo, che viene compiuta da organi di tipo giurisdizionale (la Corte UE, il giudice italiano). Esattamente quello che l'art.25 Cost. non vuole.
- b. Con la *determinatezza*. Gli effetti prefigurati nella sentenza “Taricco” riguarderebbero fattispecie criminose da individuarsi con riferimento a un concetto vago, quale quello di “gravità” della frode, e sarebbero subordinati alla constatazione di un non meglio precisato dilagare dell' “impunità”, dovuta alla prescrizione, “in un numero considerevole di casi”; ancor prima appare labile, e premessa di possibili, incontrollabili estensioni, l'indicazione dei reati tributari interessati, dato che l'art. 325, §1, cit. fa riferimento in generale ad «altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»¹³. Questa indeterminatezza è, d'altronde, espressione diretta di quel difetto di stretta correlazione logica tra le premesse normative e l'esito applicativo che denunciavamo poc'anzi.

¹⁰ 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, Causa C-61/11 PPU. V. F. VIGANÒ-L. MASERA, *Addio articolo 14*, in *www.penalecontemporaneo.it*; 6 dicembre 2012, Sagor, causa C-430/11: v. F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹¹ CGCE, sent. 11 novembre 2004, *Niselli*, causa C-457/02. Cfr. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, cit., p. 4, nt. 4.

¹² G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch.pen.*, 2015, p. 15 s.

¹³ F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, cit., 7 s.; G. CIVELLO, *op.cit.*, p. 11.

c. Con il *divieto di applicazione retroattiva della norma penale*: si immagina una applicazione del regime della prescrizione, modificato in modo peggiorativo per il reo, a fatti commessi prima dell'intervento di tale modifica.

I profili di possibile frizione con l'art.25 Cost. potrebbero anche ritenersi alternativi, non cumulativi. Valorizzando una legalità intesa più come "prevedibilità" che non già come "copertura democratica" di scelte punitive, si potrebbe sostenere che la decisione non contraddice la riserva di legge, e però in linea di principio non dovrebbe operare retroattivamente (rispetto, cioè, a reati commessi prima della pubblicazione della decisione "Taricco": 8 settembre 2015)¹⁴. Viceversa, si potrebbe ravvisare una violazione della riserva di legge, ma non del principio di irretroattività, perché non v'è ragione di tutelare un affidamento dell'autore del reato a conseguire l'impunità in ragione di accidenti temporali¹⁵. Con ulteriore, possibile diversificazione: il nuovo regime non è declinabile al passato quando la prescrizione sia già maturata, invece lo è rispetto a situazioni in cui i termini prescrizionali risultino ancora "aperti"¹⁶.

In ogni caso: riserva di legge, determinatezza, irretroattività. Entra in gioco, in una parola, la *legalità penale*, cui PALAZZO ad esempio fa corrispondere un vero e proprio "diritto fondamentale dell'uomo". E i diritti umani fondamentali possono fungere da "*controlimiti*" rispetto alla capacità delle fonti e della giurisprudenza UE di insinuarsi nell'ordinamento interno (vedi Corte cost. ord. 454/2006 e sent. 284/2007)¹⁷.

Si comprende, perciò, la scelta della Corte di appello di Milano (ordinanza 18 settembre 2015) di rimettere gli atti alla Corte costituzionale, chiedendole per la prima volta di azionare la misura dei "controlimiti"¹⁸. I diversi argomenti, che

¹⁴ F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015

¹⁵ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 5ª ed., Milano, 2015, p. 110; G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 229 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, cit., p. 10.

¹⁶ S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 7 s. (anche con riferimento all'ipotesi che le indicazioni della Corte UE venissero – opportunamente – tradotte in un intervento legislativo).

¹⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, 6ª ed., Torino, 2016, p. 124 (citazione aggiornata nelle more della pubblicazione del presente contributo); v. altresì, ampiamente, C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in questa *Rivista*, 2013, p. 343 ss.

¹⁸ In specie sollevando questione di legittimità costituzionale sull'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, «nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornitane dalla Corte di giustizia nella sentenza in data 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo

hanno portato la Cassazione (sez. III pen., sent. 17 settembre 2015, dep. 20 gennaio 2016, n. 2210) ad applicare i dettami della “Taricco”, ritenendo fuori luogo chiamare in causa la Corte costituzionale, sono apparsi poco convincenti anche ad una dottrina in linea di principio favorevole, o non ostile, alle ragioni della decisione europea¹⁹.

4. *Un esito incostituzionale ma assimilabile dall’ordinamento interno?*

Senonché (ed ecco i primi dubbi): quella sentenza, nella sua portata immediata – tenendo selettivamente conto della *disciplina di risulta* cui condurrebbe la disapplicazione da parte del giudice italiano – è davvero così dirompente?

In termini sistematici, bisogna dare atto che già esistono figure di sostanziale imprescrittibilità. Sono animate da *rationes* sfuggenti, in certi casi soltanto da un’idea di allarme sociale *intrinsecamente irragionevole* (strumentalizzabile, non falsificabile)²⁰. Reati che ai sensi dell’art.157, comma 6, c.p., già vedono raddoppiati i termini di prescrizione, alcuni dei quali poi, ai sensi dell’art.161, comma 2, non conoscono termini massimi in caso di interruzione (si pensi, in particolare, alle fattispecie di cui agli artt. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.)²¹. Con questa disapplicazione di matrice europea ampliamo il catalogo delle eccezioni *in malam*

comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l’imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l’art. 25, secondo comma, Cost.». Secondo la teorizzazione datane dalla Corte costituzionale, controlimiti all’operatività diretta del diritto europeo nell’ordinamento interno sono i «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» e i «diritti inalienabili della persona umana». Sugli scenari di una applicazione della “teoria dei controlimiti” al caso di specie, come effettivamente poi delineatisi nell’ordinanza milanese, v. già F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, p. 12 ss.. Suggerisce un (auspicabile) intervento “dialogante” della Corte costituzionale con la Corte di Giustizia UE, consistente in un rinvio pregiudiziale della prima alla seconda secondo il modello teorizzato nella decisione *Honeywell* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco (6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, in www.servat.unibe.ch/dfr/bv-126286.html#Opinion): M. SERRAINO, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell’oblio. La Corte di Giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 26 ottobre 2015, p. 13 s.

¹⁹ V. le condivisibili osservazioni critiche di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2016 (citazione perfezionata nelle more della pubblicazione del presente contributo).

²⁰ Cfr. M. SERRAINO, *op.cit.*, p. 16.

²¹ Note critiche in M. ROMANO-G. GRASSO- T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, 2^a ed., Milano, 2011, p. 74 s.; D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di F. Giunta, Milano, 2006, p. 241. Ritiene invece animati da un’istanza “ragionevole” di politica criminale queste eccezioni G. CIVELLO, *op.cit.*, p. 11.

partem. Una più, una meno... se consideriamo in sé e per sé questa ulteriore deroga, esclusivamente nella sua portata precettiva – prescindendo per adesso dalla problematicità della sua particolare “fonte” – possiamo davvero “scandalizzarci”?

Quanto al profilo della *indeterminatezza*, è vero che la “ex Cirielli” aveva se non altro ridotto gli spazi di discrezionalità giudiziale nella definizione dei termini di prescrizione (eliminando, in particolare, il rilievo delle circostanze e del loro bilanciamento). Tuttavia, un momento assai rilevante di discrezionalità del giudice ancora ce l’abbiamo, e riguarda *il riconoscimento in concreto della recidiva* come presupposto per un trattamento peggiorativo, appunto, circa i termini massimi di prescrittibilità²².

In altre parole, il *risultato applicativo* della sentenza Taricco è *sgradevole*, probabilmente *irragionevole*, ma *non eterodosso*. Il sistema rischia di saper metabolizzare una regola diseguale e discriminatoria, perché già da tempo convive con ben più significative discriminazioni, la cui gestione è, in parte consistente, abbandonata alla discrezionalità del giudice. Un legislatore che si ritiene libero di introdurre arbitrarie disparità di trattamento, può credibilmente invocare i presupposti costituzionali di quel suo stesso potere per impedire ulteriori discriminazioni? (Persino, volendo, *meno irragionevoli*, perché giustificate dallo statuto peculiare che certi illeciti fiscali effettivamente acquistano in ambito europeo).

Breve: è davvero una violazione insostenibile della legalità, un intervento volto non già a introdurre *ex novo* un regime eccezionale peggiorativo, bensì a pretendere una rimodulazione di regole ed eccezioni già vigenti, in modo da estenderle a una tipologia criminosa di peculiare interesse nella prospettiva europea con cui il diritto italiano (per vincolo costituzionale!) deve integrarsi? Forse che il criterio del “maggiore allarme sociale”, e altri simili in ragione dei quali il legislatore ita-

²² Il termine massimo complessivo si estende fino non oltre la metà di quello ordinario nei casi di recidiva aggravata infraquinquennale, non oltre i due terzi nel caso di recidiva reiterata, non oltre il doppio rispetto a soggetto dichiarato delinquente abituale o professionale. Ricordiamo che, rispetto a queste categorie di soggetti, già è previsto un notevole incremento del termine ordinario per la prescrizione: un regime così doppiamente differenziato, è stato icasticamente rilevato, «si iscrive nella logica del furore, non in quella della ragione»: T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 32. Si tratta dunque di disciplina incostituzionale per violazione dell’art.3 Cost.: D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 6^a ed., Torino, 2015, p. 547. Per altro verso, la giurisprudenza, avallata dalla Corte costituzionale, ha da tempo interpretato il “nuovo” art. 99 c.p. (come modificato alla stessa legge c.d. “ex Cirielli”) in modo da rendere ognuna delle ipotesi di recidiva lì delineate alla stregua di circostanze facoltative e non obbligatorie, cioè dichiarabili discrezionalmente dal giudice, in subordine a una valutazione in concreto circa l’effettiva idoneità della reiterazione criminosa a testimoniare una colpevolezza e/o pericolosità particolarmente accentuate di quello specifico soggetto. V. Corte cost., 14 giugno 2007, n. 197; Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738; cfr. anche Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798; nonché, da ultimo, Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185, riguardo alla quale R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l’ultimo automatismo*, in *Giur.it.*, 2015, p. 2484 ss.

liano giustifica certe deroghe sfavorevoli all'imputato, è meno fumoso, meno manipolabile, rispetto a quello che fa da sfondo alla decisione europea?

Per intendersi: quando la Corte UE valorizza, a sostegno delle proprie conclusioni, l'elemento del confronto con altre regole già esistenti nel nostro sistema e relative a casi analoghi – e in specie con l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi – in fin dei conti è proprio questo che tenta di fare: infiltrarsi nelle contraddizioni interne al sistema, per evidenziare che la scelta che va ad imporre non è ad esso estranea, bensì corrispondente a una sua possibile articolazione. Solo pretende che detta articolazione venga tracciata in termini di coerenza intrinseca, e rispetto a certe gerarchie europee di valori e istanze di tutela.

Quando, poi, valorizza il concetto stesso di "lealtà" (la leale cooperazione di cui all'art. 4, §3, TUE), la Corte UE implicitamente ribalta sul nostro ordinamento la responsabilità di quell'esito sgradevole. L'atteggiamento dell'Italia sarebbe leale, ove essa definisse la disciplina della prescrizione in modo davvero attento ai propri principi fondativi in ambito penale. Nel momento in cui, invece, l'Italia stessa si discosta da quei principi, suona insincero e opportunistico invocarli in modo tanto perentorio al solo scopo di porre un freno alla cooperazione in sede europea.

Constatazioni sconsolate, quelle che andiamo compiendo, dotate forse di valore soltanto retorico, non strettamente logico. Tuttavia, anche su suggestioni retoriche si sorreggono le prassi giuridiche, e grazie ad esse riescono a sopravvivere pur discutibili regole.

In termini teleologici, poi, siamo davvero sicuri che stiamo profilando la figura di un giudice chiamato a "disapplicare una garanzia"?

Convince chi sostiene che la prescrizione risponda, in astratto, a un'istanza personalistica, strettamente correlata alle funzioni della pena, e in specie all'esigenza di porre un limite anche temporale all'esposizione dell'individuo al potere punitivo²³. Vi è senz'altro una dimensione sostanziale della prescrizione²⁴,

²³ F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere: prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 44 ss.

²⁴ A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Novissimo Dig.it.*, XIII, Torino, 1966, p. 680; M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *op.cit.*, p. 62, P. PISA, *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc.dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 79; E. ANTONINI, *Contributo alla dottrina delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990, p. 122; F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *op.cit.*, pp. 54 ss., 64; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, p. 14; A. MARTINI, *Cause di estinzione del reato e della pena*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, p. 253 ss.; Cass., Sez. IV, 18 maggio 1982, in *Cass.pen.*, 1984, p. 898. Predilige la natura processuale A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 8^a ed., Milano, 2003, p. 726 ss.; v. poi M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, Torino, 2008, p. 119 ss. Sulla questione in generale, e con soluzioni originali, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 256 ss.

oggetto di scelte politiche che devono essere democraticamente legittimate, sottoponibili a verifica da parte della Corte costituzionale, compiute con una legge irretroattiva quando *in malam partem*²⁵.

In linea teorica e in sede scientifica vi è dunque il bisogno di contrapporsi – come in buona misura fa la nostra Corte costituzionale²⁶ – alla tendenza delle Corti europee a ridimensionare quell'istituto in un orizzonte “processuale”, secondo l'interpretazione prevalente dell'art.49 CDFUE e 7 CEDU, al fine di sottrarlo alla garanzia della legalità, la quale salvaguarderebbe soltanto l'esigenza che il reo venga ad essere punito per un reato già “prevedibile” come tale al momento della condotta, e con una pena in quel momento già definita. A maggior ragione, urge contrastare letture dell'istituto che lo degradano a irragionevole privilegio, a turpe motivo di “impunità”, come quella cui a tratti sembra indulgere la Corte di Giustizia UE nella decisione “Taricco”²⁷. Suona, insomma, un po' sbrigativo asserire che in gioco sia soltanto un'anacronistica salvaguardia della sovranità nazionale.

Bisogna, tuttavia, fare attenzione a salti logici: sostenere il valore garantistico della prescrizione come istituto ideale, razionale, astratto, non implica riconoscere valore di garanzia a qualsiasi configurazione concreta, a qualsiasi disciplina possibile della prescrizione.

Ebbene, la Corte UE chiede non già di disapplicare la prescrizione *tout court* (anzi, la Corte è ben chiara nel negare che un regime di prescrizione sia in contrasto, di per sé, con il diritto europeo: §§ 45ss.), bensì invita a disapplicare *questa particolare disciplina della prescrizione*.

Urge dunque domandarsi: corrisponde realmente a un'istanza personalistica indisponibile una prescrizione del reato che continua a decorrere durante il processo, inflessibile e insensibile alle diverse difficoltà e articolazioni procedurali, sanzionando svolgimenti magari celeri (solo perché tardivamente attivati, rispetto al momento di consumazione del reato) e premiando processi lunghi (solo perché attivati precocemente), e continuando ad operare anche quando si è esteriorizzato, attualmente, un interesse istituzionale alla punizione? Non è forse che, dal momento di instaurazione del processo, l'esigenza fondamentale a non rimanere infinitamente sotto scacco del potere punitivo dovrebbe essere attentamente “bilanciata” con un'idea di ragionevole durata del processo, che non è sinonimo di

²⁵ G. CIVELLO, *op. cit.*, p. 11 ss., ove si critica l'affermazione “minimalista” della Corte di Giustizia UE, secondo la quale nel caso di specie la disapplicazione non metterebbe in discussione la legalità, posto che «non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale [...], né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto».

²⁶ V. sent. n. 393 del 23 ottobre 2006; sent. n. 72 del 12 marzo 2008; sent. n. 324 del 1° agosto 2008; sent. n. 236 del 19 luglio 2011.

²⁷ G. CIVELLO, *op. cit.*, p. 8 ss.

brevità *tout court*, bensì di minor durata *compatibile con le esigenze di un serio* (e definitivo) *accertamento processuale*, cui comunque deve potersi pervenire senza “estinzioni di procedibilità” di sorta²⁸?

La negazione, da parte delle Corti europee, della natura sostanziale della “nostra” prescrizione, non è forse dovuta anche all’impressione che una prescrizione che decorre durante il processo – qualunque ne sia l’etichetta – sia, a conti fatti, *una forma di realizzazione del principio, processuale, della ragionevole durata*, tuttavia irragionevole, giacché sbilanciata nel “sanzionare” drasticamente una semplice mancanza di celerità?²⁹

5. La portata non “immediata” e le implicazioni potenziali

Discutiamo, adesso, della portata “non immediata” della sentenza *Taricco*, e però *potenziale*, di prospettiva, a prescindere dal caso specifico della prescrizione.

Orbene: gli argomenti utilizzati nella decisione manifestano un’indubbia attitudine a disegnare una nuova trama di rapporti tra Corti e ordinamento europei e nazionali, anche in materia penale, ancor più orientato in termini monistici e alla assoluta prevalenza delle logiche euro-unitarie.

Vi è il precedente, un po’ inquietante, della sentenza CGUE “Melloni”³⁰, ed è lecito il sospetto che la sentenza in esame – più cauta nelle affermazioni di principio, più scaltra nel proporre “giustificazioni” alle proprie scelte – altro non sia che un’applicazione di dettaglio dei principi delineati dalla “Melloni” stessa. Secondo quest’ultima sentenza, merita ricordarlo, tocca alla Corte UE decidere quali siano i “controlimiti” incentrati sui “diritti umani” tratti dalle costituzioni nazionali. La disposizione dell’art. 53 CDFUE, ove pure si evoca il limite dei diritti umani – come altresì desumibile dalla CEDU e dalle costituzioni nazionali – non può essere interpretata in modo da attribuire ad uno Stato membro la facoltà di applicare uno *standard* di protezione più elevato di quello derivante dalla Carta, per contrapporlo alle disposizioni di diritto dell’UE: pena, altrimenti, una lesione del “principio del primato del diritto dell’Unione”. Una prospettiva che – si è scritto – stravolge gli stessi equilibri interni al sistema giuridico dell’Unione³¹.

Sin troppo scontato, poi, evidenziare come in questa fondazione di obblighi di tutela penale effettiva e adeguata, che il giudice è solo il giudice deve poter implementare, il principio che realmente soffre è quello di *sussidiarietà*. Quando s’afferma un obbligo di tutela penale di matrice europea, non c’è nessuno spazio

²⁸ D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 25 ss.

²⁹ Ampiamente M. SERRAINO, *op.cit.*, p. 16 ss.

³⁰ CGUE (Grande Sezione), sent. 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11.

³¹ C. CUPELLI, *op.cit.*, p. 339 ss.

per modulazioni che tengano dell'opportunità di una risposta penale in ragione del suo differenziale preventivo rispetto ad altre forme di contrasto. I passaggi logici sono apparentemente stringenti: lo Stato ha un obbligo di leale collaborazione nel combattere (nel caso di specie) le frodi fiscali gravi in modo adeguato ed effettivo; il diritto penale è lo strumento che garantisce la migliore adeguatezza ed effettività; *ergo*, lo Stato ha un obbligo di tutela penale rispetto alle frodi fiscali. Ma il sillogismo è fallace, perché almeno il secondo passaggio è forzato. È, infatti, una petizione di principio asserire che la risposta penale sia di per sé quella più efficace ed adeguata³². Si ignora o si elude, così ragionando, l'intero dibattito sulla sussidiarietà (l'ineffettività, la farraginosità) dell'intervento penale.

6. *La lesione del principio personalistico*

Ma l'aspetto che maggiormente inquieta delle modalità argomentative della sentenza Taricco è la loro sostanziale incompatibilità con le logiche del *personalismo*. Quel che si propone, in fondo, è una *strumentalizzazione della posizione giuridica del singolo per offrire una risposta simbolica a problemi sistemici*.

Problemi sistemici sono quelli supposti nell'ordinanza del Tribunale, che ampiamente contemplan difficoltà empiriche (complessità delle indagini) e processuali (articolazione in tre fasi del procedimento penale, sistema accusatorio che comporta di ascoltare nuovamente come testimoni le persone informate, obbligo di motivazione). Si chiama a supporto una relazione del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, che tratta di una "giustizia penale assediata dai numeri" che "tracimano ben oltre le risorse umane ed organizzative disponibili", e che dunque si fa "asfittica e inefficiente" non solo sul piano della difesa sociale, ma anche delle garanzie degli imputati". Che racconta, ancora, di una giustizia penale inefficiente – "un *unicum* nell'intero panorama europeo [...] una delle principali cause di sfiducia istituzionale dei cittadini", capace di generare un "allentamento della coesione sociale" e una "minor propensione all'investimento economico". Si dà atto, infine, di "128.000 prescrizioni dichiarate in un anno" (2010), cioè di una percentuale di impunità sostanziale intollerabile per la credibilità del sistema". Sicché "il processo diviene, con i suoi tempi dilatati ed i suoi

³² Mette in allarme contro il pericolo di un potere punitivo declinato in ragione di "obblighi di risultato" fondati sulla presunzione assoluta di "maggiore adeguatezza" dell'intervento penale: L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 dicembre 2015, p. 7 s. Cfr. poi le considerazioni di C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 275 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, spec. p. 106 ss.

gradi, il mezzo attraverso cui inseguire – proprio da parte dei soggetti che ma potrebbero sperare in una pronuncia assolutoria – una declaratoria di estinzione del reato”.

Già in queste argomentazioni si nota un repentino slittamento del fuoco dell’attenzione: da manchevolezze descritte come strutturali e di sistema, al “problema” specifico della prescrizione, che alla fine assume i tratti dell’unico” problema; ipotesi cui fa da scarso contrappeso la vaga prospettazione di misure che fungano da “pungolo nella fissazione e definizione dei processi”.

Ma al di là dei contenuti dell’ordinanza, e dei documenti in essa richiamata, sappiamo che aporie sistemiche, complesse, articolate, multifattoriali sono quelli che compromettono la plausibilità empirica della disciplina italiana della prescrizione³³. Sicché risposta congrua dovrebbe essere, semmai, un intervento dell’Unione Europea nei confronti dello Stato, o in altre sedi una condanna dello Stato per le incongruenze e le farraginosità del suo ordinamento (come quella appunto subita dall’Italia di fronte alla CEDU nel caso Cestaro c. Italia, sentenza del 7 aprile 2015)³⁴.

Vediamone uno, dei tanti problemi. Sappiamo (anche alla luce di evidenze statistiche) che effetti perversi della “riforma Cirielli” si colgono, in realtà, più che sul piano assoluto del “numero complessivo” delle prescrizioni, sulla loro distribuzione diseguale. È la recidiva, ad esempio, che segna una differenza: i “colletti bianchi”, che difficilmente hanno lo statuto di recidivi – e non necessariamente per una loro meritevolezza soggettiva – e i cui reati d’elezione hanno spesso natura contravvenzionale, possono godere d’un regime prescrizionale esponenzialmente più favorevole rispetto a soggetti recidivi (qualifica su cui spesso pesano variabili esistenziali, sociali, e minori possibilità di difesa), i quali compiono reati più “classicamente” qualificati come delittuosi. Con ripercussioni a catena: chi può consentirsi avvocati migliori, può anche garantirsi migliori tecniche dilatorie, ove servono, così da addivenire a prescrizione e mantenere la fedina penale punita; viceversa per altre categorie. Tutto questo, ed altro, ha pure ripercussioni negative sulle modalità di esercizio dell’azione penale, suggerendo – in una con l’enorme peso dei numeri – forme di clemenza occulta gestite nel chiuso delle procure.

A volte, poi, la sensazione di una generalizzata prescrizione prematura può dipendere non dalla eccessiva brevità dei termini prescrizionali, bensì da una sproporzione per difetto dei massimi edittali di quel singolo reato, ed allora è su quelli che, semmai, bisognerebbe intervenire. Ancora – come dimostra la vicenda

³³ Sia consentito rinviare, per una sintesi al riguardo, a A. VALLINI, *A prescrição penal no ordenamento italiano*, in *Prescrição Penal. Tema Atuais e Controvertidos*, a cura di Ney Fayet Júnior, vol. 5, Porto Alegre, 2015, p. 160 ss.

³⁴ G.CIVELLO, *op.cit.*, 2015, p. 8

Eternit³⁵ – può accadere che il tempo della prescrizione risenta del modo in cui la fattispecie incriminatrice è formulata, condizionante il momento della consumazione e, dunque, il *dies a quo*. Soprattutto, quel che emerge da tutte le analisi è come il primo dei problemi sia un sistema giudiziario affaticato, sovraccarico, che esprime procedimenti troppi lunghi.

Il legislatore che si limitasse a incrementare i termini per la prescrizione, dunque, rischierebbe solo di sacrificare oltre il ragionevole l'istanza personalistica che ispira l'istituto, senza intervenire utilmente sui problemi di fondo; di alleviare il sintomo, senza intervenire sulla patologia (col rischio che quella patologia, non più avvertita in certi suoi riscontri più evidenti, incontri ancor meno resistenze e venga ancor più lasciata proliferare).

È esattamente questa, tuttavia, la “via d'uscita” che nella sentenza Taricco si propone. *Il problema è sistemico, la soluzione che si rinviene è interamente a pregiudizio del singolo*. Il singolo è chiamato a “pagare” difetti dell'ordinamento giuridico e dell'organizzazione giudiziaria. È una logica di puro efficientismo, strumentale e superficiale. Si colpisce la prescrizione, giusto perché è l'elemento più cedevole, in ragione della sua ambiguità intrinseca, e delle modalità irragionevoli con cui è costruita in Italia, che la rendono disapplicabile senza necessariamente dar l'impressione di ledere una garanzia fondamentale³⁶.

Numerosi sono gli indici rivelatori di questo progetto:

- a. la Corte sancisce che la disapplicazione dovrà intervenire quando risulti «in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva». Si nega, insomma, l'operatività di una causa di estinzione *non perché insensata rispetto al caso singolo*, ma perché, e nella misura in cui, consti che essa *comporta distorsioni a livello generale* – secondo un giudizio di (in)effettività e (in)adeguatezza rimesso al giudice nazionale. Lo slittamento di piani è così evidente che la dottrina più attenta ha evidenziato come si tratti dell'anomala attribuzione, al giudice, di un potere di valutazione politico-criminale, costituzionalmente appannaggio

³⁵ Cass., sez.I, 19 novembre 2014, n.1292. Per una sintesi del caso “Eternit”: S. ZIRULIA, *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, II, *Impresa e sicurezza* (Porto Marghera, Eternit, Ilvia, ThyssenKrupp), a cura di L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO, Bologna, 2015, p. 73 ss.; D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, *ivi*, pp.107 ss., specc.123 per quanto riguarda l'epilogo della vicenda in Cassazione.

³⁶ Nota (giustamente) come “gli interessi dell'Unione” valorizzati dall'art.325, par.1 e 2, TFUE, e la regolamentazione della “prescrizione” operano su piani decisamente eterogenei, sicché è arduo immaginare, come si dovrebbe, che la seconda offenda “direttamente” i primi: G. CIVELLO, *op.cit.*, p. 7.

del legislatore (art. 25 Cost.)³⁷; mentre altri hanno osservato come, in questo modo, si vada a tangere un piano che trascende gli strumenti e agli orizzonti conoscitivi ordinari della giurisdizione³⁸! In effetti, sembra pretendere un patrimonio di informazioni ulteriore rispetto a quello acquisito con l'istruzione probatoria. Si delinea, forse, un onere del Pubblico Ministero di portare dati statistici dai quali emerge che quel problema sistemico sussiste? O forse quelle disfunzioni dovranno darsi per presupposte, in certi ambiti, alla stregua di un “fatto notorio”, come in fondo sembra fare la già cit. Cass. 2210/2016, eludendo la questione? Su questo fronte è peraltro possibile, e dunque si impone, un'interpretazione adeguatrice. Quel riferimento ad un “numero considerevole di casi” andrà inteso come evocativo della necessità che *il singolo caso concreto* posto all'attenzione del giudice, *di per sé*, implichi un numero considerevole di lesioni agli interessi finanziari europei. Si pensi, in particolare, ad associazioni strutturate ed orientate per la commissione di un numero indefinito *a priori* di frodi fiscali. Così ragionando, si viene a dare sostanza anche all'altrimenti vago requisito della “gravità”, ed acquista maggior senso la circostanza che, nella sentenza della Corte di Lussemburgo, si prenda a *tertium comparationis*, esplicitamente, un reato associativo (di contrabbando). Si consideri ancora che la Corte d'Appello di Milano, quando ha deciso di porre la citata questione di costituzionalità, ritenendola in concreto rilevante, stava giudicando fatti che di per sé costituivano un “numero esorbitante di operazioni fraudolente”. Ed anche la già cit. Cass., sez.III, n. 2210/2016, ha misurato il presupposto per la disapplicazione costituito dalla «l'impunità in un numero rilevante di casi» in rapporto al caso concreto (effettivamente le prodotte fatture per operazioni inesistenti e le conseguenti evasioni fiscali – condotte riconducibili all'art. 2 d.lgs. 74/2000 – erano numerose, ripetute, e insieme tali da comportare un danno rilevante all'erario europeo), e non secondo una valutazione statistica e generalizzata più latamente riferita a quella “tipologia” di criminalità.

- b. Grave ed eloquente, inoltre, *la scelta della Corte EU di attribuire effetto diretto ad una norma pattizia*, l'unica alla fine su cui davvero si fonda la decisione – l'art.325, par.1 e 2, TFUE – in contrasto col principio secondo il quale tale effetto diretto nei confronti dei privati può avere solo un orientamento verticale e unidirezionale, affermando *diritti* del singolo verso lo Stato, e non, viceversa, *obblighi* (come sostanzialmente è quello all'assoggettamento a una sanzione penale). Altrimenti ragionando, si spo-

³⁷ Su questo punto opportunamente insiste L. EUSEBI, *op .cit.*, p. 3 ss.

³⁸ S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi*, cit., p. 3 s.

sterebbe sul singolo il peso di una violazione addebitabile allo Stato³⁹ (ed è la stessa Corte UE a rammentare che quella norma pone “a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione” – §51). Si badi, qui non si tratta (più) di un problema di rispetto di riserva di legge. È una questione tutta endounitaria, se così si può dire: quel tipo di fonte ha strutturalmente effetti che si ripercuotono a danno dello Stato, non dell'individuo! Dunque non si vede perché non sia stato ripetuto quanto già affermato dalla Corte di Lussemburgo nel noto caso “Berlusconi” (3 maggio 2005), e cioè che «una direttiva, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, non può [...] avere l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati».

Strumentalizzazione, dunque, dell'individuo (della sua esposizione al potere punitivo) per rispondere ad esigenze che, per quanto urgenti, non sono imputabili a una sua responsabilità e di molto lo travalicano. Non è forse in gioco, addirittura, il precetto della *dignità umana*, nel suo significato minimo, universalmente condiviso, kantiano, di “affermazione dell'individuo come fine e mai come mezzo”? Un'affermazione forte, che forse suona un po' fuori luogo, discutendo di ambiti ove prevalgono logiche tecniche, fiscali e mercatorie. Eppure, *en passant* il valore della dignità individuale è espressamente evocato da Francesco PALAZZO⁴⁰, quando disegna l'individuo schiacciato nel conflitto, che lo trascende, tra universalismo e particolarismo giuridico.

Citazione forse sin troppo elevata: nel caso che qui interessa, le istanze generali portate avanti dalla Corte UE neppure sono animate da un afflato universalistico. Sovranazionale non vuol dire universale. Esse sono, in realtà, “particolaristiche”, quasi contabili, di un ordinamento europeo affetto da un'ambizione monistica ed egemonica. La maggior dignità che possiamo riconoscer loro è quella individuata, con ironico disincanto, da Carlo Sotis in un recente intervento in un convegno patavino: «gli interessi finanziari sono definiti vitali dall'Unione europea [...] Per questo i delitti contro gli interessi finanziari prendono il posto che nell'*ancien regime* spettava al regicidio, nelle comunità tradizionali all'attacco esogeno al villaggio, e nel codice fascista ai delitti contro la personalità dello Stato»⁴¹.

³⁹ C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 5 ss.

⁴⁰ *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, p. 10.

⁴¹ C. SOTIS, *Crisi del diritto penale*, cit.

7. Postilla

Nelle more della pubblicazione di questo contributo, la vicenda originata dalla decisione "Taricco" ha avuto rapidi e significativi sviluppi.

Vi sono state, in particolare, ulteriori pronunce della Corte di Cassazione. La Sezione IV, con sentenza 25 gennaio 2016, n. 7914, est. Pavich, ha ritenuto di non poter dar seguito nel caso concreto alle sollecitazioni della Corte di Lussemburgo per mancanza del requisito della gravità della frode e per la già intervenuta prescrizione⁴². La stessa Sezione III – che già aveva provveduto, in altro caso citato nel testo, a disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. – ha ritenuto poi di sollevare «questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del la legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 8 settembre 2015²⁰¹⁵, causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento dei termini di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.» (così oltretutto ampliandosi i parametri di costituzionalità, rispetto a quelli già chiamati in causa dall'ordinanza della Corte di Appello di Milano).

Anche alla luce di queste novità giurisprudenziali, il dibattito dottrinale è proseguito in modo animato e fecondo, nell'attesa della parola (ultima?) della Corte costituzionale. Decisamente prevalenti le voci preoccupate e critiche, sostanzialmente favorevoli all'ipotesi di una attivazione dei controlimiti da parte della Consulta. Le si può trovare riassunte ed elaborate nell'ottimo saggio di V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016. La posizione contraria, minoritaria – ma molto combattiva e sostenuta da argomenti suggestivi – è ampiamente tematizzata in F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2016.

⁴² Vedila in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, 3 marzo 2016.

Il punto su...
“Abusivamente” negli ecodelitti

LUCA BISORI

LINEE INTERPRETATIVE E NODI PROBLEMATICI DELLA ABUSIVITÀ DELLA
CONDOTTA NEI NUOVI REATI AMBIENTALI.
PROVE TECNICHE DI ABUSIVISMO GIUDIZIARIO?

SOMMARIO: 1. “Abusivamente”: una vecchia conoscenza approda nel diritto penale dell’ambiente. –
2. Ipotesi interpretative. – 3. Precisazioni sul parametro normativo della condotta “abusiva” –
4. La sfuggente “abusività” per violazione di principi generali.

1. *“Abusivamente”: una vecchia conoscenza approda
nel diritto penale dell’ambiente*

Nel contesto di una riforma controversa, tra le molteplici criticità dei novelli delitti di inquinamento e disastro ambientale spicca il tema della *abusività* della condotta – nota modale dell’agire tipico che si rinviene, in forma d’avverbio, in entrambe le fattispecie – che ha formato oggetto di accese diatribe tra i primi commentatori.

Questione sensibilissima, a giudicare dalla causticità di qualche tono negli scritti di chi per primo si è occupato dell’esegesi della fattispecie; questione certamente rilevante ai fini dello spettro tipico della fattispecie, posto che alla soluzione di quel significato s’attribuiscono conseguenze anche radicali.

In via di prima e grossolana approssimazione, le posizioni dei commentatori possono ridursi a tre affermazioni, alla cui stregua ‘*abusivamente*’:

– è requisito tipico che disinnesci ogni reale funzione di tutela della norma, restringendone eccessivamente (ed irragionevolmente) la portata applicativa, sino a depotenziarla del tutto;

– è sì nota modale della condotta tipica, ma del tutto inutile perché nulla aggiunge, o dice l’ovvio;

– è requisito tipico che ha portata ulteriormente selettiva della tipicità, circoscrivendo il novero delle condotte illecite a quelle – appunto – ‘abusiva’ (restando però da verificare cosa ciò in concreto significhi).

La prima posizione è peraltro appannaggio pressoché esclusivo dei più feroci detrattori dell’avverbio: che impedirebbe in radice la configurabilità dei reati in discorso ogni qual volta la condotta dell’agente è in qualche modo coperta da una autorizzazione amministrativa per l’attività inquinante, sì da consentire di ravvisa-

re il delitto nella sola, residuale e sostanzialmente inutile ipotesi di attività del tutto *clandestina*.

“*Tutto dipende solo dalla presenza o meno di un’ autorizzazione della P.A.*”, insomma, “*perché è questo che significa ‘abusivamente’*”: così da rendere possibile la sussistenza di un disastro ambientale – sì – ma *autorizzato*, e dunque non punibile. Un autentico ossimoro, in termini teorici, ed una scelta sciaguratissima in concreto, specie se calata nella realtà di un Paese ‘non normale’ – quale il nostro – in cui spesso si autorizzano attività industriali che in nessun altro paese civile sarebbero autorizzate, ed in cui norme regolamentari ed amministrative pessime, carenti o comunque straordinariamente complesse appaiono del tutto inadeguate alla tutela ambientale. Una scelta, in definitiva, che legittima il sospetto che si sia inteso limitare l’intervento giudiziario, facendo dipendere l’esistenza del delitto, per intero, solo da un intervento amministrativo quale il rilascio di una autorizzazione: “*mano libera all’industria inquinante e basta con questi giudici troppo zelanti*”¹.

La seconda posizione muove proprio dall’*ossimoro* sopra ricordato: se l’avverbio in esame fungesse realmente da discriminare tra quello che è lecito e quello che non lo è, occorrerebbe supporre la legittima configurabilità di un disastro ambientale *autorizzato*, ciò che non può essere; dunque il lemma nulla aggiunge (e nulla toglie) alla fattispecie². D’altra parte, è nota la scarsa capacità selettiva delle clausole di antigiuridicità espressa – quale quella in esame – che in verità “*altro non fanno se non ricordare l’ovvio, ossia che il fatto tipico costituisce reato solo se non è imposto o facoltizzato da un’altra norma dell’ordinamento*”³.

Questo orientamento si pone agli antipodi del primo solo apparentemente, giacché reagisce ai paventati effetti di eccessiva restrizione dell’illecito ammettendo la rassicurante possibilità di una interpretazione che si limiti a non tenere conto della lettera della norma: non v’è da preoccuparsi, giacché l’avverbio in questione in realtà non aggiunge nulla, né potrebbe.

L’aspra censura al legislatore per avere inserito la clausola in esame diviene dunque, nei fatti, antesignana d’una esegesi abrogatrice: e d’altra parte, altri isti-

¹ G. AMENDOLA, *Delitti contro l’ambiente: arriva il disastro ambientale “abusivo”*, in *www.lexambiente.it*; ID., *Non c’è da vergognarsi se si sostiene che nel settore ambientale la responsabilità penale degli industriali inquinanti deve essere più limitata di quella “normale”*, *ibid.*

² A. MANNA, in *Trattato di diritto penale-Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, 2015, p. 980 ss.

³ A. BELL-A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 2, p. 79 s. Anche ad avviso dell’Ufficio del Massimario della Suprema Corte (Relazione n. III/04/2015 del 29 maggio 2015, 10), è lecito dubitare della concreta necessità della clausola, giacché l’esigenza di agganciare la responsabilità del soggetto agente avrebbe trovato comunque soddisfacimento attraverso le consuete coordinate che presidiano la responsabilità penale per dolo o colpa.

tuti presidiano l'esigenza di tener conto di condotte prudenti o osservanti (l'elemento soggettivo, *in primis*).

L'opzione esegetica intermedia assegna invece all'avverbio una reale funzione positiva, quanto meno nella misura in cui si sforza di identificarne un significato precettivo univoco: talora anche muovendo dal rammarico per la sua inopportunità.

Le soluzioni sono tuttavia variegatae.

Minimo comun denominatore è il richiamo alla (più o meno) consolidata⁴ giurisprudenza a proposito dell'identica espressione contenuta nell'art. 260 T.U. Ambiente, che punisce – tra le condotte rifluenti nelle attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti – anche la condotta di colui che gestisce *abusivamente* ingenti quantitativi di rifiuti: espressione che consente di ravvisare una situazione *abusiva* non già nel solo caso di assenza di autorizzazione, ma anche in ogni altro caso in cui una autorizzazione sia scaduta, ne siano stati violati gli ambiti di efficacia, le prescrizioni, i limiti. Che vi sia una attività autorizzata non è d'ostacolo, insomma, al riconoscimento dell'illecito se l'esercizio in concreto avviene “*in contrasto con i fini sostanziali che il titolo (e la norma) si prefigge ovvero con una norma diversa o con gli stessi principi generali dell'ordinamento*”⁵.

Si tratta, in definitiva, di una clausola di illiceità speciale equivalente a *illicetamente*, *a contra jus*, e dunque idonea a trattenere nel recinto del fatto illecito qualsiasi condotta che – pur riferibile ad attività autorizzata – si traduca in violazione sostanziale delle prescrizioni impartite con l'atto autorizzatorio, o da norme di diritto ambientale e di altri settori *limitrofi*.

Ad avviso di altri, ancora, financo dai soli *principi generali*⁶.

La formula – si è osservato – mira a delimitare l'ambito del cd. *rischio* consentito: “ogni *attività industriale inquina, tanto o poco*” ma spetta alla P.A. stabilire quali siano “*i livelli di inquinamento tollerabili in nome di altri valori o interessi confliggenti*”, la norma incriminatrice fa sintesi dei principi ora richiamati incriminando non qualsiasi inquinamento, ma solo quelli che fuoriescono dall'ambito del rischio consentito, così perimetrato dalle prescrizioni della P.A. e dalle norme di legge⁷.

Neppure vi sarebbe da preoccuparsi dell'evenienza di atti abilitativi illegittimi o *sostanzialmente* contrari alle norme: soccorre il principio secondo cui resta pur sempre al giudice di valutare la validità e l'efficacia dell'atto autorizzatorio, alla stregua di un consolidato orientamento giurisprudenziale che proprio nella mate-

⁴ Anche a questo proposito si registra una qualche contrapposizione, giacché G. AMENDOLA, *loc. cit.*, ritiene l'indirizzo di cui si dirà niente affatto consolidato, salvo solo le più recenti, e meritorie, aperture ad una lettura più estensiva.

⁵ UFFICIO MASSIMARIO, *cit.*, p. 12.

⁶ L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Piacenza 2015, p. 381.

⁷ C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, Torino 2015, p. 15 ss.

ria ambientale trova elettivo campo d'applicazione, e che consente al giudice di 'accedere' direttamente alla *sostanza* della fattispecie sanzionata, consistente pur sempre nella violazione delle norme che regolano la materia sotto molteplici profili, anche al di là dell'esistenza di un formale titolo abilitante che quelle norme abbia di fatto esso stesso disatteso⁸.

2. Ipotesi interpretative

Misuriamoci dunque con le tre ipotesi interpretative.

La prima ha più lo spessore di un argomento polemico che la fondatezza di una opzione esegetica seriamente sostenibile.

Che abusivo non significhi *clandestino* – nel contesto in esame – è piuttosto evidente: sul piano strettamente letterale non perché non vi siano, nel codice, fattispecie in cui quel lemma può assumere anche un significato analogo (l'introduzione *abusiva* in un sistema informatico evoca più la sua clandestinità che la mancanza del titolo di accesso; idem per l'*ingresso abusivo* nel fondo altrui, che è tale quando effettuato *senza necessità*), ma perché in questo settore la punizione di fatti clandestini in senso proprio passa sempre per l'impiego di formule diverse (*in mancanza di/senza autorizzazione*).

D'altra parte, a fronte di una espressione polisenso (giacché *abusivamente* può ben significare *con abuso di una facoltà*, secondo accezione altrettanto latamente impiegata nel codice), davvero nulla nei lavori preparatori legittima l'impressione che con esso si sia voluto restringere il campo applicativo della norma alle sole condotte clandestine: tanto più che la clausola in esame discende dalla sostituzione di altra ("in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale") giudicata – per l'appunto – *troppo restrittiva*⁹, ma certamente – neppure quella originaria – non *a tal punto* restrittiva.

Venendo all'orientamento di chi ritiene che la clausola non serva a nulla, e che dunque possa serenamente ignorarsi, essa risente dell'influsso polemico del primo, e non merita miglior sorte.

In termini generali, si potrà dire molto delle clausole di anti giuridicità, e della loro tendenziale vaghezza, ma certo non che esse non abbiano mai a che fare con la tipicità: senza l'*abusivamente* non si comprenderebbe in cosa consiste il delitto di cui all'art. 615^{ter} c.p., e tanto potrebbe dirsi di clausole generali (*valvole di sicurezza del sistema repressivo*, le chiama efficacemente l'Ufficio del Massimario)

⁸ L. RAMACCI, *op. cit.*, 380; UFFICIO MASSIMARIO, *loc. cit.*, p. 12.

⁹ A. BELL-A. VALSECCHI, *op. cit.*, p. 79; vd. anche C. RUGA RIVA, *I nuovi ecocreati*, *cit.*, p. 15 s.

del tipo *arbitrariamente, indebitamente, senza giusta causa*, etc., che talora incarnano anzi il significato tipico, differenziale (rispetto all'area del lecito) del disvalore di fattispecie.

Sul piano dei principi, e sistematico, moltissime sono le ragioni per le quali nel caso che ci occupa la clausola non può non svolgere una funzione di ulteriore selezione della tipicità: di una tipicità che resta comunque molto sottile, nonostante il numero (non piccolo) delle parole adoperate.

È buona regola, almeno nei settori dell'ordinamento ostinatamente informati al principio di legalità, diffidare in linea di principio di interpretazioni che neghino un senso (un qualsiasi senso) alle parole del legislatore: si avranno casi, certo, in cui l'imperizia, la fretta, l'inconsapevolezza del contesto sistematico (che restano peccati capitali) producono frutti inemendabili, ma fare dell'imperizia un canone ermeneutico ci par troppo.

Anche – forse soprattutto – quando le conseguenze del preteso errore sono palpabili, e non piacciono.

Che la clausola abbia un senso precettivo lo dimostrano i lavori preparatori: diversamente da quanto contemporaneamente avvenuto in altri ambiti¹⁰, il percorso che ha condotto alla sua introduzione è sufficientemente chiaro, ed è quello sì di ampliare (cioè di rendere *meno stretto*) il richiamo, espresso, alla violazione di norme o regolamenti (non più – necessariamente – essi stessi autonomamente integranti un illecito di settore), ma certo non di eliminarlo.

Diversamente, il legislatore storico non avrebbe resistito alla ricorrente richiesta emendativa, in corso di votazioni, di abrogare la locuzione.

Sul piano sovranazionale, essa rappresenta peraltro un esplicito rinvio alla direttiva 2008/99/CE, che richiede il carattere persino *illecito* della condotta causativa dell'inquinamento o disastro: e se è vero che il legislatore italiano avrebbe ben potuto ricorrere a formule incriminatrici ancor più ampie, è altrettanto vero che l'evidente derivazione della formula da altra, più selettiva, 'ammorbidita' ma non eliminata, è il chiaro segno dell'intendimento di mantenere ad essa un preciso senso positivo.

Il tema si presta, però, a qualche ulteriore considerazione.

Il tentativo di disinnescare il senso dell'espressione nasce tutta da una valutazione teleologico-funzionale: perché così costruita, la fattispecie non sarebbe sufficientemente efficace, non svolgerebbe appieno la funzione repressiva che l'interprete ritiene debba svolgere.

Si tratta di una opzione di principio inaccettabile: nel metodo, assai prima del (e forse persino indipendentemente dal) merito.

¹⁰ Il riferimento è alla nota vicenda della riforma del falso in bilancio.

In apicibus, perché l'ampiezza del fuoco repressivo è affare del legislatore democraticamente legittimato: forse un vecchio arnese, ma di migliori allo stato non se ne trovano.

Dunque, dire 'fin dove' deve spingersi la norma è compito della legge: se ne discendono lacune di tutela, anche insopportabili, pazienza, il sistema penale sopporta inefficienze repressive, è frammentario per naturale vocazione liberale, chiude le porte (oltre che all'analogia anti-lacuna) anche agli sforzi inventivi dell'*interprete bene intenzionato*¹¹.

Non diversamente, l'abrogazione del senso del requisito tipico è inaccettabile anche quale risultante dall'impiego, in chiave esegetica, di canoni di *ragionevolezza teleologica* della norma, sì da farle dire ciò che ella *dovrebbe dire* per avere un senso compiuto alla luce dei suoi *fini di tutela* (veri o supposti, ora non interessa).

Non v'è dubbio, si tratta di un ragionamento ermeneutico del tutto legittimo, correntemente adoperato ed anzi essenziale in più occasioni.

Ma esso – come è stato acutamente osservato – “è tutto ‘dalla parte dell'autorità’, nell'ottica della funzionalità di tutela penale. In ottica garantista c'è bisogno di un ulteriore controllo: la funzionalità teleologica (della teleologia repressiva) non può giustificare la rottura degli affidamenti nella legalità quale limite del potere di coercizione. Dietro il problema dell'interpretazione letterale si profila un problema sostanziale, che con riguardo al giudice è il problema della fedeltà alla legge, e dal punto di vista dei destinatari dei precetti legali è questione di affidamento, di tenuta dei limiti garantisti”¹².

L'interprete che si affidasse per intero a valutazioni funzionalistiche (di sufficiente efficacia della repressione) travalicando il dato letterale esplicito si farebbe – indebitamente – legislatore.

Persino quando l'orizzonte teleologico fosse perfettamente cristallino: ciò che, nel caso di specie, neppure è, per le ragioni che si sono dette, e che chiamano in causa anzitutto il senso opposto palesato dai lavori preparatori.

Né qui possono proporsi analisi *di contesto* o *sistematiche* che rendano necessaria la conclusione ermeneutica, come in altri recenti casi pure si è ritenuto (anche forzando il dato letterale)¹³: perché qui il contesto o manca (le norme sono parte di un *corpus* nuovo), o tende in altra direzione, precisamente quella che reputiamo preferibile, dell'esistenza di un apprezzabile significato precettivo (delimitativo della responsabilità).

¹¹ Dei pericoli dell'*autoritarismo bene intenzionato* (felicissima espressione di D. Pulitanò) torneremo a dire dopo.

¹² D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. Il problema del falso valutativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹³ Ancora il richiamo è alla vicenda del falso in bilancio, ed alla abrogazione della clausola preesistente “*ancorché oggetto di valutazioni*”.

E difatti, il *sistema* dei reati ambientali *ante* riforma (e che potremmo serenamente definire *di base*, quanto meno per ovvie ragioni di ricorrenza statistica) è costruito essenzialmente – condivisibilmente e fin dall'origine – su paradigmi di tipicità incentrati sul governo amministrativo delle risorse ambientali: perché – come si è ricordato anche citando la recente decisione della Consulta sul caso ILVA¹⁴ – non esistono *diritti tiranni*, l'ambiente è bene tutelato in termini *non assoluti*, perché esistono *contro-interessi*, che debbono bilanciarsi, contemperarsi.

Con ciò non si intende affermare che essi *equivalgono*, bensì che non possono essere pretermessi di principio: che non sono, insomma, *subvalenti per definizione*.

Dunque è esatto affermare che occorre tracciare i confini del *rischio consentito*.

Il bilanciamento non è però operazione che può affidarsi (*ex post*) all'autorità giudiziaria penale, neppure la meglio intenzionata ed illuminata: è rimessa – per scelta sistematica, anche di politica criminale – ad una preventiva valutazione della P.A.

Questo essendo il *contesto*, le nuove norme – che non hanno né abrogato né messo in discussione, sotto altri profili di compatibilità di principio, le 'vecchie' – vi si adeguano nella misura in cui, in una ragionevole prospettazione di *progressione della tutela*, i delitti ambientali di evento costituiscono fatti offensivi, di danno, che inverano a livelli dimensionali più o meno vasti il concretizzarsi del pericolo di offesa sotteso alla fissazione delle prescrizioni comportamentali violate.

Non è un caso se la posizione più ferocemente abolizionista muove da un tranciante giudizio di inadeguatezza di quel sistema di norme (*pessime-carenti-complicate*), cui dovrebbe supplirsi (almeno nell'ambito degli ecodelitti) con l'affidamento diretto al giudice di una valutazione *caso per caso*, essa sì idonea alla tutela di beni costituzionalmente garantiti: "*mano libera all'autorità giudiziaria*" dunque (per parafrasare l'obiezione opposta).

Diremo ancora dell'inaccettabilità della tesi: essa però finisce col suonare confermativa dell'interpretazione che qui si propone, perché riconosce una continuità normativa (che vorrebbe spezzare) tra il principio di tipizzazione che informa il sistema previgente e le nuove fattispecie.

Sganciare l'interpretazione di queste dal primo significherebbe rinnegare – senza il conforto di un qualche riconoscibile indice interpretativo – l'intero impianto delle norme penali ambientali, in favore di strumenti tanto straordinariamente repressivi (i limiti edittali sono eloquenti) quanto altrettanto straordinariamente incerti sul piano della tipicità.

Non va dimenticato, infatti, che l'avverbio in discorso si colloca in una cornice tipica particolarmente fragile, intessuta col filo tenue di concetti assai vaghi (la *compromissione misurabile*, l'*alterazione dell'equilibrio di un ecosistema*, etc.), ini-

¹⁴ C. RUGA RIVA, *I nuovi ecreati* cit., p. 32, citando Corte cost., sentenza n. 85/2013.

donei a *stringere* un fatto materiale sufficientemente determinato: l'*abusività* della condotta, per quanto essa stessa clausola largamente indeterminata, se incarnata dalla inosservanza di norme e prescrizioni riconoscibili può arricchire la funzione selettiva della fattispecie.

Una funzione che attiene ai profili della tipicità *oggettiva* della condotta, non surrogabile da correttivi di diverso genere: davvero vorremmo credere alle parole di ottimismo sulle magnifiche ed innate capacità del sistema di autolimitarsi, spese da chi ritiene – lamentandosi dell'irragionevole imbrigliamento dell'attività repressiva in maglie tipiche troppo selettive – che il cittadino/imprenditore dovrebbero comunque restare massimamente sereno, giacché ognuno sa che chi agisce prudentemente e diligentemente, in buona fede e ligio alle leggi, nulla rischia, perché nel suo agire fa difetto l'elemento soggettivo¹⁵.

Anche noi non spenderemmo un euro in una scommessa del genere¹⁶, ma non è solo questo il tema: l'argine dell'elemento soggettivo (e/o della buona fede) è strumento improprio, prima che debolissimo, perché non si discute qui di quel che crede, sa o immagina l'agente (di regola un operatore economico), ma dell'affidamento che il cittadino deve poter fare nella capacità del sistema penale di costruire precetti chiari sul piano oggettivo delle regole dell'agire.

Affidare la verifica (*postuma*) della liceità della condotta all'analisi (sommamente incerta) dei profili della colpevolezza, specialmente se declinati in termini colposi e di colpa generica, significa rimettere nelle mani del giudice – di fatto – l'identificazione dei confini dell'illecito.

E d'altra parte, l'affermazione potrebbe persino apparire contraddittoria: perché in un settore fortemente regolato dalla legge, da norme variamente subordinate, e da molti e spesso articolatissimi atti amministrativi, la regola cautelare violata che determina la *colpa* svolge anzitutto una funzione di tipizzazione oggettiva dell'illecito. Quanto meno nell'ambito delle fattispecie colpose (che pure costituiranno, sempre per incidenza statistica, il maggior numero delle forme di manifestazione dei nuovi reati) non si potrebbe comunque prescindere da una identificazione oggettiva dei confini di liceità dell'agire.

3. *Precisazioni sul parametro normativo della condotta "abusiva"*

Resta da comprendere, tuttavia, a quali *violazioni* e di quali atti, regole, norme o principi si riferisca la connotazione *abusiva* della condotta tipica.

¹⁵ G. AMENDOLA, *Delitti*, cit.

¹⁶ C. RUGA RIVA, *Ancora sul concetto di abusivamente nei delitti ambientali: replica a G. Amendola*, in www.lexambiente.it.

Se abusiva è la condotta di chi sia sprovvisto di qualsiasi abilitazione, così è certamente abusiva la condotta che travalica significativamente i limiti di un'autorizzazione esistente: è abusiva la condotta di chi immetta nell'ambiente una quantità di inquinanti largamente superiore al consentito, o che immetta sostanze inquinanti del tutto diverse da quelle autorizzate.

Non basta, tuttavia, una *qualsiasi* violazione, o la violazione di qualsiasi norma o prescrizione: vi è un *abuso* quando la violazione è significativa, non minima, quando la violazione delle prescrizioni rende l'agire del reo totalmente esorbitante i limiti dell'attività autorizzata.

A sanzionare lo sfioramento 'qual che sia' penserà di regola altra norma, di diverso spessore, di regola contravvenzionale, indifferente agli effetti della violazione; l'azione da *inosservante* si fa *abusiva*, invece, quando l'utilizzo di una facoltà trasmoda significativamente i limiti imposti, così che essa non è più *sostanzialmente* riconducibile al titolo abilitativo violato.

E deve trattarsi di violazione *non puramente formale*: l'autorizzazione scaduta ma rinnovabile, se non pone al riparo – salve le ipotesi di sanatoria – dalla sanzione contravvenzionale, non è certo sufficiente a rendere *abusiva*, nel senso indicato dalla fattispecie, la condotta formalmente inosservante che sia al contempo – ad esempio – rispettosa delle prescrizioni preposte alla tutela sostanziale del bene ambientale (es., non si sono comunque superate le soglie di immissione nell'ambiente).

Per le ragioni che si sono ora esposte, ci pare che la rilevanza precettiva dell'avverbio non possa essere adeguatamente surrogata da altri principi generali dell'ordinamento, ed in particolare dalla scriminante dell'agire autorizzato (adempimento di un dovere, esercizio di un diritto), che postulano pur sempre una formale osservanza del titolo: l'*abuso* evoca invece, ci pare, qualcosa di più, così da escludere anche la rilevanza di condotte che, pur se formalmente inosservanti, non lo sono in misura tale da giustificare una sanzione pensata per condotte totalmente e significativamente esorbitanti l'attività autorizzata.

A giudicare dall'andamento dei lavori preparatori, sembra doversi ammettere la rilevanza della violazione anche di norme *diverse* da quelle specificamente poste a tutela dell'ambiente, come – per tutte – le norme in materia di igiene e sicurezza del lavoro: all'inclusione delle quali sarebbe per l'appunto intesa la sostituzione della clausola originaria ("*in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale*") con quella attuale¹⁷.

Certamente questa è l'intenzione del legislatore: giudicando *a contrario*, la norma europea – da cui la più ampia locuzione preesistente traeva origine – elen-

¹⁷ Cfr. A. BELL-A. VALSECCHI, *op. cit.*, p. 79; UFFICIO MASSIMARIO, *op. cit.*, p. 8; C. RUGA RIVA, *I nuovi cit.*, p. 15.

ca difatti, tra quelle la cui violazione determina la *illegittimità* della condotta punita, esclusivamente norme in materia ambientale in senso stretto.

Nondimeno, resta il pericolo che lo spettro di rilevanza della condotta *omni-modo* inosservante si ampli eccessivamente: e se vi sono materie certamente contigue (l'esempio ricorrente è quello della normativa sulle polveri in relazione al caso Eternit: disastro *ambientale*, questo, derivante dalla violazione di norme d'altro genere), altre lo sono certamente assai meno, e vi è il pericolo che esse siano *piegate* alle ragioni repressive della norma in discorso. Si pensi al caso dell'immissione inquinante determinata di fatto, come causa prossima, dal malfunzionamento (o anche dalla mancanza) di un apparato preposto solo a tutela della salute dei lavoratori: in tale evenienza, non ci pare che quella violazione possa integrare l'abusività della condotta, perché la norma violata non contribuisce a delimitare i confini della condotta lecita quale risultante del bilanciamento tra l'interesse alla salvaguardia dell'ambiente e l'interesse allo svolgimento di una attività produttiva.

Allo stesso modo, è certamente necessario – per aversi condotta abusiva – che la norma violata sia applicabile specificamente al contesto di attività nel cui ambito si è prodotto l'evento inquinante: non si potrà dire insomma che è abusivo l'agire di tizio perché la norma x – che a lui non si applica ma che è obbligatoria per altri settori contigui di attività, e che ha funzione anche di tutela ambientale – è stata violata.

4. La sfuggente “abusività” per violazione di principi generali

Questo ultimo tema evoca infine il problema più delicato, che è quello della sufficienza o meno della violazione di *principi generali* e/o di norme che avrebbero dovuto regolare, quali criteri più generali di principio o di metodo, l'attività della P.A., e che, se osservati, avrebbero condotto ad un diverso esito quanto all'autorizzazione dell'attività inquinante: “*vero è che il titolo ti consentiva di emettere fino a XY, ma a ben vedere avrebbe dovuto tenersi conto della regola scientifica Z, e consentirti di immettere la metà, ben al di sotto di quel che tu hai immesso, così che la tua condotta, pur se formalmente osservante le prescrizioni dell'atto autorizzatorio, è abusiva*”.

Tema delicatissimo, in linea di principio, perché l'appello ai principi generali, sino alle norme anche di rango primario che individuano nell'ambiente un interesse fondamentale, potrebbe esso sì disinnescare definitivamente il senso precettivo dell'avverbio, rimettendo nuovamente nelle mani del giudice, *ex post* ed alla stregua di criteri di giudizio potenzialmente anche molto generici, l'individuazione dell'area del penalmente illecito: esattamente così come si propone da parte di chi

giudica *tout court* inidoneo ad una tutela efficace dell'ambiente l'affidamento alla P.A. dei compiti di tutela e di contemperamento degli interessi contrapposti.

Ammettere la rilevanza anche dei principi generali significa, di fatto, ammettere una “*visione della legittimazione e dei limiti di intervento del giudice penale a tutela dell'ambiente*”¹⁸ che rimette all'autorità giudiziaria, potenzialmente per intero, la determinazione del tipo.

Il diritto dell'ambiente fornirebbe formidabili strumenti utili allo scòpo.

Si pensi, per tutti, al principio enunciato nell'art. 1.1 della parte II dell'Allegato I alla parte V del TUA, in materia di valori di emissione in atmosfera, alla cui stregua “*in via generale le emissioni di sostanze ritenute cancerogene e/o tossiche per la riproduzione e/o mutagene devono essere limitate nella maggiore misura possibile dal punto di vista tecnico e dell'esercizio*”: potrà il giudice penale ritenere che i valori di emissione fissati in una certa autorizzazione non rispondono al principio indicato, perché – ad esempio – l'istruttoria amministrativa non ha tenuto conto di una certa tecnica potenzialmente applicabile all'esercizio dell'impianto e tale da minimizzare ulteriormente le emissioni? Magari una tecnica solo sopravvenuta, ma di cui egualmente l'imprenditore avveduto, onerato di obblighi di diligenza particolarmente stringenti, avrebbe dovuto/potuto conformare la propria condotta.

Potrà il giudice penale applicare il generalissimo *principio di precauzione* per contestare l'abusività della condotta in relazione a determinate emissioni, perché esse avrebbero potuto/dovuto contenersi in soglie minori (rispetto alle autorizzate, non superate), pur difettando – all'epoca dell'autorizzazione – evidenze scientifiche solo successivamente consolidate?

Difficile non dare ragione a chi ha osservato che “*ci sarà sempre una nuovissima tecnologia o un nuovo studio*” che si presteranno ad un giudizio di abusività della condotta di chi abbia “*inquinato più che zero*”: con buona pace del titolo concessogli da una P.A. anche straordinariamente zelante.

Beninteso, non è questione di buona o cattiva fede: è certamente in buona fede l'interprete che, in nome delle esigenze di tutela di un bene di rango primario, reputi doveroso minimizzare le pretese “*lacune di tutela*”. Il problema è che costui guarda alle disposizioni come *armi, mezzi di lotta*, a disposizione della magistratura per scòpi di tutela, confondendo il ruolo del giudice con quello della polizia giudiziaria o del *pubblico ministero in trincea*, dimenticando che “*la legalità, anche costituzionale, deve prevalere sulla lotta, che può svolgersi solo entro i suoi confini*”¹⁹.

¹⁸ L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 15.

¹⁹ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 14 s.

La buona fede, o meglio il lodevole intendimento di operare interpretativamente per assicurare la tutela più efficace, stanno alla base del problema dell'*autoritarismo bene intenzionato della magistratura*, cioè di quella "situazione spirituale, nella quale buone intenzioni di tutela rischiano di alterare equilibri di sistema e di forzare limiti garantisti in direzione autoritaria"²⁰.

Tema relevantissimo in un settore quale quello in esame, in cui è scarsamente revocabile in dubbio che il cd. *formante giurisprudenziale "domina incontrastato da sempre"*²¹.

In un simile contesto, è certamente preferibile assegnare alla clausola in discorso il senso della violazione di *precise prescrizioni normative*, non anche di clausole di principio, o di *principi* ricavati da norme di rango primario.

La condotta di colui che si attiene alle prescrizioni di una autorizzazione – ad esempio rispettando i valori-soglia di emissione – non può mai reputarsi *abusiva*: il giudice penale non è legittimato al sindacato delle valutazioni tecniche che sottostanno a quel provvedimento.

È questione di divisione di poteri, di rapporto tra cittadino e Stato, di rispetto del principio di *lealtà* e di legittimo affidamento.

Se si vuole, e da altro punto di vista, attingere ai *principi generali* significa quasi sempre – in questo settore – occuparsi di questioni di *discrezionalità tecnica*, il cui sindacato è inibito per principio al giudice penale.

Diversamente, l'incertezza regnerebbe sovrana sotto il cielo di una qualsiasi attività produttiva.

E non varrebbero a disinnescare l'ingiustizia 'ordinamentale', connessa alla genetica imprevedibilità della norma incriminatrice, altri istituti – prevalentemente in punto di elemento soggettivo – pur correntemente evocati da chi propende per la tesi qui criticata: come già si è detto, è improprio affidare all'elemento soggettivo (già di per sé fragilissimo) il compito di correggere l'insufficiente determinatezza della fattispecie. D'altra parte, resterebbe sempre il rischio dell'affermazione di un *massimo onere di diligenza*, comunque esigibile da operatori professionali in settori specializzati.

Identiche considerazioni per il principio di *buona fede*: che non vale ad emendare un difetto genetico di determinatezza o riconoscibilità del tipo legale, ed al contrario – se in tal senso adoperato – rischia di alimentare il fallimento del principio di legalità.

Un correttivo, questo, che resterebbe inaccettabile anche quando si postulasse *sempre* un esito favorevole per l'imputato in buona fede: al netto delle imperfezioni del sistema, e dunque dei possibili errori giudiziari, sarebbe comunque in-

²⁰ D. PULITANÒ, *Ermeneutiche* cit., p. 5.

²¹ C. RUGA RIVA, *Ancora sul concetto*, cit.

giusto indagare e processare per fatti di questa gravità, prima che condannare, un soggetto che abbia fatto legittimo affidamento nella funzione che la legge affida alla P.A. nel bilanciamento di interessi contrapposti.

Un affidamento *oggettivo* prima che *soggettivo*.

Un affidamento, aggiungiamo, tanto più imprescindibile in contesti caratterizzati da grande complessità tecnica: l'istruttoria amministrativa, i principi di trasparenza ed il diritto di partecipazione ed accesso al processo decisionale, costituiscono la migliore garanzia di certezza, riconoscibilità, *imparzialità tecnica* nella fissazione dei confini dell'agire lecito.

Una garanzia di *democraticità della regola tecnica*, insomma: essenziale specie nella materia ambientale, in cui al ricorrente proporsi di teorie pseudo-scientifiche si accompagna un tasso talora insopportabile di ideologizzazione del sapere scientifico, che non ha eguali in altri settori (neppure in quello medico).

Strumento imperfetto anch'esso, quello del bilanciamento degli interessi affidato alla P.A.: che certamente non pone al riparo da errori, e che egualmente non garantisce dal verificarsi di fenomeni corruttivi o di significato analogo. In questa seconda evenienza – ma a nostro avviso solo in questa – soccorrerà tuttavia il principio oramai consolidatissimo della irrilevanza dell'atto abilitativo frutto di corruzione o comunque di illecito.

All'imperfezione – pretesa, e neppure sapremmo quanto realmente incidente sul piano pratico – del sistema amministrativo e delle norme di settore, e men che meno alla pretesa inclinazione *pro inquinatori* dell'intero ordinamento, certamente non si può rispondere con l'affidamento salvifico dei confini dell'illecito alla sapiente discrezionalità del giudice, neppure se *bene intenzionato*.

Fuori della violazione dell'atto autorizzatorio, nei termini che si sono precisati sopra, e della rilevante violazione di norme specifiche, specificamente preposte alla tutela ambientale, ci pare che non vi sia spazio per una condotta *abusiva* rilevante ai fini delle norme in commento.

LUCA TROYER

I NUOVI REATI AMBIENTALI “ABUSIVI”: QUANDO LA RINUNCIA ALLA LEGALITÀ PENALE DIVIENE UN ILLUSORIO *INSTRUMENTUM REGNI*

SOMMARIO: 1. Introduzione: dalla delega legislativa al Governo alla delega in bianco alla Magistratura. – 2. Un elemento “abusivo” nel tipo? Il problema della capacità selettiva dell’avverbio abusivamente. – 3. Dall’originaria formulazione al ricorso all’avverbio “abusivamente” – 4. La natura polisemica dell’avverbio “abusivamente”: dalle esegesi restrittive del tipo sino all’apertura (*ad infinitum*) attraverso il principio di precauzione. – 5. Il cittadino nella trappola della *governance* penale: il braccio di ferro tra poteri dello Stato nelle scelte di incriminazione e di tutela dell’ambiente.

1. *Introduzione: dalla delega legislativa al Governo alla delega in bianco alla Magistratura*

Assistiamo negli ultimi anni ad un fenomeno curioso: un legislatore assai produttivo, ma di fondo caratterialmente timido, preferisce delegare, su talune materie centrali per il diritto penale d’impresa, al buon senso del giudice la definizione del concreto perimetro di punibilità delle norme.

Un esempio recente e quasi aneddotico riguarda la riforma del delitto di falso in bilancio¹.

Prima dell’approvazione del testo definitivo, era emerso in dottrina il possibile *harakiri* in materia di falso valutativo², così il relatore della legge fu richiesto di offrire spiegazioni più precise in merito al significato dell’eliminazione del fondamentale inciso “ancorché oggetto di valutazioni”; la replica fu lapidaria e suonò come “ci penserà la giurisprudenza a chiarire i limiti applicativi della norma”.

La delega in bianco alla Magistratura si è riproposta – a parere di chi scrive – anche con riferimento alla incandescente materia dei reati ambientali.

¹ Lo sottolinea F. D’ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2211 ss., che sul punto denuncia “l’inaccettabile sciattezza dell’attuale legislatore, il quale sembra scientemente abdicare al proprio ruolo di autore delle regole legali, rimettendo direttamente alla giurisprudenza il compito di stabilire il confine tra i comportamenti costituenti reato e quelli penalmente irrilevanti”.

² Si legga sul punto A. PERINI, *I “fatti materiali non rispondenti al vero”: harakiri del futuribile “falso in bilancio”?*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015.

La “timidezza” del legislatore non sembra affatto essere disvolta o casuale, ma piuttosto funzionale a superare i veti incrociati delle varie anime della contingente maggioranza parlamentare e della coalizione governativa, dunque l'altra faccia della medaglia di un atteggiamento governativo decisionista, un decisionismo molto pragmatico, ma un poco velleitario giacché, per l'appunto, *desinit in piscem*, il cui programma d'azione parrebbe essere il seguente: “intanto facciamo passare la legge così come viene, nel tempo più breve possibile e poi ci penserà la magistratura a colmare le inevitabili lacune ed imperfezioni”.

Non si tratta certo di un fenomeno inedito nel nostro ordinamento, tuttavia il reiterato ricorso a siffatta tecnica legislativa, elusiva della funzione “tipizzatrice” del legislatore, a così breve distanza, in due provvedimenti legislativi relativi a materie di interesse preminente per l'ordinamento penale e lo stesso sistema economico-produttivo, non può non allarmare coloro i quali – come chi scrive – sono ancora affezionati al paradigma interpretativo “legalista”.

Andiamo con ordine, passando all'esame del tema che qui ci occupa.

2. Un elemento “abusivo” nel tipo?

Il problema della capacità selettiva dell'avverbio abusivamente

La Corte costituzionale, in una sentenza fondamentale in materia di principio di legalità, dopo aver offerto una lettura costituzionalmente conforme della fattispecie di disastro innominato, chiosava con un accorato invito al Parlamento: “è auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale (...) – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose”.

L'appello ha trovato risposta nella l. 22 maggio 2015, n. 67, che ha tipizzato addirittura due fattispecie d'evento a tutela dell'ambiente, rubricate, in virtù dello stato di compromissione generato dalla condotta del reo, “inquinamento ambientale” (art. 452 *bis* c.p.) e “disastro ambientale” (art. 452 *quater* c.p.)³. Nello specifico, l'art. 452 *bis* c.p. dispone che “è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 100.000 chiunque abusivamente cagio-

³ Per un primo commento, assai critico sull'intero impianto della normativa si legga T. PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 2015, n. 32, p. 10 ss.

na una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili: 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna. Quando l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata". L'art. 452 *quater* c.p. prevede che "Fuori dai casi previsti dall'articolo 434, chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da cinque a quindici anni. Costituiscono disastro ambientale alternativamente: 1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; 2) l'alterazione di un equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; 3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo. Quando il disastro è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata".

Si tratta di reati causalmente orientati – salvo l'ipotesi prevista dall'art 452 *quater*, comma 2, n. 3, c.p. reato di mera condotta come meglio vedremo più avanti – in cui la condotta è selezionata, da un canto, perché idonea a cagionare il divisato evento, caratterizzante i reati, e, dall'altro, in quanto tenuta "abusivamente".

Proprio su tale concetto si concentreranno le brevi riflessioni che seguono, con lo scopo di provare a verificare se l'avverbio abbia una reale capacità selettiva del tipo o al contrario possa, paradossalmente, costituire una clausola di apertura a forme di panpenalismo ambientale.

3. Dall'originaria formulazione al ricorso all'avverbio "abusivamente"

L'originaria formulazione approvata dalla Camera richiedeva, per ritenere integrato il delitto, che la condotta dell'agente avesse due fondamentali attributi: (i) fosse in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente; (ii) costituisse già di per sé un illecito.

Dunque, nella versione licenziata dalla Camera, intanto potevano commettersi i reati di cui agli artt. 452 *bis* e 452 *quater* c.p., in quanto la condotta, di per sé considerata, integrasse, quantomeno, un illecito amministrativo posto a presidio dell'ambiente.

Il Senato ha, invece, sostituito il complesso concetto con un laconico "abusivamente cagiona", poi approvato definitivamente dall'altro ramo del Parlamento.

Tale scelta è stata giustificata con la dichiarata volontà di eliminare ogni incertezza sulla configurabilità del reato anche qualora gli eventi di inquinamento e di disastro siano cagionati da condotte, tenute in violazione di regole volte a tutelare in via immediata interessi differenti dall'ambiente: esempio paradigmatico è la normativa sull'esposizione all'amianto, posta a tutela della salute e sicurezza del lavoro⁴.

Senonché, se si consente, la pezza potrebbe rivelarsi peggiore del buco, ove si consideri che il sintagma "abusivamente cagiona" si presta ad una varietà di significati, con ricadute pratiche molto differenti sui confini di illiceità penale.

4. *La natura polisemica dell'avverbio "abusivamente": dalle esegesi restrittive del tipo sino all'apertura (ad infinitum) attraverso il principio di precauzione*

In dottrina si sono registrate posizioni differenti, che si ritiene di ordinare per la capacità selettiva decrescente attribuita al concetto di "abusivamente".

Nel merito, secondo un autorevole indirizzo interpretativo⁵, la clausola "abusivamente" introdurrebbe una restrizione dell'area di rilevanza penale in relazione alla formulazione della norma licenziata dalla Camera. Nella ricostruzione dogmatica in parola, infatti, la clausola avrebbe una funzione (eccessivamente) limitativa del tipo, riconducendo nell'alveo della fattispecie esclusivamente i comportamenti tenuti nell'esercizio di attività prive di ogni titolo abilitativo, in virtù di una equiparazione dei concetti di "abusivamente" e "clandestinamente"⁶.

Tale impostazione è rimasta isolata ed è stata criticata dalla dottrina maggioritaria⁷, che ha ritenuto non possa tracciarsi un'identità tra le nozioni di "clandestinamente" e di "abusivamente".

⁴ Si legga sul punto la Relazione del Massimario della Corte di cassazione del 29 maggio 2015, n. III/4/2015, in <http://www.cortedicassazione.it>, 8. Dalle dichiarazioni programmatiche ivi riportate si ricava che scopo ulteriore fosse quello di superare i problemi sollevati dal richiamo alle disposizioni penali, in punto di concorso di reati o concorso apparente di norme, e nel caso di illecito amministrativo, in punto di applicabilità del principio di specialità *ex art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689*.

⁵ G. AMENDOLA, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale abusivo*, in *Lexambiente.it*, 17 marzo 2015.

⁶ *Contra*, sul punto, C. RUGA RIVA, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale*, in *Lexambiente.it*, 23 giugno 2015, il quale rimarca la circostanza che ove il legislatore ha voluto punire lo svolgimento di attività in assenza di autorizzazione ha utilizzato formule che espressamente fanno riferimento alla mancanza del titolo abilitativo.

⁷ P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 85 e 86; cfr. inoltre, L. RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni del-*

Quanto alla corretta esegesi dell'avverbio, tali autori, riprendendo la giurisprudenza formatasi in materia di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, delitto previsto dall'art. 260 TUA, ritengono che l'abusivo cagionamento ricomprenda tutte le condotte caratterizzate dalla violazione dei titoli abilitativi di cui il reo sia in possesso e, più in generale, delle regole vigenti in materia⁸. In sintesi: il concetto di abusivamente non riguarda solo i casi in cui l'attività sia svolta clandestinamente, ma anche le ipotesi in cui l'attività sia compiuta in violazione delle prescrizioni dell'autorizzazione o comunque delle disposizioni di legge che ne disciplinano l'esercizio. Inoltre, alla carenza di autorizzazione vanno equiparate le situazioni in cui l'attività sia svolta sulla base di autorizzazioni scadute, illegittime o illecitamente ottenute.

Infine, vi è chi in dottrina ha ritenuto un'inutile superfetazione l'introduzione dell'avverbio, considerato una clausola di illiceità espressa che ricorda l'ovvio, cioè che "il fatto tipico costituisce reato solo se non è imposto o facoltizzato da un'altra norma dell'ordinamento"⁹.

Pur tuttavia anche l'ovvio potrebbe non essere tale: la netta separazione tra il giudizio di liceità del fatto – in quanto scriminato – e il rimprovero di colpevolezza rischia di sfumare con l'ingresso sulla scena del principio di precauzione.

Infatti, proprio la possibilità che il concetto di abusivamente costituisca il *medium* per l'introduzione di tale principio nelle fattispecie incriminatrici qui in rilievo, è stata adombrata in dottrina da un autore¹⁰, peraltro appartenente alla Magistratura inquirente.

Volendo tentare una (per vero molto approssimativa) sintesi, le linee guida del "metodo precauzionale" potrebbero essere così riassunte: in presenza di una valutazione scientifica che evidenzi rischi connessi allo svolgimento di certe attività, anche se fondata su dati insufficienti o contraddittori¹¹, 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, pur se lecita o autorizzata.

la legge 22 maggio 2015 n. 68, in *Lexambiente.it*, 8 giugno 2015, p. 14; C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, *Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, p. 8.

⁸ Così L. RAMACCI, *Prime osservazioni*, cit., p. 14.

⁹ A.H. BELL-A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto, di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2015, p. 13.

¹⁰ Il riferimento è a G. DE FALCO, *Delitti contro l'ambiente: tra incongruenze normative e difficoltà probatorie il margine di rischio per imputati ed enti non sembra poi così ampio*, in *Riv. resp. amm. soc. enti*, 2016, 1, pp. 16 e 17.

¹¹ Perché, ad esempio, i dati non conducono ad una dimostrazione univoca dell'esistenza di un pericolo.

In questa prospettiva, nel caso in cui il rischio sia corso da beni di rilevanza primaria, quali l'ambiente o la salute umana, l'assenza di certezza scientifica non può costituire un pretesto per la mancata o la tardiva adozione delle misure adeguate al contenimento del rischio, né le scelte del legislatore o della Pubblica Amministrazione uno scudo imperforabile per l'agente.

È del tutto evidente la capacità del principio di precauzione di estendere esponenzialmente i confini delle fattispecie penali di disastro e deterioramento ambientale e di spostare tutto il *focus* dal disvalore di condotta a quello d'evento: in una prospettiva radicale, il fatto stesso che si verifichi l'inquinamento o il disastro ambientale dimostra *ex post* la pericolosità della condotta e, quasi *par ricochet*, la sua illiceità *ex ante*, ove anche una sola Cassandra avesse levato la voce per avvisare del rischio imminente.

Tracciando un compendio, possono individuarsi almeno quattro distinte esgesi del concetto di "abusivamente": (a) una *iper-selettiva* che ritiene tipiche solo le condotte clandestine; (b) una *selettiva-conservativa* che traguarda l'insegnamento giurisprudenziale relativo all'art. 260 TUA nelle nuove fattispecie d'evento; (c) una *selettiva-classica* che richiama ai principi cardine del diritto penale (d) una *panpenalista* che apre il tipo al principio di precauzione.

5. *Il cittadino nella trappola della governance penale: il braccio di ferro tra poteri dello Stato nelle scelte di incriminazione e di tutela dell'ambiente*

La stessa esistenza di interpretazioni tanto contrastanti dà la misura di quanto la clausola di illiceità speciale, che avrebbe dovuto costituire il fondamentale punto di raccordo tra attività repressiva e attività di governo, stabilendo quale sia l'ambito del rischio consentito, rischia di lasciare in concreto al giudice una libertà quasi sconfinata nella valutazione dell'operato del legislatore e della Pubblica Amministrazione¹² e, inevitabilmente a valle, del cittadino; tale rischio è accresciuto dalla scarsa precisione dell'evento "inquinamento ambientale", definito come la compromissione o il deterioramento significativi e misurabili di determinati beni ambientali¹³: i nuclei del tipo non selezionano, la condotta è aperta e l'evento impreciso.

Lo stesso può dirsi per la fattispecie di disastro ambientale di cui all'art. 452 *quater* c.p., il quale prevede tre differenti ed alternativi eventi, i primi due concre-

¹² Così M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente tra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1078.

¹³ Si veda in tal senso L. RAMACCI, *Prime osservazioni*, cit., p. 3.

tantisi in un'alterazione dell'ecosistema, concetto tutt'altro che autoevidente, com'è stato giustamente notato in dottrina¹⁴; nella terza forma di manifestazione l'elemento del fatto tipico consiste in un'inusitata figura di offesa alla pubblica incolumità, che non può che identificarsi in una condotta di messa in pericolo di un bene giuridico – che si risolve in un interesse di per sé inesistente in natura, ma funzionale ad una tutela anticipata del bene salute individuale – formulata, tuttavia, del tutto incongruamente come a forma libera: "chiunque abusivamente cagiona un'offesa alla pubblica incolumità", con una palese violazione dei principi di tassatività e di precisione.

Il concetto di abuso, inserito nelle due nuove fattispecie, rischia allora di essere esteso non solo a condotte che siano in aperto contrasto con specifiche disposizioni normative, ma anche a condotte rispettose di legittimi atti autorizzativi, il cui contenuto, però, non sia condiviso dal Giudice, perché in contrasto – a suo dire – con il diritto alla salute consacrato dall'art. 32 della Costituzione: com'è stato giustamente osservato, l'espressione è talmente generica "da poter essere agevolmente interpretata in senso ampio, come contrasto della condotta con le diverse norme di rango primario che a livello nazionale ed europeo individuano nell'ambiente un interesse fondamentale"¹⁵.

Adirittura il singolo Giudice potrebbe sentirsi legittimato a sindacare – cosa che peraltro è già stata tentata, pur senza che l'applicatore avesse a disposizione un potere di valutazione tanto ampio, nel recente passato con riferimento a differenti fattispecie, quali l'avvelenamento di acque o sostanze alimentari *ex art.* 439 c.p. – se una condotta, pur formalmente rispettosa di disposizioni normative o provvedimenti amministrativi, possa comunque essere considerata penalmente rilevante, per esempio decidendo che determinati limiti soglia posti dal legislatore siano troppo elevati a fronte di recenti studi eseguiti nell'Università X¹⁶.

Infatti, l'abbandono della formula *normativa* approvata dalla Camera in prima lettura e la sua sostituzione con un concetto aperto, non necessariamente selettivo, come potrebbe essere intesa l'*abusività* della condotta nella prospettiva definita *panpenalista* ove aprisse al *principio di precauzione*, quale criterio di valutazione della lecita attività d'impresa¹⁷.

Non si tratta di un'eventualità meramente di scuola: nella vicenda Ilva sono già oggi oggetto di contestazione, tra l'altro, delle emissioni di polveri sottili conformi ai valori vigenti all'epoca ed addirittura inferiori ai valori suggeriti

¹⁴ A. H. BELL-A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto*, cit., p. 6.

¹⁵ In tal senso L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente, voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2015, p. 14.

¹⁶ Come ipotizza per assurdo C. RUGA RIVA, *Ancora sul concetto di abusivamente nei delitti ambientali: replica a Gianfranco Amendola*, in *Lexambiente.it*, 6 luglio 2015, p. 3.

¹⁷ Si veda in tal senso G. DE FALCO, *Delitti contro l'ambiente*, cit., pp. 16 e 17.

dall'OMS, ma che il Pubblico Ministero giudica comunque superiori ad un parametro di precauzione suggeritogli da un suo Consulente Tecnico.

La stessa situazione si è riprodotta nel caso Tirreno Power: alla domanda se – quanto meno sotto il profilo soggettivo – il rispetto del rischio oggettivamente consentito e cioè l'affidamento sul rispetto dei valori di legge e/o imposti dal provvedimento autorizzativo escluda la colpa (nemmeno l'antigiuridicità!), la giurisprudenza ha risposto che in siffatta situazione non è da escludersi neppure il dolo!

Imboccando questo sentiero, ogniqualvolta si verificano, in conseguenza di una azione umana, quella “*compromissione o deterioramento significativi e misurabili*” che costituiscono l'evento della fattispecie di inquinamento ambientale o un disastro ambientale, la condotta dell'agente potrebbe essere ritenuta “*abusiva*” secondo un'operazione interpretativa quasi meccanicistica: la condotta tenuta ha cagionato un “danno ambientale”; è per ciò solo abusiva e, alla luce delle conseguenze verificatesi, l'agente avrebbe dovuto astenersi dall'azione.

Per escludere una propria responsabilità, nella sostanza, l'agente potrebbe essere chiamato a dover dimostrare non solo di aver rispettato la legge, i regolamenti e i provvedimenti dell'Autorità amministrativa competente, ma di essersi attenuto alle migliori pratiche, adottate su base mondiale, e, persino, di essersi astenuto dall'agire ove vi fosse stato nel panorama scientifico internazionale anche solo il dubbio sulla pericolosità per l'uomo o per l'ambiente di una determinata sostanza, tecnica o, più in generale, azione.

In pratica, all'imprenditore non si chiederebbe più di rispettare soltanto le regole dell'ordinamento, esercitando la propria attività nel rispetto delle norme penali ed amministrative, ma di essere “*più realista del re*”, auto-imponendosi norme più restrittive di quelle adottate dal legislatore, giungendo, potenzialmente, a vietarsi, a titolo precauzionale di svolgere un'attività lecita.

Si comprende, allora, quella preoccupazione sopra prospettata, ovvero una pseudo-colpevolezza che tracima nel giudizio stesso di illiceità, scolorando completamente nei fatti l'aver agito nell'esercizio di un diritto.

Una tale forma di incriminazione pone serie questioni di costituzionalità in relazione ai principi di tassatività, determinatezza e precisione, mettendo in tensione il principio di legalità in tutte le sue declinazioni: se l'imprenditore deve rendersi più cauto del legislatore, prescindendo anche dalle norme e dagli atti che gli consentono di tenere una determinata condotta, il confine tra ciò che è lecito e ciò che è penalmente rilevante è del tutto impronosticabile, perché lasciato alle valutazioni del singolo Giudice, che da applicatore della norma nel singolo caso concreto diviene artefice *ex post* dell'area di rischio consentito nell'attività d'impresa.

D'altronde le difformi letture cui l'incriminazione si presta, sembrano non consentire l'agevole affermazione di compatibilità tra i delitti in parola e gli artt. 49 CDFUE e 7 CEDU, norme che impongono che il precetto sia accessibile al cittadino, secondo il modello individuato da ultimo nella decisione *Contrada c. Italia* della Corte Edu¹⁸.

Sotto altro profilo, si affaccia il rischio assai concreto che il conflitto evitato dal legislatore a monte, nella sede parlamentare, si trasferisca a valle, nella prassi applicativa – *in corpore vivo* –, ingigantito e alimentato da uno scontro tra poteri dello Stato nella gestione delle scelte di tutela dell'ambiente. In proposito, la vicenda dell'Ilva deve costituire un perspicuo monito: l'esecutivo ed il legislatore inseguono i provvedimenti del Giudice ordinario competente territorialmente, in un'*escalation* che conduce sino alla Corte costituzionale.

Nel braccio di ferro che potrebbe segnare gli equilibri nella *governance* del sistema penale il cittadino rischia di rimanere inesorabilmente stritolato.

¹⁸ Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n. 3), in <http://budoc.echr.coe.int>.

Dibattito
*Il giudice penale oggi:
alla ricerca di un ruolo o di un'identità?*^(*)

Sezione I
La crisi del giudice "bocca della legge"

Sezione II
Le élite giudiziarie

^(*) Nel "Dibattito" sono raccolti i testi delle relazioni svolte al convegno "Anatomia del potere giudiziario", che si è tenuto a Bologna il 20 novembre 2015 e i cui atti possono leggersi nel volume "Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide", a cura di C. Guarnieri, G. Insolera e L. Zilletti, Roma, Carocci, 2016 con i seguenti titoli: L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario* (pp. 15-36); N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali* (pp. 37-42); C. GUARNIERI, *La crescente importanza della formazione giudiziaria in Europa* (pp. 65-72); G. INSOLERA, *I percorsi di una egemonia* (pp. 86-89).

LUCIANO VIOLANTE

L'EVOLUZIONE DEL RUOLO GIUDIZIARIO

1. Il brocardo secondo cui il giudice dovrebbe essere “bocca della legge” risale al principio illuministico della separazione dei poteri. Nel corso della rivoluzione francese l'Assemblea nazionale, in omaggio a questo principio, e in odio ai meccanismi autoritari dell'*Ancien régime*, incentrati attorno al potere del Re e dei suoi giudici, emanò il 16 agosto 1790 un decreto rivoluzionario che all'articolo 21 stabiliva: “*Ils (i giudici) ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.*”

Un successivo decreto del 27 novembre dello stesso anno istituiva presso l'Assemblea Nazionale, cioè presso il potere legislativo e non presso l'ordine giudiziario, un *Tribunal de cassation* (la denominazione esatta era: *Tribunal de cassation auprès du corp législatif*), il cui compito era di assicurare il rispetto da parte dei giudici delle leggi adottate dal parlamento. Si cercava così di impedire, tra l'altro mediante il *référé législatif* – con il quale il giudice chiedeva al legislatore l'interpretazione autentica della legge da applicare al caso –, qualunque forma di interpretazione giurisprudenziale che andasse al di fuori della meccanica applicazione della legge¹. L'ispirazione della riforma fu resa chiara da una celebre frase di Robespierre: *Ce mot de “jurisprudence” doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi.*²

L'illusoria pretesa nasceva dalle origini stesse della rivoluzione francese, che era diretta contro il sovrano e i suoi apparati, tra i quali rientrava a pieno titolo la magistratura, e che vedeva nell'Assemblea Nazionale e cioè nel potere legislativo la istituzione principe della rivoluzione. In questa ottica appare ragionevole la collocazione del *Tribunal de cassation* non presso l'ordine giudiziario ma presso il Parlamento.

La preoccupazione di una invasione di campo dei giudici nelle prerogative dei corpi politici hanno segnato tutta la dialettica dei secoli successivi tra il modello del giudice puro applicatore della legge e il modello del giudice che “adatta” la

¹ Il *référé* nasce con finalità opposte nel 1667 con un'ordinanza di Luigi XIV che impediva ai Parlamenti di interpretare le norme sancite da re.

² Seduta dell'Assemblea nazionale del 17 novembre 1790.

legge al caso concreto mediante una interpretazione caratterizzata da diversi livelli di creatività.

Superato il periodo rivoluzionario, quel brocardo non è stato più inteso letteralmente. Ha segnato piuttosto la necessità della soggezione del giudice alla legge come fondamento della sua legittimazione. Alla sua dissoluzione, come vedremo, hanno concorso in pari misura tanto la crisi della legge quanto le nuove domande che la società ha avanzato nei confronti dei giudici, ben al di là della pura applicazione della legge.

2. Nell'Ottocento e nei primi due terzi del Novecento, in linea di massima, ad ogni proposizione legislativa corrispondeva una regola chiara, conoscibile e applicabile e, conseguentemente, un'apprezzabile certezza del diritto. A questo risultato concorreva in misura rilevante l'autoritarismo di quei tempi, dei poteri pubblici nei confronti dei cittadini, del capo della famiglia nei confronti dei suoi componenti, degli insegnanti nei confronti degli allievi, del padrone della fabbrica nei confronti degli operai. L'autoritarismo preveniva o risolveva i possibili conflitti in modo informale e impediva la loro giurisdizionalizzazione. Il basso numero di diritti, la difficoltà di esercitarli, il peso dei rapporti di classe concorrevano a frenare i conflitti. La dipendenza formale e sostanziale delle Procure dal Ministro della Giustizia e dei giudici dai superiori gerarchici³ assicuravano la realizzazione di un modello di giudice che se non era "bocca della legge" era prevalentemente "bocca del governo". La subalternità della magistratura al potere politico protratta per circa un secolo entrò a far parte della cultura professionale dei magistrati. Per questa ragione l'affermazione della indipendenza della magistratura dal potere politico, che inizia con il decreto legislativo luogotenenziale Togliatti sulle guarentigie della magistratura, promulgato il 30 maggio 1946, due giorni prima del referendum tra monarchia e repubblica, e prosegue con la Costituzione repubblicana, non ebbe immediati effetti positivi.

Solo con questo radicamento culturale si può spiegare come mai Luigi Conti – giudice molto apprezzato, entrato in magistratura nel 1946 – redigendo nel 1960, per il dizionario enciclopedico UTET, la voce pubblico ministero, – potesse scrivere: "il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'Autorità giudiziaria [...] Quale rappresentante del potere esecutivo è vincolato a eseguire gli ordini dei superiori gerarchici"; così riproponendo tranquillamente, dodici anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la medesima definizione

³ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, p. 18 ss.

dell’ordinamento giudiziario del 1865⁴. Dal magistrato “bocca della legge” al “magistrato bocca del governo” al “magistrato bocca dei superiori”, la parabola è discendente.

3. A partire dalla fine degli anni Sessanta il panorama cambia radicalmente. La spinta del Sessantotto contro la società autoritaria mette in crisi gerarchie consolidate nel pubblico e nel privato, fa acquisire al mondo della scuola e al mondo della fabbrica la consapevolezza dei propri diritti, pone questioni di libertà, di attuazione della Costituzione, di separazione dei poteri. Quel movimento, inoltre, contesta l’asserita neutralità del diritto, della medicina, della psichiatria e di molte altre scienze ponendo in discussione canoni sino a quel momento indiscutibili.

In magistratura entrano per la prima volta magistrati nati attorno agli anni Quaranta e quindi educati interamente nell’Italia repubblicana. Questa generazione dialoga con le parti più progressiste della magistratura “anziana”, coglie immediatamente lo spirito del tempo e si impegna per l’indipendenza della magistratura non come rivendicazione corporativa (anche se i corporativismi non mancarono e servirono ad attirare i più restii) ma come attuazione del modello costituzionale. La contestazione della neutralità del diritto propria di quella fase, apre le porte ad una rivendicazione della magistratura che va oltre la pura e semplice indipendenza. La nuova Costituzione affida il controllo di costituzionalità delle leggi al magistrato che solleva l’eccezione e alla Corte costituzionale che decide. Il magistrato pertanto, prima che applicatore, diventa controllore della correttezza costituzionale delle leggi. Questa novità incide profondamente sul ruolo del magistrato e sui suoi rapporti con il potere politico che quelle leggi approva. Un’altra novità è costituita dalla seconda parte dell’art. 3 della Costituzione, che impegna la magistratura, potere della Repubblica, ad una interpretazione evolutiva delle leggi: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Le componenti più giovani della magistratura ordinaria si attivano quindi per chiedere alla Corte costituzionale la cancellazione delle leggi più retrive a partire lo smantellamento dell’apparato repressivo del regime fascista. La riforma dei poteri di polizia e del sistema penale non si fa in Parlamento, ma nel palazzo della Consulta. L’interpretazione delle leggi alla luce dell’art. 3 trasforma la magistra-

⁴ P. BORGNA, *A proposito della Storia della magistratura italiana di Antonella Meniconi*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 3/2015 (http://questionegiustizia.it/articolo/a-proposito-della-storia-della-magistratura-italiana-di-antonella-meniconi_02-12-2013.php).

tura, una volta portavoce delle classi dirigenti, nel destinatario delle istanze sociali che provengono dalle fasce più deboli della società.

4. In questa fase comincia il protagonismo della magistratura che proseguirà senza interruzioni e con impressionante crescendo sino ai giorni nostri. Vi concorre la legislazione degli anni Settanta, fortemente innovativa nel diritto del lavoro, nel diritto di famiglia e della persona, che apre grandi spazi alla discrezionalità del giudice⁵. Si pensi solo al concetto di condotta antisindacale o al problema dell'aborto della ragazza minorenni.

Altro fattore di crescita del ruolo della magistratura è costituito dal manifestarsi nello stesso decennio di fenomeni criminali di origine politica: terrorismo nero e rosso, tentativi di colpi di Stato, omicidi di mafia, primi gravi scandali politici con sfondo corruttivo (c.d., scandalo dei petroli e scandalo Italcasse). Su tutti questi fenomeni la magistratura, tra molteplici difficoltà, comincia a intervenire conquistando il consenso di una parte rilevante dell'opinione pubblica e dei mezzi di comunicazione.

Nasce il "processo inchiesta", caratterizzato da indagini relative a fenomeni di particolare rilevanza politica, che si espandono in tutta Italia, a macchia d'olio con pochi imputati, ma con molti testimoni, molte perquisizioni, molti vertici tra magistrati di diversi uffici e molto seguito di stampa. Queste inchieste fanno acquisire alla magistratura un ruolo sociale, perché rispondono a una domanda di verità che viene da una parte consistente della società, e che riguardano tragedie della intera nazione. Si tratta delle stragi, da piazza Fontana a tutte le altre, a sospetti di legami tra alcuni settori degli apparati di sicurezza e organizzazioni terroristiche, a progetti eversivi che sembrano avere come protagonisti personalità di primo piano, agli assassini di mafia. Vengono perciò inquisiti delicati settori dello Stato abituati alla impunità e sono chiamate in causa autorità di governo. Queste indagini trasformano la magistratura, soprattutto la magistratura inquirente in una sorta di laboratorio che "ha visto lo sviluppo di un progressivo spostamento nelle mani del potere giudiziario [...] delle strategie di politica criminale e delle conseguenti opzioni penalistiche". Il rilievo formulato e lucidamente sviluppato a proposito dell'antimafia può essere esteso a tutti i fenomeni indicati in questo paragrafo⁶. A fianco di questa magistratura, in genere pubblici ministeri e giudici istruttori, si forma una nuova categoria giornalistica, quella dei "pistaroli", così si chiamano tra loro; ogni giornale che si rispetti ha un giornalista che la-

⁵ Lo Statuto dei diritti dei lavoratori è del 1970; il processo del lavoro è del 1973; la riforma del diritto di famiglia è del 1975; la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza è del 1978.

⁶ G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio, Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Indice pen.*, 2015, p. 223 ss.

vora a ridosso delle indagini segue “piste”, e soprattutto segue i magistrati inquirenti e concorre alla creazione di una loro immagine pubblica. Il giudice protagonista sulla scena pubblica, produttore di un nuovo ordine sociale, più che sobrio interprete della legge, nasce in questi anni. Conseguentemente comincia a mutare la natura della legittimazione del magistrato, da garantistico-procedurale a socio-democratica⁷.

5. Nei decenni successivi altri fattori, alcuni di carattere tecnico e altri di carattere politico, contribuiscono a rafforzare questo ruolo creativo e di traino rispetto alla società civile e allo stesso mondo politico.

Sul piano puramente tecnico un ruolo fondamentale gioca l'incertezza della legge, frutto del crescente disordine delle fonti, dell'esaurimento del ruolo nomofilattico della Corte di cassazione, della cattiva qualità delle leggi, dell'intreccio crescente dei fattori nazionali con normativa e giurisprudenza europea. Acquista un peso oggettivo la giurisprudenza, *law in action* contrapposta alla *law in book*, in un sistema che non conosce e sembra rifiutare i vincoli del precedente.

Questa situazione determina due gravi effetti negativi, il primo riguarda i cittadini, il secondo riguarda i magistrati.

Al cittadino non è garantita la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti. La tutela dei suoi diritti non dipende dalla legge, ma dalla interpretazione che della legge fa il magistrato ed è pertanto devoluta al caso. Rimando, per una casistica tanto utile quanto preoccupante, alla introduzione della seconda edizione del libro di Alberti Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*⁸.

Le imprese parlano a questo proposito di *rischio regolatorio*, che avvicina il nostro Paese a quelli nei quali la tutela dei diritti è rimessa alla volontà o al capriccio del sovrano. La differenza è che, nel nostro caso, l'incertezza del diritto non dipende da un contesto intenzionalmente autoritario, ma da un contesto che diventa autoritario per il disordine legislativo e giurisprudenziale in un sistema nel quale il valore della certezza del diritto non è assunto come principio chiave dell'ordinamento.

Pertanto la applicazione della legge non è più il fondamento della legittimazione dei magistrati; diventa necessario individuare una nuova forma di legittimazione all'interno di una democrazia che, a sua volta, stenta a trovare una propria robusta legittimazione.

⁷ Così G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Bari-Roma, Laterza, 2015, p. 164.

⁸ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2015.

Le democrazie occidentali, a differenza di molti regimi autoritari, penso a Russia e Cina, stanno vivendo tempi difficili perché, al fine di competere vittoriosamente con gli autoritarismi, devono promettere controlli sul proprio funzionamento. Ma proprio per questo sono più esposte alla critica con conseguente screditamento della efficacia dei principi democratici⁹.

La conferma viene da un sondaggio svolto in Francia pochi giorni prima della strage nell'XI *arrondissement*, che sembra confermare (non sappiamo se solo per i francesi) la difficoltà della democrazia: il 67% dei francesi riterrebbe opportuno che il governo politico venga sostituito da un governo di soli tecnici, mentre il 40% dei francesi sarebbe favorevole a un governo politico autoritario. Il quotidiano *La Repubblica* del 312 dicembre 2015 ha pubblicato un altro sondaggio in base al quale il 48% degli intervistati ritiene che la democrazia può funzionare senza partiti politici, contro il 45% secondo i quali senza partiti non può esserci democrazia.

6. Dalla stanchezza della democrazia alle difficoltà della politica il passo è breve. La politica è allo stesso tempo principio ordinatore e materia regolata. Rientra nei suoi poteri, anzi nella sua sovranità, definire i confini tra ordinamento politico e giurisdizione¹⁰. Nelle democrazie contemporanee ordinamento politico e ordinamento giuridico sono confinanti; ad ogni arretramento dell'uno corrisponde un avanzamento dell'altro. L'ordinamento giuridico è titolare delle regole per delimitare la forza del potere politico. L'ordinamento politico è titolare del potere di delimitare i confini del giuridico attraverso la determinazione delle fattispecie rilevanti per il diritto e delle regole di funzionamento. La determinazione delle linee di confine è un esercizio proprio della sovranità della politica. Quando la politica rinuncia ad esercitare questa sovranità, si verificano inevitabilmente commistioni di ruoli e sovrapposizioni di interventi che fanno passare il bastone del comando dalla politica alla tecnocrazia dei giuristi, privi di responsabilità politica. Nell'assenza di confini certi tra politica e giurisdizione il giudice va ben oltre la moderazione giurisdizionale del conflitto operandone invece una mediazione politica. Partendo da un recente interrogativo di Gustavo Zagrebelsky "In base a che cosa noi riconosciamo a corporazioni indipendenti il diritto di prendere decisioni collettive, che si riflettono cioè sull'insieme della cittadinanza?"¹¹, lo sta-

⁹ D.A.BELL, *The China Model*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2015, sostiene il primato del sistema meritocratico cinese e l'insufficienza della democrazia per il riconoscimento del merito dei cittadini.

¹⁰ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, ESI, 2015, p. 203 ss.

¹¹ L. CANFORA-G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica dell'oligarchia*, dialogo a cura di G. Preterossi, Bari-Roma, Laterza, 2014, p. 104.

to delle cose impone di affrontare i problemi democratici posti oggi dall'esorbitanza del potere giurisdizionale e non solo quelli posti dalla debolezza del potere politico. Se i magistrati possono legittimamente assumere scelte che impegnano gli orizzonti politici della nazione, svolgendo così un compito squisitamente politico, con effetti più penetranti rispetto a quelli delle decisioni degli organi dotati di responsabilità politica, non sono diventati anch'essi un potere politico? “Bocca di se stessi”, potrebbe scrivere un disinibito commentatore.

La magistratura penale, inoltre, per la debolezza della politica, è diventata una sorta di esercito di riserva della politica stessa: sono magistrati provenienti dalle Procure della Repubblica il capo dell'autorità anticorruzione, l'assessore alla legalità del comune di Roma, dopo la scoperta delle corruzioni romane, il sindaco di Napoli, il Presidente della Regione Puglia. Il sindaco di Bari subodorando illeciti (il sospetto si è poi rilevato fondato) ha nominato un ex pubblico ministero come presidente della Fondazione Petruzzelli. Il M5S, dopo una vicenda che, secondo notizie di stampa, ha visto coinvolto una sua amministrazione comunale in vicende di camorra, ha annunciato che avrebbe chiesto alla DNA il controllo di tutti i suoi candidati nelle elezioni amministrative della primavera 2016. Apprendiamo dai quotidiani che anche il prefetto Tronca ha scelto a capo della sua segreteria tecnica un magistrato della Corte d'Appello di Milano: esercito di riserva anche dell'amministrazione?

7. Un aspetto tutt'altro che secondario della incapacità di regolazione della politica è dimostrato dalla degenerazione del conflitto politico in scontro permanente. La critica dello scontro permanente non ha nulla a che vedere con la negazione del conflitto politico. La possibilità del cambiamento è un carattere fondamentale della democrazia; è frutto della competitività tra parti politiche e cioè del conflitto. Un vivere democratico che rinuncia al conflitto si condanna alla decadenza.

Ma quale è la differenza fondamentale tra lo scontro e il conflitto, in politica? Bisogna riprendere una riflessione di Machiavelli sulla ragione della grandezza di Roma repubblicana. Quella grandezza risiedette proprio nell'“*ordinamento del conflitto*”, nella capacità di dare ordine, fissare regole e determinare limiti nella competizione tra parti politiche. Lo scontro, a differenza del conflitto, non conosce limiti, è senza regole, privo di rispetto per le persone e per le istituzioni.

Il conflitto è ordinato; ha regole e soprattutto ha limiti, non travolge tutto e tutti, rispetta luoghi, istituzioni, valori. Questa è la differenza di fondo tra le due situazioni. Il conflitto democratico quindi ha bisogno di attori politici maturi perché sicuri della propria identità, capaci di autolimitarsi, consapevoli della loro responsabilità nei confronti dell'unità nazionale.

Lo scontro invece è pura rissa; nello scontro l'allusione sostituisce la spiegazione, l'insulto sostituisce la critica, l'urlo retorico sostituisce l'argomentazione razionale. L'esibizione di simboli irridenti nelle aule parlamentari rappresenta il conflitto senza la capacità di risolverlo. La spettacolarizzazione scivola tristemente verso forme di carnevalizzazione, l'uso della irrisione o lo stravolgimento delle regole, senza un progetto strategico, esercizio di una sorta di luddismo parlamentare, a solo beneficio dello scandalismo di alcuni mezzi di comunicazione.

L'effetto è la paralisi del Parlamento come luogo di risoluzione delle tensioni sociali e quindi la implicita attribuzione alla magistratura del potere di mediare tra queste tensioni.

8. Di fronte a questa difficoltà del Parlamento (ma il problema non è solo italiano) il neocostituzionalismo sembra aver accantonato l'istanza del costituzionalismo classico, diretta alla partecipazione al potere politico come garanzia dell'esercizio dei diritti. Secondo questa corrente di pensiero, infatti, la garanzia dei diritti non sta più nell'unità politica e nella partecipazione alle istituzioni rappresentative; sta nelle giurisdizioni e nella loro assoluta indipendenza dal potere politico. La rappresentanza democratica lascia il campo ai tecnocrati del diritto: giuristocrazia invece della democrazia. Il nuovo costituzionalismo sottrae alla politica e attribuisce al giudice anche il potere di riconoscere nuovi diritti. Questa operazione è, con qualche superficialità, vista con favore perché ha l'immediato effetto di espandere la categoria dei diritti rivendicabili e quindi, si ritiene, della democrazia. Ma non sempre si tratta di un passo in avanti. Ogni nuovo diritto infatti produce un nuovo dovere a carico di altri consociati, restringe il margine di efficacia dei diritti preesistenti che entrano in un giudizio di bilanciamento affidato al giudice, pone in condizione di minorità gli spazi di libertà prima esercitati da altri soggetti. È evidente che questa posizione amplifica notevolmente lo statuto della magistratura come potere. Ma il costituzionalismo e la stessa magistratura non si sono ancora posti nelle forme adeguate il problema della definizione dei limiti e della responsabilità di questo potere. La magistratura diventa *potere-non potere*; *potere* per quanto riguarda le prerogative, *non potere* per quanto riguarda i limiti e le responsabilità proprie del potere nello stato democratico. In questo senso diventa "bocca di se stessa".

9. La *montée en puissance des juges*, l'espressione francese appare particolarmente icastica, è un fenomeno frequente nel mondo occidentale dove è designato con etichette diverse che rimandano tutte allo stesso contenuto: *juristocracy*, giurisdizionalizzazione della politica, politicizzazione delle giurisdizioni, società pe-

nalizzate o politica penalizzata¹². Anche l'Italia, come molti altri Paesi democratici, ha visto una forte crescita del potere dei giudici, ma con una differenza. Mentre altrove questo fenomeno non ha inciso sulle caratteristiche concrete della forma di governo, da noi, per effetto di alcune specificità, a volte drammatiche, il Giudiziario è diventato una componente decisiva del sistema di governo e, insieme, un polo di attrazione per una parte dello stesso mondo dei partiti, dei mezzi di comunicazione e della società civile.

Dal 1971 al 1992 sono stati uccisi dalla criminalità organizzata e dal terrorismo ben 24 magistrati, quasi tutti magistrati del pubblico ministero. In nessun paese civile la magistratura ha pagato un prezzo così alto. Alcuni di questi magistrati, Falcone, Borsellino, Livatino, Chinnici, sono diventati giustamente icone, non solo nazionali, della lotta contro la mafia e le stragi che li hanno colpiti hanno proiettato nella società una immagine eroica della intera magistratura.

È sempre la magistratura che, nei primi anni Novanta, mentre a Palermo sono uccisi Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, individua e persegue la grande corruzione politica e amministrativa, da Milano in giù. Per effetto delle tragedie e dei successi professionali, le Procure della Repubblica, più visibili sui mezzi di comunicazione rispetto ai giudici, vengono circondate da un enorme consenso popolare.

Nella parte della magistratura meno avvertita dei limiti costituzionali delle proprie funzioni, e dei rischi che la stessa giurisdizione avrebbe corso con la sovraesposizione istituzionale, il clima di consenso dell'opinione pubblica e di annichilimento della politica generò l'idea di poter svolgere una funzione salvifica all'ombra del codice penale. A un rigoroso magistrato della Procura della Repubblica di Milano fu attribuita la frase: “Rivolteremo l'Italia come un calzino”, smentita dall'interessato, ma idonea a raffigurare il clima dell'epoca. Un grande magistrato come Francesco Saverio Borrelli, all'epoca procuratore della Repubblica a Milano nel pieno della stagione di Mani pulite (1993), segnalò il rischio che “i magistrati, specie i più giovani, possano sentirsi oggetto di una specie di

¹² Un breve elenco dei libri più significativi è sufficiente per cogliere il carattere generale del problema: L. FAVOREAU, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988; T. VALLINDER, *When the Courts go Marching*, in N.C. Tate-T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995; M.J. MOSSMAN-G. OTIS (eds.), *The Judiciary as Third Branch of Government: Manifestations and Challenges to Legitimacy*, Montreal, Édition Thémis, 2000 (atti di un convegno in Canada); R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Ma), Harvard University Press, 2004; ÖSTERREICHISCHE JURISTENKOMMISSION [Commissione giuristi austriaca], *Justizstaat. Chance or Risiko*, Wien, Linde Verlag, 2014. All'espressione “power of judges” sono riservati più di 100 titoli nella lista di *Amazon*, segno di un interesse globale al tema.

investitura popolare diretta, e quindi si muniscano di una spada fiammeggiante per cacciare i reprobis all'inferno".

10. Nella società comincia a farsi strada l'idea che il magistrato possa davvero sostituire il politico nel governo del Paese. I mezzi di comunicazione sfruttano il cattivo momento della politica e la popolarità delle inchieste, per farne argomento principe delle prime pagine e dei *talk show*. Attorno alla magistratura e alle sue indagini si aggrega, verso la metà degli anni Novanta, una domanda di legalità che si trasforma in domanda ai giudici di incidere sul sistema politico smascherando con gli strumenti del processo penale le malefatte, vere o presunte, delle classi dirigenti, soprattutto politiche. Questa domanda si radica in parte della società, parte dei mezzi di comunicazione e parte dello stesso mondo politico e trova un fondamento ulteriore nel fenomeno della delega alla magistratura delle scelte di politica criminale. In quella fase, infatti, la politica delega alla magistratura non le indagini sui corrotti, ma il compito politico della lotta alla corruzione. Così come negli anni Settanta e Ottanta, il mandato alla magistratura fu: "combattete il terrorismo" e non: "arrestate i terroristi"; "combattete la mafia", non: "individuare e condannare i mafiosi". Si afferma il fenomeno della supplenza della magistratura nei confronti della politica, fenomeno che porterà a vere e proprie forme di ingresso della magistratura nella forma di governo. Questa inedita attribuzione di funzioni latamente politiche trasforma il magistrato in "giudice di scopo", organo cui non è più affidata solo l'applicazione della legge, ma anche il conseguimento di una finalità generale, che sarebbe compito proprio della politica.

11. Due sostituti procuratori della Repubblica, il dott. Di Pietro e il dott. Ingroia, hanno lasciato la magistratura e hanno fondato due partiti politici, rispettivamente Italia dei Valori, nel 1998, e Rivoluzione Civile, nel 2013, entrambi ispirati al primato della denuncia, anche penale, nell'azione politica.

L'opinione pubblica e parte del mondo politico orientati da una informazione che oscilla tra spettacolo e criminalizzazione hanno trasformato le comunicazioni giudiziarie da strumenti di tutela in attestati di colpevolezza.

La cronaca giudiziaria è diventata progressivamente cronaca politica e viceversa. I mezzi di comunicazione riportano abitualmente intere pagine di intercettazioni telefoniche spesso ininfluenti per le indagini, ma utili per screditare persone che dovrebbero essere considerate non colpevoli e per costruire una nuova figura della cronaca giudiziaria, il "coinvolto", in genere personalità nota, estranea ai profili criminali del processo, ma citata nel corso delle indagini. Il "coinvolto" di prestigio, anche se non indiziato né imputato, dà lustro al processo, conferma nei cittadini l'idea che il marcio per me le intere classi dirigenti, favorisce l'uso politi-

co delle inchieste giudiziarie, rafforza quel sentimento che il Papa ha chiamato, nel discorso all’Associazione internazionale di diritto penale (23 ottobre 2014), populismo penale.

12. La magistratura ordinaria è quindi il potere che più si è più trasformato nei sessant’anni di vita repubblicana e, all’interno della magistratura ordinaria, il pubblico ministero è la figura che si è potenziata oltre ogni possibile previsione dell’Assemblea Costituente.

La convinzione di aver ricevuto una missione di pulizia morale del paese ha favorito uno slittamento nella cultura professionale dei magistrati, apparentemente solo semantico, ma in realtà di grande rilievo per gli equilibri costituzionali. Nella cultura di una parte assolutamente rilevante della magistratura il fondamento delle iniziative penali non è più soltanto l’applicazione delle singole leggi penali, o il perseguimento delle finalità di politica criminale cui si è innanzi accennato, ma il *controllo di legalità*, inteso non come ricostruzione della legalità violata ma come verifica che la legalità non sia stata per caso violata. Questa versione del controllo di legalità introduce elementi di carattere non giuridico e quindi estranei all’opera dei magistrati. La legalità non è solo la somma delle leggi esistenti; è anche l’insieme dei valori che stanno alla base delle leggi e della Costituzione; è la sintesi dei loro significati, che si alimentano per il continuo rimando tra teoria e pratica. Si tratta quindi di un concetto che appartiene anche all’etica pubblica, alla pubblica amministrazione e alle responsabilità della politica, e non solo al codice penale. Attribuire al magistrato il controllo di legalità, o l’autoattribuzione di tale controllo da parte dei magistrati stessi, significa trasferire al potere giudiziario un complesso di funzioni e di attività prevalentemente amministrative e politiche di amplissimo respiro, e con presupposti assai incerti. Il magistrato inquirente non ha il potere di controllare la legalità: questo è compito della polizia, della pubblica amministrazione e della politica. Suo compito è accertare la responsabilità.

In un saggio di qualche anno fa, di due autorevoli processualisti, si fa l’esempio di un pubblico ministero che, passando in automobile per una strada avverta odori sgradevoli, scorga fumi densi e ricordi di aver letto che proprio in quella zona c’è una diffusione anomala di rumori disturbanti¹³. In questi caso, sostengono i due Studiosi, il pubblico ministero dovrebbe attivarsi personalmente per la ricerca di “eventuali notizie di reato”. Ma la notizia di reato che consente al pubblico ministero di avviare indagini preliminari a norma degli artt. 330 ss.

¹³ F. RIGANO-V. GREVI, *I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, a cura di A. Pace-S. Bartole-R. Romboli, Napoli, Jovene, 2010, p. 282.

c.p.p. può essere *eventuale*, o dev'essere certa? Se il compito principale dei magistrati fosse il controllo di legalità e non l'accertamento della responsabilità l'ipotesi dei due Studiosi sarebbe condivisibile.

Ma non è così.

L'ordinamento assegna al pubblico ministero incisivi poteri di intervento nei confronti di diritti fondamentali dei cittadini costituzionalmente protetti, la libertà personale, la segretezza della corrispondenza, la proprietà privata, in vista dell'interesse alla repressione dei reati. Ma questo specifico interesse non può essere confuso con quello più generale al buon andamento della vita della comunità nazionale, che va garantito e tutelato dalla politica e dalla pubblica amministrazione, non dalla giurisdizione. Solo un presupposto ben definito, la *effettiva*, e non *eventuale*, notizia di reato, può rendere legittimo l'esercizio di poteri restrittivi di libertà fondamentali. Non a caso la p.a., compresa la polizia di sicurezza, potendo effettuare i propri accertamenti anche in presenza di presupposti vaghi e indeterminati, ha poteri di intervento assai limitati nei confronti dei diritti fondamentali dei cittadini. L'art. 330 c.p.p. dovrebbe quindi essere interpretato alla luce del principio costituzionale della separazione dei poteri. Alla p.a. spetta indagare se le leggi siano state violate. Al pubblico ministero spetta, dopo aver acquisito la notizia affidabile che un reato è stato commesso, compiere le indagini necessarie per accertare se il reato sia stato effettivamente commesso e, in caso di risposta positiva, per individuarne i responsabili.

Il problema è stato chiarito non per la magistratura ordinaria, ma per la Corte dei Conti dall'art. 17 della legge 102/2009 che con riferimento all'azione per responsabilità esercitabile dalle Procure presso le sezioni regionali della Corte dei Conti, ha precisato che l'*“azione è esercitabile dal pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno”*. Le caratteristiche richieste alla notizia di danno “specifica e precisa” valgono ad evitare che l'azione di controllo si svolga un modo generico e incontrollato. Se si è sentita l'esigenza di precisare i presupposti per la *notitia* relativa ai poteri della Procura presso la Corte dei Conti, a maggior ragione questa esigenza è presente per la magistratura ordinaria.

13. Nei primi decenni di vita della Repubblica hanno dominato alcune grandi etiche pubbliche, cattolica, comunista, repubblicana, liberale. Le diverse etiche avevano alcuni comuni denominatori: la dignità delle istituzioni, la necessità del dialogo tra avversari, l'opportunità del compromesso, la necessità di regolare il conflitto politico per salvaguardare l'efficienza e la credibilità delle istituzioni. Esse derivavano non solo dall'impianto teorico delle diverse culture civili, ma da una storia comune, fortemente intrecciata alla storia dell'Italia repubblicana. Questo *idem sentire* consentiva, pur nella tensione del conflitto politico, la co-

struzione di una rete di principi e consuetudini parlamentari che ruotavano attorno al concetto della dignità delle istituzioni della Repubblica, del loro carattere di bene della nazione, del dovere di ciascuna parte e di ciascun singolo di rispettarle e di farle rispettare. Non mancarono eccezioni, anche rilevanti, a questi principi. Ma si trattava appunto di eccezioni, che, proprio per il loro carattere derogatorio, indirettamente confermavano il primato dei principi etici che regolavano la sfera pubblica. Questi principi nascevano dalla proiezione nella sfera pubblica della vitalità dei partiti, dalla loro legittimazione, dalle idee, dagli impegni e dalle narrazioni che caratterizzavano ciascuno di essi. Erano formazioni della società costituite da comunità politiche sapienti che affrontavano i problemi nazionali e a volte anche internazionali, discutevano con metodo razionale le scelte di governo, costruivano ponti con il sistema delle istituzioni politiche. In questa fase era ancora chiaro il discrimine tra l'eticamente riprovevole e il penalmente rilevante.

A partire dalla fine degli anni Settanta, dopo l'assassinio di Aldo Moro (1978), i partiti cominciano a rattrappirsi. Si allontanano progressivamente dalla società, dove maturano movimenti come l'ambientalismo, il femminismo, il terrorismo, estranei alla loro tradizione e che essi non capiscono. E si insediano nel sistema pubblico. I partiti, da espressione delle società, diventano espressione del sistema pubblico: si avvia la statalizzazione dei partiti politici. La legge elettorale Calderoli, che sostituisce la scelta dei cittadini con la cooptazione da parte dei gruppi dirigenti di ciascun partito, ha costituito il punto di massimo allontanamento dei partiti dalla società e di loro massima statalizzazione.

Alla statalizzazione si è accompagnata la personalizzazione dei partiti politici perché la statalizzazione segna la fine del partito come comunità politica e il trionfo del partito come aggregazione di persone attorno a un leader; se si preferisce, si è passati dal partito comunità al partito piedistallo. Questo tipo di partito non è in grado di rispondere alle domande proprie dell'etica pubblica sul buono e sul giusto, sul degno e sull'indegno, sui fini e sui doveri. L'etica infatti non può esaurirsi nella volontà di un singolo chiunque esso sia; ha un senso se è il patrimonio di valori che identifica una comunità alla quale il singolo accede con la propria storia e portando il contributo dei propri valori che vanno mediati con quelli di coloro che della comunità fanno parte.

14. Appannata l'etica politica, il complesso di valori idonei a costituire parametri per dare giudizi di ammissibilità o inammissibilità, di liceità o offensività dei comportamenti politici è rimasto quello desumibile dal codice penale, l'unico complesso di regole frutto di giudizi di valore e capace di produrre l'agognata punizione.

L'inchiesta penale, le conferenze stampa che ne conseguono, il pilotaggio delle cosiddette fughe di notizie, il rito del pubblico dibattimento, l'abuso di motivazione con giudizi morali sui protagonisti del processo, ma a volte anche nei confronti di soggetti estranei, sembrano rispettare doverosamente le regole della spettacolarizzazione e del moralismo privo eticità, proprie della nostra epoca.

Il codice penale ha finito con il diventare oggi la Magna Charta della politica.

E infatti al codice penale ricorrono i partiti anche per attribuire alla magistratura funzioni che invece dovrebbero essere loro proprie. Ne fanno fede quelle disposizioni di legge relative alla incandidabilità di chi abbia ricevuto alcuni tipi di condanne penali; nessuno vietava ieri o potrebbe vietare oggi a un partito di candidare chi è ritenuto indegno di presentarsi alle elezioni per "rappresentare la nazione senza vincolo di mandato". Eppure, tutti i partiti nella legislatura in corso hanno concordato sulla necessità di una norma impeditiva della candidatura che si fondasse proprio sulle condanne penali di modo che chi apparisse senza carichi penali potesse essere considerato di per sé degno di chiedere, e ottenere, il consenso dei cittadini. È, allo stato, l'ultima forma di supplenza che la politica ha chiesto alla magistratura.

Nella recente legge sulla corruzione, inoltre, non c'è una sola norma diretta alla prevenzione del delitto, ma abbondano le misure di carattere penale. Questo primato del penale come terreno del risanamento sociale, proposto dalla politica, ha scatenato una sorta di inseguimento della sanzione più severa, del trattamento penale più rigoroso, della norma incriminatrice più indeterminata al fine di aumentare le possibilità dell'intervento penale. Il cittadino comune, stimolato da queste tendenze, pensa a sua volta che invocare più pena costituisca la soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione. Il mondo politico sembra aver trovato nel diritto penale non un'*ultima ratio*, ma una facile terreno di (apparente) soluzione di alcuni problemi del Paese, non costoso, legittimante e rispondente alle domande che vengono dai cittadini.

Esemplare è il rinvio da parte del governo della cancellazione dell'inutile reato di immigrazione clandestina (punito con la sola multa, che peraltro nessuno potrà riscuotere) per sottrarsi alle critiche di debolezza nei confronti di quel fenomeno. Si è ceduto alla preoccupazione di perdere consenso e si è rinunciato all'esercizio di un dovere fondamentale per una classe dirigente: dire la verità e spiegare che quella incriminazione non serve allo scopo e danneggia il sistema giudiziario.

15. Per effetto di tutti questi fattori comincia a trovare un proprio spazio tra la società civile e la società politica una società di mezzo, che possiamo chiamare *società giudiziaria*. Questa società si avvale di criteri di valutazione e di me-

todi di confronto basati essenzialmente sulla centralità del diritto penale nella vita economica, sociale e politica della nazione; conseguentemente ha come decisivo punto di riferimento la magistratura ordinaria, in particolare quella parte rappresentata dalle Procure della Repubblica. Della società giudiziaria fanno parte cittadini comuni, mezzi di comunicazione, forze sociali, parlamentari e interi partiti. Essa attinge tanto dalla società civile quanto dalla società politica, ma si presenta solo come rappresentante della società civile, disdegnando qualunque relazione con la società politica, anche se alcune sue componenti ne fanno parte a pieno titolo. La società giudiziaria non chiede il processo, chiede la punizione di chi considera colpevole perché imputato, non condannato, per qualsiasi tipo di reato, oppure perché appartenente a quelle classi dirigenti ritenute responsabili del maffare o titolari di privilegi ingiustificabili. Ciò che punisce risana, sembra ritenere la società giudiziaria. Viene inevitabilmente alla memoria una strofa di Eustache Deschampes (1346-1406), poeta francese che visse nel medioevo: *Larrons a Dieu, qui faingnez divers maux/Trainez soyez a queues de chevaux/Et puis apres panduz a un gibet!/Advisez y, baillis et senechaulx/prenez, pandez, et ce sera bien fait*¹⁴.

16. Tutte queste trasformazioni hanno inciso in misura sempre più profonda sul ruolo del magistrato, soprattutto sul ruolo del magistrato penale, che costituisce oggetto specifico di questo convegno, e all'interno di questa categoria soprattutto del pubblico ministero. Sarebbe sbagliato però ignorare gli effetti dei cambiamenti di ruolo del pubblico ministero anche sul magistrato giudicante, non solo il g.i.p. e il g.u.p., ma anche nei confronti del tribunale. Costoro infatti giudicano sulla base delle documentazioni presentate dai pubblici ministeri e soprattutto operano nel clima complessivo che li pretende ricettori delle domande della società giudiziaria e vendicatori delle ingiustizie, vere o presunte, subite dai cittadini ad opera del “nemico”, la casta, l'immigrato, lo zingaro, con una pericolosa retrocessione verso il tipo di autore. Il magistrato pertanto è andato ben oltre l'antico modello “bocca della legge” che pur non avendo mai avuto effettiva attuazione, come dimostra lo stesso titolo di questo convegno, ha costituito comunque un punto di riferimento ideale per molti decenni. Con l'avvento della Corte costituzionale è diventato, attraverso l'eccezione di costituzionalità, giudice della legge. Con gli interventi in materia di terrorismo, mafia e corruzione, e dopo gli omicidi commessi da terroristi e mafiosi, ha assunto un ruolo eroico, sem-

¹⁴ “*Ladri contro Dio che commettete diversi peccati/Siate trascinati legati alle code di cavalli/ E dopo appesi ad una forca/ Siano avvertiti i baglivi e i siniscalchi/Prendeteli, impiccatele e tutto sarà ben fatto*”. È chiaro l'intento irridente nei confronti dei poteri dei baglivi e dei siniscalchi.

pre più interno alla società e sempre più esterno allo Stato. L'intreccio confuso di norme e di interpretazioni lo ha sciolto dai vincoli che legano invece i colleghi di molti altri Paesi, la legge e il precedente, con il risultato di operare come vero e proprio costruttore di regole. Nel caso Stamina, ad esempio, molti uffici giudiziari hanno riconosciuto quel trattamento, a spese del Servizio Sanitario Nazionale, a chi non ne aveva il diritto, contro una legge chiarissima che lo ammetteva solo per chi avesse già iniziato il trattamento¹⁵. L'evidente abuso non ha sollevato alcuna reazione, segno che il sistema politico e l'opinione pubblica sembra abbiano accettato questo ruolo paralegislativo del magistrato. Basti ricordare che se lo stesso abuso fosse stato commesso da un assessore regionale alla sanità, sarebbero scattati immediati interventi della Corte dei Conti e probabilmente di qualche Procura della Repubblica.

Il configurarsi della società giudiziaria, ha attratto il magistrato in quell'orbita, come componente ma anche come portavoce autorevole e capace di rispondere alla domanda sociale di legalità e di onestà. In tale contesto la sua legittimazione sostanziale sta proprio nel garantire gli interessi che questa parte della società ritiene meritevoli di tutela.

17. Si è soliti attribuire alla magistratura la responsabilità dello stato delle cose. In realtà questa interpretazione ha il difetto di ignorare la natura del problema italiano.

Le condizioni di disagio economico e la difficoltà di nutrire fiducia nel futuro hanno dato corpo in larghe fasce sociali a un diffuso rancore che individua il principale capro espiatorio nel settore pubblico e, all'interno di questo, nel mondo politico, in chi ha responsabilità politiche.

Ne deriva il consolidarsi di una opinione per la quale le cose andrebbero bene se non ci fossero i politici o i burocrati. La loro punizione assume una funzione vendicativa e confirmatoria della tesi di fondo. Nelle interpretazioni prevalenti la sanzione penale riveste una funzione risanatoria, perché l'espulsione dal sistema pubblico di chi è indicato come responsabile avrebbe l'effetto miracoloso di cancellare le disfunzioni. Se poi le disfunzioni permangono è segno non che la cura era sbagliata ma che non si è punito abbastanza e quindi che bisogna rendere le pene più pesanti, i controlli più penetranti, i commissariamenti più diffusi.

Le radici di questa trasformazione stanno nel diverso atteggiamento della società e dei mezzi di comunicazione nei confronti dell'idea stessa di governo.

Nel secolo scorso era prevalente l'idea che le società dovessero essere governate dalla politica e ci si batteva perché gli indirizzi della politica corrispondessero

¹⁵ Sulla vicenda v. L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014, p. 52 ss.

agli indirizzi del partito cui si apparteneva o del quale si era elettori, oppure agli interessi della propria categoria sindacalizzata, impiegati, artigiani, operai, imprenditori, insegnanti etc. Questa tendenza comportava un giudizio non negativo sulla politica nel suo complesso, rinvigoriva la conflittualità sulle grandi linee di indirizzo politico e la partecipazione dei cittadini.

Nel secolo in cui viviamo sembra che le società abbiano perso l'idea che debbano essere governate dalla politica, anche perché la politica (a differenza dal secolo scorso) sembra aver rinunciato all'idea che la sua funzione sia quella di dirigere, e assunto l'idea per la quale la società dev'essere assecondata. Il governo avrebbe la funzione di assecondare le spinte sociali evidenti, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai dibattiti televisivi, dai *social network*.

18. Nessuno dispone di previsioni certe per il futuro. Ma le alternative sono semplici. O assumerà forza una direzione politica autoritaria che tenterà di ricondurre la magistratura ad una posizione sostanzialmente subalterna rispetto al potere politico oppure la magistratura amplierà progressivamente sempre di più i propri spazi di azione fino a porsi come vero e proprio organo di governo.

Una terza alternativa può essere costituita da un processo di autoriforma avviato responsabilmente dalla stessa magistratura, senza farsi condizionare dalle luci del moralismo giuridico e da quelle, non meno abbaglianti, della spettacolarizzazione mediatica.

NICOLÒ ZANON

L'ASCESA DEL POTERE GIUDIZIARIO,
TRA MODE CULTURALI E MUTAMENTI COSTITUZIONALI

1. Si tratta, in questo breve scritto, di avvicinare un tema assai complesso, e che mal si presta a sbrigative osservazioni. Definire il clima culturale nel quale si afferma l'odierna crescita di ruolo e potere del giudiziario è infatti impresa ostica, che travalica, e di molto, le competenze del diritto costituzionale.

Si tratterebbe soprattutto, in un ottica sociologica e di scienza politica, di comprendere, eventualmente differenziando i diversi Paesi tra loro, quali sono le cause, il contesto e i soggetti sociali che sostengono questa “*montée en puissance*” del potere giudiziario.

Il sottoscritto non è né uno scienziato politico né un sociologo, ma intanto sa che, ai fini indicati, è possibile ricorrere, in Italia, agli studi ben noti di Giuseppe Di Federico e di Carlo Guarnieri.

Fuori dai nostri confini, è ad esempio utile il riferimento allo studio suggestivo (fin dal titolo) di Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*¹, che prende in esame alcuni *case study* apparentemente molto distinti da quello italiano (Israele, Nuova Zelanda, Canada, South Africa ed altri), nei quali si assiste a fenomeni analoghi.

Il costituzionalista, per parte sua, è almeno in grado di dare conto del clima culturale dominante nelle materie giuridiche di sua spettanza. E con le debite avvertenze (e diffidenze) che debbono circondare le definizioni semplificatorie, può affermare che il cd. “neocostituzionalismo”, attualmente assai forte e diffuso, è intrinsecamente legato all'ascesa del giudiziario, o quantomeno ne costituisce il robusto retroterra (e la giustificazione) culturale.

Ai fini che qui interessano, può dirsi che un pensiero è “neo-costituzionale” se riunisce in sé alcune caratteristiche di fondo: se pone enfasi sul fatto che un ordinamento democratico contemporaneo è uno “stato costituzionale” e non più uno “stato legislativo”; se ritiene che questa evoluzione sia frutto di una dicotomia qualitativa tra costituzione e legge (tra di esse sussisterebbe una differenza di sostanza, non risultando più accomunate dall'essere fonti del diritto, solo diverse per grado gerarchico); se ritiene che la qualità essenziale del diritto costituzionale sia il suo essere composto da principi piuttosto che da regole; se, coerente-

¹ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2004, p. 296 ss.

mente, riflettendo sui meccanismi di applicazione del diritto, rifiuta il tradizionale sillogismo giudiziario della sussunzione nella fattispecie legislativa e valorizza al massimo grado il metodo del cosiddetto “bilanciamento” tra principi, laddove si tratti di assumere decisioni su casi controversi (lo stesso termine decisione – in tedesco *Entscheidung*, separazione – non rende affatto il *pathos* neocostituzionalista, perché ogni decisione è anche una rinuncia, mentre la tecnica del bilanciamento predica che nessuno dei principi in bilanciamento vada sacrificato del tutto); se ritiene che in tale operazione di bilanciamento il testo della disposizione di riferimento non abbia decisiva importanza, e invece acquisiscano maggior rilievo le caratteristiche concrete del caso da decidere, insieme a canoni interpretativi – come il giudizio di ragionevolezza o il test di proporzionalità – nei quali il contenuto della decisione normativa (la *voluntas* dell’atto politico “legge”) è sovrachiaro dalla *ratio* che l’interprete (vedremo: il giudice) gli attribuisce, e che è spesso frutto di sue arbitrarie valutazioni; se riconosce senza particolari preoccupazioni, ed anzi con soddisfazione, l’importanza crescente del potere giudiziario – dei giudici comuni e anche di quelli costituzionali – rispetto al ruolo tradizionale del potere politico-rappresentativo, identificato nel Parlamento legislativo, preferendo l’autorevolezza e la forza persuasiva dei ragionamenti giudiziari, appunto la ricerca della *ratio*, rispetto alla *voluntas* autoritativa proveniente da una legittimazione politica.

Aspetti importanti del modo “neocostituzionalistico” di trattare le questioni giuridico-costituzionali, in particolare (ma non solo) quelle che hanno a che fare con i diritti fondamentali, sono – sul piano del metodo interpretativo – l’esplicito riconoscimento della necessità di un *moral reading of the Constitution*, e – sul piano delle opzioni di politica del diritto – la convinzione che il progressivo, inarrestabile, riconoscimento dei diritti, e di diritti sempre nuovi, per via giurisdizionale, costituisca un processo inarrestabile, sempre positivo e produttore di un’infinita democrazia.

In questo clima culturale dominante, si assiste al fenomeno che, appunto, Ran Hirschl ha indagato da scienziato politico, cioè la crescita di potere e di ruolo del giudiziario, che avviene soprattutto attraverso la presenza di carte costituzionali dei diritti e lo sviluppo della *judicial review of legislation*. Egli sostiene, in particolare, che la crescita di potere del giudiziario non è casuale, ma riflette l’appropriazione di una retorica della giustizia (sociale, economica, dei diritti ecc.) da parte di *élites* politiche (o classi politiche) che agiscono per difendere e proteggere le proprie posizioni di potere nell’ambito di lotte politiche e che in tale azione si trova alleata con *élites* giudiziarie ed economiche.

Non ho gli strumenti per giudicare la bontà di questa analisi. Essa ai miei occhi ha almeno il merito di ancorare un poco più saldamente l’analisi della trasformazione istituzionale in esame a metodologie di studio tradizionali nelle

scienze sociali, che fanno riferimento alla necessità di identificare il soggetto sociale, il *traeger* (il portatore), di questo spostamento di potere (dalla democrazia rappresentativa e politica a quella giudiziaria).

Nell'identificazione di questo soggetto “portatore”, si sarebbe anche tentati di fare un riferimento, che sembra un poco “leggero” ma non lo è affatto, a quella sorta di c.d. “*New Class*” di cui parla Robert Bork, in un corrosivo libro, tradotto in Italia sotto il titolo “*Il giudice sovrano*”², che si riferisce appunto a questo nuovo ceto di giuristi accademici e/o togati, evoluti e “illuminati”, che – insegnando nelle più importanti università e scrivendo i libri più letti – “fanno” le mode culturali e intellettuali del momento, ma anche – componendo spesso le Corti supreme dei vari paesi o quelle sovranazionali – decidono (talvolta con efficacia *erga omnes*) questioni sensibili che orientano il costume delle società.

Come che sia di tutto ciò, è innegabile che si assiste spesso alla teorizzazione, consapevole e voluta, di concezioni quasi “paternalistiche” dei processi di creazione e formazione delle regole giuridiche. In esse, la pretesa superiorità del diritto di formazione giurisprudenziale viene argomentata ora sulla base della sua estraneità alle miserie di una politica generalmente mal considerata e giudicata, ora in virtù di qualità intrinseche di razionalità e professionalità incontestabilmente maggiori di quelle invocabili a favore delle scelte legislative, tacciate di inevitabile diletterismo. Una sorta di “paternalismo giurisdizionale”, insomma, nutrito di profonda diffidenza verso la legge perché nutrito di profonda diffidenza verso il legislatore, per definizione in balia di maggioranze irrazionalmente mutevoli ed emotive, e naturalmente privo, rispetto alle materie da regolare, della indispensabile consapevolezza tecnica, posseduta invece da tutti i veri professionisti del diritto (tra i quali i magistrati, certo, ma anche i professori, i tecnici, i “sapienti”).

Come dicevo all'inizio, questo atteggiamento culturale si diffonde in ambiti diversi: nella dottrina, nella teoria dell'interpretazione, nella teoria della forma di Stato e di Governo. E non conosce confini di branca del diritto: i penalisti sanno bene quanto, ormai, ad esempio, la crisi della riserva di legge abbia penetrato il loro ambito e quanto la convergente azione delle Corti italiane ed europee abbia eroso i tradizionali punti di riferimento.

2. L'attualità del tempo presente esibisce complesse e delicate esigenze, teoriche e pratiche, di politica delle istituzioni e di riordino dei rapporti tra i poteri.

Si tratta di esigenze che non possono essere qui nemmeno sfiorate.

Nell'epoca del neo-costituzionalismo, e con riferimento alla posizione del

² R.H. BORK, *Il giudice sovrano*. Coercing virtue, Liberilibri, Macerata 2006, p. 224 ss.

giudice, può tuttavia essere detto almeno questo: per quanto da condividere in principio, servono a poco le perorazioni che ammoniscono a non affidare alla sola giurisdizione la responsabilità di fornire prestazioni di unità rispetto al riconosciuto pluralismo dei valori – e, ormai, delle complessive culture – che percorrono le nostre società. Nonostante gli auspici, accade ugualmente che tale responsabilità si trovi in molti casi, di fatto, attribuita alla sola giurisdizione, per un insieme di circostanze ben note, che non occorre richiamare. Si tratta allora di recuperare strumenti e metodi di “limitazione del danno”, che permettano, almeno, di evitare sia la sovraesposizione del giudice su terreni che non gli dovrebbero appartenere, sia le conseguenze negative di tale sovraesposizione, cioè l’inevitabile addebito di responsabilità nell’alimentare i conflitti tra culture e valori.

Sono particolarmente in questione i casi controversi, che assumano rilievo generale per ragioni etiche, politiche o di costume, sui quali sia in atto un confronto politico all’interno e all’esterno delle assemblee rappresentative e sia facilmente registrabile una pluralità di visioni nell’opinione pubblica, dovuta alla diversità di preferenze ideologiche.

In tali casi, sarebbe necessario – per gli interpreti dotati di reale potere decisorio, appunto i giudici – recuperare una deontologia e un lessico minimali, ispirati al *self-restraint*, alla *judicial modesty*, al rigoroso e controllato ricorso ai canoni interpretativi.

In primo luogo, sarebbe importante che le decisioni dei giudici non pretendano di mettere la parola “fine” al confronto pubblico, quando esso risulti *in itinere*, dentro e fuori le istituzioni rappresentative (questa è, peraltro, delicata questione che riguarda soprattutto i giudici costituzionali, che sono proprio giudici “finali”...).

In secondo luogo, nei casi cruciali e controversi, l’interpretazione *meramente* testuale degli atti normativi sarà certo considerabile “primitiva”, ma il tenore letterale del testo resta limite e confine di ogni interpretazione pretesamente “conforme” (a Costituzione, alla Cedu, al diritto europeo...) – questo nuovo *totem* del foro interiore del giudice proiettato, senza prudenza e mediazioni, sulla scena pubblica delle esigenze regolatrici esterne cui le sentenze dovrebbero rispondere.

In questa chiave, non è affatto banale, come sembra, ricordare che un certo grado di “testualimo” formalista assicura, in fondo, che il governo sia governo delle leggi e non degli uomini, come mette in luce Antonin Scalia.

Sempre con specifico riferimento ai casi più controversi, come sopra descritti, restano dunque forti le ragioni teoriche (la separazione dei poteri, l’assenza di legittimazione democratica dei giudici), che sostengono un approccio caratterizzato da prudenza giurisprudenziale, per quanto spesso ignorate o consapevolmente negate. Ad esse si affiancano, specialmente nel caso italiano, alcune peculiarità strutturali e funzionali dell’ordine giudiziario, caratterizzato da ampia “diffusivi-

tà” e libertà interpretativa (direttamente riconnesse all’art. 101, comma 2, della Costituzione), non adeguatamente compensate da una funzione nomofilattica in crisi di efficienza (non per sua colpa, in verità): ciò che accentua i rischi per le esigenze regolatrici unitarie che la giurisdizione deve soddisfare.

Non parrebbe sufficiente, per superare il complesso di tali ragioni, richiamarsi all’impossibilità del *non liquet*, cioè alla necessità tipicamente giudiziaria della decisione, che sarebbe particolarmente pressante quando il legislatore è assente, o è imputato di inerzia o ritardi. Vi è anzi, in quest’ultimo argomento, una singolare inversione concettuale: quando si sostiene che il silenzio o l’inerzia del legislatore democratico-rappresentativo nell’accogliere il nuovo diritto o il nuovo valore legittimerebbero l’innovazione giurisprudenziale, si dimentica (o si finge di ignorare) la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell’ordinamento (purché, certo, esse non siano “diventate” incostituzionali...).

Inoltre, quel che non si decide in sede politico-rappresentativa, non per ciò solo va deciso in altre sedi, giacché, com’è ovvio, bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare.

Naturalmente, è bene precisarlo, questa “modestia” deve avere i suoi confini. I casi controversi di cui qui si ragiona devono essere realmente tali, collocandosi in uno spazio “vuoto” di diritto costituzionale, o che tale possa ragionevolmente apparire. Al tempo attuale, soprattutto, dovrebbe invece restar fermo che il primato dei principi costituzionali fondamentali non può risultare attenuato da nessuna deriva relativistica, ossequiosa rispetto alle sirene di un malinteso multiculturalismo, da nessuna pretesa tolleranza di fronte a tradizioni che rispetto a tal primato si pongano in frontale contrasto: di fronte a casi del genere, nessuna “modestia” giurisprudenziale sarebbe auspicabile!

Infine: si comprende bene che decenni di teorizzazioni sulla figura del giudice unico e vero “garante dei diritti” possano non invogliare alla “modestia” così delineata, la quale, per inciso, è altra cosa rispetto alla pigrizia o alla fuga dalla decisione.

E tuttavia: nell’opinione dissenziente del *Chief Justice Roberts* alla recente decisione della Corte Suprema statunitense che impone a tutti gli Stati della Federazione, quale diritto fondamentale di “livello” federale, l’estensione del *same-sex marriage* (*Obergefell v Hodges*, n. 14-556, 26 giugno 2015), compare un motto assai efficace, interessante esempio di psicologia (o auto-consapevolezza) giudiziaria, e che ovviamente vale a prescindere dal caso specifico in cui è pronunciato. Di fronte all’opinione di maggioranza, che il dissenziente considera un esempio inaccettabile di “*judicial hubris*”, si chiede Roberts: “*Just who do we think we are?*”.

CARLO GUARNIERI

LA CRESCENTE IMPORTANZA DELLA FORMAZIONE GIUDIZIARIA
IN EUROPA

Negli ultimi anni sono avvenuti mutamenti di rilievo all'interno delle magistrature europee. In particolare, la formazione del magistrato – cioè quel processo attraverso il quale acquisisce conoscenze e capacità per svolgere con successo le sue funzioni istituzionali – ha cambiato volto. Si tratta di una trasformazione che è ormai sotto gli occhi di tutti, ma le cui implicazioni non sono state sempre colte del tutto, anche da parte dell'avvocatura. Per apprezzare il mutamento avvenuto è però necessario riassumere brevemente i caratteri della formazione tradizionale.

1. *L'assetto tradizionale*

I caratteri dell'assetto tradizionale della formazione nelle magistrature europee, ed in particolare di quelle dell'Europa continentale, quelle di *civil law*, presenti almeno fino alla metà del secolo scorso – se non oltre – possono essere così sintetizzati.

Un ruolo cruciale nel processo di formazione del giurista – e quindi anche del giudice – spettava all'università. Si trattava di un'università piuttosto elitaria, specie in Italia, dove fino agli anni '60 del secolo scorso vi accedeva non più del 5-10% delle classi d'età corrispondenti. Il prestigio del giurista accademico era allora elevatissimo: un ruolo cruciale nel sistema giuridico veniva infatti assegnato alla "dottrina", cioè alle elaborazioni della "scienza giuridica", basata – almeno nel mondo di *civil law* – sull'analisi sistematica del diritto positivo, che trovava nell'università il suo principale luogo di "produzione". Il prestigio della dottrina faceva sì che al giurista accademico venisse spesso affidato un ruolo di rilievo nel processo legislativo (e talvolta nello stesso governo): i giuristi più prestigiosi sedevano infatti nelle commissioni ministeriali – incaricate di preparare i disegni di legge o i decreti delegati – e anche in quelle parlamentari. In altre parole, esisteva un legame profondo fra università e processo legislativo, legame che si faceva anche più forte nelle materie legate più o meno direttamente all'amministrazione della giustizia.

Una volta uscito dall'università – ed eventualmente aver svolto un periodo di tirocinio comune a tutti i giuristi, come in Germania – il giovane laureato in giurisprudenza doveva affrontare – e superare – il concorso iniziale, basato su prove che miravano, e mirano ancora in molti paesi, a verificare la conoscenza del diritto così come insegnato nell'università. A quel punto, la formazione che seguiva avveniva prevalentemente sul campo: era una formazione *on the job*. Durante il tirocinio giudiziario, gli uditori venivano assegnati ad un magistrato più anziano, secondo una logica “artigianale” caratteristica tradizionale di gran parte delle professioni. Il ruolo della gerarchia giudiziaria era però rilevante. Fino alla fine degli anni '60 in Italia – e altrove anche più tardi: in qualche paese tale influenza non è mai venuta meno – la carriera dei magistrati era scandita da valutazioni competitive, gestite dai magistrati di “grado” più elevato. Del resto, l'influenza della gerarchia assicurava anche quello dell'accademia: sia perché le valutazioni di carriera si basavano quasi esclusivamente sull'eccellenza giuridica dei candidati sia perché stretto era il legame fra l'alta magistratura – quella delle corti supreme – e la dottrina¹.

Non molto diversa era la situazione nei paesi di *common law*. Anche qui la formazione del giudice era prevalentemente *on the job*. La differenza sta – com'è noto – nel ruolo molto più importante svolto dall'avvocatura – da dove i giudici venivano, e vengono tuttora, scelti – e quello decisamente più ridotto dell'accademia. Ancora oggi, buona parte della formazione giudiziaria avviene all'interno dell'avvocatura, ad esempio negli *Inns of Court* inglesi. In quei paesi, quindi, per via del forte interscambio fra le due professioni la formazione di giudici e avvocati non tende a divergere molto.

2. I mutamenti

Negli ultimi 50 anni in Europa continentale questa situazione è profondamente mutata, anche se con ritmi e modalità diverse nei vari paesi. Le ragioni di questo mutamento sono diverse. Innanzitutto, vi è la volontà di aumentare il prestigio e l'attrattiva della carriera giudiziaria – che in molti paesi dell'Europa continentale, alla metà del secolo scorso, mostrava una preoccupante crisi di vocazioni – insieme a quella – non proclamata – di influire maggiormente sui comportamenti dei magistrati. Sono queste probabilmente le motivazioni che spingono De Gaulle – ed il suo ministro della giustizia Debré – a fondare nel 1959 l'*Ecole Na-*

¹ Cfr. G. FREDDI, *Tensioni e conflitto nella magistratura*, Bari-Roma, Laterza, 1978, specie pp. 70 ss. e J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1969, specie pp. 59 ss.

tionale de la Magistrature, sulla falsariga dell'*Ecole Nationale d'Administration*, fondata nel 1946, con il compito di gestire il reclutamento e la formazione dei magistrati ordinari. Va aggiunta la consapevolezza della necessità di assicurare l'aggiornamento delle capacità professionali in un contesto caratterizzato da un'obsolescenza più rapida delle conoscenze giuridiche: si pensi, ma solo per fare un rapido esempio, alla fortissima influenza ormai esercitata sui sistemi normativi dal processo di costruzione europea. Infine, vi è anche la crescente consapevolezza della necessità di arricchire le capacità professionali del magistrato con nuovi e diversi contenuti, ritenuti ormai essenziali per un buon funzionamento del sistema giudiziario, sistema ormai sfidato da una continua crescita della quantità e qualità dei casi che vi si indirizzano. Assume qui rilievo – specie a partire dagli anni '80 – l'influenza del *New Public Management* e in generale delle tecniche manageriali, che si erano già notevolmente sviluppate altrove, specie negli USA².

Avviene così che la formazione – iniziale e permanente – del magistrato tende ad essere assicurata in modo crescente da strutture specializzate: scuole, centri di formazione, accademie... Si diffonde in particolare il modello francese. Infatti, tende a prevalere, soprattutto nei paesi latini e in quelli dell'Europa centro-orientale, una formazione di tipo centralizzato, anche se non mancano forme decentrate, specie nei paesi germanici e scandinavi³. Cresce, soprattutto negli ultimi anni, la dimensione transnazionale della formazione: è qui che sono all'opera numerose "reti". Di recente, è soprattutto l'*European Judicial Training Network* (EJTN) a svolgere un importantissimo ruolo di impulso e coordinamento nell'Unione Europea, anche se non va dimenticato il ruolo del Consiglio d'Europa. Significativa è la composizione del EJTN. Ne fanno parte attualmente 34 membri – 4 ministeri della giustizia, 22 scuole della magistratura, 3 agenzie pubbliche per l'amministrazione della giustizia, 3 organi giudiziari, 2 Consigli giudiziari – oltre a 15 partner associativi, prevalentemente formati da giudici e pubblici ministeri. Sono presenti anche 12 osservatori: centri di formazione di altri paesi, il consiglio d'Europa, vari uffici giudiziari. Va sottolineato che non ne fa parte alcuna associazione di avvocati o di giuristi non di estrazione giudiziaria.

Questo crescente ruolo della formazione giudiziaria si è sviluppato in sincronia con l'espansione delle garanzie di indipendenza della magistratura ed in particolare con l'emergere dei consigli giudiziari come modello – o, come si tende oggi a dire, *best practice* – di garanzia dell'indipendenza: si pensi all'influente Raccomandazione del Consiglio d'Europa, emessa nel 2010, dove appunto si ri-

² Cfr. M. FABRI, *Amministrare la giustizia. Governance, amministrazione, sistemi informativi*, Bologna, Clueb, 2006.

³ Vedi i dati emersi dalla ricerca "Menu for Justice": D. PIANA ET AL. (eds.), *Legal Education and Judicial Training in Europe: the Menu for Justice Project Report*, The Hague, Eleven International Publishing, 2013.

chiede un forte rafforzamento dell'indipendenza, interna ed esterna, dei giudici⁴. Proprio in questa Raccomandazione, all'art. 56, si sottolinea la necessità della formazione: "I giudici devono essere provvisti di una formazione pratica e teorica, iniziale e permanente, completamente a spese dello Stato. Questa formazione deve includere temi economici, sociali e culturali legati all'esercizio delle funzioni giudiziarie". All'articolo seguente si precisa poi come la formazione debba essere organizzata da un'autorità indipendente e non debba mettere a rischio l'indipendenza del giudice. È questo un punto che viene richiamato di frequente. Ad esempio, un'opinione del *Conseil Consultatif des Juges Européens*⁵ – che richiama anche la Carta Europea del giudice – si spinge più in là, specificando che la formazione debba essere affidata non al ministero della giustizia ma alla stessa magistratura o ad un'autorità indipendente, il cui organo direttivo sia composto, almeno per il 50%, da giudici eletti dai propri colleghi. È evidente che questo assetto istituzionale sembra aver trovato una quasi completa realizzazione nel caso italiano, anche se non mancano gli assetti simili in altri paesi europei.

3. Una valutazione complessiva

È forse ancora presto per valutare tutte le conseguenze che queste riforme hanno avuto sul processo di formazione giudiziaria e quindi sulla concezione prevalente del ruolo giudiziario. Quello che però si può dire già ora è che questa trasformazione sembra aver prodotto un profondo mutamento del gruppo di riferimento del giudice, cioè di coloro che esercitano influenza sui suoi comportamenti, quelli il cui giudizio tiene in conto nei suoi comportamenti e nelle sue decisioni: al netto declino della gerarchia giudiziaria, e anche dell'accademia, ha corrisposto una crescita dell'influenza dei pari, cioè degli altri giudici. In quei paesi poi in cui l'organizzazione della formazione è stata assegnata – in tutto o in parte – ai consigli giudiziari, la composizione di questi ultimi assume un'ovvia importanza: l'influenza delle associazioni e delle correnti giudiziarie, dove presenti, non può essere trascurata. Brilla qui il ruolo tutto sommato marginale del legislativo: chi "fa" le leggi è spesso assente dal processo di formazione. Ci potrebbe quindi domandare – come ha fatto di recente Lord Thomas, Lord Chief Justice of England and Wales – se questa crescente separazione fra giudici e isti-

⁴ Vedi COUNCIL OF EUROPE, *Judges: independence, efficiency and responsibilities*, CM/Rec (2010) 12, specie gli artt. 36 e ss. e 46 e ss.

⁵ Vedi *Opinion no. 4 (2003) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) on "Appropriate initial and in-service training for judges at national and European levels"*. In particolare, art. 11, 13 e 16. Il CCJE è un organo del consiglio d'Europa, composto integralmente da giudici, che esprime pareri su temi legati all'indipendenza, imparzialità e professionalità dei giudici.

tuzioni politiche corrisponda davvero alla separazione dei poteri cui si riferiva Montesquieu e la teoria costituzionale classica⁶.

Comunque, considerando in termini generali questa trasformazione non se ne possono certo negare gli indubbi aspetti positivi. Innanzitutto, le nuove modalità di formazione continua assicurano un più efficace aggiornamento del magistrato nei confronti di un sistema normativo in continuo mutamento, un'esigenza oggi sempre più pressante. Si è poi sviluppata una formazione giudiziaria più specifica, meglio adatta ai nuovi e più complessi compiti che il giudice si trova oggi ad affrontare e che l'università spesso non è sempre in grado di fornire. In taluni casi si è iniziato a fornire al giudice – o al magistrato in generale – anche una maggiore consapevolezza delle implicazioni del crescente rilievo politico assunto dall'attività giudiziaria, fatto che si spera possa incentivare in una certa misura atteggiamenti di *self-restraint* da parte del corpo giudiziario.

Inoltre, in questo modo, si assiste ad una contaminazione crescente fra discipline giuridiche e non e quindi, almeno potenzialmente, ad una maggiore apertura culturale, a una maggiore capacità di rendersi conto delle complessità insite nelle decisioni giudiziarie. Si spera così di rendere meno probabili nuovi casi "Stamina", dove parecchi magistrati hanno mostrato forti limiti di comprensione dei caratteri attraverso cui le conoscenze scientifiche – in questo caso in campo medico – debbano essere validate⁷. Questo processo ha poi portato allo sviluppo di nuove discipline, rivolte specificatamente all'attività giudiziaria, in precedenza inesistenti o trascurate. Si tratta di discipline che mirano a migliorare le capacità connesse al cosiddetto *judgecraft*⁸: dalla gestione organizzativa dei casi (*case management*) all'etica giudiziaria, dalla valutazione della credibilità dei testimoni alle modalità di raccolta delle prove, dalle conoscenze linguistiche alla comunicazione efficiente delle decisioni e così via⁹.

Accanto a questi sviluppi indubbiamente positivi non mancano però aspetti più problematici. In primo luogo, vi è il rischio di una progressiva ulteriore separazione della magistratura dalle altre professioni legali. Il fatto che la formazione venga condotta in misura crescente all'interno del corpo giudiziario può porre l'avvocatura e la stessa accademia in una posizione sempre più secondaria, quando non subordinata. In paesi come l'Italia – dove giudice e pubblico ministero formano un corpo unico – questo tipo di formazione, favorendo la vicinanza fra

⁶ LORD THOMAS OF CWMGIEDD, *The Judiciary, the Executive and Parliament: Relationships and the Rule of Law*, Institute for Government, 1 December 2014, p. 3.

⁷ Anche le recenti indagini giudiziarie sulla diffusione della "Xylella" fra gli ulivi del Salento potrebbero segnalare la presenza di atteggiamenti simili.

⁸ Cioè tutte quelle conoscenze, teoriche e pratiche, legate all'attività del giudice.

⁹ Cfr. C. DALLARA-R. AMATO, *Building Blocks for Legal and Judicial Training: Proposals to Identify and Assess New Training Needs*, in D. Piana, *op. cit.*, pp. 255-280.

giudice e pubblico ministero e quindi la contrapposizione fra magistrati ed avvocati, non può che accentuare, almeno di fatto, lo squilibrio strutturale del processo penale.

Si tratta infine di una formazione che prende realisticamente atto dell'aumento della creatività giurisprudenziale – fenomeno ormai in atto da decenni e non facilmente reversibile – ma che, per il modo con cui è organizzata, rischia di favorire una creatività di tipo “autistico”, frutto di un dialogo tutto interno alla magistratura. Infatti, come abbiamo sottolineato, nella formazione sono poco presenti i giuristi non giudiziari e soprattutto sono quasi assenti i legislatori¹⁰. Anche se è vero che i nostri sistemi sono ormai tutti sistemi a controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, il ruolo del legislatore sembra essere stato ridimensionato in modo forse eccessivo. Bisognerebbe invece riflettere sul richiamo che ci giunge ancora una volta da Lord Thomas, un giudice a capo di quella che può essere ancora definita come la magistratura più prestigiosa fra quelle dei regimi democratici: “... la magistratura deve lavorare con l'esecutivo ed il legislativo per rendere la legge più chiara, tecnicamente corretta ed accessibile”¹¹.

In Italia – come emerge bene anche dagli altri interventi – i tratti di questa “nuova” formazione giudiziaria – tutta interna alla magistratura – sembrano presenti in modo più accentuato, così come i rischi di involuzione negativa. Si può aggiungere che in questo caso – vista la loro presenza nel Consiglio Superiore e nel comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura – va considerato anche il ruolo per certi versi ambiguo svolto dalle “correnti” giudiziarie: esprimono contenuti culturali o si occupano soprattutto di potere? Più precisamente, approfittano del loro ruolo per trasformare la fase di formazione in uno strumento di proselitismo? Favorendo, alla fin fine, un'ulteriore separazione della magistratura dalle altre professioni legali? Come abbiamo sottolineato, lo sviluppo della formazione giudiziaria è un'occasione importante per migliorare le capacità professionali dei magistrato: non va quindi sprecato.

¹⁰ E anche gli amministratori. Si pensi al caso della giustizia amministrativa dove i giudici con precedenti esperienze amministrative sembrano oggi essere meno presenti di un tempo.

¹¹ Cfr. LORD THOMAS, *op. cit.*, p. 12.

GAETANO INSOLERA

I PERCORSI DI UNA EGEMONIA

1. *Una spiegazione.* – Da intendersi come riflessione, come inizio di una riflessione sul contesto attuale dei protagonisti della giustizia penale.

Si parla di poteri nelle nostre istituzioni e si è inteso cominciare utilizzando una parola – anatomia – che desse il senso dell’indagine che, inizialmente, non coinvolge i suoi protagonisti.

2. *Egemonia.* – Ha indubbiamente a che fare con un discorso sui poteri effettivi, con la loro “microfisica” contrapposta ad una prospettiva ancorata ai vigenti profili istituzionali dalla sovranità.

3. È alla fine degli anni '60 che si precisa, soprattutto nelle elaborazioni e nei programmi della corrente di sinistra, M.D., il ruolo politico del giudice. “Il collegamento con forze sociali e politiche per condurre insieme a queste la lotta per la trasformazione sociale. Si inaugura così la stagione del “collateralismo” ed un dibattito sempre più acceso sul ruolo del giudice e sulla politicità della sua funzione. Esso favorisce il fenomeno della “supplenza” giudiziaria propiziata dalle difficoltà del sistema politico di fronte ai conflitti e a nuove emergenze sociali ed economiche, con l’abbandono della tradizionale dimensione esecutoria del potere giudiziario. Negli anni '70 e '80, ai sempre più ampi margini di “supplenza”, corrisponde una generalizzata acquiescenza nei confronti della, nel frattempo ricompattatasi, magistratura associata: il fatto è che di fronte ad una magistratura unita – almeno sui temi più corporativi – sta una classe politica divisa e in competizione per ottenerne i favori.

E già a partire dagli anni '80 la Magistratura si era schierata compatta contro qualsiasi ipotesi di riforma dell’ordinamento volta a marcare la distinzione tra funzione giudicante e requirente: assistemmo così al paradosso della gelosa conservazione di un ordinamento pensato per un processo che contemporaneamente si voleva cambiato radicalmente quanto alle garanzie del cittadino.

Un tabù restò quella del reclutamento, della formazione e, in definitiva, della legittimazione dei giudici: nonostante l’adozione dell’accusatorio, il modello burocratico di reclutamento indifferenziato quanto alle funzioni, trovò difensori che vi colsero, quasi con orgoglio nazionalistico rispetto al mondo anglosassone, la

migliore garanzia da una “contaminazione” della politica. Quanto alla responsabilità, sufficiente la sottoposizione dei provvedimenti alla critica della opinione pubblica.

Ma il dato oggi nuovo, saliente è costituito dalla affermata crisi della legalità nella sua storica definizione giuspositivistica. Sono sempre più incalzanti le voci che ne rielaborano i contenuti, assegnando un ruolo cooperatorio, “concorrenziale” all’interpretazione giurisprudenziale.

Alla legge, alla legalità formale si vuole contrapporre ormai una legalità materiale, sorretta soprattutto da un dialogo diretto stabilitosi con le fonti giurisprudenziali sovranazionali, che consentirebbe di raggiungere livelli garantistici “per certi aspetti più elevati di quelli offerti dall’art. 25 della Costituzione”.

È conciliabile questa realtà con requisiti di legittimazione che si sono costruiti sulla ben diversa narrativa giuspositivistica, sulla separazione dei poteri, sulla soggezione del giudice alla legge, sulla modernità, insomma?

È in queste coordinate – in una democrazia rappresentativa, il potere giudiziario *tendenzialmente* si dovrebbe collocare in una prospettiva, se non omogenea, comunque coerente, non conflittuale, con legislativo ed esecutivo – che si definisce la specialità della situazione italiana.

È una vicenda storica che ci riporta al lungo tramonto della prima Repubblica, alla crisi dei partiti fondatori, che si espresse anzitutto, nei loro requisiti identitari, nell’esperienza del compromesso storico, sostituendo alla responsabilità delle scelte politiche, la frammentazione delle risposte nei capillari della giurisdizione.

Nonostante la diffusa opinione secondo la quale il fenomeno della c.d. supplenza giudiziaria non sarebbe nuovo, è nello scorcio dell’ultimo ventennio, che si è assistito a mutamenti straordinari.

L’affermarsi di una “cultura dei diritti” ha trovato nelle giurisdizioni-fonti sovranazionali un potente combustibile e ha visto, in tutti i contesti nazionali, come attore principale, il potere giudiziario, con il suo controllo diffuso. Nella speciale realtà italiana quest’ultimo ha costituito inoltre un contrappeso nei confronti di una classe di governanti non più prodotta da *élites* credibili, responsabili e vocate alla legalità.

L’idea di una fisiologica supplenza giudiziaria, corrispondente ad una deresponsabilizzazione della politica (contro terrorismo, mafia, corruzione politica amministrativa, criminalità economica), nello sfacelo della seconda Repubblica, non coglie, tuttavia, come l’operato del potere giudiziario si presentati progressivamente in veste inedita.

Con un percorso esaminato in altre occasioni, l’attenzione deve anzitutto concentrarsi sulla magistratura requirente e su ciò che avviene nelle indagini preliminari. Mi sembra difficilmente confutabile che il baricentro non solo del processo, ma anche della punizione effettiva si sia infine collocato in quella fase.

Nell'operato del potere giudiziario non mi pare proprio che oggi si possa più cogliere una prevalenza di magistrati che orientino la loro azione verso prospettive finalistiche influenzate da valori e idee guida coerenti con le ideologie – con diverse inflessioni, progressiste o conservatrici – rinvenibili nei partiti o in altre aggregazioni.

Si è da tempo conclusa la fase del “collettaralismo”, che si caratterizzò, anche per quello che concerne taluni settori della magistratura, come ruolo egemonico dei partiti usciti dalla guerra. Questo, quanto meno, in una lunga fase della prima Repubblica.

La fine dei partiti storici, il degrado nell'ultimo scorcio della prima Repubblica e nella seconda, non ci consegnano un ritorno di *élites* provenienti anche dal potere giudiziario che si rapportano con la politica, con il legislatore.

È il potere giudiziario che direttamente fa azione politica mettendo in campo un formidabile armamentario di strumenti invasivi e coercitivi delle libertà individuali. Quotidiani i conflitti con il legislatore e le sue opzioni politico criminali o quelle relative all'ordinamento giudiziario.

Le questioni della giustizia penale sono state, e sono, affrontate, nel corso del ventennio ultimo, come potente *atout* da giocare nel confronto e nella cattura del consenso. Uno scenario senza decisiva soluzione di continuità: il tratto saliente è costituito piuttosto dall'affermazione della supremazia del potere giudiziario e dei nuovi attori sulla scena penale [media, associazioni delle vittime, la rete], sull'onda lunga dell'antiparlamentarismo e dell'eterna utopia della democrazia diretta.

4. *Egemonia nel rapporto che definisco “esterno” con la politica.* – Quanto detto ci riporta al fondamento politico della riserva di legge. Alla struttura della rappresentanza politica che legittima la più invasiva tra le tecniche di tutela.

Il quadro dei poteri che ho descritto aggira questo passaggio.

Ciò è teorizzato (con la recente fascinazione per l'analogia) e praticato attraverso l'interpretazione. Con soluzioni politico criminali antagonistiche rispetto al testo e all'intenzione legislativa (ultimo esempio in tema di falso in bilancio valutativo).

Con un rapporto sempre più diretto dei singoli o dell'ANM con i principali media.

5. *Anatomia.* – Se questo quadro ha un fondamento, se la produzione di penalità e le strategie politico criminali sono anche solo codeterminate dal potere giudiziario [fine dell'ormai deriso veteroilluminismo dei giuristi]:

Come si definisce e costruisce al proprio interno, questa nuova attribuzione di sovranità?

È ancora possibile sottrarre il Potere giudiziario a questo tipo di analisi, quando si mantiene solo l'apparenza di subordinazione alla legge?

6. *Microfisica del potere*

6.1. Quali sono i riferimenti sociali, gli interessi che orientano le idee e le soluzioni del formante giurisprudenziale?

Già si è detto del ripetersi dell'antagonismo rispetto a proposte e soluzioni legislative. Esso si esprime anche nei confronti di interventi amministrativi e di governo dell'economia.

Quale è allora la base sociale, gli interessi che si esprimono nella azione giudiziaria?

6.2. Quali le modalità di reclutamento e di formazione di questo nuovo attore politico?

L'istanza di certezza che oggi si vuole garantita dall'intensificarsi della nomofilachia della Corte di cassazione, quanto è compatibile con la nuova attribuzione di poteri e con la liquidazione del "giuridismo"?

6.3. Quali sono, nella realtà, le dinamiche che presiedono alle carriere o ad incarichi speciali, che governano la produzione di *élite* giudiziarie in funzione del definirsi in modo uniforme della nuova legalità?

Spigolature penalistiche

GIULIANO BALBI

DEMOCRAZIA CREPUSCOLARE E DIRITTO VIVENTE^(*)

Il nostro sistema ordinamentale risulta oggi modulato su schemi di produzione normativa decisamente fluidi e, in tale contesto, il “diritto vivente” gioca un ruolo sempre più significativo. Tutto ciò potrebbe indurre a ritenere che la Corte di cassazione abbia subito una sorta di mutazione genetico/funzionale, a tal punto accentuata da avvicinarne il ruolo a quello assolto dalle *Supreme Courts* nei sistemi di *common law*.

In premessa, va detto che vi sono alcuni dati strutturali che collidono con tale ipotesi: mi riferisco innanzitutto alle enormi differenze di carico di lavoro e a quanto inevitabilmente ne consegue. Per fare un esempio, ma potrebbero farsene molteplici, le decisioni prese in un anno dalla Corte Suprema degli Stati Uniti sono nell'ordine di alcune decine, e dunque di grande efficacia ed elevatissima autorità, mentre la nostra Cassazione si muove su numeri incomparabili, e assolutamente ingestibili: si pensi che, nel 2014, i procedimenti iscritti alla cancelleria centrale civile sono stati 30.303, mentre, nel settore penale, ogni singolo magistrato ha dovuto definire circa 500 ricorsi¹. Si tratta, come è evidente, di numeri che tendenzialmente precludono la possibilità di assolvere compiutamente a una funzione di razionale propulsione, o di fisiologica evoluzione, del sistema, ma anche di svolgere al meglio compiti di alta nomofilachia.

Un altro aspetto di fondamentale alterità è poi costituito dal fatto che la Cassazione non possiede quel potere di sindacato di legittimità costituzionale che, al contrario, costituisce un'attribuzione frequente delle *Supreme Courts*. Ancora un riferimento alla Corte Suprema degli Stati Uniti, che ha limitate funzioni giurisdizionali in senso stretto, peraltro accompagnate da un'ampia facoltà discrezionale di selezione, ma che ha il – fondamentale – potere di interpretare la Costituzione e verificare la conformità ad essa degli atti presidenziali e del Congresso².

^(*) Testo dell'intervento tenuto alla tavola rotonda «Efficienza, certezza e giustizia penale: verso una Cassazione “Supreme Court”?», nell'ambito del convegno «Cassazione e legalità penale», Parma, 9-10 ottobre 2015.

¹ V. http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/AG2015_RapportiStatistici.pdf.

² La Corte riconosce a se stessa il potere di controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti legislativi, per quanto si tratti di un potere non espressamente previsto dalla Costituzione, già a partire dalla sentenza *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

Non mi soffermo, tuttavia, su questi aspetti. Intendo invece porre l'attenzione, essenzialmente in termini sistematici, sul ruolo sempre più pregnante svolto, nel nostro ordinamento, dalla giurisprudenza, muovendo dal rilievo, difficilmente discutibile, che esso va oramai ben al di là di quell'opera di mera interpretazione/applicazione della norma, rispondente al modello di divisione dei poteri di derivazione illuministico-liberale.

In effetti, non può negarsi che, soprattutto a partire dagli anni '90, l'atteggiamento della nostra prassi nel rapporto con la norma sia profondamente mutato, divenendo non di rado decisamente eclettico, se non creativo. Di ciò potremmo ragionare in termini di teoria delle fonti, di naturale evoluzione dei modelli ordinamentali, di incidenza metodologica delle giurisdizioni sovranazionali, del ruolo "demiurgico", assolto dalla giurisprudenza, tra il legislatore e il corpo sociale; insomma in termini "alti", e comunque fisiologici. Mi viene tuttavia da pensare, alla luce di una necessaria contestualizzazione storico-politica, che i parametri da assumere a riferimento siano anche altri, parametri che sottendono, al contrario, una grave patologia del nostro sistema ordinamentale.

Il quadro di riferimento, a mio avviso, risulta infatti modulato essenzialmente su tre coordinate:

1) il graduale dissolvimento funzionale del Parlamento, sempre meno rappresentativo (le maggioranze politiche sembrano ormai dipendere poco o nulla dall'esito delle elezioni), eletto/nominato con una legge illegittima, tendenziale strumento passivo nelle mani delle segreterie di partito e – soprattutto – dell'esecutivo;

2) la crisi della politica, a lungo dispersa, in un magma confuso, tra interessi personalistici, difesa di privilegi indifendibili, alleanze casuali, e comunque molto lontana dal Paese;

3) lo scontro di potere tra l'esecutivo e la magistratura che ha caratterizzato soprattutto il ventennio berlusconiano, ma che mi sembra ancora insidiosamente latente.

Si tratta, evidentemente, di un *mix* dirompente per la tenuta di un sistema democratico.

Ritornando al piano delle fonti, e provando a rileggerlo alla luce di queste coordinate – per nulla intaccate dalle dinamiche parlamentari oramai consuete, il cui *topos*, al contrario, sembra consistere nella ricerca di alleanze di ogni genere per sorreggere le scelte legislative operate dall'esecutivo –, non v'è dubbio che la rarefazione funzionale del Parlamento abbia già di per sé determinato una crisi nel tradizionale modello di divisione dei poteri, non più tripartito ma sostanzialmente bipartito, dando luogo a un nuovo scenario in cui la funzione di produzione della norma è divenuta campo libero, se non terreno di scontro, tra gli altri poteri dello Stato, soprattutto se in fase di conflitto. E così, da un lato, abbiamo

dovuto assistere a una produzione normativa *formale* frequentemente volta a ostacolare l'operato della magistratura, vuoi in modo sistemico – penso ad esempio alla legge Cirami, e dunque al *legittimo sospetto*, e alla *ex Cirielli* con le sue dissenstate scelte in tema di prescrizione –, vuoi in modo puntuale – il lodo Alfano, il lodo Schifani, e così via. Si tratta, frequentemente, di interventi in tutto – a volte in parte – illegittimi: ma nel crepuscolo della democrazia resta ben poco spazio per i principi costituzionali.

Dall'altro lato, c'è stata una giurisprudenza “di resistenza”, fieramente in lotta con la politica, altrettanto indifferente alla cogenza dei principi costituzionali. Ma si sa, *à la guerre comme à la guerre*.

La sentenza Mills³, il suo ritenere configurabile la corruzione susseguente in atti giudiziari, non risulta, ad esempio, difendibile da nessuna prospettiva tecnica. La manipolazione *in malam partem* del dato normativo, con il conseguente allungamento dei termini prescrizionali, appare tuttavia, ai nostri giudici, uno strumento assolutamente percorribile per rispondere alle “malefatte” della politica. Per citare “a campione”, la rilevanza penale attribuita alla corruzione *in incertis actis* già prima della riforma del 2012⁴, o alla concussione ambientale, anch'esse indici di un'indiscutibile indifferenza nei confronti della tassatività, si pongono nello stesso solco. In questa prospettiva, il parametro costituzionale di riferimento ha finito per essere profondamente ridefinito dalla prassi: non più “*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”, ma “*I giudici sono soggetti soltanto alle buone leggi*”.

Ma di *buone leggi* in questi ultimi anni ne abbiamo avute ben poche. Più esattamente, quantomeno in materia penale, sono stati anni di normazione tendenzialmente impresentabile: inutilmente spietata – la recidiva, l'immigrazione, gli stupefacenti –, irragionevolmente benevola – la prescrizione, la legittima difesa domiciliare, il falso in bilancio –, incongruamente eticizzante – la fecondazione assistita –, e si potrebbe continuare a lungo, magari seguendo il filo di una estesa normazione simbolica del tutto estranea ai principi fondamentali del sistema, intollerabilmente tesa alla captazione del consenso, nel suo creare e canalizzare le paure, le insicurezze, la fragilità del tessuto sociale, e a sua volta fragilizzandolo in modo forse irreversibile.

La nostra magistratura, a mio avviso, ha gestito tutto ciò con grande disinvoltura, ovvero con ampia “autonomia” dalle norme, a volte applicandole, a volte disapplicandole, a volte migliorandole, comunque sentendosi sempre meno vincolata da esse, e dunque emancipata da una *tassatività* frequentemente avvertita come ostacolo al perseguimento dell'obiettivo – nelle intenzioni *nobile*, ma assai

³ Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208.

⁴ In questo senso, e per tutte, già Cass., 16 aprile 1996, n. 1616.

pericoloso – di *fare Giustizia*. Certo, non può esservi tassatività se la norma è totalmente indeterminata – pensiamo, per tutte, alla incredibile definizione di *disastro ambientale* di cui al n. 3, comma 2, del nuovo art. 452 *quater* c.p.⁵ –, o è determinata solo in superficiale apparenza, come tende ad accadere nella normativa accentuatamente simbolica (si pensi ad esempio all'art. 544 *bis* c.p. – “*chiunque cagiona la morte di un animale...*” –, al suo essere *in apparenza*, appunto, riferibile anche a una formica o a una zanzara), oppure è indeterminata per l'impossibilità razionale di coordinare tra loro i singoli elementi di fattispecie (l'*adescamento di minorenni*, ad esempio, ai sensi del comma 2 dell'art. 609 *undecies* c.p., sarebbe integrato anche nell'ipotesi in cui *si carpisca la fiducia del minore attraverso l'uso di minacce*). Ora, a prescindere dalla specificità di tale deprimente tipologia di ipotesi – in cui, a ben vedere, non c'è neanche una norma da applicare, ma vaghi concetti, più o meno casuali, proiettati in una disposizione legislativa –, fatto sta che in questi ultimi anni abbiamo assistito a frequenti elusioni del dato normativo da parte della prassi, non di rado sistematiche e *in malam partem*, soprattutto in relazione a scelte di incriminazione sorrette da opzioni politico-criminali discutibili. Penso ad esempio ai *toccamenti fugaci e repentini*, ritenuti rilevanti ai sensi dell'art. 609 *bis* c.p., pur a fronte di una disposizione – munita peraltro di un elevatissimo regime sanzionatorio – che richiede la presenza di *violenza, minaccia o abuso di autorità*. In effetti, tramite l'elaborazione giurisprudenziale dei fragilissimi concetti di *violenza potenziale* e di *violenza impropria*, si è di fatto riscritta la norma, trasformando in forma libera un reato a forma vincolata⁶. Operazione tanto più pericolosa, in quanto implementata su di una disposizione già di per sé ampiamente indeterminata, stante la vaghezza semantico/culturale del concetto di *atti sessuali*⁷.

Certo, che se la tassatività non vincola, e la stella polare è il fumosissimo obiettivo di *fare Giustizia*, può accadere di tutto. Consentitemi di sintetizzare con un riferimento alla giurisprudenza di merito, ad esempio a una recente decisione del

⁵ La definizione di *disastro* come *offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo*, priva il concetto di qualsiasi plausibile – obiettiva – riconoscibilità.

⁶ Si tratta di una radicale modifica della fattispecie astratta, operata dalla giurisprudenza, che mette bene in luce l'assoluta indifferenza della prassi nei confronti della legalità: “in tema di violenza sessuale l'elemento oggettivo consiste sia nella violenza fisica in senso stretto, sia nella intimidazione psicologica che sia in grado di provocare la coazione della vittima a subire gli atti sessuali, sia anche nel compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria o comunque prevenendo la manifestazione di dissenso”. Così, Cass., 18 settembre 2013, n. 38326.

⁷ Anche tale vaghezza, peraltro, è gestita dalla prassi in modo estremamente spregiudicato. Per la integrazione della *violenza sessuale* in seguito a un bacio sulla guancia, ad es., v. Cass., 26 settembre 2012, n. 44480.

Tribunale di Milano⁸, che ravvisa nelle frequenti proteste di un condomino nei confronti dei rumorosi lavori che avvengono nell'appartamento antistante alla sua abitazione, gli estremi dello *stalking*. In particolare, l'alterazione delle *abitudini di vita* della vittima viene individuata nel fatto che il proprietario dell'appartamento in ristrutturazione, da lui appena acquistato, decida di non andarvi più ad abitare. Ritenuto tuttavia l'agente – un regista teatrale socialmente ben inserito – totalmente incapace di intendere e di volere (il perito psichiatra lo visita una volta sola, senza peraltro sottoporlo ad alcun test), e, chissà perché, socialmente pericoloso, il Tribunale lo proscioglie, disponendo però nei suoi confronti l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata terapeutica con obbligo di permanenza in struttura sanitaria chiusa.

Una veloce valutazione. L'infermità di mente e la pericolosità sociale probabilmente non ci sono, gli atti persecutori non sono integrati – non solo per l'estraneità alla *ratio*, ma anche perché una cosa sono le *abitudini di vita*, richiamate dalla norma, altra i *progetti futuri* (*non andrò ad abitare lì*), la cui modifica è del tutto inadeguata a conferire tipicità al fatto –, la misura di cui il Tribunale dispone l'applicazione, la *libertà vigilata terapeutica custodiale*, non esiste: la stessa locuzione *libertà custodiale*, d'altronde, è modulata su di un indifendibile ossimoro. Per di più, l'impossibilità di configurare, e dunque applicare, tale misura, era già stata rilevata dalla Cassazione che, in una sentenza del 2010⁹, argomentava questa conclusione in termini di legalità/tassatività delle misure di sicurezza. Ma poco importa che la Cassazione si fosse espressa in tal senso, perché se la legalità è dispersa, nel contempo il precedente non vincola. Ora, a parte l'evidenziarsi di un ulteriore limite alla possibilità di ricondurre la nostra giurisprudenza di legittimità al modello delle *Supreme Courts* (e a prescindere dal rilievo che se il *diritto vivente* è anche questo siamo messi davvero male), fatico a pensare che, in un sistema democratico, possa dirsi legittimo un diritto di creazione giurisprudenziale che non trovi contrappesi – quantomeno – nella vincolatività del precedente e nel rigore formale dell'*overruling*.

È nel contempo vero che le decisioni delle Sezioni Unite hanno un forte peso, soprattutto quando l'elevato spessore teorico consente loro di assolvere a un compito di alta nomofilachia: il pensiero corre a tanti pregevolissimi interventi, dalla sentenza Franzese¹⁰ alla Thyssen Krupp¹¹, per fare soltanto due riferimenti tra i tanti possibili. Quando invece la Corte abdica alla funzione nomofilattica,

⁸ Tribunale di Milano, 5 maggio 2015, n. 3909.

⁹ Cass., 8 gennaio 2010, n. 9656.

¹⁰ Cass., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328.

¹¹ Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343.

penso ad esempio alla sentenza Maldera¹² in tema di differenze tra i delitti di concussione e induzione indebita, lasciando alla prassi – e non a caso sul terreno sensibile dei rapporti tra politica e magistratura – il potere di qualificare in modo pressoché arbitrario le singole fattispecie concrete, allora i conti non tornano più, e, creandosi un solco incolmabile con il modello delle *Supreme Courts*, risultano frustrati sia quel compito di promozione civile che deve appartenere alla giurisprudenza di una democrazia avanzata, sia l'ineludibile rispetto del quadro, imprescindibilmente identitario, dei diritti fondamentali.

Mi spiego meglio: niente mi fa più paura della funzione legislativa gestita “in proprio” dall'esecutivo, peraltro in assenza di qualsiasi genere di bilanciamento. Non vorrei fare paragoni azzardati, eppure mi viene in mente l'art. 2 della l. 129 del 1939: *Il Senato del Regno e la Camera dei Fasci e delle Corporazioni collaborano col governo alla formazione delle leggi*.

In effetti, il contesto politico è oggi insidioso e istituzionalmente destabilizzato, ma il contrappeso non può consistere nell'elusione, anche da parte della prassi, di quel nucleo di diritti che costituisce lo specifico genetico, e al tempo stesso legittimante, di un diritto penale democratico. Anzi, i principi che la Costituzione pone a presidio della libertà dei consociati, così fragili e preziosi, pur se da rileggere in una prospettiva dinamica, sono oggi da difendere con più vigore di sempre, nel loro legittimare, orientare, ma anche porre limiti all'esplicazione della funzione giudiziaria. Cito da Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza *Stanford v. Kentucky*¹³: “*l'opinione dissenziente del giudice Brennan mostra di non riconoscere che, tra le istituzioni che la Costituzione intende limitare, vi è la Corte stessa*”.

¹² Cass., sez. un., 14 marzo 2014, n. 12228.

¹³ *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989).

FAUSTO GIUNTA

AL CAPEZZALE DEL DIRITTO PENALE MODERNO
(E NELLA CULLA, ANCORA VUOTA, DEL SUO EREDE)

1. Negli ultimi anni al diritto penale moderno sono stati dedicati epicedi talvolta accorati, talaltra liberatori, dando per stilato il certificato di morte del caro estinto. Nel reparto di ostetricia c'è fervida attesa, ma per l'anagrafe siamo ancora a "nascite zero". Succede nelle epoche di passaggio: il vecchio perde velocemente la sua vitalità; il nuovo – ammesso che sia stato concepito – è solo un embrione.

Lo studioso che si trova a vivere questo frangente della storia del pensiero giuridico, non privo di contrasti, si impegna a decifrare il futuro. Per il cittadino è diverso, perché l'incerta identità del nostro odierno diritto penale non è foriera di mitezza punitiva, né porta con sé equivalenti garantistici in grado di sostituire la funzione contenitiva dello *ius puniendi*, tradizionalmente attribuita, oltre che ai principi sostanziali di offensività e colpevolezza, anche al formalismo linguistico di cui è intessuto il principio di legalità.

Nelle fasi di transizione, come in quelle culturalmente stabili, il diritto penale rimane irriducibilmente autoritario e per definizione coercitivo. Attualmente il pendolo oscilla a favore di un rinnovato fondamentalismo punitivo, che ripudia la laicità del reato, cucendo la pelle dell'illecito sullo scheletro del giudizio morale. I segnali sono molteplici e non vanno sottovalutati. Nel mondo del diritto, segnatamente in quello del diritto penale, le opinioni, anche solo le vociferazioni, contano molto. Come la diffusa convinzione che una banca stia per fallire, anche se florida, può spingere i clienti a ritirare i depositi, causandone davvero il fallimento, così voci diffuse, accreditate o meno, argomentate o no, possono determinare nel campo penale la svalutazione dei principi di garanzia. E a pieno titolo, perché il diritto penale ambisce alla razionalità, ma coltiva in sé irrisolte, e forse irrisolvibili, pulsioni populistiche.

2. Certamente non mancano le novità. L'universo penalistico della prima modernità ruotava intorno alla figura del legislatore. Oggi, quel posto è stato occupato dal giurista decidente – il giudice – le cui virtù sono non di rado decantate da una comunità di aspiranti comprimari plaudenti: la dottrina. Anche l'universo penalistico della tarda modernità resta, però, tolemaico: l'assolutismo giuridico è stato sostituito dall'assolutismo giudiziario; il solipsismo di un'assemblea parla-

mentare da quello di un tribunale, talvolta collegiale, più spesso monocratico. Con una non secondaria differenza: il legislatore, nel ridurre il molteplice (le forze politiche) a unità (la legge come prodotto), mostra un *ego* impersonale (la volontà della maggioranza), che manca al giudiziario, anch'esso impersonale, ma soprattutto perché frammentato al suo interno. Il tramonto dell'ideale egualitario della soggezione alla legge, a favore del primato della giurisdizione, segna il passaggio (complice l'accresciuta complessità del sistema delle fonti) dal monismo ordinamentale al big bang regolativo, ossia al politeismo giuridico. Il sistema multilivello non è una composta lasagna normativa, ma somiglia a un pasticcio di ingredienti, che fa dell'informe la sua peculiarità. Anche il controllo critico della dottrina è annebbiato, perché le grammatiche disponibili non assicurano esiti conformativi. Reti e labirinti, quali metafore dell'incertezza regolativa, fanno vittime quotidianamente: il giudice è disorientato, il cittadino in gabbia.

Nondimeno il nuovo scenario ha i suoi estimatori.

3. Un punto di osservazione privilegiato dello stato dell'arte è rappresentato dal dibattito sulla funzione legittimante e garantistica della riserva di legge; il principio è passato, nell'arco di pochi lustri, dalla dignità di corollario irrinunciabile a fossile penalistico, un anacronismo dal quale la Costituzione materiale si sta finalmente liberando attraverso la sua progressiva e sempre più marcata relativizzazione.

Indubbiamente alla radice di questo fenomeno c'è la comprensibile disaffezione per una legislazione penale non sempre tempestiva nell'assecondare i bisogni di tutela e sovente carente sotto il profilo della tecnica normativa. Si aggiunga pure – a oltre vent'anni da Tangentopoli – la persistente crisi di credibilità etica che affligge la classe politica, rispetto alla quale la giurisdizione ha assunto il ruolo di tutore, andando oltre il riscontro delle responsabilità individuali e privilegiando un pervasivo controllo di legalità a tutto campo.

Ma il nodo centrale è un altro e più significativo: si sta allentando la stretta connessione tra libertà individuali e diritti di partecipazione alle decisioni politiche, che ha caratterizzato lo sviluppo delle democrazie moderne fondate sulla separazione dei poteri. Il cittadino europeo è oggi sempre più un consumatore di libertà, che non contribuisce a costruire e a delimitare, nemmeno indirettamente. Il nuovo patto sociale promette più spazi di realizzazione individuale (soprattutto consumistica) e prevede meno potere decisionale in relazione alle scelte democratiche, incluse quelle che attengono alla politica criminale, in passato esercitate attraverso la rappresentanza parlamentare. Soffia un vento di avversione nei confronti della politica che non si presenti come espressione di tecnocrazia.

Da qui la perdita di centralità della riserva di legge, quale risvolto di una crisi di sistema; e a seguire la progressiva intrusione tra i produttori privilegiati del di-

ritto (anche penale) dei poteri governativi, nazionali o sovranazionali, e dell'ordine giudiziario, che il diritto penale di derivazione illuministica ambiva a tenere fuori dalla stanza dei bottoni. L'assetto istituzionale lasciatoci dalla prima modernità non è stato superato, ma ribaltato: la forza plebea della politica cede il passo a una giustizia penale elitaria, fortemente intrisa di valutazioni politico-criminali co-prodotte dallo stesso applicatore. Il potere nullo – un tempo il *giudiziario*, secondo l'insegnamento di Montesquieu – sembra essere oggi il *legislativo*. Non a caso la recente legislazione penale si caratterizza per la crescita delle norme che amplificano la libertà valutativa del giudice: sotto forma ora di discrezionalità espressa, ora di ri-definizione ermeneutica di fattispecie incriminatrici nate volutamente lasche. È l'epoca della cogestione: cade la segregazione tra scelta politica e applicazione giudiziaria, tra *ius facere* e *ius dicere*, in nome di una alleanza tra politica governativa e giurisdizione, tra politiche di matrice tecnocratica e tecnocratie inevitabilmente politicizzate. La separazione dei poteri lascia il posto alla loro concentrazione, in nome di una più efficace *governance* sociale. L'indeterminatezza del tipo delittuoso, un tempo considerata un difetto esiziale del prodotto normativo, è oggi consapevolmente perseguita, in nome della formazione progressiva delle fattispecie incriminatrici. Queste ultime presentano ambiti di imprecisione destinati *ab origine* ad essere colmati nella fase applicativa, oltre che dalla interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, com'è fisiologico che sia in modesta misura, dalle tempestive relazioni del Massimario della Corte di Cassazione, che operano come battistrada ermeneutici.

4. Alla giurisdizione non basta produrre i criteri sostanziali del giudizio di responsabilità. All'occorrenza vuole essere libera di derogare al suo stesso prodotto normativo, a seconda dei casi (vi sono sentenze di segno opposto pronunciate dalla medesima sezione della Corte di cassazione nella stessa udienza e con la stessa composizione). La giurisdizione si sente padrona della regola e dell'eccezione, con buona pace del tentativo di trapiantare da noi il principio dello *stare decisis*. Se non è l'avvento del diritto libero, è la libertà dal diritto come limite e criterio orientativo del giudizio. Il diritto giurisprudenziale dovrebbe essere pur sempre dialogico, aperto al confronto con il segno linguistico e soggetto all'effettivo vaglio critico dell'elaborazione dottrinale; il nuovo diritto è autarchicamente giudiziario.

Nell'attuale situazione spirituale della scienza penalistica non mancano sforzi di razionalizzazione. Tramontato l'approccio dogmatico di matrice concettuale, che presuppone e persegue la coerenza sistemica dell'ordinamento, lo sguardo si rivolge all'esperienza giuridica anglo-americana, da cui si pilucca solo quel che serve a legittimare la creatività decisionale del giudice, ma elevando a tabù una riflessione sul sostrato di quella libertà: separazione delle carriere e sistemi di

controllo sull'operato della pubblica accusa, giuria popolare e unanimità del verdetto di colpevolezza, solo per citare alcuni aspetti caratterizzanti di quel sistema giuridico. Ne esce un eclettico *civil-common law*, che, in nome della contaminazione culturale indotta dalla globalizzazione, mutua dall'esperienza angloamericana unicamente ciò che piace, lasciando nell'ombra i meccanismi di bilanciamento tra giustizia penale e potere politico, che influenzano il reclutamento dei giudici. Eppure si tratta di un tema assolutamente centrale che andrebbe affrontato *ex professo*. Il giuspositivismo, separando norma e giurista, aveva finito per spersonalizzare il diritto. A fronte di ciò, bisognerebbe prendere atto che il tipo di formazione e selezione degli operatori del diritto contribuisce in modo determinante a connotare l'ordinamento giuridico.

5. Tramontata di fatto la *ratio* legittimante della riserva di legge, come si diceva, il principio di legalità penale vede scemare anche la sua originaria funzione garantistica di limite invalicabile per la giurisdizione. La crisi della determinatezza formale, intesa quale perimetrazione semantica della fattispecie incriminatrice, spinge a ravvisare i nuovi argini del potere punitivo nella prevedibilità degli esiti del giudizio, quale quintessenza di un modello alternativo di legalità penale sostanziale di marca CEDU. Sennonché, tra i due sistemi di delimitazione dello *ius terribile* non vi è equivalenza in termini di efficacia garantistica. Il rapporto tra il segno e suo significato trova nel linguaggio un fattore regolativo dell'interpretazione suscettibile di un più analitico controllo critico. La prevedibilità del giudizio di illiceità, specie nell'epoca del diritto incerto, appare piuttosto una chimera. Il perno della teoria del reato – ammesso che nell'odierno diritto penale policentrico abbia ancora senso un ordine generale della disciplina penale – finisce per diventare il giudizio di colpevolezza, mentre regredisce l'importanza del momento oggettivo, costituito dalla legalità formale, ossia da un giudizio non ancora condizionato da valutazioni di tipo personalistico. Quand'è che l'ingresso nell'area del penalmente rilevante cessa di essere prevedibile per il cittadino? La domanda, oggi, risulta veramente impegnativa e la risposta ardua. È forte l'impressione che si debba concludere in *dubio pro culpa*. La qual cosa, nell'epoca del diritto incerto, equivale a imporre un parossistico *self restraint* comportamentale. Il cittadino sa – e se non sa dovrebbe sapere – di muoversi su un'immensa lastra di ghiaccio sottile, troppo sottile, pronta a rompersi sotto le sue suole. Poco importa se l'ordinamento non è in grado di tracciare percorsi sicuri. Il nuovo assetto del rapporto tra autorità e cittadino vuole che il rischio dell'incertezza del diritto venga rovesciato sul secondo, sul quale, nei frequenti casi di dubbio, grava una generale e prudenziale regola dell'astensione. Questa esasperata accortezza è la sua nuova garanzia.

6. L'accezione formale della legalità (formale – sia chiaro – solo in *bonam partem*, perché suscettibile di correzione sulla base della concreta offensività del reato) non è solo il primo capitolo dei manuali di diritto penale; essa resta, anche se ferita mortalmente, la base funzionale del nostro diritto penale. La sua crisi culturale e operativa non può marginalizzarsi, né può minimizzarsi la portata delle sue conseguenze. L'attuale diritto penale è diventato un settore dell'ordinamento che semina sofferenze sovente senza criteri coerenti: un caos penalistico governato da una tecnocrazia legislativa priva di tecnica, in definitiva da una burocrazia giudiziaria creativa.

In questo difficile contesto, contrassegnato dalla sconfitta della politica e dall'incapacità della tecnica, è giusto che al diritto penale incerto corrisponda una pena certa e per di più severa? O sarebbe più dignitoso ispirarsi all'adagio "poca ratio, poca pena"? Il sistema è ricco di disfunzioni funzionali allo scopo. Basti pensare agli antichi nemici della prevenzione generale. Il riferimento è ad alcuni istituti quali la prescrizione, l'amnistia, l'indulto, la sospensione della pena, le attenuanti generiche, ecc. Come noto, essi hanno conosciuto anche un uso indulgenziale e lenitivo: consentire al cittadino malcapitato di piangere con un occhio solo.

Antologia

DAVIDE AMATO

ATTIVITÀ DI PROTEZIONE CIVILE E RESPONSABILITÀ PENALE:
CRITICITÀ ATTUALI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Il controllo penale sull'attività di protezione civile e la diffusione di comportamenti difensivi. – 2. Alle origini della *ipercriminalizzazione* dell'attività di protezione civile. – 2.1. Una crescente pretesa di sicurezza. – 2.2. La risposta dell'ordinamento: la (non) gestione del rischio e il ruolo del diritto penale. – 3. La valutazione penale dell'attività di protezione civile: il regno dell'incertezza. – 4. La valutazione giudiziale dell'attività di protezione civile: il caso *Sarno*. – 4.1 (segue...): il caso *Grandi Rischi*. – 5. Criticità attuali. – 6. Prospettive di riforma.

1. *Il controllo penale sull'attività di protezione civile
e la diffusione di comportamenti difensivi*

Il sistema di protezione civile che l'Italia ha saputo creare, a partire dai primi anni '90 del secolo scorso, ha rappresentato una delle più felici intuizioni della storia repubblicana. Forte di una pluridecennale esperienza in materia di disastri e calamità varie, il legislatore ha dato vita a una struttura polifunzionale, incaricata non solo della gestione dei soccorsi *post* evento, ma soprattutto della *previsione* e *prevenzione* dei vari tipi di rischi¹.

Il risultato è stato senza dubbio positivo, come dimostrano le numerose occasioni in cui la Protezione civile ha dato buona prova di sé nel corso degli anni, gli attestati di stima ricevuti da parte di importanti organismi e istituzioni internazionali – quali l'OCSE² e l'ONU³ – nonché l'essere divenuta un vero e proprio modello di riferimento per numerosi altri Paesi⁴.

¹ Non è possibile svolgere in questa sede una ricostruzione dettagliata della storia della moderna protezione civile e dei compiti che le sono stati affidati. Per una ricognizione essenziale si vedano F. GANDINI-A. MONTAGNI, *La protezione civile, profili costituzionali e amministrativi, riflessi penali*, Milano, 2007, pp. 5 ss., pp. 31 ss.; V. PEPE, *Governo del territorio e valori costituzionali. La protezione civile in Italia e in Francia*, Padova, 2009, pp. 43 ss.; M. FURIOZZI, *La protezione civile in Italia e all'estero. Storia e organizzazione*, Firenze, 2010, pp. 65 ss.

² OECD, *Review of the Italian National Civil Protection System*, 2010, p. 76.

³ Si veda, in particolare, UNISDR, *The Structure, Role and Mandate of Civil Protection in Disaster Risk Reduction for South Eastern Europe*, 2009, p. 23.

⁴ L'Italia è attualmente impegnata in numerosi progetti all'estero. L'elenco è consultabile sul sito del Dipartimento della Protezione Civile all'indirizzo http://www.protezionecivile.gov.it/jcms/it/dossier.wp?frame5_item=2.

Per quanto l'organizzazione in parola sia stata, e rimanga ancora oggi, una delle migliori espressioni dell'apparato pubblico italiano, negli ultimi anni è emerso sempre più chiaramente un fenomeno che – almeno apparentemente – sembrerebbe contraddire tale affermazione. Si allude al fatto che il numero di procedimenti penali aventi a oggetto la correttezza dell'attività di previsione, prevenzione e gestione degli eventi calamitosi sia in vertiginoso aumento. Più in particolare, una recente ricerca ha permesso di appurare come fra il 1992⁵ e il 2005 i procedimenti penali relativi all'attività in questione fossero estremamente rari, al punto da contarne solo sette in ben tredici anni⁶. Inoltre, all'epoca il numero di operatori di protezione civile coinvolti in un procedimento penale si è mantenuto estremamente esiguo e nessuno di essi è stato condannato a titolo definitivo⁷.

Un primo segnale di cambiamento si è avvertito nel 2006, in occasione dell'alluvione di Vibo Valentia del 3 luglio, allorquando per la prima volta è stata contestata a un operatore l'erronea previsione di un evento calamitoso e l'omesso impedimento delle morti di alcune persone rimaste coinvolte in tale fenomeno⁸.

È a partire dal 2008, però, che l'intervento della magistratura a seguito di calamità naturali si è fatto sempre più evidente, con una vera e propria *escalation* di nuove indagini e procedimenti penali relativi alle più diverse attività di protezione civile. Difatti, nel periodo compreso fra il 2008 e il 2015 si sono avuti oltre cinquanta eventi climatici avversi ai quali ha fatto seguito l'apertura di (almeno) un procedimento penale, in cui risultano complessivamente indagati oltre un centinaio di amministratori e funzionari pubblici, tecnici, operatori e scienziati⁹.

⁵ Si tenga presente come il 1992 sia l'anno dell'entrata in vigore della legge istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile (Legge 24 febbraio 1992, n. 225).

⁶ I dati sono tratti da uno studio condotto da Fondazione CIMA, i cui risultati sono consultabili in M. ALTAMURA-L. FERRARIS, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, Pisa, 2014, pp. 23 ss.; M. ALTAMURA-L. FERRARIS, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma"*, in corso di stampa.

⁷ La vicenda giudiziaria di maggior rilievo, in tale periodo, è stata quella relativa all'alluvione verificatasi in Piemonte nel 1994, nella quale l'allora Prefetto di Cuneo è stato imputato per non aver impedito la morte di alcune persone investite dalle acque mentre erano alla guida delle proprie automobili. A fronte delle sentenze di condanna da parte del Tribunale (Trib. Alba, 19 luglio 1997, imp. Scialò, in *Dir. pen. proc.*, 1998, pp. 1008 ss., con nota di S. CORBETTA, *La responsabilità del Prefetto in caso di inondazione colposa*, pp. 1013 ss.) e della Corte d'Appello (Corte App. Torino, 9 giugno 2000), la Cassazione (Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2001, n. 33577, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3457 ss.) ha disposto l'annullamento con rinvio della decisione e la vicenda si è infine conclusa a seguito del decorso dei termini di prescrizione.

⁸ Tribunale di Vibo Valentia, ufficio G.I.P., 5 novembre 2009, n. 76.

⁹ I dati qui menzionati sono tratti da M. ALTAMURA-L. FERRARIS, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., pp. 23 ss. e M. ALTAMURA-L. FERRARIS, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma"*, in corso di stampa.

In aggiunta a tale dato, che di per sé potrebbe essere considerato non particolarmente rilevante¹⁰, si deve tenere conto di come negli ultimi anni siano state pronunciate alcune sentenze di condanna, nei confronti di soggetti coinvolti a vario titolo in quest'attività, che hanno suscitato non poche perplessità¹¹.

Ciò posto, si deve a questo punto considerare come il controllo giudiziale sull'operato della Protezione civile – per quanto doveroso –, per la capillarità e la severità che è venuto assumendo via via nel corso degli ultimi anni, abbia cagionato degli indubbi risvolti negativi sul buon funzionamento del Sistema. Difatti, al pari di quanto già da tempo avvenuto in altri settori, quale quello medico¹², si è osservato come gli operatori, nell'espletamento dei propri compiti, siano ormai influenzati dal rischio di incorrere in conseguenze di tipo legale¹³. In particolare, fra le varie attività svolte, quella maggiormente soggetta a risentire di questo fenomeno è senza dubbio quella di previsione degli eventi avversi, poiché più delle altre è esposta all'incertezza scientifica e ai limiti di fallibilità della scienza e della tecnologia. Ecco, allora, che a fronte del rischio di errore nella previsione di un evento, il previsore sarà inevitabilmente spronato ad adottare un atteggiamento di

¹⁰ Si tenga presente, tuttavia, come il semplice coinvolgimento in un procedimento penale sia foriero di gravi ripercussioni negative per il soggetto indagato, quali la gogna mediatica, l'ansia circa il possibile esito della vicenda, la perdita o sospensione dal proprio posto di lavoro, la diminuzione delle possibilità di carriera e, non ultimo, il costo della difesa. Si tratta di un complesso di controindicazioni talmente gravi che è ormai consolidata l'idea che il processo sia già di per sé una pena. La riflessione è stata avanzata da F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, pp. 34-35 e ID., *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, pp. 161 ss., le cui idee sono state poi riprese e ulteriormente sviluppate in modo particolarmente significativo da F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, pp. 123 ss.

¹¹ Il riferimento è in particolare ai ben noti casi *Sarno* e *Grandi Rischi*, sui quali v. *infra*.

¹² La letteratura in tema di medicina difensiva è ormai innumerevole. Impossibile elencare tutti i contributi editi. Senza alcuna pretesa di esaustività, e limitandosi ai lavori più recenti, si vedano G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010; R. BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 1107 ss.; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 1085 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 1125 ss.; G. ROTTOLO, *«Medicina difensiva» e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1259 ss.; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva, una sintesi problematica e un azzardo de jure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pp. 1 ss.; C. MAZZUCATO-A. VISCONTI, *Dalla medicina narrativa alla giustizia riparativa in ambito sanitario: un progetto «integrato» di prevenzione delle pratiche difensive e di risposta alla colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, pp. 847 ss.

¹³ Il tema è stato più volte evidenziato dall'allora Capo Dipartimento della Protezione civile, Franco Gabrielli. Si veda, ad esempio, quanto affermato in F. GABRIELLI, *Intervento al convegno «La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica»*, Pisa, 2013, p. 3 e ID., *Intervento al convegno «La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità»*, cit., p. 9.

estrema cautela – quando non palesemente di tipo *difensivo* – sovrastimando la portata del fenomeno, poiché in questo caso le conseguenze pregiudizievoli di tale errore saranno patite dall'intera collettività¹⁴. Al contrario, in caso di sottostima (e relativa mancata allerta), qualora dovesse verificarsi un evento avverso, egli potrà essere chiamato a risponderne (anche) penalmente, essendo investito di una posizione di garanzia nei confronti dei beni pregiudicati da tale evento.

Venendo a questo punto all'analisi di quanto sta effettivamente accadendo all'interno del Sistema della protezione civile e prendendo in esame l'attività di previsione degli eventi idro-meteorologici, ossia uno dei settori maggiormente esposti al rischio di conseguenze penali, i dati attualmente disponibili sono eloquenti. Già nel 2011, infatti, uno studio dimostrava come, all'indomani dell'alluvione di Vibo Valentia del 2006 – e del conseguente procedimento penale – il numero di false allerte fosse più che raddoppiato, passando dal 37% del 2006 all'82% del 2007¹⁵. Un generale decadimento nell'accuratezza previsionale del Sistema è stato poi confermato anche da un altro studio, nel quale sono state osservate le previsioni svolte dalle Regioni fra il 2008 e il 2013¹⁶. Sorprendentemente, nonostante il progresso scientifico e le maggiori conoscenze acquisite, quasi tutte le Regioni hanno visto un peggioramento delle proprie *performance*, con un sensibile incremento del numero di false allerte, segno dell'adozione di comportamenti di tipo difensivo.

2. *Alle origini della ipercriminalizzazione dell'attività di protezione civile*

Appurato come il numero di procedimenti penali aventi a oggetto l'attività di protezione civile abbia ormai raggiunto una certa, preoccupante, consistenza, occorre ora indagare le ragioni che hanno contribuito al determinarsi di una situazione siffatta.

Come si avrà modo di illustrare più diffusamente nei paragrafi seguenti, sembra di potersi affermare come il fenomeno in esame sia da ricondursi a taluni atteggiamenti, individuali e collettivi, già da tempo emersi in settori affini e studiati

¹⁴ Fra le conseguenze negative delle "false allerte" vanno annoverati i connessi costi economici, nonché il pericolo che un numero eccessivo di allerte infondate produca il cosiddetto effetto "*al lupo al lupo*", comportando una minore credibilità del Sistema e, in definitiva, la sua perdita di efficacia. Per un maggior approfondimento del tema si vedano M. ALTAMURA-L. FERRARIS-D. MIOZZO-L. MUSSO-F. SICCARDI, *The legal status of Uncertainty*, in *Natural Hazards and Earth System Sciences*, 2011, p. 802; OECD, *Scientific advice for Policy Making: The Role and Responsibility of Expert Bodies and Individual Scientists*, in *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, 21, 2015, p. 28.

¹⁵ Cfr. M. ALTAMURA-L. FERRARIS-D. MIOZZO-L. MUSSO-F. SICCARDI, *op. cit.*, p. 798.

¹⁶ Cfr. D. MIOZZO, *The Role and Responsibility of Scientists in the Italian Civil Protection*, intervento al *Global Science Forum Workshop*, Berlino, 27-28 febbraio 2014.

da illustri autori, che ne hanno disvelato le origini sociologiche, antropologiche e giuridiche.

Per essere più espliciti, le cause remote della “*ipercriminalizzazione*” dell’attività di protezione civile sarebbero attribuibili – quantomeno – a due diversi fattori: da un lato, l’abbandono di una concezione fatalistica degli incidenti, sostituita da una fiducia senza dubbio eccessiva nel mito del progresso e delle capacità della scienza e delle nuove tecnologie, tale per cui ogni sciagura sarebbe evitabile, mentre i casi di insuccesso sarebbero sempre attribuibili all’errore di taluno, da individuare e punire per aver provocato l’accadimento nefasto. Dall’altro, l’atavica arretratezza, nel nostro ordinamento, di strumenti alternativi al diritto penale, di talché sarebbe ancora estremamente in voga quella «*mania di tutto governare col mezzo dei criminali giudizi*», di cui già si doleva Francesco Carrara a fine ’800¹⁷.

2.1. *Una crescente pretesa di sicurezza*

Venendo ora all’esame dei singoli fattori responsabili di questo stringente controllo penale sull’attività di protezione civile, la prima questione da affrontare è relativa al modo di rapportarsi della collettività con il rischio.

Senza alcuna pretesa di svolgere in questa sede una disamina dettagliata di un argomento così complesso, si può tuttavia affermare come costituisca un dato ormai assodato il fatto che l’epoca attuale, rispetto anche al recente passato, sia caratterizzata da una sopravvenuta minore tolleranza degli individui rispetto al rischio. Un simile mutamento di paradigma sarebbe attribuibile all’elevato grado di benessere ormai raggiunto da una grande parte della società¹⁸. In buona sostanza, gli agi e l’elevata qualità della vita contemporanea avrebbero fatto emergere una “*coscienza del rischio*” tale per cui la collettività è portata a pretendere sempre maggiori livelli di sicurezza, a prescindere dalle varie fonti e tipi di rischio¹⁹.

Contestualmente a tale mutamento di paradigma, sono mutati altresì i criteri di attribuzione di colpa. Se, ancora fino a una buona parte del secolo scorso, era una

¹⁷ Così in F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1871, tratto da T. PADOVANI, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 385.

¹⁸ Imprescindibile il riferimento almeno a P. SLOVIC, *The perception of risk*, London, 2000, *passim*. In merito poi alle aspettative create dai progressi della medicina si vedano, nella letteratura penalistica italiana, A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, pp. 8 ss. e M. CAPUTO, “*Agente modello*” e responsabilità per colpa in campo sanitario. *Problemi e prospettive*, Milano, 2012, pp. 36-37.

¹⁹ Così anche L. SAVADORI-R. RUMIATI, *Nuovi rischi, vecchie paure*, Bologna, 2005, p. 21. In senso analogo pure G. FORTI, *Nuove prospettive sull’imputazione penale “per colpa”: una ricognizione interdisciplinare*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, p. 98.

pratica comune quella di attribuire al fato o comunque in modo del tutto irrazionale le cause dei fenomeni, l'epoca attuale sarebbe invece caratterizzata dalla spasmodica ricerca di un colpevole²⁰. Detto in altri termini, vi sarebbe oggi una vera e propria resistenza psicologica all'accettazione del caso fortuito, ragion per cui il verificarsi di un evento avverso sarebbe sempre da ricondurre all'errore di qualcuno²¹.

A fronte di un atteggiamento siffatto, e con specifico riferimento al tema in esame, occorre osservare come, paradossalmente, la c.d. "cultura di protezione civile" nel nostro Paese sia ancora estremamente scarsa²². In buona sostanza, si assiste così a un sostanziale disinteresse individuale nei confronti delle calamità naturali e delle fondamentali norme di autoprotezione, mentre si è sviluppata una generalizzata pretesa di tutela da parte dei soggetti pubblici a ciò preposti.

Ecco, quindi, che in presenza di circostanze siffatte, l'eccezionale espansione della sfera di applicazione del diritto (penale) in questo ambito sembra davvero un fenomeno inevitabile²³. D'altronde, non si tratterebbe del primo caso. Basti pensare all'aumento vertiginoso di denunce presentate nei confronti dei medici per casi di malasanità, che sarebbero un sintomo evidente non certo di un "imbarbarimento" delle professioni sanitarie, quanto appunto della diffusa tendenza a individuare sempre e comunque un capro espiatorio²⁴.

2.2. *La risposta dell'ordinamento: la (non) gestione del rischio e il ruolo del diritto penale*

Il secondo fattore che ha contribuito all'"ipercriminalizzazione" dell'attività di protezione civile è riconducibile al modo in cui l'ordinamento governa le varie situazioni di rischio e gestisce i casi d'insuccesso.

²⁰ È inevitabile in questo caso un cenno alle riflessioni di MARY DOUGLAS, *Risk and Blame*, London, 1992; trad. it. *Rischio e colpa*, Bologna, 1996, pp. 33-34, nonché a U. BECK, *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986; trad. it. *La Società del rischio*, Roma, 2000, p. 98. Più di recente, nella letteratura penalistica italiana, si veda C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1702.

²¹ Cfr. F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004, p. 36 (e gli ulteriori riferimenti ivi contenuti).

²² Così, fra gli altri, F. GABRIELLI, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica"*, cit., p. 7 e G. CANZIO, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 17.

²³ Non a caso, infatti, si è da più parti affermato che vi sarebbe una strettissima connessione fra la scarsa cultura in materia di protezione civile e l'intolleranza all'errore degli operatori di p.c., che sarebbero così gravati di obblighi di protezione pressoché totale. Cfr. F. GABRIELLI, *Ibid.* e G. FORNASARI-G. INSOLERA, *Scienza, rischi naturali, comunicazione del rischio e responsabilità penale. Il punto di vista del penalista*, in A. AMATO-A. CERASE-F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto*, Milano, 2015, p. 9.

²⁴ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 36.

Focalizzando l'attenzione sullo specifico settore in esame²⁵, è necessario evidenziare come in Italia, nonostante una recente inversione di tendenza²⁶, il tema della prevenzione delle calamità abbia sempre riscosso pochissima attenzione. Ciò comporta, con tutta evidenza, come l'onere della gestione degli eventi avversi e della minimizzazione dei danni sia stato posto in capo pressoché integralmente alla Protezione civile, che è stata così investita di compiti e funzioni che esorbitano dalle sue competenze e dalle sue possibilità di intervento.

Tale circostanza ha quindi creato un affidamento senza dubbio eccessivo nei confronti del Sistema, gravandolo di aspettative che ovviamente non possono essere integralmente soddisfatte. Ed è così che – dando piena attuazione alla logica del “capro espiatorio” – al verificarsi di un evento pregiudizievole l'attenzione dei soggetti danneggiati, anziché soffermarsi sulle cause reali, è immediatamente portata a focalizzarsi sull'organizzazione che ne ha tradito la fiducia, chiedendo che venga prontamente individuato e sanzionato un responsabile.

Ecco, però, che quando questa richiesta di giustizia viene a interagire con gli strumenti offerti dal nostro ordinamento giuridico ha luogo quella “miscela esplosiva” che ha dato origine all'esorbitante numero di procedimenti penali in questo ambito. Difatti, è un dato ampiamente acquisito come in questo contesto il ruolo egemone sia svolto dal diritto penale, mentre agli strumenti offerti dal diritto civile e amministrativo è riservato un ruolo estremamente limitato, tant'è che si è efficacemente parlato di «*potenziale inutilizzato*» di queste branche dell'ordinamento²⁷.

²⁵ I limitati spazi che questo scritto consente non permettono di svolgere alcune, pur doverose, considerazioni di carattere più generale circa il modo in cui il nostro legislatore ha storicamente affrontato i “rischi della modernità”. Inevitabile, quindi, il rinvio alle ancora attualissime considerazioni di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim* e F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 20 ss. Più di recente anche G. FORTI, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*. *Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in M. BERTOLINO-G. FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 588.

²⁶ Ci si riferisce, in particolare, alla costituzione, tramite il D.P.C.M. 27 maggio 2014, della *Struttura di missione contro il dissesto idrogeologico e per lo sviluppo delle infrastrutture idriche*, nonché ai vari provvedimenti definiti “*Sblocca Italia*” con cui sono state assegnate le risorse necessarie all'apertura dei cantieri per la messa in sicurezza del territorio. Tuttavia, a oggi, tali iniziative non hanno ancora prodotto risultati concreti. Si veda l'interessante inchiesta di G. SALVAGGIULO, *Il labirinto burocratico ferma le opere contro le alluvioni*, in *La Stampa* del 3 novembre 2015.

²⁷ Anche in questo caso il riferimento obbligato è a F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 100, pp. 481 ss. nonché a F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 41 e a F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, p. 351 (e in particolare nota 22). Per quanto poi la Legge delega n. 67/2014 e i relativi decreti attuativi, prevedano alcune interessanti novità circa l'utilizzo degli strumenti offerti dal diritto civile e amministrativo, essi attengono ad aree del tutto eterogenee rispetto a quella in esame, né hanno una portata tale da mutare le considerazioni che precedono. Per una ricognizione essen-

Concludendo, sul punto, possono così dirsi svelate le ragioni di questo poderoso incremento dei procedimenti nei confronti degli operatori di protezione civile. Si tratta infatti del risultato di due fenomeni distinti, ma strettamente connessi: da un lato l'affannosa ricerca di un colpevole, da parte della collettività, ogniqualvolta si verifichi un qualche evento dannoso; dall'altro l'incapacità dello Stato di attuare una seria politica di prevenzione del rischio, gravando di tale onere esclusivamente la Protezione civile, i cui fallimenti vengono poi severamente sanzionati tramite l'uso del diritto penale.

3. *La valutazione penale dell'attività di protezione civile: il regno dell'incertezza*

Attraverso le considerazioni precedenti si è tentato di fornire una prima descrizione del fenomeno in esame, definendone la portata, le possibili cause e le conseguenze pregiudizievoli che esso comporta. È opportuno, a questo punto, soffermarsi a illustrare le caratteristiche della valutazione penale dell'attività di protezione civile, analizzandole prima da un punto di vista teorico e successivamente da quello della concreta applicazione giudiziale.

In via preliminare, è doveroso osservare come vi sia una caratteristica che accomuna la protezione civile e il diritto penale: l'incertezza. Questa, infatti, connota non solo la delicata attività di valutazione e gestione del rischio, ma permea anche taluni tratti distintivi degli illeciti commessi nelle attività in parola, poiché essi sono essenzialmente di tipo colposo e frequentemente vengono realizzati in forma omisiva impropria. Ecco, allora, che, come osservato da attenta dottrina, una tale combinazione offre all'interprete ben poche certezze, poiché dà luogo alla «*figura della culpa in omissendo, che si caratterizza per il massimo livello di rarefazione naturalistica sia sotto il profilo della tipicità che sotto quello della colpevolezza*»²⁸.

Il tema è senza dubbio fra i più complessi dell'intero diritto penale e tentarne una compiuta disamina in questa sede sarebbe senz'altro impossibile, ragion per cui ci si limiterà a qualche telegrafico accenno.

Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti investiti di una posizione di garanzia, è risaputo come l'orientamento predominante, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, al fine di evitare le conseguenze talvolta paradossali connesse all'utilizzo di criteri esclusivamente *formali*, abbia prescelto la teoria c.d. *sostanzialistico/funzionale*, che attribuisce particolare rilevanza all'effettiva presa in carico,

ziale della Legge delega si veda G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 781 ss.

²⁸ Così F. GIUNTA, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica"*, cit., p. 107.

da parte del garante, del bene tutelato. Tuttavia, anche una simile soluzione presenta degli inconvenienti di non poco conto, poiché l'enfaticizzazione di criteri funzionali comporta un rilevante *vulnus* sotto il profilo del rispetto dei principi di tassatività e determinatezza, non consentendo talvolta ai soggetti titolari di tale posizione di avere effettiva contezza degli obblighi assunti con il proprio comportamento²⁹.

Un simile problema è particolarmente acuito nel settore in esame in quanto, oltre alle difficoltà predette, vi è l'ulteriore complicazione rappresentata da una normativa che offre ben poche certezze, dal momento che l'individuazione del garante è direttamente correlata al tipo di evento da affrontare e spesso questo, almeno nella fase iniziale, non è chiaramente definibile³⁰.

A fronte di una situazione siffatta, certamente non facile da governare, si può senza dubbio affermare come le problematiche connesse alla colpa siano perfino superiori.

Si tratta, anche in questo caso, di rilievi ormai ampiamente acquisiti, al punto che già alcuni classici della dottrina d'oltralpe solevano descrivere gli illeciti colposi come fattispecie "aperte", evidenziandone in tal modo i palesi deficit di determinatezza³¹.

Nel tentativo di conferire maggiore compiutezza a tali reati, si è così fatto riferimento alle regole cautelari – e, con esse, alla figura dell'agente modello – attra-

²⁹ Per ovviare – almeno in parte – a tale problema, si è così auspicato l'utilizzo di un criterio c.d. *misto* che valorizzi sia la fonte formale dell'obbligo di garanzia, sia l'effettiva presa in carico del bene protetto da parte del garante. Per un approfondimento circa le varie teorie citate si vedano F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 620 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato: contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, pp. 384 ss.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in questa *Rivista*, 2012, pp. 641 ss.; R. CALCAGNO, *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra "contatto sociale" e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3559.

³⁰ Il tema è affrontato più diffusamente in C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in *Giust. pen.*, 2013, cc. 406 ss.; ID., *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell'Aquila*, in A. AMATO-A. CERASE-F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 277; G. CANZIO, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 17; P. PICCIALLI, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 57.

³¹ Così già K. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, pp. 34 ss. e H. WELZEL, *Fabrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fabrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, pp. 14 ss. In entrambi i casi i riferimenti sono tratti da M. CAPUTO, *"Agente modello" e responsabilità per colpa in campo sanitario*, cit., p. 10. Nella dottrina italiana G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 136 ss. e, più di recente, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 279 ss.; F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in questa *Rivista*, 2009, p. 149; ID., *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in questa *Rivista*, 2015, p. 585; M. CAPUTO, *Ibid.*

verso le quali sarebbe possibile descrivere quale sia il comportamento doveroso cui l'agente concreto si deve attenere³².

Si è però da più parti osservato – e l'evidenza fattuale, anche nel settore qui esaminato, sembrerebbe darne conferma – come un siffatto tentativo non abbia prodotto gli esiti sperati, tanto che il ricorso alla figura dell'*homo eiusdem* costituisce da tempo oggetto di dibattito ed è esposta a critiche serrate. Difatti, si è affermato che l'impiego dell'agente modello fallirebbe già a partire dal proposito di conferire maggiore certezza agli illeciti colposi, poiché al carattere "aperto" che caratterizza questo tipo di reati si assommerebbero i tratti sfuggenti di una figura eccessivamente elastica, la cui definizione è fondamentalmente rimessa per intero nelle mani del giudice³³. In buona sostanza, tale figura non sarebbe in grado *ex ante* di definire precisamente quale sia la regola cautelare da osservarsi nel caso concreto, essendo un modello astratto, inconoscibile dall'agente reale e che viene a esistere solo in virtù delle proprietà creative giudiziali.

Un secondo, ugualmente suggestivo, motivo di critica alla figura in esame atiene poi all'idea che essa rappresenti uno standard di comportamento talmente elevato da risultare del tutto inarrivabile nella realtà, ragion per cui si è icasticamente sostenuto che «*con il metro dell'agente modello il dovere di diligenza evolve nel dovere di eccellenza*»³⁴. Ciò in quanto, come già evidenziato, la creazione dell'*homo eiusdem* è rimessa al giudice, il quale, a posteriori – sotto l'influenza del "senno di poi"³⁵ e delle aspettative di giustizia delle vittime³⁶ – è sovente posto nelle condizioni di individuare le regole cautelari più disparate, comprese quelle

³² Cfr., per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 165 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Artt. 1-84, Milano, 2004, pp. 457 ss.; D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 154, 175.

³³ In tal senso F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. – La fattispecie*, Padova, 1993, p. 169; ID., *La legalità della colpa*, cit., pp. 164 ss.; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., pp. 580 ss.; V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1240 ss.; A. PERIN, *La crisi del "modello nomologico" fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., pp. 1386 ss.

³⁴ F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., p. 580. Nello stesso senso anche in ID., *La legalità della colpa*, cit., pp. 165 ss.

³⁵ Sono ormai ben noti gli effetti nocivi provocati dal c.d. *hindsight bias*. Limitando i riferimenti alla sola dottrina penalistica, si vedano, fra gli altri, F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 234 ss.; 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 A.A.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, pp. 225 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Intervento al convegno "Protezione civile e responsabilità nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica"*, cit., p. 24.

³⁶ Per un approfondimento circa l'influenza delle aspettative sociali sull'apparato giudiziale, cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp. 77 ss.

che, prima del verificarsi dei fatti, apparivano del tutto inverosimili o la cui applicazione non era ragionevolmente esigibile³⁷.

In definitiva, nonostante gli accorgimenti proposti, sarebbe pur sempre impossibile descrivere integralmente e anticipatamente le fattispecie colpose e i comportamenti diligenti da osservare, circostanza che comporta notevoli difficoltà e, in taluni casi, agevola il rischio di palesi violazioni di principi cardine dell'ordinamento, quali quelli di legalità e di colpevolezza.

4. *La valutazione giudiziale dell'attività di protezione civile: il caso Sarno*

Alla luce delle circostanze di cui si è sin qui dato atto, non sorprende certo come gli esiti cui talvolta perviene la giurisprudenza si pongano in una posizione "eterodossa" rispetto ai principi fondamentali del diritto penale, adottando decisioni scarsamente condivisibili.

Un esempio emblematico, in questo senso, è rappresentato dal c.d. caso *Sarno*³⁸. La pronuncia in esame si riferisce al disastro che il 5 maggio 1998 colpiva il Comune campano, allorquando, a seguito di alcuni giorni di piogge intense, una serie di colate rapide di fango investiva l'abitato, cagionando il crollo di alcune costruzioni e provocando la morte di 137 persone.

A seguito di tali fatti, al sindaco veniva contestato il reato di omicidio colposo plurimo, poiché avrebbe sottovalutato la gravità della situazione che si stava delineando, omettendo altresì di: avvisare tempestivamente la popolazione del pericolo imminente; disporre l'evacuazione delle persone residenti nelle zone a rischio; convocare e insediare il comitato locale per la protezione civile; dare idoneo allarme alla prefettura di Salerno, alla quale anzi, fino a sera inoltrata, erano state fornite informazioni rassicuranti, impedendo in tal modo l'attivazione delle autorità e il corretto svolgimento delle operazioni di soccorso.

Pronunciandosi sul punto, sia il Tribunale che la Corte d'Appello avevano ritenuto che l'evento fosse imprevedibile sulla base delle seguenti considerazioni: la Campania era già stata oggetto in passato di alcuni distacchi "franosi" di fango e detriti senza che però gli stessi avessero mai prodotto danni significativi; tali fenomeni naturali – all'epoca dei fatti – non erano ancora stati approfonditi dalla comunità scientifica, che quindi ne ignorava quasi completamente le caratteristiche e, soprattutto, le potenzialità lesive; le colate del 5 maggio 1998 erano caratterizzate

³⁷ Così, fra gli altri, F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 152; A. VALLINI, *L'art. 3, 1° comma della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2058.

³⁸ Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 82 ss., con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, pp. 101 ss.

da una velocità e una potenza mai verificatesi prima (circostanza determinante nella causazione del crollo degli edifici). Conseguentemente, in virtù dell'impossibilità di muovere un rimprovero per colpa all'imputato, questo era stato assolto.

Una simile impostazione non ha però retto al vaglio della Cassazione, che sullo specifico tema in esame ha enucleato una serie di principi antitetici rispetto a quelli sin qui citati. Più in particolare, la Corte ha stabilito che «*il giudizio di prevedibilità non va infatti compiuto con riferimento a quanto è avvenuto in passato ma a quanto può avvenire in futuro nel senso che involge un giudizio di rappresentabilità di possibili, ulteriori e più gravi eventi dannosi*». E ancora «*il giudizio di prevedibilità andava compiuto tenendo certamente conto dell'esperienza del passato ma senza ignorare l'esistenza di una possibilità di evoluzione del fenomeno e ipotizzando quindi la più distruttiva ipotesi che potesse verificarsi o che il fenomeno disastroso poteva comportare*».

Si tratta di una serie di indicazioni che francamente paiono esorbitare dal perimetro tradizionale della colpa, a favore di un approccio spiccatamente ispirato al principio di precauzione³⁹ e, come tale, quantomeno di dubbia legittimità sul piano penale⁴⁰.

Le criticità connesse alla soluzione adottata dalla Cassazione non sono però finite. Questa, infatti, ritenendo che l'agente modello debba fare riferimento anche alle «*possibilità di aggravamento di un evento dannoso in atto che non possano essere ragionevolmente escluse*» pretende dal soggetto tenuto alla gestione del ri-

³⁹ Così, in modo sostanzialmente concorde, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in www.penalecontemporaneo.it del 21 luglio 2011, pp. 36 ss.; F. GIUNTA, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 71; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, Torino, 2013, p. 136; G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio*, cit., p. 141; R. BRICCHETTI, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: la responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa"*, in corso di stampa. *Contra* A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa*, cit., pp. 101 ss.; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione*, *La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in questa Rivista, p. 411; P. PICCIALLI, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 62.

⁴⁰ Fra gli autori che escludono la rilevanza del principio di precauzione in ambito penale si vedano, seppur con alcune differenze, C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., p. 1684; ID., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in M. DONINI-M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, pp. 345 ss.; F. GIUNTA, voce *Principio di precauzione*, in ID. (a cura di), *Dizionario di Diritto penale*, Milano, 2008, pp. 912 ss.; V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit., pp. 1278 ss.; F. CONSORTE, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., pp. 95 ss. *Contra* C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, pp. 1743 ss. Su una posizione più sfumata D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., pp. 651 ss., il quale sembra ammettere uno spazio d'azione al principio di precauzione nei casi di colpa specifica.

schio una cautela estrema e basata su un parametro del tutto indefinito, che lascia aperti degli spazi enormi a ipotesi di responsabilità oggettiva⁴¹. Difatti, com'è possibile, in una prospettiva rigorosamente *ex ante*, definire quale sia la massima magnitudo raggiungibile da un evento dannoso? Semplicemente non si può, perché resta è pur sempre possibile che... “*la realtà superi la fantasia*”.

A questo punto non resta che prendere atto del fatto che la soluzione prospettata dalla Corte non lascia alcuna alternativa all'agente: egli sarà sempre tenuto a emanare il massimo livello di allerta, poiché ogni altra soluzione lo esporrebbe alla possibilità di dover rispondere penalmente per non aver saputo prevedere l'evento. Non v'è chi non veda, però, come, calata nella pratica, la soluzione in parola sia del tutto disfunzionale, quando non semplicemente illusoria. Infatti, a tacer d'altro, si deve quantomeno osservare come un *modus operandi* di questo tipo finirebbe in breve tempo con il dare luogo a un risultato opposto rispetto a quello voluto. Ciò in quanto, come ampiamente dimostrato dagli studi condotti sul punto – e come d'altronde è suggerito anche dal senso comune – l'emanazione indiscriminata di messaggi d'allerta, spesso rivelatisi infondati, comporta una repentina perdita di credibilità connessa alla c.d. sindrome da “*al lupo al lupo!*”, ragion per cui le allerte future avranno un'efficacia e un seguito sempre minore⁴².

4.1. (segue...): il caso Grandi Rischi

Un'altra vicenda sulla quale è inevitabile soffermarsi è quella relativa al procedimento instaurato contro gli esperti riunitisi a L'Aquila pochi giorni prima del devastante terremoto del 6 aprile 2009 (c.d. processo *Grandi rischi*).

In particolare, ciò che qui interessa sono le conclusioni e i principi stabiliti nella sentenza di condanna pronunciata in primo grado⁴³.

⁴¹ Si noti come in questo caso la fattispecie illecita raggiunga un grado di massima “sfuggevolezza”, in cui il comportamento illecito è praticamente impossibile da definirsi *ex ante*. Così già F. GIUNTA, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica”*, cit., p. 107; G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, cit., pp. 141 ss.; C. VALBONESI, *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell'Aquila*, cit., p. 274.

⁴² Cfr., fra gli altri, S. BREZNITZ, *Cry Wolf: The Psychology of False Alarms*, cit., *passim*; J. LEClerc-S. JOSLYN, *The cry wolf effect and weather-related decision making*, in *Risk Anal.*, 2015, pp. 385 ss. Con specifico riferimento al tema in esame anche U. LEONE, *La sicurezza fa chiasso. Ambiente, rischio e qualità della vita*, Napoli, 2004, p. 55.

⁴³ Tribunale dell'Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, in www.penalecontemporaneo.it, con note di A. PAGLIARO, *Bozze di osservazioni sulla sentenza “grandi rischi”*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1818 ss.; D. NOTARO, “*A ciascuno il suo*”: nesso di causalità (e colpa) in materia penale fra scienza, ragione ed emozione, in *Corr. mer.*, 2013, pp. 531 ss.; C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, cit., cc. 403 ss.; I. SALVEMME, *Il nesso e-*

In estrema sintesi, agli imputati è stato contestato il reato di omicidio colposo plurimo perché, attraverso una carente analisi del rischio, nonché una scorretta attività di informazione, avrebbero indebitamente rassicurato la popolazione aquilana, in questo modo inducendo una parte di essa a dismettere i consueti comportamenti di risposta al sisma – consistenti nell’uscire in strada e nel rimanere alcune ore all’aperto – e facendo così in modo che questi soggetti, nonostante le due scosse “premonitrici” della sera del 5 aprile, rimanessero in casa, dove trovavano poi la morte a causa dei crolli provocati dal violento terremoto delle ore 3.32⁴⁴.

L’impostazione accusatoria è stata pressoché integralmente condivisa da parte del Tribunale, attraverso una articolata sentenza che involge diversi temi di importanza cruciale all’interno della teoria generale del reato. Le peculiarità di questo scritto non consentono una disamina dettagliata di tale pronuncia, ragion per cui ci si soffermerà in questa sede solamente sulle statuizioni in tema di colpa, ossia su quella parte di sentenza che più palesemente sembra discostarsi dagli assunti consolidati in questa materia.

In via preliminare occorre rilevare come agli imputati siano stati mossi addebiti sia per colpa specifica, che generica. Per quanto concerne il primo punto è però sufficiente procedere alla lettura delle disposizioni asseritamente violate⁴⁵ per avvedersi di come le stesse abbiano caratteristiche affatto diverse rispetto a quelle proprie delle regole cautelari e che, pertanto, siano inidonee a fondare un addebito per colpa specifica. Il complesso quadro normativo indicato, infatti, disciplina i compiti cui è tenuta la Protezione civile in generale e la Commissione Grandi Rischi in particolare, nonché le finalità che ne orientano l’azione. Gli articoli in parola, in buona sostanza, delineano i *doveri* gravanti su tali apparati e, pertanto, possono senz’altro essere utilizzati per sostenere l’esistenza di una posizione di garanzia in capo ai soggetti coinvolti in tali attività. Tutt’altra questione, invece, è la possibilità di costruire su di esse un rimprovero per colpa specifica⁴⁶. Difatti, è un dato che può darsi ormai sostanzialmente per acquisito come una norma, per

ziologico nella previsione del rischio. Un esempio di causalità in una condizione suffragata da una legge statistica avente un basso coefficiente di copertura, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 2812 ss.; A. GALLUCCIO, *Terremoto dell’Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza “Grandi Rischi”*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2014, pp. 190 ss.

⁴⁴ Per una compiuta disamina degli addebiti mossi agli imputati si veda A. GALLUCCIO, *Terremoto dell’Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza “Grandi Rischi”*, cit., pp. 193-194.

⁴⁵ Si vedano, per l’attività di valutazione del rischio, gli artt. 2, 3 e 9 L. n. 225/1992; artt. 5 e 7 *bis* L. n. 401/2001; art. 4 L. n. 21/2006; art. 3 D.P.C.M. n. 23582/2006; nonché, per quanto concerne gli aspetti informativi, la L. n. 150/2000.

⁴⁶ Così già G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, cit., p. 52; C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L’Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, cit., c. 406; ID., *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell’Aquila*, cit., pp. 273 ss.

poter essere definita cautelare, debba avere natura modale, ossia deve prescrivere le cautele da adottare al fine di evitare, o quantomeno ridurre, il rischio di verificazione di un determinato evento lesivo⁴⁷. Nessuna delle norme citate, però, è volta a delineare chiaramente delle modalità di comportamento idonee a raggiungere l'obiettivo predetto, imponendo invece delle attività del tutto generiche (es. la previsione e prevenzione) e quindi inadatte a orientare nella pratica il comportamento dell'agente. Pertanto, la scelta del giudice aquilano di fondare su tali disposizioni un addebito per colpa specifica non appare condivisibile.

Per quanto concerne poi i profili di colpa generica, nella sentenza si stabilisce che «il giudizio di prevedibilità/evitabilità, su cui si basa la responsabilità per colpa contestata nel capo di imputazione non andava calibrato sul terremoto quale evento naturale, bensì sul rischio quale giudizio di valore». Detto altrimenti, l'evento oggetto di prevedibilità non andrebbe quindi inteso e descritto quale “terremoto *hic et nunc*” verificatosi, bensì quale “rischio di evento” lesivo per la vita e la salute dei cittadini.

Ebbene, è ampiamente risaputo come a partire dalla metà degli anni '70 del secolo scorso si sia diffuso – soprattutto in quella giurisprudenza che più ha approfondito il tema delle malattie professionali – un orientamento che tende a espandere significativamente l'ambito della colpa⁴⁸. Difatti, superata l'idea di ancorare il giudizio di prevedibilità allo specifico evento *hic et nunc* verificatosi⁴⁹, si è frequentemente ritenuta sufficiente la possibilità di prefigurarsi intere categorie di eventi, quando non addirittura di generiche “*situazioni di danno*”⁵⁰, per arrivare poi da ul-

⁴⁷ Cfr., fra gli altri, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 233 ss.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86; G. FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, II, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, pp. 947 ss.; D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 178 ss.; G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, cit., pp. 52, 86; C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, cit., c. 405; ID., *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell'Aquila*, cit., pp. 273 ss.

⁴⁸ Per un approfondimento storico del tema v., per tutti G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 530 ss.; G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 11.

⁴⁹ Invero un requisito così specifico non ha mai goduto di particolare consenso, rimanendo una concezione piuttosto isolata, tanto in dottrina, quanto soprattutto in giurisprudenza. Fra le rare applicazioni giurisprudenziali di un simile criterio v. Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 789; Corte d'Appello di Torino, 18 ottobre 1996, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 711 ss., con nota di L. FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: “passi avanti” della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, pp. 719 ss.

⁵⁰ Per limitarsi ai casi più celebri, v. Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 2754 ss.; Cass. pen., sez. IV, 14 gennaio 2003, *Macola*, in *Foro it.*, 2003, pp. 324 ss.; Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, in *Foro it.*, 2007, pp. 550 ss.

timo, tramite il già citato caso *Sarno*, a un ulteriore “strappo”, stabilendo come l’agente sia tenuto a prevedere anche le “*peggiori conseguenze verificabili*”⁵¹.

Una tale concezione, volta evidentemente a incrementare notevolmente l’area di ciò che è prevedibile – e quindi dei comportamenti penalmente rilevanti – presenta già di per sé dei forti elementi di attrito con i principi di tassatività e determinatezza, come parte della dottrina non ha mancato di rilevare⁵².

La sentenza qui in esame, però, ha perfino sorpassato tale soglia, poiché se il limite in precedenza rimaneva pur sempre ancorato alla prevedibilità dell’*evento* (per quanto ormai “slabbrato” e difficilmente definibile), nel caso in parola si assiste addirittura a un passaggio ulteriore, in cui ciò che conta è semplicemente la rappresentabilità di un imprecisato *rischio di evento*.

Ecco che, allora, sembrano davvero cogliere nel segno quelle opinioni secondo cui una simile impostazione si porrebbe definitivamente al di fuori dall’alveo della colpa “tradizionale”, dando luogo invece a un nuovo diritto penale “del rischio”⁵³.

Per quanto i principi stabiliti nella sentenza in esame siano stati disattesi nei successivi gradi di giudizio⁵⁴, non vanno tuttavia sottovalutate le ripercussioni che tale pronuncia ha avuto sull’ordinario esercizio dell’attività di protezione civile e sulla diffusione di comportamenti difensivi fra gli operatori⁵⁵.

5. Criticità attuali

Alla luce delle considerazioni precedenti, è ora possibile delineare in modo più puntuale quali sono gli elementi che hanno contribuito al diffondersi di un penetrante – se non in alcuni casi eccessivo – utilizzo dello strumento penale in relazione alle attività di protezione civile e che hanno quindi comportato la diffu-

⁵¹ Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit.

⁵² Così, fra gli altri, C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., p. 1692; R. BARTOLI, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 572 (nota 62); G. CIVELLO, *op. cit.*, p. 133.

⁵³ Proprio su questo rilievo G. CIVELLO, *op. cit.*, p. 195 ha sostenuto l’affermarsi in ambito penale di un nuovo tipo di colpa, definita “eventuale”.

⁵⁴ Corte d’Appello dell’Aquila, 6 febbraio 2015, n. 3317, in *www.penalecontemporaneo.it*. Quando questo lavoro era già stato ultimato sono state depositate anche le motivazioni della sentenza di Cassazione, che ha integralmente confermato il giudizio d’appello, cfr. Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478.

⁵⁵ È emblematico, in tal senso, quanto avvenuto il 31 gennaio 2013 in Garfagnana quando, in presenza di uno sciame sismico, la popolazione veniva fatta evacuare, senza alcun fondato motivo, in virtù di un semplice *tweet* lanciato da uno dei Comuni interessati dal fenomeno. Le cronache dell’epoca hanno diffusamente riportato l’episodio. Si veda, a mero titolo d’esempio, S. SPERANDIO, *Sisma, in Garfagnana il sindaco allerta popolazione con megafono e twitter*, in *Il Sole 24ore* del 31 gennaio 2013 (edizione *online*).

sione di comportamenti difensivi in questo settore. Si tratta di una molteplicità di fattori, riconducibili a una pluralità di cause eterogenee, di cui si tenterà qui una esposizione essenziale.

a) Innanzitutto è doveroso ricordare che ancora oggi, in Italia, il tema della prevenzione delle calamità è scarsamente avvertito. Da ciò consegue come, in assenza di una seria politica di prevenzione strutturale, tale onere sia posto interamente in capo alla Protezione civile, senza però che a tale organizzazione siano stati affidati dei poteri realmente efficaci in tal senso.

In un contesto simile, appare evidente come, di fronte all'immane verificarsi delle calamità che ciclicamente colpiscono il Paese, la responsabilità venga intuitivamente addossata proprio alla Protezione civile.

b) L'attività di protezione civile presenta numerosi elementi di complessità: è inserita in un sistema articolato, che prevede numerosi soggetti coinvolti in attività eterogenee; è disciplinata da un coacervo di norme, in cui numerosi provvedimenti si sono susseguiti in un breve arco di tempo senza che il legislatore abbia provveduto a una reale risistemazione della materia; ha a che fare con un contesto di peculiare incertezza scientifica, in cui un certo margine di errore è inevitabile⁵⁶.

Ciò posto, e considerato il ruolo preponderante attribuito al diritto penale nel nostro ordinamento, è facilmente intuibile come, nei casi in cui si verifichi un evento avverso, la risposta consueta consista sostanzialmente nell'ignorare il complesso contesto in cui si sono verificati i fatti, focalizzandosi invece unicamente sul soggetto più prossimo all'evento lesivo, e facendo così ricorso a un approccio all'errore di tipo eminentemente accusatorio⁵⁷. Detto in altri termini, la reazione abituale a una qualsiasi situazione pregiudizievole consiste nell'instaurazione di un procedimento penale, al fine di verificare eventuali profili di responsabilità in capo al singolo.

È evidente, però, come un atteggiamento siffatto sia fortemente deleterio non solo per il soggetto accusato, chiamato a rispondere per fatti che trascendono la propria responsabilità, ma anche per l'intero sistema. Difatti, il ricorso a un ap-

⁵⁶ Così, per tutti, G. CANZIO, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: chi valuta, chi decide, chi giudica"*, cit., p. 13; M. ALTAMURA-L. FERRARIS, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: la responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa"*, in corso di stampa.

⁵⁷ Una simile distorsione è in parte connaturata alla natura stessa del processo penale, che è strutturalmente rivolto all'accertamento della responsabilità di un singolo. Cfr. F. GIUNTA, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 74; B. SPRICIGO, *Un approccio "responsivo" per le ipotesi di illecito colposo in ambito medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 112. *Contra* A. PASTORE, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 41.

proccio accusatorio sprona gli agenti a nascondere gli errori, così sottraendo al sistema una fondamentale occasione di apprendimento e sviluppo⁵⁸.

c) Occorre poi considerare come la corposa – e poco coordinata – normativa in materia di protezione civile, nonché talune deliberate scelte legislative, quali la creazione di un Sistema “*policentrico a carattere diffuso*”, rilevino anche sotto un altro profilo, ossia la corretta individuazione dei soggetti gravati da posizioni di garanzia.

Questa peculiarità, però, oltre a dare luogo a rilevanti difficoltà nella corretta attribuzione di responsabilità *post* evento, comporta anche una deleteria incertezza in capo agli operatori coinvolti nella gestione del rischio, ai quali non consente di avere piena contezza dei doveri e delle responsabilità cui vanno incontro⁵⁹.

d) Uno dei temi più delicati attiene poi all’interpretazione giudiziale della colpa. Sembrerebbe infatti trovare conferma, anche in questo campo, quella diffusa tendenza all’adozione di criteri di giudizio improntati a un esasperato rigore, che raramente lascia scampo al soggetto tenuto alla gestione del rischio. Più in particolare, si assiste alla pretesa di capacità previsionali del tutto eccezionali⁶⁰ e al sostanziale annullamento giudiziale dell’area di rischio consentito⁶¹.

Si deve però rilevare come l’imposizione di uno standard siffatto, oltre a costituire uno stimolo fortissimo all’adozione di comportamenti di tipo difensivo⁶², presenti dei costi sociali insostenibili. Com’è stato infatti efficacemente dimostrato in un recente studio, qualora venissero pedissequamente adottati i criteri detta-

⁵⁸ Per tutti F. D’ALESSANDRO, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio: chi valuta, chi decide, chi giudica”*, cit., pp. 20 ss.

⁵⁹ Cfr. M. MINECCIA, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio: chi valuta, chi decide, chi giudica”*, cit., p. 48; F. GABRIELLI, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità”*, cit., p. 10; A. PASTORE, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio: procedure, garanzie, responsabilità”*, cit., pp. 36 ss.; P. CACCIALANZA, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità”*, cit., p. 46.

⁶⁰ Per tutti, C. PIERGALLINI, “Civile” e “penale” a perenne confronto: l’appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1328; C. BACCAREDDA BOY, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità”*, cit., p. 53.

⁶¹ Cfr. P. PICCIALLI, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio: procedure, garanzie, responsabilità”*, cit., pp. 57 ss.

⁶² Valga qui, per tutti, quanto affermato da F. D’ALESSANDRO, *Intervento al convegno “Protezione civile e responsabilità nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica”*, cit., p. 25 secondo cui «la tutela della collettività potrebbe [...] diventare – in ragione dell’impatto psicologico di una prassi giurisprudenziale percepita come troppo rigorosa – un obiettivo che per l’operatore di protezione civile finisce col collocarsi in posizione subordinata rispetto a quello della minimizzazione del rischio di coinvolgimento personale in un procedimento giudiziario penale o civile».

ti dalla sentenza *Sarno*, le allerte di grado più elevato passerebbero – per ciascuna Regione – da una media di 3-5 all’anno a 100 per anno...!⁶³

6. Prospettive di riforma

A fronte di una situazione siffatta, è immediatamente intuibile l’importanza di una serie di interventi volti a risolvere le numerose problematiche oggi esistenti. In caso contrario, sarà prevedibile attendersi un’ulteriore diffusione di comportamenti difensivi, con il rischio di compromettere irrimediabilmente la stessa utilità del *Servizio nazionale della protezione civile*.

Come si è già anticipato, il legislatore sembra finalmente aver preso consapevolezza di tale situazione, provvedendo, prima, a una serie di interventi settoriali⁶⁴ e, da ultimo, presentando una proposta di legge delega volta a una complessiva revisione e riorganizzazione della normativa in materia di protezione civile⁶⁵.

È opportuno a questo punto premettere come l’obiettivo primario che il legislatore si è proposto, attraverso quest’ultimo provvedimento, è stato quello di un generale riordino della Protezione civile e non già uno specifico intervento mirato a una ripermetrazione legislativa dell’area di responsabilità penale. Ciò posto, il testo in parola sembrerebbe comunque offrire l’occasione di intervenire in modo auspicabilmente risolutivo anche su quelle criticità cui si è in precedenza fatto cenno.

Svolte queste premesse, è ora possibile procedere a una disamina più puntuale degli elementi da valorizzare, nonché di quelli che meriterebbero un ulteriore riflessione da parte del legislatore.

In primo luogo, dev’essere senz’altro valutata favorevolmente l’indicazione contenuta nell’art. 1, comma 2, lett. c), ove prevede un maggior raccordo fra l’attività di protezione civile e il governo del territorio. È d’altronde un dato ormai universalmente riconosciuto come il miglior modo per minimizzare l’impatto delle calamità – sia in termini di pubblica incolumità, sia sotto il profilo meramente economico – consista in un’accurata prevenzione strutturale. Ciò, nel nostro Paese – e con particolare riferimento ai rischi di tipo idro-meteorologico – significa soprattutto una migliore gestione del suolo e della definizione delle aree edificabili. Coinvolgere quindi la Protezione civile anche in questa fase, eviden-

⁶³ I dati sono tratti da M. ALTAMURA-L. FERRARIS, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio: la responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa”*, in corso di stampa.

⁶⁴ Si tratta del già citato D.P.C.M. 27 maggio 2014 e dei cc.dd. decreti “*Sblocca Italia*”.

⁶⁵ Cfr. la proposta di legge delega C.2607 approvata dalla Camera in data 23 settembre 2015 e attualmente al vaglio del Senato.

ziando così l'importanza dell'attività di mitigazione del rischio in tempo di "pace", costituisce quindi un importante passo avanti, che potrà sicuramente produrre dei significativi vantaggi, per quanto su un periodo medio-lungo e purché i poteri assegnati al *Servizio* siano realmente in grado di influire sui processi decisionali.

Un'altra indicazione contenuta nella proposta di legge delega, foriera di rilevanti ricadute positive, è poi quella prevista dall'art. 1, comma 2, lett. *f*), che impone una generale risistemazione della caotica normativa di settore. Si tratta di un'esigenza avvertita da tempo, in virtù del fatto che il profluvio di interventi normativi susseguitisi negli anni ha prodotto un quadro legislativo connotato da forte incertezza⁶⁶.

Una situazione siffatta, coniugata alle peculiari caratteristiche del sistema delineato dalla Legge n. 225/1992, ha comportato non pochi problemi nell'esatta definizione dei compiti e ruoli dei molteplici soggetti coinvolti nel *Servizio nazionale della protezione civile*, cui sono conseguite le già accennate difficoltà di coordinamento fra i diversi operatori tenuti alla gestione del rischio e di chiara individuazione dei soggetti investiti da posizioni di garanzia.

È evidente, allora, come un'accurata opera di ricognizione e risistemazione della normativa vigente, che elimini le disposizioni contraddittorie e, soprattutto, definisca più chiaramente i compiti di ciascuno, avrebbe un effetto positivo sia dal punto di vista più direttamente operativo, sia sotto il profilo penale.

Infine, l'ultima disposizione presa in esame è quella più "oscura", ma che – anche per questo – consente le maggiori opportunità di intervento, ossia l'art. 1, comma 1, lett. *n*), in materia di «*definizione del ruolo e delle responsabilità del sistema di protezione civile e degli operatori del sistema* [...]».

Una formulazione così generica, infatti, si espone a una miriade di possibili interpretazioni, offrendo una sorta di delega in bianco – di dubbia legittimità costituzionale – al legislatore delegato.

Ciò premesso, è comunque evidente come un'indicazione siffatta offra la possibilità di affrontare – e auspicabilmente ridurre significativamente – il delicato problema dell'adozione di comportamenti difensivi da parte degli operatori di protezione civile, consentendo altresì al Sistema di superare quei significativi effetti negativi che l'adozione di un simile atteggiamento ha prodotto.

Per raggiungere un obiettivo così importante, il primo passo dovrebbe consistere in un mutamento del paradigma di risposta agli errori. È noto, infatti, come allo stato sia invalso un approccio squisitamente accusatorio, tipico della *blame*

⁶⁶ Così, per tutti, F. GABRIELLI, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 10; A. PASTORE, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., pp. 36 ss.

culture, in virtù del quale ogni evento avverso viene ricondotto alle carenze di un singolo, unico soggetto ritenuto responsabile di quanto avvenuto⁶⁷. Com'è stato però dimostrato dai più recenti studi in materia, una concezione di questo tipo non solo è fallace – dal momento che non coglie le vere cause all'origine dell'errore –, ma è altresì deleteria, perché ostacola l'attività di *incident reporting* da parte degli operatori, così non consentendo al sistema alcun miglioramento degli standard comportamentali e lasciando del tutto inalterato il potenziale di rischio⁶⁸. In presenza di queste condizioni, però, è solo una questione di tempo prima che si verifichi un nuovo fallimento del sistema e, con esso, un nuovo evento lesivo⁶⁹.

Per interrompere questo circolo vizioso è perciò necessario un radicale mutamento di paradigma, come d'altronde sembra lasciar supporre lo stesso art. 1, comma 1, lett. n) della *Proposta*, ove si fa significativamente riferimento alla «*responsabilità del sistema*». Sarebbe quindi necessario un diverso tipo d'approccio che, specularmente a quanto avviene attualmente, non si focalizzi più sulle supposte mancanze del singolo, bensì “allarghi lo sguardo” al contesto in cui questi lavora, al fine di individuare tutti quegli elementi che possono indurre gli operatori ad adottare decisioni errate⁷⁰. Per raggiungere tale obiettivo, è necessario introdurre un dovere di comunicazione degli errori, prevedendo al contempo dei meccanismi di protezione dei dichiaranti, che sterilizzino la possibilità di utilizzare contro di essi, in qualsiasi sede, tali segnalazioni⁷¹. Si tratta, d'altra parte, di una

⁶⁷ Il risultato non sorprende affatto, essendo null'altro che la trasposizione nel settore in esame di un atteggiamento ormai ampiamente diffuso e radicato. Si veda, per esempio, quanto affermato circa l'accertamento degli errori in ambito sanitario da G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., p. 21. Più in generale, sul tema v. anche M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, cit., pp. 151 ss.

⁶⁸ Per una panoramica essenziale degli studi che evidenziano lo stretto legame fra analisi degli errori e miglioramento dei sistemi complessi, v. M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, cit., *passim*; G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, p. 40; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 950.

⁶⁹ Cfr. M. CATINO, *L'errore in medicina*, in *Consumatori diritti e mercato*, 2006, pp. 71 ss.; ID., *Oltre l'errore umano. Per una teoria organizzativa degli incidenti nelle organizzazioni*, cit., pp. 110 ss. (spec. p. 112); G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, pp. 21 ss.

⁷⁰ Il riferimento, evidente, è al c.d. *approccio sistemico all'errore*, inizialmente proposto da J. REASON, *Human error: models and management*, *BMJ*, 2000, p. 768. Per un recepimento nel nostro Paese di tale teoria v. M. CATINO, *Da Chernobyl a Linate: Incidenti tecnologici o errori organizzativi?*, Milano, 2006, *passim*; ID., *Oltre l'errore umano. Per una teoria organizzativa degli incidenti nelle organizzazioni*, in *Giorn. it. nefr.*, 2009, pp. 110 ss.

⁷¹ L'idea era già stata presentata nell'articolato avanzato da G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, ove all'art. 34 si proponeva

soluzione già adottata in un altro settore coinvolto nella gestione del rischio, ossia l'aviazione civile, in cui lo studio della responsabilità degli operatori ha raggiunto un grado di maturità particolarmente significativo. In questo caso, infatti, il Regolamento UE n. 376/2014 – entrato in vigore in Italia a partire dal 15 novembre 2015 –, alla luce dell'importanza fondamentale rivestita dalla capacità di apprendere dagli errori, ha previsto un accurato sistema di segnalazione di tutte le situazioni che possano comportare un rischio per la sicurezza, prevedendo al contempo delle penetranti forme di tutela per gli informatori⁷².

Sia chiaro, il meccanismo di immunità dei dichiaranti qui proposto va inteso con ragionevolezza, così come d'altronde avviene nel settore aeronautico. Pertanto, una totale immunità si dovrebbe avere nei casi di c.d. *near misses*, ossia quando la condotta dell'agente – pur caratterizzata da un comportamento scorretto – non sia sfociata nella produzione di un evento lesivo⁷³. Sicuramente più delicata è invece l'ipotesi in cui un danno si sia effettivamente realizzato.

Per rispondere al quesito relativo alle condizioni in virtù delle quali un operatore di protezione civile può essere chiamato a rispondere in sede penale – anche a prescindere da una sua attività di segnalazione – sono opportune alcune precisazioni.

In via preliminare, si deve ricordare come l'attività in parola – soprattutto per quanto concerne la previsione e gestione del rischio – sia caratterizzata da un alto grado di complessità, cui si associa un'ineliminabile componente di incertezza scientifica. Si tratta di peculiarità di cui l'ordinamento già tiene conto, essendo pianamente riconducibili al disposto di cui all'art. 2236 c.c. Ebbene, senza che sia qui necessario ripercorrere le alterne “fortune” che tale articolo ha vissuto in ambito penale⁷⁴, da questa norma si può comunque ricavare un'univoca indicazione

l'istituzione di *Unità di gestione del rischio clinico*, i cui membri erano esclusi da qualsiasi obbligo di denuncia e tenuti al segreto su quanto appreso nella loro attività. Sul tema cfr. altresì F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., p. 950; P. SIRENA, *Intervento al convegno “La Protezione civile nella società del rischio: la responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa”*, in corso di stampa.

⁷² Si veda in particolare quanto previsto dall'art. 16 reg. cit.

⁷³ Il rischio di una generalizzata esenzione da responsabilità in virtù della semplice “autodenuncia” potrebbe infatti comportare un significativo decadimento nei livelli di attenzione degli operatori. Sulla c.d. *no blame culture* e le conseguenze negative connesse v. M. CATINO-S. ARBOLINO, *Colpa ed errore. Logiche d'analisi in aeronautica e in medicina*, in *Stud. org.*, 2008, pp. 117 ss.; G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, p. 40.

⁷⁴ Una ricostruzione particolarmente accurata della giurisprudenza in materia è stata svolta nella sentenza *Cantore* (Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 2984 ss.). Impossibile rievocare i numerosi contributi dottrinali dedicati all'argomento. Si vedano solo A. CRESPI, *La colpa grave nell'esercizio dell'attività chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 255 ss. e, più di recente, G. IADECOLA, voce *Colpa professionale (dir. pen.)*, in AA.VV., *Dizionario di diritto*

verso l'esigenza di una particolare attenzione legislativa e giudiziale nei confronti di attività caratterizzate da particolari difficoltà⁷⁵.

In aggiunta, occorre avere ben presenti le caratteristiche che connotano il lavoro degli operatori di protezione civile. Questi, infatti, sono tenuti ad affrontare un rischio che non hanno contribuito a creare e, per quanto complicato possa essere tale compito, non possono esimersi dall'agire⁷⁶.

Ciò premesso, al fine di ridurre la diffusione di comportamenti difensivi e di favorire il miglior funzionamento del *Servizio nazionale della protezione civile*, è auspicabile che il legislatore intervenga per limitare le ipotesi di responsabilità penale in questa materia⁷⁷.

Certo, si tratta di un passaggio delicato e che merita un'attenzione particolare, anche per non ripetere talune scelte infelici che hanno contraddistinto la redazione del c.d. *decreto Balduzzi*.

In primo luogo, allora, vista l'estrema genericità che caratterizza l'attuale formulazione della *Proposta*, in cui si fa unicamente riferimento alla «responsabilità degli operatori», sarebbe necessario che il Parlamento provvedesse a riformulare il testo della disposizione con un maggior grado di dettaglio. In caso contrario, come si è già rilevato, qualora il legislatore delegato decidesse di agire comunque, il testo finale si esporrebbe al concreto pericolo di venire poi censurato dalla Corte Costituzionale per eccesso di delega.

Per quanto concerne poi il merito della proposta, andrebbe evitato il riferimento alla colpa *lieve*, preferendo invece il più sperimentato concetto di colpa *grave*, cui andrebbero limitati i casi di responsabilità (oltre, ovviamente, alle ipotesi dolose)⁷⁸.

pubblico, cit., pp. 961 ss. e M. CAPUTO, "Agente modello" e responsabilità per colpa in campo sanitario, cit., pp. 116-117 (anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici).

⁷⁵ In tal senso già autorevolmente Cort. Cost. 28 novembre 1973, n. 166.

⁷⁶ Così, per tutti, F. GIUNTA, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica"*, cit., p. 107.; ID., *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: la responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa"*, in corso di stampa.

⁷⁷ Un intervento siffatto darebbe inoltre concreta applicazione ai criteri dettati dalla *just culture* – da ultimo recepiti anche nel Regolamento UE n. 376/2014 – secondo cui gli operatori non vengono puniti per le azioni o decisioni adottate sulla base della loro esperienza e formazione, salvo in caso di comportamenti dolosi o di azioni caratterizzate da un rilevante scostamento rispetto agli standard di diligenza. Sul tema v. anche G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, pp. 41-42.

⁷⁸ Significativo come la scelta operata nel *decreto Balduzzi* che, come noto, fa riferimento al concetto di colpa *lieve*, sia stata criticata in modo pressoché unanime non solo dalla dottrina, ma anche da un gran parte della giurisprudenza. Cfr. L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 195 ss. Una costruttiva critica a tale scelta è stata altresì operata nella citata sentenza *Cantore*.

Sarebbe poi necessario provvedere alla redazione di una definizione normativa del concetto di *colpa grave*⁷⁹, al fine di evitare di lasciarne l'interpretazione al sostanziale arbitrio giudiziale, così vanificando le esigenze che hanno portato a tale intervento⁸⁰.

Un ulteriore contributo alla delimitazione della colpa potrebbe venire altresì da una maggiore valorizzazione, anche in questo settore, del ruolo dei protocolli e delle linee guida. Ciò non significa, ovviamente, l'appiattimento degli operatori su una qualsiasi regola di comportamento scritta, bensì la codificazione delle migliori acquisizioni in questo ambito, valorizzando e rendendo più facilmente accessibili agli operatori le *best practices* in materia. Una particolare attenzione andrebbe peraltro dedicata al soggetto tenuto a validare queste procedure, al fine di evitare possibili situazioni di conflitti d'interesse. Del pari, occorrerà evitare che il ricorso ai protocolli e alle linee guida venga poi utilizzato in modo improprio, trasformando tali fondamentali presidi in un ulteriore strumento al servizio dell'adozione di comportamenti difensivi⁸¹.

Qualora queste indicazioni fossero rispettate, sarebbe altresì possibile respingere quell'obiezione che viene usualmente mossa ogniqualvolta si ipotizza la limitazione della responsabilità per una determinata categoria di soggetti, invocando il rispetto del principio di uguaglianza⁸². L'art. 3 Cost., infatti, non impone affatto

⁷⁹ Non ci si intende cimentare, in questa sede, in un compito così arduo e che da tempo impegna illustri autori. Tuttavia, per una ragionata definizione di un simile criterio, sia consentito rinviare alla proposta presentata dal Centro Studi Federico Stella e oggi contenuta in G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, e in particolare alla definizione data dall'art. 590 *ter*, comma 2, secondo cui «[...]la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante delle regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento».

⁸⁰ Una posizione scettica circa la possibilità di fornire una definizione realmente vincolante era già rinvenibile in M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 331. Più di recente anche F. GIUNTA, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 72; C. BACCAREDDA BOY, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 54.

⁸¹ Il tema è stato efficacemente affrontato in M. CAPUTO, "*Filo d'Arianna*" o "*flauto magico*"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa*, cit., pp. 875 ss. Per una disamina circa il possibile uso "distorto" delle linee guida a seguito dell'introduzione del *decreto Balduzzi* si vedano G. ROTOLO, *Giudelines e leges artis in ambito medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pp. 277 ss.; A. PROVERA, '*Residuo di colpa*' nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee-guida, cit., pp. 1419 ss.

⁸² Era proprio questo uno dei profili che aveva spinto il Tribunale di Milano a sollevare una questione di legittimità costituzionale nei confronti del *decreto Balduzzi*. A causa di un vizio nell'ordinanza di rimessione, la Corte non è però entrata nel merito della questione. Cfr. sul tema M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte Costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it del 29 marzo 2013 e, per quanto concerne l'ordinanza della Corte, G.L. GATTA, *Colpa medica e linee-*

l'indiscriminata equiparazione di tutti i soggetti e di tutte le situazioni, ma consente invece l'adozione di soluzioni differenti per ipotesi che siano effettivamente diverse⁸³. Pertanto, alla luce di quelle peculiari caratteristiche di complessità e utilità sociale che connotano l'operato della Protezione civile, si può fondatamente ritenere come l'introduzione di una normativa di favore, in questo settore, non comporterebbe problemi di costituzionalità sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza.

guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano, in www.penalecontemporaneo.it del 9 dicembre 2013.

⁸³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza sostanziale*, in N. OCCHIOLOPO (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, pp. 103 ss. Con riferimento allo specifico tema in esame v. anche F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., p. 950; ID., *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: la responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa"*, in corso di stampa.

COSTANZA BERNASCONI

IL MODELLO DELLA TIPICITÀ UMBRATILE
NELLA RECENTE LEGISLAZIONE PENALE

“Il re vuole che tutto si decida secondo un testo espresso; che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi; che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l’interpretazione sia proscritta; l’autorità dei dottori bandita dal foro, e l’magistrato costretto ad esporre al pubblico la ragione della sentenza.

Questi sono gli argini che il sovrano ha innalzati contro il torrente dell’arbitrio” (..)¹.

“Se l’interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l’oscurità che strascina seco necessariamente l’interpretazione” (..)².

SOMMARIO: 1. La più recente legislazione penale come paradigma del mutato rapporto tra legislatore e giudice. – 2. “Tipicità umbratile” e “formante giurisprudenziale”: due ossimori manifesti. – 3. Tipicità umbratile e suggestioni del populismo penale. – 4. Le ricadute sulla certezza del diritto: indeterminatezza interna alla fattispecie e indeterminatezza di sistema. – 5. “*Dammi tre parole*” per dimostrare gli esiti nefasti della tipicità umbratile: «*ancorché oggetto di valutazioni*», «*abusivamente*», «*fuori dai casi di cui ai commi precedenti*». – 6. Considerazioni conclusive.

1. *La più recente legislazione penale come paradigma del mutato rapporto tra legislatore e giudice*

Sarebbe ingenuo ritenere ancora pienamente attuale la nobile idea illuministica, esplicitata dalla notissima metafora di Montesquieu del giudice come mera “*bouche de la loi*”, protesa a descrivere l’attività del giudice come un sillogismo

¹ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull’ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione della giustizia* (1826), in AA.VV., *L’illuminismo giuridico*, a cura di P. COMANDUCCI, Bologna, 1978, p. 173 ss.

² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. con prefazione di V. GREVI, Milano, 2010, § V.

perfetto³. È, infatti, ormai acquisita la disincantata consapevolezza che il linguaggio normativo sconta inevitabilmente un rilevante scarto con il mondo reale. L'infinita varietà e complessità dei fatti concreti che il giudice si trova ad esaminare non sono quasi mai agevolmente riconducibili alla fattispecie astratta tramite una mera attività di sovrapposizione *more geometrico*. Sicché, all'interprete spettano indubbiamente scelte delicate, volte ad assegnare all'enunciato normativo un significato coerente e plausibile, sulla base di un continuo confronto critico con le nude formule linguistiche utilizzate dal legislatore.

Tanto premesso, occorre tuttavia non dare davvero per scontata l'idea che una lettura tradizionale dei rapporti tra il giudice e la legge penale sia ormai del tutto inadeguata all'accresciuta complessità del diritto odierno e che la fattispecie tipica non debba continuare a svolgere il ruolo di rigorosa cornice di contenimento dell'attività interpretativa. Invero, non si può trascurare che “nella possibilità di una interpretazione «obiettiva» della legge sono in gioco la separazione dei poteri e la legittimazione delle decisioni giudiziarie”⁴. E non è certo, questa, poca cosa, se si considera che proprio su tali elementi poggia in larga misura la nostra impalcatura istituzionale. Ma, d'altro canto, è intuitivo che solo quando le norme sono chiare e precise diviene possibile per il giudice fare opera interpretativa e non creativa.

Viceversa, il diritto penale italiano dei nostri tempi, pur alluvionale⁵, si rivela sostanzialmente inefficace a fronte delle reali esigenze di tutela e proprio per questo motivo, sotto la spinta di contingenti emergenze, viene continuamente implementato con l'introduzione di nuove fattispecie, non di rado punite con pene edittali di rigore crescente, ispirate da una foga repressiva di natura simbolica (e per di più aumentabili quasi per ogni caso in virtù di corredi circostanziali non di rado al limite del parossismo)⁶, ma formulate a tratti in modo talmente umbratile, appunto, da non lasciare intravedere nitidamente chi è reo e chi è innocente.

Per dare subito concretezza al discorso con un primo esempio, basti pensare al contrasto giurisprudenziale che, a pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova disciplina sulle false comunicazioni sociali è emerso nell'ambito della V Sezione

³ Come è noto C. BECCARIA, allude ad un “*sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena*” (*Dei delitti e delle pene*, cit., § IV). “*Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori*” (*Dei delitti e delle pene*, cit., § IV).

⁴ D. PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 658.

⁵ Per una stimolante e provocatoria ricostruzione – non limitata al settore penalistico – delle caratteristiche della recente legislazione, v. L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, 2006, p. 53 ss.

⁶ Si pensi, per esempio, al novero di circostanze aggravanti introdotte in materia ambientale dalla l. n. 68 del 2015. Sul punto, per tutti, C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati: commento alla legge 22 maggio 2015, n. 22*, Torino, 2015, in particolare p. 52.

della Cassazione, in merito alla questione se, a seguito della soppressione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" come possibile connotazione dei fatti materiali oggetto di falsità, il falso c.d. valutativo risulti tuttora punibile. Ebbene, con una prima pronuncia⁷, la Corte ha riconosciuto la sopravvenuta irrilevanza dei falsi c.d. valutativi, suscitando in tal modo enorme eco, tanto che, con un nuovo arresto di poco successivo⁸, la Cassazione è tornata sui suoi passi, risolvendo in senso diametralmente opposto la medesima questione⁹. Vicenda emblematica, questa, che dà conto di come la riformata fattispecie di false comunicazioni sociali sia immediatamente diventato l'ennesimo terreno di espressione del complicato rapporto, ormai da anni al centro del dibattito penalistico, tra giudice e legislatore.

Ma, come meglio si vedrà oltre, anche altri recenti interventi legislativi, sia pure tra loro molto diversi nei contenuti sostanziali, parrebbero presentare come minimo comune denominatore proprio un peculiare modello di tipizzazione della sfera del penalmente rilevante, quello citato della "tipicità umbratile". Negli ultimi tempi, infatti, la legge parrebbe nascere "come manufatto semilavorato, come elaborato sperimentale"¹⁰, non di rado in forza dell'esigenza di provvedere in tempi rapidi all'approvazione dei testi normativi condivisi da maggioranze fluttuanti e con la contestuale ammissione, più o meno celata, che, se del caso, si provvederà a successive correzioni¹¹, o si affiderà alla giurisprudenza il compito di chiarirne il significato normativo¹².

⁷ Cass. Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, Crespi, *Ced.* 264868.

⁸ Cass. Sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, Giovagnoli, *Ced.* 265691. Tale pronuncia pareva, peraltro, far propria la posizione espressa nelle *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 30 novembre 2015. Sul tema delle peculiari funzioni "normative" attribuite all'Ufficio del Massimario v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in questa *Rivista* 2012, p. 619 ss.

⁹ Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, la stessa Sezione V (Cass. Sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, Banca Popolare dell'Alto Adige), in una diversa composizione, pareva riallinearsi ("convintamente", come afferma due volte il Collegio in motivazione) sulle posizioni della prima pronuncia, da poco rovesciata. Fino a che la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite, le quali si sono pronunciate, con sentenza del 31 marzo 2016, nei seguenti termini risultanti dall'informazione provvisoria ad oggi disponibile: "Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di «valutazione», se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni".

¹⁰ F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *www.penalecontemporaneo.it Rivista trimestrale* n. 1 del 2015, p. 137 ss.

¹¹ F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio"*, cit., p. 138. Analogamente M. AINIS, *L'eclissi della legge*, in M. AINIS-M.R. FERRARESE-P. GROSSI-U. MATTEI-G. SANTUCCI-U. VINCENTI, *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005, cit., p. 73.

¹² F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2211 ss.

La consapevolezza di consegnare fatalmente nelle mani del giudice la definizione del fatto tipico emerge in modo emblematico proprio dai lavori preparatori della citata riforma relativa alla fattispecie di false comunicazioni sociali, là dove si afferma che “sarà la nostra Corte di Cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all’interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti”¹³. Circostanza, questa, che è stata subito indicata dalla dottrina più attenta come un “tradimento della legalità della legge”, un “esempio plateale di una incondizionata rinuncia all’esercizio dell’*ars legiferandi*”¹⁴.

Ebbene: il corto circuito diviene manifesto, posto che è proprio la cattiva qualità tecnica del prodotto legislativo a costituire un rilevante fattore di crisi della legalità penale e di un’ambigua espansione degli spazi d’esercizio del potere giudiziario¹⁵. In tal modo – è facile intuirlo – si favorisce una trasformazione sostanziale del giudice penale “da soggetto istituzionalmente chiamato ad utilizzare la pena nei limiti che gli sono imposti, a soggetto che, in forza di un’investitura sociale (o, più correttamente, “popolare”), assume la veste di fautore di politiche criminali che vanno ben oltre il c.d. *law enforcement*”¹⁶. È dunque oggi insito nello stesso ruolo di giudice penale il rischio di derive verso (quello che è stato efficacemente descritto) “il polo di un autoritarismo bene intenzionato”¹⁷, ma che assume contorni discutibili alla luce di una progressiva crescente permeabilità a supposte esigenze di tutela, con conseguenziale allentamento del legame con *l’imperium* legislativo. Sicché, almeno una parte del potere giudiziario sembrerebbe voler “trovare la propria rinnovata legittimazione nelle esigenze sociali di tutela emergenti, con l’inevitabile conseguenza di vere e proprie «fughe in avanti» e «sconfinamenti» del proprio potere nelle sfere esclusive di quello legislativo, in

¹³ Sul punto, cfr., F. D’ALESSANDRO (*La riforma delle false comunicazioni sociali*, cit., p. 2211 ss.), che, evidenziando il rifiuto opposto dal relatore della legge in Senato alla richiesta, durante i lavori parlamentari, di chiarimenti sul significato normativo da attribuire proprio alla soppressione della proposizione concessiva, denuncia “l’inaccettabile sciatteria dell’attuale legislatore, il quale sembra scientemente abdicare al proprio ruolo di autore delle regole legali, rimettendo direttamente alla giurisprudenza il compito di stabilire il confine tra i comportamenti costituenti reato e quelli penalmente irrilevanti”.

¹⁴ F.C. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in the action*, in corso di pubblicazione, p. 2.

¹⁵ In questo senso, *amplius*, D. PULITANÒ, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, del 28 ottobre 2015, p. 6.

¹⁶ G.P. ACCINNI, *Disastro ambientale ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 757. In argomento, *amplius*, F.C. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 613.

¹⁷ D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 42.

un percorso di trasformazione (spesse volte perfino inconsapevole) da soggetto imparziale protagonista della legalità a soggetto «coinvolto»¹⁸.

L'epilogo inesorabile è quello di una "duplice lesione del paradigma dello Stato di diritto: da un lato il ribaltamento della gerarchia delle fonti (...) e, dall'altro, la violazione della separazione dei poteri a causa dell'indebito ruolo creativo di diritto di fatto assegnato alla funzione giudiziaria"¹⁹. In tale prospettiva, appaiono allora più che mai cariche di significato le considerazioni svolte dall'ex vice Presidente del CSM, ad avviso del quale il progressivo deperimento qualitativo del prodotto legislativo e il conseguente vieppiù crescente ruolo del giudice parrebbero almeno in parte riconducibili anche al tramonto dell'illusione di una "società omogenea, legata da un universo condiviso di interessi e valori"²⁰. "La legge si è giocoforza trasformata in un prodotto ibrido, spesso ambiguo, quasi sempre emergenziale e non strutturale, senza contare il suo scadimento qualitativo, denunciato da norme mal congegnate, sovente confuse e vaghe, troppo spesso risultato di interventi illogici e contraddittori. L'origine prettamente compromissoria del prodotto regolativo delle legislature più recenti, frutto di negoziazione tra componenti politiche indebolite sul piano valoriale e comunque rappresentative di interessi settoriali, lo priva alla nascita di un proprio significato precettivo univoco"²¹.

In breve: il tradimento della funzione legislativa non potrebbe essere più palese, posto che, al contrario di quanto accade oggi, proprio e solo sul legislatore dovrebbe gravare l'onere di tradurre correttamente gli obiettivi politico-criminali in precisi enunciati normativi.

2. "Tipicità umbratile" e "formante giurisprudenziale": due ossimori manifesti

Il sopra descritto modo di procedere, come anticipato, evidenzia spesso nella struttura delle singole incriminazioni zone d'ombra destinate ad essere illuminate (là dove possibile), di volta in volta, solo dalla prassi applicativa secondo le necessità del caso da risolvere, alla luce di quello che – con locuzione oggi un po' di

¹⁸ G.P. ACCINNI, *Disastro ambientale ed elusione fiscale*, cit., p. 757.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, pp. 41-42.

²⁰ M. VIETTI, *Crisi economica e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 8. Sul tema v. anche V. MANES, *Il ruolo poliedrico del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *La Giust. pen.* 2014, I, in particolare c. 75 ss.; G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in questa *Rivista*, 2014, in particolare p. 177 ss.

²¹ M. VIETTI, *Crisi economica e diritto penale*, cit., p. 8.

moda – viene definito il “formante giurisprudenziale”²². E già si coglie l’ossimoro insito in questa espressione, che parrebbe, appunto, null’altro se non l’immagine riflessa della “tipicità umbratile”: alludere ad un “formante giurisprudenziale” equivale, infatti, ad ammettere che il legislatore abbia abdicato dal compito istituzionale di descrivere la fattispecie con precisione, delegando alla giurisprudenza la funzione di riempire il vuoto e determinare la reale portata delle singole fattispecie, con conseguente ed evidente rischio di decisioni contraddittorie e con buona pace anche per il principio di determinatezza e della sua peculiare declinazione della prevedibilità dell’esito giudiziario, consacrata anche (sia pure con significato in parte trasfigurato) dalla Corte EDU con la sentenza Contrada²³.

Invero, la circostanza che determinatezza e precisione del precetto (*id est*: riconoscibilità dei contenuti delle norme penali) integrino i presupposti in forza dei quali l’ordinamento può pretendere l’osservanza della legge e muovere eventualmente all’agente un rimprovero di colpevolezza nel caso di inosservanza, costituisce da tempo un cardine fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, come già consacrato dalla Corte Costituzionale a partire dalla storica sentenza n. 364 del 1988 sull’art. 5 c.p.²⁴, che così argomenta: “la strutturale <ambiguità> della tecnica penalistica conduce il diritto penale ad essere insieme titolo idoneo d’intervento contro la criminalità e garanzia dei c.d. destinatari della legge penale. Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento”.

La giurisdizione – da questa angolazione – viene concepita come applicazione della stessa regola che, prima di guidare la decisione del giudice, era preposta a orientare l’agire del consociato tratto a giudizio. “La coincidenza tra regola di condotta e regola di giudizio obbedisce infatti a elementari esigenze di giustizia e funzionalità del sistema, che mirano a scongiurare un diritto fisiologicamente retroattivo”²⁵. Sicché, la lettera della legge non è mai nuda forma: “più che il salvagente dell’operatore, essa è il salvagente del cittadino contro le spinte, anche oggi frequenti, favorevoli a pretese interpretazioni sostanzialistiche *praeter legem*”²⁶.

²² In argomento v. per tutti, D. PULITANÒ, (*Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., in particolare p. 56), ad avviso del quale “con una qualche dose di provocazione propongo di guardare al ‘formante’ giurisprudenziale come ad un possibile *deformante*, luogo di crisi della legalità”.

²³ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 14 aprile 2015, Causa Contrada c. Italia, Ricorso n. 66655/13. Sul punto, *amplius* e per tutti, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.* 2015, p. 1061 ss.

²⁴ Sul punto v., per tutti, D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., p. 33.

²⁵ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *La Giust. pen.* 2011, I, c. 262.

²⁶ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale*, cit., c. 265.

Viceversa, la “legge oscura si traduce in una delega in bianco nei confronti degli organi che sono chiamati a darle applicazione; i magistrati quindi, ma anche l’insieme dei pubblici impiegati. Da qui (...) l’imprevedibilità della giustizia e dell’amministrazione, cui ci si rivolge molto spesso con un sentimento di inferiorità, se non proprio d’impotenza, come ai signori di un diritto capriccioso e imperscrutabile”²⁷.

Last but not least: la possibilità di conoscere preventivamente i confini tra lecito e illecito è presupposto essenziale anche per garantire una rigorosa delimitazione dei poteri di indagine e assicurare che la formazione della prova in contraddittorio si svolga su un terreno definito con precisione, sul quale, dunque, le ragioni dell’accusa e quelle della difesa possano confrontarsi su un piano di parità. L’imputazione non è altro che la proiezione processuale della tipicità, talché le incertezze del diritto penale sostanziale comportano un improprio trasferimento di funzionalità nel processo, finendo per attribuirgli un vero e proprio ruolo “normativo”²⁸.

Viceversa, le disposizioni formulate con la tecnica della tipicità umbratile possono al contempo risultare o destinate all’inapplicabilità o, all’opposto, ad una utilizzazione smisurata, a seconda delle diverse (ma tutte apparentemente possibili) interpretazioni della norma. La lacerazione della tipicità apre, infatti, al formante giurisprudenziale una sconfinata possibilità di scelta. Si pensi nuovamente, e solo a titolo esemplificativo, alla vicenda delle false comunicazioni sociali. La prima pronuncia della Cassazione, intervenuta a soli due giorni di distanza dall’entrata in vigore della l. 27 maggio 2015, n. 69, come è stato efficacemente osservato, non ha lasciato nemmeno il tempo di far decantare “i trionfalismi mediatici di una riforma accreditata come il tanto atteso «giro di vite» nel contrasto alla criminalità economica”, facendo miseramente svanire l’illusione che la riforma potesse avere restituito “dignità e autentico spessore normativo alle fattispecie poste a tutela dell’informazione societaria”²⁹. La sciatteria del legislatore ha rimesso il compito di stabilire il confine dei comportamenti penalmente rilevanti alla prassi applicativa, la quale, in questo caso, ha, in un primo momento, addirittura contravvenuto alla volontà politica del legislatore storico. Tanto che, *re melius perpensa*, e non senza qualche acrobazia interpretativa, solo la giurisprudenza successiva si è allineata su posizioni diverse.

²⁷ M. AINIS, *La legge oscura*, Bari, 2010, p. 27.

²⁸ In argomento, per tutti, D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, p. 951 ss. V. anche R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell’esperienza giudiziale*, in Padova, 2013, in particolare p. 77 ss.

²⁹ F. D’ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni*, cit., p. 2211.

3. *Tipicità umbratile e suggestioni del populismo penale*

Tutto ciò premesso, emerge l'impressione che i recenti interventi di riforma abbiano anche subito le suggestioni di una pericolosa tendenza del moderno diritto penale, cioè l'erronea credenza che la minaccia della più afflittiva tra le sanzioni previste dall'ordinamento si sia trasformata in strumento per recepire istanze punitive espresse dalla società e dai mezzi di comunicazione e che mediante la pena si possano ottenere quei risultati che richiederebbero, invece, il rafforzamento e l'utilizzo di politiche di ben altro tipo³⁰. Ma i bisogni (pur legittimi) di pena tradotti in norme senza alcuna mediazione della scienza penalistica possono incidere profondamente sulla tenuta dei principi di garanzia³¹. La legittimazione dei precetti parrebbe, infatti, essere oggi direttamente proporzionale al gradimento che essi incontrano nel corpo sociale, sì da spingere il legislatore ad intercettare direttamente i bisogni, i sentimenti, dell'opinione pubblica³². Basti pensare nuovamente alla vicenda delle false comunicazioni sociali, in relazione alle quali la vulgata giornalistica era riuscita a convincere l'opinione pubblica che il falso in bilancio fosse stato depenalizzato dalla precedente riforma, con una scellerata politica criminale e che, dunque, la legge di riforma del 2015 fosse per ciò solo 'buona', posto che con essa era stata reintrodotta la rilevanza penale del fatto³³. E ancora: in materia ambientale, parrebbero essere stati dettati in larga misura dall'esigenza di coagulare consenso sociale e politico diversi interventi normativi. A titolo esemplificativo, si pensi, dapprima, al d.l. del dicembre 2013, con il quale è stata introdotto il delitto di combustione illecita di rifiuti³⁴, nel tentativo di contrastare, in modo – si badi – condivisibile, l'emergenza della terra dei fuochi, ma con una fattispecie la cui tecnica descrittiva è, a dir poco, imbarazzante; e, da ultimo, ai nuovi ecodelitti introdotti nel Codice penale con la riforma del 2015, sullo sfondo dei quali era ben presente – è inutile nascondere – la forte carica emotiva legata alla vicenda Eternit. In tutt'altro ambito, ma analogamente,

³⁰ Sul punto, *amplius*, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2013, p. 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in questa *Rivista* 2013, p. 123 ss.; F.C. 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-D. PULITANÒ, Milano, 2013, p. 156; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 197 ss.; V., altresì, G.P. ACCINNI, *Disastro ambientale ed elusione fiscale*, cit., p. 755 ss.

³¹ In argomento F.C. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, in particolare p. 1613. V. anche F. SGUBBI, *Introduzione*, in *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XIII.

³² V., per tutti, D. PULITANÒ, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, cit., 5.

³³ A. LANZI, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida al dir.*, 2015, n. 26, p. 10.

³⁴ Il riferimento è alla fattispecie di cui all'art. 256 bis d.lgs. n. 152 del 2006.

l'introduzione della nuova fattispecie di autoriciclaggio – pur anch'essa a lungo attesa³⁵ – da tempo era divenuta una sorta di *tòpos* ricorrente in ogni discorso sulle riforme e veniva presentata come un'imprescindibile strumento di contrasto alla criminalità organizzata, un tratto di civiltà giuridica, la cui assenza incarnava di per sé un indice di arretratezza³⁶. Se non fosse che l'agognata riforma è poi stata approvata di pari passo a quello che è già stato definito l'ennesimo condono fiscale mascherato³⁷, ma più elegantemente preannunciato come legge sulla “*voluntary disclosure*”, finalizzata a stimolare il rientro dei capitali in Italia e l'emersione delle condotte di evasione fiscale³⁸.

I provvedimenti di legge in oggetto si propongono, in altre parole, il gravoso compito di rispondere alle diffuse istanze di intervento, anche a costo di torsioni dei principi di legalità, frammentarietà, necessaria offensività. Invero, già molti anni or sono attenta dottrina ammoniva sui rischi di un “eccesso di consenso, o meglio di un assecondamento eccessivo delle richieste di penalizzazione che si manifestano nella società”³⁹. E tale ammonimento parrebbe tanto tanto più calzante in relazione ai settori della normazione penale connotati da maggior contenuto tecnico. Il rischio, infatti, è quello di creare in tal modo un sistema penale devastato da mille incriminazioni, da mille contraddizioni, “dalla fantasmagoria di spinte e contropunte, fotografia non della “complessità” della materia da regolare ma del disorientamento, dell'opportunità con cui a quella materia ci si avvicina”⁴⁰.

La conseguenza più evidente della suddetta tendenza è costituita dal fatto che le più recenti incriminazioni parrebbero perseguire in modo inammissibile l'effettività a scapito del principio di frammentarietà, colto nella sua valenza costituzionale indefettibilmente legata al canone della determinatezza e della precisione. Come è stato efficacemente osservato, “società, mezzi di comunicazione e potere politico chiedono sempre più spesso all'autorità giudiziaria non l'accertamento della responsabilità penale di singoli attraverso l'applicazione del-

³⁵ “Et voilà: la «necessità» dell'autoriciclaggio – politicamente e mediaticamente descritta in termini sempre più pressanti – è stata soddisfatta”. Così A.M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 797.

³⁶ Così, in senso critico, A.M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 797.

³⁷ A.M. GRECO, *Da scudo a condono: cadute tutte le sanzioni sul rientro di capitali*, in www.ilgiornale.it/politica del 4 novembre 2015.

³⁸ In argomento, A. INGRASSIA, *Le (caleidoscopiche) ricadute penalistiche della procedura di voluntary disclosure: causa sopravvenuta di non punibilità, autodenuncia e condotta penalmente rilevante*, in www.penalecontemporaneo.it dell'1 maggio 2015.

³⁹ M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Ius* 1985, p. 424. Più di recente, in argomento v, altresì, G. FORTI, *No duty to retreat? Legittima difesa e politiche criminali di «riconoscimento ideologico»*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, I, p. 297 ss.]

⁴⁰ D. BRUNELLI, *I mille volti del disastro. Il disastro populista*, in questa *Rivista*, 2014, p. 260.

la legge, ma il conseguimento di una finalità generale: la «lotta» contro la mafia, il terrorismo o la corruzione. Il P.M. o il giudice (...) diventano magistrati di scopo”⁴¹. Talché, come già anticipato, la giurisprudenza finisce con il surrogare i compiti del legislatore nelle scelte di criminalizzazione, con atteggiamento insensibile al canone – anche interpretativo – della frammentarietà penale, renitente a tollerare lacune di tutela⁴².

Spesso, “l’*incipit* è rappresentato da pubblici ministeri che disegnano il monopolio dell’azione penale sempre più affascinati da percorsi che riposano su aspettative sociali veicolate attraverso impulsi mediatici. (...) Investiti dal vibrante ruolo di controllori della legalità, utilizzano il processo come uno strumento duttile nel quale operare la dimostrazione a tutto campo della capacità di estirpare fenomeni criminali, che di volta in volta vengono portati alla loro attenzione”⁴³. La fattispecie rimane, invero, sullo sfondo, integra solo uno degli strumenti alla stregua dei quali valutare la fondatezza dell’ipotesi accusatoria.

Del resto, “l’attivismo giudiziario, di per sé stesso, risulta il sintomo più lampante della trasformazione della democrazia: la magistratura, nella mutazione genetica della normazione, è esondata in ambiti anche non pertinenti ed ha assunto su di sé, con l’avallo forse inconsapevole di una politica intimidita, una fetta supplementare di sovranità, facendosi, in proprio, garante di nuove forme di aspettativa politica”⁴⁴.

4. *Le ricadute sulla certezza del diritto: indeterminazione interna alla fattispecie e indeterminazione di sistema*

Il citato modello della tipicità umbratile evidenzia profili di tensione con il principio di determinatezza sotto un duplice profilo: quello afferente ad un’indeterminazione “interna” alle singole fattispecie⁴⁵ e quello relativo invece ad indeterminazione “di sistema”. Si intende alludere alla circostanza che, in alcuni casi, i profili problematici attengono all’interpretazione della singola fattispecie,

⁴¹ L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., p. 198.

⁴² In questo senso, M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? “Fatti materiali”, false valutazioni di bilancio e limiti all’esegesi del giudice penale*, in corso di pubblicazione.

⁴³ A. GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in corso di pubblicazione.

⁴⁴ M. VIETTI, *Crisi economica e diritto penale*, cit., p. 8.

⁴⁵ Così, per esempio, in materia ambientale, T. PADOVANI (*Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente*, in *Guida al dir.*, 2015, n. 32, p. 11) osserva come le nuove fattispecie di recente introdotte dalla legge di riforma utilizzino in alcuni casi termini “tanto generici e vaghi da soddisfare qualsiasi pulsione ecologista”.

in altri casi, i problemi derivano dal coordinamento della stessa con previsioni limitrofe o dall'innesto di nuove ipotesi sull'assetto normativo preesistente.

In merito a questo secondo profilo, è facile comprendere come quanto più la fattispecie presenta zone d'ombra, tanto meno sarà possibile per l'interprete (cittadino o giudice che esso sia) individuarne il campo applicativo e i relativi confini con altre disposizioni dell'ordinamento. A questa banale osservazione si aggiunga che gli esiti diventano devastanti allorché alla vaghezza degli enunciati si affianca, come spesso accade, una sovrabbondanza quantitativa degli enunciati medesimi. Ormai le leggi formano "un oceano che tutto sommerge, e in cui non è quasi più possibile distinguere un'onda da un'altra. Ciò naturalmente reca una grave insidia alla sicurezza dei rapporti giuridici – ancora più grave del modo spesso bislacco con cui il legislatore redige i propri atti. L'«ipertrofia delle leggi» – la loro crescita indiscriminata – costituisce infatti un fenomeno di fondo, innesca un'infezione che via via erode ogni residuo margine di prevedibilità del diritto"⁴⁶. Sicché, in questo "*mare magnum* delle leggi è facile trovare qualche onda compiacente che porti alla riva anche il naufrago reo, o peggio, che faccia naufragare l'innocente"⁴⁷.

Siamo di fronte alla negazione della frammentarietà, fondamentale pilastro per garantire la precisione del divieto attraverso il chiaro riconoscimento dei vuoti di tutela. La determinatezza, infatti, riceve nutrimento dalla forza della lacuna e risulta chiaramente vanificata al cospetto di fattispecie onnicomprensive. Sia consentito ancora procedere attraverso un'esemplificazione, senza alcuna pretesa di completezza: la nuova fattispecie di autoriciclaggio, per come è formulata, rischia di diventare, come è stato efficacemente osservato, "la fattispecie Moloch nei cui confronti tutte le altre incriminazioni devono immolarsi come tributo sacrificale". (...) L'art. 648 *ter*1 c.p. costituisce il simbolo – nel solco di Hobbes – di uno Stato penalisticamente assoluto"⁴⁸.

In relazione, invece, al primo tra i 'derivati' della tipicità umbratile qui evidenziati (quello della c.d. indeterminatezza interna alla fattispecie), ci si limiterà ad individuare alcune ipotesi contemplate da taluni dei più recenti interventi legislativi che presentano emblematicamente le caratteristiche e le problematiche fino a qui evidenziate. Il riferimento è, più precisamente, a tre differenti formule linguistiche attorno alle quali si è già coagulato un rilevante dibattito dottrinale e giurisprudenziale, posto che – in ciascuno dei tre citati casi – il medesimo enunciato semantico, espressione della descritta tipicità umbratile, parrebbe rendere possibili interpretazioni profondamente divergenti. Si tratta, rispettivamente,

⁴⁶ M. AINIS, *La legge oscura*, cit., p. 20

⁴⁷ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, p. 72.

⁴⁸ F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "auto riciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, *Rivista trimestrale* n. 1 del 2015, p. 139.

dell'avverbio “abusivamente” che compare nelle principali fattispecie ambientali di natura delittuosa introdotte dal legislatore nel codice penale con l. n. 68 del 2015 (“Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente”), dell'inciso “ancorché oggetto di valutazioni”, espunto dalla descrizione delle false comunicazioni sociali (art. 2621 cc.) ad opera della l. n. 69 del 2015 (“Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio”), nonché della clausola di riserva (“fuori dai casi di cui ai commi precedenti”) con cui si apre il quarto comma dell'art. 648 bis.1. c.p., volto ad introdurre una peculiare ipotesi di delimitazione di responsabilità per il reato di autoriciclaggio, tipizzato con l. n. 186 del 2014 (“Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di autoriciclaggio”).

5. “Dammi tre parole” per dimostrare gli esiti nefasti della tipicità umbratile: «ancorché oggetto di valutazioni», «abusivamente», «fuori dai casi di cui ai commi precedenti»

A) La recente legge di riforma del diritto penale ambientale (l. n. 68 del 2015) parrebbe avere resuscitato una, non sempre condivisibile, sua originaria caratteristica. Infatti, come è a tutti noto, il diritto penale ambientale, *ab origine*, in assenza di una normativa che prevedesse specifiche fattispecie sanzionatorie concepite per la tutela di questo bene, nasce e si sviluppa sostanzialmente come diritto di creazione giurisprudenziale, attraverso l'attività di supplenza dei c.d. *pretori d'assalto*. A fronte, cioè, di un vuoto normativo e di un legislatore allora del tutto inadempiente, la giurisprudenza intraprende a cavallo degli anni '60 e '70 una strada pionieristica, senz'altro animata da lodevoli intenti ma gravida di pericoli sotto il profilo del rispetto dei fondamentali principi garantisti, primo tra tutti quello di legalità, specie nella sua più peculiare declinazione della determinatezza o precisione della fattispecie. Il riferimento va, come è intuitivo, a quelle operazioni interpretative volte non solo a piegare, ma in alcuni casi anche a forzare, in funzione della tutela del bene ambiente allora emergente, la tipicità di fattispecie codicistiche, evidentemente pensate dal legislatore del '30 per finalità completamente diverse. Sennonché i rischi insiti in operazioni di questo tipo risultano di immediata percezione, sia – come detto – in relazione al *vulnus* arrecato ai principi di garanzia del diritto penale, sia sotto il profilo degli esiti applicativi in alcuni casi fallimentari.

Per questo il legislatore iniziò a reagire e cominciò così ad affermarsi progressivamente una normativa specificamente volta alla tutela, anche penale, del bene ambiente e caratterizzata dallo sforzo di realizzare un delicatissimo tempera-

mento tra interessi contrapposti, realizzato dal legislatore attraverso la predisposizione di minuziose normative tecniche volte a disciplinare, monitorare e contenere i rischi insiti nelle attività in grado di arrecare offesa all'ambiente, al fine di mantenerli all'interno della sfera di c.d. rischio consentito dall'ordinamento. Da qui si comprende la previsione di procedimenti amministrativi di controllo preventivo e successiva verifica delle attività potenzialmente inquinanti, nonché di limiti di accettabilità, volti a segnare con precisione il confine tra liceità e illiceità. Una strada, questa, tipicamente adottata in relazione a quelle fenomenologie dannose, la cui prevenzione richiede complicate conoscenze specialistiche. Da qui, altresì, la previsione di illeciti di pericolo astratto volti a presidiare l'osservanza della predetta opera di perimetrazione del rischio giuridicamente consentito. La logica del bilanciamento degli interessi nell'ambito del diritto penale ambientale ha in questi anni forgiato direttamente la tipicità penale. La ricerca di un punto di equilibrio tra i beni in gioco non è stata rimessa al giudice, ma è stata risolta dal legislatore, il quale, in sede penale, ha sottratto all'intervento punitivo il perimetro di liceità già tracciato dalla disciplina extrapenale.

Nel corso del tempo, tuttavia, ci si è resi conto che la tutela affidata ad illeciti di pericolo astratto di natura quasi esclusivamente contravvenzionale poteva rivelarsi insufficiente a fronte delle più gravi forme di aggressione ambientale e che l'arsenale sanzionatorio doveva, dunque, essere implementato attraverso la previsione di ipotesi delittuose più gravemente sanzionate, per coprire con adeguata dosimetria sanzionatoria quel *surplus* di offensività rispetto alla fattispecie di pericolo astratto. In altre parole, le nuove fattispecie delittuose avrebbero dovuto colpire i comportamenti che avessero cagionato lesioni concrete all'ambiente come sviluppo del pericolo creato con l'inosservanza di cautele prescritte in sede amministrativa e autonomamente sanzionate da specifici illeciti di pericolo.

In realtà, la formulazione definitiva delle principali fattispecie introdotte a tutela dell'ambiente con l. n. 68 del 2015 ha sostanzialmente abdicato al tentativo di tassativizzare la condotta tipica, rinunciando a far emergere la progressione criminosa del comportamento delittuoso rispetto alla fattispecie di pericolo astratto (necessariamente presupposta), che avrebbe potuto fungere da primo filtro anche degli eventi tipici. La descrizione dei nuovi delitti ruota, infatti, sulla descrizione di macroeventi che possono essere realizzati attraverso una qualunque condotta (a forma libera); come unico baluardo sopravvive l'avverbio "abusivamente" che ha sostituito una più articolata locuzione presente nel testo licenziato in prima approvazione dalla Camera⁴⁹. Siffatta locuzione, ancora perfettibile nella sua for-

⁴⁹ Il testo licenziato in prima approvazione dalla Camera dei Deputati prevedeva che la condotta dovesse concretizzarsi nella violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisse di per sé illecito amministrativo o penale. In argomento, v. C. RUGA RIVA, *Commento al testo base sui delitti ambien-*

mulazione, aveva però un suo preciso significato, esprimendo lo sforzo di arginare la potestà punitiva in sede di tipizzazione della fattispecie criminosa, sì da instaurare già a livello testuale una congruenza teleologica tra disvalore di condotta e disvalore di evento. Viceversa, nella costruzione delle nuove fattispecie una sorta di *horror vacui* parrebbe avere preso il sopravvento, inducendo alla costruzione di un presidio preventivo onnicomprensivo e facendo prevalere le esigenze di integrale penalizzazione sulle istanze di certezza del diritto e di contenimento della discrezionalità giudiziale.

Si comprende, dunque, come proprio la corretta esegesi dell'avverbio "abusivamente" costituirà verosimilmente uno dei principali snodi problematici nell'interpretazione delle norme *de quibus*. Siffatta formula risulta letteralmente di tale ampiezza concettuale da consentire le interpretazioni più diverse: da un lato, potrebbe essere "in grado di richiamare un numero pressoché illimitato di pretese infrazioni e/o irregolarità, consentendo così al giudice (e prima ancora al pubblico ministero) di considerare come abusiva o illegittima qualsiasi violazione, anche di norme non specificamente finalizzate alla tutela dell'ambiente, a cui sia in qualche modo accompagnato un evento di inquinamento"⁵⁰. Non si potrebbe escludere financo l'eventualità di "assumere a parametro di valutazione i principi costituzionali o comunque quelle norme di principio o di indirizzo che, in quanto tali, sono prive di un preciso contenuto precettivo e dietro la cui interpretazione potrebbe in realtà celarsi un sindacato sul merito delle scelte operate in sede di governo dell'ambiente (es. là dove si ritenga che un certo provvedimento autorizzativo regolarmente rilasciato sia stato comunque non sufficientemente attento a determinati pretesi rischi per la salute e risulti dunque lesivo dell'art. 32 Cost.)"⁵¹. Dall'altro lato, all'avverbio abusivamente potrebbe, invece, essere riconosciuta la funzione di subordinare la punibilità ai soli comportamenti inquinanti che si collocano al di fuori del c.d. rischio consentito⁵². In tale diversa prospettiva, siffatto elemento della fattispecie, lungi dal costituire un mero elemento superfluo della norma, fungerebbe da vera *actio finium regundorum* fra potere politico e potere giudiziario.

Del resto, i termini del problema sono stati emblematicamente rappresentati dalla vicenda Ilva di Taranto. In questo caso è stata la stessa Corte costituzionale ad attribuire all'autorizzazione e ai valori soglia il significato di punto di equili-

tali adottato dalla Commissione giustizia della Camera, in www.penalecontemporaneo.it, del 22 gennaio 2014.

⁵⁰ M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente tra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1079.

⁵¹ M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente tra aspettative e realtà*, cit., p. 1079.

⁵² Così anche C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., pp. 6, 9, 30.

brio tra interessi contrapposti, demandato alla legge o alla pubblica amministrazione *ex ante*, e non al giudice penale *ex post*⁵³.

B) In relazione alla fattispecie di autoriciclaggio, come anticipato, l'urgenza della nuova incriminazione ha finito per far anteporre l'esigenza della celerità a quella della qualità della normazione⁵⁴. Ne è scaturito un prodotto che, nel complesso, costringe l'interprete a svariate "acrobazie ermeneutiche assai poco avvincenti"⁵⁵. Si comprende, dunque, il motivo in forza del quale la nuova incriminazione di autoriciclaggio sia stata definita, fin da subito, una "fonte inesauribile di effetti perversi", "una fattispecie "camaleontica" idonea a fungere da *passpartout* per imputazioni che si muovano tra gli illeciti tributari, contro il patrimonio o di regolazione dei flussi finanziari"⁵⁶.

Non essendo possibile soffermarsi in questa sede su tutti i molteplici profili oggetto di problematica interpretazione, ancora una volta ci si limiterà ad una semplificazione, che, nel caso di specie, ha ad oggetto la clausola di riserva con la quale si apre il quarto comma dell'art. 648 bis 1. ("*fuori dei casi di cui ai commi precedenti*"). La precisa delimitazione del fatto tipico oggetto della nuova incriminazione sembrerebbe, infatti, derivare in misura decisiva anche dal contenuto del quarto comma, che parrebbe forgiare un cono di non punibilità volto a perimetrare la rilevanza penale delle condotte descritte nel primo comma. Sennonché, siffatta sfera della non punibilità è formulata in termini talmente incerti e ambigui, da rendere estremamente problematica la predetta operazione⁵⁷. In particolare, proprio sotto il profilo letterale, risulta giuridicamente incomprensibile il significato, appunto, della clausola di riserva con cui si apre il comma, in relazione alla quale sono già state adombrate due interpretazioni diametralmente opposte.

Secondo una prima prospettiva, la clausola di riserva in oggetto, interpretata letteralmente, vorrebbe significare «fuori dei casi di autoriciclaggio», dato che i primi tre commi dell'articolo ne definiscono precetto e trattamento sanzionatorio⁵⁸. In tale prospettiva, la disposizione servirebbe solo a chiarire che chi ha trat-

⁵³ Corte cost. n. 85 del 2013, par. 10.2 e 10.3 delle motivazioni in diritto. Sul punto, V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Giur. cost.* 2013, p. 1498.

⁵⁴ *Amplius* A.M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 797 ss..

⁵⁵ A.M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 800.

⁵⁶ D. PIVA, *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio: la fine di privilegi o la violazione di principi?*, in *www.lavocedeldiritto.it*

⁵⁷ Così, S. CAVALLINI-L. TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di auto riciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, *Rivista trimestrale* n. 1 del 2015, p. 101. Nello stesso senso F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di auto riciclaggio*, cit., p. 120.

⁵⁸ F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di auto riciclaggio*, cit., p. 121 ("Ne segue logicamente che le ipotesi descritte dal quarto comma non possono che essere estranee a quelle

to denaro, beni, altre utilità da un reato commesso può utilizzarli o goderli personalmente senza ulteriore “sovraccarico” penale, purché non realizzi i fatti previsti dal primo, secondo e terzo comma della disposizione. A ben vedere, in tale accezione l’inciso *de quo* non potrebbe vantare alcuna autonoma applicazione, posto che si limiterebbe a ribadire l’irrelevanza di condotte già atipiche.

Alla luce di una differente interpretazione, invece, l’inciso “*fuori dei casi di cui ai commi precedenti*” non potrebbe essere interpretato alla lettera, posto che, in tal caso, la norma si rivelerebbe sostanzialmente inutile. Il legislatore avrebbe, in realtà, inteso dire esattamente il contrario, e cioè che è proprio “nei casi precedenti” che la mera utilizzazione o il godimento personale renderebbero non punibile l’autoriciclaggio. Ma se così fosse (e, per assurdo, questa parrebbe l’ipotesi più probabile), “si paleserebbe un’ipotesi di sciatteria legislativa da antologia, foriera di criticità applicative di non poco conto”⁵⁹.

C) Il terzo esempio che si intende citare è stato, in realtà, già oggetto di diverse considerazioni nell’ambito di questo lavoro e, dunque, qui ci si limiterà a poche osservazioni. Il riferimento è alla soppressione, in sede di riforma del reato di false comunicazioni sociali di cui all’art. 2621 c.c., del sintagma “*ancorché oggetto di valutazioni*” come possibile connotazione dei fatti materiali oggetto di falsità. La circostanza che l’interpretazione della nuova fattispecie, risultante da siffatta espunzione, si sia fin da subito presentata come foriera di profonde incertezze, indipendentemente dal risultato esegetico che sarà prima o poi definitivamente recepito e consolidato dalla giurisprudenza⁶⁰, dimostra come nessuno degli argomenti specifici richiamati in sede applicativa risulti, in realtà, concludente. Al contrario, ciascuno di tali argomenti – come emerge dalle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza che si sono già occupate della questione – parrebbe ragionevolmente confutabile sul piano argomentativo, se non addirittura ambivalente rispetto ai risultati esegetici⁶¹.

definite dai primi tre commi: se ora si osserva il contenuto semantico della proposizione nella quale consiste la clausola del quarto comma, è di immediata evidenza riconoscere che essa allude a condotte che sarebbero state comunque irriducibili alla figura tipica dell’autoriciclaggio, intesa come re-immissione nel circuito legale di beni di provenienza delittuosa attraverso modalità ostacolate di tale provenienza”).

⁵⁹ A.M. DELL’OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 806. V. anche F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di auto riciclaggio*, cit., p. 121, secondo il quale, “nella congetturale (e non sostenibile) ipotesi che il quarto comma ritagli, all’interno dell’insieme disegnato dalle definizioni dei commi precedenti un’area di irrilevanza penale, la formula «fuori dei casi ...» finirebbe per dover essere intesa con il valore di «come nei casi ...». Per quanto la sciatteria terminologica del legislatore abbia talvolta raggiunto vertici considerevoli, non può all’evidenza accreditarsi una lettura della disposizione che sovvertirebbe radicalmente il senso dei termini adoperati”.

⁶⁰ M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti?*, cit., p. 2.

⁶¹ M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti?*, cit., p. 7.

Il legislatore della riforma, peraltro, non sembra neppure aver fatto tesoro del risalente dibattito in merito alla rilevanza penale delle valutazioni, atteso che il passaggio *tout court* alla tipizzazione del mendacio che abbia ad oggetto i (soli) “fatti materiali” parrebbe, almeno *prima facie*, erigere un limite difficilmente superabile all’attribuzione di rilevanza penale ai procedimenti valutativi. E ciò tanto più laddove si consideri che, in un primo momento, l’iter di riforma prevedeva di attribuire rilevanza alle “informazioni” false, adottando così un’espressione lessicale indubbiamente idonea a ricomprendere le valutazioni. L’esplicito cambio di rotta nella formulazione della fattispecie si rivela, dunque, indizio interpretativo davvero difficile da ignorare⁶². Quantomeno, viene spontaneo interrogarsi sull’opportunità di eliminare un elemento senz’altro chiarificatore e, peraltro, tuttora presente nel testo della diversa fattispecie descritta art. 2638 c.c.

Sicché, come già anticipato, anche la vicenda delle valutazioni nel reato di false comunicazioni sociali evidenzia, nella logica delle garanzie specifiche della legalità penale, la pericolosa fragilità di tale argine allorché la norma non risulti formulata in modo determinato. In siffatta ipotesi, invero, i giudici possono, di fatto, estrarre dal testo normativo la disposizione maggiormente consona alla propria sensibilità.

A ciò si aggiunga che la problematica interpretativa in oggetto produce effetti di indubbio rilievo anche in ordine alla configurazione del delitto di bancarotta impropria di cui all’art. 223, comma 2 n. 1, l. fall., posto che escludere o meno la rilevanza della valutazioni dalla nozione di falsa comunicazione sociale significa, al contempo, restringere o lasciare inalterato l’ambito applicativo della norma da ultimo richiamata.

6. Considerazioni conclusive

Tanto considerato, dovrebbe risultare evidente come le imprecisioni del linguaggio normativo finiscano per consegnare nelle mani degli interpreti una funzione etero-integrativa dei contenuti della norma che va ben oltre quelli che dovrebbero essere i suoi fisiologici confini. Ne consegue una forte lacerazione del principio di legalità e di quello che è stato definito il *pendant* del *nullun crimen sine lege*, vale a dire del principio di soggezione del giudice alla sola legge⁶³. Inoltre, quando il testo della norma legge risulta semanticamente aperto a diverse, se non addirittura antitetiche, letture interpretative, come accade nei casi esaminati,

⁶² Così, A. PERINI, I “fatti materiali non rispondenti al vero”: *harakiri del futuribile* “falso in bilancio”, in *www.penalecontemporaneo.it* del 27 aprile 2015.

⁶³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996, p. 106.

viene meno l'affidamento che i consociati possono riporre nelle parole della legge, continuamente esposto al rischio di improvvise virate giurisprudenziali. Si deve, dunque, riproporre con forza l'idea che la tipicità integra lo strumento tecnico di consacrazione della volontà del Parlamento democratico e l'unico "rassicurante" limite all'attività creatrice della giurisprudenza⁶⁴. Contro ogni deriva, "il principio di legalità (democratica) resta palladio delle nostre libertà. Non è uno scudo sufficiente, certo è necessario"⁶⁵.

A ciò si aggiunga che leggi mal formulate hanno bisogno di frequenti revisioni, incentivando in tal modo un ulteriore fattore di complessità insito nell'aumento esponenziale della legislazione⁶⁶. "Troppe informazioni equivalgono di fatto a nessuna informazione"⁶⁷ e la proliferazione delle norme "si traduce in un elenco sterminato di promesse normative che nessuno si cura mai di realizzare, e ovviamente ciò finisce per corrodere l'autorità residua del diritto, amplificando a propria volta la diffidenza dei cittadini nel loro rapporto con le istituzioni"⁶⁸.

In breve: "l'ottica (pur importante) della stabilizzazione giurisprudenziale non può essere fatta valere fuori dall'aggancio a una *previa legge*"⁶⁹. Spetta, dunque, al legislatore far coincidere diritto e giustizia attraverso una tecnica di costruzione delle fattispecie incriminatrici che non tradisca le istanze di garanzia insite in principi fondanti del nostro ordinamento, quali sono senza dubbio quelli di legalità e di soggezione del giudice alla legge.

⁶⁴ Così, M. CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, 2012, pp. 29-30.

⁶⁵ D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 691.

⁶⁶ M. AINIS, *La legge oscura*, cit., p. 21.

⁶⁷ M. AINIS, *L'eclissi della legge*, cit., p. 63.

⁶⁸ M. AINIS, *L'eclissi della legge*, cit., p. 64.

⁶⁹ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità, tra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it del 13 luglio 2015, p. 11.

FRANCESCO D'ALESSANDRO

LA RIFORMA DELLE FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI
TRA APORIE LEGISLATIVE E PRIMI DISORIENTAMENTI APPLICATIVI

*Le parole definiscono il mondo.
Se non ci fossero le parole,
non avremmo la possibilità di parlare, di niente.
Ma il mondo gira e le parole stanno ferme.
Le parole si logorano, invecchiano, perdono di senso.
E tutti noi continuiamo a usarle,
senza accorgerci di parlare, di niente.*

[G. GABER, *Destra-Sinistra* (incipit), 1994]

SOMMARIO: 0 Notazioni preliminari. – 1. L'art. 2621 c.c.: poche (e ambigue) aggiunte; molte (e non sempre perspicue) sottrazioni. – 2. I fatti di lieve entità *ex art. 2621-bis c.c.*: ipotesi autonome di reato o circostanze attenuanti? – 3. La particolare tenuità *ex art. 2621-ter c.c.*: quando il danno esclude la punibilità in un illecito di pericolo. – 4. L'art. 2622 c.c. e il microcosmo delle società quotate. – 5. Valutazioni sì, valutazioni no: gli altalenanti interventi della Cassazione e la parola chiara delle Sezioni Unite. – 6. Notazioni conclusive.

0. Notazioni preliminari

Dopo tredici anni «di malsana letizia nel mondo del malaffare finanziario, industriale e bancario»¹, il diritto penale dell'economia si è visto restituire, per opera della legge 27 maggio 2015 n. 69, la sua «pietra d'angolo»²: il delitto – o meglio, *i* delitti – di false comunicazioni sociali, mutilati giuridicamente³ e di riflesso

¹ Così, icasticamente, A. CRESPI, *Sentenze opache e legalità "formalistica"*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1034.

² L'immagine, come noto, è di C. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1369.

³ Oltre al contributo appena citato, sulla riforma del 2002 restano ancora indelebili anche le pagine di A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1345; ID., *Il falso in bilancio e il pendolarismo delle coscienze*, *ivi*, 2002, p. 449.

interdetti empiricamente⁴ dal legislatore del 2002⁵, sembrano infatti essere ora tornati al centro della disciplina penale societaria. Molte, invero, le novità, che segnalano – quanto meno nelle intenzioni del legislatore – una netta soluzione di continuità con la previgente disciplina⁶.

Già in chiave politico-criminale occorre segnalare, innanzi tutto, il parziale abbandono, da parte del legislatore, del «gradualismo sanzionatorio»⁷ che, nella previgente disciplina, si articolava attraverso l'affiancamento all'ipotesi-base contravvenzionale, strutturata secondo il modello del reato di pericolo, della più grave fattispecie delittuosa, declinata sullo schema del reato di danno. L'attuale fi-

⁴ Come dimostrato dalla documentata analisi di A. ALESSANDRI (a cura di), *Un'indagine empirica presso il tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁵ Sulla disciplina previgente, *ex multis*, si v. D. PULITANÒ, *False comunicazioni sociali*, in A.A.VV., *Il nuovo diritto penale delle società* (a cura di A. Alessandri), Milano, Ipsoa, 2002, p. 141; A. ALESSANDRI, *False comunicazioni in danno di soci e creditori*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 176; L. FOFFANI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo* (a cura di A. Giarda-S. Seminara), Padova, Cedam, p. 231; V. MANES, *sub artt. 2621-2622*, in AA.VV., *Commentario breve al codice civile* (a cura di F. Galgano), IV ed., Piacenza, La Tribuna, 2012, p. 2776; A. ROSSI, *False comunicazioni sociali e false comunicazioni in danno della società, dei soci e dei creditori*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari* (a cura di C.F. Grosso), I, XIV ed., Milano, Giuffrè, 2013, p. 99.

⁶ Tra i primi commenti dedicati alla novella, si segnalano, *inter alia*, quelli di R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La lenta "scomparsa" del diritto penale societario italiano*, in *Guida dir.*, 2015, f. 26, p. 53; A. LANZI, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Giuda dir.*, f. 26, p. 10; F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2015; S. SEMINARA, *La riforma delle false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 7, p. 813; M. GAMBARDELLA, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, 5, p. 1723; F. SUPERFI FURGA, *Riflessioni sulla novella legislativa concernente il falso in bilancio in una prospettiva economico-aziendalistica*, in *Le Società*, 2015, 11, p. 1292; M. SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le Società*, 2015, 11, p. 1301; A. TESTAGUZZA, *Un legislatore severo, ma non troppo: la nuova riforma delle false comunicazioni sociali*, in *Arch. pen.*, 2015, 1; G. LUNGHINI, *sub artt. 2621, 2621-bis, 2621-ter, 2622 c.c.*, in AA.VV., *Codice penale commentato* (diretto da E. Dolcini-G.L. Gatta), III, IV ed., Milano, Ipsoa, 2015, p. 1825; A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016 (le citazioni indicano le pagine del dattiloscritto); tra i contributi pubblicati nei primi mesi del 2016, di cui si è fatto in tempo a tenere conto nella fase di chiusura editoriale del fascicolo, v. altresì A. LANZI, *sub artt. 2621, 2621-bis, 2621-ter, 2622 c.c.*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia – Commentario* (a cura di A. Lanzi), Roma, DIKE Giuridica, 2016, p. 3; V. MANES, *sub artt. 2621, 2621-bis, 2621-ter, 2622 c.c.*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2016, nonché in AA.VV., *Codice delle s.p.a.* (diretto da G. Portale-P. Abbadessa), Milano, Giuffrè, 2016, p. 3501; P. SEVERINO, *Le false comunicazioni sociali tra economia e diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 1 febbraio 2016; P. GUALTIERI, *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, in *Dir. pen. cont.*, 1 febbraio 2016; nonché l'opera monografica di A. D'AVIRRO, *Il nuovo falso in bilancio*, Milano, Giuffrè, 2015.

⁷ Per tutti, si v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 273 ss.

sionomia delle false comunicazioni sociali appare, infatti, radicalmente mutata rispetto al recente passato, visto che la scelta legislativa è stata quella di tracciare una linea di demarcazione basata non più sull'eventuale verifica del danno – nei confronti dei soci, della società o dei creditori – bensì sulla *tipologia* di società in relazione alla quale il falso risulti commesso. A seguito della novella, quindi, l'art. 2621 c.c. si riferisce specificamente alle società “non quotate”; viceversa, l'art. 2622 c.c. punisce la falsità se commessa in società “quotate”. Un evidente cambio di prospettiva ha riguardato, poi, anche le cornici edittali di pena: entrambe le fattispecie risultano ora caratterizzate da un ritrovato rigore – espressione di una «severità senza eguali in ambito europeo»⁸, per taluni versi finanche eccessiva – in grado di incidere in modo significativo anche sulla concreta attività d'indagine della magistratura inquirente (*infra*, § 4). Rigore sanzionatorio, invero, temperato dalle disposizioni – riferite peraltro solo alle società “non quotate” – degli artt. 2621-*bis* e 2622-*ter* c.c.: previsioni indubbiamente originali (seppure non esenti da rilievi critici) che introducono nel sistema punitivo delle false comunicazioni sociali, da un lato, una duplice previsione di favore – connotata da una cornice edittale attenuata – per i casi di «*lieve entità*» (§ 2) e, dall'altro, una causa di esclusione della punibilità «*per particolare tenuità*» del fatto, sulla falsariga di quanto statuito all'art. 131-*bis* c.p. (§ 3). Significativi cambiamenti, poi, si registrano anche in relazione al profilo psicologico delle due fattispecie, sebbene debba essere rimarcato come la vera partita interpretativa, quanto meno alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali in sede di legittimità, sembri giocarsi già sul piano della tipicità oggettiva: le modifiche legislative – in particolare, l'eliminazione delle soglie di punibilità e, soprattutto, l'espunzione dell'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*», che in passato connotava la condotta commissiva – hanno infatti condotto la Corte di cassazione, nell'arco di pochi mesi, a tre pronunce contrastanti⁹ circa la rilevanza penale del c.d. falso

⁸ Così G. LUNGHINI, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 1827.

⁹ In particolare, si v. Cass. pen., sez. V, 30 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), n. 33774 (ric. Crespi) con nota di S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, p. 1498; per un commento alla pronuncia, sia inoltre consentito il rinvio a F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2208. Di tenore opposto, Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2016 (ud. 12 novembre 2015), n. 890 (ric. Giovagnoli) con note di F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2016; S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni: la sentenza della Cassazione*, in *Il quotidiano giuridico Wolters Kluwer*, 1 febbraio 2016; M.N. MASULLO, *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi*, in *Dir. pen. cont.*, 1 febbraio 2016; M. LANZI, *La giurisprudenza di legittimità sul falso in bilancio e la rilevanza penale dei falsi valutativi*, in *dirittobancario.it*, 27 gennaio 2016, tutti intervenuti nelle more della chiusura editoriale del fascicolo, nonché, volendo, F. D'ALESSANDRO, *Valutazioni mendaci e false comunicazioni sociali: la Cassazione si ricrede, e fa bene!*, in corso di stampa in *Dir. pen. proc.* Infine, in

*valutativo*¹⁰ (§ 5). Tale disorientamento interpretativo potrebbe nuovamente determinare, se dovesse consolidarsi l'orientamento che nega autonomo rilievo penale alle valutazioni mendaci, l'inabissamento delle fattispecie di false comunicazioni sociali in un buio normativo ancor più cupo di quello scaturito dalla riforma del 2002. Il presente contributo, quindi, dopo una sintetica ricognizione esegetica delle più importanti innovazioni introdotte dalla novella, si soffermerà più da vicino sul tema del falso valutativo, cercando di mettere in luce quale dovrebbe essere la linea interpretativa sulla quale potrebbero auspicabilmente attestarsi le Sezioni Unite della Corte di cassazione¹¹, per riportare a livelli accettabili l'attuale incertezza giuridica¹², che mal si concilia con un sistema penale di uno Stato di diritto.

1. *L'art. 2621 c.c.: poche (e ambigue) aggiunte; molte (e non sempre perspicue) sottrazioni*

Limitato al solo microcosmo delle società “non quotate” – e dunque, per riprendere la clausola di riserva con cui si apre la fattispecie, applicabile solo «fuori dai casi previsti dall'art. 2622 c.c.» – il nuovo art. 2621 c.c. disciplina un reato proprio, punito con la reclusione da uno a cinque anni, che si presenta come «il risultato di sottrazioni e aggiunte»¹³ rispetto alla previgente fattispecie.

L'elenco dei soggetti attivi, invero, è rimasto immutato rispetto alla precedente disciplina – sono quindi puniti «*gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori*»

senso conforme alla prima decisione, Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 2016 (ud. 8 gennaio 2016), n. 6916 (ric. Banca Popolare dell'Alto Adige) con nota di M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? “Fatti materiali”, false valutazioni in bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in corso di pubblicazione.

¹⁰ Già numerosi sono inoltre i contributi dottrinali sul tema, tra i quali si segnalano quelli di A. PERINI, *I ‘fatti materiali non rispondenti al vero’: barakiri del futuribile ‘falso in bilancio’?*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015; I. CARACCIOLI, *Il rischio penale per le valutazioni estimative: reati fiscali a confronto con il nuovo falso in bilancio*, in *Il Fisco*, 2015, 28, p. 2735; A. D'AVIRRO, *Ancora a proposito di valutazioni e falso in bilancio*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2015; A. ROSSI, *Il falso valutativo nella sistematica delle false comunicazioni sociali: problemi e percorsi interpretativi*, in corso di pubblicazione. In tema di falso valutativo si v. inoltre CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE – UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione per la Quinta Sezione Penale* (a cura di P. Silvestri), V/003/15, 15 ottobre 2015, rinvenibile sul sito della Corte.

¹¹ Si v. Cass. pen., ord. 2 marzo 2016, n. 676 (ric. Passerelli) con nota di F. MUCCIARELLI, *Oltre un discorso “ancorché” le Sezioni Unite della Cassazione e la legalità dell'interprete: qualche nota*, in corso di pubblicazione.

¹² Di recente, sul tema, si v. F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, p. 7.

¹³ S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 814; negli stessi termini P. SEVERINO, *Le false comunicazioni sociali*, cit., p. 5.

– il che significa, come puntualmente messo in luce dalla più attenta dottrina¹⁴, aver perseverato in un duplice errore di tecnica legislativa. Da un lato, infatti, il richiamo ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili *ex art. 154-bis T.U.F.* appare del tutto inconferente, dal momento che questa figura professionale appartiene, come noto, esclusivamente alla galassia delle società quotate: come correttamente è stato rilevato, «l'esercizio delle loro funzioni non può acquisire rilievo in differenti forme societarie neppure attraverso l'art. 2639 c.c., la cui applicabilità e pur sempre subordinata alla tipicità della qualifica nel suo contesto di riferimento»¹⁵. Dall'altro lato, si deve segnalare il persistente disallineamento tra la disciplina penale e la normativa civilistica in tema di *corporate governance*, non avendo il legislatore espressamente menzionato, nel nuovo art. 2621 c.c. (e a differenza di quanto precedentemente accaduto, per esempio, in occasione della riforma del 2005, che ha introdotto l'art. 2629-*bis* c.c.), le qualifiche soggettive derivanti dall'adozione dei sistemi di organizzazione e controllo dualistico e monistico: imprecisione ormai non più giustificabile, da un punto di vista di tecnica della normazione, sebbene al difetto sembrerebbe potersi ancora ovviare, da un punto di vista pratico, grazie al meccanismo di estensione soggettiva di cui all'art. 2639 c.c.¹⁶.

Il rispetto della tradizione nella profilazione soggettiva del reato si contrappone tuttavia alle significative innovazioni intervenute nella perimetrazione oggettiva della fattispecie e ciò non tanto in riferimento all'oggetto materiale del reato (che è rimasto praticamente identico)¹⁷, né tanto meno alle condotte tipiche (che

¹⁴ S. SEMINARA, *op. loc. cit.*. Cfr. anche V. MANES, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 13-14; e G. LUNGHINI, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 1829.

¹⁵ S. SEMINARA, *op. loc. cit.*; per approfondimenti, si v. la bibliografia ivi richiamata (nt. 2).

¹⁶ Tuttavia, è stato giustamente sottolineato che «l'operatività di tale norma appariva più coerente per individuare soggetti attivi che non erano previsti dalla legge nella loro funzione al momento dell'entrata in vigore della norma incriminatrice (quindi così come era per la disciplina entrata in vigore nel 2002, prima della riforma del diritto societario)»; così G. LUNGHINI, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 1829.

¹⁷ Le falsità devono quindi essere commesse, come in precedenza, «nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge». Quanto ai bilanci, va segnalato che a seguito della riforma operata dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139 (in vigore dal mese di gennaio 2016) il novellato art. 2423 c.c. prevede che il bilancio di esercizio è ora «costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico, dal rendiconto finanziario e dalla nota integrativa»: l'oggetto materiale del reato, quindi, appare più ampio rispetto al passato, potendo ora le falsità (commissive od omissive) riguardare anche il prospetto dei flussi finanziari. Rimangono, inoltre, ferme le principali questioni esegetiche e in particolare quella relativa al bilancio consolidato – sicuramente ricompreso nel sintagma “bilanci” – che pone all'interprete il quesito «se il reato si configuri solo in relazione alle falsità che gli amministratori della capogruppo realizzano autonomamente in sede di consolidamento del bilancio (alterando i dati contabili provenienti dalle società controllate), oppure anche quando si limitino a recepirli nel bilancio della holding, ipotesi di c.d. falsità derivata»: così V. MANES, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 13, il quale propende, del tutto correttamente, per

tuttora ricalcano, sebbene con qualche novità, quelle *ante* riforma): una veloce comparazione tra la previgente disciplina e le fattispecie di nuovo conio, infatti, fa risaltare in primo luogo la scomparsa delle «*aberranti*»¹⁸ e «*obbrobriose*»¹⁹ soglie di punibilità – tanto quelle riferite alla falsità dello stato patrimoniale e del conto economico nel loro complesso, quanto quella riguardante le singole valutazioni estimative – che nella vecchia disciplina fungevano da cause di esclusione della tipicità. Torna in auge, di conseguenza, il c.d. falso *qualitativo*²⁰ – da non confondersi con quello *valutativo*²¹ – oggi certamente compreso nel fuoco repressivo della fattispecie incriminatrice²², atteso che la corretta esposizione delle causalità²³

la soluzione secondo la quale gli amministratori della controllante hanno «un dovere di escludere la controllata dal consolidamento, qualora essi siano consapevoli della falsità o inaffidabilità delle informazioni fornite», rispondendo, di riflesso, *ex art.* 40, cpv. c.p. qualora procedano, invece, comunque all'integrazione dei dati contabili. Rimane in ogni caso indubbio che «del falso del bilancio consolidato risponderà l'amministratore infedele della società controllata in virtù dell'art. 48 c.p. (...), consentendo tale norma l'applicazione della disciplina dell'errore di cui all'art. 47 c.p. anche nell'ipotesi in cui sia un terzo (l'amministratore della controllata) a indurre in errore l'agente (l'amministratore della capogruppo)»; in questi termini, G. LUNGHINI, *sub artt.* 2621 c.c., cit., p. 1832. In merito alle relazioni, ancora, pare corretta l'opinione dottrinale secondo cui «sembirebbe preferibile l'accoglimento della sua nozione "tipica", secondo la quale con essa si devono intendere i rapporti scritti previsti espressamente dalla legge come obbligatori in determinate situazioni» (così V. MANES, *op. loc. cit.*), su tutte, per esempio, la relazione sulla gestione (art. 2428 c.c.) e la relazione dei sindaci (art. 2429 c.c.), nonché quelle che l'organo amministrativo deve redigere in occasione di operazioni straordinarie (artt. 2501-*quinquies* e 2506-*ter* c.c.). Infine, nelle altre comunicazioni sociali – che, da un lato, devono essere «dirette ai soci o al pubblico» (i.e., restano fuori dal fuoco repressivo le comunicazioni interorganiche e infraorganiche) e, dall'altro, devono essere «previste dalla legge» – possono essere sicuramente ricompresi i bilanci straordinari (nuovamente, ad esempio, quelli previsti in occasione di fusioni o scissioni *ex artt.* 2501-*quater* e 2506-*ter* c.c.) e le relazioni semestrali delle società quotate (ovviamente nell'ipotesi di cui all'art. 2622 c.c.), *ex art.* 154-*ter* T.U.F.

¹⁸ Cfr. A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali*, cit., p. 1349.

¹⁹ Cfr. S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 815.

²⁰ Come noto, a seguito della riforma del 2002 – e in particolare in ragione dell'introduzione delle soglie quantitative di rilevanza penale – ci si domandava se i falsi qualitativi, non incidendo sul risultato di esercizio, fossero o meno compresi nell'area del penalmente rilevante. Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali, si v. S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 816 (nt. 8-9). Altra questione, che «interferisce ma non coincide integralmente con quella dei c.d. falsi qualitativi» è quella dei falsi comunque non numerici (e quindi non valutativi) che invece alterano la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società; per approfondimenti, si v. M. ROMANO, *Razionalità, codice e sanzioni penali*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna* (a cura di T. Padoa Schioppa-M.G. Di Renzo Villata-G.P. Massetto), III, Milano, Giuffrè, p. 1898, nt. 23.

²¹ Equivoca le due nozioni, invece, Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2016, cit., p. 14.

²² Nello stesso senso, F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 4; S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 816; M. GAMBARDILLA, *Il "ritorno" del delitto*, cit., p. 1732; P. SEVERINO, *Le false comunicazioni sociali*, cit., p. 5; V. MANES, *sub artt.* 2621 c.c., cit., p. 18.

²³ Cfr. T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1602. Per appro-

delle entrate e delle uscite può essere senz'altro rilevante al fine della valutazione della gestione della società, nonché delle sue prospettive di redditività e sviluppo futuro.

Come anticipato, tuttavia, la definitiva scomparsa delle soglie di punibilità non si è accompagnata a un drastico mutamento nella descrizione delle condotte tipiche: quella *commissiva*, infatti, si sostanzia (ancora) nella esposizione «*di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero*»; quella *omissiva*, invece, riguarda (sempre) il c.d. falso per reticenza²⁴ circa «*fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge*». Anche la “nuova” formulazione delle fattispecie²⁵, quindi, «tutela da un lato la veridicità, dall'altro la completezza dell'informazione societaria»²⁶: anzi, nel sistema punitivo disegnato dalla l. 69/2015, è proprio la *trasparenza/correttezza dell'informazione societaria* a tornare al centro dell'attenzione, quale bene giuridico oggetto di tutela²⁷, avendo il legislatore espunto – quanto meno nelle due fattispecie principali – qualsivoglia riferimento a interessi di natura privatistica²⁸, sia sotto il versante sostanziale della verifica di un *danno*,

fondamenti ed esemplificazioni si v. inoltre A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali*, cit., p. 1354; nonché A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 287.

²⁴ Un falso, questo, che «sarebbe improprio definire omissivo, anche se il termine impiegato è “omettono”, in quanto si tratta pur sempre di un'omissione parziale di informazioni, vale a dire di un falso per reticenza, in cui si dice qualcosa sì (di vero), ma si tace qualcosa che si doveva dire»; così A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 275. Si v. anche A. ROSSI, *False comunicazioni sociali*, cit., p. 145 la quale ribadisce «che si tratta di falsità per reticenza, considerato che l'omissione, sia pur parziale, non ha sede nel sistema di illeciti ‘di diritto pubblico’ se non a fronte di un obbligo di agire legislativamente imposto».

²⁵ Come si avrà modo di osservare *infra* § 4, sebbene nell'ipotesi *ex art.* 2622 c.c. il legislatore non abbia riproposto, nella (sola) condotta commissiva, l'aggettivo «rilevanti», ragioni sistematiche – su tutte, il rispetto del principio di offensività – fanno comunque propendere per la sostanziale identità, in concreto, tra le condotte attive disciplinate nelle due fattispecie di false comunicazioni sociali.

²⁶ C. PEDRAZZI, *La disciplina penale delle società commerciali*, in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 304.

²⁷ La trasparenza societaria è stata ripristinata «come baricentro dell'offesa, con un *revirement* non poco significativo dal punto di vista “ideologico”, ed un “ritorno al passato” rispetto alle scelte precedenti»; così V. MANES, *sub artt.* 2621 c.c., cit., p. 11.

²⁸ Del tutto condivisibile, sul punto, l'autorevole dottrina che sottolinea come la «rimozione del più recente passato non deve però accompagnarsi all'oblio delle ragioni che avevano indotto verso la riforma, tese a contrastare un'astrazione dell'interesse protetto dalla quale era derivata l'onnicomprendività del reato di false comunicazioni sociali. Al fine di evitare questo esito, occorre sottolineare come l'informazione societaria sia tutelata non in senso autoreferenziale, come obbligo di assoluta veridicità, ma per le sue concrete e potenziali ripercussioni sulle sfere patrimoniali dei soci, dei creditori e del pubblico»; così S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 818. Nello stesso senso, si v. G. LUNGHINI, *sub artt.* 2621 c.c., cit., p. 1828 secondo il quale «la trasparenza societaria trov[a] tutela in quanto strumentale a interessi finali, tra cui quelli di natura patrimoniale, a cui la veridicità dell'informazione è servente».

quale elemento di fattispecie²⁹, sia sotto quello processuale della previsione della condizione di procedibilità della *querela*³⁰.

In buona sostanza, quanto alle condotte tipiche, tre sono le differenze da segnalare rispetto alla previgente disciplina: *i*) nella condotta commissiva scompare l'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*»; *ii*) nella condotta omissiva il lemma «*informazioni*» è sostituito dal sintagma «*fatti materiali*»; *iii*) in entrambe le ipotesi, i fatti falsi debbono essere non solo «*materiali*», ma anche «*rilevanti*».

Rinviando per un momento l'analisi della *vexata quaestio* circa la rilevanza penale del falso valutativo (*infra* § 5), sembra innanzi tutto facilmente risolvibile la “seconda” discrepanza che emerge rispetto alla previgente disciplina: già in passato, infatti, si era osservato correttamente che l'aver utilizzato il termine «*informazioni*» e non «*fatti*» per la (pregressa) condotta omissiva «non sembra[va] sottendere alcuna seria variazione sostanziale»³¹. *A fortiori*, nessun particolare quesito interpretativo sembra porsi adesso che le due espressioni sono perfettamente allineate³².

Rimane, quindi, da capire *cosa* debba intendersi per «*fatti materiali rilevanti*»: snodo interpretativo, questo, di cruciale importanza per la tenuta di tutto il nuovo impianto repressivo posto a tutela della trasparenza societaria. Il sintagma appena citato, invero, dovrà poi intrecciarsi – e di lì in sintonia comunicare – tanto con l'idoneità decettiva del falso (che deve in ogni caso presentarsi, secondo la formula legislativa, come «*concretamente idoneo ad indurre altri in errore*»), quanto con l'elemento psicologico richiesto dalla fattispecie, che la prassi applicativa ha troppo spesso esiliato in reconditi territori.

Procedendo, tuttavia, con ordine, occorre in via preliminare segnalare un «equivoco di tipo semantico»³³, in quanto la locuzione «*fatti materiali*» – che, come noto, è stata trapiantata nel nostro ordinamento giuridico dall'esperienza giudiziaria anglosassone³⁴ – «designa gli elementi *significativi* che una persona ragionevole utilizzerebbe per orientare le proprie decisioni di investimento» e, per questa ragione, «se anche sarebbe stato preferibile evitare l'impiego di questo brutto neologismo, in ogni caso esso *comprende in sé l'attributo della rilevanza*, essendo

²⁹ Anche se, come si vedrà meglio *infra* §§ 2-3, il «danno alla società – pur eccentrico rispetto alla tipizzazione dei reati di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. – conserva un ruolo determinante nella gradazione della risposta penale»; in questi termini, correttamente, V. MANES, *sub artt. 2621 c.c.*, cit., p. 12.

³⁰ Querela che, in realtà, non è del tutto scomparsa: v. *infra* § 3.

³¹ A. ROSSI, *False comunicazioni sociali*, cit., p. 145 (nt. 68); nello stesso senso E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, III ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 77 secondo il quale la variazione «incide[va] poco sulla sostanza».

³² Parla di «sostanziale equiparazione del termine “fatti” a quello di “informazioni”» anche CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE – UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione*, cit., p. 8.

³³ In questi termini, correttamente, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 815.

³⁴ Per approfondimenti, si v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 287.

stato coniato proprio allo scopo stabilire quando una falsa informazione può ritenersi fonte di responsabilità»³⁵.

Partendo da questa premessa concettuale, sembrano allora condivisibili i risultati ai quali è giunta, sul punto, la Suprema Corte nel caso *Giovagnoli*, sebbene l'acribia argomentativa utilizzata nella motivazione sia parsa, talora, perfino eccessiva³⁶.

Quanto alla *materialità*, la Cassazione ha infatti correttamente rilevato che tale nozione funge da tempo, per gli economisti anglo-americani, «come criterio fondamentale di redazione dei bilanci di esercizio» ed è inoltre riconosciuto «dalle prassi contabili di tutti i paesi più evoluti, secondo le indicazioni dei più autorevoli organismi internazionali di settore»³⁷: traducendo questo concetto in linguaggio utile anche al diritto penale, quindi, i Giudici di legittimità hanno affermato che «pur nella diversità delle sfumature in cui è usato, può affermarsi – con apprezzabile margine di approssimazione – che il termine è, sostanzialmente, sinonimo di *essenzialità*, nel senso che, nella redazione del bilancio, devono trovare ingresso – ed essere valutati – solo dati informativi “essenziali” ai fini dell’informazione, restandone al di fuori tutti i profili marginali e secondari»³⁸. Ancora, prosegue la Corte, la *materialità* è un «principio immanente nel nostro sistema» che è strettamente correlato a quello della *true and fair view* di derivazione comunitaria³⁹, poi tradotto dal nostro legislatore nell'art. 2423 c.c.⁴⁰.

In merito alla *rilevanza*, la Cassazione – «contrastando interpretazioni che invece attribuivano agli aggettivi [in questione] valore pressoché sinonimico»⁴¹ – si è allineata alle recenti discipline europee⁴² e ha affermato che tale nozione, al pari di quella della *materialità*, deve essere apprezzata «in rapporto alla funzione precipua dell’informazione, cui sono preordinati i bilanci e le altre comunicazioni sociali di-

³⁵ S. SEMINARA, *op. loc. cit.* (il corsivo è nostro). In tema, cfr. anche F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., p. 8 secondo il quale «il vocabolo “materiali” è del tutto ridondante e la sua inserzione nella formula legislativa è sul piano semantico priva di valore specificativo».

³⁶ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni*, cit., § 3.

³⁷ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., p. 10.

³⁸ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., ibidem.

³⁹ I Giudici di legittimità richiamano espressamente, infatti, l'art. 2, comma 3, della IV Direttiva CEE sul bilancio di esercizio e l'art. 16, comma 3, della VII Direttiva CEE sul bilancio consolidato.

⁴⁰ Ai sensi del quale, com'è noto, il bilancio «deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico di esercizio» (comma 1).

⁴¹ Così F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni*, cit., § 3. Ritiene, invece, che «i due aggettivi hanno significati differenti» F. SUPERTI FURGA, *Riflessioni sulla novella legislativa*, cit., p. 1295.

⁴² Si v. in particolare l'art. 2, punto 16, Direttiva 2013/34/UE (recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 14 agosto 2015, n. 139) che definisce rilevante l'informazione «quando la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio dell'impresa».

rette ai soci e al pubblico, nel senso che l'informazione non deve essere "fuorviante", tale, cioè, da influenzare, in modo distorto, le decisioni degli investitori»⁴³.

Per queste ragioni, la Corte di legittimità conclude affermando che *materialità* e *rilevanza* costituiscono «*facce della stessa medaglia*» e «lungi dal costituire ridondante endiadi, devono trovare senso compiuto nella loro genesi, finalisticamente connessa (...) alla funzione precipua del bilancio e delle comunicazioni sociali, quali veicoli di informazioni capaci di orientare, correttamente, le scelte operative e le decisioni strategiche dei destinatari»⁴⁴.

Si può osservare – rinviando per ragioni di sintesi alle considerazioni già svolte in altra sede⁴⁵ – come l'impegno argomentativo messo in campo dalla Cassazione appaia sicuramente meritorio – e probabilmente imposto dalla mancata riproduzione, nella condotta attiva prevista per le società quotate, dell'aggettivo «*rilevanti*» (v. *infra* §4) – ma probabilmente sin troppo puntiglioso⁴⁶. Per tracciare una linea di demarcazione tra condotte delittuose e azioni penalmente lecite, infatti, appare in ogni caso necessario confrontarsi con la «*medaglia*» considerata nel suo insieme. Pertanto, le nozioni di *materialità* e *rilevanza*, pur non coincidenti tra loro, possono senz'altro fondersi in un concetto già ben noto alla grammatica penalistica: quello di *significatività*. Infatti, solo comportamenti – commissivi od omissivi che siano – i quali raggiungano un determinato livello oggettivo di *significatività* potranno "ambire" a rivelarsi (anche) «*concretamente idonei ad indurre altri in errore*», veicolando quindi quella complessiva idoneità decettiva della comunicazione sociale che sola giustifica l'intervento dell'arsenale sanzionatorio penale⁴⁷.

⁴³ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., p. 11. La Corte ha poi correttamente osservato come anche il concetto di rilevanza abbia ottenuto espresso riconoscimento nel nostro codice civile facendo capolino, seppur in negativo, nel nuovo comma quarto dell'art. 2423 c.c. (come modificato dal d.lgs. 139/2015) ai sensi del quale «non occorre rispettare gli obblighi in tema di rilevazione, presentazione e informativa quando la loro osservanza abbia effetti irrilevanti al fine di dare una rappresentazione veritiera e corretta». Per approfondimenti, si v. anche il *focus* «*Il nuovo volto del bilancio*» di *Lex 24* (23 settembre 2015) dove si sottolinea il riconoscimento ufficiale nel nostro ordinamento del principio della rilevanza, ma inteso in accezione sinonimica con quello di *materialità* e «a completamento» di quello della rappresentazione veritiera e corretta (p. 4).

⁴⁴ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., p. 12.

⁴⁵ F. D'ALESSANDRO, *Valutazioni mendaci*, cit., in corso di stampa.

⁴⁶ In merito, è stato correttamente rilevato da M.N. MASULLO, *Falso in bilancio*, cit., p. 11, come «la proposta di lettura tecnica promossa dalla Corte in ordine all'aggettivo "materiali" – scorporato da quello di "fatti", al fine di neutralizzare la pericolosa associazione che potrebbe condurre a interpretare la formula quale sinonimo di "fatti avulsi da un procedimento valutativo", corra il rischio di rendere il concetto un'aggiunta del tutto superflua rispetto al dato normativo, non appena si tenti di assegnarvi un valore semantico autonomo rispetto alla clausola d'idoneità decettiva con cui si chiude il fatto incriminato (...); medesima sorte sembra toccare all'ulteriore specificazione dei fatti in termini di "rilevanza"».

⁴⁷ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 12 che osserva come, insieme alla rilevanza, anche la *materialità* e la concreta idoneità decettiva rimandino a un giudizio di

Eccoci così giunti ad analizzare la novellata idoneità decettiva, la quale, oltre a essere intimamente concatenata alla descrizione delle condotte, è anche foriera di due ulteriori elementi di novità: *i*) l'aggiunta dell'avverbio «concretamente»; *ii*) la sostituzione del lemma «destinatari» con «altri».

Nessun particolare quesito interpretativo sembra conseguire dalla prima variazione, «che induce a declinare i nuovi delitti – appunto – sul paradigma del *reato di pericolo concreto*»⁴⁸. Di riflesso, per accertare la «pericolosità che oggi caratterizza la condotta, deve condividersi che essa impone un'indagine della singola comunicazione sociale, alla luce sia delle *modalità intrinseche* (...), sia del *contesto* nelle quali si collocano (...), sia, ovviamente, della *tipologia di destinatari* concretamente interessati dall'informazione»⁴⁹.

Alla luce di tale considerazione potrebbe allora apparire maggiormente insidiosa, sul piano esegetico, la seconda modifica introdotta dal legislatore del 2015: in merito, appare peraltro certamente condivisibile la lettura secondo la quale «gli “altri” indotti in errore non potranno che essere i destinatari della comunicazione sociale, le cui tipologie sono ben individuate dalla più autorevole delle dottrine»⁵⁰. Per questa ragione, anche a seguito della novella, rimane senz'altro fermo l'insegnamento, pur non esente da criticità, secondo il quale «sembra indispensabile riferire l'idoneità ingannatoria a un soggetto che sia munito degli indispensabili rudimenti per la comprensione tecnica del documento contabile di sintesi per eccellenza», in quanto «sarebbe un'inutile condiscendenza al mito della trasparenza immaginare che chiunque possa essere in grado di leggere adeguatamente documenti contabili per la cui redazione sono richieste competenze affinate»⁵¹.

relazione: ergo, «all'interno delle proposizioni che formano le disposizioni di legge in esame, il valore semantico dei termini “rilevanti” e “materiali” (inteso quest'ultimo come prestito semantico dall'inglese) equivale a quello espresso dalla locuzione “in modo concretamente idoneo”.

⁴⁸ In questi termini V. MANES, *sub artt. 2621 c.c.*, cit., p. 21. In senso analogo anche M. GAMBARDILLA, *Il “ritorno” del delitto*, cit., p. 1733.

⁴⁹ V. MANES, *op. loc. cit.*

⁵⁰ Così F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., p. 17 richiamando in nota il passaggio di Pedrazzi secondo il quale sono destinatari delle comunicazioni sociali «in prima linea i soci, quali portatori di diritti sia patrimoniali che amministrativi (anche, quindi, in quanto componenti di organi deliberanti); in seconda linea i creditori sociali, garantiti dal patrimonio sociale; più in generale i soggetti legati alla società da rapporti contrattuali, fra i quali spiccano i lavoratori dipendenti e per essi le associazioni sindacali che li rappresentano e tutelano; infine i terzi quali potenziali soci, creditori e contraenti (una cerchia che nelle società a larga base tende a coincidere con il “pubblico”)»; cfr. C. PEDRAZZI, *La disciplina penale*, cit., p. 305.

⁵¹ Così A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., pp. 281-282. L'Autore continua poi affermando che «l'elevato grado di tecnicismo che ha raggiunto la disciplina contabile (...) e con essa i principi e criteri di redazione del bilancio impongono di uscire dall'equivoco del lettore medio», ritenendo non più rinviabile «il passo, solo apparentemente azzardato, di ricostruire, quale destinatario della comunicazione, un lettore esperto, un agente modello che deve essere rideterminato idealmente assumendo il bagaglio di conoscenze strettamente necessario per la lettura efficace

Allontanandosi, per il momento, dal perimetro oggettivo della fattispecie (come anticipato, si tornerà sul falso *valutativo* nel § 5), si deve infine concentrare l'attenzione su un'altra (importante) "sottrazione" e su una (verosimilmente superflua) "addizione", entrambe intervenute, questa volta, sul versante dell'*elemento psicologico* del delitto.

Sul punto, la riforma operata dalla l. 69/2015 ha sancito la definitiva scomparsa del dolo intenzionale di inganno che pervadeva, inibendone di fatto ogni possibile applicazione pratica⁵², al di là delle strettoie già fissate sul piano oggettivo, gli artt. 2621 e 2622 c.c. *ante-riforma*⁵³. Ciò non significa, tuttavia, che l'elemento soggettivo possa essere relegato – soprattutto nelle motivazioni dei provvedimenti adottati in sede giudiziale – in secondo piano: da un lato, infatti, si deve osservare come l'avverbio «intenzionalmente», già sotto la vigenza della precedente disciplina, fosse da ricondursi a un'opzione legislativa formulata «in termini appesantiti e sostanzialmente ripetitivi, poiché l'intenzione di ingannare è fatalmente contenuta nel momento soggettivo che presiede alla realizzazione di modalità idonee a indurre in errore»⁵⁴; dall'altro, proprio valorizzando tale dato di interpretazione storica, è possibile concludere che, sebbene la struttura psicologica dell'illecito sia stata alleggerita dal legislatore, ciò non esoneri da un rigoroso accertamento del dolo generico di fattispecie, nel cui fuoco rientra comunque *tutta* l'ossatura

del bilancio e per la comprensione delle norme di riferimento, giuridiche e tecniche. Con questo, inevitabilmente, si alza l'asticella delle conoscenze, ma il non farlo sarebbe nient'altro che proseguire in un pericoloso, demagogico, equivoco» (p. 292). Lo stesso Autore, tuttavia, segnala in argomento una «contraddizione sostanziale» – della quale i cultori del diritto penale possono solo prendere atto – che «risiede evidentemente nel fatto che, nello stesso tempo, l'informazione societaria (...) non è più un bene che interessa soltanto una cerchia limitata di destinatari, fino ai tradizionali "cassettisti"; non è più solo una questione di addetti ai lavori che si scambiano informazioni redatte secondo un codice linguistico e tecnico comune: è, ormai, un fatto che riguarda anche una platea di cittadini nel momento in cui assumono il ruolo di risparmiatori» (p. 293). Allo stesso approdo, segnalando le stesse criticità e per il tramite di un condivisibile parallelismo con il parametro dell'investitore ragionevole di cui all'art. 181, comma 4, T.U.F., giunge F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 21. Secondo altrettanto autorevole dottrina, però, deve tuttora «ritenersi che il giudizio sulla concretezza del pericolo impone di riferire la potenzialità ingannatoria della falsa od omessa informazione a una persona ragionevole dotata di medie competenze», individuata «alla luce della forma e delle dimensioni della società»: così S. SEMINARA, *La riforma*, cit., pp. 816-817. Cfr. anche G. LUNGHINI, *sub artt. 2621 c.c.*, cit., p. 1838 secondo il quale «al destinatario deve essere riconosciuta una ricostruzione di tipo normativo» e deve essere un soggetto «dotato di un minimo di capacità tecniche».

⁵² Cfr. F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 5.

⁵³ Per approfondimenti, si v. A. ROSSI, *False comunicazioni sociali*, cit., p. 130 ss. Per le ragioni che indussero il legislatore del 2002 a ricercare «una soluzione di forte delimitazione della fattispecie incriminatrice [anche] sul piano dell'elemento soggettivo», si v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 102.

⁵⁴ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 285; negli stessi termini, A. ROSSI, *False comunicazioni sociali*, cit., p. 130.

oggettiva del reato, richiedendosi perciò anche la rappresentazione e volizione, da parte dell'agente, della concreta idoneità decettiva del falso⁵⁵.

Sempre sul versante dell'elemento soggettivo, è rimasto immutato il dolo specifico di profitto («*al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto*»): invero, come acutamente rilevato in dottrina, «la sua esplicitazione all'interno dell'art. 2621 c.c. vale a rimarcare la componente fraudolenta insita nel fatto e, in conformità alla tesi che valorizza il dolo specifico già sul piano della tipicità, anche la sua necessaria adeguatezza al conseguimento del fine»⁵⁶. Quanto all'*ingiustizia* del profitto, ancora, sembra corretta la lettura che ne esclude un'autonoma pregnanza, perché tale elemento «colora di sé ogni risultato perseguito attraverso un mezzo illecito come la falsa comunicazione sociale»⁵⁷.

In relazione alla componente di intensità della volizione, infine, l'operatività del dolo eventuale appare ancora oggi esclusa – in continuità con la disciplina previgente – dalla seconda novità relativa all'elemento psicologico della fattispecie: come ha avuto modo di osservare anche la Suprema Corte⁵⁸, infatti,

⁵⁵ Come puntualizzato da M. GAMBARDELLA, *Il "ritorno" del delitto*, cit., p. 1749 «sotto il profilo del dolo generico è necessario nel reo la rappresentazione che i fatti materiali (rilevanti) esposti nei bilanci non siano veridici, oppure la rappresentazione da parte dell'autore del reato che siano stati omessi nei bilanci fatti materiali (rilevanti) che la legge imponeva di comunicare; occorre inoltre in entrambe le ipotesi che il soggetto preveda la concreta idoneità di tali comportamento a indurre altri in errore».

⁵⁶ S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 817. Cfr. anche V. MANES, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 30 secondo il quale il dolo specifico di profitto è «elemento in grado di qualificare la direzionalità offensiva del fatto, privando di meritevolezza di pena condotte che non la perseguano».

⁵⁷ Così nuovamente S. SEMINARA, *op. loc. cit.*, il quale, tuttavia, allo stesso tempo lucidamente osserva che «va negato che il requisito in esame possa operare attraverso criteri metagiuridici di tipo equitativo, come lo scopo di salvare l'azienda o di evitare il licenziamento dei propri dipendenti, trattandosi di interessi estranei al piano dell'offesa tipica e, più in generale – come dimostra la configurabilità in tali ipotesi dei reati fallimentari – al piano dei valori normativi». *Contra*, E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 143 e L. FOFFANI, *La nuova disciplina*, cit., p. 280. Più sfumata la posizione di V. MANES, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 31 secondo il quale «sembra forse eccessivo svilire di ogni portata selettiva [il requisito dell'ingiustizia, *nda.*] ritenendolo sostanzialmente "intrinseco" ad ogni falsa comunicazione sociale».

⁵⁸ Secondo Cass. pen., sez. V, 30 luglio 2015, cit. p. 53, l'avverbio consapevolmente «appare sintomatico della volontà del legislatore di escludere la rilevanza del dolo eventuale». Ove si consolidasse tale orientamento «le conseguenze sarebbero di notevole impatto specie sul perimetro delle responsabilità in seno ad organi collegiali (...), dove la corresponsabilizzazione di sindaci, amministratori senza deleghe, amministratori indipendenti etc. per il bilancio mendace da altri sottoscritto è spesso filtrata – come si sa – attraverso lo schema duttile dell'omesso impedimento dell'altrui reato (art. 40 cpv. c.p.) a titolo di dolo eventuale, potenziato da un uso spesso retorico dei cc.dd. segnali d'allarme»; così V. MANES, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 32. In senso analogo M. GAMBARDELLA, *Il "ritorno" del delitto*, cit., p. 1749 secondo il quale «ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo nel delitto de quo, non è sufficiente il dolo eventuale, ma è necessaria la presenza (almeno) del dolo diretto». Per R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La lenta "scomparsa"*, cit., p. 65, invece, l'aggiunta

all'avverbio «*consapevolmente*» – che come noto descrive, oggi, il coefficiente di partecipazione psicologica alle condotte tipiche⁵⁹ – è affidato non soltanto il ruolo di spartiacque tra conoscenza e conoscibilità della falsità, ma anche quello di selezionare, all'interno dell'area del dolo, la figura del dolo diretto quale coefficiente minimo di partecipazione psicologica al fatto di reato⁶⁰.

Volendo, quindi, tracciare un bilancio complessivo delle modifiche apportate all'art. 2621 c.c. sembra possibile concludere che, al netto di «qualche innegabile difetto tecnico e, al fondo, di una sostanziale timidezza nell'intervento riformatore»⁶¹, pare potersi condividere la lettura proposta da autorevole dottrina, secondo la quale «il reato di falso in bilancio si appresta a vivere una nuova stagione, finalmente libero dagli irrazionali vincoli che ne limitavano l'operatività»⁶².

Sennonché, come ormai noto, sono intervenuti i Giudici di legittimità a smorzare – e a riattivare, immediatamente dopo – la soddisfazione degli interpreti per la ritrovata vigoria operativa del falso in bilancio: il riferimento è, come anticipato in apertura, alla diatriba interpretativa relativa all'avvenuta espunzione dal testo normativo dell'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*». Elisione, questa, che collocerebbe – almeno secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza – fuori dal perimetro delle fattispecie di reato il c.d. falso *valutativo*, la cui repressione, com'è ovvio, rappresenta uno dei pilastri portanti dell'impianto posto a tutela della veridicità dell'informazione societaria.

Prima di entrare nel merito di tale dibattito (si v. *infra* § 5), tuttavia, appare indispensabile completare l'esame del mosaico di novità introdotte dalla l. 69/2015.

dell'avverbio è «precisazione che risulta apparentemente superflua, richiamando formalmente lo stesso contenuto tipico del dolo che la sostiene».

⁵⁹ Meno chiaro, invece, se nel suo fuoco ricada anche l'idoneità decettiva del falso: sul punto, si v. F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 26 secondo il quale «quest'ultimo estremo [l'idoneità decettiva, n.d.a.], oltre a essere separato dall'avverbio consapevolmente da una virgola (che segnala l'autonomia del sintagma), concerne una modalità della condotta bensì correlata alla falsità, che però non deriva immediatamente dal comportamento dell'agente stesso: sicché uno stato di dubbio circa la concreta idoneità decettiva non pare bastevole a far venire meno il momento rappresentativo del dolo».

⁶⁰ Da segnalare, tuttavia, il monito di S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 817 che ricorda come «il dibattito sull'art. 2638, comma 2, c.c. rivela tuttavia come l'avverbio in esame presenti una scarsa attinenza con il dolo eventuale e, anzi, nel contesto di un reato doloso, risulti inutile nella sua pretesa di evidenziare una componente strutturale del dolo».

⁶¹ F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 2 che, peraltro, giustamente ricorda come lo stesso si sia «limitato al solo delitto di false comunicazioni sociali, mentre ulteriori interventi correttivi meritavano molte delle figure che tuttora compongono il diritto penale societario nella versione deturpata dalla riforma del 2002».

⁶² S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 816.

2. *I fatti di lieve entità ex art. 2621-bis c.c.:
ipotesi autonome di reato o circostanze attenuanti?*

La l. 69/2015 ha inserito nel tessuto normativo del codice civile un nuovo art. 2621-*bis* c.c. che, come anticipato *supra*, introduce nel sistema due specifiche disposizioni di favore – tra loro distinte, a ben vedere, “ontologicamente” prima ancora che “giuridicamente” – le quali si riferiscono, tuttavia, alle sole false comunicazioni sociali commesse in società non quotate.

La prima prevede una pena attenuata («*da sei mesi a tre anni di reclusione*») quando «*i fatti di cui all'art. 2621 c.c. sono di lieve entità, tenuto conto della natura e delle dimensioni della società e delle modalità o degli effetti della condotta*» (comma 1).

La seconda, pur prevedendo lo stesso affievolimento sanzionatorio, si applica invece se i fatti «*riguardano società che non superano i limiti indicati dal secondo comma dell'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*»⁶³ (comma 2): solo in questo peculiare scenario, poi, viene reintrodotta la querela di parte come condizione di procedibilità del reato.

Si tratta di disposizioni sicuramente originali, che, tuttavia, prestano il fianco a diverse censure di carattere dogmatico, invero già tutte puntualmente individuate in dottrina⁶⁴, tanto che in questa sede non pare necessario andare oltre una mera ricapitolazione delle principali conclusioni raggiunte.

Una considerazione di carattere preliminare: l'introduzione dell'art. 2621-*bis* c.c. (e dell'art. 2621-*ter* c.c., sul quale *infra* § 3), rappresenta un evidente tentativo da parte del legislatore di costruire una sorta di “podio di illegittimità”⁶⁵ che vede sul gradino più alto il reato precipuamente dedicato alle società quotate *ex art.* 2622 c.c., su quello intermedio il delitto *ex art.* 2621 c.c. e, sul più basso, in un ideale *ex aequo* basato su presupposti giuridici affatto diversi, le ipotesi di «*lieve entità*» contemplate nell'art. 2621-*bis*, comma 1, c.c. e quelle commesse in società non fallibili (o che non possono accedere al concordato preventivo) previ-

⁶³ Per amore di completezza, ricordiamo che i limiti *ex art.* 1, comma 2, l. fall. per essere esentati dalle norme sul fallimento e sul concordato preventivo sono: «a) aver ottenuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) aver un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila».

⁶⁴ Si v. per tutti S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 818 ss.; nonché F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., p. 27 ss.

⁶⁵ Proprio per questa ragione, in apertura del lavoro, si è indicato come “parziale” l'abbandono del gradualismo sanzionatorio che caratterizzava la previgente disciplina.

ste dall'art. 2621-*bis*, comma 2, c.c. Infine, la “medaglia di legno”, che inibisce l'ascesa al podio del rimprovero criminale, spetta ai fatti di cui all'art. 2621-*ter* c.c., che dispone la non punibilità degli illeciti previsti agli artt. 2621 e 2621-*bis* c.c. qualora ricadano sotto l'ombrello protettivo della «*particolare tenuità*» del fatto.

Un autentico «ginepraio»⁶⁶, sul quale è lecito nutrire cospicue perplessità, tanto sotto il profilo dogmatico, quanto sotto quello della concreta praticabilità prasseologica.

Notevoli dubbi insorgono, in primo luogo, circa la *natura* delle disposizioni contemplate nell'art. 2621-*bis* c.c.: mal si comprende, infatti, se esse siano circostanze attenuanti a efficacia speciale del delitto *ex* art. 2621 c.c. ovvero autonome (e distinte) fattispecie di reato⁶⁷. La prima soluzione, sposata da autorevole dottrina⁶⁸, «sembra avvalorata dalla tipizzazione *per relationem*, oltre che dall'omogeneità di offesa che caratterizza le fattispecie di cui all'art. 2621-*bis* c.c. rispetto all'art. 2621 c.c.»⁶⁹.

La seconda opzione, invece, sottoscritta da autori non meno qualificati⁷⁰ – e, per ora, avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità⁷¹ – si fonda invece sia sulla clausola di sussidiarietà espressa che apre entrambi i commi dell'art. 2621-*bis* c.c. («*Salvo che costituiscano reato più grave*»), sia sul fatto che l'art. 2621-*ter* richiama espressamente – ai fini della non punibilità per particolare tenuità – ambedue gli artt. 2621 e 2621-*bis* c.c., sia, infine, sull'aggiornamento del catalogo dei reati-presupposto del d.lgs. 231/2001⁷².

⁶⁶ Così, A. CRESPI, *Sentenze opache e legalità “formalistica”*, cit., p. 1036 il quale esprimendo tutta la sua «solidarietà» al ragionevole lettore di queste sciatte norme ritiene «soluzione saggia chiudere bottega e procedere oltre» (p. 1037).

⁶⁷ Nel qual caso, in rapporto di specialità rispetto all'ipotesi di cui all'art. 2621 c.c.; cfr. M. GAMBARDELLA, *Il “ritorno” del delitto*, cit., p. 1751 che parla di «specialità unilaterale sincronica sopravvenuta».

⁶⁸ A. CRESPI, *Sentenze opache e legalità “formalistica”*, cit., p. 1036; parla di circostanze attenuanti anche S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 819. Invero, scorrendo le (2529!) pagine di lavori preparatori, nella più totale assenza di una relazione che accompagni la novella legislativa, emergono numerosi riferimenti al fatto che l'art. 2621-*bis* c.c. abbia introdotto circostanze attenuanti.

⁶⁹ V. MANES, sub *artt. 2621-bis c.c.*, cit., p. 34 il quale, tuttavia, ritiene preferibile la seconda opzione.

⁷⁰ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., p. 2; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La lenta “scomparsa”*, cit., p. 65.

⁷¹ Si v. Cass. pen., sez. V, sent. 30 luglio 2015, cit., p. 52 che parla di «vero e proprio titolo autonomo di reato».

⁷² L'art. 12 della l. 69/2015 ha infatti modificato l'art. 25-*ter*, d.lgs. 231/2001 inserendo una lettera a-*bis*) relativa al «delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'art. 2621-*bis* del codice civile». Da segnalare, sempre in punto di coordinamento tra i diversi ambiti del diritto penale economico, come invece nessun richiamo all'art. 2621-*bis* c.c. sia stato inserito nell'art. 223, comma 2, l. fall.: *ergo*, qualora si propendesse per la qualificazione delle “false comunicazioni sociali di lievi entità” quale reato autonomo, se ne dovrebbe comunque dedurre l'irrilevanza, in caso di fallimento

È stata poi delineata, in dottrina, una terza soluzione “intermedia”⁷³ – la quale pare senz’altro quella più convincente, rendendo adeguatamente conto delle diversità strutturali tra le due situazioni considerate nella norma – secondo la quale l’art. 2621-*bis* c.c. presenterebbe una natura sostanzialmente ibrida, in quanto descriverebbe tanto una circostanza attenuante (al primo comma), quanto un’ipotesi autonoma di reato (al secondo comma)⁷⁴.

Insomma: tanta e tale è la confusione nei concetti e nelle categorie da «rendere fin troppo agevole immaginare che la fattispecie sia stata originariamente ideata come una circostanza attenuante (...) e successivamente resa autonoma, probabilmente per prevenire il rischio che l’eventuale concorso di aggravanti ne assorbisse gli effetti in caso di esito negativo del giudizio di bilanciamento»⁷⁵. Tuttavia, è compito dell’interprete provare ad affrontare il “cespuglio di rovi” normativo, cercando di dipanare l’intricata matassa legislativa attraverso il puntuale scrutinio delle singole disposizioni.

Seguendo la progressione di illeciti tracciata dal legislatore – e dunque partendo dal gradino più basso del podio – si deve prendere in primo luogo in considerazione l’art. 2621-*bis*, comma 2, c.c. che, come anticipato, prevede una riduzione di pena alla luce di criteri meramente quantitativi legati agli attivi patrimoniali, ai ricavi lordi e all’ammontare complessivo dei debiti. Disposizione, quindi, dedicata alle piccole (se non piccolissime) realtà imprenditoriali e che – in linea di massima – potrebbe anche apparire condivisibile in ottica politico-criminale, sebbene i criteri prescelti dal legislatore in sede penale, come puntualmente rilevato in dottrina⁷⁶, continuino ad essere inspiegabilmente slegati da quelli che lo stesso legislatore ha previsto in sede civile tanto per la redazione del bilancio in forma abbreviata (art. 2435-*bis* c.c.)⁷⁷, quanto – e assai più significativamente –

o concordato, ai fini dell’integrazione della bancarotta impropria da reato societario. Infatti, se tale mancato richiamo è facilmente comprensibile in relazione al secondo comma dell’art. 2621-*bis* c.c., che riguarda società che non possono fallire né possono accedere al concordato, lo stesso non può dirsi in rapporto al primo comma, che riguarda società assoggettabili alla disciplina della Legge Fallimentare e segnala, dunque, l’esistenza di una lacuna di disciplina (non si sa quanto meditata) non colmabile in via interpretativa.

⁷³ Cfr. A. ALESSANDRI, *Le incerte novità*, cit., p. 37.

⁷⁴ Reputa «indubbiamente» autonoma la fattispecie del secondo comma anche A. LANZI, sub artt. 2621-*bis*, cit., p. 12.

⁷⁵ Così R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La lenta “scomparsa”*, cit., p. 65.

⁷⁶ Cfr. S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 818.

⁷⁷ Secondo il quale (comma 1): «le società, che non abbiano emesso titoli negoziati in mercati regolamentati, possono redigere il bilancio in forma abbreviata quando, nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, non abbiano superato due dei seguenti limiti: 1) totale dell’attivo dello stato patrimoniale: 4.400.000 euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 8.800.000 euro; 3) dipendenti occupati in media durante l’esercizio: 80 unità».

nelle disposizioni relative alle cosiddette *microimprese* (art. 2435-ter c.c., come da ultimo inserito dal d.lgs. 139/2015)⁷⁸.

Vi è tuttavia un dato che stride, in modo clamoroso, con lo schema delineato dalle novellate fattispecie di false comunicazioni sociali, ed è quello relativo alla ricomparsa, in tale ipotesi, della querela della persona offesa («della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione sociale»⁷⁹) quale condizione di procedibilità del reato: il che da un lato «mantiene in vita tutti i problemi già analizzati in dottrina a proposito del previgente art. 2622, comma 1, c.c.», e dall'altro – ancor più gravemente – «si risolve in uno stravolgimento surrettizio della fattispecie di cui all'articolo 2621 c.c., che perde la sua natura di reato di condotta e si trasforma in un reato di danno, i cui soggetti passivi sono appunto i titolari del diritto di querela»⁸⁰.

Soluzione a dir poco “originale”, quella congegnata dal legislatore, che fa il paio, quanto a scarsa persuasività, con quella disciplinata all'art. 2621-bis, comma 1, c.c. (l'altra “medaglia di bronzo”): in tale ipotesi, infatti, la «lieve entità» viene ancorata alla natura e alle dimensioni della società e alle modalità o agli effetti della condotta. Ora, sempre che nella grammatica legislativa le congiunzioni non abbiano assunto all'improvviso significati sconosciuti alla lingua comune, si deve ritenere che «entrambi i profili»⁸¹ – *i.e.*, da una parte quelli legati alla società (congiuntamente: e); dall'altra parte quelli legati alla condotta (anche disgiuntamente: o) – dovranno essere presi in considerazione dal giudice per l'applicazione della fattispecie *de qua*.

Quel che suscita le maggiori perplessità nell'interprete, tuttavia, è la *totale indeterminatezza* dei riferimenti⁸², che mal si confà alla precisione che dovrebbe necessariamente contraddistinguere un rimprovero, seppur “attenuato”, di stampo

⁷⁸ Ai sensi del quale (comma 1): «sono considerate micro-imprese le società di cui all'art. 2435-bis che nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, non abbiano superato due dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 175.000 euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 350.000 euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 5 unità».

⁷⁹ Osserva F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., p. 28, che l'aggiunta, rispetto al precedente art. 2622 c.c., degli «altri destinatari della comunicazione sociale», «amplia in modo indeterminato il novero di coloro che potranno attivare la condizione di procedibilità».

⁸⁰ Così S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 819, il quale sottolinea come ciò comporti, tra l'altro, un'alterazione anche sul piano della consumazione (nt. 15). Sui problemi legati alla procedibilità a querela, in riferimento alla previgente disciplina (art. 2622 c.c.), si v. per tutti A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 305 ss.

⁸¹ F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., p. 27. Cfr. anche M. GAMBARDILLA, *Il “ritorno” del delitto*, cit., p. 1750 secondo il quale «anche se uno solo degli indici previsti dalla legge risulti mancante il giudice può negare la configurazione della ipotesi meno grave di falso in bilancio».

⁸² Cfr. A. ALESSANDRI, *Le incerte novità*, cit., p. 37; nonché – quanto meno rispetto ai profili della natura e dimensione della società – S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 820.

penale. Richiamarsi, infatti, alla *natura* della società equivale a costringere l'interprete a brancolare nel più totale indefinito esegetico, essendo assolutamente incomprensibile se con tale espressione debba intendersi la «forma giuridica assunta»⁸³, il «tipo di attività svolta»⁸⁴ o qualche altro arcano connotato. Richiamare, inoltre, la *dimensione* della società, senza legarla, come per il secondo comma, a qualsiasi parametro quantitativo di riferimento, apre la via a considerazioni di carattere puramente soggettivo che, ancora una volta, mal si conciliano con la necessaria oggettività della cognizione penale. Tali valutazioni soggettivistiche trascolorano, poi, nel più smaccato arbitrio qualora l'attenzione si rivolga al richiamo alle *modalità* o agli *effetti* della condotta: parametri, questi, che da un lato (le *modalità*) appaiono poco sintonici con un giudizio di «*lieve entità*», vista la pregnanza, nella descrizione legale della condotta, di elementi oggettivamente (*materialità, rilevanza, idoneità decettiva*) e soggettivamente (*dolo specifico e diretto*) assai selettivi, e dall'altro lato (gli *effetti*) spalancano nuovamente le porte al danno, in maniera del tutto eccentrica rispetto alla struttura di tipicità dell'illecito.

Il risultato, dunque, appare in ogni caso foriero di cospicui problemi interpretativi: il che lascia presagire – tanto nel caso in cui si ritenga di classificare le disposizioni dell'art. 2621-*bis* c.c. come circostanze attenuanti a efficacia speciale, quanto nello scenario in cui si prediliga l'opzione che ravvisa nelle stesse due distinte ipotesi di reato – un'assai difficoltosa proiezione di tali figure nella prassi applicativa, col risultato che esse saranno verosimilmente destinate a non incidere in maniera significativa nella realtà giurisprudenziale.

Del resto, si deve anche considerare come, al momento dell'applicazione concreta, il giudice dovrà altresì confrontarsi con l'ingrato (per non dire *impossibile*) compito di coordinare la «*lieve entità*» di cui all'art. 2621, comma 1 c.c., sia con la circostanza attenuante speciale contemplata nell'art. 2640 c.c.⁸⁵, applicabile ai casi in cui l'offesa sia di «*particolare tenuità*», sia con i fatti radicalmente esclusi del rimprovero penale perché... *particolarmente tenui*, ai sensi del nuovo art. 2621-*ter* c.c.

3. *La particolare tenuità ex art. 2621-ter c.c.:* *quando il danno esclude la punibilità in un illecito di pericolo*

È adesso possibile dedicare qualche notazione all'art. 2621-*ter* c.c. – ai sensi del quale «*ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art.*

⁸³ Invero, se così fosse «sarebbe arduo cogliere il significato razionale dell'attenuante e quindi l'ambito di una sua possibile applicazione»: così A. ALESSANDRI, *op. loc. cit.*

⁸⁴ Così, sempre in chiave assolutamente dubitativa, F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 27.

⁸⁵ Sulle frizioni con l'art. 2640 c.c., per tutti, si v. S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 819.

131-bis del codice penale, il giudice valuta, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli artt. 2621 e 2621-bis» – che completa il «dovizioso assortimento»⁸⁶ messo in campo dal legislatore del 2015.

Sul punto, saranno sufficienti davvero poche battute: evidente, per via dell'espresso richiamo normativo, il tentativo di coordinare la riforma delle false comunicazioni sociali con la disciplina introdotta all'art. 131-bis c.p. per il tramite del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, una prima perplessità metodologica è destinata a sorgere in ragione della «stranezza di una norma di parte generale che, appena entrata in vigore, viene sottoposta ad applicazione in deroga»⁸⁷.

Guardando poi al merito della disposizione, non si può che segnalare la scarsa perspicuità di tale deroga: l'art. 2621-ter c.c., infatti, detta «un criterio per l'applicazione della [citata] causa di non punibilità» che desta numerose «perplessità sul versante sistematico»⁸⁸.

In primo luogo, l'utilizzo del sintagma «*in modo prevalente*», privo di qualsivoglia determinatezza penalistica, apre inesorabilmente il campo, ancora una volta, a valutazioni «all'insegna della massima discrezionalità»⁸⁹. In secondo luogo, la prevalenza attribuita all'entità del danno, nel novero dei diversi criteri dettati dall'art. 131-bis c.p., appare un nuovo grave infortunio legislativo, sotto il profilo della stessa dogmatica penale: com'è stato correttamente osservato, i delitti di false comunicazioni sociali «sono reati di pericolo, sicché il danno (necessariamente indicato dall'art. 2621-ter c.c. come eventuale) non è solo estremo estraneo al tipo legale, ma addirittura potrebbe non essere stato oggetto d'indagine prima e di accertamento dibattimentale poi»⁹⁰. In terzo luogo, il mancato riferimento agli «altri destinatari delle comunicazioni sociali», all'interno del novero dei possibili sogget-

⁸⁶ A. CRESPI, *Sentenze opache e legalità "formalistica"*, cit., p. 1036.

⁸⁷ S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 820.

⁸⁸ F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 29.

⁸⁹ S. SEMINARA, *op. loc. cit.* Sul punto, cfr. tuttavia G. LUNGHINI, sub *artt. 2621-ter c.c.*, cit., p. 1852 secondo il quale «posto che la norma di cui all'art. 2621-ter c.c. individua un'ipotesi di reato bagatellare improprio, ne consegue che sarà necessario tenere conto, nella valutazione del giudice, di più criteri. L'impiego di un unico criterio assurgerebbe invece al ruolo, incompatibile con la categoria di criminalità bagatellare in esame, di selezionare, già a livello legislativo sul piano astratto, la tipicità del fatto. Nel caso di specie invece il fatto è tipico, ma al giudice è lasciata la discrezionalità, legislativamente vincolata, di individuare in forza dei parametri stabiliti i fatti che, pur offensivi, lo sono in misura così esigua da non meritare il ricorso allo strumento di reazione penale».

⁹⁰ F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 29. Da questo «problema che non ammette ragionevoli soluzioni», poi, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 821, fa derivare altre due implicazioni: «la prima è che al danno viene attribuito un ruolo primario in quanto, più della condotta, caratterizza il disvalore del reato»; la seconda «riguarda l'operatività del criterio dell'entità del danno, il quale non può comunque rivelare la particolare tenuità dell'offesa in quanto, se così fosse, a maggior ragione l'offesa dovrebbe escludersi in assenza di qualsiasi danno».

ti danneggiati, appare a tutti gli effetti una ingiustificata «dimenticanza»⁹¹, che «suona come un funesto indizio del mantenimento in vita del passato art. 2622 c.c.»⁹².

Quanto, infine, al criterio distintivo tra la «*lieve entità*» dell'art. 2621-*bis* (sanzionata penalmente) e la «*particolare tenuità*» dell'art. 2621-*ter* (penalmente irrilevante), si tratta di un profilo che costringe l'interprete a sperimentare la vertigine del dubbio amletico⁹³, evidenziando, da un lato, quanto sia mal riuscito il nuovo gradualismo sanzionatorio disegnato dal legislatore del 2015 e suggerendo, dall'altro, di non disperdere (vanamente) eccessive energie sul terreno delle «insignificanze», per concentrare l'attenzione sulla fattispecie che occupa il vertice della piramide repressiva.

4. L'art. 2622 c.c. e il microcosmo delle società quotate

Non curante del fatto che l'appropriata *sedes materiae* delle norme penali relative all'intermediazione finanziaria sia da ravvisarsi nel T.U.F., il legislatore ha infine trasformato l'art. 2622 c.c. – che descriveva, nella previgente disciplina, il famigerato delitto di false comunicazioni sociali “con danno” – in un illecito di pericolo volto a colpire le falsità realizzate nell'ambito di società “quotate”. Il virgolettato, in questa circostanza, non è casuale, in quanto occorre prendere (positivamente⁹⁴) atto dell'estensione contemplata nel secondo comma della fattispecie, che equipara alle società (tecnicamente) quotate anche «1) *le società emittenti strumenti finanziari per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea*; 2) *le società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un sistema multilaterale di negoziazione italiano*; 3) *le società che controllano società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea*; 4) *le società che fanno appello al pubblico risparmio o che comunque lo gestiscono*»⁹⁵.

⁹¹ G. LUNGHINI, sub *artt.* 2621-*ter* c.c., cit., p. 1855.

⁹² S. SEMINARA, *op. loc. cit.*

⁹³ R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La lenta “scomparsa”*, cit., p. 66 parlano di «mistero inestricabile», ritenendo «preferibile propendere per la sovrapposibilità delle due fattispecie». *Contra*, F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., p. 31 per il quale «non sembra [tuttavia] possibile ritenere che i caratteri tipici di una fattispecie incriminatrice corrispondano a quelli costitutivi di una causa di non punibilità».

⁹⁴ Analogamente, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 821.

⁹⁵ Quanto all'ipotesi sub 3) pare senza dubbio condivisibile l'opinione di F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., p. 32 secondo il quale «in assenza di qualunque indicazione normativa specifica, la nozione di controllo rilevante ai fini della presente previsione dovrà essere

Ciò detto, analizzando la struttura del reato di cui all'art. 2622 c.c. si può facilmente constatare come la stessa ricalchi in maniera pressoché pedissequa quella – analizzata *supra* § 1 – disciplinata all'art. 2621 c.c. Si rilevano, infatti, solo *tre* disallineamenti tra le due fattispecie, che riguardano: *i*) le cornici edittali di pena; *ii*) la scomparsa dell'aggettivo «*rilevanti*» dalla (sola) condotta commissiva riferita alle società quotate; *iii*) la scomparsa del sintagma «*previste dalle legge*» che specifica, nell'art. 2621 c.c., le «*altre comunicazioni sociali*».

Procediamo, anche in questo caso, con ordine.

In primis, l'apparato sanzionatorio. Come immaginabile, il legislatore ha previsto un significativo inasprimento della pena – la forbice edittale, che ora rasenta le vette degli abusi di mercato, va «*da tre a otto anni*» di reclusione – che dovrebbe segnalare, in chiave politico-criminale, un maggiore disvalore dell'offesa, qualora commessa in società quotate (o equipollenti)⁹⁶. In realtà, come autorevolmente sottolineato, «la scelta di superare i cinque anni di reclusione appare agganciata a preoccupazioni di tipo processuale, o per meglio dire delle *indagini preliminari*, venendo in considerazione la possibilità di impiegare un particolare tipo di mezzo di ricerca della prova, le *intercettazioni telefoniche*, per le quali l'articolo 266 c.p.p. pone un limite generale»⁹⁷. Quel che è certo, in ogni caso, è che gli organi inquirenti possono oggi contare, a presidio della trasparenza societaria, di un armamentario sanzionatorio altrettanto incisivo rispetto a quello, autenticamente draconiano, messo in campo dal legislatore per garantire, sul versante del *market abuse*, adeguata tutela all'integrità del mercato (sia concessa un'indicazione volutamente generica dei beni giuridici rispettivamente posti al centro della tutela penale)⁹⁸.

Per quanto concerne, in secondo luogo, il mancato richiamo al requisito della rilevanza dei fatti materiali non rispondenti al vero, nel contesto della sola condotta commissiva di “esposizione”, non pare che tale circostanza nasconda particolari problemi interpretativi. Come si è già osservato (v. *supra* § 2), i caratteri di

intesa in senso ampio (riferita cioè alle varie forme di controllo riconosciute)», mentre «non facilmente spiegabile [è] il motivo per il quale la figura contemplata dal n. 3 dell'art. 2622, comma 2, c.c. sia limitata soltanto alle controllanti di società quotate in senso proprio».

⁹⁶ Nella previgente disciplina, come noto, nel caso di società “quotate” la pena era fissata nella reclusione da uno a quattro anni, ovvero da due a sei anni in caso di «grave nocimento ai risparmiatori» (artt. 2622, commi 3 e 4, c.c. *ante-riforma*).

⁹⁷ Così, criticamente, A. ALESSANDRI, *Le incerte novità*, cit., p. 9 che lucidamente puntualizza come «tutt'altro discorso sarebbe [poi] quello, ma non risulta sia stato neppure avviato, se le intercettazioni telefoniche nel caso specifico siano di una possibile utilità astratta alle investigazioni, se si profilino utili allo scopo: interrogativo rispetto al quale è probabile si debba dare una risposta negativa». Parla di “inispessimento” della gravidanza inquisitoria anche V. MANES, sub *artt. 2621 c.c.*, cit., p. 36.

⁹⁸ Parla, in tema, di tradimento di «una visione protocapitalistica» S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 822.

materialità e rilevanza sembrano invero convergere nel paradigma della *significatività*, sicché appare senz'altro verosimile, anche in ottica sistematica, che il legislatore abbia costruito (ferme restando, naturalmente, le gravi criticità segnalate in precedenza) una scala progressiva in base alla quale si risponderà con le pene attenuate previste dall'art. 2621-*bis* c.c. nei casi in cui il mendacio, comunque offensivo del bene giuridico, si mantenga su un livello di scarsa consistenza oggettiva (*i.e.*, non si connota come *particolarmente* rilevante), mentre l'art. 2621 c.c. interverrà nei soli casi in cui il falso assuma piena significatività giuridica, *perché anche rilevante*. Tale progressione illecita, invece, è esclusa *ex lege* nelle società quotate – per le specifiche esigenze di più incisiva protezione della trasparenza informativa, ogniqualevolta si faccia ricorso al pubblico risparmio – sicché la mancata specificazione, per la condotta commissiva, del requisito della *rilevanza*, può trovare coerente spiegazione nel riconoscimento della sussumibilità all'interno della fattispecie di qualsiasi indicazione mendace dotata di concreta idoneità deceptiva, quale che ne sia l'effettivo grado di consistenza giuridica⁹⁹. In breve: è senz'altro possibile inquadrare il mancato espresso richiamo alla *rilevanza* come un monito legislativo nei confronti del giudice, al quale si segnala, vista la particolare importanza che comunicazioni sociali improntate alla massima trasparenza rivestono nell'assicurare il corretto funzionamento dei mercati finanziari, la necessità di fare ricorso a un "setaccio valutativo" composto da maglie (comparativamente) più strette rispetto a quello utilizzabile nel contesto delle società non quotate, per le quali sono espressamente disciplinati anche fatti «di lieve entità».

Infine, l'elisione della specificazione «*previste dalla legge*» fa entrare nel perimetro della fattispecie «ogni dichiarazione, orale o scritta, resa non solo sulla base di obblighi normativamente espressi, taciti o impliciti, ma anche in conseguenza di iniziative volontariamente assunte»¹⁰⁰. Un esempio su tutti, per comprendere la portata dell'intervento normativo, può essere individuato nella *relazione trimestrale*. Come noto, infatti, il recentissimo d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 25 – adottato in attuazione della direttiva 2013/50/UE (c.d. "nuova" direttiva *Transparency*) – ha modificato l'art. 156-*ter*, comma 5 T.U.F., sollevando gli emittenti quotati dall'obbligo di rendicontazione 45 giorni prima del primo e del terzo trimestre (rimane fermo, invece, l'obbligo di redazione della c.d. *semestrale*). Ebbene, vista l'elisione dell'inciso «*previste dalla legge*» è indubbio che, qualora un emittente decidesse di continuare a pubblicare le trimestrali – ad esempio per l'importanza che le stesse rivestono per gli analisti finanziari – l'eventuale mendacio ricadrebbe

⁹⁹ Per approfondimenti, sul punto, cfr. F. D'ALESSANDRO, *Valutazioni mendaci*, cit., in corso di stampa.

¹⁰⁰ S. SEMINARA, *op. loc. cit.*

senz'altro nel fuoco repressivo dell'art. 2622 c.c., essendo pacificamente riconducibile al sintagma «*altre comunicazioni sociali*».

Anche questo disallineamento con l'art. 2621 c.c. sembra, quindi, un chiaro segnale legislativo volto a sottolineare la delicatezza dell'informazione societaria quando la stessa sia calata nel "microcosmo" dei mercati finanziari: giova segnalare, tuttavia, che l'attenzione legislativa può facilmente tradursi, sul piano pratico, in contestazioni di smisurata afflittività sul versante repressivo, potendo le false comunicazioni sociali senz'altro concorrere formalmente – visti i diversi beni giuridici tutelati e l'assenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie – con il reato di manipolazione informativa del mercato *ex art. 185 T.U.F.*

5. *Valutazioni sì, valutazioni no: gli altalenanti interventi della Cassazione e la parola chiara delle Sezioni Unite*

Completa il mosaico delle novità introdotte dalla riforma operata dalla l. 69/2015 l'espunzione dell'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*» dalla condotta commissiva descritta in entrambe le norme di false comunicazioni sociali¹⁰¹: scelta, quest'ultima, che ancor prima della definitiva entrata in vigore della novella legislativa aveva innescato un vivace dibattito dottrinale sull'eventuale fuoriuscita (o meno) del falso c.d. valutativo dal fuoco repressivo delle due fattispecie¹⁰².

¹⁰¹ Per l'evoluzione del dato normativo, si v. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE – UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione*, cit., p. 3 ss.

¹⁰² Si v. A. PERINI, *I 'fatti materiali non rispondenti al vero': harakiri del futuribile 'falso in bilancio'?*, cit., p. 7, secondo il quale «il passaggio *tout court* alla tipizzazione del mendacio che abbia ad oggetto i (soli) "fatti materiali" pare davvero porre limite alla risalente querelle per erigere un argine, a questo punto probabilmente davvero invalicabile, all'attribuzione di rilevanza penale a qualsivoglia procedimento valutativo». Concordano sull'esclusione delle valutazioni dalle novellate fattispecie A. LANZI, *Quello strano scoop*, cit., p. 12; I. CARACCIOLI, *Il rischio penale*, cit., p. 2735, nonché, sebbene con formula dubitativa R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La lenta "scomparsa"*, cit., p. 61. *Contra*, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 814, secondo il quale, l'espunzione dell'inciso «non incide sull'operatività della fattispecie poiché tanto nell'originaria formulazione dell'art. 2621 c.c., quanto sotto la previgente disciplina, è sempre stata pacifica la rilevanza delle valutazioni nella misura in cui esse – lungi dal presentarsi e dall'esaurirsi in un'ipotesi o in una previsione – contengano o si risolvano nell'enunciazione di un fatto»; nello stesso senso, F. MUCCIARELLI, *Ancorché superfluo*, cit., *passim*. Sul tema cfr. anche A. ALESSANDRI, *Le incerte novità*, cit., p. 17, il quale, pur riconoscendo che «la mancata riproposizione di quell'inciso (...) non si può dire che sia del tutto neutra», propende comunque per la lettura estensiva, in grado di evitare una «sostanziale abrogazione della figura di reato o una sua difficilissima sopravvivenza» (p. 21). Infine, si v. la convincente notazione di A. CRESPI, *Sentenze opache e legalità "formalistica"*, cit., pp. 1034-1035 che afferma come «fu invero un errore assai grave» aver caratterizzato la formulazione legislativa, nel 2002, attraverso l'inciso in esame, «dal momento che mai è stata messa in dubbio la legittimità delle valutazioni, quante volte si fossero concretamente tradotte nell'enunciazione di un fatto»; errore «ancora più

Sul tema – seguendo gli auspici formulati dallo stesso legislatore¹⁰³ – non si è fatta attendere, come ormai noto, la risposta della giurisprudenza di legittimità: appena quarantotto ore dopo l'entrata in vigore della riforma, infatti, la Suprema Corte – chiamata a pronunciarsi su un'accusa di bancarotta impropria da reato societario *ex art. 223, comma 2, n. 1), l. fall.* – ha sposato la lettura “restrittiva” sostenuta in dottrina e, per il tramite di un'esegesi indubbiamente raffinata, sebbene non condivisibile, ha concluso che la riforma operata dalla l. 69/2015 ha determinato, *in parte qua*, una parziale *abolitio criminis*, verificatasi in un contesto di sostanziale continuità normativa¹⁰⁴. In sostanza, tre sono le argomentazioni a sostegno di tale tesi: la prima, di carattere strettamente “letterale”; la seconda, derivante dalla “comparazione” dei nuovi testi di legge con altre norme incriminatrici; la terza, basata sul dibattito interpretativo “storico”, in merito alle fattispecie di false comunicazioni sociali.

Vediamole brevemente.

Innanzitutto, la *lettera* della legge. Per la Corte di cassazione tanto la scelta legislativa di replicare, per la condotta commissiva, la formula «*fatti materiali*», eliminando tuttavia l'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*», quanto quella di sostituire il termine «*informazioni*» con l'espressione «*fatti materiali*», nell'ambito della condotta omissiva, costituirebbero un'indicazione sufficiente a «ritenere ridotto l'ambito di operatività delle due nuove fattispecie di false comunicazioni sociali, con esclusione dei cosiddetti falsi valutativi»¹⁰⁵.

In secondo luogo, indirizzerebbe verso l'avvenuta abolizione dei falsi valutativi anche la comparazione con l'art. 2638 c.c. (e con l'abrogato art. 4, lett. f), l. 516/1982¹⁰⁶). Secondo il Supremo Collegio, «i testi riformati degli artt. 2621 e

clamoroso», tuttavia, la sua espunzione «perché è proprio tale cancellazione (...) che avrebbe potuto essere interpretata, stante la prevedibile sua strumentalizzazione per finalità tutt'altro che commendevoli, come chiara manifestazione di volontà del legislatore di considerare inammissibile qualsivoglia conclusione che fosse stata tratta semplicemente da valutazioni».

¹⁰³ Paradigmatico, sul punto, il passaggio dei lavori preparatori in cui il relatore di maggioranza al Senato, espressamente richiesto di fornire un'indicazione sul significato dell'espunzione dell'inciso di cui ci si sta occupando, si astiene dall'assumere una posizione in merito agli effetti di tale modifica, dichiarando apertamente che sarà «la nostra Corte di cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti».

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. V, sent. 30 luglio 2015, cit., p. 54 ss.

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. V, sent. 30 luglio 2015, cit., p. 56. Questa conseguenza, sempre ad avviso della Corte, non si sarebbe determinata laddove il legislatore non avesse sostituito le previsioni originariamente contenute nel disegno di legge n. 19 e avesse quindi fatto riferimento, per entrambe le condotte, alla sola esposizione di “informazioni”.

¹⁰⁶ Ricordano, infatti, i Giudici di legittimità che «la locuzione “fatti materiali”, senza ulteriori specificazioni, già era stata utilizzata dalla legge n. 154/1991 per circoscrivere l'oggetto del reato di frode fiscale di cui all'art. 4, lett. f) legge n. 516/1982, con il chiaro intento di escludere

2622 c.c. si inseriscono in un contesto normativo che vede ancora un esplicito riferimento alle valutazioni nell'art. 2638 c.c., peraltro proprio a precisazione contenutistica della stessa locuzione “*fatti materiali non rispondenti al vero*”¹⁰⁷. Quindi, continua la Corte di legittimità, «una lettura ancorata al canone interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* non può trascurare la circostanza dell'inserimento di modifiche normative in un sistema che riguarda la rilevanza penale delle attività societarie con una non giustificata differenziazione dell'estensione della condotta tipizzata in paralleli ambiti operativi, quali sono quelli degli articoli 2621 e 2622 c.c., da una parte, e art. 2638 c.c., dall'altra: norme che, sebbene tutelino beni giuridici diversi, sono tutte finalizzate a sanzionare la frode nell'adempimento dei doveri informativi»¹⁰⁸.

Infine, la Suprema Corte ha richiamato all'attenzione il dibattito dottrinale che si era sviluppato, alla vigilia della riforma del 2002, attorno alla locuzione «*fatti materiali non rispondenti al vero*»¹⁰⁹, osservando che proprio le incertezze interpretative emerse sul punto avevano condotto il legislatore del 2002 a specificare la locuzione attraverso l'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*». Tale scelta, invece, non sarebbe stata confermata dal legislatore del 2015: «se, infatti, si è visto quanto fosse aspro il dibattito allorquando la norma attribuiva rilevanza ai soli “*fatti*”, è chiaro che ora l'impiego dell'aggettivo “*materiali*” finisca per inequivocabilmente escludere ogni sorta di valutazione dalla sfera applicativa della fattispecie»¹¹⁰.

La soluzione interpretativa appena illustrata, il cui consolidarsi avrebbe portato a delle ricadute assai rilevanti (*rectius*, sostanzialmente devastanti) sull'intero impianto della novella, di fatto sterilizzando l'arsenale punitivo previsto a tutela della correttezza e trasparenza dell'informazione societaria, è stata aspramente criticata dalla dottrina maggioritaria¹¹¹, che ha sollevato una serie di perplessità

dall'incriminazione le valutazioni relative alle componenti attive e passive del reddito dichiarato»; così Cass. pen., sez. V, sent. 30 luglio 2015, cit., p. 55.

¹⁰⁷ Cass. pen., sez. V, sent. 30 luglio 2015, cit., p. 56.

¹⁰⁸ Cass. pen., sez. V, sent. 30 luglio 2015, cit., ibidem.

¹⁰⁹ Dibattito che vedeva largamente dominante, peraltro, l'opinione favorevole al possibile inserimento delle valutazioni mendaci all'interno delle condotte tipiche: sul punto, per tutti, si v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 282-283.

¹¹⁰ Cass. pen., sez. V, sent. 30 luglio 2015, cit., p. 62.

¹¹¹ Sentenza definitiva «priva di giustificazione» da S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio*, cit., p. 1511 al cui commento è d'obbligo un rinvio. In tema, v. altresì F. MUCCIARELLI, *Ancorché superfluo*, cit., *passim.*; A. ALESSANDRI, *Le incerte novità*, cit., p. 17; F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali*, cit., p. 2208 ss. Anche per A. CRESPI, *Sentenze opache e legalità “formalistica”*, cit., pp. 1035 «imporre una sorta di bavaglio a quel metodo di indagine e di ‘comprendonio’ denominato “valutazione”, significa mutilare il raziocinio e sbarrare la porta d'ingresso a una corretta formulazione del giudizio».

fatte proprie anche dall'*Ufficio del Massimario e del Ruolo* della stessa Suprema Corte, appena qualche settimana dopo¹¹².

Nelle more di questo dibattito, sono state depositate le motivazioni della seconda (in ordine cronologico) pronuncia della Corte di cassazione che, come noto, ha invece sposato l'opposta tesi "estensiva"¹¹³, riportando, quindi, le ipotesi di falso valutativo al centro del panorama punitivo del diritto penale societario. Anche in questo caso, pare opportuno ripercorrere brevemente i principali snodi interpretativi fatti propri dai Giudici di legittimità che, in via preliminare, hanno correttamente ricondotto le false comunicazioni sociali – a differenza della precedente sentenza Crespi – all'interno di una *cornice giuridica* assai più complessa di quella costituita dalle sole "*Disposizioni penali in materia di società e consorzi*" di cui al Titolo IX, Libro V, c.c. Una considerazione che può apparire a prima vista banale, ma che a uno sguardo approfondito non lo è affatto¹¹⁴: essa rappresenta, invero, l'autentico *fil rouge* metodologico lungo il quale si dipana la sentenza, che continuamente richiama tanto le norme sovranazionali e codicistiche in tema di bilancio, tanto gli *standard* tecnico-contabili nazionali¹¹⁵ e internazionali¹¹⁶ di riferimento. Le norme in tema di false comunicazioni sociali, quindi, debbono essere lette non come ondivaghe disposizioni del ristretto panorama punitivo societario ma, invero, come illeciti intimamente connessi al mondo bilancistico e, di riflesso, al suo *linguaggio convenzionale*¹¹⁷.

Alquanto agevole, sulla base di tali premesse e del solo canone d'interpretazione letterale, è allora per la Corte smarcarsi dal (presunto) problema legato all'espunzione dell'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*»: essendo la stessa una «tipica proposizione "concessiva" introdotta da congiunzione» e rive-

¹¹² CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE – UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione*, cit., p. 17.

¹¹³ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., p. 6.

¹¹⁴ Certamente condivisibile, poi, appare anche una seconda premessa di carattere metodologico, in virtù della quale, nell'indagine che deve compiere l'interprete, tanto le indagini retrospettive quanto i lavori preparatori assumono carattere «relativo» e «meramente indicativo» perché, invece, l'esegesi della norma «deve, primariamente, confrontarsi con il dato attuale, nella sua pregnante significazione e con la *voluntas legis* quale obiettivizzata e "storicizzata" nel testo vigente, da ricostruire anche sul piano sistematico – nel contesto normativo di riferimento – senza che possano assumere alcun valore le contingenti intenzioni del legislatore di turno»: così Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., p. 8. Cfr., in tema, anche F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni*, cit., § 2.

¹¹⁵ *Id est*, i principi contabili "interni" pubblicati e costantemente aggiornati dall'Organismo Italiano Contabilità e consultabili sul sito web www.fondazioneoic.eu.

¹¹⁶ Su tutti, gli *International Accounting Standards* (redatti a cura dell'*International Accounting Standards Committee*) e, successivamente, gli *International Financial Reporting Standards* (redatti e aggiornati dall'*International Accounting Standards Board*); rinvenibili invece all'indirizzo www.ifrs.org.

¹¹⁷ Per tutti, si v. C. PEDRAZZI, *La disciplina penale*, cit., p. 315.

stendo, quindi, una «funzione prettamente esegetica, non sembra revocabile in dubbio» – secondo il condivisibile parere del Supremo Collegio – «che la rimozione dal testo previgente della locuzione (...) non possa, di per sé, assumere alcuna decisiva rilevanza»¹¹⁸. Ergo, l'elisione del sintagma «non può certo autorizzare la conclusione che si sia voluto immutare l'ambito sostanziale della punibilità dei falsi materiali, che, invece, resta impregiudicata, continuando a ricomprendere, come in precedenza, anche i fatti oggetto di mera valutazione»¹¹⁹. Tenuta ferma questa prima conclusione e proiettato il termine «fatti» nel corretto contesto di riferimento¹²⁰, l'approdo della Corte è presto raggiunto: tale lemma, invero, «non può essere inteso nel significato comune, ossia come fatto/evento del mondo fenomenico, quanto piuttosto nell'accezione tecnica, certamente più lata, di dato informativo della realtà che i bilanci e le altre comunicazioni sociali, obbligatorie per legge, sono destinati a proiettare all'esterno»¹²¹. Per tutte queste ragioni, tenuto conto che «il bilancio – principale strumento di informazione – si compone, nella stragrande maggioranza, di enunciati estimativi o valutativi», la Corte ritiene impensabile dubitare «che nella nozione di rappresentazione di *fatti materiali e rilevanti* (...) non possano non ricomprendersi anche – e soprattutto – le valutazioni»¹²².

Ebbene, appena qualche settimana dopo tale pronuncia, quando la legalità incrinata sembrava essere stata finalmente ripristinata¹²³, è intervenuta invece una nuova pronuncia del Supremo Consesso che «convintamente» ha inteso «fornire continuità interpretativa»¹²⁴ alla statuizione formulata dalla sentenza *Crespi*, circa la non punibilità del falso valutativo. Due, in particolare, le argomentazioni valorizzate dai giudicanti – che riecheggiano quelle già analizzate in precedenza – per giungere a tale conclusione: la prima, ancora, di carattere *letterale*¹²⁵; la se-

¹¹⁸ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., p. 9.

¹¹⁹ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., Ibidem

¹²⁰ Per tutti, sul punto, si v. l'insegnamento di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 48, secondo il quale «l'interpretazione non è in se stessa restrittiva o estensiva: esse può giungere invece i quali, ricavati muovendo dal significato delle parole alla ricerca del senso autentico della norma nell'ambito della realtà in cui è nata o continua a vivere (...), possono essere più o meno ampi rispetto a quanto apparirebbe da un semplice esame lessicale del testo normativo».

¹²¹ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., p. 12. Secondo i Giudici di legittimità, poi, anche la scelta di utilizzare il lemma «fatti» in luogo di «informazioni» non è opzione inappropriata perché, in ragione della sua «flessibilità», tale locuzione appare «utilmente spendibile in riferimento non solo al bilancio, ma anche alle altre, obbligatorie, comunicazioni sociali».

¹²² Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., pp. 14-15.

¹²³ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni*, cit., § 4.

¹²⁴ Cass. pen., sez. V, sent. 22 febbraio 2016, cit., p. 5.

¹²⁵ In particolare, la Corte segnala «l'emersione di un dato testuale» – i.e., l'attributo «materiali» – «che, nella precedente formulazione della norma, era ritenuto in qualche modo depotenziato

conda, nuovamente, di natura *sistematica*¹²⁶. Quel che più confonde l'interprete, in questa pronuncia è tuttavia il prosieguo del ragionamento motivazionale, che ha portato comunque la Corte a respingere l'impugnazione proposta dall'istituto di credito ricorrente: tentando di raggiungere sorta di *compromesso interpretativo*, la Cassazione si è infatti spinta su un piano esegetico assai scivoloso, volto a «distinguere le situazioni nelle quali l'associazione di un valore numerico ad una determinata realtà può essere vista come *risultato* di una valutazione» (escluse, appunto, dal perimetro del tipo) «da quelle in cui *attraverso un'operazione di questo genere* si fornisce di fatto una rappresentazione difforme dal vero *della stessa realtà materiale*»¹²⁷ (comprese, invece, nel fuoco repressivo).

Sennonché, si tratta di una differenziazione che non sembra reggere a un attento scrutinio interpretativo: a ben vedere, infatti, quando la Corte provvede a traslare l'assunto teorico appena richiamato nella realtà dell'imputazione concreta – che riguardava, *inter alia*, la svalutazione di una partecipazione e di alcuni *non performing loans* – ciò che era stato fatto uscire dalla porta (ossia il falso valutativo, per così dire, *ex se*) rientra nuovamente dalla finestra, sotto forma di “fatto materiale falso”: tuttavia, affermare che le condotte consistenti nell'aver mantenuto iscritta a bilancio la partecipazione al valore di acquisto «oggettivamente non (più) esistente e difforme dal dato reale» o, ancora, nell'aver qualificato i crediti come «certi e non già come meri attivi potenziali»¹²⁸, siano “fatti materiali” e non rientrino nel concetto di valutazioni mendaci, appare un chiaro artificio retorico, essendo viceversa evidente che tali comportamenti integrano esattamente il disvalore che la punibilità del falso valutativo mira a censurare.

Anche in virtù dell'intrinseca fragilità dell'argomentazione appena illustrata, la Quinta Sezione della Suprema Corte, al cui interno si era creato il contrasto interpretativo appena illustrato, non ha procrastinato ulteriormente la soluzione del dissidio, decidendo di rimettere alle Sezioni Unite – per il tramite di una puntuale ordinanza pronunciata alla prima occasione utile – la questione «se la modifica

dall'inciso soppresso con la riforma»: ebbene, a parere del Giudice di legittimità «l'adozione dello stesso riferimento “fatti materiali non rispondenti al vero”, senza alcun richiamo alle valutazioni, e il dispiegamento della formula citata anche nell'ambito della descrizione della condotta omissiva, consente di ritenere ridotto l'ambito di operatività delle due nuove fattispecie di false comunicazioni sociali»: così Cass. pen., sez. V, sent. 22 febbraio 2016, cit., p. 7.

¹²⁶ Ancora una volta, è la comparazione con l'art. 2638 c.c. a portare il Supremo Collegio a rilevare come «la circostanza secondo cui la stessa espressione sia stata cancellata nel testo di quest'ultima norma [le false comunicazioni sociali, *nda*] e invece mantenuta in quello dell'art. 2638 c.c. è chiaramente dimostrativo di un intento legislativo mirato ad escludere effetti sostanziali dell'espressione con specifico ed esclusivo riguardo al reato di false comunicazioni sociali e dunque a sottrarre a tale incriminazione i fatti valutativi»; così sempre Cass. pen., sez. V, sent. 22 febbraio 2016, cit., p. 8.

¹²⁷ Cass. pen., sez. V, sent. 22 febbraio 2016, cit., p. 10.

¹²⁸ Cass. pen., sez. V, sent. 22 febbraio 2016, cit., p. 12.

dell'art. 2621 c.c. per effetto dell'art. 9, l. n. 69/2015, nella parte in cui, disciplinando le false comunicazioni sociali, non ha riportato l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", abbia determinato o meno un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie»¹²⁹.

Al momento in cui il presente contributo è stato chiuso per la stampa, le motivazioni della decisione del Supremo Consesso nomofilattico non sono ancora state pubblicate; tuttavia, l'informativa provvisoria della decisione, di cui si è fatto in tempo a tenere conto *in extremis*, sembra sciogliere ogni dubbio, poiché le Sezioni Unite hanno riconosciuto che «sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo all'esposizione o alla omissione di fatti oggetto di "valutazione", se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari della comunicazione»¹³⁰.

6. Notazioni conclusive

In attesa di conoscere attraverso quale percorso motivazionale le Sezioni Unite abbiano raggiunto la loro decisione, appare certo che l'annosa questione della rilevanza penale del mendacio estimativo possa ritenersi definitivamente – e convincentemente – risolta in senso affermativo.

Un ruolo cruciale, al fine di individuare le condizioni in presenza delle quali un falso valutativo possa assumere quei connotati di significatività tali da indiziarne anche la concreta idoneità ad indurre altri in errore, sarà verosimilmente assunto dal riferimento ai «*criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati*»: come già rilevato dalla sentenza *Giovagnoli*, infatti, «le valutazioni espresse in bilancio non sono frutto di mere congetture o arbitrari giudizi di valore, ma devono uniformarsi a criteri valutativi positivamente determinati dalla disciplina civilistica (tra cui il nuovo art. 2426 c.c.), dalle direttive e regolamenti di diritto comunitario (da ultimo, la citata direttiva 2013/34/UE e gli *standard* internazionali Ias/Ifrs) o da prassi contabili generalmente accettate (es. principi contabili nazionali elaborati dall'Organismo Italiano di Contabilità)»¹³¹.

Ecco allora che appare ritrovare nuova linfa quel dibattito interpretativo – assai risalente ma sempre attuale – che vede tradizionalmente contrapposti tre di-

¹²⁹ Cass. pen., ord. 2 marzo 2016, n. 676, cit., p. 15.

¹³⁰ CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE PENALI, Informativa provvisoria n. 7 (30 marzo 2016).

¹³¹ Cass. pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2016, cit., p. 16.

versi orientamenti circa i criteri di ravvisabilità del falso valutativo: da un lato, la teoria del c.d. *vero legale*, in ossequio alla quale la falsità coinciderebbe con il discostamento dai criteri civilistici che presiedono alla redazione del bilancio e alla stima delle singole voci che lo compongono¹³²; dall'altro, la teoria della *ragionevolezza* (alla quale può ricondursi anche quella del c.d. *vero relativo*), che, ravvisando una pericolosa sovrapposizione, nella teoria del "vero legale", tra irregolarità civilistiche e falsità penalmente sanzionabili, accorda all'estensore del bilancio maggiori margini di manovra, attribuendo rilevanza penale ai soli scostamenti connotati da un esercizio irragionevole della discrezionalità insita in ogni valutazione, ingiustificabile secondo le regole delle scienze ragionieristiche¹³³; infine, la teoria imperniata sulla *manca di corrispondenza* tra i criteri di valutazione enunciati (*i.e.*, descritti nella nota integrativa) e quelli effettivamente impiegati per effettuare la valutazione, che punta in tal modo ad assicurare maggiore certezza interpretativa, evitando il surrettizio svuotamento di tassatività insito, a parere di quanti la criticano, nella teoria della ragionevolezza¹³⁴.

Ebbene, in attesa di conoscere il punto di vista delle Sezioni Unite, appare opportuno rimarcare come nel campo delle discipline aziendali e contabili sia patrimonio comune degli operatori quello secondo cui ogni bilancio può dirsi vero o corretto se – come osservato da autorevole dottrina – «si colloca all'interno di una fascia di valori tutti ugualmente attendibili, che derivano da una coerente utilizzazione dei criteri di valutazione dichiarati. Vi è, quindi, una *banda di oscillazione* entro la quale si può ritenere "vera" una certa posta di bilancio così come essa è rappresentata»¹³⁵. Partendo da tale consapevolezza, che si traduce nella uguale "esattezza" di stime talora anche molto distanti tra loro, è facile comprendere come il compito dell'interprete – e in particolar modo, quello del giudice – risulti assai delicato e irto di insidie: cionondimeno, l'attività di accertamento del singolo falso valutativo potrà (e dovrà) correttamente essere condotta attraverso un confronto costante con le discipline aziendalistiche¹³⁶, che offrono gli strumenti per tradurre al meglio il complesso vocabolario bilancistico in categorie più consone al linguaggio del diritto penale.

¹³² G. ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Cedam, Padova, 1954, p. 57 ss.

¹³³ L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, UTET, Torino, 1980, p. 236.

¹³⁴ A. BARTULLI, *Tre studi sulla falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 130 ss. Anche tale criterio, peraltro, non è immune da criticità: si pensi all'ipotesi in cui il criterio enunciato corrisponda a quello effettivamente applicato ma sia, dal punto di vista tecnico contabile, certamente scorretto. Non appare dubbio, in questa ipotesi, che la mera conformità tra "quanto detto" e "quanto fatto" non sia sufficiente ad escludere tout court il falso, che potrà altresì assumere rilevanza penale laddove sussistano gli ulteriori elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie.

¹³⁵ In questi termini, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 283.

¹³⁶ In questa prospettiva, cfr. P. GUALTIERI, *Le nuove false comunicazioni sociali*, cit., *passim*.

Spetterà alla dottrina e alla giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, delineare negli anni a venire le appropriate metodologie da applicare nello scrutinio della effettiva falsità di una valutazione estimativa e della rilevanza penale di tali forme di mendacio: un obiettivo fondamentale, tuttavia, può dirsi oggi senz'altro raggiunto, essendo stata preservata la possibilità stessa di promuovere un ulteriore sviluppo della riflessione, che al contrario sarebbe stato in radice inibito – imponendo, tra l'altro, un ulteriore intervento legislativo di correzione – laddove le Sezioni Unite della Cassazione non avessero fornito il loro autorevolissimo suggello all'orientamento interpretativo che riconosce la persistente rilevanza penale del falso valutativo.

LUCIANO EUSEBI

SENZA POLITICA CRIMINALE NON PUÒ DARSI DIRITTO PENALE.
L'ESSERE E IL DOVER ESSERE DELLA RISPOSTA AI REATI
NEL PENSIERO DI MASSIMO PAVARINI

SOMMARIO: 1. Un'immagine realistica della funzione assoluta dai sistemi sanzionatori penali. – 2. *Viene prima la pena della criminologia*: antidoti a una conoscenza negata del fenomeno criminale. – 3. *Porre fine allo stato di belligeranza*: per una concezione non sacrificale della risposta ai reati. – 4. Il significato *biunivoco*, nel rapporto tra società e soggetto agente, di una risposta al reato intesa come *progetto*. – 5. Non è il diritto penale retributivo che fa da argine alla politica criminale. – 6. Restituire il tema della criminalità alle scienze (e alle politiche) sociali: sul ruolo del diritto penale.

1. *Un'immagine realistica della funzione assoluta dai sistemi sanzionatori penali*

A voler sintetizzare i percorsi di riflessione sulla *penalità* svolti da Massimo Pavarini può affermarsi che la sua costituisca, anzitutto, un'analisi spietata su come i sistemi penali abbiano agito e tuttora agiscono nel contesto sociale, laddove la *scienza* giuridica privilegia visioni di come il diritto penale *dovrebbe essere*. Un'analisi tesa a rendere manifesta la discrasia che sussiste tra i due punti di vista, e che non dovrebbe essere rimossa.

Colpisce, per esempio, lo sguardo che egli caparbiamente impone, nel fascicolo monografico che la rivista *Ius17* gli ha dedicato a fine 2013, sulle caratteristiche della popolazione penitenziaria italiana: tale – rileva – che a un 5% di «soggetti avvertiti come particolarmente pericolosi» («possiamo pensare a quelli indicati dall'art. 4-*bis* ord. pen., ma non solo»), si affianca una gran maggioranza di tossicodipendenti, extracomunitari e «giovani marginali, prevalentemente professionalizzati in piccoli e medi reati predatori». Da cui l'interrogativo, attuale anche dopo le misure recenti volte a limitare il sovraffollamento in carcere: «Che c'entra tutto questo con la pena? Che c'entra questa razionalità da *mass imprisonment* nell'amministrazione della neutralizzazione selettiva con quanto la scienza del diritto penale e la filosofia chiamano “pena”?»¹.

¹ Così M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena* (*Ius17*, 2013, 3), p. 156.

Beninteso, si vorrebbe credere che il diritto penale espliciti i suoi effetti – i suoi effetti migliori – in quanto non produca sanzioni, avendo prodotto prevenzione. Ma simili effetti restano incerti, per molti aspetti presunti e, comunque, assai difficilmente riconducibili a *quel tipo* di penalizzazione. Gli effetti *certi* del diritto penale sono costituiti, invece, dalle pene (e altresì dalle misure cautelari) che esso applica, specie se eseguite in forma detentiva (non trascurando le stesse vicende processuali cui dà luogo: ma con ciò ci si porrebbe, almeno in parte, su un altro piano). E di tali effetti – della loro razionalità, del perché si diano secondo determinate caratteristiche, degli interessi *non ufficiali* ai quali soggiacciono – ci si deve occupare².

La domanda di Pavarini, in altre parole, pone fortemente in dubbio che il diritto penale agisca davvero, nella società, secondo i fini che dichiara di perseguire e richiede di considerare le funzioni cui il medesimo finisce per rispondere sulla base della sua operatività *di fatto*: lasciando aperta la discussione su quanto, di tutto ciò, risponda a disegni consapevolmente perseguiti.

Si tratta di un nodo problematico, del resto, tanto più attendibile alla luce del fatto per cui Pavarini non ha mai sostenuto che la questione criminale, nel suo insieme, risulti *fittizia*, in quanto costituente il mero risvolto dei processi di criminalizzazione: così da potersi risolvere eliminando il ricorso al punire³; né ha negato che al diritto penale competa un ruolo – non facile da sostituire anche per ragioni garantistiche – nella gestione dei problemi (o di alcuni tra i problemi) ricondotti all'ambito della criminalità⁴.

² «La pericolosità criminale è distribuita equamente in tutte le classi sociali, ma a essere puniti e a finire in carcere sono prevalentemente coloro che godono di minore immunizzazione dal sistema penale, cioè coloro che sono economicamente, culturalmente e socialmente più deboli»: così L. FERRARI - M. PAVARINI, *Manifesto «No Prison»*, n. 13, in L. FERRARI, *No Prison. Ovvero il fallimento del carcere*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2015, p. 29. L'aspetto interessante, peraltro, rispetto a posizioni critiche ideologicamente orientate è che Pavarini non vede la risposta al problema nel sovvertire l'attuale composizione sociale dei reclusi, bensì nel prendere commiato dal modello attuale di risposta ai reati, in quanto non corrispondente alla dignità umana e inadeguato, comunque, a svolgere un'efficace azione preventiva.

³ Valgano in proposito le obiezioni opposte dall'Autore alle tesi abolizioniste nella sua *Introduzione* a N. CHRISTIE, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale* (1981), trad. it. di G. Urzì, Gruppo Abele, Torino, 1985, pp. 25 s.; obiezioni non riferite, peraltro, al solo ambito della «grande criminalità» o della criminalità economica: cfr. a riprova, per esempio, M. PAVARINI, *Nota redazionale* al *Quaderno* n. 21 di *Città sicure*, luglio/agosto 2000, p. 9, circa l'aumento dell'illegalità connessa al fenomeno dell'immigrazione: se da un lato – egli osserva – c'è chi ritiene che ci si debba semplicemente rassegnare a tale «contributo aggiuntivo di illegalità», evitando il «rischio di cercare un perché», dall'altro lato c'è «chi, in preda a un certo dogmatismo ideologico, semplicisticamente defini[sce] il contributo straniero alla criminalità quale solo effetto di una congiura nella selettività della clientela da criminalizzare»; posizioni, queste, che entrambe sono servite – conclude Pavarini – «per legittimare letture politiche “progressiste” quanto “ingenue”» del suddetto fenomeno.

⁴ Cfr., ancora, M. PAVARINI, *Introduzione*, cit., p. 19: «la critica [degli abolizionisti] al processo di formalizzazione del diritto penale moderno finisce per delegittimare il ruolo giocato, nella tu-

Pavarini, semmai, intende rimarcare, per un verso, che il modello del punire – come si dirà – è rimasto stabile nei secoli, nonostante le divergenze, sul piano teorico, circa le finalità da conseguirsi attraverso le sanzioni penali; per l'altro, che le modalità di utilizzazione in concreto di quel modello, e dunque le dinamiche effettive dei processi di penalizzazione, assumono un ruolo culturale che va ben oltre i confini del tema relativo alla gestione della criminalità.

Se dunque si sono succedute nel tempo, secondo Pavarini, una fase in cui dominava «il paradigma dell'integrazione», rivolto a condannati sottoproletari, «attraverso la disciplina del lavoro, il “carcere come fabbrica”»⁵ (dal titolo del volume, redatto con Dario Melossi, che più lo ha reso noto fuori dai confini italiani)⁶, poi una fase in cui il paradigma correzionale è sembrato non privilegiare più il ricorso al carcere, ma «la presa in carico del deviante nella *community*, nel sociale», facendo leva su «diversione processuale, pene sostitutive, misure alternative» (secondo la metafora «carcere e società»)⁷, e, più di recente, una fase in cui a intenti di integrazione s'è sostituita una logica di *esclusione* sociale del deviante, inteso come nemico (per cui la metafora diviene «carcere e guerra»)⁸, resta il fatto che simili strategie hanno pur sempre coinvolto un numero limitato di persone.

«Ma il punto – osserva Pavarini – non è questo». «L'inclusione non si è mai data, materialmente, attraverso il “carcere” o attraverso la “società civile”, così come oggi l'esclusione non si determina attraverso la “guerra alla criminalità”». «Il carcere, la società civile e la guerra – piuttosto – sono solo espressioni pedagogiche conformi a distinte “visioni del mondo”: per cui «il governo della questione criminale è una delle diverse espressioni del modo di intendere complessivamente l'ordine sociale», attraverso le quali «si costruisce, si impone e alla fine si diffonde universalmente una nuova filosofia morale, un determinato “punto di

tela delle libertà individuali, dai principi liberali classici»; sebbene, infatti, appaiano esposti al rischio «di tradursi in vuote parole prive di reali contenuti solo che si osservi[no] criticamente le nostre prassi giudiziarie», «rimane però sempre da notare che questi principi sono stati elaborati e si sono progressivamente imposti come *limiti* al potere punitivo dello Stato e non certo come legittimazione del potere punitivo statale».

⁵ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 14.

⁶ D. MELOSSI-M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bologna, 1977.

⁷ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 9.

⁸ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 11, il quale altrove argomenta: «A un ordine costruito sulla sicurezza sociale (certo: promesso ben più che effettivamente garantito) si può sostituire un ordine che si alimenta famelicamente della paura (...). Oggi, le città della post-modernità sono assediata sempre dalla paura, ma verso un nemico interno. Ergo: le città possono essere disciplinate da nuovi dispositivi i *governance*» (cfr. ID., *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in M. DONINI-M. PAVARINI [a cura di], *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 45).

vista” sul bene e sul male, sul lecito e sull’illecito, sul meritevole di inclusione o di esclusione»⁹.

2. Viene prima la pena della criminologia: *antidoti a una conoscenza negata del fenomeno criminale*

Il ruolo strategico, e non soltanto specialistico, della *gesamte Strafrechtswissenschaft* è dunque evidenziato da Pavarini con molta chiarezza: il diritto penale rappresenta la punta dell’iceberg rispetto ai criteri di organizzazione dei rapporti sociali e rispetto al modo di concepire la giustizia, ben oltre i problemi concernenti la criminalità.

E proprio in questa prospettiva egli coglie una caratteristica poco vistosa forse, ma assai penetrante, dell’approccio contemporaneo alla questione criminale: eredità della critica che, dagli anni settanta del secolo scorso, ha accomunato il (*giusto*) commiato dall’idea del carcere come strumento elettivo di risocializzazione all’(*ingiusto*) abbandono dall’inclusione sociale quale finalità dell’intervento sanzionatorio; come, altresì, eredità delle politiche successive di carattere *securitario*.

Si tratta del sempre più marcato disinteresse che sembra emergere nelle discipline penalistiche per lo studio (e *a fortiori* per il contrasto) dei fattori che favoriscono la criminalità. Afferma Pavarini: «la criminalità – in particolare quella di massa – cessa sempre più di essere oggetto di conoscenza in una prospettiva causale e quindi, alla fine, cessa di essere oggetto di conoscenza *tout court*, se non nella sola dimensione statistica, la sola utile a misurarla in termini di variazione del rischio»¹⁰.

Nell’ambito di un sistema che preferisce *convivere* con la criminalità, arginando i rischi di una vittimizzazione diretta e individuando – sia nel contesto della «grande criminalità», sia in certe categorie di outsider sociali – *nemici* cui si negano *chance* inclusive, studiare i presupposti della criminalità può divenire superfluo. Anzi, può essere preferibile confutare a priori che quei presupposti sussistano, secondo una curiosa convergenza, annota Pavarini¹¹, con le impostazioni antieziologiche della criminologia critica, riconducibili al *labelling approach* (senza che con ciò – annoteremmo – si debba privare quest’ultimo della sua componente di verità)¹².

⁹ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., pp. 14 s.

¹⁰ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 12.

¹¹ *Ibidem*.

¹² In questo senso, «dalla criminalità non ci si difende sconfiggendone le cause, per la semplice ragione che l’azione criminale non è l’effetto di alcuna in particolare, personale o sociale che sia»: «dalla criminalità – come realtà nociva – ci si difende riducendo i rischi di vittimizzazione, da

Il rischio più grande, oggi, è avallare anche sul piano teorico l'idea – non nuova, ma adeguatamente camuffata dal diritto penale che dichiarava di voler rieducare, ma non di voler mutare il suo modello di giustizia – secondo cui agire sui fattori che favoriscono la criminalità (in altre parole, fare *prevenzione primaria* e, quanto all'autore di un reato, investire in inclusione sociale) *non vale la pena*. Troppo complesso. Troppo impegnativo (sul calcolo dei costi, tuttavia, ci sarebbe da discutere). Soprattutto: *troppi interessi in gioco*. Come dire, fra i mille esempi possibili: meglio andare avanti come s'è sempre fatto, che agire in modo determinato per abolire i paradisi bancari.

L'alternativa di Pavarini è lineare. Molto semplice in apparenza, ma tale da esigere un totale re-inquadramento (non un'eliminazione) del ruolo che può essere svolto dai sistemi penali: appare necessario «restituire la questione criminale agli studiosi di scienze sociali e riportare al naturale ruolo marginale i penalisti e gli operatori della giustizia penale», cioè contrastare «una progressiva egemonizzazione della questione criminale da parte di studiosi e operatori della sicurezza e del diritto penale»¹³.

Non si tratta di un'affermazione velleitaria. Viene in considerazione, piuttosto, un principio che nella *vulgata* penalistica viene affermato da gran tempo, ma come per esorcizzarlo tributandogli un ossequio solo formale, posto che ben pochi sembrano crederci davvero: *il diritto penale è solo l'«extrema ratio» della politica criminale*.

Ovvero, il fulcro dell'intervento volto al contrasto della criminalità sta nella politica criminale, non nel diritto penale. Sta nell'agire sui presupposti di ordine economico, culturale, psicopatologico e sociale che fungono da elementi *facilitatori* (in un senso ben diverso, quindi, dagli automatismi di ascendenza positivista) rispetto alle condotte criminose. Come pure, quando un reato sia stato commesso, sta nel rapportarsi con l'autore affinché mutino le condizioni personali che ne abbiamo favorito il delinquere (o muti il suo modo di porsi verso di esse) e possa conseguirsi un atteggiamento di responsabilizzazione nei confronti dell'offesa arrecata.

Ne deriva che il ricorso al diritto penale (tanto più se attuato attraverso il suo impianto sanzionatorio classico) non deve costituire un alibi per eludere simili esigenze o renderne impossibile, addirittura, il perseguimento. Così che quel ricorso – vi ritorneremo – potrà assumere un ruolo, se necessario, solo nell'ambito

un lato, e neutralizzando selettivamente i “nemici”, dall'altro» (così M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 12). E ancora: «Non c'è *farmacum* perché non c'è malattia da cui difendersi. La sicurezza è un tema (o il tema) di governo complessivo della città. Si può e si deve governare la sicurezza senza illuderci di sconfiggere l'insicurezza. “Farsi carico” (*to care*), infatti, non vuol dire risolvere» (ID., *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, cit., p. 55).

¹³ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 13.

di una strategia politico-criminale più complessiva riferita a ciascun contesto criminoso e quale parte della medesima.

In tutto questo il pensiero di Pavarini sembra trovare convergenze, nonostante molti distinguo del passato¹⁴, in Nils Christie, il quale osserva che «il crimine non esiste come fenomeno naturale»¹⁵: esistono, piuttosto, i fatti offensivi, le scelte personali, le trame di rapporti in cui le condotte deplorablevoli s'inseriscono. Ma se il reato, dunque, con costituisce una realtà, per così dire, ontologica, a maggior ragione la pena, secondo la modalità corrente della sua utilizzazione, non può essere giustificata *ontologicamente*. La «punizione» è «una, ma solo una, tra diverse opzioni»: per cui, dopo aver preso in considerazione «gli *atti indesiderati* come punto di partenza», si tratta di chiedersi «come questi atti debbano essere trattati»¹⁶, cioè di operare progettazioni politico-criminali.

Finché una simile strategia complessiva – di carattere culturale, politico-sociale e inerente agli ambiti del diritto diversi da quello penale – non venga attuata, molto o (non di rado) quasi tutto della prevenzione penalistica resta fittizio.

Pavarini, tuttavia, indica un requisito ineludibile e prioritario onde poter intraprendere un approccio strategico del tipo di quello delineato: requisito che attiene al modo di concepire il fare giustizia dinnanzi alle realtà negative, così come reso manifesto dai criteri classici del *punire*. «L'esigenza di restituire la questione criminale agli studiosi di scienze sociali e di riportare al naturale ruolo marginale i penalisti e gli operatori della giustizia penale – queste le sue parole – è certo condivisibile, ma necessita che prima si ponga fine allo stato di belligeranza»¹⁷; cioè che si abbandoni l'identificazione dell'agente di reato come un *nemico*, nei cui confronti non c'è nulla da progettare o ricostruire, ma solo da agire secondo logiche di *guerra*: ergendo difese, annientando l'avversario, applicando ritorsioni.

Secondo Pavarini, pertanto, il recupero di un ruolo non meramente statistico-descrittivo dell'indagine criminologica e la progettazione politico-criminale esigono un mutamento d'indirizzo sul problema della pena¹⁸. Prima di una rifonda-

¹⁴ Si veda l'*Introduzione* cit. *supra*, nota 3.

¹⁵ Cfr. N. CHRISTIE, *Una modica quantità di crimine* (2004), trad. it. di D. Zazzi, Colibrì, Padermo Dugnano (Mi), 2012, p. 132. Spiega in sede di *Prefazione* M. GIAMBALVO, p. 11: «nella prospettiva adottata dal criminologo norvegese *il crimine non esiste*, esistono invece azioni non volute, sgradite o inaccettabili, alcune persino gravissime, la cui definizione tuttavia non va data per scontata, andando invece contestualizzata all'interno di relazioni e cornici di significato più ampie».

¹⁶ Così N. CHRISTIE, *ibidem*, il quale proprio in tale contesto, peraltro, prende le distanze dall'*abolizionismo* inteso «nella sua forma radicale».

¹⁷ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 13.

¹⁸ Osservavamo anni orsono: l'aver conferito in modo del tutto preminente al diritto penale «il compito di prevenire la criminalità – il che tuttora significa [...] a una dinamica fondata sul riproporre in termini analogici, attraverso la commisurazione della pena prioritariamente detentiva inflitta, il disvalore attribuito al fatto illecito – vanifica, in realtà, lo sforzo del *progettare* prevenzione: sforzo il quale obbliga a prendere le distanze da assunti *a priori* circa la specifica attitudine preven-

zione del compito da assegnarsi alla criminologia e alla politica criminale, viene in gioco, per Pavarini, l'esigenza di superare il modello inveterato della risposta ai reati.

3. Porre fine allo stato di belligeranza: *per una concezione non sacrificale della risposta ai reati*

Si tratta, conseguentemente, di prendere congedo dalla semplificazione che il modello sanzionatorio classico ha reso possibile nell'approccio al fenomeno criminale, lasciando intendere che l'essenziale di tale approccio consista, in ogni caso, nella previsione di una risposta al reato (di una *poena*) da ricondursi al concetto di *corrispettività*: così che ogni altra forma di quel medesimo approccio – fra cui la criminologia e la politica criminale – finisce, in tale prospettiva, per risultare solo complementare se non, addirittura, inutile, non potendo incidere sul nucleo, ritenuto indiscutibile, della gestione di una qualsiasi problematica criminosa; e così che ogni istituto mitigativo (*ex post*) della condanna inflitta al termine del processo finisce per rimanere percepito socialmente come una sorta di rinuncia alla giustizia (o a una *giusta* prevenzione), rendendo con ciò molto facile selezionare tra le categorie degli autori di reato quelle da affrontare secondo una giustizia *senza eccezione*, assimilabile alla modalità bellica del rapporto col nemico.

Ma se è necessario, per Pavarini, abbandonare lo schema del *fare giustizia* che condiziona da secoli il modo di leggere e di gestire il fenomeno criminale, allora non è sufficiente, per una riforma credibile della *penalità*, la proposta di ridurre, minimizzandolo, l'ambito di un intervento penalistico pur sempre fondato sul paradigma costituito dalla *ripetizione del male*, bensì si rende indispensabile far valere un *nuovo* concetto di giustizia¹⁹.

Può ricostruirsi a tal proposito, nel pensiero di Pavarini, un percorso articolabile in tre passaggi argomentativi fondamentali, desumibili da un suo recente *dialogo* con Massimo Donini²⁰.

a) Vi è una discrasia, da tempo immemorabile, tra funzioni assegnate alla pena e funzioni da essa effettivamente svolte. «La pena nei fatti, non ha, nel senso che

tiva del modello tradizionale [...] della risposta ai reati» (cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157).

¹⁹ Sia consentito, in proposito, il rinvio a L. EUSEBI, *Oltre la prospettiva del diritto penale «minimo»*, in U. CURI-G. PALOMBARINI, *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002, pp. 185 ss.

²⁰ Si tratta della recensione dal titolo *Leggendoti... Note a margine ad un saggio di Massimo Donini*, in *Ius17*, 2014, 1, pp. 119 ss. (il riferimento è a M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1162 ss.).

non determina, alcuna efficacia preventiva di “conservazione dell’ordine sociale ideale”. Nei fatti, essa opera nel senso della sola o prevalente verticalizzazione dei rapporti sociali, nel produrre e ri-produrre la differenziazione sociale. E in questo contribuisce alla conservazione sociale della realtà, come concordano le scienze che sottostanno alla disciplina della falsificazione, ma appunto di un “ordine reale” che contraddice quello “ideale”».

«Insomma: almeno in un sistema liberale e democratico la pena pubblica può giustificarsi solo per ciò che non è e mai potrà essere»²¹. Per cui, se ne deduce, non è possibile costruire una teoria del reato (una *dogmatica*) la quale sia in grado di vantare una propria scientificità asettica, che resti indenne dall’imprinting di fondo del sistema penale: che è, innanzitutto, un sistema sanzionatorio²². «Non è possibile fare scienza dogmatica sul reato senza – implicitamente o esplicitamente – rinviare a una precisa teoria giustificativa e quindi ideologica della pena»²³, e senza prendere posizione su di essa.

b) La funzione realmente svolta dalla pena è legata all’«*idea della retribuzione*, cioè di una sofferenza proporzionata all’offesa», idea la quale «si legittima – osserva Pavarini – come la sola che consenta di chiudere il circolo autoreferenziale della vendetta distruttrice». In tal modo, «*l’idea della giustizia penale come dispensatrice di sofferenza* prescinde, nei fatti, da ogni valutazione utilitaristica di prevenzione», finendo «per confondersi con la ‘pena utile’, in quanto capace di prevenire le reazioni punitive smodate»²⁴.

Un’idea di cui Pavarini ravvisa il fondamento in quella dinamica atavica tuttora assai radicata che ravvisa la risposta «al peccato e al tabù, poi al delitto» nell’infliggere sofferenza: vuoi in forma meramente reattiva, vuoi come espiazione di tipo sacrale, necessaria «per pagare la colpa», o se si vuole, «per liberarci dal senso di colpa». Secondo una prospettiva la quale, in quest’ultimo senso, ha finito per impadronirsi di quanto rappresenta il fulcro stesso della fede cristiana, motivando l’aver affrontato da parte del *figlio di Dio* «lo scandalo infamante della croce» come finalizzato a «definitivamente espriare, cioè pagare per noi, il peccato originale»²⁵. Laddove, invece, tale fulcro risulta costituito dall’affermazione, esattamente opposta, per cui è l’amore in cui si esprime l’essere stesso di Dio (l’amore testimoniato dal *figlio* fino alla disponibilità della vita) che, speso din-

²¹ Cfr. M. PAVARINI, *Leggendoti... Note a margine ad un saggio di Massimo Donini*, cit., p. 121.

²² Cfr., in proposito, anche L. EUSEBI, *Il diritto penale non è una scienza*, Introduzione ad A. MARCHETTI-C. MAZZUCATO, *La pena «in castigo». Un’analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, pp. XXXII ss.

²³ Cfr. M. PAVARINI, *Leggendoti... Note a margine ad un saggio di Massimo Donini*, cit., p. 121.

²⁴ Cfr. M. PAVARINI, *Leggendoti... Note a margine ad un saggio di Massimo Donini*, cit., p. 126.

²⁵ Cfr. M. PAVARINI, *Leggendoti... Note a margine ad un saggio di Massimo Donini*, cit., p. 126.

nanzi al male, si rivela salvifico²⁶. Confutazione, questa, *ab imis* di qualsiasi risposta al male che possa configurarsi in termini di corrispettività.

Nondimeno, sintetizza Pavarini, il nodo che ha legato lungo i secoli «la sofferenza della pena all'espiazione della colpa» non s'è ancora sciolto. Per cui «la pena moderna paradossalmente si palesa, a livello di giustificazione ideologica, attraverso il lessico tecnocratico e laico della prevenzione e del controllo sociale, mentre a livello funzionale esalta la sua origine pre-moderna». Dunque, il diritto penale moderno ha sì indicato «come legittime finalità di sola prevenzione, senza essere però mai riuscito a incidere sulle funzioni, sia materiali che simboliche, della penalità»²⁷.

c) Da ciò deriva che «l'efficacia censoria della pena» – la funzione tesa a identificare, in concreto, come antisociale una determinata condotta e a riaffermare nella sua validità la norma trasgredita, che certamente compete all'intervento penale – finisce per rimanere «conseguenza della natura degradante del castigo»: per cui la risposta al reato costruita – mutuando Domini – come *raddoppio del male*²⁸ assume i contorni di una «violenza penale che svilisce a 'non persona' il condannato», riproponendo «sotto parvenze laiche, l'idea del *sacrificium* espiatorio»²⁹.

Per porre davvero in discussione, sottoponendole a un vaglio critico che non rimanga sterile, i modi con cui s'è ritenuto di perseguire, fino a oggi, intenti di prevenzione della criminalità occorre pertanto, secondo Pavarini, *ripartire dalla pena*³⁰. Considerando che l'epoca plurimillenaria in cui la prevenzione è stata ricondotta alla minaccia di riprodurre attraverso la pena, per analogia, il male del reato si è rivelata un'epoca in cui proprio il punire ha ostacolato la riflessione sulle strategie preventive (non è un caso che esistano moltissime cattedre universita-

²⁶ Cfr. L. EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, La Scuola, Brescia, 2014, in part. pp. 34 ss. (anche per i riferimenti alla letteratura teologica). La stessa ben nota elaborazione di René Girard, richiamata da Pavarini (*op. ult. cit.*, p. 127), sul rapporto tra la violenza e il sacro è rivolta a dimostrare che proprio in Gesù risulterebbe smascherato il carattere sacrificale di ogni religiosità inautentica, manifestandosi un'immagine di Dio libera da qualsiasi dimensione di violenza (Cfr. R. GIRARD, *Delle cose nascoste fin dalla fondazione del mondo*, [1978], tr. it. a cura di R. Damiani, Adelphi, Milano, 1983, pp. 235 ss.). La novità di Gesù culminerebbe, pertanto, nel carattere «non sacrificale» della sua morte, vista come espressione di piena dedizione a Dio e di amore (*ibi*, p. 263; cfr. anche ID., *Vedo Satana cadere come la folgore* [1999], tr. it. a cura di G. Fornari, Adelphi, Milano 2001, pp. 181 ss.): così che con Gesù la violenza sacrificale si renderebbe nota nei suoi meccanismi e non più proponibile.

²⁷ Cfr. M. PAVARINI, *Leggendoti... Note a margine ad un saggio di Massimo Donini*, cit., pp. 126 s.

²⁸ Cfr. *supra*, nota 20.

²⁹ Cfr. M. PAVARINI, *Leggendoti... Note a margine ad un saggio di Massimo Donini*, cit., p. 126.

³⁰ Valga per questa espressione il rimando a S. CECCHI-G. DI ROSA-T.E. EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Liberilibri, Macerata, 2015 (con una Prefazione di chi scrive).

rie di diritto penale, ma pochissime – in Italia nessuna – di politica criminale). Mentre modalità della risposta al reato che consentano di prendere le distanze da quella che Pavarini definisce la «cultura patibolare della pena»³¹ potrebbero rivelarsi assai più idonee a contrastare i presupposti e, in particolare, gli interessi materiali che soggiacciono all'agire criminoso.

4. *Il significato biunivoco, nel rapporto tra società e soggetto agente, di una risposta al reato intesa come progetto*

La classica modalità retributiva di determinazione della pena al momento della condanna non risulta affatto neutra, pertanto, rispetto alle finalità che il diritto penale sia in grado di perseguire; ma neppure rispetto alla selezione dei fatti da qualificare come reato e dei relativi autori, dato che la funzione di compensazione simbolica della colpa inerente, per l'appunto, alla dinamica retributiva si presta a essere facilmente perseguita attraverso soggetti deboli (con propensione a logiche di c.d. colpa d'autore).

Del resto, quella modalità sanzionatoria incide anche rispetto ai modelli di costruzione delle fattispecie, enfatizzando, per esempio, il ruolo del prodursi per colpa di un evento lesivo, il cui impatto psico-sociale richiederebbe una ritorsione eclatante: senza considerare che, ove la presupposta condotta antidoverosa – come accade il più delle volte – non avesse causato quell'effetto, la reazione penale non vi sarebbe stata o sarebbe stata assai più lieve (sebbene non appaia davvero conforme al principio di colpevolezza la circostanza per cui, dato un medesimo disvalore della condotta, il determinarsi o meno di conseguenze penali devastanti per la vita di una persona dipenda dal caso: si pensi, soprattutto, alle pene previste per l'omicidio colposo aggravato e, in particolare, per l'*omicidio stradale*, suscettibile di essere punito maggiormente di un omicidio doloso tentato).

Si tratta, dunque, di modificare anzitutto il modo di concepire la risposta al reato, affrancandola dall'eredità retributiva ovvero, con le parole di Pavarini, superando «un approccio alla questione criminale di tipo bellico»³².

Un orientamento, questo, che a prima vista parrebbe solo programmatico, posto che Pavarini non ci dice (salvo l'appello tradizionale a ridurre l'ambito dell'intervento penale) come intendere, in modo alternativo, la pur necessaria risposta ai reati non depenalizzabili. Quasi debba ritenersi che la sua sia stata una vocazione critica rivolta a disvelare le dinamiche e le contraddizioni proprie della penalità, e con ciò a far giustizia di molti luoghi comuni del diritto penale, ma

³¹ Cfr. M. PAVARINI, *Leggendoti... Note a margine ad un saggio di Massimo Donini*, cit., p. 126.

³² Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 13.

non a cimentarsi in una ricostruzione *accettabile* della penalità (o come pure la si vorrà chiamare nel futuro, liberandola dal connubio con l'idea del *patis* retributivo).

Eppure molto nel pensiero di Pavarini lascia emergere quelle che potrebbero essere le linee guida di una giustizia *diversa*: fino alle aperture recenti nei confronti della mediazione e della giustizia riparativa. Proprio a conclusione del volume *Governare la penalità* più volte richiamato egli osserva, infatti, che la «mediazione può occasionalmente palesarsi in grado di favorire una diversa costruzione sociale del panico attraverso l'utilizzo di un vocabolario non punitivo nella gestione dei conflitti», ammettendo, anzi, che forse non costituisca «un male» il fatto che la medesima, pur con il rischio «di perdere in parte la sua virtù», sia «inclusa nel sistema di giustizia penale». Ciò perché, «in effetti, il *restorative paradigm* si offre con lo sguardo aperto a tutto campo»: «chiede alle parti in conflitto di ri-considerare il passato, di misurarsi sul senso di un fatto storico che ha rotto un equilibrio; ma chiede anche di superare insieme quella frattura, per incamminarsi più serenamente verso il futuro»³³.

Così che nel *Manifesto «No Prison»* (redatto con Livio Ferrari) Pavarini perviene a scrivere: «l'istituto della mediazione deve entrare stabilmente nel sistema della giustizia penale, in modo da poter essere applicato nelle diverse fasi della vicenda giudiziaria ed esecutiva, secondo le disponibilità e le possibilità» (n. 19)³⁴.

Su questa base pare a chi scrive che la chiave di volta per coltivare una giustizia *diversa* con riguardo al reato, in modo coerente rispetto alle sollecitazioni di Pavarini, consista nell'intendere la medesima non più secondo il paradigma della corrispettività (quale riproduzione analogica del negativo ravvisato nel fatto illecito), ma secondo il paradigma del *progetto* (implicante l'idea di un contenuto avverso *segno opposto* rispetto alla negatività dell'illecito). Un progetto che, nel quadro di una prevenzione generale *reintegratrice*³⁵, possa assumere significato per il suo destinatario come pure per il suo rapporto con la parte offesa e con la società: in modo conforme all'orientamento *complessivo* della strategia politico-criminale nel cui ambito dovrebbe inserirsi.

Si tratta di una prospettiva – riconducibile al contesto della giustizia riparativa o *restorative justice* – che potrebbe permettere, fra l'altro, di arginare la contraddizione, denunciata fin nei suoi primi scritti da Pavarini, di una società che sele-

³³ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., pp. 161 s.; cfr. altresì N. CHRISTIE, *Una modica quantità di crimine*, cit., p. 144: «Abbiamo bisogno di sistemi che guardino avanti. Abbiamo bisogno di strumenti in grado sia di chiarire il passato sia di aiutare il futuro. I sistemi per la verità e la riconciliazione possono essere una risposta».

³⁴ V. *supra*, nota 2.

³⁵ Cfr. per questa nozione L. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale? Considerazioni in margine al disegno di legge delega sulla riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 11, pp. 1334 ss.

zione individui da stigmatizzare, pur non essendo essa stessa innocente, né scevra da corresponsabilità rispetto allo stesso fenomeno criminale: senza che da ciò, finora, siano state tratte conseguenze tangibili.

Solo una risposta al reato concepita (già nel processo di cognizione) come progetto, infatti, appare in grado di far assumere alla medesima *un significato bi-univoco*: sia con riguardo, all'aggressione dei diritti altrui posta in essere dal soggetto agente, sia con riguardo al debito che la società stessa possa aver contratto nei suoi confronti, ove quel soggetto abbia sperimentato nel corso della sua esistenza deficit di integrazione o, comunque, deprivazioni riferibili ai diritti umani fondamentali.

Così che la suddetta corresponsabilità non resti celata e riesca a co-determinare i contenuti del progetto sanzionatorio: rendendolo tale da configurarsi non soltanto come espressione di una dinamica *autore di reato vs società*, ma anche di una dinamica *società vs autore di reato*.

Tutto ciò presuppone una visione del reato come frattura di rapporti interpersonali e sociali, più che come offesa di beni giuridici intesi quali realtà *ideali* avulse dalla vita delle persone³⁶. E, in continuità con tale visione, torna a rendere plausibile un *dialogo* – tra la persona ritenuta, ormai, responsabile del reato e il giudice, in quanto soggetto esponenziale dell'intera società – circa la costruzione delle conseguenze sanzionatorie. Se, infatti, queste ultime non sono più intese a priori come l'inflizione di un danno, il loro destinatario può aver interesse a contribuire onde far sì che il progetto che le caratterizza si configuri, sebbene oneroso, *migliore*: cosa questa impensabile nel processo orientato a infliggere pene tradizionali.

Nella sua forma più avanzata, anzi, la giustizia riparativa consente di estendere il dialogo, addirittura, al reato commesso: perseguendo, attraverso la procedura di mediazione, l'opportunità di rielaborare la vicenda criminosa senza procrastinare simile obiettivo al momento dell'esecuzione della pena in carcere. Di modo che la riaffermazione nella sua validità della regola violata possa avvenire *al più presto*, nel rapporto diretto, ancorché *mediato*, con la persona offesa (o con un soggetto esponenziale dei beni aggrediti) e attraverso l'assunzione di seri impegni riparativi. Non in opposizione al processo penale, bensì creando un contesto sottratto all'ascolto del giudice nel quale si rende possibile ciò che il processo penale non ha mai potuto consentire: cioè il poter *parlare*, senza timore di conseguenze *in malam partem*, della vicenda complessiva in cui il reato si sia prodotto. Con

³⁶ Cfr. in questo senso, di recente, GIOV. DE FRANCESCO, "Interpersonalità" dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela, in *Cass. pen.*, 2015, 2, p. 860, e, in precedenza, F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, p. 469; L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 547 ss.

l'esito di una relazione al giudice circa la validità dell'iter mediativo, tale da poter consentire l'estinzione del reato o altre conseguenze sanzionatorie favorevoli.

5. *Non è il diritto penale retributivo che fa da argine alla politica criminale*

L'esigenza di scardinare il *nocciolo sacrificale* del punire correlato al concetto di retribuzione impone tuttavia di fare chiarezza su un altro assunto classico del sistema penale: quello per cui, come descrive Pavarini, l'esigenza che «la reazione penale al fatto di reato [debba] essere a questo proporzionata» costituirebbe «nulla più di un "machiavello" per cercare di limitare – in concreto – la reazione punitiva», secondo i fini con essa perseguiti.

In altre parole, va palesato l'artificio che vede la retribuzione soltanto come «criterio formale nella commisurazione del castigo al caso concreto» e che, in tal modo, ravvisa nella «pena giusta», «per scrupolo e preoccupazione di garanzia, la pena in concreto, cioè il momento commisurativo, ove la persona non può essere mai oggetto di politica criminale»³⁷: in base alla «gloriosa quanto sempre sconfitta pretesa di fare del diritto penale il limite della politica criminale»³⁸.

Orbene: il concetto di proporzionalità retributiva non è in grado di arginare alcunché, e tantomeno le punizioni esemplari. Anzi, proprio la configurazione della pena come un danno che riproduce la negatività del reato fa sì che la dinamica psicologica cui rispondono le finalità preventive del diritto penale non possa che essere di carattere intimidativo: un *male* si può solo temere.

Del resto, non esiste alcuna pena identificabile come *giusta in sé*, cioè a prescindere da considerazioni inerenti alla sua funzione. Di qui il carattere, oggi si direbbe, totalmente *liquido* di quel concetto, il quale, una volta esclusa qualsiasi motivazione razionalmente argomentabile, non può che ricondurre i contenuti del punire a quanto emotivamente richiesto, sul piano sociale, in una data epoca. Ma proprio in questo – così una ben nota espressione hegeliana – «risiede la legittimità sia di punire con la morte un furto di pochi soldi o di una rapa, sia di infliggere una pena mite a un furto che implica valori cento e più volte maggiori di quello»³⁹.

Per Hegel, nondimeno, tale «unità di misura per i delitti», «pur dando l'impressione di aumentare la gravità dei delitti, è piuttosto proprio quello che ne ha diminuito la pena». Tuttavia, appare assai poco tranquillizzante ravvisare

³⁷ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 104. Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2004, sub Pre-Art. 1, n. 37, p. 16: «la retribuzione diviene così strumento di prevenzione e la prevenzione trova nella retribuzione una barriera».

³⁸ Così M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 105.

³⁹ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), ed. it. a cura di V. Cicero, Rusconi, Milano, 1996, § 218, p. 379.

l'argine alla potestà punitiva in un sentire sociale non meglio definibile, il quale lungo i secoli ha richiesto tante volte, e continua a richiedere, pene esemplari, rimanendo ancorato, comunque, al paradigma della ritorsione. Né, in proposito, è privo di rilievo il fatto che lo stesso Hegel riferisca quell'«unità di misura» al «punto di vista della *pericolosità per la società civile*»⁴⁰.

Se dunque, talora, il sentire sociale può aver avuto anche un ruolo di contrappeso rispetto a istanze vendicative o al terrorismo sanzionatorio, ciò non è automatico, né costituisce la regola. Come dimostra la parabola del neoretribuzionismo negli ultimi decenni del secolo scorso, il quale ha ricercato proprio nel soddisfacimento dei bisogni sociali di pena – ritenuto necessario per evitare l'infrangersi, dinnanzi al reato, della *tabuizzazione* di stili comportamentali conformi alla legge – l'orizzonte finalistico attraverso il quale legittimare il ripudio degli orientamenti inclusivi che ebbero a caratterizzare la fiducia precedente, pur con tutti i suoi limiti, nella *probation* e nella finalità risocializzativa della detenzione⁴¹.

Nei casi stessi, peraltro, in cui quel ruolo mitigatorio possa constatarsi, le sue motivazioni non appaiono certo dipendere dalla fede dei cittadini nella bontà dell'idea del contrappasso, bensì, semmai, da un affrancamento, radicato in percorsi socio-culturali di lunga data, rispetto all'interiorizzazione di approcci retribuzionistici alla giustizia. Come dimostra la reazione del popolo norvegese all'attentato di Oslo del 22 luglio 2011 e alla terribile strage che vi fece seguito nell'isola di Utoya⁴². Ma come si confida dovrebbe ormai emergere, in molti paesi, attraverso l'indisponibilità sociale a ipotesi di reintroduzione della pena di morte.

Superare il dogma della pena concepita in termini di espressione proporzionale della gravità dell'illecito – e bisognosa, dunque, di un'*unità di misura* tendenzialmente omogenea in sede di determinazione legislativa o giudiziaria della condanna – non significa, tuttavia, accedere a una penalità senza limiti e senza garan-

⁴⁰ Cfr., ancora, G.W.F. HEGEL, *ibidem* (corsivo nostro).

⁴¹ Cfr. sull'intera problematica, e per i necessari riferimenti bibliografici, L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 914 ss. e 1315 ss.

⁴² Così ne offre una descrizione N. CHRISTIE, nella *Lettera introduttiva*, dal titolo *Rose, non vendetta*, all'edizione italiana di *Una modica quantità di crimine*, cit., p. 8: «...In seguito si seppe che il primo ministro non era morto. Presto parlò alla radio e alla televisione. Le sue furono parole di dolore e disperazione, di solidarietà con le vittime, ma ci fu un elemento centrale del suo discorso, quella notte e nei giorni e nelle notti che seguirono: noi non risponderemo a questi atti con la vendetta e il terrore, ma preservando i nostri ideali per una società democratica. O, come disse uno dei giovani sopravvissuti dell'isola, qualche giorno dopo: noi risponderemo al terrore con i fiori. Tre giorni dopo queste atrocità, davanti al municipio di Oslo, si tenne una cerimonia di commemorazione. Oslo ha 600 mila abitanti. Si stima che 200 mila fossero i presenti. Parlò il Re, il primo ministro, parlarono i superstiti. Non ho sentito una sola espressione di vendetta. Solo rose, in parole e nei fatti: quasi tutti avevano in mano dei fiori, che depositarono poi nei diversi luoghi del ricordo. I trasporti pubblici furono fatti deviare affinché non distruggessero i cenotafi floreali nel centro della città. Analoghe cerimonie si tennero in tutto il Paese. [...] Rose, non vendetta. Un'eccellente forma di politica penale».

zie. Significa, semmai, attribuire ai limiti (nonché ai criteri e ai mezzi) che il legislatore è tenuto a fissare circa l'esercizio della potestà punitiva un fondamento più sostanziale e più razionale.

E, in effetti, una tutela del singolo individuo, rispetto al potere punitivo, la quale non sia da ricollegarsi al puro dato contingente della fissazione discrezionale di determinati limiti da parte del legislatore, ma riveli una base più solida, non può essere fondata sul concetto equivoco e fluido di proporzionalità, ma esige, almeno, due requisiti:

a) Un'idea sufficientemente precisa del tipo di prevenzione che s'intenda praticare attraverso le sanzioni penali, in conformità alla Costituzione: così da risultare vincolante per il legislatore.

Non è un limite retributivo *estrinseco*, infatti, che può fare da argine al perseguimento indiscriminato, attraverso la pena, di finalità preventive, ma la capacità di operare una scelta stabile circa il modello di prevenzione recepito dal sistema penale. Modello che dovrebbe consistere, come già indicavamo, in una prevenzione generale *reintegratrice*, mirante a creare le condizioni perché possa conseguirsi al più presto, da parte dell'agente di reato, la responsabilizzazione rispetto al fatto illecito commesso, la disponibilità a condotte riparative e un impegno credibile, supportato dal servizio sociale, ad agire nel futuro rispettando i precetti penali. In modo che possano ricostituirsi quanto prima i presupposti di un ordinario inserimento del medesimo soggetto nel contesto sociale.

b) La definizione legislativa dei limiti massimi d'intervento rispondenti alla suddetta strategia preventiva costituzionalmente fondata, con riguardo alle caratteristiche del fatto colpevole; nonché la definizione, altresì, delle tipologie sanzionatorie e, con esse, dei criteri che debbano guidare il giudice nel concretizzare tale strategia in relazione alle peculiarità di ciascun reato e alle condizioni personali del soggetto agente.

Così che le scelte legislative siano effettivamente argomentabili in rapporto all'art. 27, terzo comma, della Costituzione e quelle del giudice, invece di prospettarsi come un'ineffabile esercizio del proporzionalismo retributivo, si configurino come attuazione, in ogni singolo caso, delle indicazioni fissate dal legislatore: secondo un recupero virtuoso e garantistico del concetto di *discrezionalità*.

Tutto questo consente di slegare il messaggio inerente alla gravità ravvisata, attraverso il processo, in un certo reato dal *quantum* della pena inflitta (ciò che ha effetti inevitabili di *rincorsa verso l'alto* circa l'entità delle sanzioni), per ricondurre quel messaggio, piuttosto, al significato complessivo del progetto sanzionatorio e dei pregressi accertamenti processuali. Aprendosi finalmente la via, in tal modo, verso la diversificazione delle pene principali e verso l'utilizzabilità di procedure

lato sensu riparative, intese alla definizione anticipata del procedimento giudiziario: nell'ottica di una risposta al reato intesa come *progetto*.

Il che dovrebbe condurre, inoltre, a una riduzione sostanziale della popolazione penitenziaria, facilitando lo stesso perseguimento di finalità inclusive nei casi in cui non possa prescindersi da un determinato periodo di detenzione, stante il serio pericolo, altrimenti, del reiterarsi di reati gravi (connesso, soprattutto, all'impossibilità di recidere, senza restrizione della libertà personale, il legame con organizzazioni criminose)⁴³.

In sintesi: «la punizione non può mai porsi alla pari con quanto di sbagliato è stato compiuto», «non può essere equivalente al danno»⁴⁴. O, se si vuole, «esiste un'asimmetria necessaria tra il delitto e la pena»⁴⁵.

6. *Restituire il tema della criminalità alle scienze (e alle politiche) sociali: sul ruolo del diritto penale*

Affrancata la nozione di giustizia dal concetto immobilizzante di ritorsione, così da renderla recettiva dell'idea che non si tratta di agire, dinnanzi alle realtà negative, secondo logiche di corrispettività, ma di attuare *progetti* di segno opposto a quello del *negativo* cui s'intenda rispondere, torna nuovamente possibile parlare di politica criminale. E diviene del pari possibile inquadrare il diritto penale nell'ambito di una strategia politico-criminale più ampia, di cui esso sia parte. Il che permette, altresì, di costruire effettivamente il sistema penale come uno strumento da utilizzarsi in termini di sussidiarietà rispetto alla suddetta strategia.

Si tratta, dunque, di reinterpretare il ricorso alle sanzioni penali, e segnatamente alla pena detentiva, come *extrema ratio* della politica criminale, piuttosto che di pensare alla pena retributiva come limite irrealistico di una politica crimi-

⁴³ In altra sede precisavamo (*Su violenza e diritto penale*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica al sistema penale e penitenziario*, 2015, 2, § 3): «Altro, infatti, è abbandonare l'idea [...] secondo cui il fine risocializzativo necessiterebbe della permanenza in carcere quale strumento *proprio* del suo perseguimento (come se la detenzione costituisse *in sé* uno strumento di reintegrazione sociale). [...] Altro, invece, è concludere che laddove, per motivazioni insuperabili di tutela della società, si faccia ricorso al carcere ciò renda impraticabile perseguire finalità risocializzative: in tal modo ravvisando, di fatto, nel carcere una *dis carica* ove relegare soggetti irrimediabilmente reputati come *nemici* (e rinunciando a favorire, fra l'altro, l'affrancamento del condannato da vincoli di natura criminosa proprio nei casi in cui ciò potrebbe assumere il maggior significato generalpreventivo)»

⁴⁴ Così N. CHRISTIE, *Una modica quantità di crimine*, cit., p. 131.

⁴⁵ FRANCESCO, *Lettera ai partecipanti al XIX Congresso Internazionale dell'associazione Internazionale di Diritto Penale e del III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia*, n. 1 (http://w2.vatican.va/content/francesco/it/letters/2014/documents/papa-francesco_20140530_lettera-diritto-penale-criminologia.html), pubblicata, con un commento di chi scrive, anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1019 ss.

nale coincidente, in pratica, col diritto penale. Dato che quest'ultimo, semmai, funge da limite nei confronti delle istanze preventive attraverso le categorie dogmatiche deputate a indicare i presupposti della punibilità, in quanto si fondino su concetti o apporti provenienti dalle scienze di base non suscettibili di ricostruzioni funzionali a obiettivi predeterminati.

Su questa base, l'orientamento di Pavarini volto a *restituire* la questione criminale agli studiosi di scienze sociali⁴⁶ sembra poter trovare una concretizzazione logica ma, per molti aspetti, rivoluzionaria, in quanto antinomica rispetto al dilagante *populismo penale*: non solo ribadendo sul piano teorico il canone classico dell'*extrema ratio*, bensì affermando che *non si può mettere in campo, rispetto a dati fatti offensivi, il diritto penale ove prima non si sia delineata una strategia politico-criminale attendibile, coinvolgente diversi settori dell'ordinamento giuridico, per prevenire e gestire simili accadimenti*.

Così che il ricorso al diritto penale (e segnatamente alla pena detentiva) non costituisca pretesto onde evitare, come già si osservava, l'adozione di strumenti d'intervento *diversi*, in quanto suscettibili di incidere in maniera più certa ed efficace su interessi, inerzie, egoismi che non si vogliono intaccare⁴⁷.

Nils Christie rappresenta questa esigenza, e il rischio che vorrebbe scongiurare, con un esempio molto forte, relativo ai processi dell'immediato dopoguerra nei confronti di alcuni criminali nazisti: «Impiccare il comandante [di Birkenau] e anche quei capi a Norimberga aveva prodotto la piacevole sensazione di aver compiuto qualcosa; vendetta, spesso definita giustizia, era stata fatta. Ma, nello stesso tempo, la discussione sulle idee e sugli interessi che stavano dietro al periodo nazista, e anche sui fenomeni a esso collegati ancora presenti, era stata in realtà troncata»⁴⁸.

Riprendere, su questa via, la riforma delle modalità proprie dell'intervento sanzionatorio penale, spostandone il baricentro delle modulazioni concernenti l'esecuzione della pena detentiva ai criteri della risposta al reato in sede di cognizione entro il quadro di un più ampio approccio politico-criminale, può costituire un buon proposito a quarant'anni dall'introduzione del nuovo ordinamento penitenziario italiano.

Tenendo presente un concetto che forse sintetizza più di ogni altro il pensiero di Massimo Pavarini: «la sicurezza può essere intesa e governata come bene pubblico solo nella produzione di maggiore "sicurezza dei diritti per tutti", *in primis* di coloro – i più deboli – che soffrono di minore tutela dei propri»⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. *supra*, nota 13.

⁴⁷ Cfr. sul tema K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, ed. it. Giuffrè, Milano, 2005, p. 153, e F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 223 s.

⁴⁸ Cfr. N. CHRISTIE, *Una modica quantità di crimine*, cit., p. 136.

⁴⁹ Cfr. M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, cit., p. 56.

FABIO FASANI

I MARTIRI INVISIBILI.
QUALE RUOLO PER IL DIRITTO PENALE NELLA LOTTA
AL TERRORISMO ISLAMICO?

SOMMARIO: 1. Le recenti forme di manifestazione del terrorismo islamico. – 2. L'infinito arretramento della tutela quale stilema delle attuali politiche criminali. – 3. I vizi di superficie delle attuali tecniche di controllo del terrorismo islamico: il *dolo specifico* e il *pericolo* nella repressione degli atti preparatori. – 4. I vizi strutturali dello strumento penale nella prevenzione dell'*escalation* estremistica. – 5. Alle radici del terrorismo islamico: chiavi diverse per diverse serrature.

“E ho sempre sperato che qualcuno un giorno potesse parlare male di noi. Ma eravamo invisibili, talmente invisibili che non ci vedevamo mai”¹.

“Lei ha probabilmente afferrato qual è il fondamentale difetto della metodologia precrimine dal punto di vista legale. Noi arrestiamo degli individui che non hanno infranto alcuna legge”².

1. *Le recenti forme di manifestazione del terrorismo islamico*

A quindici anni di distanza dai fatti dell'11 settembre 2001 siamo costretti ad ammettere tre verità scomode. La prima è che il terrorismo islamico ci fa ancora paura, riuscendo perfettamente a perseguire il proprio scopo destabilizzante. La seconda è che esso ha affinato nel tempo quei caratteri che sin dall'inizio l'hanno reso insidioso e sfuggente. La terza è che siamo stati sinora capaci solo di mettere in campo armi grossolane, seppure talvolta efficaci, risultando per noi difficile la realizzazione di interventi mirati e precisi sui gangli di un sistema tanto complesso.

Le difficoltà nel reagire al terrorismo islamico derivano dalle inedite peculiarità di questo fenomeno criminale, che si è dimostrato oltremodo ostico in entrambi i contesti geografici di sviluppo.

Quanto agli scenari di origine dello jihadismo militante, *“il terrorismo, oltre che da un'esperata risposta a una profonda crisi di identità, è soprattutto il frutto*

¹ C. DE ANDRÉ, *Gli invisibili*, in *Come in cielo così in guerra (Special Edition)*, Universal Music, 2014.

² P. K. DICK, *Rapporto di minoranza e altri racconti*, Roma, 2002, p. 29.

del distorto sviluppo sociale e politico del Medio Oriente oltre che dell'errata politica occidentale in quello scacchiere sensibile e vitale"³. Il taglio del presente lavoro non consente un approfondimento di questo assunto. Sappiamo però che tale pluralità di fattori storici, politici e sociali ha prodotto strutture terroristiche difficili da analizzare e combattere, anche in ragione dell'instabilità politica dei Paesi ospitanti e della conseguente impossibilità di svolgere indagini o interventi di polizia. Il riferimento va anzitutto ad *al-Qaeda* che, dopo una fase di relativa stabilità e definizione organizzativa, è divenuta a partire dal 2001 una sorta di *brand* ideologico, cui vengono ricollegate, spesso *ex post*, anche azioni terroristiche compiute da soggetti privi di qualsivoglia appartenenza strutturale⁴. Il riferimento va poi al cd. *Stato Islamico* (più noto con l'acronimo di ISIS), che a partire dal 2014 ha diffuso quel terrore cui purtroppo siamo ben abituati, manifestando, in via differenziale rispetto ad *al-Qaeda*, una serie di caratteristiche peculiari ben definite: una forte connotazione territoriale e mire espansionistiche di tipo bellico, proprie dell'Islam delle origini⁵; un'inedita dimensione "statuale"⁶, piuttosto anomala per un gruppo terroristico; un utilizzo calcolatamente smodato e brutale della violenza; una notevole padronanza degli strumenti mediatici; una ricchezza superiore a qualsivoglia altro gruppo terroristico⁷.

Quanto alla fisionomia del terrorismo islamico nei Paesi occidentali, il quadro è ancora più fosco⁸. All'originario *network* multilivello, connotato negli ultimi lustri del secolo scorso da una labile (ma pur sempre esistente) rete di relazioni interorganiche di natura anche gerarchica⁹, si è sostituita da tempo una completa destrutturazione. Il nuovo modello di sviluppo dello jihadismo militante si dimostra privo di centro, privo di gerarchie piramidali e assume le sembianze di una "rete d'odio" verso l'Occidente, all'interno della quale soggetti isolati o radunati

³ M. CAMPANINI, *Islam e politica*, 3^a ed., Bologna, 2015, p. 273.

⁴ Sulla lunga storia di Al-Qaeda si vedano *ex plurimis* R. GUNARATNA, *Inside al-Qaeda: Global Network of Terror*, New York, 2002; J. BURKE, *Al-Qaeda*, New York, 2003; G. CHALIAND-A. BLIN, *Storia del terrorismo. Dall'antichità ad al-Qaeda*, Torino, 2007; L. WRIGHT, *Le altissime torri. Come al-Qaeda giunse all'11 settembre*, Milano, 2007; C. HELLMICH, *Al-Qaeda. From Local Network to Global Franchise*, London-New York, 2011.

⁵ Vd. M. KHADDURI, *War and Peace in the Law of Islam*, Baltimora, 1955, p. 51 ss.

⁶ La natura *statuale* del sedicente Stato Islamico è invero dibattuta nella letteratura giuspubblicistica. Vd. da ultimo A. VEDASCHI, *Da al-Q'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in corso di stampa in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016.

⁷ Sulla giovane struttura dell'ISIS la bibliografia assume ancora un taglio prettamente giornalistico. Si veda comunque J. STERN-J. M. BERGER, *ISIS. The State of Terror*, New York, 2015.

⁸ Vd. da ultimo F. MARONE, *Il nuovo volto del terrorismo jihadista*, in *Il Mulino*, 2015, p. 293 ss.

⁹ Cfr. per tutti A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in C. DE MAGLIE-S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, p. 163 ss.

in piccoli gruppi, sostanzialmente autonomi e non (o debolmente) connessi l'uno all'altro, coltivano il proprio *jihad* individuale¹⁰.

Dalle nebbie di questo paesaggio cupo emergono figure inquietanti, i cui nomi sono ormai sulla bocca di tutti, ripetuti come i ruoli di un *film* d'azione: i "lupi solitari" e gli "zombi" che da soli o in gruppi ridotti, sovente di natura familiare, preparano la propria guerra personale sulle orme di al-Suri¹¹, pronti al sommo sacrificio; i *foreign fighters* che viaggiano da un Paese all'altro alla ricerca di fronti jihadisti nei quali combattere e morire per Allah¹²; gli *homegrown terrorists*, ossia immigrati di seconda e terza generazione (cui si aggiunge un numero ridotto di convertiti) che sono occidentali per nascita e socializzazione primaria e che si radicalizzano nei nostri Paesi attraverso dinamiche su cui torneremo brevemente nell'ultimo paragrafo¹³.

È a questi "martiri invisibili", camuffati tra i diritti e le libertà delle nostre democrazie, tra le complesse umanità delle nostre periferie, che sono riferibili gli atroci attentati da noi subiti negli ultimi dieci anni: dagli attacchi madrileni del 2004 fino a quelli che hanno colpito Parigi il 13 novembre del 2015. Le differenze tra passato e presente sono marcate e, rispetto ai primi anni Duemila, vanno mutando gli obiettivi scelti, le tecniche di preparazione degli attentati e le dinamiche operative. Dal primo punto di vista, sono ormai abbandonati i criteri con cui la rete di bin Laden selezionava obiettivi macroscopici e simbolicamente rilevanti; ora l'attentato può colpire un teatro, un ristorante, un asilo, può consistere in un "piccolo" gesto di violenza nei confronti di una platea assolutamente casuale e numericamente ridotta di cittadini comuni. Dal secondo punto di vista, alle lunghe e organizzate sessioni di preparazione dell'atto terroristico¹⁴, si sono sostituite le estemporanee valutazioni del singolo *mujahid* o del piccolo gruppo che intende imbastire l'attentato. Dal terzo punto di vista, infine, anche la meticolosa

¹⁰ Sul punto F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, *in corso di stampa*.

¹¹ Abu Musab al-Suri, con il suo "Call to Global Islamic Resistance", circolato online in lingua araba a partire dal 2004, è considerato il principale teorico del jihad individuale. Per un'analisi del testo, cfr. M. W. ZACKIE MASOUD, *An Analysis of Abu Mus'ab al-Suri's "Call to Global Islamic Resistance"*, in 6 *Journal of Strategic Security*, 2013, p. 1 ss.

¹² Sul fenomeno dei cd. *combattenti stranieri* vd. per tutti T. HEGGHAMMER, *The Rise of Muslim Foreign Fighters. Islam and the Globalization of Jihad*, in 35 *International Security*, 2010, p. 53.

¹³ Sugli *homegrown terrorists* si veda, ad esempio, nella letteratura nordamericana R. A. BROOKS, *Muslim "Homegrown" Terrorism in the United States. How Serious Is the Threat?*, in 36 *International Security* 2011, p. 7. Per un quadro delle situazioni locali, europea e italiana, si vedano per tutti A. RABASA-C. BERNARD, *Eurojihad. Patterns of Islamist Radicalization and Terrorism in Europe*, Cambridge, 2014; L. VIDINO, *Il jihadismo autoctono in Italia: nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, Milano, 2014.

¹⁴ Sulla meticolosa preparazione degli attentati alle Torri Gemelle cfr. NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES, *The 9/11 Commission Report*, p. 145 ss.

predeterminazione “dall’alto” delle dinamiche operative¹⁵ ha ceduto il passo alle improvvisazioni dei lupi solitari, che possono anche aver ricevuto un addestramento militare, ma che si limitano ad azioni quasi all’impronta, che non superano l’orizzonte della stretta contingenza spazio-temporale.

Le vicende dei primi *homegrown terrorists* italiani sembrano confermare questo scenario. Le storie di Mohamed Game, Jarmoune Mohamed, Anas el-Abboubi e Giuliano Delnevo raccontano la trasformazione di ragazzi vissuti sin da piccoli in Italia e apparentemente integrati nel sistema d’accoglienza, che, a un certo punto della loro vita, maturano gravi conflitti interiori, si avvicinano tramite la rete a ideologie fortemente estremistiche e decidono infine di aderire allo jihadismo violento cercando di partire o partendo alla volta del Medio Oriente¹⁶.

L’Italia è stata sinora risparmiata dallo strazio di questo nuovo terrorismo, ma non è evidentemente impossibile escludere che possano essere realizzati attentati in futuro, per il semplice motivo che contingenti e provvisorie sono le cause che hanno determinato tale privilegio: la natura dell’Italia di Paese di recente immigrazione, ove iniziano in questi anni a divenire adulti gli islamici di seconda generazione; le notevoli capacità delle forze di polizia, della magistratura e dell’*intelligence* italiane, dotate di un’invidiabile *expertise* maturata nella lotta alla mafia e al terrorismo interno; la posizione più “sfumata” dell’Italia nelle operazioni internazionali antiterrorismo.

Di fronte a questo nuovo volto della minaccia jihadista occorre, più che mai, interrogarsi sul ruolo del diritto penale al fine di comprendere quali tecniche di controllo della criminalità terroristica possano coniugare efficacia e ragionevolezza. Il tema è decisivo, dal momento che l’esercizio dello strumento penale non è mai neutro e comporta sempre, nel bene o nel male, conseguenze dirompenti.

2. *L’infinito arretramento della tutela quale stilema delle odierne politiche criminali*

Sino a oggi la costante pressione del terrorismo jihadista ha condotto i Paesi occidentali a un progressivo arretramento e irrigidimento della tutela penale, che trova epilogo nelle odierne politiche criminali.

¹⁵ Per gli attentati dell’11 settembre era stata addirittura predisposta e distribuita ai futuri martiri una *guida spirituale*, contenente informazioni relative alla preparazione e all’esecuzione degli attacchi. In tema per tutti P.C. BORI (a cura di), *Terrore al servizio di Dio*, Macerata, 2007, *passim* e ivi specialmente H. G. KIPPENBERG, *Terrore come servizio divino: la Guida Spirituale come fondazione e coordinamento degli atti di violenza dell’11 settembre*, p. 81 ss.

¹⁶ L. VIDINO, *Il jihadismo*, cit., p. 31 ss.

Precursori in questo senso possono essere ritenuti gli Stati Uniti d'America, particolarmente duri nella reazione a questa forma di terrorismo, sia per ragioni legate all'esperienza dell'attentato alle Torri Gemelle, sia per ragioni legate al tradizionale rigore che contraddistingue le loro politiche penali¹⁷. La guerra statunitense al terrorismo islamico è stata attuata infatti con determinazione, per lo più attraverso strumenti estranei alla tradizionale logica liberale di contrasto giurisdizionale a *fatti* carichi di disvalore. A vere e proprie azioni militari attuate nei Paesi mediorientali gli Stati Uniti hanno affiancato quello che è stato definito il “*modello Guantanamo*”: la lotta tesa alla neutralizzazione del *combattente nemico*¹⁸ si è attuata attraverso procedimenti de-giurisdizionalizzati e privi di garanzie, incardinati avanti a commissioni speciali (le *Military Commissions*); la detenzione preventiva dei potenziali terroristi, quasi mai giudicati da tribunali ordinari, è avvenuta in carceri speciali poste al di fuori dei confini nazionali e sottratte a qualsivoglia controllo da parte delle autorità civili¹⁹; la lotta al terrorismo è stata per lo più gestita dall'esercito e dai servizi segreti, che non hanno esitato a utilizzare, in modo più o meno dichiarato, strumenti *extra ordinem* quali la tortura e le *Extraordinary Renditions*. Di questo modello, tuttora in via di faticoso superamento, sono state contestate non solo l'immoralità e la violazione dei diritti umani, ma persino l'ineffettività, in ragione degli scarsi risultati investigativi ottenuti con tale *modus procedendi*²⁰.

Pur partendo da posizioni innegabilmente diverse, anche i singoli Stati europei hanno col tempo inasprito le proprie politiche antiterrorismo, tendendo a falsificare l'originaria impressione secondo cui alla direttrice *bellicistica* americana, il Vecchio Continente opponeva una direttrice *giurisdizionale*, combattendo il terrorismo islamico, quale crimine comune, attraverso le ordinarie categorie penali-stiche²¹. Il diritto penale è effettivamente rimasto lo strumento principe nel con-

¹⁷ M. TONRY, *Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale* (trad. it. A. Corda), in *questa Rivista*, 2010, p. 94 ss.

¹⁸ Per un quadro dell'originaria disciplina in materia di *combattenti nemici* cfr. D. COLE, *Enemy Aliens*, in M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 241 ss.

¹⁹ Con l'istituto della *detenzione preventiva* i soggetti sono privati della libertà personale per periodi di tempo indefiniti, non in relazione alle loro condotte, ma in riferimento alla loro pericolosità sociale. Sul tema si vedano per tutti S. COOPER BLUM, *The Why and How of Preventive Detention in the War on Terror*, in 26 *T. M. Cooley L. Rev.*, 2009, p. 51; D. COLE, *Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War*, in 97 *Calif. L. Rev.*, 2009, p. 693.

²⁰ Cfr., sempre nella letteratura statunitense, B. J. FOLEY, *Guantanamo and Beyond: Dangers of Rigging the Rules*, in 97 *J. Crim. L. & Criminology*, 2007, p. 1009.

²¹ In questo senso vd. per tutti F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 655 ss. Per una più ampia visione del problema cfr. M. DONINI, *Il terrorista straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quad. fior.*, 2009, p. 1699 ss.

trasto al terrorismo, ma esso – come meglio vedremo – ha talmente deturpato il proprio volto da rendersi sostanzialmente irriconoscibile, nascondendo, nel “guscio vuoto” dei reati di pericolo astratto, un arretramento vorticoso e illiberale della tutela penale.

Questa nuova impostazione politico-criminale ha origini *miste*, derivando sia da fonti di matrice comunitaria, che da fonti di matrice internazionale. Alle prime, schiettamente europee, si sommano le seconde, che, data la loro paternità, risentono dell'impronta degli stessi Stati Uniti e di tutti quei Paesi che tradizionalmente hanno adottato politiche particolarmente repressive. Dal primo punto di vista, meritano di essere ricordate le decisioni-quadro europee 2002/475/GAI e 2008/919/GAI, le quali sono connotate da un evidente approccio emergenziale di *lotta*²², che va “dalla tendenziale soggettivizzazione delle incriminazioni all'adozione di un modello ‘debole di associazione’, dalla forte anticipazione della tutela penale sino alla previsione di un trattamento sanzionatorio differenziato e più rigoroso di quello previsto per le corrispondenti fattispecie comuni”²³. Dal punto di vista internazionale, invece, può da ultimo farsi riferimento alla Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 2178 del 24 settembre 2014 che impone agli Stati membri di tipizzare quali gravi delitti una serie di condotte anche lontanamente prodromiche rispetto alla commissione di fatti di terrorismo, fra cui l'addestramento attivo e passivo, l'arruolamento attivo e passivo, il cd. auto-addestramento e l'organizzazione/finanziamento di viaggi con finalità di terrorismo.

Più nello specifico, a livello nazionale, questi obblighi di penalizzazione si sono tradotti in un preciso paradigma strutturale, proprio delle fattispecie anti-terrorismo, le quali reprimono *atti preparatori* e risultano costruite attorno a due elementi fondamentali: la descrizione di condotte sempre più “neutre” e lecite in assenza di specifiche finalizzazioni; la concentrazione dell'intero disvalore (di intenzione) nella finalità di terrorismo, strutturalmente tipizzata attraverso lo strumento del dolo specifico. A conferma di quanto appena osservato, possono essere citati alcuni significativi esempi tratti, rispettivamente, dalle legislazioni italiana, spagnola e inglese²⁴.

²² Sul punto vd. ampiamente M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, p. 55 ss.

²³ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013, p. 145.

²⁴ Il ragionamento può essere esteso all'intera Unione Europea. Volendo, si veda anche la recente legge francese n. 2014-1353, per la cui analisi si rinvia a H. ROUIDI, *La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme: quelles évolutions ?*, in *AJ Pénal*, 2014, p. 556 ss.

Nel nostro Paese, da ultimo con D.L. 18 febbraio 2015, n. 7²⁵, il legislatore è giunto ad arretrare la tutela fino a punire la persona *arruolata* con finalità di terrorismo, ossia quel soggetto che, senza assumere alcun ruolo partecipativo all'interno dell'associazione terroristica, si ponga verbalmente a disposizione del gruppo dall'esterno. In questo modo è stato creato un ulteriore reato-accordo, che ha subito trovato applicazione pretoria anche nella forma tentata: con il titolo di tentato arruolamento (attivo e passivo) vengono così puniti persino quei soggetti che hanno intrattenuto contatti interpersonali con potenziale finalità di terrorismo, peraltro mai estrinsecatisi nemmeno in un semplice accordo; quei soggetti cioè che *tentano di accordarsi*²⁶.

Venendo alla Spagna, attraverso le recenti leggi organiche n. 5 del 22 giugno 2010 e n. 2 del 30 marzo 2015 il legislatore iberico ha proceduto ad arretramenti di tutela persino più estremi di quelli nostrani, come può evincersi da due significativi esempi. Da un lato, sin dal 2010, è stata introdotta la fattispecie associativa “minore” del *grupo*, attraverso la quale viene punita (con la medesima pena della vera e propria *organización*) qualsiasi unione, pur amorfa, di persone con finalità di terrorismo, che avvenga in assenza dei requisiti tipici dell'associazione criminosa (stabilità nel tempo, strutturazione a livello personale e reale, ripartizione dei compiti ecc.)²⁷. Dall'altro lato, l'ultima riforma del 2015²⁸ ha risalito la china dell'*escalation* estremistica fino alla repressione di fasi remote e potenzialmente aperte a numerosi esiti alternativi, punendo, ad esempio, all'art. 575 chi “*accede in manera abitual*” a siti estremistici ovvero chi detiene “*documenti che sono diretti o, per il loro contenuto, risultano idonei ad incitare*” alla commissione di con-

²⁵ Per un approfondimento sui contenuti del D.L. 7/2015 si veda ancora F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit. Per un'acuta analisi del testo normativo cfr. anche M. CAPUTO, *Tra viaggi e miraggi: l'impatto sul codice penale delle nuove fattispecie antiterrorismo*, in G. M. BACCARI-K. LA REGINA-E.M. MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, p. 77 ss.

²⁶ In questi termini Cass. pen., Sez. I, sent. n. 40699, del 9 settembre – 9 ottobre 2015, in C.E.D. Cassazione, Rv. 264720.

²⁷ In tema cfr. *ex plurimis* M.A. CANO PAÑOS, *Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la reforma de 2010*, in *Ley pen.*, 2011, n. 86, p. 17 ss.; M. CANCIO MELIÀ, *Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo*, in J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid, 2011, p. 643 ss.; M. J. MAGALDI PATERNOSTRO, *Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada*, in *Rev. jur. cat.*, 2011, p. 955 ss.

²⁸ Sull'ultima riforma dei delitti di terrorismo cfr. M. CANCIO MELIÀ, *Il diritto penale antiterrorista spagnolo dopo la riforma del 2015*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2015, p. 219 ss.; M. A. CANO PAÑOS, *La reforma de los delitos de terrorismo*, in L. MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, p. 905 ss.; V. M. MACÍAS CARO, *Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana. Análisis de las reformas de 2015*, in *Rev. pen.*, 2015, n. 26, p. 133 ss..

dotte con finalità di terrorismo²⁹. I successivi artt. 578 e 579 estendono ulteriormente l'area del penalmente rilevante, poiché, punendo non solo l'istigazione ma anche l'elogio e la giustificazione dei fatti di cui agli articoli precedenti, giungono nel caso di specie a reprimere la condotta di chi istighi un terzo a visionare siti jihadisti ovvero "giustifichi" *ex post* la condotta di chi detiene materiale propagandistico. Si è addirittura giunti, con l'art. 577, comma 3, c.p., alla punizione della collaborazione con strutture terroristiche *a titolo di colpa*, secondo paradigmi antiterrorismo sinora ignoti negli Stati di diritto³⁰. La deriva securitaria è stata subito illuminata dalla dottrina spagnola più autorevole che ha parlato di "*un vero e proprio delirio*", di "*un testo che – da una prospettiva politica – non solo non è conforme alla Costituzione spagnola, ma nemmeno a quella di qualunque Stato occidentale*", "*un testo sulla base del quale può essere istituita una dittatura*"³¹.

Quanto al sistema penale inglese, può ricordarsi il § 5(1) del *Terrorism Act* del 2006 che punisce chi "*allo scopo di commettere atti di terrorismo o di aiutare taluno a commettere tali atti realizza qualsiasi condotta preparatoria al fine di dare seguito al proprio proposito*"³². Tale formulazione ha dato corso a una corposa casistica giurisprudenziale, che inquieta per il livello di arretramento della tutela penale e per la discrezionalità giudiziale nell'applicazione di categorie così indefinite³³.

Fattispecie tanto lasche, aggrappate al solo collante del dolo specifico della finalità di terrorismo, hanno faticato a trovare una stabile applicazione nel concreto *enforcement* giudiziario. Queste difficoltà possono essere apprezzate su due differenti piani prospettici, tra loro complementari. Da un lato, il diritto vivente ha risentito di quelli che potremmo considerare *vizi di superficie*, legati alle peculiari caratteristiche di questo diritto penale, ossia delle fattispecie antiterrorismo così come attualmente tipizzate nei nostri Paesi. Dall'altro lato, il diritto penale, al cospetto del terrorismo di matrice islamica, manifesta una serie di veri e propri *vizi strutturali*, che lo rendono difficilmente adattabile alla particolare fisionomia della minaccia portata dalla violenza jihadista.

²⁹ Per approfondimenti cfr. ancora F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit.

³⁰ Sul punto M. CANCIO MELIÀ, *Il diritto penale antiterrorista*, cit., p. 233.

³¹ M. CANCIO MELIÀ, *Una riforma irresponsabile, un attacco alla Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2015.

³² Vd. sul punto C. WALKER, *Terrorism and the Law*, New York, 2011, p. 223 ss., che chiarisce come la fattispecie in commento si situi in posizione di tutela anticipata rispetto al tentativo e persino rispetto alla mera *conspiracy*.

³³ Cfr. ancora C. WALKER, *Terrorism and the Law*, cit., p. 224 s., che cita, tra gli altri, il caso di un soggetto condannato a quattro anni e mezzo di reclusione per essere stato colto all'aeroporto di Heathrow con un binocolo notturno, 9.000 sterline, 2 passaporti falsi ed un computer contenente materiale di propaganda jihadista. Per ulteriori casi, cfr. V. TADROS, *Justice and Terrorism*, in 10 *New Crim. L. Rev.*, 2007, p. 673 ss.

3. *I vizi di superficie delle attuali tecniche di controllo del terrorismo islamico: il dolo specifico e il pericolo nella repressione degli atti preparatori*

Come primo livello del ragionamento, va rilevato che le difficoltà del diritto penale innanzi al terrorismo jihadista affiorano, anzitutto, *in superficie* e possono essere percepite in quelle tensioni che derivano dall'interpretazione e dall'applicazione delle fattispecie delittuose via via introdotte negli ultimi quindici anni.

Limitandosi al caso italiano, è agevole rendersi conto delle criticità nascenti dall'adozione della citata tecnica normativa, fondata sull'incriminazione di *atti preparatori*. Nell'impossibilità di contrapporre alla peculiare minaccia terroristica ipotesi di reato rispettose dei principi di *offensività*, *materialità* e *ragionevolezza*, il legislatore ha prediletto l'opzione securitaria, costruendo *reati di pericolo remoto* che concentrano – come già detto – l'intero disvalore di condotte neutre e inoffensive nella previsione del dolo specifico della finalità di terrorismo³⁴.

L'apertura potenzialmente sconfinata di queste incriminazioni ha spostato sugli interpreti e soprattutto sui giudici il dovere di farsi (impropriamente) carico della vera selezione dei fatti meritevoli di pena, costringendo questi ultimi a “*proteggere la democrazia sia dal terrorismo che dai mezzi che lo stato vuole utilizzare per combattere il terrorismo*”³⁵. Si sono così manifestate due differenti correnti ermeneutiche, che hanno determinato nella prassi giurisprudenziale soluzioni applicative molto diverse. I due filoni interpretativi interessano, con sfumature differenti, tutte le fattispecie antiterrorismo (dalla tradizionale associazione fino alle più recenti ipotesi di cui al D.L. 7/15) e si ancorano a una secca alternativa: la lettura in chiave *soggettivistica* piuttosto che *oggettivistica* del dolo specifico della finalità terroristica.

Un primo orientamento ha inteso ampliare l'area del penalmente rilevante fino a ricomprendervi incerte forme di *comunanza*, *accordo*, *asserita disponibilità* o *predisposizione individuale* all'azione, germinate in contesti di accertato estremismo ideologico-religioso. Si sono così punite condotte prive del benché minimo requisito di idoneità rispetto al fine terroristico descritto dal codice penale italiano all'art. 270-*sexies*. Tale risultato è stato ottenuto seguendo due differenti direttrici. In taluni casi si è seguita una strada più tortuosa, riuscendo, attraverso vari *strumenti di torsione del tipo normativo*, a recuperare fittiziamente l'idoneità all'azione tramite l'inganno di un'unica, sconfinata, struttura jihadistica

³⁴ Sulle criticità derivanti dalla concentrazione dell'intero disvalore sull'intenzione e dall'utilizzo dello strumento normativo del dolo specifico per caratterizzare condotte altrimenti lecite vd. già N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 219 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIX, 1973, p. 87.

³⁵ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, NJ, 2009, p. 308.

mondiale. Questa rete indefinita rappresenterebbe il minimo comune denominatore di tutti gli estremisti islamici sparsi per il mondo e renderebbe (indirettamente) possibile qualsivoglia attentato dagli stessi immaginato³⁶. In altri casi, la svalutazione del requisito di idoneità rispetto all'azione terroristica è stata invece palese e si è fondata più schiettamente sulla deliberata lettura in chiave *soggettivistica* del dolo specifico. In questi casi gli interpreti hanno lasciato riflettere la finalità terroristica nel vecchio prisma del “reato di tendenza”³⁷, dimenticando che ormai da tempo la nozione di terrorismo è stata definita in maniera chiara e precisa, attraverso l'indicazione di corpositi requisiti di matrice schiettamente oggettiva, che connotano l'azione a livello *ontologico* e non più soltanto *teleologico*.

Un secondo orientamento ha invece seguito la strada da sempre propugnata dalla migliore dottrina: quella secondo cui “*un reato a dolo specifico non può essere integrato se non attraverso atti idonei a conseguire lo scopo verso il quale si rivolge l'attenzione dell'agente*”³⁸. Si è allora ritenuto che la finalità di terrorismo imponga, in tutte le fattispecie che la contemplano, una verifica circa la concreta idoneità delle condotte alla realizzazione dei macro-eventi previsti dal citato art. 270-sexies c.p.: “*solo se reinterpretate*” in questi termini “*le incriminazioni di atti preparatori previste dalla normativa antiterroristica possono a mala pena avere diritto di cittadinanza nella cornice della nostra Costituzione*”³⁹. Questa rinnovata attenzione al principio di offensività è emersa, in questo secondo filone interpretativo, tanto nella letteratura⁴⁰, quanto nella giurisprudenza⁴¹, che a sua volta ha escluso la sussistenza delle fattispecie antiterrorismo in tutti i casi di inidoneità della condotta rispetto alla volontà, manifestata dall'agente, di realizzare attentati terroristici di matrice islamica.

Tale meritevole sforzo ha peraltro incontrato non poche difficoltà, rivelando un difetto insito in *questo specifico modello di tutela*, incentrato sul dolo specifico di terrorismo. Si tratta di una criticità che emerge con specifico riferimento alla sempre più frequente repressione di *atti preparatori*, laddove cioè esiste la “*neces-*

³⁶ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit.

³⁷ Sul concetto di *reato di tendenza* vd. per tutti C. PERINI-F. CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, p. 113 ss.

³⁸ Così G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3^a ed., Milano, 2001, p. 583.

³⁹ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 17.

⁴⁰ Per un'applicazione del principio di offensività quale canone ermeneutico nelle fattispecie antiterrorismo vd. per tutti F. VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, p. 171 ss. e spec. p. 188.

⁴¹ Cfr. di recente Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 29670 del 20 luglio 2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 897 ss., secondo la quale “*è l'idoneità dei mezzi che fa assumere rilevanza penale al fine, non essendo, in caso contrario, ipotizzabile alcuna offesa*”. Vd. anche Cass. pen., Sez. I, sent. n. 4433 del 6 novembre 2013 – 30 gennaio 2014, in *C.E.D. Cassazione*, Rv. 259020.

sità, affinché il danno a uno o più beni giuridici si concretizzi, di ulteriori condotte da parte dello stesso agente o di terzi”⁴². Questa tecnica di tutela reca infatti con sé infiniti problemi nell'accertamento del predetto requisito di idoneità, essendo spesso disagiata leggere talune semplici condotte prodromiche di natura neutra in termini di adeguatezza rispetto al fine terroristico⁴³.

Nel tentativo di seguire fino in fondo la pista dell'interpretazione orientata al principio costituzionale di offensività, chi scrive ha ricordato altrove la possibilità di sganciarsi dal rigoroso paradigma delle leggi riconducibili alle *scienze dure*. Un altro concetto di idoneità potrebbe infatti essere recuperato dalle *scienze sociali*, che appaiono spesso in grado di fornire un metro di giudizio generalizzante rispetto ai comportamenti umani, isolati o interrelati che siano⁴⁴. L'assunto teorico può essere agevolmente tradotto in termini pratici. Per valutare l'idoneità di una organizzazione terroristica rispetto alla realizzazione di un determinato attentato dinamitardo, sarà certo centrale un'analisi tecnica in materia di esplosivi, che possa rivelare le effettive potenzialità operative del gruppo. Un giudizio di questo tipo, peraltro, non sempre sarà possibile o sufficiente. L'incriminazione di atti ancor più remoti, come ad esempio l'organizzazione di trasferimenti con finalità di terrorismo (art. 270-*quater*1 c.p.), potrebbe infatti imporre valutazioni di adeguatezza più complesse, che involgono la serietà e la credibilità dei soggetti coinvolti; la natura dei contatti intrattenuti all'estero dagli organizzatori del trasferimento; la tipologia dei luoghi nei quali il trasferimento effettivamente conduce ecc.

Nemmeno quest'ultimo, estremo sforzo, teso a recuperare dall'esegesi del caso concreto l'offensività che difetta nelle fattispecie astratte, appare tuttavia risolutivo, esistendo ormai una molteplicità di ipotesi, nelle quali il legislatore ha inteso reprimere atti prodromici talmente remoti da risultare irrimediabilmente scissi dalla finalità soggettiva di terrorismo. Si tratta infatti di condotte poste all'inizio dell'ipotetica *escalation* terroristica, che restano aperte a infiniti esiti alternativi e che precludono all'interprete qualsivoglia ragionevole giudizio di offensività non solo in concreto, ma persino in astratto. Basti sul punto ricordare ciò che insegna l'esperienza maturata in questi anni di analisi sociologica dello jihadismo: solo un'infima parte dei musulmani sposa convinzioni estremistiche di matrice violenta e solo un'infima parte di questa infima parte traduce in azione le proprie idee.

⁴² F. VIGANÒ, *Incriminatione*, cit., p. 174.

⁴³ Si tratta di quegli illeciti che la letteratura anglosassone definisce “*preparatory and pre-inchoate offenses*”. In questi termini, per tutti, A. ASHWORTH-L. ZEDNER, *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, in 15 *New Crim. L. Rev.*, 2012, p. 545 e *passim*.

⁴⁴ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit. Sul punto vd. già G. DE FRANCESCO, *L'estensione delle forme di partecipazione al reato: uno sguardo sistematico su alcune recenti proposte in tema di criminalità organizzata*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 396, secondo il quale “una valutazione in certo qual modo ‘generalizzante’, fondata sull'esperienza umana e sociale, appare invece prospettabile nella logica dell'idoneità delle condotte preparatorie”.

In questo senso, l'odierno diritto penale manifesta insanabili difficoltà nella reazione alla minaccia islamista, costringendo la giurisprudenza a un'alternativa drammatica: giungere a giudizi assolutori, in ragione della descritta impossibilità di tracciare lineari percorsi di *idoneità offensiva* che dall'azione giungano fino alla concreta minaccia terroristica; oppure cedere all'idea di punire (oltretutto con pene gravissime) condotte che non ledono né pongono in pericolo beni giuridici⁴⁵ e che non sono nemmeno legate a tali eventi lesivi da percorsi logici generalizzanti che possano dirsi ragionevoli secondo lo schema dell'*id quod plerumque accidit*.

4. *I vizi strutturali dello strumento penale nella prevenzione dell'escalation estremistica*

La verità è che queste criticità di natura dogmatica celano all'occhio dell'osservatore quelli che sono veri e propri vizi strutturali dello strumento penale rispetto al contrasto antiterrorismo. È possibile, in particolare, individuare una serie di torsioni che, nella lotta al terrorismo islamico, il diritto penale subisce rispetto alla sua fisionomia tradizionale. Non si tratta – sia ben chiaro – di caratteristiche esclusivamente riferibili al fenomeno criminale in indagine. Il diritto penale della post-modernità è connotato da plurime deviazioni rispetto al paradigma che si idealizza come classico⁴⁶. È innegabile, tuttavia, come il terrorismo islamico rappresenti un banco di prova formidabile di questa pretesa politico-criminale di far coprire elasticamente allo strumento penale aree di tutela che non gli sono proprie. Le domande che sorgono dal confronto con questi scenari non hanno più tanto a che vedere con la reazione al terrorismo che intendiamo apprestare, quanto piuttosto – e più radicalmente – con il modello di diritto penale che vogliamo applicare nelle nostre società e con i criteri che riteniamo di porre alla base della sua *legittimazione*. Si tratta di un argomento decisivo che non può essere eluso attraverso la semplice prospettazione di un'*eccezionalità* del sottosistema di contrasto al terrorismo, essendo evidentemente dietro l'angolo il rischio di una lenta mitridatizzazione (peraltro già in atto), capace di condurre all'assuefazione graduale a un diritto penale "velenoso". Tornando al cuore del problema, le torsioni cui si faceva cenno possono essere ben comprese attraverso tre contrapposizioni dialogiche, che – data l'economia del presente lavoro – verranno qui solamente impostate.

⁴⁵ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., p. 12.

⁴⁶ Non a caso C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in questa *Rivista*, 2012, p. 115 parla di diversi "sub-sistemi repressivi off-shore, che si pongono in contrasto con le opzioni base del diritto penale democratico".

i) *Il diritto penale antiterrorismo non si occupa più di reprimere condotte dannose o pericolose. Esso svolge piuttosto una funzione quasi esclusivamente preventiva e in ciò invade il campo delle forze di polizia e dei servizi di intelligence.*

Alla spasmodica ricerca di un mondo sicuro, le politiche occidentali hanno tentato di forzare lo strumento penale, così da fargli coprire aree di tutela che tradizionalmente sfuggono dalla sua portata. Come in un gioco a somma zero, la pretesa di escludere dall'orizzonte qualsivoglia rischio per i cittadini ha comportato, di contro, un abnorme sgretolamento delle loro libertà. Queste ultime sono infatti rimaste inevitabilmente compromesse dal vorticoso arretramento della tutela che giunge a reprimere condotte che denotano esclusivamente *pericolosità sociale*, senza possedere alcuna connessione effettiva con i fatti di terrorismo che rappresentano lo scopo dichiarato della tutela penale⁴⁷. Per dirla con le parole di Mireille Delmas-Marty “*lo Stato che pretende di sradicare tutte le insicurezze, ancorché potenziali, è preso in una spirale di eccezione, sospetto e oppressione che può condurre fino all'erosione più o meno completa delle libertà*”⁴⁸.

In questo ribaltamento di prospettiva i *policy makers* hanno fatto perno su nuove letture criminologiche, basate sulla pericolosità dell'*altro*⁴⁹ e sostenute dalla “*retorica, [...] populistica insistenza che tutti i rischi possono essere eliminati e tutti i pericoli prevenuti*”⁵⁰. Per rassicurare una collettività persa nell'era dell'*insicurezza* e dell'*ansia*⁵¹, i legislatori e le magistrature di tutto il mondo occidentale, seppure con diverse intensità e sfumature, tendono sempre più a propugnare una “*logica della sicurezza pre-crimine*”, “*nella quale la possibilità di prevenire i rischi compete con o addirittura ha la precedenza rispetto alla risposta agli illeciti commessi*”⁵². Proprio come nel romanzo fantascientifico degli anni '50 *The Minority Report*⁵³, citato in apertura, si pretende di fermare soggetti che hanno solo *maturato la volontà* di commettere attentati terroristici, in assenza non solo del benché minimo

⁴⁷ Sull'infiltrazione della *pericolosità* all'interno del fatto tipico, vd. di recente T. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, in M. PAVARINI-L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 117 ss.

⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Parigi, 2010, p. 141.

⁴⁹ D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo* (trad. it. A. Ceretti-F. Gibellini), Milano, 2004, p. 196 ss.

⁵⁰ J. MARGULIES, *Deviance, Risk, and Law: Reflections on the Demand for the Preventive Detention of Suspected Terrorists*, in 101 *J. Crim. L. & Criminology*, 2011, p. 770.

⁵¹ Questi concetti sono stati tematizzati da copiosa letteratura. Per una serie di essenziali riferimenti bibliografici, cfr. da ultimo L. PASCULLI, *The Age of Prevention. Crime and Crime Prevention in the Global Era*, 2015, p. 2 s. del manoscritto.

⁵² L. ZEDNER, *Pre-Crime and Post-Criminology?*, in 11 *Theor. Criminol.*, 2007, p. 261 s.

⁵³ P. K. DICK, *Rapporto di minoranza*, cit., p. 27 ss.

inizio dell'esecuzione, ma anche della certezza circa la capacità materiale di costoro di realizzare quanto divisato.

Diversamente dal passato però la *prognosi criminale*⁵⁴ non si traduce nei consueti strumenti, positivi e negativi, utili a prevedere e scongiurare la pericolosità sociale del reo. Ora, tale pericolosità viene direttamente perseguita attraverso lo strumento penale, mediante l'incriminazione di condotte che possono lontanamente precedere l'ipotetica futura commissione di attentati terroristici. In questo modo "l'etichetta 'terrorista' è intrinsecamente preventiva" e "precede, si estende oltre ed esiste indipendentemente" da "un processo penale basato su prove certe"⁵⁵.

Questo tentativo di utilizzare il diritto penale e il processo penale soprattutto per prevenire le minacce future, prima che esse effettivamente si manifestino, genera una paurosa torsione nella fisionomia della giustizia penale. Essa perde il proprio tradizionale ruolo, consistente nel reagire con linearità logica e cronologica alla commissione di fatti *dannosi* o nel prevenire gli stessi danni attraverso l'individuazione di condotte *effettivamente pericolose*, e invade piuttosto il campo delle agenzie di controllo maggiormente avanzate, fra cui principalmente la polizia e i servizi *intelligence*⁵⁶. Le condotte e le convinzioni estremistiche, denotanti un' indefinita pericolosità sociale, non sono più soltanto oggetto di attenzione, formale o informale, da parte di chi è istituzionalmente deputato al mantenimento della sicurezza. Tali condotte e tali convinzioni, piuttosto, vengono *tout court* tipizzate quali reati, con la conseguenza di estendere abnormemente lo strumento penale, facendogli coprire un'area di tutela che tradizionalmente non è di sua spettanza. Ciò che prima poteva essere utilizzato quale elemento di prova all'interno di un processo per fatti di terrorismo ora costituisce un illecito penale a sé stante e può essere oggetto di un agevole e autonomo accertamento probatorio.

Per chiarezza va detto che non si vuole assolutamente negare, in questa sede, l'indubbia finalità preventiva che da sempre connota, assieme ad altre finalità, il diritto penale⁵⁷, ma soltanto rimarcare le torsioni cui quest'ultimo va soggetto nel momento in cui questa particolare finalità viene portata a conseguenze parossistiche e acquisisce un ruolo sostanzialmente esclusivo nella scelta politico-criminale di selezionare condotte preparatorie quali fatti meritevoli di pena.

⁵⁴ Sulle limitate potenzialità applicative della *prognosi criminale* cfr. già G. KAISER, *Criminologia* (trad. it. C. Blonk Steiner Morselli), Milano, 1985, p. 137 ss.

⁵⁵ Su questi profili, vd. per tutti J. MCCULLOCH-S. PICKERING, *Pre-Crime and Counter-Terrorism. Imagining Future Crime in the 'War on Terror'*, in 49 *Brit. J. Criminol.*, 2009, p. 628 ss. (p. 630 la citazione).

⁵⁶ Vd. ancora J. MCCULLOCH-S. PICKERING, *Pre-Crime and Counter-Terrorism*, cit. p. 640, che rilevano nel contrasto al terrorismo una quasi completa sovrapposizione fra *giustizia penale* e *sicurezza nazionale*.

⁵⁷ Cfr. ancora A. ASHWORTH-L. ZEDNER, *Prevention and Criminalization*, cit., p. 543.

Questa distorsione non è infatti indolore e il sistema penale manifesta la propria inadeguatezza strutturale a ricoprire un ruolo non suo. In particolare, la mutazione da parte del diritto penale dei caratteri propri dell'operato delle agenzie di prevenzione e controllo, nel prisma della giustizia preventiva, comporta plurime criticità e tensioni, che possono qui essere solo accennate in via esemplificativa. In primo luogo, il processo penale tende ad accontentarsi per la condanna delle stesse fonti informative sulla cui base un tempo semplicemente si sarebbero attivate forme di vigilanza investigativa (rapporti di *intelligence*, sospetti investigativi, dichiarazioni eteroaccusatorie prive di riscontri oggettivi ecc.), rinunciando così alle garanzie della prova piena e allo standard del ragionevole dubbio⁵⁸. In secondo luogo, il diritto penale perde l'imparzialità tipica del giudizio *ex post* su fatti dannosi o pericolosi e acquisisce piuttosto le preoccupazioni proprie di chi deve *scongiurare* la possibilità che un delitto venga portato a compimento; in questo modo, calandosi nell'agone della lotta per la sicurezza nazionale, il diritto penale acquisisce anche inediti strumenti di coercizione delle libertà, fondati sul presunto bilanciamento dei valori (ancora) in gioco⁵⁹. In terzo luogo, il diritto penale, attraverso la repressione degli atti preparatori, si allontana dal principio di *materialità* e dal diritto penale del fatto, concentrandosi esclusivamente sulla *volontà* del soggetto agente. Anche da ciò derivano, a catena, una serie di conseguenze perniciose, fra le quali Ashworth e Zedner individuano lucidamente: l'esclusione della possibilità per l'agente di *cambiare idea* e desistere dal proprio proposito; la possibilità che il soggetto venga incriminato, in ragione del suo apporto meramente preparatorio, rispetto a scelte che verranno compiute in seguito da terzi soggetti; il rischio che le forze di polizia esercitino strumenti indebiti per ottenere la confessione (quale unico elemento costitutivo del reato)⁶⁰.

ii) Il diritto penale antiterrorismo non tutela più beni giuridici, ma protegge lo Stato dalla pericolosità di determinati autori, invocando il valore della "sicurezza".

Il terrorismo internazionale di matrice islamica rappresenta un banco di prova anche rispetto all'ormai conclamata crisi del concetto di *bene giuridico*. Le recenti incursioni del legislatore penale in campo fortemente anticipato sembrano infatti aver definitivamente privato di fondamento i meritevoli sforzi correttivi, posti in

⁵⁸ La prospettiva ultima sembra sempre quella degli Stati Uniti, ove le notizie di *intelligence* circa la pericolosità di un sospetto terrorista costituiscono il legittimo presupposto per la citata detenzione preventiva. Vd. ancora J. MARGULIES, *Deviance, Risk, and Law*, cit., p. 779.

⁵⁹ Sul punto cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta VS. diritto penale del nemico*, R. E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 22 ss.

⁶⁰ A. ASHWORTH-L. ZEDNER, *Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law*, in R. A. DUFF-S. P. GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011, cit., pp. 286, 303.

essere dalla dottrina al fine di leggere i reati antiterrorismo attraverso il tradizionale criterio dell'oggettività giuridica. Il riferimento va tanto all'ipotesi di ritenere oggetto di tutela i classici beni della personalità dello Stato e dell'ordinamento costituzionale⁶¹, quanto a quella, più coraggiosa, di ritenere tutelati in via *immediata* i beni individuali direttamente colpiti dagli atti di violenza con finalità terroristica e in via *mediata* i beni ultimi incarnati dalla triplice finalità terroristica di cui all'art. 270-*sexies* c.p.⁶². Entrambe le letture infatti finiscono per scontrarsi contro la già rilevata distanza abissale che intercorre tra atti preparatori repressi e lesione potenziale e futuribile dei beni citati. In breve, non esiste modo alcuno per collegare, nemmeno al livello del pericolo astratto, atti quali il tentativo di arruolamento passivo (in Italia) o la consultazione di siti estremistici (in Spagna) con la tutela della personalità dello Stato e dell'ordine democratico, specie nelle forme qualificate descritte dal nostro codice attraverso la descrizione di eventi macroscopicamente dannosi.

Né pare perseguibile la strada, da taluni seguita, consistente nell'enucleazione del nuovo bene della *sicurezza*, quale ricettacolo all'interno del quale concentrare tutte le indefinite forme di estremismo e pericolosità soggettiva⁶³. È stata infatti condivisibilmente criticata tanto la *possibilità* quanto l'*opportunità* che questo presunto bene venga eretto a oggetto di tutela penalistica. Dal primo punto di vista, è significativa l'opinione di chi disconosce alla *sicurezza* quei requisiti che dovrebbero essere propri di un bene giuridico e rileva il rischio concreto di confondere "la *sicurezza* quale bene con la *sicurezza* quale funzione [...], cioè quale *fine di prevenire anticipatamente aggressioni a veri beni giuridici*"⁶⁴. Dal secondo punto di vista, in relazione all'*inopportunità* di tutelare penalmente la *sicurezza*, è stato giustamente osservato come quest'ultima assuma le forme di un non-bene, di un artificiale e indefinito bene *flou*, che comprime i diritti fondamentali, anziché affiancarsi ad essi. "In questo clima prospera un «diritto fondamentale alla sicurezza», un

⁶¹ G. PALOMBARINI, *sub* art. 270-*bis* c.p., in A. CRESPI-G. FORTI-G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, p. 698 che parla di "ordinamento costituzionale italiano, anche nella parte in cui richiama le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e le organizzazioni internazionali che operano per assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni [...], nonché i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali".

⁶² F. VIGANÒ, *Incrimazione di atti preparatori*, cit., p. 176.

⁶³ Parlano di *sicurezza pubblica*, seppure con sfumature diverse, E. ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 155 ss. e G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1325.

⁶⁴ A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 43 ss. L'Autore rileva come la *sicurezza* difetti di una serie di requisiti imprescindibili del *bene giuridico*: la verificabilità empirica, la preesistenza nel tempo rispetto alla tutela penale; la connotazione in termini di precisione, concretezza e materialità; la distanza rispetto alla tutela della mera obbedienza alla legge.

Geisterfahrer, un automobilista che guida contromano in autostrada e che si comporta come se procedesse nella stessa direzione degli altri diritti fondamentali [...]. In realtà, questo diritto avanza in direzione diametralmente opposta”⁶⁵.

In definitiva, il terrorismo islamico e le tecniche di tutela che i nostri ordinamenti hanno apprestato ci pongono di fronte alla conclamata crisi del concetto di bene giuridico. Abbiamo fattispecie che puniscono atti preparatori, che non tutelano alcun bene e che non possono essere lette in chiave di offensività astratta o concreta. Pare ormai giunto il momento anche di accettare con disillusione la tradizionale inerzia della Corte costituzionale, che non ha mai realmente giustiziato il principio di offensività, riconoscendo costantemente al legislatore ampia discrezionalità nell’incriminare (quasi) ogni genere di condotta. Siamo quindi ormai, senza alibi, di fronte alla domanda cruciale e ad essa prima o poi dovremo rispondere: *quali vogliamo che siano i criteri di legittimazione del nostro diritto penale*⁶⁶?

iii) Nel diritto penale antiterrorismo la pena non può raggiungere alcuna delle proprie finalità, se non quella dell’incapacitazione del soggetto pericoloso.

È noto come molte delle funzioni della pena siano andate incontro, nel corso dei decenni, a una crisi sempre più evidente, emersa in modo chiaro a livello prasseologico e puntualmente rilevata dalla letteratura non solo penalistica⁶⁷. Anche da questo punto di vista, la capacità del terrorismo di matrice islamista di portare a estreme conseguenze molteplici derive del diritto penale post-moderno si è tradotta nell’esacerbazione delle predette erosioni del modello sanzionatorio, come può evincersi da un rapido schizzo.

Quanto, anzitutto, alla funzione special-preventiva, va subito ricordato come già da tempo l’obiettivo della *risocializzazione* manifesti delicate criticità. Sono ormai trascorsi più di trent’anni dalle prime intuizioni di Allen⁶⁸ e ne sono trascorsi quindici da quando Garland osservava che “*le potenzialità rieducative della giustizia penale sono ora comunemente subordinate ad altre finalità penali, in particolare modo quelle retributive, neutralizzative e di gestione del rischio*”⁶⁹. Nel mezzo

⁶⁵ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 77 s.

⁶⁶ In generale, sul tema della *legittimazione del diritto penale* vd. per tutti G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, 2008, *passim*; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, p. 23 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *questa Rivista*, 2011, 33 ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A. M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 134 ss.; ID., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 55 ss.

⁶⁷ Per un quadro generale sul tema si veda già L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, *passim*.

⁶⁸ La parabola discendente dell’ideale riabilitativo viene tracciata quantomeno a partire da F. A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose*, New Haven, CT, 1981, *passim*.

⁶⁹ D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., p. 66.

si è assistito, non solo in Italia, a una preoccupante prassi penitenziaria, capace di compromettere le importanti potenzialità dell'ideale (*tendenzialmente*) *riabilitativo*. A ciò si sono aggiunte anche riflessioni critiche di natura prettamente teorica⁷⁰, tanto che ad oggi il consenso della dottrina pare assestarsi su di una nozione minimale di rieducazione, intesa come semplice “*riappropriazione, da parte del delinquente, dei valori fondamentali della convivenza*”⁷¹. Ebbene, persino questa accezione del concetto rieducazione del reo sembra vacillare di fronte al terrorista islamico, quantomeno per due ragioni: una legata al *tipo di autore* e una legata al *tipo di pena*. Dal primo punto di vista, è evidente che un “*criminale orientato in senso assiologico*”⁷², qual è il terrorista islamico, manifesta il più delle volte quella radicale incoercibilità descritta da Jakobs⁷³ e rifiuta ogni pur minima finalità rieducativa della sanzione. Dal secondo punto di vista, è stato rilevato a livello empirico l'effetto addirittura criminogeno che spesso sortisce l'esecuzione della pena detentiva in contesti carcerari connotati da marcata promiscuità tra radicalisti convinti (specie se considerati autorità religiose) e radicalisti “in erba” o addirittura semplici musulmani. La prassi ha infatti mostrato che i secondi vengono rinsaldati nei loro propositi jihadisti (o addirittura avviati *tout court al jihad*), anziché essere spinti alla condivisione dei valori fondamentali della convivenza.

Parimenti destinata al fallimento appare la funzione general-preventiva della pena: nella sua accezione *positiva*, perché la medesima condizione di incoercibilità caratterizza buona parte dei veri *mujahidin*; nella sua accezione *negativa* perché la minaccia di una pena detentiva pur lunga (o persino della pena di morte!) assume ben poca forza deterrente nei confronti di soggetti che, essendo ben disposti a sacrificare la propria vita per la causa jihadista, potrebbero persino percepire la sanzione come un auspicabile “*martirio*”. Sul punto non possono che tornare alla mente le riflessioni di Carlo Enrico Paliero, il quale, in un suo straordinario saggio del 2005 in tema di *analisi economica del diritto penale*, esemplificava proprio con la figura del kamikaze islamico la categoria dei criminali dal “*comportamento assolutamente anelastico*”, “*orientato al valore*”, per i quali “*l'opzione criminale rappresent[a] una variabile indipendente rispetto a ogni forma di razionalità immanente al sistema sociale storicizzato e 'contingente'*”; razionalità economica compresa, *ovviamente*⁷⁴.

⁷⁰ Per un brillante affresco delle criticità vere e presunte connesse all'ideale riabilitativo, vd. K. LÜDERSSEN, *Crisi dell'idea di risocializzazione nel diritto penale?*, in ID., *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, 2005, p. 11 ss.

⁷¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014, p. 742.

⁷² C. PERINI-F. CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 36 s.

⁷³ Da ultimo cfr. G. JAKOBS, *Diez años después: el derecho penal del enemigo*, in *Cuad. pol. crim.*, 2011, n. 105, p. 24.

⁷⁴ C. E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1336 ss. e spec. p. 1382.

Nell'odierna giustizia penale antiterrorismo incontra inaspettate criticità persino la più "semplice" finalità retributiva della pena, intesa come "*compenso per quanto meritato o per la colpevolezza*", da cui "*deriva poi l'esigenza di una definita misura di reazione*"⁷⁵. L'attuale repressione di atti lontanamente preparatori con pene detentive tutt'altro che lievi infatti scardina completamente quel principio di *proporzionalità* che dovrebbe porsi alla base di una retribuzione razionale. Il sistema antiterrorismo difetta completamente di un apparato normativo "di avvicinamento" al bene giuridico, che consenta di graduare la reazione dell'ordinamento, e prevede piuttosto pene elevate già per atti remoti, connotati da impressioni teleologiche del tutto ambigue.

Ancora una volta il percorso svolto ci conduce a una domanda più che a una risposta. Nell'ambito della reazione anticipata degli ordinamenti occidentali al terrorismo islamico residua per la pena la sola finalità di neutralizzare il soggetto *colpevole di essere pericoloso*⁷⁶, in quanto responsabile di condotte che denotano un suo avvicinamento ad ambienti estremistici. Abbiamo certo il diritto di difenderci dalla minaccia terroristica, ma siamo disposti ad accettare l'idea che la neutralizzazione di soggetti pericolosi sia l'unica possibile funzione della pena detentiva prevista per gli atti preparatori?

5. Alle radici del terrorismo islamico: chiavi diverse per diverse serrature

Il percorso svolto ci ha mostrato le palesi criticità cui il diritto penale va incontro nel momento in cui è costretto a coprire aree di operatività che non gli appartengono. L'analisi penalistica, relativa alle fattispecie *stricto sensu* antiterroristiche, si potrebbe arrestare di fronte all'indicazione che vengano tipizzate, quali fattispecie penalmente rilevanti, solo quelle condotte che possano essere lette in termini di *concreta pericolosità* rispetto ai fini terroristici. Ciò escluderebbe la possibilità di incriminare – come invece è stato fatto – atti preparatori aperti a una pluralità di esiti alternativi⁷⁷.

Il diritto penale tuttavia può offrire ulteriori contributi nell'ambito di una più complessa strategia antiterroristica, che contempra anche strumenti di natura differente: i) extragiuridici; ii) giuridici, ma extrapenalistici; iii) penalistici, ma solo *lato sensu* antiterroristici. Per comprendere il fondamento razionale di questa tri-

⁷⁵ Così F. EXNER, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant a Hegel*, Milano, 1989, p. 13.

⁷⁶ Cfr. T. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, cit., p. 132, il quale osserva in generale che "*se si è colpevoli, non per questo si è pericolosi; se si è pericolosi, non per questo si è colpevoli, e certo non si può essere colpevoli... di essere pericolosi*".

⁷⁷ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit.

partizione e saggiarne i contenuti conviene introdurre una diversa chiave di lettura, che parta dalle basi *morali e materiali* del terrorismo islamico, per poi enucleare gli strumenti adeguati al contrasto di tale fenomeno criminale.

Le fondamenta *morali* del terrorismo jihadista sono composte da tutte quelle condizioni *individuali e collettive* e da tutti quei meccanismi che facilitano la manifestazione e lo sviluppo nei singoli individui di *credenze estremistiche* di matrice violenta. Senza pretesa di completezza, può osservarsi in questa sede come la letteratura di settore abbia tentato di distinguere due momenti del delicato *processo di radicalizzazione*⁷⁸, cui vanno incontro i futuri terroristi: le *precondizioni* e le *dinamiche*. Dal primo punto di vista, messo da parte il mito del “lavaggio del cervello”, si tende ormai a ritenere che la stessa radicalizzazione sia un “*processo che avviene dal basso verso l'alto*”⁷⁹. Sarebbero cioè i singoli a sentire il “bisogno” di ricevere forme estreme di indottrinamento e si rivolgerebbero pertanto a quei soggetti, in carne e ossa o virtuali, che ritengono capaci di soddisfare la loro esigenza. Gli studi empirici mostrano sorprese anche nelle caratteristiche di coloro che maturano questa volontà di “conversione” allo jihadismo. Resterebbero in secondo piano infatti sia la *povertà*⁸⁰ che l'assenza di *integrazione* propriamente intesa, avendo dimostrato la storia degli ultimi 15 anni come buona parte dei terroristi islamici non fosse affatto in condizioni di marginalizzazione economico-sociale⁸¹. Come è stato osservato, “*più che alla semplice privazione assoluta, per così dire oggettiva, è opportuno guardare a quella che gli scienziati sociali chiamano la privazione relativa, ancorata alle percezioni e alle aspettative, ovvero al divario tra quanto un individuo ha e quanto reputa che gli/le spetti*”⁸². Vi sarebbe, in particolare, nella vita di taluni musulmani di seconda e terza generazione un momento di disorientamento sociale e identitario⁸³, durante il quale gli stessi, come “sospesi” tra la cultura di *origine* e quella di *destinazione*, vanno alla ricerca di un *gruppo di appartenenza*⁸⁴ e scelgono di “*adottare credenze e comportamenti radicali per trovare una soluzione a uno stato di confusione e smarrimento*”⁸⁵. Su soggetti in tali

⁷⁸ L'espressione “processo di radicalizzazione” si trova già in A. T. TURK, voce *Terrorism*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, 2nd ed., New York, 2002, vol. IV, p. 1553.

⁷⁹ L. VIDINO, *Il jihadismo*, cit., p. 25.

⁸⁰ Sul punto vd. per tutti A. B. KRUEGER, *Terroristi perché*, Roma-Bari, 2009, pp. 24 ss., 69 ss. e *passim*.

⁸¹ Cfr. L. VIDINO, *Il jihadismo*, cit., p. 100 s. che riferisce anche della situazione italiana.

⁸² F. MARONE, *Il nuovo volto del terrorismo jihadista*, cit., p. 294.

⁸³ Si veda anche, a livello collettivo e non solo individuale, il concetto di “*anomia internazionale*” in R. BETTINI, *Delenda America. Iperterrorismo islamista e anomia internazionale*, Milano, 2003.

⁸⁴ Da ultimo, sulla prevalenza del fattore sociologico legato alla ricerca di un *gruppo* rispetto ai fattori politici, economici e religiosi, cfr. C. MINK, *It's About the Group, Not God: Social Causes and Cures for Terrorism*, in *5 Journal for Deradicalization*, 2015, p. 63 ss.

⁸⁵ F. MARONE, *Il nuovo volto del terrorismo jihadista*, cit., p. 299.

condizioni – e siamo alle *dinamiche di radicalizzazione* – può attecchire con facilità un processo di *indottrinamento* estremistico, realizzato attraverso un'esegesi parzialmente distorsiva di materiali apocalittici della tradizione islamica⁸⁶.

Il contrasto alle cennate precondizioni del terrorismo deve necessariamente passare attraverso l'apprestamento di strumenti e programmi di natura extragiuridica, che possano, da un lato, prevenire e mitigare i disagi derivanti dallo “*shock culturale*” che investe taluni musulmani e, dall'altro lato, estirpare le forme di radicalizzazione già in atto. Il tema è di una complessità spiazzante e, in questa sede, possono solo essere indicati pochi spunti. Sul primo versante, si è detto che l'*integrazione*, tradizionalmente intesa, non rappresenta una condizione sufficiente, pur essendo senz'altro una condizione necessaria. A ciò dovrebbe essere aggiunta una forte attenzione all'educazione e all'istruzione, essenziali non tanto in termini *quantitativi* quanto piuttosto in termini *qualitativi*⁸⁷. L'obiettivo tendenziale dovrebbe essere quello di sostenere ove possibile dei programmi di istruzione/educazione, tesi a impedire l'emersione delle inveterate dinamiche di odio verso l'Occidente, che, per responsabilità probabilmente reciproche, continuano a fare presa su molte società islamiche⁸⁸. Sul secondo versante, invece, meritano senza dubbio un cenno i cd. *programmi di deradicalizzazione*, dei quali nulla si è detto in Italia e che invece all'estero trovano discreto spazio nell'esperienza pratica e nel dibattito scientifico, non senza – va subito detto – che siano stati espressi dubbi in letteratura circa la loro efficacia⁸⁹. In estrema sintesi, si tratta di programmi, intrapresi tanto in Paesi a maggioranza islamica quanto in Paesi occidentali⁹⁰ e praticati nei confronti di soggetti detenuti e non, tesi non solo a perseguire una più tradizionale opera di *dissociazione* dai gruppi jihadisti⁹¹, ma altresì ad allontanare i singoli terroristi dalle proprie convinzioni estremistiche, anche attraverso una sorta di “ri-

⁸⁶ D. COOK, *Apocalittica ed escatologia nell'islam contemporaneo*, in *Le religioni e il mondo moderno* (a cura di G. Filoramo), vol. III, *Islam* (a cura di R. Tottoli), Torino, 2009, p. 335 ss.

⁸⁷ A. B. KRUEGER, *Terroristi perché*, cit., p. 50.

⁸⁸ Senza pretesa di completezza su un tema tanto complesso, si vedano per tutti B. LEWIS, *La crisi dell'Islam. Le radici dell'odio verso l'Occidente*, Milano, 2004, *passim*; ID., *The Roots of Muslim Rage: Why So Many Muslims Deeply Resent the West and Why Their Bitterness Will Not Be Easily Modified*, in 266 *Atl. Mon.*, 1990, p. 47 ss.; S. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 2000, p. 306 ss.

⁸⁹ Sull'efficacia dei programmi di deradicalizzazione si veda *ex plurimis* J. HORGAN-K. BRADDOCK, *Rehabilitating the Terrorists?: Challenges in Assessing the Effectiveness of De-radicalization Programs*, in 22 *Terrorism and Political Violence*, 2010, p. 267 ss.

⁹⁰ Per l'interessante *case-study* dell'Australia vd. H. EL-SAID, *New Approaches to Countering Terrorism: Designing and Evaluating Counter Radicalization and De-Radicalization Programs*, 2015, p. 76 ss.

⁹¹ J. HORGAN-M.B. ALTIER, *The Future of Terrorist De-Radicalization Programs*, in 13 *Georget. J. Int. Aff.*, 2012, p. 88.

educazione islamica” impartita da affermate autorità religiose⁹². Il presente lavoro non consente ulteriori approfondimenti, ma pare doveroso introdurre il tema anche nel dibattito scientifico italiano, finora disinteressato a queste esperienze.

Le fondamenta *materiali* del terrorismo jihadista sono invece da ricercarsi negli strumenti che consentono ai terroristi islamici di portare a compimento le proprie strategie di morte. L’esperienza permette di distinguere tre categorie fondamentali di *beni*, che si rivelano essenziali nell’organizzazione degli attentati terroristici (di matrice islamica): i *finanziamenti*, le *armi* e i *documenti falsi*. La loro circolazione è stata e può essere utilmente controllata attraverso strumenti di carattere penalistico e amministrativistico. La semplice repressione del transito di finanziamenti illeciti e del possesso di armi e documenti falsi è in grado, senza coinvolgere la finalità di terrorismo e tutti i problemi dogmatici di cui essa è foriera, di fornire utili mezzi di controllo della criminalità terroristica. In questo modo – si potrà contestare – l’apparato sanzionatorio colpisce comunque condotte prodromiche rispetto ai possibili attentati terroristici. Le differenze tuttavia ci paiono dirimenti: i) il possesso di armi, documenti falsi e finanziamenti illeciti costituisce una condotta *già* vietata in riferimento ad apposite normative di settore poste a tutela di differenti beni giuridici, laddove i “nuovi” atti prodromici puniti dal legislatore rappresentano – come visto – condotte *neutre* e sovente l’esercizio di veri e propri diritti costituzionali; ii) le condotte qui in discussione rispondono a un ragionevole giudizio di pericolosità *astratta* (riferito non solo al terrorismo), laddove la tendenza dell’odierna politica-criminale porta alla repressione di atti insuperabilmente slegati dalla finale aggressione ai beni connessi al terrorismo.

Questo sistema di contrasto dovrebbe rispettare i principi di *sussidiarietà* ed *extrema ratio*, limitando il penale alle violazioni più gravi e graduando la risposta sanzionatoria in relazione alla crescente pericolosità della condotta. Si dovrebbe quindi prevedere che la “corona esterna” delle condotte più distanti dalla potenziale lesione ai beni di riferimento, anche in ossequio al principio di proporzionalità retributiva della pena, sia presidiata prima da violazioni di carattere amministrativo e quindi da ipotesi di reato più lievi e caratterizzate da trattamenti sanzionatori differenziati e progressivi. Da questo punto di vista, nonostante numerose altre perplessità che non possono trovare spazio in queste brevi note⁹³, potrebbe apparire razionale la tecnica di tutela adottata dal legislatore nel 2015 con l’inserimento di due nuove contravvenzioni in materia di *precursori di esplosivi* (artt. 678-*bis* e 679-*bis* c.p.). Si dice “potrebbe” perché invero la nuova disciplina è caratterizzata da una marcata irrazionalità politico-criminale. Le due contrav-

⁹² In generale, sui programmi di deradicalizzazione, cfr. da ultimo H. EL-SAID, *New Approaches*, cit., *passim*.

⁹³ Cfr. per tutti M. CAPUTO, *Tra viaggi e miraggi*, cit., p. 101 ss.

venzioni infatti puniscono un atto preparatorio – qual è il possesso di precursori di esplosivi – che risulta spesso ben più vicino all’offesa rispetto al mero accordo, punito invece quale delitto, a titolo di arruolamento passivo, con la pena della reclusione da cinque a otto anni⁹⁴. In definitiva, talune delle criticità evidenziate potrebbero essere mitigate dalla previsione di un apparato graduale di sanzioni amministrative e penali, che reprimano atti preparatori via via più vicini all’offesa, secondo criteri di razionalità politico-criminale.

A questo scenario sfuggono soltanto le forme indistinte di pericolosità individuale; le intuizioni maturate sulla base di informazioni di *intelligence*; le preoccupazioni legate alla potenziale futura azione violenta di un musulmano in odore di estremismo, magari in contatto con una rete di altri individui *pericolosi*. Qui il diritto penale – abbiamo detto – non dovrebbe arrivare e l’impellenza è troppa per pensare a programmi sociali a lungo termine. E, dunque, che fare? Da un lato, parafrasando ancora Mireille Delmas-Marty, dovremo senz’altro rassegnarci all’idea di vivere in un *mondo pericoloso*, in un mondo che peraltro è sempre stato pericoloso e anzi lo è stato in passato molto più che in questa fase storica⁹⁵. Dall’altro lato, l’ineludibile volontà della società di difendersi dal terrorismo potrebbe essere in parte soddisfatta attraverso l’implementazione delle attività di raccolta e scambio transnazionale delle informazioni, nonché attraverso strumenti coercitivi più *soft*, quali le *misure di prevenzione e di espulsione*, che promettono contro il terrorismo islamico i medesimi buoni risultati che hanno dato contro le altre forme di criminalità organizzata⁹⁶. Certo occorrerà prestare attenzione alle condivisibili preoccupazioni della dottrina, che teme forme occulte di lesione dei diritti fondamentali, ma questo sembra il *male minore*, nell’ottica di una progressività dei mezzi di reazione che veda ovviamente nel reato e nel carcere i suoi picchi.

⁹⁴ *Ivi*, p. 105.

⁹⁵ Vd. per tutti Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari 2006, p. 161, che rileva giustamente come le attuali società sviluppate siano oggettivamente le più sicure nella storia dell’umanità.

⁹⁶ Sul coordinamento delle indagini in materia di terrorismo e sul complesso tema delle misure di prevenzione ed espulsione cfr. da ultimo R.E. KOSTORIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Il nuovo ‘pacchetto’ antiterrorismo*, Torino, 2015, p. 21 ss., 129 ss. Vd. anche L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, Padova, 2012, *passim*.

DARIO MICHELETTI

IL CRITERIO DELLA COMPETENZA
SUL FATTORE DI RISCHIO CONCRETIZZATOSI NELL'EVENTO.
L'ABBREVIO DELL'IMPUTAZIONE COLPOSA

SOMMARIO: 1. L'incipit dell'imputazione colposa: dalla concezione causalistica dell'azione al criterio della competenza. – 2. L'affermazione del criterio della competenza nel diritto vivente. – 3. La qualificazione tipologica del rischio. – 4. La differenza fra criterio della competenza e concretizzazione del rischio. – 5. La determinazione normativa e prasseologica della competenza. – 6. La rivitalizzazione applicativa dell'art. 41, comma 2, c.p. ad opera del criterio di competenza. – 7. La competenza autoconservativa del soggetto danneggiatosi. – 8. La competenza sui fattori di maggior rischio riguardanti i minori e gli incapaci: protettori *vs* controllori. – 9. Il lato esterno della competenza: il principio di affidamento.

1. *L'incipit dell'imputazione colposa:
dalla concezione causalistica dell'azione al criterio della competenza*

Per quanto oramai datata, conserva tutta la sua efficacia la definizione coniata da Ulrich Beck della società moderna come “società del rischio”. Non che il mondo classico fosse ignaro dell'intrinseca pericolosità dell'esistenza («*navigare necesse est* – ammoniva con freddezza Plutarco – *vivere non necesse*»). Certo è che il progresso tecnologico, e non solo, ha amplificato in modo esponenziale i fattori di rischio e, con essi, la sensazione d'insicurezza collettiva. Di qui il tentativo di fronteggiarla e assicurare le condizioni di una “vita in comune” distribuendo su ciascuno consociato, in ragione del proprio ruolo e dei connessi poteri, una porzione di competenza nella gestione dei fattori di rischio, alla quale corrisponde, in caso di violazione, un'equivalente area di responsabilità¹.

Su tale premessa si fonda, a ben vedere, tutta la meccanica punitiva, ivi incluso quella riguardante la responsabilità dolosa: la quale non sarebbe pertanto riducibile alla consapevole causazione dell'evento dovendosi altresì verificare se l'offesa traduca un rischio che il soggetto agente era tenuto a dominare². Ma è soprattutto

¹ Diffusamente PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 175 ss.

² Per tutti nella nostra letteratura DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 127 ss.; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 635 ss., secondo il quale – a titolo esemplificativo – non dovrebbe perciò rispondere di concorso in omicidio, stante il difetto di competenza,

nella colpa che risulta indispensabile una diagnosi imputativa di tipo funzionale volta a stabilire, prima di ogni altra cosa, su chi ricadesse il dovere di gestire il fattore di rischio tradottosi nell'evento³. A differenza del dolo, infatti, che è orditura della realtà e vi rimane impregnato, la colpa penale non è ricavabile dal suo substrato ontologico⁴. Tant'è che, giuridicamente, il *fatto colposo non riflette neppure un fatto ma lo schema di un giudizio*: o meglio un'imputazione socialmente fondata e politicamente approvata, sulla base della quale ritenere che *quell'*offesa è ascrivibile a *quel* soggetto perché egli è venuto meno ad un "dover essere" che poteva esigersi da qualunque appartenete al gruppo sociale si fosse trovato nella sua posizione.

Illusorio sarebbe dunque pensare di poter definire la colpa penale in termini reali: quasi essa fosse una porzione empirica eziologicamente e psicologicamente determinabile come ipotizza l'impostazione tradizionale ancora preda del giusnaturalismo. La colpa altro non è che il *calco di una valutazione giuridica*: ovvero la *risultante di una sequenza diagnostica incentrata su norme*: o meglio ancora l'*ordinata riproduzione delle condizioni imputative previste dall'ordinamento* per poter ascrivere un danno involontario a un individuo.

Assumendo con coerenza questa angolazione, ne risulta chiaramente modificato anche il modo in cui assicurare che il fatto colposo appartenga, sin dal suo abbrivio, all'individuo chiamato a risponderne così come è imposto dall'art. 27 Cost. A tal fine non risulta infatti granché pregnante il «dovere di riconoscere» le conseguenze della propria azione che la dottrina pone quale fondamento personalistico della colpa⁵, essendo questa nulla più che una postulazione assiomatica. Ma neppure soccorre in chiave personalizzante il ricorso al dogma causale, sia perché la logica della *condicio sine qua non* tende a dilatare all'estremo la diagnosi smarrendo così ogni capacità selettiva, sia perché la teoria della equivalenza è strutturalmente inidonea a discriminare il peculiare rilievo dei vari fattori generativi all'evento⁶. Nell'eziologia non v'è dunque alcunché di individualizzante; ma

l'armaiole che ha venduto legittimamente l'arma all'aspirante omicida pur conoscendo le sue intenzioni (*ivi*, 647 s.). Il difetto di competenza, sotto forma di esclusione del "nesso di rischio", non manca poi di rilevare anche nella preterintenzione: cfr. per tutti BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 120 s.

³ Cfr. fra gli altri PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, 1993, 267 ss.; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken. Grundfragen des "erlaubten Risikos" im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt am Main, 1998, 29 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 55 ss.; PERINI, *op. cit.*, 32 ss., 422 ss.

⁴ GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 73 ss.

⁵ Per questa tradizione impostazione FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 219 ss.

⁶ Così nella letteratura moderna, fra i primi, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung*, in *Fest. Honig*, Göttingen, 1970, spec. 135 ss. Nella nostra dottrina, esplicitamente contrario

anzi è essa stessa che tende a un'omologante spersonalizzazione, quando non, per rimediarsi, a incentrare in via presuntiva la responsabilità penale sull'autore del fattore causale meccanicamente più vicino all'evento (v. *infra* § 3 e 8).

Di contro, la genesi personalistica del fatto colposo meglio è garantita dal criterio della competenza, e quindi dalla preliminare determinazione del soggetto che doveva e poteva esercitare una contropinta ostativa alla verifica dell'evento offensivo⁷. Un siffatto approccio non può prescindere infatti dalla titolarità dei doveri e dalla effettività dei connessi poteri di gestire il rischio che si è materializzato nella storia, in ragione del *ruolo* svolto dal singolo soggetto e degli *obblighi* che ne discendono⁸. È dunque la “doverosa dominabilità del fattore di rischio” – anziché l'anodino riscontro causale – sul quale dovrebbe farsi affidamento per congegnare un modello d'imputazione colposa autenticamente conforme al principio di personalità.

Così, per esemplificare, in caso di incidente stradale occasionato da un veicolo non più efficiente e non revisionato, completamente irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità colposa è stabilire l'identità del guidatore che ha materialmente cagionato l'evento. Decisiva è invece l'individuazione del soggetto che era tenuto a garantire l'efficienza del veicolo effettuando la revisione. Analogamente, nel caso di una patologia indotta da un corpo estraneo lasciato nelle viscere del paziente a poco rileva individuare chi lo abbia dimenticato, dipendendo ciò da elementi non convenientemente fronteggiabili in fase d'intervento. Determinante è invece stabilire chi fosse tenuto a scongiurare il rischio di tale dimenticanza effettuando la conta dei ferri al termine dell'operazione⁹. E per finire, nel caso di decesso di un automobilista scontratosi con un convoglio ferroviario durante l'attraversamento di un incrocio non protetto da passaggio a livello, a nulla vale riscontrare che l'evento è stato materialmente causato dai conducenti del treno che, conoscendo la situazione della tratta, ben avrebbero potuto prevederlo¹⁰. Decisivo per l'assoluzione dei macchinisti è che il suddetto evento esprime un fattore di rischio che non rientra nelle loro competenze, bensì in quelle degli organizzatori del servizio ferroviario¹¹.

al dogma causale quale garanzia di personalizzazione, CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 27 ss., *passim*.

⁷ DONINI, *Imputazione*, cit., 19 ss., *passim*.

⁸ Fondamentalmente, nella nostra letteratura, CORNACCHIA, *op. cit.*, 343 ss.

⁹ MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in questa *Rivista*, 2008, 175 ss.

¹⁰ Questa la tesi dell'accusa – intrisa della concezione classica della colpa incentrata sul binomio causalità-prevedibilità – nel processo conclusosi con Cass. IV, 6 dicembre 2012, n. 4106, Rv. 255273.

¹¹ Così conclude Cass. IV, 6 dicembre 2012, n. 4106, cit.

Vera questa premessa, non v'è allora da sorprendersi se anche la dicotomia naturalistica tra azione ed omissione perde d'importanza ai fini della colpa¹². Volendo, le si può conservare un rilievo come metafora esplicativa del soggetto responsabile, essendo questi, nella c.d. colpa commissiva, colui che ha innescato il fattore di rischio tradottosi nell'evento, mentre nella c.d. colpa omissiva è il soggetto gravato dell'obbligo di fronteggiare un fattore di rischio esterno che ha generato l'evento¹³. Per il resto la struttura della tipicità colposa incentrata sulla competenza a gestire il rischio è sempre la stessa, ossia quella coincidente con la trasgressione di una regola cautelare modale¹⁴; così come la struttura logica della responsabilità è la medesima, fondandosi sull'idoneità preventiva del modello deontico che si poteva pretendere dall'agente¹⁵.

D'altro canto, non v'è da temere che l'approccio imputativo incentrato sulla competenza a gestire i vari fattori di rischio prelude a un diritto penale per tipi d'autore di matrice sociologica¹⁶, ovvero inclini verso un diritto penale prevenzionistico¹⁷ o, più in generale, si esponga a un cedimento delle garanzie¹⁸. Ciò accadrebbe solo se l'imputazione funzionale esaurisse l'accertamento penale. Viceversa, il criterio della competenza va ad *aggiungersi*, meglio ad anticipare la tipicità *stricto sensu* intesa, qualificando in modo più selettivo il grado di personalità della colpa e, di conseguenza, riducendo ancor più il margine di libertà giudiziale¹⁹. Non v'è dunque alcuna rinuncia al giudizio controfattuale che innerva la concezione causale dell'azione e ne costituisce il vero elemento di garanzia. Semplicemente lo si sposta in avanti in sede di verifica dell'idoneità preventiva della regola cautelare trasgredita²⁰. Anziché ridursi, il bilancio delle garanzie risulta

¹² Così EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 ss., spec. 1064 ss.

¹³ Su tale criterio distintivo tra azione ed omissione, di carattere normativista, cfr. nella nostra dottrina MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 500; VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. del merito*, 2006, 962.

¹⁴ GIUNTA, *Illiceità*, cit., 233 ss., 415 ss. In giurisprudenza Cass. S.U., 22 gennaio 2009, n. 22676, spec. § 6.3.

¹⁵ SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorso causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 223 ss., *passim*.

¹⁶ RENZIOWSKY, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, 301.

¹⁷ CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 86 ss.

¹⁸ DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 ss.

¹⁹ Insiste opportunamente su questa puntualizzazione CORNACCHIA, *op. cit.*, 348 ss., 353, nt. 25, *passim*.

²⁰ Ovviamente, la sola impostazione teorica compatibile e coerente con quanto enunciato nel testo è quella secondo cui la c.d. causalità della colpa presuppone la *certezza* che la regola cautelare trasgredita avrebbe potuto esplicare le sue potenzialità salvifiche nel caso concreto: analogamente EUSEBI, *op. cit.*, 1061 ss.; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferi-*

quindi incrementato, nella misura in cui si fa precedere l'accertamento controfattuale da una valutazione funzionalistica volta a verificare la congruità dell'addebito rispetto al *ruolo* svolto dall'individuo nella collettività.

2. L'affermazione del criterio della competenza nel diritto vivente

Il ragionamento appena esposto, per quanto condotto in termini dogmatici, non è da relegarsi al piano teorico. Prova ne sia che il canone della competenza gode da almeno un decennio di un crescente riscontro giurisprudenziale. Riscontro inizialmente intuitivo e di carattere rapsodico, che ha trovato però di recente un'esplicita formalizzazione nella sentenza delle Sezioni Unite relativa alla vicenda Thyssen²¹.

È soprattutto a Rocco Blaiotta, infatti, estensore di quest'ultima pronuncia, cui si deve la messa a fuoco del criterio della competenza nel diritto vivente. La sua prima esplicita enunciazione si rinviene tuttavia nella sentenza Lovison²², in cui sono stati condensati gli esiti del percorso argomentativo più ampiamente illustrato nello studio monografico del medesimo estensore²³. Di qui il concetto è poi riaffiorato con sempre maggiore frequenza in tutta la giurisprudenza della IV Sezione penale²⁴, sino ad avere indotto, di recente, a una rivisitazione interpretativa dell'art. 41, comma 2, c.p. sulla quale si ritornerà tra breve (v. *infra* § 6).

Come che sia, va subito chiarito che la giurisprudenza della Cassazione non menziona esplicitamente il "criterio della competenza". Identiche sono tuttavia le scansioni logiche del ragionamento e perfettamente sovrapponibili gli approdi diagnostici. Lo si può constatare leggendo il § 13 della sentenza delle S.U. Espenhahn, intitolato «*Il garante come gestore del rischio*»²⁵, del quale pare utile riprodurre taluni passaggi, se non altro per il fatto che essi non trovano riscontro in

mento all'attività medica, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1287 ss. La tesi enunciata nel testo si differenzia, invece, marcatamente dalle impostazioni che, da un lato, rinunciano alla causalità, e dall'altro lato, si accontentano della *possibilità* per la regola cautelare trasgredita di evitare l'evento onde concludere per la sussistenza della c.d. causalità della colpa: in quest'ultimo senso, per esempio, VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.

²¹ Cass. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 13.

²² Cass. IV, 23 novembre 2012, n. 49821, con nota di FIANDACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in *Foro it.*, 2013, II, 350.

²³ BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 192 ss.

²⁴ Cfr., fra le più recenti, Cass. IV, 13 gennaio 2015, n. 6394; Cass. IV, 15 ottobre 2014, n. 43168.

²⁵ Pag. 102 ss.

alcuna delle quindici massime ufficiali estrapolate dalla sentenza Thyssen ad opera dell'Ufficio Massimario; così come del resto il criterio della competenza non affiora nelle due massime ufficiali della sentenza Lovison e in un nessun'altra massima rintracciabile su *Italgire*.

«L'individuazione della responsabilità penale passa non di rado attraverso una accurata analisi delle diverse *sfere di competenza* gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione. Dunque, rilevano da un lato le *categorie giuridiche* (...), dall'altro i concreti *ruoli* esercitati da ciascuno. Si tratta, in breve, di una *ricognizione essenziale per un'imputazione che voglia essere personalizzata*, in conformità ai sommi principi che governano l'ordinamento penale; per evitare l'indiscriminata, quasi automatica attribuzione dell'illecito ai diversi soggetti.

(...)

L'analisi dei ruoli e delle responsabilità viene tematizzata entro la categoria giuridica della posizione di garanzia. Si tratta, come è ben noto, di espressione che esprime in modo condensato l'obbligo giuridico di impedire l'evento che fonda la responsabilità in ordine ai reati commissivi mediante omissione, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. *Questo classico inquadramento deve essere rivisitato.*

In realtà il termine "garante" viene ampiamente utilizzato nella prassi anche in situazioni nelle quali si è in presenza di causalità commissiva e non omissiva; ed ha assunto un significato più ampio di quello originario, di cui occorre acquisire consapevolezza.

A tale riguardo, occorre preliminarmente considerare che la causalità condizionalistica, essendo basata in chiave logica, è caratterizzata dalla costitutiva, ontologica indifferenza per il rilievo, per il ruolo qualitativo delle singole condizioni, che sono tutte per definizione equivalenti. Ne discende *l'esigenza di arginare l'eccessiva forza espansiva dell'imputazione del fatto determinata dal condizionalismo*. Tale esigenza è alla base della causalità giuridica e costituisce una costante del diritto penale moderno, sia in ambito teorico che giurisprudenziale.

La necessità di limitare l'eccessiva ed indiscriminata ampiezza dell'imputazione oggettiva generata dal condizionalismo è alla base di classiche elaborazioni teoriche: la causalità adeguata, la causa efficiente, la causalità umana, la teoria del rischio. Tale istanza si rinviene altresì nel controverso art. 41, comma 2, c.p. L'esigenza cui tali teorie tentano di corrispondere è sempre la medesima: tentare di limitare, separare le *sfere di responsabilità*, in modo che il diritto penale possa realizzare la sua vocazione ad esprimere un ben ponderato giudizio sulla *paternità dell'evento illecito*.

Il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza la centralità dell'idea di rischio: tutto il sistema è conformato per governare l'immane rischio, gli indicibili pericoli, connessi al fatto che l'uomo si fa ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli. Il rischio è categorialmente unico ma, naturalmente, si declina concretamente in diverse guise in relazione alle differenti situazioni lavorative. Dunque, *esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare*. Soprattutto nei contesti la-

vorativi più complessi, si è frequentemente in presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati; ed anche con riguardo alle diverse manifestazioni del rischio. Ciò suggerisce che in molti casi occorre configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. Allora, si può dire in breve, *garante è il soggetto che gestisce il rischio*²⁶.

3. La qualificazione tipologica del rischio

Nella sua estrema logicità, la meccanica del criterio della competenza è così intuitiva da risultare banale. Occorre semplicemente muovere dall'evento verificatosi per enucleare il fattore di rischio che l'ha generato, e quindi individuare quale sia il soggetto su cui l'ordinamento fa ricadere il compito di gestirlo. Come nell'impostazione classica della colpa, dunque, l'interprete deve muovere a ritroso partendo dall'evento: ma non già per identificare coloro che vi abbiano dato causa e, tra di essi, chi lo poteva prevedere ed evitare; bensì per accertare il fattore di rischio che ha occasionato l'evento offensivo e, di conseguenza, il soggetto competente a fronteggiarlo.

Com'è ovvio il primo passaggio è indispensabile alla corretta effettuazione del secondo. Ragione per cui è da questo aspetto che conviene partire per illustrare i vantaggi derivanti dall'utilizzo della competenza quale strumento di personalizzazione della colpa penale. Tra l'altro, la determinazione del fattore di rischio che ha generato l'evento si rivela spesso meno scontata di quanto si pensi. Ne è riprova il fatto che talvolta è proprio la sua carente qualificazione ad avere originato ingiuste condanne di merito, cui si è potuto rimediare solo in forza della corretta utilizzazione del criterio della competenza.

Lo comprovano in modo eloquente talune pronunce di legittimità che, pur avendo annullato doppie conformi di condanna, sono spesso ignorate – chissà poi perché vista l'indubbia rilevanza nomofilattica – dall'Ufficio Massimario²⁷.

La prima decisione della Cassazione su cui merita soffermarsi riguarda l'assoluzione «per non avere commesso il fatto» disposta nei confronti del produttore/venditore di un macchina insaccatrice in precedenza condannato da entrambi i giudici di merito per avere venduto tale apparecchio privo delle protezioni fisse e mobili in grado di evitare contatti tra le mani dei lavoratori ed il cono di espulsione

²⁶ Pag. 102 e 103, corsivi aggiunti.

²⁷ Per una riflessione in merito a tali lacune v. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in questa *Rivista*, 2012, 619 ss.

del prodotto²⁸. Di qui l'infortunio occorso a un dipendente della impresa acquirente che, durante l'utilizzo dell'insacatrice, aveva riportato lo schiacciamento della mano sinistra tra le lamelle del cono di espulsione.

Sennonché, soffermandosi a ponderare e qualificare meglio il tipo di rischio concretizzatosi nell'evento infausto, la Corte suprema giunge ad annullare la doppia conforme di condanna. Decisivo è stato infatti il rilievo – menzionato ma senza consapevolezza dai giudici di merito – che lo standard di sicurezza dell'insacatrice appariva del tutto adeguato per il suo utilizzo da parte di un solo operatore, giacché nel tempo di passaggio dell'addetto da un capo all'altro del macchinario si registra uno stacco delle fasi di introduzione ed espulsione. L'impianto, se utilizzato concordemente al manuale d'uso, non celava dunque alcuna insidia. Era stato invece il datore di lavoro a determinare la verifica dell'evento decidendo di *adibire due lavoratori alla pressatrice*, così da eliminare i tempi morti dovuti agli spostamenti dell'unico addetto. L'evento infausto, anziché discendere dalla pericolosità del macchinario, riflette dunque – ad avviso della Cassazione – il maggior rischio insito nella “ottimizzazione del tempo di lavoro”: un fattore che non può certo addebitarsi al produttore, essendo questi «estraneo» – come sottolinea in conclusione la Corte Suprema – alla “logica” della “ottimizzazione” dei tempi di produzione decisa da altri.

Il caso appena citato è paradigmatico, non solo perché ben evidenzia il diverso approccio imputativo insito nel criterio di competenza ma, soprattutto, perché rivela i vantaggi derivanti dal superamento della preliminare ricognizione eziologica. Quest'ultima induce fatalmente l'interprete a concentrarsi sull'anello della sequenza causa-effetto più prossimo in termini meccanicistici all'evento. Il criterio della competenza, chiedendosi non già “come” ma “perché” l'evento si è verificato, rilegge la dinamica causale in termini di governabilità umana, alla ricerca del fattore di rischio dipendente dall'uomo che l'ha generato. È dunque la dominabilità degli eventi che decide la scaturigine dell'imputazione colposa, la quale si sviluppa così, sin da subito, all'insegna di un giudizio intrinsecamente personalistico.

Lo si coglie bene in un'altra decisione della Cassazione – anch'essa stranamente ignorata dall'Ufficio Massimario – che ha fatto applicazione del criterio della competenza nell'accertare la responsabilità dell'appaltatore dei lavori di nettezza urbana per la lesione alla colonna vertebrale subita da un proprio addetto travolto dalla caduta di un cancello in ferro del piazzale del mercato comunale (Cass. pen. sez. IV 18 giugno 2013, n. 39491). Nello specifico si contestava al datore la violazione delle norme cautelari sulla sicurezza dei *luoghi di lavoro* (all'epoca gli artt. 4 d.lgs. 626/1994 e 374 d.P.R. 547/1955) per avere consentito all'addetto di operare in prossimità del cancello del mercato palesemente privo di fermo corsa: con la conse-

²⁸ Cass. IV, 19 settembre 2012, n. 35906.

guenza che il lavoratore, spostandolo per effettuare le pulizie, ne aveva determinato la fuoriuscita.

La duplice condanna di merito riportata dall'imputato è stata tuttavia annullata dalla Corte di legittimità proprio sulla base della semplice considerazione che l'imputato non era competente a gestire il fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. Il datore di lavoro è infatti chiamato a fronteggiare solo i rischi tecnici *specifici* dell'attività lavorativa e non già ogni possibile rischio, specie se ubiquitario, in cui può incorrere il dipendente. Vero ciò «*il rischio connesso al mal funzionamento del cancello non può essere definito quale "rischio specifico"*» dell'attività lavorativa oggetto dell'appalto e rientrante nella competenza del datore di lavoro. Semmai – conclude la Cassazione – «*tale rischio era proprio degli addetti alla manutenzione ed alla custodia del mercato, ma non certo all'appaltatore dei servizi di nettezza urbana*».

Diversamente ragionando si arriverebbe all'assurdo che l'appaltatore dei servizi di nettezza urbana, avendo l'intera città come teatro operativo, si troverebbe gravato in forza delle norme sulla sicurezza dei "luoghi di lavoro" di una competenza alla gestione di tutte le infinite insidie che un centro abitato può nascondere. Una vera e propria responsabilità da posizione, per scongiurare la quale s'impone una *delimitazione funzionalistica della nozione di "luogo di lavoro" tale da includere solo l'ambito spaziale sul quale possono estendersi i poteri decisionali del vertice aziendale*²⁹.

Come quest'ultimo esempio ben chiarisce e si tornerà a sottolineare (*infra* § 5), è dunque il "fascio dei poteri" che decide della "sfera di competenza".

4. La differenza fra criterio della competenza e concretizzazione del rischio

Prima di procedere oltre con l'illustrazione del criterio della competenza, conviene sgombrare il campo da un possibile equivoco.

E difatti: nella misura in cui muove dalla qualificazione tipologica del fattore di rischio concretizzatosi nell'evento, il canone della competenza rischia di essere confuso con (e assimilato al) la concretizzazione del rischio. Il riferimento è – come noto – a quell'ulteriore criterio secondo il quale, per aversi colpa, l'evento concretamente verificatosi deve esprimere il fattore di rischio che la regola cautelare trasgredita intendeva in astratto prevenire³⁰. Di qui, dunque, la possibile ma affrettata conclusione che il criterio della competenza non apporti alcun reale miglioramento, traducendosi in una variazione della medesima diagnosi.

²⁹ Così anche Cass. IV, 9 settembre 2015, n. 40721.

³⁰ V. per tutti FORTI, *op. cit.*, 418 ss., 439 ss.; PERINI, *op. cit.*, 564 ss.; MASSARO, "Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 2009, 4699 ss.; CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013, 71 ss.

In realtà, anziché equivalenti, il criterio della competenza e quello della concretizzazione sono complementari e, in quanto tali, entrambi indispensabili per scongiurare un appiattimento della responsabilità colposa sulla logica del *tenetur etiam pro casu*. Il criterio della competenza lega infatti l'evento al soggetto; la concretizzazione del rischio lega invece l'evento alla condotta negligente. Donde la conseguenza che ben vi può essere competenza soggettiva pure in mancanza di una concretizzazione del rischio – il che è intuitivo. Ma si possono verificare anche casi in cui l'evento rientra tra quelli che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire e nondimeno l'autore della trasgressione va assolto perché, pur essendo tenuto a rispettare quella regola cautelare, non era deputato a gestire lo specifico fattore di rischio che si è tradotto nell'evento.

Essendo, questa, peraltro una situazione di non immediata percezione merita esemplificarla in termini casistici.

A titolo dimostrativo dell'autonoma funzione selettiva del criterio della competenza rispetto a quello della concretizzazione del rischio, si considerino allora le non poche sentenze riguardanti gli incidenti determinati dall'abusivo ingresso di estranei nei luoghi di lavoro non sicuri. Si prenda per esempio Cass. pen., sez. IV, 5 gennaio 1999, n. 7924, Rv. 214246, la quale ha concluso per la non attribuibilità al proprietario dell'annegamento di tre ragazzi in una vasca con rampe viscide situata in un ambiente lavorativo ove i tre erano entrati abusivamente, che non era stata protetta da parapetti né segnalata tramite cartelli di pericolo. Ma si consideri, altresì, Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, n. 7924, Rv. 221149, che ha assolto il datore di lavoro per le lesioni occorse a un dipendente precipitato nel vano destinato ad alloggiare l'ascensore di un edificio in costruzione, che era situato in un cantiere ove la vittima si era introdotta abusivamente fuori dell'orario di lavoro dopo avere rimosso la rudimentale staccionata predisposta nell'attesa di un presidio più adeguato.

Ebbene, in questi casi, non vi può esser alcun dubbio che l'evento verificatosi sia esattamente quello che la regola cautelare trasgredita si prefiggeva di evitare. L'annegamento costituisce infatti ciò che s'intende scongiurare tramite l'approntamento di parapetti e segnali di pericolo ai bordi della vasca; e del pari la caduta nel vuoto è esattamente l'evento che si prefigge di scongiurare la doverosa ostruzione del vano ascensore. Eppure, malgrado la corrispondenza degli eventi a quelli che la regola cautelare intendeva prevenire, tali sentenze si sono concluse con un'assoluzione perché – al di là delle specifiche argomentazioni – l'ordinamento non fa ricadere sull'imputato il dovere di gestire lo *specifico* fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento.

Breve. La responsabilità del datore di lavoro (o di qualunque altro garante della sicurezza) non può essere fondata sul semplice rilievo che l'evento concretamente verificatosi corrisponde a quello che la regola cautelare trasgredita in-

tendeva prevenire. L'area di competenza è *oggettivamente, temporalmente e soggettivamente circoscritta* alla gestione delle situazioni di maggiore vulnerabilità cui sono esposti i prestatori d'opera e le altre persone che possono trovare legittimamente ingresso nel luogo di lavoro (rappresentanti, clienti, eccetera) durante il regolare svolgimento dell'attività³¹. I garanti della sicurezza non sono invece chiamati a fronteggiare i rischi gratuitamente corsi da coloro che decidano di esporsi agli innumerevoli pericoli insiti in un ambiente di lavoro non operativo³². V'è dunque un difetto di competenza che preclude *ab imis* la stessa ambientabilità di una responsabilità colposa ancorché l'evento verificatosi rientri nel novero di quelli che una qualche regola cautelare intendeva prevenire.

Per questa ragione, prima della concretizzazione del rischio, è sempre necessario accertare la competenza soggettiva quale imprescindibile abbrivio di una responsabilità colposa autenticamente personale. Se così non fosse l'imputazione colposa sorgerebbe all'insegna del *versari in re illicita*.

5. La determinazione normativa e prasseologica della competenza

Una volta determinato il fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento, è ovvio che l'aspetto più delicato del criterio della competenza riguarda l'individuazione del soggetto tenuto a gestirlo. Nell'effettuare tale diagnosi v'è infatti il pericolo che il giudice si erga a legislatore stabilendo, sulla base delle proprie sensibilità e convinzioni, su chi far ricadere la competenza. Diversamente, l'art. 25, comma 2, Cost. impone al giudice di *trovare al di fuori di sé* le ragioni che lo inducono ad attribuire la gestione del rischio a un determinato soggetto piuttosto che a un altro, essendo soprattutto vincolato dai parametri ordinatori che disciplinano quella particolare attività e circoscrivono le diverse "sfere di potere".

La competenza altro non è infatti che il riflesso di una *signoria giuridico-fattuale* concernente il rischio da fronteggiare³³. Una signoria che discende dalla convergenza su un unico soggetto di adeguati poteri decisionali e impeditivi, da un lato, e di una situazione concreta, dall'altro lato, che renda materialmente esi-

³¹ Così sostanzialmente anche DONINI, voce *Imputazione*, cit., 644.

³² Per un'analogia considerazione v. il § 13.1 della Sez. Un., Sentenza n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, 104. Non ha colto invece questo aspetto, di recente, Cass. IV, 26 novembre 2015, n. 48269, con nota di BARTOLI, *La morte di estraneo al cantiere impone un'indagine sull'anormalità del suo comportamento*, in *www.quotidianogiuridico.it*.

³³ Per una tematizzazione del potere in chiave normativa v. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in questa *Rivista*, 2012, 641 ss.

gibile ed efficace in termini preventivi il loro adempimento³⁴. Per tale ragione la diagnosi risulterà tanto più agevole, e processualmente verificabile, quanto più regolamentato sia il contesto umano in cui si è verificato l'evento. Lo si è già ampiamente illustrato in un saggio autonomo avente per oggetto il criterio della competenza nel contesto della sicurezza del lavoro, con specifico riferimento ai casi di delega, decentramento produttivo, esternalizzazione, endo-appalto, rischio inferenziale, eccetera³⁵. In questa sede, senza ripetere l'intera analisi, può essere allora sufficiente richiamare con valore dimostrativo alcune pronunce più recenti della Cassazione, individuandole – ancora una volta – tra quelle che hanno annullato doppie conformi di condanna e che non compaiono tuttavia nella banca dati dell'Ufficio Massimario.

La prima decisione su cui merita soffermarsi ha per oggetto l'infortunio occorso a un lavoratore durante la fase di manutenzione della cappa di un impianto robotizzato di saldatura talmente particolare da essere stato ideato *ad hoc* e assemblato presso l'impresa³⁶. Segnatamente, sulla scorta di una prassi scorretta radicata in azienda, l'operaio infortunatosi aveva effettuato la manutenzione salendo su una *scala i piedini della quale erano però scivolati*, così da cagionarne la caduta con conseguente frattura occipitale. La successiva indagine aveva fatto quindi emergere una serie di violazioni cautelari, tra cui la carenza di formazione del personale che si era tramandato prassi scorrette nella gestione dell'impianto nonché un lacunoso manuale d'istruzioni dell'innovativo macchinario. Da qui il rinvio a giudizio del datore di lavoro e del produttore dell'impianto, entrambi condannati in sede di merito con una doppia conforme.

Senonché la Cassazione, soffermandosi a ponderare meglio il requisito della competenza quale primo e basilare gradino della responsabilità colposa autenticamente personale, ha annullato la condanna a carico del produttore. Ad una più attenta analisi non è sfuggito infatti come l'evento infausto concretamente verificatosi (caduta dalla scala a causa dello scivolamento dei piedini), anziché esprimere un fattore di particolare insidiosità del macchinario la prevenzione del quale è affidata al produttore, rivelava esclusivamente un *difetto di formazione* dei lavoratori in merito alla esecuzione dell'attività di pulitura: e «*sembrano esulare dall'ambito della specifica norma di prevenzione di cui i produttori sono destinatari i compiti inerenti alla formazione e istruzione del personale addetto alla macchina*». Né in senso contrario varrebbe far leva sulle carenze esplicative del manuale fornito, non foss'altro per il fatto che entrambe le sentenze di merito non hanno spiegato, in termini controfattuali, come ciò avrebbe influito sulla dinamica realizzativa dell'evento – che, va ri-

³⁴ *Amplius*, sulla messa a fuoco dei doveri-poteri giuridici prodromici alla definizione dell'area di competenza, CORNACCHIA, *op. cit.*, 394 ss., 446 ss.

³⁵ MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 153 ss., spec. 173 ss.

³⁶ Cass. IV, 26 novembre 2013, n. 11511.

badito, è stato occasionato dalla caduta da una scala e non già direttamente dagli ingranaggi del macchinario.

Il ragionamento, come si noterà, è ineccepibile. La Cassazione muove dalla messa a fuoco dello specifico fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento per attribuirne la gestione in forza della dettagliata disciplina di settore. Ma analoga ripartizione può operarsi anche alla stregua di valutazioni di carattere organizzativo che riguardano, per esempio, l'articolazione territoriale dell'impresa. Le diverse "sfere di potere" su cui si fonda la competenza non discendono infatti solo da parametri normativi, ma risentono anche di vincoli fisico-ontologici che condizionano l'esigibilità in concreto del potere di cui si dispone. In questo senso, particolarmente istruttiva e non inusuale è la diagnosi della competenza prospettata da un'altra recente sentenza di legittimità che, annullando una doppia conforme di condanna, ha assolto il datore di lavoro in un contesto di decentramento produttivo.

Oggetto del giudizio era l'accertamento della responsabilità per l'infortunio riportato da un dipendente spostatosi in un reparto diverso dal proprio per recuperare dei documenti³⁷. Notando che su un nastro trasportatore si erano bloccate delle casse, quale gesto di gentilezza nei confronti di un'operaia che vi avrebbe dovuto provvedere, il lavoratore infortunatosi decide di salire su una scala che era stata fissata alla parete, al fine di raggiungere le casse e sbloccarle. Sennonché, nello scendere, il dipendente scivolava dai pioli della scala procurandosi lesioni gravi. Di qui la condanna in primo e secondo grado del datore di lavoro per violazione dell'art. 35, comma 4, lett. a), d.lgs. 626/94, ossia per non avere tenuto l'attrezzatura di lavoro in modo conforme alle istruzioni del fabbricante e in particolare per avere consentito che una lunga scala a doppia salita restasse ancorata alla parete impedendone l'apertura a compasso.

Come anticipato, la Cassazione ha deciso di annullare le condanne di merito sulla base di una pluralità di argomentazioni. Tra di esse, però, quella che qui più rileva è l'errata individuazione da parte dei giudici di merito del soggetto competente all'*attuazione dettagliata delle misure cautelari nelle imprese di grandi dimensioni*. Tale incombenza – osserva la Corte – non può ricadere *d'emblée* sui vertici dell'impresa, chiamati semmai ad *approntare* tali misure. La concreta attuazione ricade invece su coloro che svolgono funzioni operative (preposti, direttori di stabilimento, capi reparto, ecc.) purché dotati di poteri determinativi e direzionali. Né rileva la mancanza di una delega formale – assente nella fattispecie concreta – posto che tale atto non si rivela necessario ogni qual volta l'attuazione delle misure non richieda impegni di spesa o il dispiegamento di poteri organizzativi esorbitanti da quelli tipici della funzione.

³⁷ Cass. IV, 26 giugno 2014, n. 33417.

Le esemplificazioni giurisprudenziali del criterio della competenza sarebbero numerose³⁸. E riguardano ogni settore di emersione della colpa penale, non ultimo il diritto penale della medicina dove la crescente adozione di discipline organizzative tende a favorire una ripartizione sempre più puntuale delle sfere di competenza³⁹. Emblematiche in tal senso sono le ricorrenti decisioni riguardanti la tipologia di rischi affidati alla gestione del personale infermieristico, esentato per esempio da valutazioni diagnostiche e terapeutiche che incombono invece sul personale medico: con la conseguenza che non potrebbe contestarsi ai primi alcuna sottovalutazione della patologia⁴⁰ o alcun obbligo di verifica dell'intervento operatorio nella sua completezza⁴¹.

Non meno precisa è poi la delimitazione giurisprudenziale della sfera di competenza gravante sulle ostetriche ai sensi del d.m. 14 settembre 1994, n. 740, stando alla quale non sarebbe addossabile a tale figura professionale la scelta del tipo di monitoraggio da effettuare durante il parto, che compete al medico⁴²; mentre, una volta disposto il monitoraggio, è di competenza delle ostetriche il controllo del tracciato cardiocografico con conseguente obbligo di avvisare il medico nel caso di irregolarità⁴³. La competenza nel contesto medico si presta peraltro a circoscrivere anche verso l'alto la responsabilità colposa in chiave personalizzante, sgravando così il primario dalla responsabilità per la mancata formazione del personale infermieristico incorso nell'erronea impostazione di un macchinario di controllo⁴⁴.

Non pare comunque necessario indugiare su ogni singola posizione. L'importante è avere messo a fuoco il mutamento di prospettiva insito nel criterio della competenza rispetto alla logica causale.

Seguendo la concezione normativa, l'abbrivio della responsabilità colposa non corrisponde più alla verifica di chi ha materialmente causato l'evento o non ne ha impedito la verificazione. Si esige, prima di tutto, l'individuazione delle figure su cui ricade il potere-dovere di gestire il fattore di rischio che si è storicizzato nell'offesa, favorendo così l'immediata messa a fuoco del potenziale responsabile. Il che peraltro gioverebbe anche in termini di semplificazione processuale, scongiurando quelle pletoriche indagini preliminari generate dalla pioggia di avvisi di

³⁸ V. da ultimo Cass. III, 10 settembre 2015, n. 44335; Cass. IV, 12 novembre 2015, n. 47752; Cass. IV, 24 aprile 2014, n. 34119.

³⁹ Cfr. anche per gli ulteriori riferimenti RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, 45 ss.

⁴⁰ Cass. IV, 30 gennaio 2008, n. 8611.

⁴¹ Cass. IV, 26 maggio 2004, n. 39062.

⁴² Cass. IV, 3 aprile 2007, n. 19380.

⁴³ Cass. IV, 29 gennaio 2004, n. 21709 Rv. 31244-15.

⁴⁴ Cass. IV, 3 dicembre 2015, n. 2541 con nota di BARTOLI, *Il primario non ha l'obbligo di verificare la competenza degli infermieri*, in www.quotidianogiuridico.it.

garanzia che trova invece alimento nell'alternativa logica condizionalistica. Né vi sarebbe da temere per una dematerializzazione della responsabilità colposa, giacché le persone ritenute competenti godranno comunque nella successiva diagnosi imputativa di quella stessa verifica controfattuale che dà sostanza alla causalità.

6. *La rivitalizzazione applicativa dell'art. 41, comma 2, c.p.
ad opera del criterio di competenza*

La sostituzione della logica condizionalistica con il criterio della competenza quale incipit dell'imputazione colposa aiuta l'interprete a risolvere più correttamente anche i casi riconducibili alla disciplina di cui all'art. 41, comma 2, c.p.

Invero, malgrado il numero delle soluzioni interpretative riservate al concetto di «*causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento*»⁴⁵, è risaputo come l'art. 41, comma 2, c.p. abbia subito nella prassi una sostanziale *interpretatio abrogans*. L'irrilevanza di tale disposizione non discende solo dalla tesi che ne relega l'operatività alle serie causali del tutto autonome, di talché l'art. 41, comma 2, c.p. finirebbe per risultare un doppione dell'art. 40 c.p. Ad un'analogia vacuità si espone anche la tesi prevalente in giurisprudenza che interpreta la causa interruttiva come quella "eccezionale" o "abnorme", motivo per il quale l'operatività dell'art. 41, comma 2, c.p. altro non sarebbe che un riflesso dell'*imprevedibilità* su cui fa leva la stessa giurisprudenza per individuare la regola cautelare trasgredita: con l'ulteriore e assurda conseguenza che un'interruzione del nesso causale si potrebbe per definizione riconoscere, nella colpa, solo quando manca *ab imis* una condotta tipica, ovvero una violazione cautelare⁴⁶.

Assai più feconda si rivela invece l'interpretazione di questa disciplina alla luce del criterio della competenza qualche architrave concettuale dell'imputazione obiettiva dell'evento⁴⁷. Da questa prospettiva diviene infatti agevole circoscrivere l'operatività dell'art. 41, comma 2, c.p. ai casi in cui l'evento lesivo, pur causalmente riconducibile all'agente, esprime un fattore di rischio *radicalmente diverso* da quello illecito creato da quest'ultimo: il che significa, nella colpa, diverso da

⁴⁵ Per un'ampia rassegna corredata da un'ulteriore stimolante proposta cfr. VALLINI, «*Cause sopravvenute da sole sufficienti*» e *nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica"*, in BRUNELLI, (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 337 ss., 378 ss.; ID., *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1537 ss., 1546 ss.

⁴⁶ *Amplius*, per un'analisi della giurisprudenza che tende ad applicare l'art. 41 c.p. solo in mancanza di una condotta tipica colposa, MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in questa *Rivista*, 2014, spec. 338 ss.

⁴⁷ V. anche per gli ampi riferimenti bibliografici DONINI, voce *Imputazione*, cit., 660 ss.

quello scaturito dalla trasgressione della regola cautelare. Né v'è da temere che un siffatto criterio di delimitazione ascrittiva replichi quello della concretizzazione del rischio (v. *supra* § 4) così da innescare un'ulteriore forma di *interpretatio abrogans* dell'art. 41, comma 2, c.p. Il vero è, al contrario, che la concretizzazione del rischio mira a escludere la responsabilità del trasgressore nei casi in cui non si verifica l'evento che la regola cautelare violata intendeva prevenire. L'art. 41, comma 2, c.p. è invece destinato a operare ogni qual volta la violazione cautelare ha generato bensì l'evento tipico, ma quest'ultimo è poi *degenerato* in un epilogo radicalmente diverso a causa dell'intervento di ulteriori fattori di rischio di carattere ubiquitario o attribuibili a terzi.

Più di qualunque spiegazione, le differenti virtualità selettive tra la concretizzazione del rischio e l'art. 41, comma 2, c.p. interpretato alla luce del criterio della competenza ben si colgono in termini esemplificativi. Conviene quindi riassumere brevemente il caso affrontato dalla sentenza della Corte di cassazione che – stando all'Ufficio Massimario – per prima avrebbe proposto una siffatta interpretazione⁴⁸.

La vicenda ha riguardato una ragazza affetta da un ascesso peritonsillare con edema, inizialmente oggetto, in ambito ospedaliero, di un atteggiamento dei medici curanti ritenuto dai giudici errato, troppo attendista e privo degli adeguati approfondimenti diagnostici, tra cui l'effettuazione di una TAC. Di qui l'ingravescenza della patologia – che costituisce, quindi, l'evento tipico che le regole cautelari trasgredite dai medici curanti intendevano prevenire – tale da rendere indispensabile un intervento di tracheotomia finalizzato a rimediarsi e a facilitare la respirazione della paziente. Sennonché, nell'effettuare questo intervento, invece di procedere a un'anestesia locale che avrebbe mantenuto la pervietà delle vie respiratorie, l'anestesista optò per un'intubazione c.d. tradizionale previa somministrazione di curaro: il quale, tuttavia, avendo un effetto miorilassante, innescò il cedimento dei

⁴⁸ Il riferimento è a Cass. IV, 5 maggio 2015, n. 33329, Rv. 264365. In realtà, la prima sentenza a inaugurare questo orientamento – se non fosse per la massima ufficiale, così fuori luogo da incentrarsi su un aspetto che neppure è sfiorato dalla pronuncia (ossia l'elevato grado di credibilità razionale nell'accertamento della causalità) – è Cass. IV, 19 marzo 2015, n. 22378, Rv. 263494, che ha assolto il datore di lavoro dall'infortunio per caduta di un operaio a causa del cedimento dell'impalcatura riparata in modo maldestro (da ignoti) tramite un esile filo di ferro che non sarebbe stato in grado di reggere il peso di alcun individuo. Una vera e propria manomissione «*compiuta da una persona priva di capacità raziocinante*», nella quale – osserva la Corte – «è agevole cogliere un rischio nuovo, o forse meglio altamente esorbitante rispetto all'ordinario rischio di caduta» affidato alla gestione dei garanti. Questi sono infatti chiamati a preservare i lavoratori dagli intrinseci e specifici rischi dell'attività lavorative. Ma nulla possono di fronte a *rischi esogeni ingenerati da sabotaggi, scassi o insensate manomissioni*, soprattutto se compiuti a ridosso dell'epilogo infausto. Di qui la pronuncia assolutoria, rivelatasi ancor più apprezzabile per il fatto che sussistevano altre irregolarità del ponteggio, e nondimeno esse non sono state ritenute idonee a fondare alcun giudizio di colpa in quanto inconferenti con la tipologia di rischio che si è concretizzato nell'evento.

muscoli della trachea con successiva occlusione delle vie respiratorie. Ne derivò uno stato di anossia, che l'anestesista cercò vanamente di fronteggiare con una tracheotomia d'emergenza (peraltro effettuata, per la concitazione del momento, ledendo l'esofago e alcuni vasi) che non riuscì a impedire la morte per asfissia della ragazza.

Ora: ferma restando la responsabilità dell'anestesista per l'errata scelta del curaro nonché del primario cui *compete*, quale capo équipe, di verificare la correttezza delle soluzioni terapeutiche adottate dagli altri membri, il problema sollevato dal caso di specie riguarda l'imputabilità dell'evento infausto anche ai medici del reparto responsabili delle *precedenti* carenze diagnostiche e terapeutiche. A nulla peraltro varrebbe, per scongiurare questo epilogo, il ricorso al criterio della concretizzazione del rischio, dato che nel decorso della paziente si è verificato, sotto forma di evento intermedio, esattamente l'epilogo che le regole cautelari trasgredite intendevano prevenire (i.e. ingravescenza della patologia). Non rimane dunque, alla Cassazione, che optare per una rilettura dell'art. 41, comma 2, c.p. alla luce del criterio della competenza.

La premessa del ragionamento è sempre quella delle Sezioni Unite Espenhahn secondo cui «*esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare*». Da qui poi la conclusione che, pur riscontrandosi a carico di ciascun medico curante distinte violazioni cautelari, non può imputarsi ai medici che intervennero per primi l'evento finale in quanto la somministrazione del curaro e le altre gravi colpe che hanno caratterizzato la fase dell'anestesia lo rendono espressione di un «*rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto al rischio originario attivato dalla prima condotta*» colposa. Il principio di diritto che se ne ricava è che, pur in presenza di un'negligenza tale da determinare l'insorgenza di un rischio per il bene giuridico tutelato, non possono addebitarsi al trasgressore eventi lesivi di quest'ultimo che esprimono *nuovi* fattori di rischio del *tutto eccentrici* o *radicalmente esorbitanti* rispetto a quelli che il garante è chiamato a governare.

Quello appena riassunto non costituisce peraltro l'ultimo caso in cui la Corte di cassazione ha interpretato l'art. 41, comma 2, c.p. alla stregua del criterio della competenza⁴⁹. Sicché non pare azzardato ipotizzare che, con l'affermarsi di una siffatta interpretazione⁵⁰, il nodo del contendere riguarderà nel prossimo futuro proprio la delimitazione del rischio sopravvenuto ed eterogeneo tale da interrompere l'imputazione dell'evento finale a chi ha cagionato un iniziale rischio il-

⁴⁹ Cfr. infatti Cass. IV, 10 marzo 2016, n. 15493, la quale ha riconosciuto l'interruzione dell'imputazione colposa in favore del pediatra di base che aveva sottovalutato e mal gestito i sintomi di una patologia così grave da richiedere un rapido ricovero della piccola paziente, in ragione del successivo comportamento colposo tenuto dal medico dell'ospedale, responsabile di avere effettuato una manovra d'intubazione così gravemente errata da tradursi nell'inserimento della cannula nell'esofago anziché nella trachea.

⁵⁰ Manifesta un'esplicita adesione a questa tesi anche la sentenza sul terremoto dell'Aquila: Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, § 21, pag. 96 ss.

lecito. In termini chiarificatori non guasterebbe allora una riformulazione dell'art. 41 c.p. che espliciti agli operatori gli indici di eterogeneità del rischio ricorrendo i quali s'impone una cesura imputativa. Tanto più che la dottrina ha già saputo individuare una convincente ipotesi di riforma dell'art. 41 c.p. capace di riassumere le varie figure di eterogeneità del rischio finale rispetto a quello inizialmente ingenerato dall'agente⁵¹.

7. La competenza autoconservativa del soggetto danneggiatosi

Ogni fattore di rischio, *se umanamente fronteggiabile*, deve avere un soggetto competente a gestirlo. La società moderna non ammetterebbe eccezioni, pena

⁵¹ DONINI, *Imputazione*, cit., 80, che propone la seguente modifica dell'art. 41 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per l'intervento assorbente di cause sopravvenute che dipendano da fattori eccezionali, da sfere giuridiche di competenza esclusiva di terzi, della persona offesa, o da rischi ubiquitari». «È assorbente l'intervento di concause di cui al comma precedente, quando esso riduce la causalità della condotta al significato di mera occasione, o determina un effetto manifestamente sproporzionato all'idoneità lesiva della condotta vietata».

Meno convincente è invece l'ultimo comma ipotizzato dallo stesso Autore secondo cui «l'imputazione dell'evento non è esclusa quando le concause sopravvenute costituiscono l'approfondimento dello specifico rischio illecito della condotta vietata». Al di là della dubbia utilità di specificare un limite negativo della cesura, questa ipotetica norma rischia di intralciare l'operatività del criterio della c.d. causalità della colpa nell'ambito delle ipotesi di *concorso di condotte colpose indipendenti* ogni qual volta le distinte regole cautelari violate, pur essendo teleologicamente convergenti, hanno avuto un diverso "grado d'incidenza sull'evento", tanto che una delle condotte tipiche risulta preponderante sulle altre aventi un disvalore e un'incidenza trascurabili.

Si pensi – traendo spunto da un noto caso proposto da Gunther Jakobs – al crollo dell'ascensore di un hotel provocato sia dal responsabile della manutenzione che da molto tempo non veniva effettuata, sia all'addetto che vi aveva fatto salire un numero di persone dal peso complessivo di poco superiore a quello massimo consentito che viene notoriamente fissato in termini assai prudenziali. Ebbene, in questi casi, pur essendoci un approfondimento del medesimo tipo di rischio, la dottrina d'oltralpe tende non senza ragione a ipotizzare una "colpa assorbente" da parte dell'autore della violazione più grave che esonera da ogni responsabilità l'autore della concorrente trasgressione meno rilevante (così, fra gli altri, BURGSTALLER, *Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlerverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst*, in *Fest. Jescheck*, 1985, 374 ss.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1993, 7/55, 210 ss.; OTTO, *Kausalität und Zurechnung*, in *Fest. Wolff*, Berlin-Heidelberg-New York, 1998, 408 ss.). Una soluzione che meriterebbe di essere coltivata anche nel nostro ordinamento ogni qual volta una delle negligenze concorrenti è talmente rilevante che avrebbe da sola causato l'evento (nell'esempio: il crollo per difetto di manutenzione si sarebbe verificato anche se l'addetto avesse rispettato di poco il limite massimo). Questo criterio consentirebbe, ancora una volta di rimediare alla *vis attractiva* dell'indagine eziologica: la quale nei casi – come quello esemplificato – di causalità c.d. addizionale, finisce per presumere l'esistenza del nesso eziologico sulla base della circostanza che ogni singola condotta ha inciso sul modo in cui l'evento si è in concreto verificato (cfr. per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 207).

l'insorgenza di una sensazione d'insicurezza che si rivelerebbe esiziale per il vivere in comune. Ciò non significa tuttavia che qualunque errata gestione del rischio generi responsabilità giuridica giacché, per sua natura, quest'ultima richiede un'alterità tra soggetto offeso e soggetto chiamato a risponderne⁵². Motivo per cui, ove la persona danneggiata coincida con il soggetto deputato a gestire il rischio concretizzatosi nell'evento infausto, ogni tipo di sanzione giuridica è all'evidenza preclusa dal principio di autoresponsabilità⁵³.

Il ragionamento appena esposto gode, peraltro, nel diritto penale di un ulteriore fondamento teorico che riflette la *ratio solidaristica* delle fattispecie incriminatrici non dolose. Le quali, nel presidiare con la pena il dovere di attenzione e di impedimento, si prefiggono di rimediare alla *condizione di vulnerabilità* dei soggetti più "deboli" e di quelli "esposti" imponendo che altri si adoperino per la loro salvaguardia⁵⁴. Esula quindi dall'obbligo penalmente sanzionato quello di preservare le persone perfettamente raziocinanti dalle conseguenze delle loro libere scelte di vita, quand'anche esse non siano condivise dall'ordinamento. Diversamente ragionando l'incriminazione colposa, da solidaristica si trasformerebbe in paternalistica, venendo cioè sfruttata per imporre ortodossi ed assennati stili di vita; anzi peggio per imporre a ciascuno di noi di impedire agli altri di assumere comportamenti rischiosi ancorché decisi in modo libero e consapevole⁵⁵. Sarebbe questo un esito chiaramente incompatibile con i principi di libertà e di autodeterminazione dell'individuo su cui si fonda il nostro sistema costituzionale. Gli stessi principi che impongono di configurare – al contrario – un'esclusiva *area di auto-competenza sui fattori di rischio conseguenti alle proprie libere e consapevoli decisioni*: con la conseguenza che, ove ne scaturissero conseguenze offensive, la persona danneggiatasi non potrebbe che addebitare a sé stesso quanto ha subito.

È la logica, di solare evidenza, dell'*imputet sibi*. Una logica elementare, che nondimeno la IV Sezione della Cassazione tende spesso a ignorare, sfruttando l'agevole manipolabilità del giudizio di colpa tradizionalmente incardinato sulla *prevedibilità* per individuare comunque un garante esterno ritenuto colpevole di non aver salvaguardato la vittima da sé stessa⁵⁶. In particolare, la giurisprudenza tende automaticamente a far rispondere colui che ha creato o gestito la fonte di

⁵² MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 1988, Milano, 1004 ss. La stessa categoria dell'illiceità alligna, del resto, sull'alterità dell'interesse leso: BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, 408.

⁵³ PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 452 ss.

⁵⁴ MICHELETTI, *La posizione di garanzia*, cit., 164 ss.; ID., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., spec. 350 ss.

⁵⁵ MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in questa *Rivista*, 2011, 275 ss.

⁵⁶ *Amplius* MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 324 ss., 341 ss.

pericolo tradottasi nell'evento, ancorché la persona (auto-)danneggiatasi, per nulla ignara dello stesso, abbia scelto di affrontare quel rischio in modo libero e consapevole.

Gli esempi sono, purtroppo, assai numerosi. Tra i più ricorrenti si considerino i casi in cui il conducente di un'auto è stato chiamato a rispondere a titolo di colpa della morte del passeggero maggiorenne che non indossava le cinture di sicurezza ed è solo per questo deceduto nell'incidente⁵⁷. Non meno frequenti sono inoltre i casi relativi al proprietario di un fondo cui è stata addebitata la responsabilità per l'evento infausto subito da chi vi sia entrato abusivamente⁵⁸, persino quando il proprietario abbia apposto espliciti cartelli di pericolo, e la persona danneggiatasi sia un cacciatore introdottosi nell'area in spregio di tali divieti nonché violando gli artt. 842, 843 c.c. e l'art. 21 l. 157/1992 che impedisce la caccia in prossimità di immobili o in presenza di cartelli di divieto⁵⁹.

Di estremo rigore è poi la giurisprudenza che chiama a rispondere il proprietario e/o custode della piscina chiusa al pubblico – e per questo priva degli assistenti bagnanti – in seguito all'annegamento di colui che abbia consapevolmente scelto di tuffarsi in mancanza di controllori o contravvenendo al divieto dei titolari⁶⁰.

Su tutte, però, la massima espressione di paternalismo penale giudiziario si rinviene nella giurisprudenza penale del lavoro sistematicamente orientata, salvo isolatissime eccezioni, a negare ogni forma di autoreponsabilizzazione del lavoratore infortunatosi⁶¹, anche quando l'infortunio è stato determinato dell'incapacità in cui il lavoratore si era posto in modo scriteriato assumendo sostanze stupefacenti o alcoliche⁶². Persino in questo caso si è fatto leva sull'obbligo del datore di verificare l'idoneità fisica del prestatore d'opera – obbligo chiaramente pensato in relazione alla verifica della capacità *biologica* – in una forma di *controllo sullo stile di vita* del lavoratore che andrebbe preservato dalla propria stoltezza⁶³.

⁵⁷ Cass. IV, 14 gennaio 2010, n. 3585, in *Foro it.*, 2010, II, 395, con nota critica di GIACONA, *Passeggero adulto senza cintura di sicurezza e responsabilità del guidatore per omicidio colposo: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza*.

⁵⁸ Cfr. per esempio Cass. IV, 8 settembre 2008, n. 34771, Rv. 240960.

⁵⁹ Così Cass. IV, 2 giugno 2000, n. 6506, in *Cass. pen.*, 2001, 1787, con la quale la Suprema Corte ha annullato l'assoluzione pronunciata dal giudice d'appello dettata proprio dalla valorizzazione dell'autonomia decisionale della persona deceduta.

⁶⁰ V. per esempio tra le meno convincenti Cass. IV, 10 dicembre 2008, n. 45698, Rv. 241759 e 241760. In senso contrario, tra le decisioni più corrette in questa materia Cass. IV, 30 aprile 2009, n. 25437, Rv. 244229.

⁶¹ *Amplius* MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit.

⁶² Cass. IV, 13 novembre 2008, n. 7709, in *Ig. Sic. Lav.*, 2008, 311; Cass. IV, 13 novembre 2007, n. 7709, Rv. 238526; Cass. IV, 14 giugno 2012, n. 36272.

⁶³ Per una compiuta esposizione della tesi che esprime alla perfezione le traiettorie della dottrina classica della colpa cfr. Cass. IV, 13 giugno 2013, n. 38129, Rv. 256417.

In senso diametralmente opposto, la concezione normativa della colpa consente di valorizzare, anziché deprimere, la logica dell'*imputet sibi*, sino a consentire che quest'ultima riaffiori in tutti e tre i principali momenti dell'imputazione colposa: quello della delimitazione della competenza, nella successiva fase di determinazione della regola cautelare e, infine, in sede di qualificazione normativa dell'evento.

Più puntualmente, in presenza di una condotta autolesionistica, andrebbe esclusa ogni forma di responsabilità altrui per carenza di competenza ogni qual volta l'evento che si è verificato traduce un fattore di rischio che doveva essere gestito dallo stesso soggetto (auto-)danneggiatosi⁶⁴. In secondo luogo, l'autolesionismo della persona danneggiatasi può denotare la mancanza di una violazione della norma cautelare nella misura in cui la definizione modale di quest'ultima non può prescindere dall'obbligo del beneficiario di collaborare per la salvaguardia di sé⁶⁵. Infine, la condotta della persona danneggiatasi può escludere l'altrui responsabilità colposa pur in presenza di una violazione cautelare ogni qual volta la condotta della vittima sia talmente autolesionista da estromettere l'evento verificatosi dallo spettro di prevenzione di quella specifica regola cautelare⁶⁶.

⁶⁴ Oltre agli esempi proposti di seguito nel testo si veda, per tale affermazione, CORNACCHIA, *Concorso di colpa*, cit., 423; nonché con specifico riferimento al lavoratore, CASTRONUOVO, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in www.penalecontemporaneo.it, spec. 33 ss.; MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 355 ss.

⁶⁵ Così, per esempio, le (vere) regole cautelari imposte al pilota di rally (che sono quelle usualmente seguite nella prassi) non gli prescrivono di salvaguardare gli spettatori dai danni che gli stessi riporterebbero uscendo dalle aree loro riservate e collocandosi abusivamente nelle vie di fuga (ove cioè il veicolo da corsa può uscire per eccesso di velocità o errata manovra): altrimenti non avrebbe neppure senso svolgere un rally, posto che la sicurezza assoluta degli spettatori si otterrebbe solo rispettando tutte le regole del codice della strada. In senso diametralmente opposto, la nostra giurisprudenza penale che, applicando con perfetta coerenza la teoria della colpa come prevedibilità, è giunta invece in questi casi a condannare il pilota che, uscendo di strada, ha investito gli spettatori in un punto dove essi non potevano sostare: Corte app., Torino sez. III, 1 agosto 2008, n. 2689 [inedita] leggibile per esteso in *Dejure*; Trib. Alessandria, 6 febbraio 2006, n. 1009, in *Giur. mer.*, 2007, 1997, Trib. Ivrea, 10 ottobre 2005, n. 544, in *Giur. mer.*, 2007, 1994, entrambe con nota di BACCO, *Attività sportive e rischio consentito: il caso delle competizioni automobilistiche*, ivi, 2000 ss.

⁶⁶ Così Cass. IV, 2 luglio 2014, n. 36920, che ha annullato una doppia conforme di condanna – e che nondimeno non è stata corredata di una massima ufficiale – riguardante il proprietario di un terreno non lontano dalla piste di sci e aperto al pubblico in cui erano presenti dei c.d. inghiottitoi (ossia avvallamenti di alcuni metri non facilmente visibili) che non erano stati segnalati né protetti in alcun modo dal garante. L'annullamento della condanna in sede di legittimità è dipesa tuttavia dalla circostanza che la vittima deceduta, essendo una guida turistica del luogo, era perfettamente a conoscenza della morfologia del terreno ed è del tutto verosimile che essa abbia cercato deliberatamente e sconsideratamente di superare l'inghiottitoio con un balzo della motoslitte lanciata a tutta velocità, non riuscendo nell'intento per il peso della passeggera che portava con sé: un evento, dunque, diverso da quelli che la regola cautelare intendeva prevenire.

Su questi due ultimi passaggi non ci si può soffermare in questa sede essendo evidentemente estranei al tema del lavoro. Qui merita invece esemplificare i vantaggi che deriverebbero da una corretta applicazione del criterio della competenza che tenga conto dell'esistenza di fattori di rischio la gestione dei quali non può che essere affidata direttamente alla persona cui si riferiscono: cosicché, ove si verifici l'evento infausto, non v'è possibilità di attribuire ad altri alcuna responsabilità colposa.

Si consideri allora il caso trattato da Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 2015, n. 14145, relativo a un autotrasportatore che, trovandosi nella fila di veicoli intenti all'attraversamento di un passaggio a livello, non si era assicurato di riuscire a transitare dall'area dei binari prima che le sbarre si abbassassero, rimanendovi così intrappolato. A questo punto egli aveva azionato il dispositivo di avviso dei conducenti dei treni in arrivo, uno soltanto dei quali riuscì tuttavia a fermarsi per tempo, mentre il secondo (un treno Intercity) piombò sul semirimorchio dell'autotreno che, a causa dell'urto, finì per travolgere un *automobilista nel frattempo entrato a piedi nell'area dei binari con l'intenzione di prestare aiuto*.

Ebbene, ricorrendo alla teoria classica della colpa è stato ineluttabile per i giudici concludere per una condanna dell'autostrasportatore. La violazione dell'art. 147, comma 4, C.d.s. si pone infatti in rapporto di stretta causalità con l'evento verificatosi; evento che essendo ovviamente prevedibile da parte dell'agente modello (non a caso indicato in sentenza quale fulcro della decisione) avrebbe suggerito a quest'ultimo di sfondare le sbarre per liberare il transito dei treni (ancorché questa regola comportamentale non sia prescritta da alcuna prassi o norma positiva). Né varrebbe a escludere la colpa la circostanza addotta dalla difesa secondo cui l'imputato non era in grado di impedire che l'autista deceduto entrasse nell'area per cercare di aiutarlo. *«L'utente della strada – secondo la Cassazione – assume una posizione di garanzia anche nei confronti di terze persone che vengono in contatto con lui, ogni qualvolta la sua condotta determini situazioni di pericolo eccedenti il normale rischio collegato alla circolazione stradale»*: sicché *«la fiducia di un conducente nel fatto che altri si attengano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta, costituisce di per sé condotta negligente»*.

A una diversa conclusione si perverrebbe invece applicando con rigore il criterio della competenza. Da questa angolazione risulta infatti agevole comprendere che, al di fuori di particolari obblighi di protezione (baby sitter, insegnanti, agenti penitenziari, ecc.), non può ricadere su terze persone la competenza a gestire i rischi che scaturiscono dalle libere e incondizionate decisioni di un individuo di autoesporsi al pericolo⁶⁷. E ciò vale anche nel caso in cui (come nell'esempio dell'autotrasportatore) il pericolo al quale volontariamente ci si espone sia stato illecitamente creato da altri. Il rifiuto per ogni forma di *versari in re illicita* imporrà infatti di circoscrive-

⁶⁷ TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 101 ss.

re il giudizio d'imputazione soltanto ai danni cagionati alle persone inconsapevolmente vulnerabili (ossia nel caso di specie a coloro che si trovavano sui treni o nelle auto accanto al passaggio a livello), e non già dei soccorritori "volontari", di professione o privati che siano: i quali, in ragione di tale ruolo, non possono considerarsi "vittime tipiche"⁶⁸, essendo semmai soggetti auto-danneggiatisi in seguito alla loro libera decisione di assumere un fattore di rischio rientrante nella loro esclusiva sfera di competenza. Fa quindi onore alla persona deceduta in questa triste vicenda l'aver deciso di intervenire spontaneamente in soccorso dell'autotrasportatore in difficoltà. Nondimeno, come ebbe giustamente ad osservare la difesa, «non possono essere imputate ad un individuo le conseguenze di un gesto assunto da un terzo in piena coscienza e volontà e sul quale non si può influire».

8. *La competenza sui fattori di maggior rischio riguardanti i minori e gli incapaci: protettori vs controllori*

Il criterio della competenza si presta a risolvere in modo più coerente con il principio di personalità della responsabilità penale anche i casi in cui l'evento infausto sia concretizzazione di un fattore di rischio precipuo dei minori o degli incapaci, vale a dire connesso alla loro ridotta capacità di autocontrollo.

In queste situazioni, l'approccio causalistico dell'azione unito alla componente "emotiva" del criterio di prevedibilità dell'evento, finiscono per indurre la giurisprudenza ad attribuire quasi sempre la responsabilità dell'accaduto ai controllori della fonte di pericolo da cui è scaturito l'evento. È questa, infatti, a rappresentare l'anello causale meccanicamente più prossimo all'evento. Sicché la logica della prevedibilità rende agevole per il giudice l'elaborazione di modalità gestionali salvifiche di carattere alternativo rispetto a quelle realizzate e tali da supportare una responsabilità del soggetto gravato dall'obbligo di controllo. Il quale, di conseguenza, difficilmente riuscirà a scansare l'addebito sostenendo che la vittima doveva essere meglio sorvegliata da coloro che erano gravati dell'obbligo di protezione (solitamente i genitori). Anzi, quand'anche affiori una *culpa in preservando*, la giurisprudenza tende a tenere indenne il "protettore" da ogni responsabilità, ritenendosi forse ridondante l'applicazione di una pena legale di fronte alla lacerante *poena naturalis* subita dagli stessi. Una soluzione, questa, che trova avalli normativi in altri ordinamenti (il riferimento è all'*Absehen von Strafe* di cui al § 60 StGB) e sulla quale si può convenire. A patto però che non s'aggiunga – quale ulteriore "lenitivo psicologico" – lo "scarico di responsabilità" su soggetti gravati del controllo della fonte di pericolo chiamati a rispondere dell'evento infausto *al*

⁶⁸ Per tale concetto v. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 350 ss.

posto dei soggetti su cui ricadeva l'obbligo di protezione del minore o dell'incapace.

È proprio per evitare una siffatta distorsione che conviene allora ricorrere al criterio di competenza quale primo gradino di una responsabilità colposa autenticamente personale. Movendo da questa prospettiva non pare difficile avvedersi infatti che nel caso di minori o incapaci si verifica bensì una convergenza funzionalistica tra obbligo di controllo e obbligo di protezione: e ciò nondimeno *le due posizioni non si trovano sullo stesso piano*. Al contrario, tutti gli indici da cui si desume l'area di competenza ("signoria sul fatto" / "effettività della tutela" / "esigibilità del comportamento ostativo") inducono ad attribuire al protettore una *posizione di preminenza* nella gestione del rischio riguardante il minore o l'incapace, lasciando che il titolare della posizione di controllo ne risponda solo *in via subordinata*.

Segnatamente, quest'ultimo sarà chiamato a rispondere dell'evento infausto subito dal minore o dall'incapace in soli tre casi: quando è esplicitamente tenuto dall'ordinamento a modulare la gestione della fonte di pericolo in funzione della salvaguardia dell'incolumità di minori o incapaci⁶⁹; quando il titolare della fonte di pericolo prenda in carico il minore e l'incapace cumulando su di sé entrambe le posizioni di garanzia⁷⁰; e – infine – quando la gestione della fonte di pericolo è stata così negligenzemente gestita da renderla pericolosa anche rispetto a un adulto perfettamente raziocinante, sicché non può dirsi che l'evento infausto sia espressione di una ridotta capacità del minore che ne è rimasto vittima⁷¹.

Di contro, ove si ricada al di fuori delle suddette eccezioni, la competenza sullo specifico fattore di maggior rischio concretizzatosi ai danni del minore o dell'incapace non potrà che ricadere sul titolare dell'obbligo di protezione.

Tale conclusione non è imposta solo dal fatto che la posizione di protezione risulta *speciale* rispetto a quella di controllo essendo congegnata *ad hoc* – prim'ancora dalla natura – come precipua forma di assistenza del minore e dell'incapace rispetto alle insidie del mondo. La preminenza del titolare della posizione di protezione si desume da tutti gli indici di delimitazione della sfera di competenza. A partire dal *grado di effettività della tutela*, valorizzando il quale ben ci si dovrebbe avvedere che la persona vulnerabile in ragione dell'età o dello

⁶⁹ Si pensi per esempio al negoziante di fuochi d'artificio il quale, violando la regola cautelare che prescrive di vendere tali prodotti solo a persone maggiori d'età, li ceda a un minore che manipolandoli si cagioni una grave lesione: Cass. IV, 12 luglio 2002, n. 29709, in *Riv. pen.*, 2002, 895.

⁷⁰ Si pensi al titolare di un centro natatorio chiamato a occuparsi dei minori impegnati nei corsi di nuoto: Cass. IV, 10 gennaio 2014, n. 4999, Rv. 258619.

⁷¹ Si pensi al decesso di un giovane sciatore che abbia utilizzato un tratto di raccordo tra due piste la pericolosità del quale non era stata debitamente segnalata, talché avrebbe indotto in errore anche un adulto: Cass. IV, 11 luglio 2007, n. 39619, Rv. 237835.

stato di salute trova migliore salvaguardia dall'intervento di un principale soggetto che a tutto tondo si occupi della sua sicurezza piuttosto che da una polverizzazione della tutela fra tutti gli innumerevoli soggetti chiamati a fronteggiare le infinite insidie in cui egli può imbattersi.

Inoltre *non pare esigibile* che il titolare di una generica fonte di pericolo ne debba schermare la potenzialità lesiva in modo così gravoso da renderla innocua rispetto a qualunque maldestro o subdolo comportamento tenuto da un soggetto non raziocinante. Un mondo così sicuro da essere a prova d'incapaci d'intendere e volere non è realizzabile: e qualunque titolare di una fonte di pericolo, nell'assolvere al proprio obbligo di controllo, deve poter contare sulla *collaborazione autoconservativa* dell'interlocutore comportamentale. Di qui la conseguenza che ove terze persone non soddisfino questo standard per ragione di età o di salute, spetta al soggetto garante della loro protezione colmare il divario, adoperandosi fattivamente affinché questi ultimi rimangano indenni dai pericoli esterni.

Un esempio tratto dalla giurisprudenza di segno contrario aiuterà a comprendere quando proficuo si rivelerebbe, anche rispetto a questo contesto problematico, il passaggio dalla concezione classica a quella normativa della colpa.

Il caso paradigmatico su cui soffermarsi riguarda l'accertamento della responsabilità penale per la morte di un bambino di quasi tre anni caduto nella vasca di raccolta delle acque di un mattatoio situato nei pressi della propria abitazione⁷². Secondo modalità non del tutto chiarite, il piccolo si sarebbe allontanato dal proprio cortile dove la madre, facendo rientro in casa per accudire l'altro fratellino, lo aveva lasciato intento a giocare con un cuginetto. È verosimile a questo punto che la vittima abbia attraversato il cancello che separava la propria abitazione dal mattatoio e dopo essersi introdotto nella struttura sia caduto nella vasca, che il custode – nel frattempo legittimamente assentatosi per assolvere un incarico – aveva forse lasciata aperta o, più probabilmente, protetta da un coperchio privo di una chiusura efficace. Tanto è bastato, dunque, per attribuire la morte del bambino al custode, a nulla rilevando che i famigliari del piccolo (*ex* custodi del mattatoio) disponessero delle chiavi del cancello di separazione tra il macello e l'abitazione. E ancor minore incidenza ha avuto la mancanza di controllo dei soggetti gravati dell'obbligo di protezione del bambino o le carenze organizzative degli organi comunali che avevano tollerato la vicinanza tra macello e abitazione civile. Era il custode – secondo i giudici d'appello e della Corte di cassazione – che avrebbe dovuto assicurare costantemente alla struttura un livello di sicurezza tale da renderla innocua per un bambino che vi si fosse casualmente avventurato.

Per il vero, la massima ufficiale valorizza il fatto che la vasca scoperta sarebbe stata pericolosa anche per un adulto. Ma la considerazione – oltre ad essere di dubbia aderenza alla fattispecie concreta – non è condivisibile neppure in astratto là do-

⁷² Cass. IV, 28 maggio 2008, n. 34771, Rv. 240960.

ve si consideri che l'obbligo di cooperazione per la salvaguardia di sé che incombe su ogni persona raziocinante impone di non introdursi arbitrariamente in luoghi di lavoro gremiti di insidie che non si è in grado di fronteggiare⁷³. *L'adulto raziocinante è quindi gravato di un obbligo di astensione dall'autoesposizione al pericolo che, nel caso di minore o incapace, spetta al protettore assicurare.* Diversamente ragionando si arriverebbe all'assurdo – purtroppo avallato da questa pronuncia e da molte altre in questa materia – di imporre al custode di un luogo di lavoro l'adozione di un sistema di sicurezza così elevato da essere in grado di proteggere l'integrità fisica di un minore o di un incapace che in qualsiasi momento vi si possa improvvisamente introdurre⁷⁴.

Tanto chiarito, il criterio della competenza non deve comunque indurre ad automatismi ascrittivi a carico del “protettore”; né precludere a una responsabilità da posizione in quanto tale oggettiva. Esso costituisce solo l'abbrivio della diagnosi, che può tuttavia concludersi con un esito assolutorio ogni qual volta difettino i successivi elementi che danno forma all'imputazione colposa. Anche il soggetto gravato dell'obbligo di protezione, sebbene competente sul fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento infausto, può dunque andare esente da responsabilità colposa nel caso di mancanza di una regola cautelare violata⁷⁵, ovvero per l'inevitabilità dell'evento⁷⁶.

Il criterio della competenza non delinea dunque l'epilogo del giudizio di responsabilità colposa. Né tanto meno lo esaurisce. Si presta piuttosto a indicare correttamente soltanto il punto di partenza della diagnosi.

9. Il lato esterno della competenza: il principio di affidamento

Nella misura in cui collega specifici fattori di rischio a singoli ruoli sociali, il canone della competenza non esplica i suoi effetti solo in fase ascrittiva. Ancor

⁷³ Così, oltre a quanto già chiarito *supra* § 7, v. perfettamente Cass. IV, 7 maggio 1985, n. 11311, Rv. 171215 che ha riconosciuto la responsabilità della persona autodanneggiatasi perché introdottasi senza ragione in un luogo di lavoro.

⁷⁴ Oltre alla sentenza in esame tra le meno convincenti v. Cass. IV, 17 giugno 2014, n. 43168, Rv. 260947, che fa strame del criterio della tipicità della vittima per il quale v. invece MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 350 ss.

⁷⁵ Come nel caso dell'animatore di un centro turistico, pur gravato della posizione di protezione, che aveva fortuitamente travolto il bambino indisciplinato durante una rincorsa: Cass. IV, 27 novembre 2012, n. 4955. Tale sentenza risulta peraltro di ulteriore pregio perché – per una volta – individua la regola cautelare vincolante sulla scorta di un implicito riferimento alla prassi anziché ricorre al giudizio di prevedibilità parametrato sull'agente modello.

⁷⁶ Come nel caso dell'insegnante che, pur momentaneamente distratta, non è stata chiamata a rispondere per il ferimento di un'alunna da parte di un compagno in seguito ad un gesto tanto improvviso quanto per questo non arginabile: cfr. Cass. IV, 16 aprile 2014, n. 21056.

prima esso funge da *criterio di orientamento comportamentale*, sgravando i singoli della necessità di gestire *tutti* i rischi che la propria azione potrebbe incontrare o generare. L'agire necessariamente coordinato degli individui presuppone infatti che ciascuno possa fare affidamento sulle competenze gestionali che ricadono sugli altri, così peraltro da potersi meglio occupare dei propri peculiari fattori di rischio. In taluni casi poi l'affidamento, da facoltà, assurge a dovere, dipendendo proprio dalla sua osservanza l'efficienza di taluni sistemi organizzativi particolarmente complessi⁷⁷.

Stante dunque la sua incontestabile esattezza, non meraviglia che il principio di affidamento abbia trovato esplicito riconoscimento – almeno a parole – anche nella giurisprudenza penale. Così tante sono tuttavia le eccezioni elaborate in via pretoria che nel diritto vivente si è finito per sostituirlo con il principio della sfiducia. Ne è un esempio eclatante il contesto della circolazione stradale dove «*il principio dell'affidamento (...) trov[erebbe] un opportuno temperamento nell'opposto principio secondo cui l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente di altri utenti purché rientri nel limite della prevedibilità*»⁷⁸. Con la conseguenza che «*la fiducia di un conducente nel fatto che altri si attingano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta, costituisce già di per sé condotta negligente*»⁷⁹.

È questo, com'è evidente, uno dei tanti dialleli generati dalla concezione classica della colpa incentrata sul giudizio di prevedibilità⁸⁰. Un diallele così scoperto da risultarne oramai stucchevole l'applicazione giurisprudenziale. Si parte infatti dall'enunciazione, apparentemente garantista, che l'affidamento costituirebbe una componente del c.d. rischio consentito che l'agente non sarebbe tenuto a rappresentarsi e prevenire⁸¹. E tuttavia, poiché l'onere predittivo andrebbe parametrato alla stregua dell'agente modello (il quale, manco a dirlo, si affida sì ma con diffidenza), ogni qual volta la fiducia dell'agente si rivela *ex post* mal riposta, diviene facile per il giudice cogliere qualche indizio che avrebbe dovuto suggerire

⁷⁷ Cfr. in tale prospettiva VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1634 ss.; ID, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario diacronicamente plurisoggettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 480.

⁷⁸ Così fra le tantissime Cass. IV, 15 novembre 2013, n. 8090; Cass. IV, 23 maggio 2013, n. 2735.

⁷⁹ Cass. IV, 9 gennaio 2015, n. 12260.

⁸⁰ Esplicitano con chiarezza che la regola dell'affidamento e la sua delimitazione altro non sono che espressioni della ordinaria concezione della colpa come prevedibilità dell'evento, fra gli altri, VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, spec. 82; BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Ind. pen.*, 2009, spec. 205.

⁸¹ Cfr. anche per gli ulteriori ampi richiami FORTI, *op. cit.*, 288 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 138 ss., *passim*.

ex ante all'agente di "non fidarsi" come sicuramente avrebbe fatto l'agente modello⁸².

Così, per esemplificare, a poco rileva che l'autista percorresse *entro i limiti* consentiti una strada extraurbana *priva di strisce pedonali*, ponendo così logico affidamento sul fatto che nessuno attraversasse d'improvviso, tanto più sbucando dalla *parte anteriore* di un pullman che aveva parcheggiato ai bordi della carreggiata (su questi elementi si erano basati i giudici di merito per assolvere in entrambi i gradi di giudizio l'imputato dall'accusa di avere colposamente investito un ragazzo che dopo essere sceso dall'autobus aveva attraversato la strada). L'agente modello, soprattutto se viaggia in ora serale e può scorgere un gruppo di ragazzi accanto al pullman, ben può attendersi – al contrario – che qualcuno di essi scelga negligenzemente di attraversare, ed avrebbe di conseguenza optato per un'andatura talmente ridotta da essere in grado di fronteggiare anche questa eventualità⁸³.

E parimenti, a nulla rileva che l'automobilista percorra regolarmente la rotatoria a velocità ridotta facendo affidamento sul fatto che i pedoni, dovendo utilizzare gli appositi passaggi, non attraversino trasversalmente il rondò (su questi elementi si era basata la Corte d'appello per assolvere l'imputata accusata dell'investimento di un pedone che aveva invece deciso di valicare inopinatamente la rotatoria). Gli attraversamenti dei rondò da parte dei pedoni, sebbene vietati, sono all'ordine del giorno e non può non essere in colpa chi si fidi del contrario. Né varrebbe eccepire – con il giudice di merito – che la mancanza di frenata starebbe a rivelare quanto improvviso sia stato il comportamento della vittima. È vero anzi il contrario essendo la mancanza di frenata una riprova eloquente della disattenzione dell'autista⁸⁴.

E per finire un campionario per nulla encomiabile di pronunce, percorrendo una strada extraurbana ad andatura regolare non gioverebbe all'autista fare affidamento sul fatto che nessuno attraversi stante l'assenza di strisce pedonali; neppure se egli dovesse scorgere un gruppo di pedoni che, alla vista dell'auto, decidesse appunto di arrestarsi per cedere all'auto il diritto di precedenza (su questi elementi avevano fatto leva entrambi i giudici di merito per assolvere l'automobilista chiamato a rispondere dall'investimento di una signora che, a differenza della proprie compagne, decise invece improvvisamente di attraversare). La presenza di una chiesa lì vicino, e per di più il giorno di venerdì santo – l'agente modello, non lo si trascuri, è devoto – avrebbe dovuto indurre l'automobilista a rappresentarsi che uno dei pedoni potesse decidere negligenzemente di attraversare all'improvviso anziché fermarsi come gli altri⁸⁵.

⁸² Sui rischi di uno svuotamento del principio di affidamento derivante dalla sua agevole manipolabilità giudiziale, v. per esempio ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 240 ss., 254 ss., 282 ss.

⁸³ Cass. IV, 9 gennaio 2015, n. 12260.

⁸⁴ Cass. IV, 4 ottobre 2012, n. 3834.

⁸⁵ Cass. IV, 22 settembre 2011, n. 47473.

Di contro, assai più rigido e vincolante si rivela il principio di affidamento movendo con coerenza dalla concezione normativa della colpa. Lungi dall'essere espressione del c.d. rischio consentito – che il soggetto chiamato a predire gli eventi futuri potrebbe astenersi dal prevenire salvo poi dover tornare ad occuparsene perché non si sa mai⁸⁶ – l'affidamento altro non sarebbe, da questa angolazione, che il lato esterno della competenza: e quindi la regola di diritto riguardante coloro cui l'ordinamento non affida la gestione di un determinato fattore di rischio, i quali ben potranno pertanto aspettarsi che di tali rischi se ne occupino le persone deputate. Un criterio sistematico⁸⁷, dunque, che risulterebbe tanto più utile nelle società complesse come la nostra quanto più il giudice, nell'accertare la colpa, si sentisse effettivamente soggetto ai parametri normativi (*ex art. 25, comma 2, Cost.*) imponendosi così di conformare la propria valutazione alle sfere di competenza tracciate dall'ordinamento⁸⁸. L'affidamento non servirebbe così solo *a priori* come criterio di orientamento comportamentale. Esso opererebbe anche *a posteriori* in ambito giudiziale, assicurando che la colpa non possa per definizione ascrivarsi a colui che aveva comprensibilmente confidato nel rispetto delle competenze.

Né vi sarebbe da temere che una siffatta rigidità si traduca in una spersonalizzazione o, peggio, in un esiziale cedimento di tutela. Va da sé infatti che l'affidamento contiene in sé stesso anche il proprio limite, essendo fin troppo ovvio che non se ne possa giovare chi non è più razionalmente in grado di fidarsi perché *vede* – e non semplicemente *pre-vede*, si badi bene – *la negligenza altrui ovvero s'imbatte in una situazione che funge da presupposto per l'adozione di un'altra regola cautelare formalizzata o imposta dall'uso* (si pensi, per esempio al guidatore che scorge un bambino inseguire una palla rotolante verso la strada). Il passaggio dall'affidamento alla sfiducia non scaturirebbe dunque – come sosten-

⁸⁶ Sulla vacuità di tale concetto, refrattario da sempre ad ogni tentativo di definizione che vada oltre un bilanciamento d'interessi contrapposti da affidarsi al giudice e in quanto tale incompatibile con le garanzie dell'art. 25, comma 2, Cost., v. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 623 ss. L'assoluta discrezionalità del giudice nel definire l'area del rischio consentito è peraltro percepita dagli stessi interpreti togati della colpa: cfr. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in questa *Rivista*, 2012, spec. 376 ss.; BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in questa *Rivista*, 2012, spec. 391 ss.

⁸⁷ Sulla teoria della «*sistematica fiducia*» patrocinata da una parte significativa della dottrina di lingua tedesca v. RISICATO, *op. cit.*, 41 ss.

⁸⁸ Quale emblematico e (odioso) esempio di una giurisprudenza contrastante con il principio della competenza normativamente tracciata si vedano invece le sentenze che negano valore all'affidamento prestato sulla sicurezza di un macchinario malgrado la presenza del marchio CE quale attestato di conformità del bene alle normative prevenzionistiche: cfr. tra le più infelici Cass. IV, 30 maggio 2013, n. 26247, Rv. 256948.

gono i cultori della colpa tradizionalmente intesa – da un qualsiasi dato materiale o statistico che possa far supporre l'eventualità di una trasgressione dell'altrui competenza⁸⁹: anche perché elementi siffatti sono presenti in quasi tutte le situazioni, sicché la valorizzazione di questa deroga altro non sottende che una subdola quanto sostanziale negazione del *Vertrauensgrundsatz*. L'affidamento diviene colpevole solo quando gli elementi fattuali manifestano in modo inequivocabile i prodromi dell'altrui comportamento negligente ovvero il concreto disinteresse del garante per il fattore di rischio affidato alla sua gestione. Con la conseguenza che, senza *l'effettiva percezione di questi concreti e inconfondibili segnali d'allarme* (c.d. *Anlass*), chi ha riposto la sua fiducia sul rispetto delle competenze ordinarie non potrebbe mai essere considerato in colpa.

Da quest'ultima angolazione, la delimitazione della situazione fattuale di fronte alla quale va abbandonato l'affidamento non rappresenterà pertanto quel problema di difficilissima soluzione su cui si arrovellano i teorici della colpa come prevedibilità⁹⁰. Assumendo con coerenza – e non solo a parole – l'impostazione normativista della colpa, ne viene che *la legittimità dell'affidamento* sulle sfere di competenza tracciate dall'ordinamento *va presunta sino a prova contraria*. Prova, che deve essere puntualmente fornita dall'accusa alla quale, per superare l'affidamento incolpevole, non basterà dimostrare che l'agente-modello non si sarebbe fidato, bensì spetterà l'onere di dimostrare che esisteva una concreta situazione tale da rivelare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che non si sarebbero rispettate le competenze.

La conclusione – esattamente inversa a quella patrocinata dai cultori della colpa come prevedibilità – è che nella “zona grigia” non v'è il dovere di prevedere la negligenza altrui come ipotizza la giurisprudenza che si affida al criterio tradizionale per “presumere” la colpa: bensì la *libertà dell'individuo di fare affidamento sul corretto assolvimento delle competenze da parte degli altri*.

⁸⁹ Cfr. anche per gli ulteriori ampi richiami alla conforme dottrina straniera FORTI, *op. cit.*, 285 ss.; M. MANTOVANI, *op. cit.*, 51, 155; VENEZIANI, *op. cit.*, 79 ss.

⁹⁰ I quali dapprima mettono nella mani del giudice un criterio così elastico da prestarsi a ogni desiderata (il riferimento è, va da sé, alla prevedibilità secondo l'agente modello), per poi dolersi del fatto che la giurisprudenza tende ad «*accontentarsi di un livello di rischio e di un grado di riconoscibilità eccessivamente bassi, escludendo così la possibilità di invocare il c.d. affidamento (nell'altrui condotta osservante), in relazione ad una pluralità di ipotesi meritevoli (...) di soluzione opposta*»: VENEZIANI, *op. cit.*, 83.

CARLO PIERGALLINI

AUTORICICLAGGIO, CONCORSO DI PERSONE E RESPONSABILITÀ
DELL'ENTE: UN GROVIGLIO DI PROBLEMATICA RICOMPOSIZIONE^(*)

SOMMARIO: 1. La bulimia del legislatore. – 2. La proposta di legge sulla introduzione dell'autoriciclaggio e la norma approvata: i segnali di un palpabile disagio. – 3. L'orditura del tipo. – 4. Le ricadute sistematiche: la realizzazione plurisoggettiva. – 4.1. Autoriciclaggio e concorso di persone: un nodo insolubile?. – 4.2. Autoriciclaggio e responsabilità dell'ente: un irrimediabile corto circuito. – 5. Conclusioni.

1. *La bulimia del legislatore*

Gli anni 2014 e 2015 proiettano l'immagine di un legislatore, che, padrone del gioco, ha disseminato, senza sosta, norme penali *on demand*: sospinto da variegate pulsioni (anche massmediatiche), ha composto quadri a mano libera, manipolabili, pericolosamente scervi di ogni spirito autocritico.

Proviamo a setacciarne le 'opere' principali, di 'cartello'.

Prima, fra tutte, per impatto, la *l. 69/2015*, subito definita "*legge anticorruzione*" (l'ennesima), pure comprensiva di una riscrittura del sistema dei *reati societari*, segnatamente delle false comunicazioni sociali (una materia, questa, scottante, dopo la sostanziale 'depenalizzazione' del 2002). L'inarrestabile recrudescenza della corruzione è stata massmediaticamente sfruttata per reclamare interventi repressivi aggiuntivi rispetto alla pure recente riforma del 2012¹. Il legislatore, con qualche incertezza, dovuta ai precari equilibri politici, ha provveduto a un generalizzato, quanto 'cieco', inasprimento delle cornici edittali, sospinto dalla prevenzione generale. Solo che la persistenza del fenomeno corruttivo costituisce il *diapason* che immediatamente segnala come la *prevenzione generale* continui,

^(*) Il presente lavoro è destinato al volume «*Scritti in onore di Luigi Stortoni*», a cura di M. Mantovani-S. Tordini Cagli-F. Curi-M. Caianiello, Bologna, Bononia University Press, 2016. Il lavoro è stato consegnato ai Curatori nell'ottobre 2015.

¹ In ordine alla pressione massmediatica, va emblematicamente segnalato l'atteggiamento assunto da *SKY TG24*, che, in seguito alla presentazione di proposte di legge dirette ad inasprire la riforma del 2012, ha posto in visione quotidiana una sorta di 'contatore' dei giorni trascorsi dalla presentazione di tali proposte, infine confluite in un testo unificato, con il dichiarato scopo di censurare la lentezza del Parlamento nel licenziare una risposta alla dilagante corruzione. Il tutto condito da dibattiti pomeridiani dedicati alla necessità politica di un ulteriore, più 'duro', intervento di riforma.

per questa via, ad *autoalimentarsi dei propri insuccessi*. Come se non bastasse, la l. 69/2015 ha, poi, riservato la novità della “*riparazione pecuniaria*”: una sanzione destinata a sommarsi, in taluni casi, alla pena pecuniaria, prevista dagli editti, e alla confisca, dando così vita ad un inedito *ter in idem*, che determina una vistosa frizione con il principio di proporzionalità, che pure deve assistere le risposte sanzionatorie.

Anche la riforma del *falso in bilancio* tradisce un’intelaiatura precaria. Suddiviso in tre fattispecie, è scomparso dall’orbita del tipo il riferimento ai “fatti oggetto di valutazione”, così da aprire il campo a serrate indagini dottrinali sul significato da attribuire a tale lacuna (voluta, disvoluta, colmabile in via interpretativa): come sempre accade, in questi casi, viene consegnata alla magistratura l’*actio finium* avente ad oggetto un importante e politicamente sensibile tassello della fattispecie.

Il codice penale è stato poi investito da un ulteriore intervento di riforma: l’introduzione, con il d. lgs. 28/2015, della *causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto* (art. 131-*bis* c.p.). L’istituto, proteso ad estromettere dal circuito penale i fatti di caratura bagatellare, commessi da un autore a sua volta bagatellare², è stato licenziato, in coerenza con i rilievi mossi dalle Camere in sede di esame della bozza di decreto legislativo, in una versione che tradisce, per un verso, esiti ‘singolari’, e, per un altro verso, sgrammaticature penalistiche. Manifestamente inutili, perché già ricavabili da una ‘scontata’ interpretazione del testo del decreto trasmesso alle Camere, le *esclusioni* della tenuità relative al fatto commesso per motivi abietti e futili, con sevizie, o in condizioni di minorata difesa o in presenza di un evento di morte o di lesioni gravissime quale conseguenza non voluta; di sapore tabuistico e di genetica populistica, l’estromissione del fatto commesso in danno di animali; difficilmente decrittabili, infine, quelle che hanno ad oggetto “condotte plurime, abituali e reiterate”: se l’abitudine trova un sicuro approdo penalistico, le condotte plurime e reiterate tradiscono un lessico precario, vago, impuro, che consegna, ancora una volta, al giudice il compito di individuare l’orbita applicativa della causa di non punibilità³.

Ma il contorcimento normativo ha conosciuto il punto più alto con la legge sugli “*ecoreati*” (l. 68/2015), di recente definita «di un contenuto sconclusionato,

² Per un’analisi strutturale e funzionale del tipo bagatellare e delle tecniche della sua estromissione dal sistema penale, cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 627 ss.

³ Prova ne sia il contrasto immediatamente insorto in ordine alla applicabilità dell’istituto ai reati in continuazione: in senso contrario, Cass., III sez., 28 maggio-13 luglio 2015, n. 29897, in *Guida dir.*, 36/2015, 76 ss.; in senso favorevole, Tribunale Grosseto, 6 luglio 2015, n. 650, inedita.

oscuro e, in taluni tratti, decisamente orripilante»⁴. Una bocciatura perentoria, ma interamente condivisibile, visto che l'impianto può essere additato a manifesto della "imprecisione penale". Come definire altrimenti la semantica delle nuove fattispecie di inquinamento e di disastro ambientale? Si parla, nella prima, di compromissione o di deterioramento significativo e misurabile dell'acqua, dell'aria o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo ovvero di un ecosistema, della biodiversità, della flora e della fauna. Nella seconda fattispecie, il disastro ambientale viene qualificato come alterazione irreversibile o reversibile, ma difficoltosa, di un ecosistema. Si è al cospetto di descrizioni che ben si attagliano ad un linguaggio giornalistico, sociologico, ma che cozzano irrimediabilmente con il principio di precisione che conforma il sistema penale. L'esito che si profila è temibile: se non interverranno censure di illegittimità costituzionale, il governo dell'ambiente verrà interamente devoluto alla magistratura, che potrà 'lavorare' a suo piacimento. Se si tiene ben salda la 'grammatica penalistica'⁵, più che di "ecoreati", occorrerebbe parlare di "ecomostri"!

Un ulteriore significativo frutto della iperattività del legislatore è da cogliere nel reato di *autoriciclaggio* (art. 648-ter. 1. c.p., introdotto dall'art. 3, comma 3, l. 186/2014). Invocato da più parti, anche in nome di un ammodernamento del nostro sistema penale nel contrasto ai fenomeni di inquinamento dell'economia, la norma scardina alcuni principi: in primo luogo, quello del *post-fatto non punibile*, che riposa sull'assunto che gli ulteriori atti di disposizione (materiali e giuridici) dell'autore del reato-presupposto (o reato-fonte) altro non sarebbero che la loro naturale prosecuzione, sì che la loro punizione si risolverebbe in un *bis in idem*; in secondo luogo, il *nemo tenetur se detegere*, atteso che le attività di lecito-vestizione del profitto costituiscono, non di rado, lo strumento per porsi al riparo dalle indagini. Rispetto alle altre riforme sopra descritte, il parto dell'autoriciclaggio ha lasciato, tuttavia, trasparire, come vedremo subito, il disagio del legislatore, consapevole di penetrare in un territorio in cui i bisogni di pena si ponevano in stridente contrasto con alcuni caposaldi (ritenuti) intangibili del sistema penale.

2. La proposta di legge sulla introduzione dell'autoriciclaggio e la norma approvata: i segnali di un palpabile disagio

Nella versione *originaria*, la *proposta di legge* introduceva l'autoriciclaggio tramite l'eliminazione 'secca' della clausola di riserva che figura in apertura della

⁴ Così, PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 32/2015, 10.

⁵ Per come magistralmente disegnata nella celebrata opera di FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004.

norma che punisce il riciclaggio (l'art. 648-*bis* c.p.), la cui orbita veniva, così, allargata all'autoriciclatore. Per questa via, il riciclaggio diventava un *reato comune*, visto che il cono della punibilità si estendeva a "chiunque" avesse tenuto le condotte previste dal tipo. Una simile proposta di riforma vantava il pregio della semplicità tecnica, perché avrebbe evitato la duplicazione delle fattispecie, foriera di possibili distonie sul piano sistematico. Tuttavia, la proposizione di numerosi emendamenti costituiva la spia del menzionato disagio. La mera abrogazione della clausola di riserva avrebbe avuto, come primo, immediato effetto, quello di riprodurre, con riguardo all'autoriciclaggio, tutte le problematiche applicative che affliggono il reato di riciclaggio⁶, specie con riguardo al ben risaputo fenomeno di attrazione nel tipo di condotte che nulla hanno a che vedere con il "riciclaggio professionale": si pensi ai 'taroccatore' di auto, assurti statisticamente al rango di '(ideal)tipi di autore' prevalenti del reato. Afflitta da una tipicità omnicomprensiva, frutto di un continuo processo di stratificazione normativa, la norma sul riciclaggio ha provocato un vistoso scarto tra la prassi giudiziaria e la fenomenologia criminale, tanto che il suo bilancio applicativo non può certo definirsi esaltante. L'eliminazione della clausola avrebbe, dunque, fomentato un quasi automatico *effetto moltiplicatore* delle comminatorie di pena per ciascun delitto suscettibile di generare proventi riciclabili, indotto dalla pressoché inevitabile commissione, da parte dell'autore del reato-fonte, di una delle condotte tipizzate nell'art. 648-*bis* c.p. Si sarebbe profilata, così, una *congestionante gemmazione* di ipotesi di autoriciclaggio, non immune da preoccupanti disfunzionalità: l'aumento del "rischio penale"⁷ avrebbe finito per investire anche la criminalità comune, lasciando sostanzialmente inalterato quello gravante sulla criminalità organizzata, vero ed esclusivo *target* del delitto di riciclaggio. Infatti, un delitto di tal fatta, legandosi intimamente alla quasi totalità dei reati a scopo lucrativo, avrebbe rivalutato la dimensione 'patrimonialistica' del bene giuridico (oggi recessiva), diretta a preservare le ragioni della vittima, evitandone l'ulteriore danno. In questa prospettiva, poi, le frizioni con il *ne bis in idem* sostanziale e con il *nemo tenetur* si sarebbero ispessite con una intensità difficilmente tollerabile.

Al cospetto di un simile, preoccupante scenario, è prevalsa, infine, l'idea di costruire una autonoma fattispecie di autoriciclaggio, contraddistinta da due 'marcatori': 1) una *tipicità a maglie più ristrette* rispetto al riciclaggio; 2) una

⁶ Particolarmente ampia la letteratura sul reato di riciclaggio; in questa sede, ci si limita a richiamare: ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997; MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 75 ss.; ANGELINI, *Il reato di riciclaggio*, Torino, 2008; FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Milano, 2009; CASTALDO-NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010.

⁷ Cfr., in proposito, SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.

comminatoria edittale *meno grave* del riciclaggio. Una respipiscenza, questa, apprezzabile, ma destinata sia a lasciare immutata la problematica compatibilità della nuova incriminazione tanto con il *ne bis in idem* sostanziale quanto con il *nemo tenetur*, sia a innescare ripercussioni di carattere sistematico, che la fretteolosità della sua approvazione definitiva non ha forse lasciato il tempo di cogliere. In definitiva, l'approfondita distanza che separa il testo licenziato dal Parlamento da quello iniziale costituisce la riprova delle titubanze del legislatore, verosimilmente conscio di forzare una porta, da sempre 'chiusa', senza essere attrezzato per governarne gli effetti.

3. L'orditura del tipo

L'intento di contenere l'orbita del tipo è stato conseguito *fondendo* la fattispecie di riciclaggio con quella di reimpiego (art. 648-ter c.p.)⁸. Infatti, sul terreno della *tipicità oggettiva*, l'autoriciclaggio ha ad oggetto condotte di impiego, sostituzione o trasferimento in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative dei proventi, realizzate in modo da ostacolarne concretamente l'identificazione. Come *limite negativo* del tipo, si prevede la *non punibilità* delle condotte in cui il provento venga destinato alla mera utilizzazione o al godimento personale. In definitiva, la fattispecie sanziona non già atti che si traducono nel mero godimento o nella trasparente disposizione del provento, che integrerebbero, cioè, la 'naturale' prosecuzione dell'illecito-presupposto, ma solo i comportamenti che trasmutano in condotte artificiali, non naturali, bensì *autenticamente*

⁸ L'introduzione del nuovo reato ha formato oggetto di numerosi commenti. Cfr., per un esame generale della riforma: SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di effetti perversi dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, *ivi*, 24 dicembre 2014; BRUNELLI, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, *ivi*, 10 gennaio 2015; CAVALLINI-TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, *ivi*, 23 gennaio 2015; DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 796 ss. Per commenti orientati su alcuni specifici profili della riforma, v.: A. D'AVIRRO-GIGLIOLI, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2015, pp. 136 ss.; ROSSI, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: critica, incertezza, illazioni ed azzardi esegetici*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2015; MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, *ivi*, 2 marzo 2015; LANZI, *L'autoriciclaggio e la necessità di un intervento di "razionalizzazione" da parte della giurisprudenza*, in *Indice pen.*, nn. 1-2/2015, 1 ss.; D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori «più che abili»*, testo in corso di pubblicazione, cortesemente fornito dall'Autore. Più in generale, in ordine alla 'sistematica' dei reati che presuppongono la previa commissione di altro reato, v. l'approfondita analisi di MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, 65 ss.

frappositive, idonee a recare concreto ostacolo alla identificazione del provento illecito.

Così costruita, la nuova norma si distingue dal riciclaggio, perché quest'ultimo punisce comportamenti (anche quelli che si materializzano in "altre operazioni", diversi dal trasferimento e dalla sostituzione) che recano ostacolo alla rintracciabilità del provento. Nell'autoriciclaggio, per contro, le condotte di *laundering* devono infine risolversi in un impiego in attività economiche e finanziarie.

L'autoriciclaggio si distingue, altresì, dalla fattispecie di reimpiego (notoriamente afflitta da un *deficit* di operatività), che punisce esclusivamente l'interruzione del cd. *paper trail*, scomparendo la proiezione decettiva della condotta (cioè, l'estremo della lecito-vestizione).

La peculiare tipicizzazione della fattispecie ne scolpisce la funzionalità, destinata: 1) all'impedimento della consolidazione di una precedente situazione di illiceità; 2) a favorire lo svolgimento delle indagini sulla provenienza illecita del provento, a cui si associa lo scopo di impedire la circolazione dello stesso e la commistione con l'economia legale.

Plurioffensivo il bene giuridico che si intende tutelare: a fronte di una sfumata dimensione *patrimonialistica*, campeggiano la tutela dell'*amministrazione della giustizia* (laddove si sanziona il concreto ostacolo alla identificazione del provento) e, in modo ancora più accentuato, l'*ordine pubblico economico* (nella misura in cui vengono alterate le regole della concorrenza e del mercato).

Quanto alle *cornici edittali*, si prevede un trattamento sanzionatorio *meno grave* rispetto al riciclaggio e al reimpiego, ulteriormente decurtato quando il provento deriva dalla commissione di reati-fonte che non oltrepassino un determinato limite massimo di pena⁹.

Così concepita, la norma, oltre che apparire, sotto alcuni profili, "enigmatica"¹⁰, tramanda l'immagine di un legislatore disorientato, afflitto da un via vai di pensieri: da un lato, la necessità – politica e mediatica – di criminalizzare l'autoriciclaggio; dall'altro lato, il timore di una esorbitante applicazione della norma, che avrebbe reso più manifesto il *vulnus* ad alcuni sedimentati principi. Alla fine, ha deciso di vendere l'anima al diavolo, sia pure manipolandone gli elementi, come un alchimista allarmato, timoroso delle conseguenze.

A ben vedere, la punizione dell'autoriciclaggio, benché avvenuta nel contesto di un tipo 'circoscritto', costituisce la traduzione, su altro piano, del processo di «espansione post-moderna dei beni giuridici, dando vita ad un allargamento

⁹ La forbice edittale, prevista per il delitto di autoriciclaggio, è della reclusione da due a otto anni associata alla pena pecuniaria della multa da 5.000 a 25.000 euro. Se i proventi derivano dalla commissione di un delitto non colposo, punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni, si applica la pena da uno a quattro anni di reclusione e la multa da 2.500 a 12.500 euro.

¹⁰ Lo sottolinea D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., 1.

complessivo del penalmente rilevante»¹¹. Si è al cospetto di un ulteriore, approfondito attacco alla funzione critica del bene giuridico¹², che, da auspicabile strumento di contenimento, si è ormai trasformato in un volano della criminalizzazione.

Nel caso dell'autoriciclaggio, per come forgiato, è il bene giuridico dell'ordine pubblico economico a fungere da idrovora, fagocitando paratie e limiti ritenuti insormontabili.

A cominciare dal *ne bis in idem* sostanziale (il post-fatto non punibile¹³). L'esclusione dal tipo delle condotte che si risolvono nella mera utilizzazione o nel godimento personale non mette al riparo dal rischio di doppie incriminazioni, specie in contesti imprenditoriali. A tacere del rilievo che è davvero raro, per usare un eufemismo, che l'autore di un reato fonte di profitto si sia determinato alla commissione di tali illeciti per autocontemplarne il risultato: la necessità di ricavarne un controvalore, tramite condotte di spendita, è fisiologicamente correlata alla consumazione del reato-fonte. In questo si radica la punizione del riciclaggio: l'autore del reato-fonte si 'affida', per finalità di profitto, alle mani di un "favoreggiatore esperto", parimenti mosso da uno scopo di profitto (lucra, di regola, una percentuale). *Tertium non datur*: gli atti di disposizione del provento da parte dell'autore del reato-fonte non possono che costituire la prosecuzione della sua iniziale attività anti-giuridica: la non punizione di tali atti discende(va) dall'esistenza di un chiaro rapporto di mezzo a fine.

Non meno profondo il *vulnus* recato al *nemo tenetur*¹⁴, che, a ben vedere, supera quello inferto al *ne bis in idem*. Il rischio di sanzionare condotte di autodifesa dalla giustizia è tutt'altro che virtuale. Si è perspicuamente sottolineato come «il trasferimento o la sostituzione dei beni in una delle attività contemplate [dalla *fattispecie*] possa talvolta essere l'unica strada per porre i proventi illeciti al riparo dalle indagini»¹⁵. Con la consumazione del reato-fonte, il reo si è posto in una condizione di contrarietà con l'ordinamento: ora, lo si punisce per una sua successiva carenza di *compliance* con l'ordinamento stesso. Deflagrante la prospetti-

¹¹ PALIERO, *L'Agorà e il Palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in questa *Rivista*, 2012, 108.

¹² Per un esame di questo profilo, v. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Milano, 1983, *passim*.

¹³ Sulla categoria del post-fatto non punibile, v. VASSALLI, *Antefatto non punibile, post-fatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 505 ss. Sul rilievo del *ne bis in idem* sostanziale, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 482 ss.

¹⁴ Per un recente studio dei profili sostanziali del *nemo tenetur*, v. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012. Sul terreno processuale, è d'obbligo il rinvio alla 'classica' monografia di GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

¹⁵ Così, DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., 10 (nostra l'aggiunta tra parentesi quadre).

va: introdotto questo pericolosissimo seme, il favoreggiamento reale potrebbe essere il destinatario di un prossimo intervento di coltura transgenica!

Come si vede, il legislatore non ha saputo resistere alla sirena del nuovo, moderno bisogno di pena: la tutela dell'ordine pubblico economico è stata elevata a copertura ideologica della scelta di criminalizzazione, controbilanciata da una foggia del tipo protesa a restringerne le potenzialità applicative. Solo che questa restrizione non seda le ferite ai principi e, quando ci si confronta con i principi, sarebbe bene, in ogni caso, non vendere l'anima al diavolo. Riflettendo sulla frenesia del legislatore di questo biennio, verrebbe però da dire, richiamando le suggestioni di Calvino, che, forse, il legislatore non abbia più un'anima da offrire¹⁶.

Tuttavia, i primi commenti alla neonata disposizione convergono nel censurarne la sciatta 'scrittura', farcita di sviste grossolane e di non trascurabili imprecisioni¹⁷. Ma la *ratio* politico-criminale dell'intervento viene dai più ritenuta condivisibile ed intravista nella «considerazione di congelare il profitto in mano al soggetto che ha commesso il reato-presupposto, in modo da impedirne la sua utilizzazione maggiormente offensiva, quella che espone a pericolo o addirittura lede l'«ordine economico»»¹⁸. Dunque, il bene giuridico dell'ordine economico legittimerebbe la 'penalizzazione'. Si è già notato, però, che, in questo caso, il bene giuridico funge da veicolo di scelte di criminalizzazione, dimenticando la sua funzione 'critica', vale a dire, in questo caso, l'esistenza di controlimiti (il *ne bis in idem* e il *nemo tenetur*) che avrebbero dovuto suggerire al legislatore una preziosa *taciturnitas*. Ma se anche si volesse provare a prendere per buono l'obbiettivo (il congelamento dei profitti), si ha la sensazione che la disposizione incriminatrice risulti in larga parte *inutile*. Molti tra i *reati-fonte*, criminologicamente più espressivi della *criminalità del profitto*, contemplano, come strumento elettivo di reazione, la *confisca* dei proventi. L'invasività dello strumento è nota e per di più è stata di recente accentuata dalle sezioni unite penali della Cassazione, quando hanno affibbiato, incautamente, la natura di confisca diretta a quella che colpisce il denaro, senza dover rintracciare alcun nesso di pertinenzialità tra questo e il reato che lo ha generato¹⁹. È da chiedersi, quindi, se lo scopo della nuova incriminazione non sia già conseguibile con il ricorso allo strumento ablativo. Inoltre, la pre-

¹⁶ Ci si riferisce alla *Storia dell'alchimista che vendette l'anima*, che compone "Il castello dei destini incrociati", Milano, 1994, 21.

¹⁷ Si rinvia, in proposito, ai saggi citati, *supra*, nella nota 8. Pur dando atto delle imperfezioni, che inficiano la fattispecie, esprime una valutazione cautamente positiva sulla struttura del tipo, MUCCIARELLI, *Qualche nota*, cit., 3 ss.

¹⁸ Così, MUCCIARELLI, *Qualche nota*, cit., 5.

¹⁹ Cass., S.U., 26 giugno-21 luglio 2015, n. 31617, inedita. Per una acuminata critica di questo orientamento, sia pure riferita ad una precedente decisione delle sezioni unite della Cassazione (sent. 30 gennaio-5 marzo 2014, n. 10561), cfr. MUCCIARELLI-PALIERO, *Le sezioni unite e il profitto confiscabile: forzature sistematiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015, 1 ss.

visione della confisca, che assiste l'autoriciclaggio, rischia di fomentare una difficoltosa *actio finium* con la confisca del provento del reato-fonte.

Sembra cogliere nel segno, allora, chi ha rilevato che la fattispecie di nuovo conio, più che vantare reali *chances* di successo sul terreno sanzionatorio, finirà con il trasmutare in un *passepertout* investigativo, del quale gli inquirenti sfrutteranno le potenzialità per sopperire alle difficoltà di prova del reato-fonte o per attivare pervasivi strumenti di indagine legati alla conformazione delle cornici edittali²⁰. Un esito, questo, che riproduce quelle temute contaminazioni eterologhe tra diritto penale e processo, espressive di una preordinata e maliziosa eterogeneità dei fini, che da anni affliggono il sistema della giustizia penale.

4. *Le ricadute sistematiche: la realizzazione plurisoggettiva*

Le critiche rivolte alla riforma, sul piano della legittimazione e dei 'valori', hanno trovato, come si è già posto in evidenza, un riscontro nella tipicità particolarmente circoscritta assegnata al tipo. È come se il legislatore, divelta la porta dei 'principi', si sia poi affrettato a contenere gli 'spifferi'. Sotto questo profilo, il 'contenimento' merita apprezzamento, in ragione dei denunciati, insostenibili effetti che sarebbero derivati dalla mera soppressione del beneficio dell'autoriciclaggio. Tuttavia, la coesistenza della neonata fattispecie con i reati di riciclaggio e di reimpiego determina un significativo *disorientamento* sul terreno della *realizzazione plurisoggettiva*: sia con riguardo al *concorso di persone* nel reato, sia in relazione all'impatto sulla *responsabilità da reato della societas*.

4.1. *Autoriciclaggio e concorse di persone: un nodo insolubile?*

La cornice empirico-criminologica dimostra, in modo inoppugnabile, come siano inimmaginabili condotte di autoriciclaggio e di riciclaggio che non comportino, rispettivamente, un intervento dell'autore del reato-presupposto o di un terzo. Così, rispetto al riciclaggio, è sempre rintracciabile un impulso da parte dell'autore del reato-fonte a che altri intervenga a ripulire i proventi. La scelta del legislatore di disegnare un'autonoma fattispecie di autoriciclaggio mette in fibrillazione l'istituto del concorso di persone con riguardo alla individuazione della disposizione incriminatrice destinata ad espandersi per effetto degli artt. 110 ss. c.p.

Lo spessore del problema traspare, con immediatezza, se si prova a riflettere su alcuni esempi: (*i*) l'autore del reato-fonte consegna i proventi al terzo perché li ripulisca e li reimpieghi in attività economiche e finanziarie (prima della riforma

²⁰ DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., 817.

in esame, la condotta dell'autore del reato-fonte non era punita); (ii) l'autore del reato-fonte consegna al terzo i proventi, questi li ripulisce e, successivamente, l'autore del reato-fonte li reimpiega, o viceversa (ipotesi di esecuzione frazionata); (iii) il terzo istiga l'autore del reato-fonte a reimpiegare i proventi in attività economiche o finanziarie e/o si offre di aiutarlo in tali attività.

Rispetto a tali esempi, vi è da chiedersi a che titolo risponda il terzo, dopo la novella legislativa.

Nel dibattito dottrinale, seguito alla riforma, sono emersi due distinti orientamenti.

(a) Secondo alcuni, il reato di autoriciclaggio deve essere considerato un *reato proprio*²¹. Di conseguenza, sulla base del rilievo che i reati propri ammettono la realizzazione anche da parte di un terzo sprovvisto della "qualifica" tipica²², negli esempi dati, si profilerebbero altrettante ipotesi di un concorso nel reato di autoriciclaggio, a norma dell'art. 110 o 117 c.p., a seconda della ricorrenza o meno della consapevolezza, in capo al terzo, della qualifica posseduta dall'*intra-neus*.

(b) In opposta direzione si è mosso un orientamento, che, attraverso una raffinata analisi, ritiene che i problemi legati alla realizzazione plurisoggettiva debbano trovare soluzione non già nell'ambito del concorso di persone bensì entro il diverso paradigma del *concorso apparente di norme*. Si sostiene, così, che, quando la condotta del terzo *extraneus* sia astrattamente sussumibile sotto la fattispecie di riciclaggio ma rilevi, al contempo, quale contributo causale all'autoriciclaggio realizzato dall'autore del reato-fonte, «il dilemma tra unicità e pluralità di reati, in capo al terzo *extraneus*, dovrà (e potrà) essere risolto in base agli ordinari criteri che consentono, se applicabili nel caso di specie, di risolvere nel senso dell'apparenza il concorso di norme»²³. Pur riconoscendo tanto la carenza di un rapporto di specialità strutturale tra le sue fattispecie, quanto l'assenza di clausole di sussidiarietà che ne regolino le reciproche interferenze, si ritiene che l'art. 648-*bis* c.p., in quanto reato punito più gravemente e capace di esaurire l'intero disvalore oggettivo e soggettivo del fatto, assorba, per il terzo, il meno grave delitto di autoriciclaggio.

Quanto all'autore del reato-presupposto, invece, risponderà esclusivamente di autoriciclaggio, non essendo la sua condotta in alcun modo rilevante ai sensi dell'art. 648-*bis* c.p., neppure in termini di concorso, in ragione dell'operare della clausola di riserva: pertanto, all'*intra-neus* si applicherà, in ogni caso, la nuova in-

²¹ Cfr. MUCCIARELLI, *Qualche nota*, cit., 12; CAVALLINI-TROYER, *Apocalittici o integrati?*, cit., 14 ss.

²² Si tratta della posizione predominante in dottrina e giurisprudenza. Per una approfondita ed elegante analisi del concorso di persone nel reato proprio, si rimanda alla monografia di PELISERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004.

²³ D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., 51.

criminatione di cui all'art. 648-ter.1 c.p., tanto che egli abbia compiuto in prima persona la condotta tipica, quanto che egli abbia concorso, attraverso un contributo atipico dotato di efficienza causale, alla sua realizzazione da parte del terzo *extraneus*. Tale ricostruzione troverà applicazione «se (e in quanto) la condotta realizzata dal soggetto estraneo al reato presupposto sia di per sé riconducibile a uno dei comportamenti di riciclaggio penalmente sanzionati: laddove, viceversa, difetti tale corrispondenza con la fattispecie di cui all'art. 648-bis c.p., la conseguenza da trarre sarà quella dell'impraticabilità di tale norma incriminatrice, col risultato di non dover dipanare un potenziale conflitto tra diversa fattispecie tutte astrattamente invocabili e potere, dunque, pianamente addivenire alla punibilità del soggetto, a titolo di concorso in autoriciclaggio»²⁴.

L'esito che si prefigura non rappresenterebbe neppure un *unicum*, trovando sostegno in ipotesi sovrapponibili a quella descritta. Viene richiamata, in proposito, la norma dell'art. 578 c.p. sull'infanticidio, che sanziona più lievemente, per la madre, l'uccisione consumata nelle particolari soggettivo-ambientali condizioni indicate nella fattispecie: in questo caso, laddove vi sia il concorso di un terzo alla realizzazione del fatto, attraverso una condotta atipica, il legislatore espressamente prevede che costui, per evitare il trattamento di favore riservato alla madre, venga sanzionato con la pena prevista per l'omicidio volontario²⁵. Nella stessa direzione, si è altresì osservato che, stante l'impraticabilità di una responsabilità concorsuale per titoli diversi di reato, davanti a condotte che, convergendo, realizzino un fatto di autoriciclaggio, e dell'autonoma rilevanza di quella del terzo anche ai sensi dell'art. 648-bis c.p., «si potranno scindere le conseguenze sanzionatorie, (...) ravvisando un concorso apparente di norme e ritenendo – per il terzo – la prevalenza gerarchica del reato di riciclaggio. Breve: la condotta del terzo ricade sotto due norme incriminatrici, integrando plurisoggettivamente il reato di autoriciclaggio e monosoggettivamente quello di riciclaggio; sarà però solo quest'ultima norma a prevalere, in applicazione del principio di sussidiarietà. L'autore del reato presupposto resterà invece punibile per il solo reato di autoriciclaggio, non essendo la sua condotta rilevante ai sensi dell'art. 648-bis c.p.»²⁶.

Proviamo a vagliare queste due impostazioni.

(aa) Non vi è dubbio che l'autoriciclaggio sia un reato proprio. Peraltro, la circostanza che, in omaggio all'impostazione prevalente, "autore" possa essere ritenuto anche l'*extraneus* pone, di fatto, la *pietra tombale* sul reato di riciclaggio²⁷. Essendo l'autoriciclaggio punito meno severamente del riciclaggio, il terzo avrà tutto l'interesse a sostenere che, per poter ripulire il provento, è stato decisi-

²⁴ D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., 52.

²⁵ D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., 53, 54.

²⁶ DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., 815.

²⁷ Lo rilevano CAVALLINI-TROYER, *Apocalittici o integrati?*, cit., 15 ss.

vo il contributo dell'autore del reato-fonte, che assume, così, le vesti di concorrente. Per questa via, l'attuale formulazione della fattispecie fomenterebbe una sorta di *cannibalismo* normativo, fagocitando, nei casi specie, il reato di riciclaggio: un esito, questo, denso di preoccupanti ripercussioni sul piano sia sistematico che politico-criminale.

(*bb*) Di indiscutibile fascino è la seconda ricostruzione, che punta a valorizzare il concorso apparente di norme. Non fosse altro perché le conclusioni a cui perviene consentono di ritagliare spazi di autonoma applicazione alle due norme coinvolte. Tuttavia, si ha la sensazione che proprio l'obbiettivo, al quale si perviene, abbia condizionato le premesse sistematiche. Stante l'impossibilità di concepire una responsabilità concorsuale per diversi titoli di reato, si sono sperimentate le estreme potenzialità del concorso apparente di norme con l'effetto, però, di rileggere in chiave *monosoggettiva* un forma di manifestazione del reato inequivocabilmente *plurisoggettiva*. La forzatura di una simile ricostruzione è ravvisabile nello stesso *incipit* dell'argomentazione, quando si rimarca il *deficit* sia di un rapporto strutturale di specialità tra le due disposizioni, sia della valenza di clausole di sussidiarietà. La denunciata lacuna è, però, per sé sufficiente ad escludere l'ipotizzabilità del fenomeno della "*convergenza di norme*", presupposto *ineliminabile* per procedere, successivamente, alla individuazione della norma applicabile²⁸. A ben vedere, tra le due fattispecie vi è una *relazione di eterogeneità*: l'autoriciclaggio rilascia, rispetto al riciclaggio, un elemento di *specialità per aggiunta*²⁹, atteso che il reimpiego del provento non è un tratto costitutivo del reato di riciclaggio (per la cui punizione è sufficiente la 'ripulitura'); quanto all'autore del reato, si prefigura una relazione di eterogeneità, di natura radicalmente contrappositiva: il soggetto attivo dell'autoriciclaggio è l'autore del reato-fonte (o un concorrente), mentre quest'ultimo non può, *ex lege*, essere autore del reato di riciclaggio. Viene meno alla radice, perciò, la possibilità di rintracciare una relazione di specialità tra le due norme, vuoi di tipo 'unilaterale', vuoi 'reciproca', laddove quest'ultima si distacca dalla relazione di interferenza (che apre il campo al concorso di reati) solo allorché si atteggi come *specialità bilaterale* (in cui ciascuna norma rilascia elementi generali o speciali rispetto all'altra) o come specialità bilaterale *unilateralmente per aggiunta* (in cui la specialità reciproca si traduce nella ricorrenza di un elemento aggiuntivo in una soltanto della norme concorrenti)³⁰.

²⁸ Cfr., in proposito, nel contesto di una impostazione "strutturale", MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, *passim*; DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 20 ss.

²⁹ Sulla "specialità per aggiunta", v. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 18 ss.

³⁰ In ordine alla struttura della relazione di "specialità bilaterale" (o "reciproca"), cfr. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 230 ss.; ID., *Diritto penale*, cit., 478, nt. 103; DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 59 ss.

In definitiva, pur dovendosi apprezzare la raffinatezza della ricostruzione, pare che affondi le radici sopra un terreno dogmaticamente controvertibile.

Verosimilmente, la ricomposizione del quadro dei problemi in discussione, senz'altro accuminati, deve muovere da una duplicità di considerazioni.

(a) La prima, sia pure non decisiva, è che il legislatore non ha inteso creare un'unica macro-fattispecie di riciclaggio. Una soluzione di questo tipo caratterizzava il testo originario della proposta di legge, in cui veniva estromesso il beneficio dell'autoriciclaggio dall'orbita del reato di cui all'art. 648-*bis* c.p.: in tal modo, nessuna frizione si sarebbe riversata in sede di realizzazione plurisoggettiva, atteso che una norma di tale conio avrebbe costituito nulla più che un reato 'comune'. Sta di fatto che la volontà di 'distinguere' le fattispecie, infine prevalsa, parrebbe protesa ad assicurare l'operatività di ciascuna di esse.

(b) La seconda considerazione concerne la *struttura* del fatto di autoriciclaggio, che si distingue, rispetto ai delitti di riciclaggio e di reimpiego, per un *surplus* di tipicità, frutto dell'accostamento delle condotte che conformano tali fattispecie. Non è difficile scorgere, nel tipo, i caratteri di un *reato complesso*, visto che i suoi tasselli sono costituiti da comportamenti di lecito-vestizione (che integrano il delitto dell'art. 648-*bis* c.p.) e di reimpiego in attività economiche e finanziarie (sanzionati dall'art. 648-*ter* c.p.). Ne scaturisce, come si è già detto, la natura plurioffensiva del reato. La punizione colpisce, per questa via, solo i comportamenti che trasmutano in condotte artificiose, che non integrano una 'naturale' prosecuzione del reato-fonte, e che si rivelano, pertanto, autenticamente frappositive, idonee, cioè, a recare ostacolo alla identificazione del provento illecito. Solo la *confluenza di simili disvalori di azione* legittima, secondo il legislatore, la punizione dell'autore del reato-presupposto e la deroga al *ne bis in idem* sostanziale e al *nemo tenetur*. Tra condotta tipica e soggetto attivo del reato di staglia, così, un *legame indissolubile*, che va oltre la figura del reato proprio. Detto in altri termini: l'autoriciclaggio può costituire un illecito penale a condizione che sia commesso dall'autore del reato-fonte, la cui qualifica 'marca' il disvalore della fattispecie, tanto da richiedere una stretta connessione tra titolare della stessa ed esecutore del reato.

Si è, pertanto, in presenza di un (sia pur raro, nel panorama penalistico,) reato di *mano propria*, in cui «l'individuazione del soggetto qualificato (...) si presenta (...) come vettore insostituibile di tipicità e componente decisiva del nucleo di disvalore del fatto»³¹. Ed è risaputo che, nei reati di mano propria, la distribuzione dei ruoli, in caso di esecuzione plurisoggettiva, non ammette deroghe: la personale esecuzione dell'*intraneus* è condizione essenziale perché possa consumarsi

³¹ Così, efficacemente, GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 317.

l'offesa al bene giuridico. Come lucidamente sottolineato da Luigi Stortoni, al quale questo scritto è dedicato, «laddove la condotta è in questo modo connessa all'autore, come negli *eigenhändige Verbrechen*, autore non può che essere il soggetto indicato dalla norma che solo può realizzare la condotta tipica»³².

Le ricadute dell'inquadramento dell'autoriciclaggio come reato di mano propria sul terreno del concorso di persone sono facilmente intuibili.

(i) *Autore* della condotta tipica dovrà essere l'autore (o il concorrente) del/nel reato-fonte. Il limite minimo della partecipazione è dato dalle ipotesi di *coautoria* (o di *esecuzione frazionata*), nel senso che la fattispecie concorsuale potrà ritenersi integrata anche quando l'autore del reato-fonte abbia posto in essere un frammento costitutivo della 'complessa' azione tipica.

(ii) Specularmente, il reato di riciclaggio potrà essere commesso da 'chiunque' non rivesta la qualità di autore o coautore del reato-fonte: dunque, assume le sembianze di un reato comune "per sottrazione".

(iii) Il precipitato più rilevante di una simile ricostruzione è che la condotta di mera messa a disposizione del provento nelle mani del terzo, perché la reimpieghi, sarà destinata a restare penalmente irrilevante (come lo era prima della novella). In una tale evenienza, infatti, sarà il terzo estraneo a realizzare compiutamente l'illecito, del quale risponderà a titolo di riciclaggio o di reimpiego.

4.2. *Autoriciclaggio e responsabilità dell'ente: un irrimediabile corto circuito*

L'introduzione del reato di autoriciclaggio ha trascinato con sé la previsione di una responsabilità dell'ente. Scorrendo i lavori parlamentari, non si fatica a scorgerne che si è trattato di una trascinamento 'automatico', effettuato alla stregua di una clausola di stile: prova ne sia che non sono rintracciabili emendamenti o segnali di riflessione in ordine a siffatta estensione della responsabilità della *societas*. Eppure, proprio su questo terreno, la frettevolezza della novella partorisce ragguardevoli nodi problematici, che abbracciano la stessa struttura dell'illecito dell'ente. Nodi, peraltro, prontamente colti in sede di primo commento³³, che riguardano essenzialmente due profili: (a) il novero dei reati-fonte (della successiva condotta di reimpiego) riferibili all'ente; (b) la trama delle relazioni tra il reato di autoriciclaggio, imperniato sulla coincidenza fisica del soggetto attivo del reato-fonte e del delitto di reimpiego, e il correlativo illecito amministrativo dell'ente.

(a) Con riguardo al profilo dei *reati-fonte*, si può prefigurare uno scenario gravido di importanti ripercussioni giuridiche.

(i) In una prima prospettiva, si potrebbe sostenere che l'ente risponda di autoriciclaggio *qualunque sia stato il reato-fonte commesso dalla persona fisica*: in tal

³² STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 108.

³³ Si allude al saggio di ROSSI, *Note in prima lettura*, cit., 10 ss.

caso, l'ente è punibile alla sola condizione che vi sia l'*identità fisica* dell'autore delle condotte illecite (quella a monte e quella, successiva, di reimpiego).

(ii) In un'ottica, invece, di riduzione dell'orbita dei reati-fonte riferibili all'ente, si potrebbe paventare l'ipotesi che, ferma l'identità dell'autore, l'ente risponda *solo quando il reato-fonte è stato commesso nel suo interesse o a sua*

(iii) Alla stregua di una impostazione *vantaggio*, risultando, così, funzionalmente collegato all'attività dell'ente, anche se *non figuri* tra i reati-presupposto della sua responsabilità (si pensi ai reati tributari).ancora più restrittiva, si potrebbe ritenere che l'ente debba rispondere di autoriciclaggio *solo se il reato-fonte figuri nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente* e sia stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio.

Se si privilegiasse l'impostazione *sub i*), la *capacità di prevenire* la consumazione del reato di autoriciclaggio, da parte dell'ente, rischierebbe di essere *vanificata*. È di intuitiva evidenza che una efficace strategia preventiva non può che passare, tra l'altro, per una riduzione del rischio di commissione dei reati-fonte della successiva condotta di reimpiego. Data l'ampiezza, difficilmente circoscrivibile, del numero di tali reati, l'ente si troverebbe nella *sostanziale impossibilità* di realizzare un'efficace mappatura e la susseguente elaborazione di presidi cautelari. Si ripropone, in buona sostanza, lo stesso problema che grava sulla responsabilità dell'ente per i delitti di *criminalità organizzata*, rispetto al quale, tuttavia, è intervenuta una pronuncia della Corte di Cassazione a circoscrivere l'orbita dei delitti-scopo a quelli che integrano la responsabilità amministrativa dell'ente³⁴.

Proprio questa illuminata pronuncia della Cassazione suggerisce di privilegiare quest'ultima ipotesi. Lo impone il rispetto del principio di tassatività degli illeciti dell'ente: in caso contrario, si aprirebbe il campo ad un sistema punitivo dal doppio volto. Da una parte, il sistema 'tipico' (legale) delineato nella "parte speciale" del d. lgs. 231/2001; dall'altra parte, un sistema-catalogo 'informale' (extra-legale) e "indeterminato", destinato a riempirsi dei contenuti più vari.

(b) La complicata trama delle relazioni tra i due illeciti (quello della persona fisica e quello dell'ente), sul versante del soggetto attivo del reato di autoriciclaggio, è suscettibile di ingenerare alcuni effetti autenticamente *paradossali*. Ancora

³⁴ Cass., sez. VI pen., 20 dicembre 2013-24 gennaio 2014, n. 3635, Riva Fire s.p.a., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 988 ss. La Corte ha stabilito che «la contestazione del reato associativo, quale reato-presupposto della responsabilità dell'ente, avente ad oggetto delitti-scopo estranei al catalogo dei reati-presupposto, costituisce una violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal d.lgs. 231/2001: il reato associativo si trasformerebbe, infatti, in una disposizione "aperta", dal contenuto elastico, potenzialmente idonea a ricomprendere nel novero dei reati-presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di una ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo, i cui organi direttivi sarebbero in tal modo costretti ad adottare, su basi di assoluta incertezza e nella totale assenza di criteri di riferimento, i modelli di organizzazione previsti dall'art. 6 d.lgs. cit., scomprendone di fatto ogni efficace in relazione agli auspicati fini preventivi».

una volta *exempla docent*. Si pensi all'autore del reato-fonte (un dirigente dell'area finanziaria di un ente), che commetta tale reato (una frode fiscale o un omesso versamento delle somme trattenute come sostituto di imposta) e, successivamente, l'amministratore della stessa società, estraneo al reato-fonte, reimpieghi i proventi illeciti, sapendoli tali, in attività economiche nell'interesse o vantaggio dell'ente. L'amministratore sarebbe chiamato a rispondere di riciclaggio e così pure la società, benché entrambi i reati siano stati commessi nell'interesse della società e siano, dunque, a lei riferibili. La contestazione del reato di autoriciclaggio non è prospettabile in ragione della diversità delle persone fisiche che hanno commesso il reato-fonte e quello, successivo, di reimpiego. Si staglia poi una ulteriore evenienza 'singolare'. Potrebbe accadere che un soggetto commetta il reato di traffico di sostanze stupefacenti e che, dopo averne occultato i proventi, decida, dopo qualche anno, di impiegarli in una società all'uopo costituita. In questo caso, la società dovrebbe rispondere, ove si affermasse l'orientamento *sub* (i), di autoriciclaggio, stante la *coincidenza fisica* del soggetto attivo del reato-fonte e del successivo reimpiego. Se, però, si aderisce, come auspicato, all'impostazione più restrittiva, la società non potrebbe rispondere di autoriciclaggio, perché il delitto-fonte non è stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio e neppure figura tra i reati-presupposto della responsabilità dell'ente. In questo caso, e qui si radica la 'singolarità' della vicenda, la società non risponderebbe neppure di riciclaggio, perché quest'ultimo reato non è configurabile, in ragione della identità della persona fisica che ha commesso i due illeciti: 'mancando' il reato-presupposto, l'ente non è perseguibile.

Gli esempi additati dimostrano come il riversare *sic et simpliciter* in capo all'ente la responsabilità per il reato di autoriciclaggio oscuri un profilo essenziale del paradigma imputativo dell'illecito all'ente. Il reato è ascrivibile all'ente alla condizione che un soggetto, inserito nella sua compagine, lo commetta nell'interesse o a vantaggio della *societas*: in tal caso, il fatto di reato della persona fisica integra, sul piano oggettivo, l'illecito dell'ente (detto in altri termini: è il fatto di reato dell'ente). La teoria della identificazione possiede un'anima normativa: non essendo l'ente naturalisticamente capace di azione, spetta al criterio normativo dell'interesse o del vantaggio colmare tale *deficit*; una volta rinvenuto, il fatto di reato coincide (si identifica, cioè) con l'illecito dell'ente³⁵. Di questo meccanismo imputativo, il legislatore pare non aver tenuto conto con riferimento all'autoriciclaggio, dove, sul terreno dell'*Individualstrafrecht*, è richiesta la coincidenza fisica tra autore del reato fonte e autore del successivo reimpiego, tramite

³⁵ Per un esame della teoria della identificazione, cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 12 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, 48 ss.

lecito-vestizione. Sul distinto versante della responsabilità dell'ente, il rinvio alla mera coincidenza soggettiva è, come si è visto, foriero di esiti disfunzionali. Per evitarli, occorre riflettere sulla circostanza che l'autoriciclaggio dell'ente postula l'identità non già della persona fisica autore del reato-fonte e di quello di reimpiego, bensì una *coincidenza funzionale, normativa*: è necessario e sufficiente che i due reati, che compongono la fattispecie complessa di autoriciclaggio, siano riferibili, in termini di interesse o vantaggio, all'ente, a nulla rilevando l'eventuale diversa identità dei soggetti che lo hanno commesso. Ma una simile ricostruzione non pare trovare alcun ancoraggio nel testo della disposizione licenziata, sì che la norma andrebbe 'ritoccata' in direzione di una formulazione imperniata sull'esistenza di due condotte (quella del delitto-fonte e quella, successiva, di reimpiego) realizzate entrambe nell'interesse o a vantaggio dell'ente³⁶. Un illecito amministrativo da reato contraddistinto dalla irrilevanza della identità fisica dell'autore, dunque: ciò che conta è l'*identità del centro di interessi* al quale sono riferibili i reati (quello fonte e il successivo reimpiego) che vengono commessi.

5. Conclusioni

L'indagine sulla struttura e la funzione del reato di autoriciclaggio, soprattutto sul terreno delle forme di realizzazione plurisoggettiva, conferma l'assunto di partenza: la rincorsa, bulimica, del legislatore al diritto penale partorisce un degrado che ne abbrutisce le fondamenta. La miscela è davvero esplosiva: si sfrutta la prevenzione generale in funzione placativa (pur nella consapevolezza dei suoi sicuri insuccessi); si piega il *topos*, geneticamente garantista, del "bene giuridico" a strumento di criminalizzazione, smarrendone la funzione critica; si confezionano norme che rilasciano una strutturale precarietà descrittiva (si utilizzano le parole come materia plastica), destinata ad aumentare, politicamente, il ruolo del potere giudiziario nella risoluzione dei conflitti sociali sottesi alle fattispecie coinvolte. Si profila, così, l'immagine di un diritto penale come arnese da 'lavorare' e 'sfruttare' a piacimento, fino in fondo. Dinanzi ad un simile, pericoloso "gioco", il richiamo al rispetto dei principi potrebbe persino rivelarsi illusorio; osservare la 'grammatica penalistica' richiede idealità, un'anima, si potrebbe dire: idealità e anima che, in questa fase, il legislatore pare avere smarrite. Si potrebbe lanciare

³⁶ In proposito, si rinvia alla formulazione della norma proposta da ROSSI, *Note in prima lettura*, cit., 16, che recita: «Si applica la sanzione pecuniaria (...) alla persona giuridica che, avendo commesso o concorso a commettere un illecito derivante da reato-presupposto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale illecito, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza illecita (...)».

un suggerimento più modesto: dopo le fatiche di questo biennio, si goda il legislatore un salutare riposo; il sistema penale ne beneficerà, trovando il modo di tornare a respirare.

RENZO ORLANDI

IL SISTEMA DI PREVENZIONE TRA ESIGENZE DI POLITICA CRIMINALE
E PRINCIPI FONDAMENTALI^(*)

SOMMARIO: 1. Giustizia penale e prevenzione. Un preliminare chiarimento terminologico. – 2. Le misure preventive *ante delictum* nell'esperienza italiana: breve *excursus* sulla loro progressiva espansione nel segno di un'attrazione nel campo giudiziario. – 3 Giustificazione delle misure di prevenzione alla luce di principi sovra-legali. – 4. Il sistema di prevenzione come elemento integrativo dell'apparato di repressione penale. Ibridismo del pubblico ministero accusatore e promotore della prevenzione. – 5 Postilla sulla prevenzione antiterrorismo.

1. *Giustizia penale e prevenzione.*
Un preliminare chiarimento terminologico

Ad evitare fraintendimenti, si rende opportuno un chiarimento preliminare. Il titolo del convegno, a un primo sguardo, appare composto di termini contraddittori, abbinati con gusto provocatorio. C'è del vero, nel senso che la giustizia penale è essenzialmente repressiva. La prevenzione spetta agli organi di polizia e non dovrebbe interferire con la giurisdizione penale. Questo, quanto meno, nella partizione tradizionale comunemente accettata nel pensiero giuridico moderno. In realtà, le cose non sono così semplici; la distinzione fra preventivo e repressivo non è così netta.

È stato giustamente notato che il “concetto di prevenzione è correlativo a quello di diritto penale”¹. Parliamo, infatti, di effetto general- o special-preventivo della pena; di diritto penale preventivo, con riferimento alla creazione di fattispecie incriminatrici di pericolo concreto, astratto o presunto; così come parliamo di effetto special-preventivo in rapporto all'esecuzione della pena, delle misure di sicurezza e persino delle misure cautelari personali, quando queste mirano a neutralizzare la pericolosità del supposto autore del reato (art. 274 lett. c

^(*) Testo, riveduto e ampliato, della relazione svolta al convegno annuale della Associazione fra gli studiosi del processo penale su «*Giustizia penale preventiva*», Cagliari-Forte Village, 29-31 ottobre 2015.

¹ P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.* Milano, 1976, vol. XXVI, 632 Sulla polivalenza dei termini “preventivo” e “prevenzione” indugia opportunamente T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1995, pp. 634-636.

c.p.p.) o la circolazione e l'uso di cose di per sé pericolose o suscettibili di favorire la prosecuzione di attività illecite (art. 321 c.p.p.).

È chiaro, però, che il titolo del convegno allude alla prevenzione solitamente qualificata come *ante o praeter delictum*, quella che prescinde dall'accertamento di un reato e persino di un quasi-reato. Tutte le sessioni successive a questa introduttiva alludono a questo tipo di prevenzione, la quale, pur contigua al diritto punitivo, non rientra nel territorio della penalità. È tipicamente un compito affidato all'autorità di pubblica sicurezza.

Va dunque tenuta ferma la distinzione fra la prevenzione che caratterizza il manifestarsi della penalità (dalla costruzione delle fattispecie incriminatrici fino ad arrivare all'esecuzione della pena) e la prevenzione che, pur prossima al confine della penalità, si muove ai bordi di quel territorio, avendo di mira una pericolosità non meritevole di intervento penalistico. In breve, altro è il "diritto penale preventivo", altro il "diritto della prevenzione criminale"². Le possibili interferenze o intersezioni fra i due piani non deve offuscare la distinzione teorica.

Costituisce una singolarità dell'ordinamento italiano l'attrazione della prevenzione *ante delictum* – sotto un profilo puramente processuale – nell'area del giudiziario. Ciò rischia di accrescere la confusione, essendo comprensibile che una limitazione di diritti (e talvolta una limitazione della stessa libertà personale) venga scambiato per una sanzione punitiva, soprattutto se a infliggerla è un giudice penale e a chiederla un magistrato del pubblico ministero. La ragione di questa singolarità (gravida di conseguenze anche sul piano pratico, come si vedrà) dipende dall'essersi evoluta, in senso marcatamente giudiziario-inquisitorio, l'impostazione – di per sé garantista – che già negli anni '50 del secolo scorso della normativa sul procedimento di prevenzione; un'evoluzione propiziata dalla necessità di adeguare la forma di quel procedimento ai precetti della Costituzione da poco entrata in vigore. Un'implicazione paradossale della quale cercherò di dar conto.

2. *Le misure preventive ante delictum nell'esperienza italiana: breve excursus sulla loro progressiva espansione nel segno di un'attrazione nel campo giudiziario*

Fino al dicembre del 1956, tutto quel che oggi intendiamo sotto la locuzione "misure di prevenzione" era regolato come attività di polizia, nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza che recava la chiara impronta autoritaria del regime

² Secondo l'efficace distinzione suggerita da T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione*, cit., p. 635.

fascista (Titolo VI del TULPS – *Disposizioni relative alle persone pericolose*). Il cambio di rotta – come noto – si è imposto dopo l’entrata in vigore della costituzione e, più precisamente, quando ha cominciato a funzionare la Corte costituzionale.

Le prime declaratorie di illegittimità ebbero ad oggetto proprio alcune disposizioni del TULPS, nelle quali affiorava il tratto liberticida delle misure di pubblica sicurezza, applicabili all’esito di procedure controllate dall’autorità amministrativa: meritano di essere qui segnalate la decisione concernente il rimpatrio obbligatorio previsto dall’art. 157 del citato testo unico (Corte cost. 2/1956) e quella riguardante la misura dell’ammonizione, regolato dagli artt. 164 ss. TULPS (Corte cost. 11/1959). In entrambi i casi si ravvisò un contrasto con l’art. 13 Cost., considerato che misure implicanti una limitazione di libertà personale, potevano essere disposte da un organo amministrativo (la speciale commissione presieduta dal prefetto) sensibile alle ragioni della politica, anziché dall’autorità giudiziaria, con atti motivati da ragioni non arbitrarie o comunque prive di quel marchio di discrezionalità amministrativa intrinseco all’attività di pubblica sicurezza.

Dall’accennata decisione dell’aprile 1956 scaturì la legge n. 1423 dello stesso anno, che assegnava al giudice penale il potere di emettere misure preventive proposte dall’autorità di pubblica sicurezza. Destinatari, persone pericolose, quali oziosi vagabondi, soggetti sospettati di vivere di proventi illeciti, proclivi a delinquere e ancora soggetti dal comportamento dubbio, contigui al mondo della prostituzione, del contrabbando, del traffico di droga, delle bische e scommesse clandestine o di attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume. A neutralizzare la pericolosità di costoro erano predisposte misure personali: la diffida, la sorveglianza speciale, il soggiorno obbligatorio in un determinato comune.

L’innovazione avviene dunque sotto il segno di un’apertura garantista. Sarà un giudice, d’ora in poi, a decidere se e in che misura certe apparenze di pericolosità sociale, che non integrano forme riconosciute di responsabilità penale, possano giustificare limitazioni alla libertà personale o di circolazione.

L’evoluzione successiva sarà caratterizzata da una progressiva espansione delle persone assoggettabili alle misure preventive e da un’estensione di queste ultime al campo patrimoniale (sequestro e confisca). Ripercorrere brevemente alcune tappe di questa progressione³ permetterà di acquisire consapevolezza di quanto si sia trasformato e potenziato il “diritto della prevenzione criminale”, divenuto, nel corso di un sessantennio, un formidabile strumento di controllo sociale giustificato dall’asserita necessità di neutralizzare non già fenomeni marginali di devianza

³ Una recente sentenza della Cassazione a sezioni unite (26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880, Rv. 262603) offre un buon riassunto della stratificazione normativa che, a partire dalla legge del 1956, ha caratterizzato la disciplina delle misure e del procedimento di prevenzione.

(vagabondaggio, mendicizia, gioco d'azzardo, prostituzione), bensì le più gravi manifestazioni criminose che minacciano e allarmano la collettività.

Nel 1965 (l. n. 575), l'applicabilità delle misure di prevenzione viene estesa "agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose". Un passaggio cruciale, ma la novità più importante di quel provvedimento legislativo – dei cui effetti sull'intero sistema di controllo sociale non vi fu, all'epoca, piena consapevolezza – riguarda l'attribuzione anche al procuratore della Repubblica (oltre che al questore e pur in assenza di diffida) della facoltà di proporre le più gravi misure di prevenzione personale, segnatamente la sorveglianza speciale, il divieto di soggiorno e l'obbligo di soggiorno. I motivi che spinsero il legislatore a includere anche il magistrato requirente fra i soggetti legittimati a instaurare il procedimento di prevenzione sono scaturiti dalla constatazione che numerose istruttorie penali, pur sfociate in sentenze assolutorie, lasciavano sopravvivere significativi "indizi" di appartenenza ad associazioni mafiose⁴. Quale che ne sia stata la ragione, la scelta di coinvolgere il procuratore della Repubblica nell'avvio del procedimento di prevenzione avrà – come vedremo in seguito – un effetto di grande rilievo per le sorti di questa particolare procedura.

Nel 1975, la l. n. 152 amplia ulteriormente la tipologia dei soggetti passibili di misure *ante delictum*. Nell'Italia delle violente contestazioni politiche e studentesche, sono ora presi di mira sovversivi, agitatori, neo-fascisti e relativi istigatori, mandanti o finanziatori (art. 18). Si ribadisce il ruolo attivo della magistratura requirente: "Il procuratore della Repubblica – si legge nell'art. 20 l. cit. – può compiere sia direttamente sia a mezzo della polizia giudiziaria, tutte le indagini necessarie ai fini dell'attuazione dei precedenti artt. 18 e 19 con l'osservanza delle norme stabilite per l'istruzione sommaria". La legge del 1975 si segnala anche per

⁴ L'impulso riformistico venne da una presa di posizione della prima Commissione antimafia, istituita con la legge 20 dicembre 1962, n. 1720. Essa non portò a termine il compito che le era stato assegnato entro la fine della legislatura. Fu però in grado di redigere una relazione nella quale proponeva di modificare l'art. 3, comma 4, della l. n. 1423 del 1956, stabilendo che il soggiorno obbligatorio potesse essere disposto "anche su iniziativa del Procuratore della Repubblica". Ciò all'esplicito fine di "rendere più efficaci le misure di prevenzione ... contro persone pericolose per la sicurezza" sì da estendere le misure preventive "a coloro che siano stati prosciolti per insufficienza di prove, anche in sede istruttoria, da imputazioni riguardanti stragi, omicidio, sequestro di persona a scopo di estorsione, rapina, abigeato, associazione per delinquere, danneggiamento o minaccia con impiego di esplosivi o con scritti anonimi, contrabbando di tabacchi in rilevante entità, commercio clandestino o fraudolento di sostanze stupefacenti e che siano dediti ad attività illecite" (Senato, IV legislatura, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della Mafia in Sicilia, *Relazione e proposte della commissione al termine della prima fase dei lavori*, doc. n. 6, p. 2). La proposta fu raccolta dal legislatore un paio d'anni dopo, al momento di varare le "Disposizioni contro la mafia" (l. 31 maggio 1965, n. 575), con la quale si attribuiva ai procuratori della Repubblica il potere di proporre "le misure di prevenzione della sorveglianza speciale e del divieto o dell'obbligo di soggiorno" (art. 2).

l'introduzione (art. 23) di una misura di prevenzione accessoria (la sospensione provvisoria dell'amministrazione di beni personali) destinata a trasformarsi, di lì a breve in misura preventiva principale, oltre che per la sperimentazione di un meccanismo di inversione dell'onere probatorio, nei confronti di stranieri (passibili di essere espulsi dallo Stato a norma dell'art. 150 TULPS), se non in grado di dimostrare "la sufficienza e liceità delle fonti del loro sostentamento" (art. 25).

Nel 1982, la l. n. 646 espande la categoria delle persone assoggettabili a misure preventive, includendovi tutti i sospettati di agire con metodi da "mafioso" o di perseguire finalità tipiche di quel tipo d'autore. La riforma del 1982 si segnala inoltre e soprattutto per l'attribuzione al magistrato requirente di penetranti poteri investigativi in ambito patrimoniale. Le indagini possono essere dirette anche nei confronti del coniuge, dei figli e di coloro che nell'ultimo quinquennio abbiano convissuto con il sospetto mafioso o simil tale. Al tribunale è riconosciuto il potere di ordinare, persino d'ufficio, il sequestro dei beni il cui possesso la persona sospettata non sappia giustificare, in base al proprio reddito ufficiale. L'arsenale istruttorio del procuratore della Repubblica si arricchisce della possibilità di controllare, tramite intercettazioni, le comunicazioni di chi è soggetto a misura preventiva personale (art. 16).

Nel 1990, la l. n. 55 rafforza ulteriormente i poteri investigativi del procuratore della Repubblica, con riguardo soprattutto all'indagine patrimoniale (art. 1) e perfeziona il coordinamento fra attività di repressione e attività di prevenzione (art. 9).

Nel 1993, la l. n. 256 introduce per la prima volta la presunzione di illecita provenienza dei beni dei quali non si riesce a provare la liceità, a fronte di sproporzioni fra redditi denunciati e tenore di vita⁵.

Nel 2001, il d.l. 336 (poi l. 377), introduce nei confronti di persone condannate anche con sentenza non definitiva per episodi di violenza in occasione di manifestazioni sportive, una nuova misura di prevenzione (il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive – DASPO), affidando l'iniziativa al solo questore.

Nello stesso anno, subito dopo l'attacco alle torri gemelle di New York, il d.l. n. 374 (poi l. 438/2001) estende il sistema di prevenzione a persone sospettate di terrorismo anche internazionale (l'art. 7 novella l'art. 18 l. 152/1975): si accresce

⁵ Art. 3: "Salvo quanto disposto dagli articoli 22, 23 e 24 della legge 22 maggio 1975, n. 152, il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego".

il potenziale investigativo e viene novellata la disciplina delle intercettazioni preventive (art. 5), in maniera da renderla più permissiva per il magistrato penale.

Nel 2008, grazie al d.l. n. 92 (poi l. n. 125), la possibilità di applicare le misure di prevenzione previste dalla l. 575 del 1965 è estesa a tutti gli indiziati dei delitti elencati nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.

Nel 2009, con la l. n. 94, si estende la possibilità di applicare misure patrimoniali indipendentemente dalla circostanza che sussistano indizi di pericolosità quando viene richiesta la misura preventiva.

Finalmente, il d. lgs. 159 del 2011, attuando la l. n. 136 del 2010, riordina la materia sedimentatasi in decenni di stratificazioni normative, predisponendo un testo unico comunemente denominato "codice antimafia", benché sia rivolto a una varietà di soggetti che superano di molto – come risulta dall'elencazione appena illustrata – la figura del mafioso o asserito tale.

Ciascuno può trarre facilmente da sé le conclusioni che vien spontaneo fare al termine dell'elencazione del pluriennale percorso evolutivo della prevenzione *ante delictum* in Italia. Cambiano i soggetti destinatari: dagli oziosi, vagabondi, dediti a piccoli traffici illeciti o inclini a condotte immorali, si passa a tipologie di autore ben più pericolose per l'ordine pubblico, quali mafiosi, agitatori politici contigui a gruppi sovversivi, terroristi internazionali. Cambia correlativamente la tipologia dei provvedimenti da adottare: a quelli che dispongono misure personali si aggiungono i sequestri e le confische preventive, pensati – specie nel contrasto ai fenomeni mafiosi – per attaccare i cospicui patrimoni che l'accertamento penale non riesce, spesso, a sgretolare. Cambiano, facendosi più insidiose per le sorti dei diritti individuali, le tecniche investigative e gli strumenti di indagine. Cambiano, infine, i soggetti titolati ad assumere l'iniziativa preventiva: al questore si aggiunge il magistrato del pubblico ministero, al quale – considerata la sua appartenenza all'autorità giudiziaria – sono attribuiti, senza eccessive difficoltà, considerata la gravità dei pericoli che si tratta di contrastare, penetranti poteri investigativi (per non dire della possibilità che informazioni raccolte in un'indagine penale, magari sfociata in un'archiviazione o in un non luogo a procedere, possano essere utilizzate in sede preventiva, anche se risultassero inutilizzabili in sede penale⁶).

⁶ Pur riconoscendo che la violazione di diritti fondamentali rende l'atto inutilizzabile anche nel procedimento di prevenzione, la giurisprudenza di legittimità appare ferma nel ritenere che le regole probatorie da rispettare in ambito preventivo siano meno cogenti e più permissive di quelle dettate per il procedimento penale: si veda, ad esempio, Cass. sez. VI, 10 gennaio 2008, Cicino, in CED Rv. 238837 (con riguardo a comunicazioni intercettate con l'uso di impianti esterni alla procura della Repubblica); si veda altresì cass. sez. V, 9 aprile 2004, in CED Rv. 227747 (con riguardo all'utilizzabilità di atti di indagine compiuti a del termine ormai scaduto).

La rassegna appena proposta non ricomprende la normativa sull'immigrazione clandestina, nella quale si può peraltro cogliere più di un'analogia con il tema della prevenzione *ante delictum*, posto che lo straniero irregolare è considerato come soggetto di per sé pericoloso. C'è tuttavia una differenza che sconsiglia di volgere qui e ora la nostra attenzione a questa complessa materia. Le misure preventive applicabili agli immigrati gravitano, infatti, nell'orbita del diritto civile e amministrativo. Comportano interventi in sede giudiziaria di organi quali il tribunale amministrativo, il giudice di pace, il tribunale ordinario in sede civile⁷. Benché spesso la posta in gioco sia la libertà personale o di circolazione, l'autorità giudiziaria penale non ha poteri di intervento, se non in presenza di reati. Soprattutto, l'iniziativa dell'espulsione amministrativa è affidata agli organi della pubblica sicurezza (ministro dell'interno, prefetto, questore). Non – come accade nel procedimento di prevenzione – alla magistratura requirente o a organismi di polizia (quale la direzione investigativa antimafia), dalle attribuzioni prevalentemente repressive. Per questo, esige un approfondimento a parte il tema della prevenzione di quella pericolosità sociale che le leggi attualmente vigenti in Italia associano alla figura del migrante. Un approfondimento che qui non può essere nemmeno abbozzato.

3. *Giustificazione delle misure di prevenzione alla luce di principi sovra-legali*

Il sistema della prevenzione *ante delictum* si è andato dunque estendendo in misura quantitativa e qualitativa, nel corso degli anni. Ciò a dispetto delle prese di posizione dottrinali, decisamente orientate a censurarne la legittimità costituzionale. La maggior parte delle critiche riguardavano la scarsa determinatezza delle fattispecie di pericolosità assunte a premessa dell'intervento profilattico. Premesso che le misure di prevenzione – quanto meno quelle limitative di libertà personale quali l'ammonizione, la sorveglianza speciale e il soggiorno obbligato – andavano ricomprese nella previsione di garanzia assicurata dall'art. 25 commi 2 e 3 rispettivamente per pene e misure di sicurezza, si segnalava che la loro applicazione a soggetti vagamente identificati come "oziosi e vagabondi" non ri-

⁷ In tema di disciplina dell'immigrazione, mentre è rimessa al giudice ordinario la cognizione delle impugnative avverso il decreto prefettizio di espulsione amministrativa dello straniero, rientra nella giurisdizione, invece, del giudice amministrativo ogni controversia relativa al diniego o al mancato rinnovo del permesso di soggiorno, essendo, questi ultimi, provvedimenti discrezionali e non vincolanti come il decreto di espulsione "ex" art. 13 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286; così Cass., Sez. un. civ., 5 agosto 2002, n. 11725, Rv. 556677. In termini analoghi, Sez. un. civ., 18 ottobre 2005, n. 20120, Rv. 585793.

spettava il requisito di tassatività e determinatezza imposto dalla citata norma costituzionale⁸.

Una censura, questa, sostanzialmente fatta propria dalla Corte costituzionale con la sent. n. 177 del 1980, che bandisce dal novero delle persone assoggettabili a misure preventive i “proclivi a delinquere”, troppo genericamente evocati dall’art. 18 l. 152/1975. Essenziale – secondo la Corte – è che il legislatore fornisca, anche per le misure di prevenzione, una fattispecie legale atta individuare le condotte dal cui accertamento, nel caso concreto, possa fondatamente dedursi il giudizio prognostico di un qualificato delitto. Trattandosi di prevenire reati, le fattispecie di prevenzione debbono necessariamente avere a riferimento figure criminose riconoscibili, cosicché la descrizione della condotta presa di mira (come pericolosa) guadagni in determinatezza, in quanto concepita sulla ragionevole presunzione che la stessa potrebbe sfociare nella commissione di un reato⁹.

La ben più radicale censura mossa al sistema delle misure preventive per l’asserito contrasto con la presunzione d’innocenza¹⁰ non ha trovato accoglimento nella giurisprudenza costituzionale¹¹.

Forse, le polemiche dottrinali che, negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso prendevano di mira il procedimento di prevenzione risentivano ancora delle traumatiche esperienze fatte durante il fascismo, quando l’autorità di pubblica sicurezza, affrancata dal controllo della magistratura e prona al potere governativo, non esitava a usare strumenti liberticidi come il confino per neutraliz-

⁸ Per una critica in tal senso si veda già L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962, 16. Si vedano altresì P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova 1962, 174 nonché G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967.

⁹ Corte cost. 177/1980, punto 5 del Considerato in diritto.

¹⁰ Posizione convintamente sostenuta da F. BRICOLA nella relazione svolta al convegno di Alghero sulle *Misure di prevenzione* e pubblicata col titolo *Forme di tutela <ante delictum> e profili costituzionali della prevenzione* nel volume, *Le misure di prevenzione*, Milano 1975; si veda, in particolare, quanto scritto a p. 59. Nella scia di Bricola, G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza*, Bologna 1979, 198.

¹¹ La questione era stata liquidata in modo perentorio già da Corte cost. 23/1964: “il richiamo all’art. 27 non è pertinente (...) perché tale articolo (...) riguarda la responsabilità penale e importa la presunzione di non colpevolezza dell’imputato fino alla condanna, mentre le misure di prevenzione, pur implicando restrizioni della libertà personale, non sono connesse a responsabilità penali del soggetto, né si fondano sulla colpevolezza, che è elemento proprio del reato”. La Corte ragiona in termini formalistici, mentre per Bricola il problema era di sostanza: il procedimento di prevenzione, quando punta alla applicazione di talune misure personali ha per posta lo stesso bene (la libertà garantita dall’art. 13 Cost.) del quale si discute nel processo penale. Di qui l’attrito con la presunzione d’innocenza.

zare le fonti di dissenso¹². Era ancora vivo il timore che una porzione consistente di politica criminale fosse demandata all'autorità di pubblica sicurezza, benché sotto il controllo formale dell'autorità giudiziaria. E la preoccupazione riguardava principalmente le misure di prevenzione personali.

L'evoluzione successiva ha smentito questi timori sotto un duplice profilo. A partire dal 1982, la legislazione di contrasto all'associazionismo mafioso ha molto incoraggiato l'uso delle misure patrimoniali, muovendo dalla premessa che il crimine organizzato va avversato soprattutto sul terreno dei profitti illeciti. Correlativamente, è stato potenziato l'arsenale investigativo attraverso la predisposizione di nuovi e invasivi strumenti di indagine patrimoniale. Per il resto, si può dire che la prevenzione *ante delictum* non è stata oggetto di censure sul piano costituzionale.

L'unico intervento meritevole di nota è quello, assai recente, della nostra Corte costituzionale che, con la sent. n. 93 del 2010, ha dichiarato illegittimo l'art. 4 dell'allora vigente l. 1423 del 1956, in quanto escludeva incondizionatamente il pubblico dall'udienza di prevenzione. All'evidenza, un dettaglio procedurale, sul quale pesavano alcune condanne subite dalla Corte di Strasburgo¹³. Quest'ultima, peraltro, aveva avuto modo, già nella prima metà degli anni Novanta, di giustificare il procedimento di prevenzione *ante delictum*, ravvisando in esso l'efficace contrasto di quel "flagello", la mafia, capace di sovvertire l'ordine pubblico e che non può essere affrontato soltanto con gli strumenti della repressione penale¹⁴. Nella stessa occasione, la Corte EDU aveva esplicitamente negato che misure

¹² Per una ricostruzione del clima di quel periodo si veda C. POESIO, *Il confino fascista. L'arma silenziosa del regime*, Laterza, Roma-Bari 2011 e, dello stesso autore, *Il confino di polizia, la Schutzhaft e la progressiva erosione dello Stato di diritto*, in *Il diritto del duce*, a cura di L. LACCHÈ, Donzelli, Roma 2015, 95 ss.

¹³ Sent. 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia; sent. 8 luglio 2008, Pierre c. Italia; sent. 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia.

¹⁴ Corte EDU sent. 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia: *Compte tenu de la menace représentée par la mafia pour la "société démocratique", cette même mesure était en outre nécessaire "au maintien de l'ordre public", ainsi qu'"à la prévention des infractions pénales", et notamment proportionnée au but poursuivi* (punto 39 della motivazione). Più di recente, anche Corte EDU 8 ottobre 2013, Monno c. Italia ha sostanzialmente confermato la legittimità delle misure di prevenzione, purché rispettose del principio di proporzionalità.

Per quanto riguarda le misure di prevenzione patrimoniale, non si possono trarre conclusioni troppo drastiche dalle decisioni delle Corte EDU che escludono la confisca in assenza di una decisione condannatoria (cfr. sent. Varvara c. Italia), né dall'orientamento della nostra Corte costituzionale, in forza del quale anche una sentenza di proscioglimento (per prescrizione) non esclude la confiscabilità del bene, purché vi sia un accertamento di responsabilità (Corte cost. 49/2015). In effetti, nel procedimento di prevenzione manca un accertamento di responsabilità e tuttavia la confisca "preventiva" può giustificarsi, purché proporzionata al pericolo che si vuol neutralizzare (cfr., ad esempio, Corte EDU, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia).

preventive quali la sorveglianza speciale, pur limitative della libertà personale, fossero configurabili quali sanzioni penali sotto mentite spoglie¹⁵.

In definitiva, sia per la nostra Corte costituzionale, sia per la Corte EDU, il procedimento di prevenzione ha una sua giustificazione, anche alla luce delle norme sovra-legali che le due alte Corti sono chiamate a far valere. Va evitato, semmai, un abuso dello strumento, vale a dire un suo uso oltre i limiti dell'indispensabile ad assicurare stabilità e mantenimento dell'ordine sociale. Soprattutto la Corte EDU richiama spesso, a tal proposito, il principio di proporzionalità, quale criterio per valutare la conformità del sacrificio imposto allo scopo perseguito nel rispetto dei principi convenzionali.

Siamo dunque distanti dall'ispirazione originaria la cui radice traeva linfa dall'idea settecentesca (prussiana) di *Polizeistaat*: sorto – sul terreno della pubblica sicurezza – per debellare fenomeni socialmente fastidiosi, ma tutto sommato espressione di marginalità sociale, come quelli già esemplificati in precedenza, si è progressivamente trasformato in strumento per aggredire fenomeni ben più minacciosi e temibili (in primis, mafia e terrorismo), che la giustizia penale non è in grado di contrastare.

4. *Il sistema di prevenzione come elemento integrativo dell'apparato di repressione penale. Ibridismo del pubblico ministero accusatore e promotore della prevenzione*

Nel momento attuale, il tema della prevenzione *ante delictum* pone questioni delicate – a mio avviso – principalmente sul piano dei rapporti con il procedimento penale. Non si tratta tanto di questioni di legittimità costituzionale o “convenzionale”. È piuttosto in gioco la distribuzione dei poteri fra esecutivo e giudiziario. Al centro di tale problematica sta la già segnalata scelta di attribuire al procuratore della Repubblica il potere di iniziativa in campo preventivo. Come già detto, la legge del 1956 aveva, giustamente, attribuito all'autorità giudiziaria (tribunale) il potere di controllare misure poliziesche invasive di libertà individuali. Ma, altro è assicurare la garanzia giurisdizionale – come esige l'art. 13 Cost. – a fronte di misure coercitive, altro attribuire all'autorità giudiziaria requirente (procuratore della repubblica) poteri che dovrebbero restare confinati nel recinto dell'attività di polizia.

¹⁵ *La surveillance spéciale ne saurait se comparer à une peine car elle vise à empêcher l'accomplissement d'actes criminels; la procédure y relative ne porte donc pas sur le “bien-fondé” d'une “accusation en matière pénale”* (punto 43 della sentenza citata alla nota precedente).

Non si è riflettuto a sufficienza – credo – sulle conseguenze di questa scelta, risalente precisamente a cinquant'anni fa e destinata a sortire esiti di sempre maggior rilievo, sul piano del rapporto fra poteri, a misura che – con le riforme del 1982, del 1975, del 1990 – sono stati accresciuti i mezzi investigativi a disposizione dell'autorità di prevenzione¹⁶.

Si è, nel tempo, stabilito un duplice problematico rapporto fra procedimento di prevenzione e procedimento penale.

Per un verso, l'attività di prevenzione supplisce alle inefficienze della giustizia penale. Processi definiti con sentenze assolutorie per l'impossibilità di provare il delitto secondo i più rigorosi standard probatori imposti dal codice di rito penale, legittimano l'apertura di procedimenti di prevenzione, quando qualche sospetto lasci supporre l'appartenenza dell'assolto a un determinato sodalizio o gruppo criminoso. Comprensibilmente, la probabilità che il processo penale sfoci in un procedimento di prevenzione è tanto più elevata, quanto più le regole probatorie che governano la dichiarazione di colpevolezza sono rigide e rispettose dei diritti dell'accusato. Ciò è avvenuto in Italia con la riforma processuale del 1988 e, soprattutto, grazie alle correzioni che, nel 1999, la revisione costituzionale dell'art. 111 ha imposto alla deriva inquisitoria subita dal nostro processo penale a seguito di talune discutibili sentenze costituzionali emanate nel primo semestre del 1992 (nr. 24, 254 e 255).

La Corte EDU – come già accennato – esclude che le misure di prevenzione abbiano natura penale. Tuttavia, quando, grazie al procedimento di prevenzione, si consegue lo stesso risultato che non si è riusciti a raggiungere con un precedente processo penale, nei confronti della stessa persona, è difficile sottrarsi

¹⁶ Il problema era stato in qualche modo denunciato da MASSIMO NOBILI nella relazione svolta al convegno del 1974 (Alghero) sulle misure di prevenzione. Nell'intervento dedicato a *Le informazioni della pubblica sicurezza e la prova nel procedimento di prevenzione* (pubblicato nel volume *Le misure di prevenzione*, cit., p. 237 ss.), Nobili segnalava l'anomalia rappresentata da un procedimento di prevenzione nel quale si potevano raccogliere – seguendo le regole dell'istruzione sommaria – informazioni poi utilizzabili nel processo penale. Ne seguiva una critica (di incoerenza) alla Corte costituzionale che, in una sentenza del 1970 (la n. 76), aveva frettolosamente liquidato una questione di legittimità sollevata con riferimento alle norme sul procedimento di prevenzione, nella parte in cui non impedivano che informazioni acquisite dalla pubblica sicurezza a fini preventivi fossero poi impiegate in sede penale. La Corte rinnegava – secondo NOBILI *loc. cit.* p. 263 – quell'orientamento (definito teleologico) che, poco prima, l'aveva indotta ad estendere le garanzie difensive agli atti pre-istruttori della polizia giudiziaria (sent. 86 del 1968) e persino alle ispezioni di carattere amministrativo destinate a valere come prove in sede penale (sent. 148 e 149 del 1969). Oggi, quel problema può dirsi superato, perché le informazioni acquisite nell'ambito del procedimento di prevenzione – fatta eccezione per quelle documentali – sono prive di valore processuale: un esplicito divieto è previsto per i risultati di intercettazioni preventive (art. 78, comma 3, d. lgs. 159/2011), mentre, per altre informazioni formate nel procedimento di prevenzione, il divieto di utilizzazione (quanto meno a fini di accertamento dibattimentale della responsabilità penale), si ricava facilmente dal reticolo di norme che regolano la formazione della prova nel contraddittorio fra le parti.

all'impressione che vi sia stato un aggiramento di garanzie, se non addirittura una sostanziale violazione del principio *ne bis in idem*.

Per altro verso, la sinergia fra le due procedure si presenta anche più insidiosa, quando l'iniziativa "preventiva fa, per così dire, da volano all'accertamento penale. Accade soprattutto quando l'iniziativa viene da un pubblico ministero, possibile protagonista, come detto, sia dell'iniziativa preventiva sia di quella penale. Il procedimento *ante delictum* si offre spesso come spazio per condurre indagini proattive, volte essenzialmente a sondare la consistenza di fenomeni criminosi di formidabile ampiezza e lunga durata. Si presta a fungere quasi da *inquisitio generalis* con riguardo a quei complessi *corpora delicti* rappresentati oggi dai fenomeni associativi diffusi nel tempo e nello spazio, dal cui corretto inquadramento dipende spesso il successo delle indagini penali relative ai reati-scopo¹⁷. Per contro, un eccesso di fantasia nella ricostruzione – propiziata per l'appunto dalle indagini proattive – rischia di falsare in partenza l'indagine penale su singole vicende criminose, con possibili effetti *boomerang* sulla bontà dei relativi esiti e, per proprietà transitiva, sulla stessa credibilità dell'azione giudiziaria.

Si dirà che il pubblico ministero è espressamente legittimato dal codice di rito a ricercare, anche di propria iniziativa, la notizia di reato. Dato – e non concesso – che si tratti di regola opportuna per il nostro sistema penale, vien da dubitare che l'art. 330 c.p.p. autorizzi un tale uso "strumentale" dell'indagine di prevenzione. Che le cose si siano tuttavia sviluppate in questa direzione è dimostrato dalla tendenza ad istituire, presso talune procure della Repubblica (ad es. quella torinese¹⁸), gruppi di lavoro specializzati nella prevenzione *ante delictum*. La stessa procura nazionale antimafia – pur priva di poteri investigativi diretti – raccoglie e dispensa informazioni tratte dai procedimenti di prevenzione¹⁹.

Operando in questa delicata fase pre-processuale, il pubblico ministero smarrisce inevitabilmente quel rapporto di tendenziale passività rispetto al recepimento di notizie di reato, che può (forse) dare un senso al principio di obbligatorietà dell'azione penale. Un pubblico ministero che, sulla base di vaghi sospetti, muove alla ricerca di notizie di reato, opera direttamente sul terreno della politica criminale che dovrebbe essere riservato all'autorità di pubblica sicurezza e al rispettivo vertice governativo. Se non proprio un problema di costituzionalità, si coglie qui

¹⁷ Al riguardo si vedano le osservazioni già svolte in R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 568 ss.

¹⁸ L'attività del gruppo torinese *Misure di prevenzione, riciclaggio e usura* è annualmente documentata in un documento chiamato *Lettera di prevenzione*; la versione del 2015 è accessibile al seguente URL: http://www.penalecontemporaneo.it/upload/14505207123Lettera_di_prevenzione_novembre_2015_251115.pdf

¹⁹ Arg. ex art. 371bis, comma 1, c.p.p., dove si stabilisce che "il procuratore nazionale antimafia esercita le sue funzioni [...] in relazione ai procedimenti di prevenzione".

almeno una delicata questione di equilibrio fra potere giudiziario e potere governativo.

Un'ulteriore distorsione è quella che si produce con riguardo ai tempi dell'indagine penale. Come si sa, l'indagine preliminare è delimitata nel tempo. Farla precedere da un'indagine preventiva, magari nei confronti di soggetti già attinti da consistenti indizi di reato, equivale ad aggirare i limiti cronologici posti dalla legge (artt. 405-407 c.p.p.). Vero che gli esiti dell'indagine preventiva non hanno valore processuale. Ma basta questo a giustificare una simile pratica? L'inutilizzabilità di singole informazioni non esclude che le conclusioni di un'indagine preventiva costituiscano, di fatto, il *background* conoscitivo sul quale si può edificare non solo una, ma una serie indeterminata di indagini penali.

Anche di questo occorre essere consapevoli, quando si parla di coordinamenti o possibili sinergie fra procedimento preventivo e procedimento penale, soprattutto con riguardo a mafia e terrorismo, la cui effettiva repressione non può in effetti prescindere da conoscenze di carattere socio-criminologico che, trascendendo le singole vicende giudiziarie, involgono l'articolazione e la struttura di fenomeni criminosi complessi. Si tratta di stabilire se – tramite l'uso di indagini preventive – un simile compito convenga lasciarlo alla magistratura requirente, con i comprensibili rischi (sul piano delle garanzie individuali) che ciò comporta. Personalmente ne dubito, anche se occorre ammettere che sarebbe assai rischioso attribuire alla sola autorità di polizia l'iniziativa volta a prevenire quelle aggressioni criminali che minacciano in misura devastante la convivenza sociale. Si tratterebbe, in ogni caso, di iniziative e attività da svolgere sotto stretto controllo giurisdizionale, in quanto siano in gioco diritti individuali della cui limitazione dev'essere sempre garante un giudice.

5. *Postilla sulla prevenzione antiterrorismo*

Le sfide provenienti dal terrorismo pongono problemi ulteriori e ben più gravi di quelli sin qui esaminati. È in gioco non solo e non tanto l'opportunità (politica) di attribuire al magistrato, anziché all'autorità di polizia, l'iniziativa preventiva, bensì la scelta della misura della tecnica adeguata ed efficace a sventare eventi catastrofici. New York settembre 2001, Madrid marzo 2004, Londra e Sharm el Sheik luglio 2005, Parigi gennaio e novembre 2015: date e luoghi impressi nella memoria di ciascuno, evocativi di disastri da evitare a ogni costo.

Qualcosa è decisamente cambiato nel modo di intendere la prevenzione del crimine, quando i pericoli o i danni che ci si immagina di dover fronteggiare assumono le dimensioni di un'ecatombe e quando, altresì, le persone che quel danno sono in grado di causare si presentano col volto minaccioso di un nemico spie-

tato. Il carattere estremo delle temute manifestazioni criminose pone in maniera cruda e brutale il problema dei mezzi da usare e dei limiti, in termini di rispetto dei diritti inviolabili della persona, da rispettare nell'esercizio dell'attività preventiva.

È pertanto comprensibile il risveglio d'interesse che la letteratura del nostro tempo fa registrare con riguardo a opinioni, fino a qualche tempo fa oggetto di universale ripudio (quanto meno in ambito occidentale), quali la giustificabilità della tortura e, più in generale, l'uso di mezzi o strumenti reputati idonei a prevenire gravi pericoli, anche a costo di ledere fino ad annientare la dignità dell'uomo.

La discussione ha interessato, a vario titolo, filosofi della morale, sociologi e giuristi, con argomentazioni capaci di superare i tradizionali confini del sapere specialistico. Mi limiterò qui a una presentazione, in chiave critica, di alcuni punti di vista sufficientemente rappresentativi dello stato della discussione nell'attuale frangente storico. Non c'è, pertanto, pretesa di completezza nella registrazione delle voci che animano l'odierno dibattito sulla tutela dei diritti inviolabili nell'epoca del terrorismo internazionale. Anche per non esorbitare dai limiti di una relazione convegnoistica, è parso preferibile privilegiare una più circoscritta illustrazione di posizioni-tipo affiorate nella letteratura sociologica e giuridica (soprattutto di area tedesca).

In un saggio apparso all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, ben prima che il terrorismo internazionale dimostrasse la sua tremenda capacità distruttiva, NIKLAS LUHMANN lanciò un'angosciante e provocatoria domanda: esistono ancora nella nostra società diritti inviolabili? *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* Così suonava il titolo di una conferenza svolta nel dicembre 1992 all'Università di Heidelberg. Il sociologo tedesco esordiva con un esperimento mentale ispirato al classico *ticking time bombe scenario*. Ci si metta nei panni del comandante una stazione di polizia che, in una situazione di perduranti attacchi terroristici, riesce a catturare il capo di una pericolosa organizzazione terroristica. Abbiamo buone ragioni per pensare che quell'organizzazione stia preparando un attentato di proporzioni spaventose. Molte vite umane sono in pericolo. Torturando l'arrestato, potremmo evitare il possibile disastro. Voi che fareste? Usereste la tortura?

Il giurista (e LUHMANN pensa al tipo del giurista tedesco del suo tempo) avrebbe certamente la risposta a portata di mano: l'art. 1 del *Grundgesetz* afferma il principio di dignità umana in maniera incondizionata, facendone un pilastro dell'edificio costituzionale, della convivenza sociale, nonché del rapporto fra individuo e autorità. Ciò che il sociologo (come il profano di cose giuridiche) trova singolare in una simile, cieca fiducia nella *Menschenwürde* è la circostanza che una norma (come quella espressa nel citato art. 1 GG), appartenente al mondo

del dover essere, sia espressa come fosse un fatto del quale accettare incondizionatamente l'esistenza.

Diverso è il suo punto di vista saldamente ancorato a una visione funzionalista (si può dire durkheimiana) dell'ordinamento giuridico. Compito supremo dello Stato e, segnatamente, dello Stato di diritto, è la stabilizzazione delle aspettative legittimamente coltivate dai propri cittadini e, in prospettiva più ampia, la conservazione delle istituzioni che la realizzazione di quelle aspettative debbono garantire.

Di fronte a minacce che rischiano di destabilizzare l'intero assetto sociale, argomenta LUHMANN, sarebbe politicamente miope orientare e valutare la condotta delle autorità pubbliche alla stregua del binomio lecito/illecito. Va, invece, affermata una strategia d'emergenza, che, all'occorrenza, deve potersi avvalere di mezzi o strumenti antiggiuridici. Il risultato (salvare vite innocenti) val più del sacrificio necessario per raggiungerlo. L'ipotetico capo dei terroristi in grado di fornire informazioni utili a sventare un micidiale attentato non merita, pertanto, di essere rispettato nella sua dignità. La polizia dovrebbe agire non già in base all'alternativa posta dalle norme ordinarie (lecito/illecito, per l'appunto), bensì in base all'opzione offerta al terrorista con brutale realismo, di far l'eroe (subendo stoicamente la tortura) o di evitare i tormenti, tradendo la propria causa. La tortura non andrebbe pertanto esclusa nella situazione eccezionale sul tipo di quella ipotizzata nel quesito dal quale si sono prese le mosse. Essa andrebbe semmai regolamentata e sorvegliata a distanza da giudici internazionali, in grado di controllare e tele-comandare l'operazione da una postazione sita, ad esempio, in Ginevra o in Lussemburgo²⁰. La soluzione proposta potrà apparir poco soddisfacente, prosegue il sociologo tedesco, ma anche la totale inazione e la passiva accettazione che la vita di molti innocenti sia esposta al pericolo di un imminente atto terroristico appare inaccettabile. In presenza di *tragic choices* non esistono soluzioni indolori, né lecite, perché anche il lasciar sterminare una massa di persone si collocerebbe nella sfera dell'illecito²¹. Per questo – ad avviso di LUHMANN – la scelta non può che essere orientata alla neutralizzazione del pericolo, per il mantenimento dell'ordine sociale minacciato. I cittadini si aspettano questo dallo Stato ed è opportuno, sul piano genuinamente politico della stabilità sociale, che quelle aspettative non vadano deluse.

La descrizione e le conclusioni cui LUHMANN approda, certo suggestive e dotate di inconfutabile pragmatismo, si scontrano tuttavia con il rigido dogmatismo

²⁰ Ecco, testualmente, il cruciale passaggio nel quale Luhmann riassume la sua proposta favorevole alla tortura: *Zulassung von Folter durch international beaufsichtigte Gerichte, Fernsehüberwachung der Szene in Genf oder Luxemburg, telekommunikative Fernsteuerung, Verschiebung der Unterscheidung Recht/Unrecht in die Option des Opfers, Held oder Verräter zu sein.* cit., p. 27.

²¹ *<Unrecht auf jeden Fall>, Gibt es in unserer Gesellschaft,* cit., p. 30.

che ancora caratterizza l'approccio del giurista positivo, sensibile ai valori individualistici sui quali sono state costruite le costituzioni del secondo dopoguerra, nate – è bene ribadirlo – dal ripudio di esperienze autoritarie che avevano largamente profittato di “stati d'emergenza” reputati fatali per la sopravvivenza dell'ordine sociale.

LUHMANN coglie, argutamente, il lato paradossale di una costituzione come quella tedesca (ma il discorso potrebbe tranquillamente estendersi alla costituzione italiana, spagnola, portoghese, etc.) che pone a fondamento dello Stato (realtà collettiva) il valore irrinunciabile e per eccellenza individuale della dignità umana: di questo passo, la società sarebbe destinata a diventare una somma di monadi asociali, se non antisociali, protette in misura eccessiva nei propri diritti personali²².

Vero. Ma non dobbiamo dimenticare che nell'affermazione incondizionata della dignità umana, quale limite invalicabile per il potere pubblico, risiede il nucleo prezioso di una garanzia capace di far da argine a derive autoritarie e liberticide (già tragicamente sperimentate nella prima metà del secolo scorso). L'ispirazione individualistica delle nostre moderne costituzioni e convenzioni internazionali non tanto realizzano un paradosso, quanto piuttosto pongono la fondamentale premessa per un equilibrio dialettico fra individuo e autorità, onde impedire che la forza della seconda non trovi ostacoli nello schiacciare il primo, pur col pretesto della ragion di Stato o delle situazioni d'emergenza.

Da una posizione teoricamente affine a quella di LUHMANN muove il penalista tedesco GÜNTHER JAKOBS, il cui pensiero merita qui di essere brevemente riassunto per le strette connessioni con il problema, qui discusso, della inviolabilità dei diritti in situazioni di emergenza.

Secondo questo autore, il diritto penale ha non tanto il compito di tutelare beni giuridici, bensì, più precisamente, quello di assicurare quell'aspettativa di sicurezza (*Erwartenssicherung*) che rende possibile un'ordinata vita sociale, garantendo al contempo le libertà individuali. JAKOBS muove dalla preoccupazione di salvare i tradizionali principi del diritto penale liberale. Egli sottopone a severa critica la tendenza espansiva del diritto punitivo, che trova principalmente espressione nell'incontrollata espansione di beni giuridici (*Rectsgüter*) e corrispondenti, disinvolute anticipazioni delle soglie di punibilità, nella proliferazione di fattispecie di pericolo astratto²³. Occorre – a suo avviso – porre un limite a questa crescita indiscriminata del penalmente rilevante, evitando di sanzionare semplici atteggiamenti interiori, pur animati da intenzioni criminali. Né è accet-

²² *Gibt es in unserer Gesellschaft*, cit., p. 30 e 31.

²³ *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, 751 ss.

tabile – dal punto di vista di un diritto penale liberale – che siano criminalizzate o contrastate condotte, semplicemente per la loro asserita idoneità a generare un “clima spirituale” favorevole alla devianza (*Klimaschutzdelikte*)²⁴. Tuttavia, in presenza di circostanze eccezionali capaci di turbare la stabilità sociale, si può giustificare l'introduzione (temporanea) di norme penali e processuali volte a garantire le aspettative di sicurezza coltivate dai cittadini. Bisogna essere consapevoli del carattere emergenziale di tali norme (in realtà, espressione di un diritto di polizia, sotto le mentite spoglie di diritto penale), che va tenuto distinto dal diritto penale di marca liberale, per evitare inique contaminazioni. Sarebbe anzi opportuno relegare queste norme eccezionali in leggi speciali, lasciando che nei codici (penale, e processuale di esecuzione penale) trovino spazio solo le norme elaborate dalla tradizione penale classica. Nasce così, da un istintivo impulso a proteggere le garanzie liberali, la distinzione fra diritto penale del cittadino (*Bürgerstrafrecht*) e diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*)²⁵. La distinzione sarà poi ripresa e approfondita, circa vent'anni dopo, in un clima sociale profondamente segnato dalle tragedie del terrorismo internazionale.

Nel 2005, JAKOBS pubblica un saggio nel quale pone la questione se il terrorista abbia diritto ad essere trattato come persona²⁶, dove il termine “persona” riassume in sé l'attitudine ad essere titolare dei diritti di libertà assicurati dallo Stato demo-costituzionale. Posto che compito di quest'ultimo è garantire la sicurezza e, con essa, le legittime aspettative dei cittadini nell'esercizio delle libertà individuali, bisogna ammettere che tale risultato non può essere assicurato dal tradizionale strumentario offerto dal diritto penale. Il potere pubblico è attrezzato per reprimere condotte offensive confinate nel passato, non per fronteggiare pericoli attuali che si proiettano nel futuro. Un sequestro di persona va considerato diversamente secondo che sia compiuto da una comune organizzazione criminale o da una banda terroristica. Diverso è il fine che ispira le relative condotte²⁷. Nel caso della banda terroristica, possiamo star sicuri che il delitto si iscrive in una strategia gravida di ulteriori comportamenti illeciti capaci di destabilizzare l'ordine sociale, creando un'insicurezza destinata a prolungarsi nel tempo. La pena detentiva sarebbe di per sé insufficiente a neutralizzare quel tipo di pericolo. Lo Stato verrebbe meno a quel suo fondamentale compito, se non adottasse i mezzi adeguati a soddisfare le aspettative di sicurezza dei cittadini. Si tratterà di mezzi eccezionali, nel senso che sono destinati a durare il tempo giusto necessario per

²⁴ *Kriminalisierung im Vorfeld*, p. 782.

²⁵ La prima formulazione di questa distinzione, divenuta celebre nelle controversie dottrinali post 11 settembre 2001, risale precisamente al saggio *Kriminalisierung im Vorfeld*, cit., p. 783.

²⁶ *Terroristen als Personen im Recht?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, 839 ss.

²⁷ *Terroristen als Personen*, cit., p. 844.

neutralizzare il pericolo. Ma sono eccezionali anche in altro senso, giacché il loro uso obbedisce alla sola regola (pragmatica) dell'efficacia neutralizzante, senza subire i vincoli derivante dal rispetto dei diritti inviolabili della persona. Prevale qui una logica preventiva (poliziesca) da diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*), estranea al diritto penale ordinario (*Bürgerstrafrecht*), che di quei diritti deve restare garante. Del resto, il terrorista si è collocato fuori del sistema con una scelta reversibile, che potrebbe fargli riacquistare il titolo di "persona" e, grazie ad esso, il pieno rispetto dei propri diritti individuali²⁸. Sta in lui "meritare" quelle garanzie individuali che lo Stato assicura a tutti, in astratto. Ma fintanto che la sua scelta, criminale e violentemente antisociale, non sarà rinnegata, egli dovrà essere trattato come un pericolo costante per la società, con la conseguenza che potranno essere usati, nei suoi confronti, mezzi adeguati a rimuovere quel pericolo, non esclusa, in casi estremi, la tortura o l'eliminazione fisica²⁹. Prevenzione *ante-* e *post delictum* sono qui messe sullo stesso piano: ciò che conta è sventare il pericolo.

JAKOBS ritiene di trovare conferma a queste sue posizioni nella legge sulla sicurezza dei voli (*Luftsicherheitsgesetz*), emanata proprio nel 2005 dal Parlamento tedesco. Il § 14 di quel provvedimento normativo attribuiva all'esercito l'eccezionale potere di abbattere l'aereo sequestrato da terroristi, per scongiurare il pericolo di una strage analoga a quella newyorkese del settembre 2001. Il giurista tedesco ravvisa in tale norma una forza "esplosiva" con rimarchevoli conseguenze sul piano sistematico. L'abbattimento dell'aereo poteva, infatti, comportare l'uccisione non solo dei terroristi, ma anche dei passeggeri e dell'equipaggio a bordo del velivolo sequestrato. Orbene – ragiona JAKOBS – se in ipotesi del genere, lo Stato arriva addirittura al punto di mettere in conto la vita di vittime innocenti, a maggior ragione l'interrogatorio di un terrorista potrà avvenire con modalità investigative anche brutali, che non tengano conto dei limiti normalmente imposti dal necessario rispetto della dignità umana³⁰. Quand'anche lo Stato non regolasse con legge le situazioni d'emergenza provocate dalle imprese terroristiche, si porrebbe comunque il problema di fronteggiare con mezzi eccezionali un pericolo esiziale per la società³¹. Alla domanda iniziale ("meritano i terroristi di essere trattati come persone"?) viene pertanto data risposta negativa, per

²⁸ *Terroristen als Personen*, cit., pp. 849-850.

²⁹ Non sarà indispensabile arrivare a tanto, ma bisogna essere consapevoli che le situazioni d'emergenza esigono interventi drastici e che possono fornire pretesto a degli abusi: *Terroristen als Personen*, cit., p. 849.

³⁰ Sarebbe pertanto possibile superare i limiti posti – per i casi ordinari – dal § 136a *Strafprozessordnung* (norma grosso modo corrispondente al nostro art. 65 c.p.p.).

³¹ Ad analoghe conclusioni, sostanzialmente muovendo dal postulato etico del "male minore" in un contesto di *tragic choice*, perviene A. M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works?*, Yale University Press, 2002, (trad. it. *Terrorismo*, Roma, Donzelli, 2003, 125 ss.)

la buona ragione – già ricordata – che un fenomeno come il terrorismo non può essere affrontato con l'arsenale offerto dal diritto penale ordinario.

In realtà, la “forza esplosiva” che avvalorerebbe l'esistenza di un “diritto penale del nemico” e sulla quale JAKOBS ha impostato i suoi ragionamenti è stata disinnescata dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco con la sentenza del 15 febbraio 2006³². Sentenza che ha dichiarato parzialmente illegittimo il citato § 14 del *Luftverkehrsgesetz*. Dei principali (e convincenti) passaggi di tale decisione conviene qui dar brevemente conto, per la parte che interessa il tema dei diritti inviolabili come limiti ad interventi *lato sensu* preventivi.

I giudici costituzionali tedeschi esaminano separatamente due ipotesi: *a*) quella del velivolo sequestrato da terroristi con gli ostaggi (passeggeri, membri dell'equipaggio) ancora vivi a bordo e *b*) quella del velivolo con a bordo i soli terroristi senza passeggeri o con passeggeri tutti deceduti.

Nel primo caso, la soluzione scelta dal legislatore (sacrificare l'esistenza di vittime innocenti per salvare altre possibili vittime) è in netto contrasto col divieto di usare strumentalmente la vita delle persone per evitare la possibile (ma non necessariamente sicura) morte di altre persone: risuona qui il secondo imperativo categorico dell'etica kantiana: *agisci in modo da trattare l'uomo così in te come negli altri sempre anche come fine, non mai solo come mezzo*. Anche l'autorità statale è vincolata a quell'imperativo: suo compito è preservare l'incolumità e, con essa, la *Menschenwürde* di chi, passivamente coinvolto nel sequestro dell'aereo, sarebbe trattato alla stregua di un oggetto da sacrificare³³. Né sarebbe lecito obiettare a una simile conclusione che lo Stato – non potendo percorrere la strada dell'abbattimento dell'aereo sequestrato – verrebbe meno al dovere di salvare le vite di chi è minacciato dalla caduta rovinosa del velivolo. Questo perché l'imperativo di astenersi (nei confronti dei passeggeri e dell'equipaggio sequestrati) da misure lesive della dignità e dell'incolumità personale, prevale sull'obbligo, eventuale e indeterminato, di proteggere altre persone minacciate dalla possibile caduta dell'aereo³⁴.

³² Il testo della sentenza è accessibile (anche in lingua inglese) al seguente URL: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html

³³ *Bundesverfassungsgericht*, sent. 15 febbraio 2006 (1 BvR 357/2005), punti 121-124 e 134 della motivazione. Nella sentenza si lascia intendere (punto 130) che l'eventuale abbattimento di un aereo sequestrato dai terroristi potrebbe – nel caso concreto – apparir giustificato sotto il profilo dello stato di necessità. Spetterà in quel caso alla giurisdizione ordinaria stabilire se davvero sussistevano gli estremi della scriminante. Diversamente, il giudice costituzionale deve stabilire se la norma impugnata sia legittima in quanto autorizzi, in linea generale ed astratta, l'abbattimento di un aereo sequestrato con passeggeri ed equipaggio a bordo: norma indiscutibilmente illegittima alla luce degli artt. 1 e 2 del *Grundgesetz*, che tutelano rispettivamente la dignità e la vita di quei soggetti.

³⁴ *Bundesverfassungsgericht*, sent. 15 febbraio 2006, cit., punto 138.

Nel secondo caso (aereo con a bordo i soli terroristi, lanciato come una bomba contro cittadini inermi), l'abbattimento sarebbe invece legittimo, senza tuttavia configurarsi come lesivo della dignità umana, che va riconosciuta anche al terrorista. Quest'ultimo non sarebbe trattato, infatti, alla stregua di mero oggetto pericoloso da neutralizzare, ma come persona responsabile dell'aggressione posta in essere. Quando il pericolo non può essere altrimenti scongiurato, si reagisce nei confronti del terrorista in maniera adeguata e proporzionata all'attacco sferrato. E proprio perché va difesa – nei limiti del possibile – anche la sua vita e la sua dignità di uomo, la decisione di abbattere l'ipotetico aereo-bomba va presa con grande cautela, nel rispetto del principio di proporzionalità, nella triplice componente di *idoneità, indispensabilità e proporzione in senso stretto*.

In particolare, la misura dell'abbattimento soddisfa il requisito di *idoneità*, in quanto misura che punta a salvare la vita di vittime innocenti, senza mettere a repentaglio la vita di altre vittime altrettanto estranee all'atto terroristico³⁵.

Essa soddisfa altresì il criterio di *indispensabilità*, quando sia constatata la mancanza di altre misure meno gravi e costose (in termini di vite umane) adeguate a sventare il pericolo³⁶.

Soddisfa, infine, la *proporzione in senso stretto*, perché la gravità della misura (abbattimento dell'aereo con soli terroristi a bordo) appare giustificata dal (e proporzionata al) bene che si vuol salvaguardare, una volta appurata la reale consistenza del pericolo in corso. In altre parole, all'abbattimento dell'aereo e all'eliminazione fisica dei terroristi si può giungere solo se v'è certezza circa l'intento stragistico che li anima; dal che si ricava che, proprio nel rispetto della vita e della dignità degli stessi sequestratori, ogni sforzo va fatto per evitare la drastica misura³⁷.

Il giudice costituzionale tedesco si fa carico, infine, della possibile obiezione fondata su quell'articolo 19 del *Grundgesetz* che impedisce allo Stato di comprimere il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, individuabile nella vita e nella dignità della persona³⁸. Affiora il seguente interrogativo: come giustificare,

³⁵ *Bundesverfassungsgericht*, sent. 15 febbraio 2006, cit., punti 145-146.

³⁶ *Bundesverfassungsgericht*, sent. 15 febbraio 2006, cit., punti 147-148.

³⁷ *Bundesverfassungsgericht*, sent. 15 febbraio 2006, cit., punti 150-152.

³⁸ L'esistenza di questo nucleo incompressibile trova riscontro testuale nell'art. 19, comma 2, della Costituzione tedesca, dove si legge che "in nessun caso un diritto inviolabile può essere scalfito nel suo contenuto essenziale". Ciò ha propiziato il formarsi di un pensiero costituzionalistico incline a ravvisare nella dignità umana (*Menschenwürde*) il limite invalicabile e, al contempo, il criterio ispiratore di ogni manifestazione del potere pubblico che pretenda di esprimersi come forza coercitiva e limitativa di diritti individuali. Si vedano, al riguardo, le significative prese di posizione di W. E. BÖCKERNFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2011, p. 189 ss.

alla luce del limite costituzionale all'uso della forza, l'abbattimento dell'aereo con la conseguente, pressoché certa soppressione fisica dei terroristi? La risposta sta nella necessità, per lo Stato, di proteggere la vita dei terzi minacciati: uno dei due beni va inevitabilmente sacrificato. S'impone una scelta che ragionevolmente si orienta alla sopravvivenza dei cittadini innocenti³⁹. La scelta del male minore. Solo entro questi limiti può quindi legittimamente sopravvivere la norma che autorizza l'abbattimento di un ipotetico aereo-bomba. Se proprio non se ne può fare a meno per salvare altre vite umane, il terrorista può essere eliminato fisicamente, ma questo – è bene ricordarlo ancora – non passa per una negazione della sua dignità come uomo. È il risultato di una scelta estrema che appare eticamente e giuridicamente giustificata proprio perché il terrorista l'ha resa necessaria.

Ho indugiato con una certa pignoleria sui passaggi cruciali di questa sentenza, perché l'insegnamento che se ne può trarre è di notevole importanza ai fini del nostro tema.

Pur nei tempi tragici che ci è dato di vivere, anche la prevenzione antiterrorismo va contenuta entro limiti di civiltà e rispetto della persona. Diversamente da quanto afferma JAKOBS, i terroristi, pur irriducibili, sono “persone”, vale a dire, soggetti titolari di diritti al pari dei comuni cittadini; l'ordinamento deve proteggere anche la loro vita e la loro dignità, fin tanto che la minaccia da loro rappresentata non sia tale da mettere a repentaglio la vita di terzi.

Basta questo per ricavarne l'illegittimità di qualsiasi pratica violenta o di tortura che – come detto – autori quali LUHMANN, JAKOBS, ma anche DERSHOWITZ, sarebbero inclini a mettere in campo nello scenario di una *ticking time bombe*. La dignità umana resta, deve restare, baluardo inviolabile.

Le manifestazioni attuali del terrorismo internazionale stanno mettendo in discussione principi e affermazioni di diritti individuali che credevamo acquisite una volta per tutte ai nostri ordinamenti costituzionali. L'obbligo dello Stato di proteggere i diritti fondamentali dei cittadini, di tutti i cittadini, viene relativizzato, in situazioni d'emergenza, come dimostrano le reazioni del governo statunitense agli attacchi del settembre 2001 e del governo francese alla carneficina del 13 novembre 2015. Si dirà che si tratta di reazioni di marca politica, propiziate dall'emozione e dalla collera che quelle aggressioni hanno provocato

Benché la Costituzione italiana non contenga una esplicita disposizione volta a salvaguardare in termini assoluti il “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali, è lecito e ragionevole supporre l'esistenza di un principio implicito dello stesso tenore di quello espresso nel citato art. 19, comma 2, del *Grundgesetz*, principio segnalato dal generico, ma eloquente, riferimento ai “diritti inviolabili dell'uomo” che compare nell'art. 2 della nostra Carta fondamentale. Il nucleo duro, non scalfibile, dell'invulnerabilità sta proprio nella dignità della persona.

³⁹ *Bundesverfassungsgericht*, sent. 15 febbraio 2006, cit., punto 153, dove si torna a sottolineare il doveroso rispetto del principio di proporzionalità, quale condizione affinché la scelta di neutralizzare fisicamente il terrorista possa dirsi legittima in base ai parametri del *Grundgesetz*.

nell'opinione pubblica. Ma la politica interviene su un terreno già dissodato e seminato dai teorici dell'emergenza. Le soluzioni giuridiche che la politica escogita (attribuzione di poteri speciali alla polizia anche nel campo delle indagini proattive; uso dell'esercito in funzione preventiva; istituzione di tribunali straordinari per giudicare i "nemici-combattenti", etc.) hanno i loro convinti sostenitori. Gli argomenti da questi usati sono tutt'altro che risibili. Hanno anzi il pregio di affrontare un problema spinoso con la consapevolezza della complessità dei valori in gioco.

La complessità cui alludo trova conferma nella circostanza che le sole categorie giuridiche sono insufficienti e inadeguate ad affrontare la questione dei diritti inviolabili e delle possibili deroghe al rispetto degli stessi. Esprimere opinioni favorevoli o contrarie all'uso di mezzi e misure che sacrificano la vita o la dignità della persona, la cui pericolosità si vuol neutralizzare, comporta una preventiva opzione di tipo essenzialmente morale. Nei casi di *tragic choices*, un bene va necessariamente sacrificato. Si tratta di stabilire sulla base di quali presupposti e con quali modalità la forza pubblica (polizia, esercito, servizi di *intelligence*) sia legittimata a intervenire in situazioni d'emergenza. E si tratta altresì di accordarsi su quali siano, precisamente, gli scenari emergenziali che ammettono o addirittura impongono l'uso della forza, anche con conseguenze letali: il kamikaze intenzionato a cagionare il maggior numero possibile di vittime non è assimilabile al capo-terrorista caduto nella rete della polizia, per riprendere l'esempio dal quale muove LUHMANN. Sarebbe discutibile – in nome di un efficace contrasto al terrorismo – equiparare le due situazioni, al fine così di legittimare l'uso di qualsiasi mezzo nei confronti del terrorista arrestato.

A ben vedere, la vera differenza – nel dibattito fra giuristi – sta nel valore che si intende assegnare alla dignità umana.

Chi – con LUHMANN, JAKOBS e DERSHOWITZ – ritiene che non sussistano limiti invalicabili per la forza pubblica, ogniqualevolta si prospetti un pericolo grave per la collettività, arriva facilmente alla conclusione che non solo l'aereo sequestrato possa essere abbattuto, ma altresì che il terrorista catturato possa essere maltrattato o torturato, per costringerlo a fornire informazioni utili a sventare possibili attentati. Ogni spietatezza sarebbe consentita pur di raggiungere lo scopo. E si sa – anche da lontane esperienze che dovrebbero servire da monito – quanto la paura di eventi terribili sia cattiva consigliera nella scelta di trattamenti inumani, destinati talvolta persino a cadere sulla persona sbagliata.

Per chi, invece, asseconda il pensiero espresso nella citata e condivisibile sentenza con la quale il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato parzialmente illegittima la legge sulla sicurezza dei voli, la dignità umana va sempre rispettata, anche nei confronti del terrorista, col risultato che l'uso pur estremo della forza nei suoi confronti può essere legittimato in limitate situazioni di emergenza e necessità,

solo per salvare da morte pressoché certa le vittime di un'aggressione. Mai potrebbe essere giustificato l'uso della tortura o di trattamenti degradanti nei confronti di un terrorista arrestato, al fine di prevenire ipotetici attentati. Prevenzione e repressione saranno forse meno efficaci, ma sarà in compenso salvaguardato – quanto meno sul piano dei principi – quell'attributo di umanità del sistema politico senza il quale la convivenza civile scadrebbe in barbarie.

La preferenza per quest'ultima posizione assomiglia molto a un atto di fede o, se si preferisce, a una sorta di tabù, da mantenere solo per l'irrazionale timore che la sua demolizione provoca. Indubbiamente, la dignità umana è elemento fondante il nostro attuale assetto sociale: il dialettico, spesso conflittuale rapporto fra individuo e autorità non la deve ledere. In essa ritroviamo il nucleo vitale di un principio giuridico che racchiude un'opzione di etica civile, una scelta politico-culturale frutto – come già osservato in precedenza – della lezione tratta da esperienze autoritarie negatrici della *Menschenwürde*. In ciò sta anche la sua fragilità. È sufficiente un mutamento d'umore in un'opinione pubblica sconvolta da lutti e stragi per far dimenticare le ragioni – a loro volta gravi e luttuose – che indussero gli autori delle costituzioni italiana, tedesca, portoghese, spagnola, a “riconoscere” i diritti inviolabili della persona.

Può darsi che il proposito, qui affermato, di rispettare incondizionatamente la dignità umana offra margini di manovra di cui i terroristi non godrebbero, se la forza pubblica potesse intervenire con ogni mezzo a prevenire le loro azioni distruttive. È certo, tuttavia, che un cedimento su questo terreno – quand'anche confinato in un *Feindstrafrecht* destinato fatalmente a espandersi ad altre futuribili emergenze e a tipi d'autore oggi non pronosticabili – metterebbe a repentaglio un fondamento essenziale della convivenza democratica e segnerebbe per ciò stesso un punto a favore dell'inciviltà e, in definitiva, una resa all'ideologia terroristica.

Interviste

INTERVISTA A GIOVANNI CANZIO
PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

1. *Quali sono i più gravi problemi di cui soffre la Corte di cassazione? Quali iniziative si possono adottare per farvi fronte?*

La Corte di cassazione versa in uno stato di profonda e visibile crisi di funzionamento e d'identità.

I dati statistici, aggiornati al 31 dicembre 2015, segnano l'insuccesso di una strategia mirata alla deflazione delle pendenze e del pesante arretrato, riguardante prevalentemente il settore civile, mediante il mero aumento della produttività, fino al limite dell'esaurimento delle energie dei magistrati e del personale amministrativo.

Nel settore civile sono mancati interventi legislativi incidenti sul flusso dei ricorsi per cassazione, del tipo di quelli messi in atto con risultati positivi negli uffici di merito anche mediante una serie di incentivi per la c.d. degiurisdizionalizzazione e la previsione del "filtro" in appello. Nel 2015, pertanto, è rimasto stabile l'alto numero delle iscrizioni (29.966, di cui va rimarcato il dato patologico dell'imputazione del 38,5% al settore Tributi e del 20,2% al settore Lavoro e Previdenza), mentre le pendenze sono aumentate fino a 104.561 (+ 3,8%), il valore più elevato in assoluto fra le varie annualità. Nel contempo la durata media dei procedimenti è aumentata fino a 44,4 mesi e il pur altissimo tasso di definizioni (26.199: -7,1%) e di produttività del singolo magistrato (n. 215,7 provvedimenti: -5,6%) si è rivelato inidoneo a fronteggiare l'impatto della domanda, a causa dell'ormai avvenuto superamento del limite di impiego delle risorse dell'apparato.

Anche per quanto riguarda il settore penale il progetto riformatore messo in campo dal Governo e dal Parlamento (mediante gli istituti dell'assenza, della messa alla prova, della particolare tenuità del fatto, le misure alternative di deflazione del carcere e, più in generale, del sistema sanzionatorio, in una logica prevalente di prevenzione e di depenalizzazione) sta dando risultati incoraggianti negli uffici di merito, ma non per la Cassazione. A fronte di una sopravvenienza di circa 53.539 ricorsi (-4,1%), le eliminazioni (51.702: -3,5%), nonostante l'incremento di produttività di ciascun consigliere (487 provvedimenti contro i

477 del 2014), s'avvicinano infatti alla sopravvenienza ma non la superano sicché, fermo l'indice di ricambio al 96,6%, la pendenza aumenta fino a 35.980 procedimenti (+ 5,4%). Nel settore penale, peraltro, vanno rimarcati risultati positivi: la durata media dei procedimenti (7 mesi e 9 giorni) resta al di sotto della soglia europea; il numero delle prescrizioni è irrisorio (677 pari all'1,3% delle definizioni); il tasso d'inammissibilità dei ricorsi resta altissimo (64,2%) e di queste decisioni il 64,2% è pronunciato dalla Settima sezione; le decisioni di rigetto sono pari al 14,3% e quelle di annullamento, con o senza rinvio, solo al 19,3%.

L'enorme divario quantitativo dei ricorsi trattati e decisi dalla Corte italiana rispetto alle Corti Supreme di ogni altro Paese europeo rende incomparabile la nostra esperienza giudiziaria con quella delle altre Corti. La qualità della giurisdizione di legittimità rischia di scadere, com'è reso palese dal moltiplicarsi dei contrasti interni e dalla scarsa incidenza, sul flusso dei ricorsi, dei pur significativi principi di diritto affermati dalla Corte.

In tale situazione la Cassazione non riesce a esercitare efficacemente la funzione nomofilattica, a costruire "isole di ordine" (M. TARUFFO) o di uniformità, sufficientemente solide e idonee a dissipare il "disordine entropico" del mondo reale dell'esperienza giuridica e ad assicurare alla complessità del sistema una pur limitata e provvisoria stabilità.

Gli sforzi compiuti negli ultimi anni, obiettivamente significativi e imponenti, non si sono rivelati decisivi, per contrastare il progressivo slittamento di una Corte "del precedente" verso il più modesto ruolo di Corte "di revisione o di terza istanza", non funzionale all'interesse generale della collettività nell'ottica del principio di uguaglianza.

Per fronteggiare l'emergenza e superare la crisi di identità della Cassazione, s'impone l'urgente e coraggioso avvio di un percorso di autoriforma, mediante l'adozione, anche sperimentale, di misure organizzative "interne", radicali e inedite, le quali richiedono un condiviso approccio culturale degli stessi magistrati di legittimità, al fine di assicurare la coerenza, la qualità e l'autorevolezza della funzione nomofilattica.

Occorre mettere in campo una serie di interventi che, in una logica di semplificazione e accelerazione delle procedure, portino in breve tempo a risultati concreti. Vanno valorizzate e implementate le misure riguardanti:

- i compiti di direzione organizzativa dei Presidenti di Sezione, motore propulsivo e di raccordo del lavoro sezionale;
- la funzione di "filtro" e decisione dei ricorsi della Sesta sezione civile e della Settima sezione penale e l'assetto dell' "ufficio spoglio sezionale", snodo decisivo per l'esame preliminare dei ricorsi;
- il potenziamento dei tirocini formativi, anche nella prospettiva dell'estensione per legge alla Cassazione del regime di cui all'art. 73 d.l. n.

- 69/2013, così da costituire, con i magistrati assistenti di studio, “l’ufficio per il processo di cassazione”;
- la specializzazione per materia e la composizione di collegi stabili;
 - l’adozione di forme semplificate e di schemi concisi di motivazione dei provvedimenti, sulla base di “protocolli logici” fondati sui più autorevoli “precedenti” di legittimità;
 - il collegamento fra l’attività giurisdizionale delle Sezioni e l’Ufficio del Massimario, con particolare riguardo al progetto di realizzazione di un archivio “dinamico” delle massime, accanto all’ipertrofico archivio “storico” (circa 516.000 massime civili e 168.000 penali);
 - il monitoraggio, su iniziativa del Ministero e d’intesa con l’Avvocatura, dei protocolli sulla redazione degli atti di parte e delle sentenze, in termini di sinteticità ed essenzialità, sulla falsariga di quanto stabilito per il processo amministrativo;
 - il massiccio utilizzo degli strumenti informatici e delle comunicazioni telematiche (obbligatorie dal 15 febbraio 2016), primo passo per l’avvio anche in Cassazione del processo civile telematico e della digitalizzazione avanzata del processo.

Con particolare riguardo al settore civile, è assolutamente prioritario apprestare un piano straordinario di riduzione dell’arretrato costituito da circa 105.000 procedimenti, molti dei quali pendenti da oltre tre anni e di cui ogni anno la Corte riesce a smaltire un numero nemmeno pari alle sopravvenienze.

Va peraltro sottolineato il peculiare dato dell’imputazione del 68% della pendenza complessiva della Corte alle sezioni Tributaria (46%, pari a 48.209 procedimenti) e Lavoro (22%, pari a 22.991 procedimenti), caratterizzate entrambe da una tipologia di contenzioso accorpabile per la serialità delle questioni, anche con l’ausilio dell’Avvocatura dello Stato. Sembra legittimo a questo punto ripensare, con spirito innovativo, all’intero sistema della giustizia tributaria di merito come giurisdizione speciale e chiedersi se, nel perverso intreccio fra il proliferare delle fonti normative e le varieguate letture giurisprudenziali, non sia preferibile istituire presso i tribunali e le corti d’appello sezioni specializzate in materia di tributi.

Per quanto riguarda le Sezioni ordinarie, occorre procedere, anche alla luce del successo di recenti esperienze sezionali, a delineare un percorso di definizione accelerata delle pendenze più remote, mediante l’accorpamento dei ricorsi seriali o comunque connessi ed avvalendosi di una sistematica attività di spoglio, diretta dai presidenti di sezione e finalizzata alla trattazione in collegi con distribuzione programmata in più largo arco temporale.

Particolare attenzione dovrà esser riservata alla Sesta Sezione “filtro” per la sua evidente funzione strategica, coordinandone efficacemente l’attività con le Sezioni ordinarie e definendo puntualmente i criteri, omogenei fra le sezioni, in

base ai quali, di volta in volta, il ricorso debba essere trattato dalla Sesta o dalla corrispondente Sezione ordinaria, riservando tendenzialmente a quest'ultima i casi nei quali sia necessaria una motivazione più estesa della decisione.

Inoltre, tenuto conto delle limitate risorse disponibili e dell'ormai insuperabile indice di produttività di ciascun consigliere, si richiede una quota di risorse aggiuntive, composta, oltre che dagli assistenti di studio per legge assegnati al Massimario, da un congruo numero di tirocinanti, anche *ex art.* 73 d.l. n. 69/2013, che, negli uffici spoglio sezionali, costituiscano l'"ufficio per il processo di cassazione", alla stregua di quanto avviene presso altre Corti Supreme.

Un ulteriore appello, infine, al Legislatore. Si astenga dal novellare ancora il testo dell'art. 360 n. 5 c.p.c., quale risultante dalla riforma introdotta dal d.l. n. 83/2012, che ha compresso nettamente, con una disciplina più stringente, lo spettro del vizio di motivazione denunciabile per cassazione. La riduzione dell'area del sindacato di legittimità dei vizi dell'argomentazione al minimo costituzionale va nella giusta direzione e, come tale, è stata illustrata nelle decisioni delle Sezioni Unite del 2014, sì da costituire ormai il diritto vivente in materia.

Quanto al settore penale, sembra prossima l'approvazione del disegno di legge governativo n. 2067, già scrutinato dalla Camera dei Deputati e all'esame del Senato, che, per la parte riguardante le impugnazioni penali individua una serie di incisive modifiche:

- a) l'appellabilità del provvedimento di archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere;
- b) la limitazione dei casi di ricorribilità avverso la sentenza di patteggiamento;
- c) la costruzione di un modello legale della motivazione in fatto della decisione di merito, che si accorda con l'onere di specificità e decisività dei motivi di ricorso;
- d) il ripristino del concordato sulla pena in appello;
- e) la disciplina semplificata della dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione in casi determinati e per i ricorsi contro le sentenze di patteggiamento e di concordato sulla pena in appello (definiti per circa l'80% con l'inammissibilità);
- f) l'esclusione del ricorso personale dell'imputato (22,1% nel 2015);
- g) il rafforzamento della sanzione pecuniaria in caso d'inammissibilità del ricorso;
- h) la delimitazione del ricorso alla sola violazione di legge in caso di "doppia conforme" assolutoria;
- i) il raccordo fra Sezioni semplici e Sezioni Unite per rafforzarne la stabilità nomofilattica;
- j) l'allargamento delle ipotesi di annullamento senza rinvio;
- k) la semplificazione del procedimento correttivo dell'errore materiale.

Il descritto intervento riformatore, per la sua efficacia deflativa, potrebbe arrecare un immediato beneficio a taluni settori nevralgici del giudizio penale di cassazione.

2. *Quali sono le cause della durata eccessivamente lunga delle udienze penali in Cassazione? Ne possono risultare comprese la fase della discussione e la collegialità delle decisioni?*

La durata delle udienze penali è sicuramente eccessiva, ma ciò principalmente a causa del sovraccarico dei ruoli in alcune sezioni, soprattutto in quelle che trattano la materia della criminalità organizzata e i numerosi procedimenti relativi a misure cautelari personali e reali, anche di particolare complessità, che debbono essere comunque trattati prioritariamente, nonché, più in generale, dall'esigenza di trattare celermente i processi per i quali sono prossimi i termini di scadenza della custodia cautelare o di prescrizione dei reati.

Alcuni difensori chiedono talora, anche col consenso degli altri difensori presenti all'udienza, l'anticipata chiamata del processo che li riguarda, preannunciando una rapida discussione o addirittura la rinuncia alla stessa. Ritengo che, in tal caso, l'ordine di chiamata dei processi possa essere modificato dal Presidente soltanto se sussistano effettive esigenze dell'ufficio per mutare l'ordine di ruolo prefissato e tutti i difensori presenti vi consentano. Ritengo, invece, che l'"invito" rivolto al difensore dal Presidente a riportarsi semplicemente ai motivi di ricorso non sia legittimo, né che sia ammissibile la "rinuncia" del relatore a una pur sintetica relazione.

Nei mesi scorsi sono stati sollecitati i Presidenti delle sezioni penali, segnatamente di quelle che più frequentemente risultano protrarre l'orario d'udienza in ora notturna, ad una più attenta fissazione dei ruoli di udienza, tenendo in considerazione che i tempi di definizione media dei ricorsi penali, a differenza di quelli civili, risultano ampiamente al di sotto dell'anno, durata ritenuta adeguata e congrua dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La discussione nell'udienza penale va tuttavia limitata, per quanto riguarda i difensori, all'illustrazione dei motivi di ricorso per cassazione e alle questioni di diritto che ne costituiscono l'oggetto, mentre capita non di rado che i difensori si dilunghino nella trattazione del merito della causa e costringano i presidenti dei collegi a intervenire, doverosamente, per richiamarli all'essenzialità della discussione. Ciò non esclude che sia nelle udienze pubbliche che nelle camere di consiglio partecipate i difensori debbano avere la possibilità di esporre le loro tesi, entro i limiti temporali proporzionati alla complessità delle questioni trattate, evitando ripetizioni e inutili digressioni.

La collegialità, a sua volta, va salvaguardata anche attraverso una relazione della causa agile, chiara e sintetica che consenta agli altri componenti del collegio di individuare i punti da approfondire in camera di consiglio e alle parti di illustrare le rispettive posizioni, senza dover ripercorrere l'intero iter del processo.

3. *Qual è il ruolo effettivo che svolge, nell'economia complessiva della Corte di cassazione la Settima sezione penale? Poiché l'inammissibilità del ricorso sterilizza gli effetti estintivi della prescrizione maturata nelle more del giudizio di legittimità, potrebbe questo principio giurisprudenziale favorire dichiarazioni di inammissibilità in luogo delle pronunce di rigetto dei ricorsi? Il filtro d'inammissibilità finisce per perseguire solo finalità deflative?*

La prescrizione, a distanza di oltre dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 che ne ha modificato la disciplina, continua ad essere un tema controverso. Ho in più occasioni espresso l'avviso che essa, irragionevolmente, continua a proiettare la sua efficacia nel corso del processo, dopo l'esercizio dell'azione penale o addirittura dopo che è stata pronunciata la condanna; mentre sarebbe logico, almeno in quest'ultimo caso, che il legislatore ne prevedesse la sterilizzazione dell'effetto estintivo del reato, intervenendo più correttamente sulla misurazione adeguata dei tempi del giudizio di appello.

Il filtro realizzato dall'attività dei magistrati delegati all'esame preliminare dei ricorsi è essenziale per la Corte, alla quale nel 2015 sono pervenuti oltre 53.000 ricorsi penali, di cui il 22% circa proposti personalmente dall'imputato. La selezione preliminare dei ricorsi viene effettuata scrupolosamente dai magistrati addetti che, secondo le disposizioni tabellari, sono presenti nei collegi della Settima sezione penale in numero di regola non superiore a due, essendo assicurata quindi sempre la presenza di altri componenti della sezione ordinaria di provenienza "non spogliatori" e coassegnati alla Settima sezione. Del resto, il numero di ricorsi dichiarato inammissibile presso le sezioni ordinarie è tuttora elevato (il 35,8% del totale dei ricorsi dichiarati inammissibili, poco meno di 12.000, a fronte dei poco più di 21.000 dichiarati dalla Settima sezione penale), a dimostrazione che un alto tasso di inammissibilità viene rilevato anche nelle udienze che si svolgono dinanzi alle sezioni ordinarie.

La Settima sezione penale nel 2015 ha definito con ordinanza di inammissibilità 21.246 procedimenti (pari al 64,2% dei procedimenti definiti con provvedimento di inammissibilità), operando un vaglio non formale essendo stati restituiti alle sezioni ordinarie 943 procedimenti (3,9% dei sopravvenuti): un numero superiore, questo, a quello dei procedimenti nei quali il difensore, pure avvertito del vaglio d'inammissibilità del ricorso, ha depositato una memoria difensiva.

All'elevato numero di procedimenti trattati dalla Settima sezione penale corrisponde la durata media più elevata rispetto alle sezioni ordinarie (otto mesi e sette giorni). La più elevata durata dei tempi di definizione della Settima potrebbe, peraltro, incentivare la presentazione di ricorsi inammissibili, al solo fine di ritardare l'irrevocabilità delle sentenze di condanna o di patteggiamento (l'81,3% di questi è trattato dalla Settima sezione ed è risolto in termini d'inammissibilità dei ricorsi) e la loro esecuzione.

4. *Qual è la Sua opinione sulla proposta di ritenere inammissibili i ricorsi sottoscritti dal solo imputato, spesso redatti in realtà da difensori non abilitati?*

Come ho più volte ribadito non posso che essere favorevole all'eliminazione della possibilità per l'imputato di presentare personalmente il ricorso per cassazione. Il fenomeno influisce, infatti, sensibilmente sul numero dei ricorsi penali sottoposti all'esame della Corte. Nel 2015 i ricorsi personali sono stati 11.359 procedimenti (pari al 22,1%), nel 2013 e nel 2014 rispettivamente 12.331 (23,3%) e 12.061 (22,6%).

5. *Ritiene che il dialogo e la collaborazione tra magistrati e avvocati sia utile e possibile? Sarebbe auspicabile una drastica riduzione dei patrocinanti in Cassazione (come avviene in quasi tutti gli ordinamenti dell'Unione Europea)?*

Un esempio importante e recente di dialogo tra magistrati e avvocati è costituito dal Protocollo di intesa sottoscritto lo scorso 17 dicembre 2015 dal Presidente della Corte di cassazione e dal Presidente del Consiglio Nazionale Forense. Si è preso atto delle difficoltà derivate nella gestione dei procedimenti innanzi alla Corte di cassazione dal moltiplicarsi di ricorsi, motivi aggiunti e memorie, talora sovradimensionati nell'esposizione di motivi ed argomentazioni, nonché dalla riscontrata incomprendenza del senso e dei limiti del c.d. principio di autosufficienza del ricorso affermato dalla giurisprudenza. Si è concordato che il sovradimensionamento degli atti difensivi di parte sia di ostacolo alla effettiva comprensione del loro contenuto essenziale, con effetti negativi sulla chiarezza delle questioni e sulla celerità della decisione. Si è considerato che una notevole semplificazione può derivare dall'adozione di uno schema redazionale dei ricorsi tale da definirne il contenuto e agevolarne l'immediata comprensione da parte del giudice, senza che l'eventuale mancato rispetto della regola della sinteticità comporti un'automatica sanzione di tipo processuale. Confido che gli schemi predisposti nell'ambito del progetto comune sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali

vengano osservati, precisando che costituisce un obiettivo impegno della Corte quello di assicurare che anche le sentenze cassazione siano più chiare, sintetiche e di facile comprensione.

L'importanza della sinteticità e chiarezza degli atti cui dovrebbero attenersi sia le sentenze che i ricorsi e gli atti difensivi delle parti non può che essere interesse comune di avvocati e magistrati ed è mia ferma intenzione sostenere la necessità di incrementare la scelta della c.d. "motivazione semplificata", per quanto riguarda le decisioni che non pongano problemi di nomofilachia. Una significativa riduzione della dimensione dei ricorsi, in modo da poterne contenere la stesura in un ragionevole numero di pagine, tenendo conto della eventuale maggiore o minore complessità dell'impugnazione, mi è sembrata pertanto una richiesta ragionevole che il CNF ha accolto con spirito di disponibilità, nella consapevolezza, peraltro, che non si volessero stabilire regole che determinassero conseguenze di tipo sanzionatorio (di qualsiasi tipo) sugli atti processuali eventualmente non ottemperanti ai criteri di chiarezza e sinteticità. Va altresì sottolineata la nuova riflessione sul senso da attribuire da parte della Corte al principio di autosufficienza, nel senso che con tale formula si è inteso richiamare il rispetto dei canoni di specificità, completezza e chiarezza di ogni singolo motivo di ricorso.

Va rimarcato, infine, che, anche a seguito del Protocollo d'intesa con il CNF, è stato istituito recentemente presso il Ministero della Giustizia un Gruppo di lavoro che si sta occupando di elaborare modifiche normative e regolamentari dirette alla semplificazione del processo di cassazione, sia nel settore civile che in quello penale.

Quanto al numero degli avvocati cassazionisti, è indubbio che esso è troppo elevato rispetto agli altri Paesi dell'UE (il che non può non incidere sul numero e sulla qualità dei ricorsi per cassazione). Ma va dato atto del processo riformatore intrapreso a partire dal 2015 nella giusta direzione di un'accurata selezione e specializzazione degli avvocati che aspirano all'iscrizione all'albo dei patrocinanti dinanzi alle giurisdizioni superiori.

Vorrei anche aggiungere che mi sembra auspicabile una più forte interazione e contaminazione del ceto dei giuristi italiani – magistrati, avvocati, professori –, non solo mediante momenti comuni di formazione professionale (già in atto in molte sedi), ma anche attraverso il meccanismo istituzionale della partecipazione alla giurisdizione di legittimità in virtù dei "meriti insigni". Istituto, quest'ultimo, che finora non ha dato purtroppo buoni risultati, a mio avviso soprattutto a causa di una non puntuale selezione degli aspiranti da parte dell'Accademia e della stessa Avvocatura.

6. *Assumono sempre maggiore rilievo nella società moderna i valori della prevedibilità e della uniformità delle decisioni giudiziali. Che cosa si può fare per conseguire un più alto tasso di prevedibilità e uniformità delle decisioni della Corte di legittimità?*

La nomofilachia riveste, nei moderni sistemi giuridici, un ruolo decisivo per la certezza del diritto, essendo diretta, nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, a rendere chiari i criteri interpretativi di fondo a cui si ispira e ad assicurare uniformi standard di tutela dei diritti fondamentali. La certezza del diritto garantisce, infatti, la conoscibilità del comando della legge, la prevedibilità, la coerenza e l'effettività delle decisioni e quindi, l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e la fiducia nei confronti della Magistratura. Il Paese ha sete di legalità ed efficienza della giustizia e necessita che la legge venga applicata in modo rapido e uniforme a garanzia del principio di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge.

Spetta però al Parlamento apprestare le misure necessarie perché la giurisdizione possa adempiere l'alto compito di garanzia affidatole dalla Costituzione. La risposta alla domanda di giustizia, infatti, deve essere non solo equa e razionale ma anche resa in tempi ragionevoli. Per tale motivo è necessario fronteggiare l'emergenza in cui si trova la Corte di cassazione e avviare un efficace percorso di definizione dell'arretrato (oltre 105.000 sono i procedimenti civili pendenti, di cui circa il 50% di natura tributaria e, tra questi ultimi, il 40% vede come parte lo Stato).

In attesa di decisi interventi legislativi sul flusso patologico dei ricorsi e tenuto conto che a fronteggiare l'impatto della domanda non si rivela sufficiente nemmeno l'elevato tasso di definizioni e di produttività dei magistrati, occorre l'adozione con estrema urgenza di una serie di iniziative normative, sia sul versante processuale che ordinamentale, che consentano di portare in breve tempo a risultati concreti.

In tema di definizione dell'arretrato civile, sono indispensabili taluni interventi mirati, quali:

- l'introduzione della procedura camerale non partecipata quale via ordinaria della trattazione dei ricorsi assegnati alle sezioni semplici che non presentino questioni di diritto di particolare rilievo (ferma restando l'udienza pubblica per la trattazione di quest'ultimi), caratterizzata dal contraddittorio eventuale delle parti mediante un apporto scritto e mirato e da una motivazione contratta del provvedimento decisorio in forma di ordinanza;
- la semplificazione del procedimento per la definizione dei ricorsi dinanzi alla Sesta sezione civile, mediante l'eliminazione della relazione del consigliere, assicurandosi alle parti la possibilità di esercitare il diritto di difesa per iscritto.

- to attraverso il deposito di memorie e prevedendosi che la Corte decida con le forme ed il rito analogo a quello stabilito per il processo penale dinanzi alla Settima Sezione con l'art. 611 cod. proc. pen.;
- l'estensione alla Corte di cassazione dei tirocini formativi previsti dall'art. 73 d.l. 21.6.2013, n. 69 per gli uffici di merito. L'assegnazione di un congruo numero di tirocinanti negli uffici spoglio sezionali, sotto la guida di consiglieri esperti, consentirebbe di costituire l'ufficio per il processo di cassazione alla stregua di quanto avviene presso altre Corti supreme, così realizzandosi un valido e stabile supporto organizzativo all'attività giurisdizionale delle sezioni, in sinergia con quanto già previsto dall'art. 74 del d.l. cit. con riguardo ai magistrati destinati all'Ufficio del Massimario con compiti di assistenti di studio;
 - la possibilità di applicare i magistrati addetti all'Ufficio del massimario che abbiano una maggiore anzianità di servizio, tenendosi conto delle esigenze del predetto ufficio, alle sezioni della Corte per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali di legittimità.

Con particolare riguardo alla definizione del contenzioso tributario che costituisce circa il 50% del totale di tutto l'arretrato civile della Corte, con una sopravvenienza di circa 10.000 processi l'anno, nel solco degli interventi operati con il decreto legge n. 69 del 2013 per la definizione del contenzioso pendente in materia civile e del lavoro presso le corti di appello, sarebbe utile prevedere la nomina, limitatamente alla definizione dei processi civili tributari pendenti, di giudici ausiliari della Corte di cassazione, da individuarsi nelle categorie professionali di cui al comma 3 dell'art. 63 del predetto decreto che abbiano acquisito una particolare esperienza in materia tributaria (ad es. per avere svolto con merito un numero considerevole di anni quale componente delle commissioni tributarie).

Al fine, poi, di coniugare l'esigenza della necessaria stabilità degli incarichi direttivi con le peculiarità proprie di quello di presidente di sezione della Corte di cassazione (in cui risultano preminenti le esperienze e le incombenze di carattere giurisdizionale), appare necessario ridurre da quattro a tre anni il limite di età per il conferimento delle funzioni direttive stabilito dall'art. 35 d.lgs. 5.4.2006, n. 160. Ciò consentirebbe di evitare, al contempo, il sensibile fenomeno delle dimissioni ante-tempo di quei consiglieri che, dopo lunghi anni di esercizio delle funzioni di legittimità, non assicurano almeno quattro anni prima della data di collocamento a riposo, anche in ragione dell'abbassamento del limite massimo di età per la cessazione dal servizio.

Quanto al settore penale, tenuto conto del numero impressionante dei ricorsi iscritti ogni anno (ben 53.539 nel solo 2015), appare urgentissimo completare l'esame, da parte del Senato, del disegno di legge governativo n. 2067, già licenziato dalla Camera, che individua una serie di modifiche incisive finalizzate ad

una deflazione delle sopravvenienze presso la Suprema Corte. Laddove i tempi e gli impegni parlamentari non consentano di giungere in tempi brevi all'approvazione dell'intero testo legislativo, sarebbe davvero necessario e urgente procedere allo stralcio e all'approvazione della parte riguardante le impugnazioni penali.

7. *Come si configurano, nell'odierno Stato di diritto e nella concreta governance dei fenomeni economico-sociali, i rapporti tra il Potere politico, legislativo ed esecutivo, e l'ordine giudiziario? Dove trova il suo reale fondamento la legittimazione della Magistratura e come immagina il "modello" di magistrato, oggi?*

La crisi del primato della legge impone innanzitutto al Legislatore di esercitare l'*ars legiferandi* con sapienza, formulando norme chiare, precise, comprensibili, conoscibili, osservabili, precedute dall'analisi di sostenibilità qualitativa e quantitativa e di empirica verificabilità della fattispecie normata. Sarebbe auspicabile, pur nella mutevolezza degli assetti economico-sociali da cui è contraddistinta la modernità, che il Legislatore evitasse d'intervenire sul tessuto normativo con modifiche troppo frequenti, spesso ispirate a logiche emergenziali poco attente ai profili sistematici dell'ordinamento, rendendo così difficile il formarsi di orientamenti giurisprudenziali di lungo periodo e, per ciò stesso, più stabili ed affidabili.

Cito solo due esempi di attualità: il reato d'immigrazione clandestina e l'istituto della prescrizione, in ordine ai quali è in atto una riflessione del Parlamento e del Governo. Per il primo, non vi è dubbio che la risposta sul terreno del procedimento penale si è rivelata inutile, inefficace e per alcuni profili dannosa, mentre la sostituzione del reato con un illecito e con sanzioni di tipo amministrativo, fino al più rigoroso provvedimento di espulsione, darebbe risultati concreti.

Quanto alla prescrizione, si è più volte ribadito che essa, irragionevolmente, continua a proiettare la sua efficacia pure nel corso del processo, dopo l'avvenuto esercizio dell'azione penale o addirittura dopo che è stata pronunciata la sentenza di condanna di primo grado, mentre sarebbe logico, almeno in questo caso, che il legislatore ne prevedesse il depotenziamento degli effetti.

A sua volta, l'insostituibile opera del giudice nella costruzione del "diritto vivente" pretende rigore metodologico, rispetto dei canoni di gradualità, proporzionalità, adeguatezza nella conformazione del dato normativo alla concretezza dei casi: cioè, saggezza pratica e buon senso – la *wisdom* anglosassone – nell'esercizio dell'*ars interpretandi*.

Il modello di giudice disegnato sia nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (2010) 12 "sui giudici: indipendenza, efficacia e

responsabilità”, sia nella “Magna Charta” del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei, approvate il 17 novembre 2010, collega saldamente la legittimazione del giudice alla costruzione di una figura professionale connotata da stringenti requisiti di capacità e deontologia, solo per ciò autorevole. Conoscenza e etica del limite, queste le caratteristiche del giudice europeo, nel raccordo tra potere, dovere e responsabilità, sì da scongiurare il rischio che la supplenza della magistratura, all’incrocio fra politica, economia e diritto, sposti il fondamento della legittimazione sul terreno delle pratiche del consenso popolare.

Questi testi, seppure di *soft law*, esigono dal giudice consapevolezza delle legittime aspettative dei singoli e della collettività, misurazione dei tempi, costante arricchimento del patrimonio di conoscenze e competenze, qualità del servizio, capacità di ascolto delle ragioni degli altri, dialogo con l’Avvocatura e contaminazione culturale con l’intera comunità dei giuristi, giustificazione delle decisioni in un linguaggio semplice e chiaro, effettività e ragionevolezza delle soluzioni adottate, equilibrio e moderazione nel linguaggio, sobrietà nei comportamenti, leale collaborazione con le altre Istituzioni. Serietà, professionalità, efficienza, rispetto della legalità e della dignità della persona e una sincera passione democratica devono caratterizzare, ancora più marcatamente, la figura del magistrato, per sapere meglio cogliere la complessità della realtà economico-sociale, sottraendosi tuttavia alla logica del consenso popolare, affinché prevalgano solo le esigenze di giustizia e di tutela dei diritti della persona.

Così, nei confini del perimetro ideale in cui si delinea la legittimazione dei giudici, trova adeguata soluzione o almeno si sdrammatizza l’aspro dibattito sui rapporti della giurisdizione con l’economia, la politica e l’informazione, oltre che sul terreno del contrasto a ogni forma di terrorismo e di criminalità organizzata. La giurisdizione acquista altresì autorevolezza e credibilità dinanzi all’opinione pubblica e alle altre Istituzioni, mentre l’indipendenza e l’autonomia non appaiono come una prerogativa o un privilegio dei magistrati, bensì come la garanzia dei cittadini, in uno Stato di diritto, per l’applicazione equa e imparziale del diritto e per l’uguaglianza di essi dinanzi alla legge.

Spetta poi, in particolare, alla Corte di cassazione, giudice di legittimità, la definizione dei corretti criteri ermeneutici e il controllo di razionalità dell’opera di selezione della regola effettuata dal giudice di merito, al fine di evitare la deriva della giurisdizione verso l’instabilità del diritto “liquido”, in un giusto equilibrio tra la dimensione creativa e plurale del diritto giurisprudenziale e i principi di uniformità e prevedibilità della decisione.

A tal fine svolgono un ruolo determinante la rete della nomofilachia e il dialogo fra le Corti regolatrici, nazionali ed europee, per rendere coerente il circuito plurilivello della giurisprudenza e fissare comuni standard di tutela dei diritti fondamentali. Il fenomeno della formazione del “precedente” riveste, perciò, un

importante rilievo per il valore della certezza del diritto nei moderni sistemi giuridici, essendosi, fra l'altro, attenuata la tradizionale divaricazione della regola "*stare decisis*" negli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli di *civil law*. Anche il giudice di merito partecipa al circuito ermeneutico e prende contezza, nella struttura argomentativa della motivazione, dell'autorevole approdo interpretativo, faticosamente e pur provvisoriamente raggiunto.

La nomofilachia non è statica conservazione di orientamenti giurisprudenziali cristallizzati nel tempo, è capacità di adeguare l'interpretazione delle norme al continuo mutare delle esigenze e dei costumi, entro i confini consentiti ed alla luce dei principi posti dalla Costituzione, in modo il più possibile ordinato e coerente, così da rendere chiari i criteri di fondo cui il diritto vivente s'ispira, in un fecondo dialogo con lo stesso Legislatore.

Il reciproco e virtuoso esercizio dell'*ars legiferandi* e dell'*ars interpretandi* potrebbe così un solido punto di equilibrio nel ruolo e nella funzione nomofilattica della Cassazione (F. PALAZZO), al cui magistero è affidato il compito di sterilizzare il corto circuito fra la legalità formale della legge e la legalità effettuale della giurisprudenza. (Ettore Randazzo)

INTERVISTA AD ANDREA MASCHERIN
PRESIDENTE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

1. *Quali sono i più gravi problemi di cui soffre l'avvocatura? Quali iniziative ritiene che possano adottarsi per farvi fronte?*

Ritengo che il problema principale sia dato dalla mancanza di una compiuta identità, sociale prima che professionale. Solo il pieno riconoscimento da parte dell'opinione pubblica del nostro ruolo di difensori dei diritti e delle garanzie potrà spianare la strada anche ad un maggior peso "politico". Da parte sua il CNF ha intrapreso iniziative per rappresentare l'avvocatura alla pari con le principali istituzioni della magistratura, da qui la collaborazione con la Cassazione, vedi i protocolli sui ricorsi di fronte alla stessa, il protocollo in via di definizione con il CSM, quello allo studio con la Corte costituzionale. Innovativa e importantissima, quanto alle esigenze comunicative, l'iniziativa del quotidiano *Il Dubbio*, che vuole riportare i diritti al centro del dibattito sociale.

2. *Tra le principali difficoltà con cui i professionisti della giustizia devono confrontarsi vi è indubbiamente la durata dei processi, con quel che ne può derivare per l'effettività dei diritti di difesa e per la qualità delle decisioni. Le rappresentanze istituzionali ed associative della magistratura come dell'avvocatura, ben consapevoli delle conseguenze nel sistema giudiziario, si stanno cimentando nella ricerca di rimedi. Il timore di molti è che possano prevalere soluzioni riduttive delle garanzie fondamentali. Qual è la Sua posizione?*

Il processo deve durare il necessario per garantire il giusto processo. Credo si debba intervenire non sulle prerogative della difesa, ma sull'obbligatorietà dell'azione penale, sulla valorizzazione del principio di offensività, sulla affermazione del diritto penale minimo, sulla "promozione" dei riti alternativi, e sulla sempre maggiore qualificazione di avvocati e magistrati, anche nella tecnica di stesura degli atti e delle sentenze. La specializzazione degli operatori del processo non può che favorire le dinamiche temporali.

3. *L'istituto della prescrizione non cessa di far discutere. Da un lato, si auspica il congelamento della prescrizione una volta che è iniziato il processo (secondo altri con la sentenza di condanna). Non par dubbio, però, che, per come è attualmente configurata, la prescrizione è la più efficace garanzia contro il rischio di processi dalla durata indefinita. Qual è il Suo punto di vista al riguardo?*

Come già detto le ricette per la ragionevole durata del giusto processo sono quelle destinate anche a ridurre le lungaggini dello stesso. Ampliare i tempi di prescrizione vuole all'evidenza dire allungare i processi.

4. *Ritiene che, nel tentativo di individuare terapie in linea con il giusto processo e con i diritti dell'uomo, il dialogo e la collaborazione tra magistrati e avvocati sia utile e possibile? La recente collaborazione del CNF con i vertici della Corte di cassazione per la redazione di un modello di ricorso come inciderà nella qualità delle impugnazioni e delle sentenze?*

La collaborazione ai massimi livelli istituzionali è necessaria, non solo utile. La qualità e le conoscenze degli interlocutori non può che favorire scelte tecniche e culturali che non sempre sono alla portata della politica. I protocolli hanno aperto una strada nuova, ed è foriera certamente di risultati qualitativi importanti.

5. *Nella prospettiva dell'accelerazione della macchina giudiziaria, e segnatamente del controllo di legittimità, è accettabile un'attenuazione della garanzia della motivazione, consentendo cioè, seppure in taluni casi, motivazioni semplificate?*

Come già sottolineato, si tratta di promuovere la professionalità e le competenze degli operatori del processo. Nel bagaglio tecnico del giudice dovrà esservi anche la capacità di sentenze sintetiche, che non eludano la funzione della motivazione. Ovviamente saranno necessarie linee guida rigorose.

6. *Vi è largo accordo nel ritenere che la prevedibilità degli esiti sia il nocciolo garantistico del principio di legalità. Ritiene che essa possa bastare e compensare eventuali infedeltà al testo? Non c'è il rischio di uno sbilanciamento dei rapporti tra poteri dello stato e un'eccessiva attenuazione della distinzione tra ius dicere e ius facere?*

Ritengo che il concetto di prevedibilità degli esiti sia concetto accreditabile,

con prudenza, al processo civile, meno al processo penale. Certamente, quanto alle questioni di solo diritto, possono dirsi in alcuni casi raggiunti punti fermi, ma la costruzione della decisione finale dovrà sempre fare i conti con le argomentazioni difensive di qualità. E qui, ancora una volta, si torna alla importanza della tecnicità in capo ad avvocati e magistrati. L'avvocato dotato di tecnica saprà cogliere gli spunti per mettere in discussione esiti consolidati, se ve ne sarà lo spazio giuridico, il magistrato qualificato saprà cogliere lo spunto innovatore.

7. *Il CNF ha recentemente promosso un quotidiano nazionale, "Il dubbio", sia online sia cartaceo, in edicola dal 12 aprile Quali sono le ragioni e gli scopi di questa iniziativa?*

Credo che il dibattito intorno al processo penale abbia da tempo posto al centro la cultura della punizione, cosicché una condanna viene vista come una affermazione dello Stato (purché sia molto severa) ed una assoluzione come una forma di denegata giustizia. I diritti e le garanzie sono sempre più relegate a fastidiosi orpelli destinati solamente ad intralciare il rapido approdo alla pena, meglio se esemplare, il carcere è considerato esclusivamente come luogo di espiazione senza sconti e l'avvocato come il complice dell'assistito.

Se quanto sopra è vero, allora si capisce la necessità di un mezzo di comunicazione e discussione che vuole rimettere al centro i diritti dei cittadini, le garanzie degli imputati e la funzione altissima dell'avvocato. (Ettore Randazzo)

Letture

GAETANO CARLIZZI

TESTIMONIANZA ESPERTA, CAUSALITÀ PENALE
E TEORIA DELLA CONOSCENZA:

NOTE DI LETTURA SU SUSAN HAACK, LEGALIZZARE L'EPISTEMOLOGIA. PROVA,
PROBABILITÀ E CAUSA NEL DIRITTO^(*)

SOMMARIO: 1. Panoramica. – 2. Testimonianza esperta. – 3. Prova della causalità.

1. *Panoramica*

1.1. L'opera in commento costituisce l'edizione italiana parziale – apparsa nel 2015 per i tipi dell'Università Bocconi, grazie alla puntuale traduzione di Fabrizio Esposito e all'attenta cura di Giovanni Tuzet – del volume *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, pubblicato un anno prima da Cambridge University Press. Essa raccoglie alcuni dei saggi che Susan Haack, logica ed epistemologa di origini inglesi, professore di Filosofia e Diritto all'Università di Miami, ha pubblicato nell'ultimo decennio sui principali temi della prova giuridica.

Nel corso di una prima consultazione, il lavoro potrebbe suscitare un certo disorientamento, presupponendo nozioni di non comune dominio. Nozioni che coinvolgono non solo le immani categorie della teoria e della metateoria della conoscenza (es.: verità, giustificazione, probabilità e – rispettivamente – empirismo/razionalismo e coerentismo/fondazionalismo), ma anche questioni ancora dibattute tra gli specialisti della prova (prima fra tutte quella dei campi e dei modi di uso legittimo del Teorema di Bayes).

D'altro canto, al termine di una lettura cursoria, si potrebbe addirittura avvertire un senso di delusione, poiché Haack, trascinata da una foga polemica che talvolta va sopra le righe, si impegna a lungo nella dissacrazione delle opinioni recepite, mentre tende a lasciare in forma embrionale le proprie, quasi come se ritenesse che la loro giustificazione possa esaurirsi nella pars *destruens* che ne ha preceduto la formulazione.

Sennonché, come sovente capita, le prime impressioni sono infide, quanto meno in buona parte. Infatti, è solo aprendosi all'atteggiamento iconoclasta

^(*) Sono profondamente grato al Pres. Rocco Blaiotta e ai Prof. Giovanni Tuzet, Vito Velluzzi e Gianluca Gentile per le preziose osservazioni e critiche formulate su precedenti versioni di questo scritto.

dell'Autrice che il giurista ha l'opportunità di far luce nei sotterranei dei propri dogmi, e di scorgere così percorsi che neppure immaginava. Le seguenti riflessioni vorrebbero testimoniare che proprio questa è stata la mia esperienza.

1.2. Prima di entrare nel vivo, urge un chiarimento terminologico-concettuale. Sebbene il titolo dell'edizione italiana non ricalchi integralmente quello originale, esso restituisce bene l'ispirazione di fondo dell'opera, tanto da essere stato approvato anche da Haack. In particolare, da un lato, per quanto riguarda l'oggetto trattato, "epistemologia" non va intesa nell'accezione *continentale* (ma ormai recessiva, a causa del sopravvento anche in Europa dell'indirizzo analitico), cioè nel senso di studio di quella speciale forma di conoscenza che è la ricerca scientifica. Qui "epistemologia" indica, piuttosto, la teoria della conoscenza in generale, alla maniera *angloamericana* (determinata dalla scelta di Charles S. Peirce di tradurre l'espressione tedesca "*Erkenntnislehre*" con "*Epistemology*").

Dall'altro lato e soprattutto, per quanto riguarda il *modo* di trattazione, la "legalizzazione" progettata da Haack è bifronte. In senso *polemico*, si contrappone al progetto di Willard V.O. Quine, di recente tornato in auge, di "naturalizzare" la teoria della conoscenza, cioè di ridurla a scienza puramente *empirica*, basata sull'uso delle categorie e dei metodi delle scienze della natura, le cosiddette *hard sciences* (es.: fisica, biologia, chimica). In senso *costruttivo*, si propone come discorso *analitico* e *normativo*, ossia di chiarificazione del concetto di "conoscenza" e, rispettivamente, di prescrizione dei criteri di ottimale svolgimento della relativa attività.

Su queste basi, "*epistemologia giuridica*" assume un senso ben determinato: uso degli strumenti della teoria della conoscenza finalizzato alla soluzione dei problemi della prova giudiziaria. In altre parole: trattazione della natura, delle forme, delle fonti, dei metodi e dei requisiti di correttezza della ricognizione processuale dei fatti giuridicamente rilevanti.

1.3. Per ragioni di spazio, non potrò approfondire tutte le idee espresse al riguardo da Haack, in particolare:

- la sintesi "*fonderentista*" operata tra fondazionalismo e coerentismo, le due concezioni più influenti della giustificazione epistemica (elemento della definizione canonica di "conoscenza", insieme a credenza e verità);

- i *requisiti* di forza *probatoria* delle evidenze (o risultanze) processuali individuati a tale stregua (capacità di supporto, sicurezza indipendente e completezza informativa);

- la *metafora del cruciverba* escogitata per figurare il *modus operandi* della valutazione di questi requisiti (mi limito a far presente che essa non sembra catturare la sostanza dell'operazione almeno per tre ragioni, cioè perché il cruciverba

completato: è apprezzabile nei termini categorici dell'esattezza/inesattezza, mentre il giudizio probatorio lo è in quelli gradualistici della maggiore o minore correttezza; può ambire al più a un'armonia interna consistente nella coerenza formale tra le voci che lo compongono, mentre nel giudizio probatorio si tratta di congruenza materiale tra evidenze e conclusione, basata su un criterio inferenziale; offre una soluzione complessiva inizialmente ignota, mentre il giudizio probatorio muove ed è guidato da ipotesi di soluzione più o meno dettagliate dalle parti del processo).

– le *controbiezioni* mosse a chi ritiene che il *sistema accusatorio* sia in insanabile *contrasto* con l'esigenza di ricerca della *verità* (Peirce e Bentham), dunque con la giustizia quale fine ultimo del processo e del diritto;

– le *critiche alle dottrine* propense a risolvere in termini puramente probabilistico-matematici le intricate questioni probatorie di competenza del giudice;

– i numerosi aspetti di *divergenza* rilevati tra l'impresa della *scienza* e quella del *diritto*, eletti a cause principali delle varie difficoltà d'uso del sapere specialistico in ambito giudiziario.

1.4. Piuttosto, mi concentrerò su due problemi di stretto interesse penalistico – testimonianza esperta e prova della causalità –, e svilupperò un confronto tra il modo in cui sono stati affrontati dalla cultura giuridica americana, di cui il testo in esame offre un buon resoconto, e da quella italiana, a partire dal suo formante giurisprudenziale. Tutto ciò nella speranza di alimentare quella *demitizzazione* di pregiudizi correnti, in cui riposa il valore propriamente filosofico dell'opera di Haack, come di ogni altra produzione dello spirito.

2. Testimonianza esperta

2.1. Il testimone esperto del sistema giudiziario americano (*“expert witness”*) è l'omologo dell'ausiliario specialistico del processo italiano, il quale assume nomi diversi a seconda del tipo di rito e di soggetto coadiuvato: perito (di ufficio) oppure consulente tecnico (di parte o di ufficio). In entrambi i casi, si tratta di valutare elementi probatori che richiedono un insieme di competenze, teoriche o pratiche, corrispondente a una disciplina più o meno accreditata nel campo sconfinato del sapere umano. Simili sono, infatti, le definizioni stabilite nei due ordinamenti, facendosi riferimento a un soggetto in possesso di “conoscenza scientifica, tecnica o altrimenti specializzata” (*Federal Rule of Evidence* 702, come modific. nel 2011), di “specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche” (perito, *ex art. 220*, comma 1, c.p.p.) o di “particolare competenza tecnica” (consulente tecnico, *ex art. 61*, comma 1, c.p.c.).

Negli Stati Uniti, il regime giuridico della testimonianza esperta si è consolidato al termine di una lunga evoluzione, codeterminata dalle Corti giudiziarie e dalla legislazione federale. Per quanto riguarda il processo penale italiano, invece, mancando una disciplina *ad hoc* dell'istituto, determinanti sono state le puntualizzazioni fatte dalla Corte di Cassazione, soprattutto in una sentenza del 2010.

Nonostante l'importanza di quest'ultima innovazione, essa è stata non solo *trascurata* a livello istituzionale, ma anche *fraitesa* da quegli autori che l'hanno considerata come il risultato della mera recezione del modello americano. Che si tratti di un fraintendimento, è argomentabile proprio a partire dal testo di Haack, ricostruendo la logica interna dell'evoluzione indicata (2.2.) e chiarendo perché essa non può essere stata fatta valere pedissequamente nel processo penale italiano (2.3.).

2.2. L'evoluzione del regime della testimonianza esperta nel sistema giudiziario americano si è caratterizzata almeno sotto un triplice profilo.

Innanzitutto, è avvenuta nel segno della tendenziale *indifferenza* per la distinzione tra materia *penale* e materia *civile*. Al riguardo, si consideri che essa ha avuto inizio con una sentenza della Corte d'Appello del Distretto di Columbia in un caso di omicidio (Frye, 1923); è stata ravvivata dall'introduzione nel 1975 della Regola probatoria federale (FRE) 702, non limitata a un particolare ramo processuale; si è assestata con tre sentenze della Corte Suprema relative a casi di responsabilità civile (Daubert, 1993; Joiner, 1997; Kuhmo Tire, 1999); è giunta a compimento con due modifiche in successione della indicata FRE 702, la prima di carattere sostanziale (2000), la seconda formale (2011).

In secondo luogo, l'evoluzione in esame è avvenuta in stretta e costante aderenza al problema dell'*ammissibilità* della testimonianza esperta. Ciò è dipeso dall'organizzazione del sistema giudiziario americano. Essendo improntato al principio della divisione del lavoro probatorio tra giudice togato (chiamato a risolvere le questioni circa l'ingresso nel giudizio delle fonti e delle relative risultanze) e giuria laica (chiamata a valutare tali risultanze), esso ha dovuto fare i conti con un rischio di overdose o di saturazione informativa. Intendo il pericolo che l'introduzione indiscriminata di evidenze specialistiche non fosse adeguatamente gestibile da giudicanti occasionali come i membri della giuria.

Infine, la stessa evoluzione è stata dominata da una parziale *eterogenesi* dei fini. Per comprendere l'osservazione occorre tratteggiare l'evoluzione in esame. L'originario criterio di ammissibilità della testimonianza esperta, fissato dalla sentenza *Frye*, consisteva nella "generale accettazione" del sapere testimoniale da parte della comunità specialistica di riferimento.

Nel 1975 il legislatore federale decise di codificare il regime di ammissibilità, ma si limitò a esigere, nella *FRE 702*, che la testimonianza esperta fosse "rilevante

e non altrimenti vietata dalla legge” (formula riecheggiata dal nostro art. 190, comma 1, c.p.p.), senza far cenno al requisito della generale accettazione.

La conseguente questione circa l’abrogazione implicita del criterio-Frye (a livello federale) provocò un contrasto di giurisprudenza, tanto da imporre l’intervento della Corte Suprema nel caso *Daubert*. La Corte adottò una soluzione intermedia: va garantita, sì, l’attendibilità del testimone esperto, cioè che questi non sia un ciarlatano, ma non sulla base del criterio-Frye, troppo esigente nella sua pretesa di generalità, bensì di quattro criteri *di massima*. In questo senso, la teoria esplicativa proposta dal testimone esperto deve essere stata: sottoposta a test (o almeno essere testabile); esaminata in forma di *peer-review* e pubblicata in volumi specialistici; corredata di un tasso di errore noto, nonché resa controllabile in base a standard noti; diffusamente riconosciuta nel proprio campo. Il tetralogo fu ampliato in sede di rinvio dal giudice Kozinski, il quale pretese altresì che la teoria si fosse formata prima del, e indipendentemente dal, processo. Dunque, da un approccio severo che guardava alla qualità *intrinseca* del sapere specialistico (generale accettazione), si passò a un approccio liberale che valorizzava perlopiù qualità di contorno, in particolare relative alla *metodologia* sottostante (tetralogo, poi divenuto un pentalogo).

Il cammino di liberalizzazione proseguì con altre due sentenze. Dapprima, *Joiner*, che criticò la distinzione tra metodologia e conclusioni specialistiche, e si accontentò che tra risultanze processuali e tesi degli esperti non vi fosse una “lacuna analitica troppo grande”.

Poi, *Kuhmo Tire*, la quale, pur senza rifiutare i criteri-Daubert, enfatizzò il loro carattere puramente orientativo, e concluse che ciò che conta davvero è che la testimonianza esperta risulti utile dal punto di vista informativo. A suggello dell’evoluzione intervennero due riforme in successione della FRE 702, la quale attualmente richiede che la testimonianza esperta: sia utile ai fini probatori; abbia una base empirica sufficiente; si richiami a una metodologia attendibile; abbia effettivamente fatto uso di tale metodologia.

La parziale *eterogenesi* dei fini accennata poco sopra risiede esattamente in ciò: pur essendosi evoluto in senso *liberale*, il regime di ammissibilità illustrato ha finito per limitare in misura notevole l’introduzione di testimonianze esperte nel processo *civile*, mentre non ha inciso allo stesso modo nel processo *penale*.

2.3. Nel 2010, la Corte di cassazione ha preso approfonditamente posizione sullo statuto processuale del sapere scientifico, in un caso di morte per mesotelioma pleurico da esposizione all’amianto (Cass., sez. IV, 43786/10, Cozzini, est. Blaiotta, sviluppata in seguito dallo stesso estensore in Cass., sez. IV, 16237/13, Cantore). La sentenza non è stata valorizzata fino in fondo, già a livello istituzionale: l’Ufficio del Massimario ne ha ricavato soltanto due massime, relative ai

presupposti del nesso causale e, rispettivamente, della prevedibilità dell'evento. La "svista" ha contagiato la dottrina, che ha variamente commentato la pronuncia, ma con riguardo preponderante alle due questioni indicate.

D'altro canto, anche quando si è occupata della sentenza Cozzini sotto il profilo del regime giuridico del sapere scientifico, la dottrina si è in genere affidata al rassicurante stereotipo che la rappresenta come una fotocopia di Daubert. Ma stanno davvero così le cose?

Credo di no, in quanto ritengo che le cause e i fini che hanno improntato la parte in esame della sentenza Cozzini integrino un senso ben diverso dalla logica evolutiva del regime della testimonianza esperta negli USA, esaminata *sub* 2.2. A tal riguardo, precisato che gli specialisti escussi nel giudizio di merito erano in disaccordo, in particolare, circa l'idoneità di esposizioni all'amianto successive alla prima ad accelerare il manifestarsi del mesotelioma pleurico, ecco i criteri che la Cassazione individua per risolvere controversie siffatte (§ 16):

Si può provare a indicarne alcun[i]. Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove.

Tre sono gli aspetti che colpiscono di primo acchito: l'implicito *caveat* iniziale ("Si può provare", "alcuni"), la gran quantità dei criteri enumerati e la loro deliberata elasticità. La valorizzazione di tali aspetti dovrebbe scongiurare identificazioni con un modello, il tetralogo (poi pentalogo) della sentenza Daubert, costituito invece da un insieme *limitato* di criteri *tassativi*. La differenza non è irrilevante, né, soprattutto, accidentale, ma riflette la indicata diversità di cause e di fini che hanno improntato la sentenza Daubert (e le altre tappe dell'evoluzione tratteggiata *sub* 2.2.), da un lato, e la sentenza Cozzini, dall'altro lato. Mentre la prima *non* ha inteso valere *soltanto* per la materia *civile* (tanto da costituire in seguito un punto di riferimento anche per la giurisprudenza penale), la seconda si è *limitata* alla materia *penale*. Mentre la prima è intervenuta sul piano dell'*ammissibilità* della testimonianza esperta, per *evitare sovraccarichi* di conoscenza alla *giuria*, la seconda (inserendosi in un sistema nel quale il giudice professionale concentra nelle proprie mani ogni decisione sull'ingresso delle fonti e

delle evidenze, nonché sulla valutazione di queste ultime) è intervenuta sul piano dell'*attendibilità* del sapere specialistico, per *guidare* le decisioni sul punto della stessa *giurisprudenza*. Mentre la sentenza Daubert non ha introdotto limitazioni particolarmente severe all'ingresso del sapere specialistico, la sentenza Cozzini, sia pure con quella ragionevolezza che si impone in ogni esercizio di nomofilachia, si è sforzata di contenere le possibilità di apprezzamento giudiziale di tale sapere. In breve: mentre Daubert ha ambito a *liberalizzare* l'introduzione di testimonianze esperte nel processo (ciò che di fatto è avvenuto nel solo campo penale), Cozzini si è proposta di *rigorizzare* l'accreditamento delle relative risultanze.

Né, per sostenere la tesi della piena sovrapponibilità di Cozzini a Daubert, varrebbe richiamarsi al seguente passo della prima pronuncia, il quale sembra riflettere quell'esigenza di superare il criterio-Frye che ha costituito il movente della seconda: "Senza dubbio, non è possibile ritenere che l'utilizzazione di una legge scientifica imponga di ritenere che essa abbia riconoscimento unanime". Trattasi, infatti, di un passo incidentale, che non compare nella parte contenente la criteriologia esaminata, bensì in una parte precedente (§ 15), dove occorreva fugare il dubbio, ingenerato dall'argomento di una delle difese, che una teoria scientifica non sia accettabile sol perché contestata da qualche specialista. Insomma, il fatto che Cozzini rifiuti realisticamente la logica severa della *generale accettazione*, sottostante a Frye (come, peraltro, aveva già fatto la importante Cass., S.U. 9163/05, Raso, est. Marzano, ivi citata) non implica certo che essa accolga la logica liberale che si accontenta della *presumibile affidabilità*, sottostante a Daubert. Essa si colloca, piuttosto, tra i due poli, in omaggio all'aureo principio "*in medio stat virtus*". Il rilievo non ha un valore soltanto teorico, poiché è qui che presumibilmente si giocherà l'eventuale influsso di Cozzini sulla giurisprudenza avvenire.

In definitiva, Cozzini non è un clone di Daubert, come molti hanno semplicisticamente sostenuto, ma è solo il tentativo della *ragione* di far fronte a questioni nuove con mezzi *totipotent*i, dunque già sperimentati in passato per problemi relativamente simili.

3. Prova della causalità

3.1. Il tema ha un'importanza speciale nel volume in esame, tanto da venire alla ribalta negli ultimi due capitoli, che stanno quasi a coronamento dell'intera indagine. Molte delle questioni trattate in precedenza (requisiti di garanzia epistemica, ruolo della probabilità matematica e statistica nel processo, regime di ammissibilità della testimonianza esperta ecc.) sfociano in esso come in una sorta di crocevia.

D'altro canto, per ragioni teoriche che ho cercato di chiarire nel recente articolo *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione*, gran parte dei problemi che il volume etichetta come "probatori" appartengono, in realtà, alla dimensione della sussunzione nel concetto di "causalità". Nondimeno, per evitare confusioni, nel prosieguo mi atterrerò all'ottica di Haack, che corrisponde a quella dominante anche in letteratura.

Tanto premesso, occorre stare attenti ancora una volta all'interna stratificazione del discorso dell'Autrice: dal livello generale, valevole per ogni tipo di causalità, si passa al livello di dettaglio della causalità *civile*, con particolare riguardo ai casi, assai dibattuti in un Paese tecnologicamente all'avanguardia come gli USA, di responsabilità da esposizione a sostanze tossiche.

Qui cercherò di tesaurizzarlo attraverso un doppio movimento. Da un lato, enucleando le informazioni e le critiche salienti dei due livelli di discorso (3.2.); dall'altro lato, riflettendo sugli insegnamenti che possiamo trarne per una migliore comprensione del regime italiano della causalità penale, frutto della specificazione giurisprudenziale del laconico dato normativo (artt. 40, 41 e 45 c.p.) (3.3.).

3.2. In termini generali, due sono, secondo Haack, i modelli utilizzabili per la conferma di una certa ipotesi esplicativa. Un modello "*giuridico*" e un modello "epistemologico". Il primo è chiamato così in quanto riflette il diritto delle prove americano, come determinato dalla prassi giudiziaria (ma con significative eccezioni). La sua logica è *atomistica*, esigendo che ciascuna delle evidenze prodotte a sostegno di un'ipotesi sia già isolatamente in grado di suffragarla.

Il secondo modello è chiamato "*epistemologico*" perché corrisponde alla gnosologia condivisa da Haack, secondo cui, a causa dei limiti (e come conferma l'esperienza) della conoscenza umana, essa, normalmente, può ambire tutt'al più a conferme costituite dal collegamento sinergico tra una pluralità di evidenze, ognuna delle quali di per sé insufficiente a tal fine. In questo senso la logica del modello è *molecolare* (Haack usa l'espressione "quasi olistico"), e può essere espressa con la metafora del *mosaico*, la cui effigie sta in bella mostra sulla copertina del volume.

Il discorso generale si precisa sul piano particolare della responsabilità *civile* da esposizione a sostanze tossiche, dove è prevalso l'uso del modello atomistico. Ciò ha spinto la giurisprudenza ad andare alla ricerca di tipi di evidenze di per sé probatoriamente determinanti. Tra i tipi più utilizzati spicca quello del *rischio più che raddoppiato* ($R > 2$), considerato come condizione (ora necessaria, ora sufficiente, ora necessaria e sufficiente) di prova della causalità. In base a tale dottrina, la prova della causalità dipende in ogni caso dalla produzione di un'evidenza secondo cui, posto un gruppo G di individui I, i membri E del sottogruppo dei soli esposti a una sostanza S corrono un rischio R di contrarre una malattia M pa-

ri a più del doppio di quello corso dagli I. Cercherò di illustrare con un esempio la logica sottostante alla dottrina. Poniamo che il rischio (r^1) di M per gli I sia del 15%, e che il R di M per gli E sia del 35%, dunque superiore al doppio di r^1 . In tal caso, R risulta scomponibile nello stesso r^1 (15%, pari a circa 0,43 del totale), collegato alle cause comuni a tutti gli I, e in r^2 (20%, pari a circa 0,57 del totale), collegato all'esposizione a S, valevole per i soli E. Ora, dato che nel processo civile vale lo standard probatorio del "più probabile che non"; dato che tale standard è soddisfatto se l'ipotesi di una parte ha una probabilità superiore a 0,5; dato che, nell'esempio indicato, è proprio il $R > 2$ che comporta il superamento di questa soglia; ecco che, in tutti i casi del genere, l'ipotesi che fa leva su tale tipo di rischio deve ritenersi provata.

La critica svolta al riguardo da Haack è convincente: la dottrina del $R > 2$, convertendo automaticamente una rilevazione *epidemiologica* in accertamento del *concreto* nesso *causale*, incorre in una confusione ricorrente. Si tratta della confusione tra probabilità *statistica* e probabilità *logica*, tra *pericolosità* di una sostanza per un *gruppo* e sua *efficacia* nella produzione della malattia di un *individuo*. In breve: tra causalità *generale* (lato sensu) e causalità *individuale*.

Questo sul piano *razionale*. Sul piano *empirico*, Haack mostra che la dottrina criticata può risultare disfunzionale, comunque la si intenda: sia che si riferisca a una condizione sufficiente, giacché, nel caso di prova di un $R > 2$, impone di risarcire anche chi, sebbene esposto a S, abbia contratto M per altre cause; sia che si riferisca a una condizione necessaria, giacché impone di non risarcire chi, pur avendo di fatto contratto M a causa dell'esposizione a S, non riesca ad allegare la prova che quest'ultima comporta un $R > 2$. Così si ritorna all'origine e il cerchio si chiude: la prova della causalità, come quella di ogni altro dato giuridicamente rilevante, non risponde a una logica atomistica, bensì *molecolare*. Essa è integrata da tutte le combinazioni evidenziali che siano in grado di garantire la relativa ipotesi esplicativa nel rispetto dello standard probatorio di turno ("più probabile che non", "al di là di ogni ragionevole dubbio" ecc.). Ad esempio, se le *statistiche* dicono che il rischio di contrarre M, corso dagli esposti a S, è pari a *quasi* il doppio del rischio corso dai non esposti (evidenza *epidemiologica*), ma risulta altresì che: S ha prodotto frequentemente danni simili alle *cavie* di laboratorio (evidenza *in vivo*), le *cellule* funzionali alla specifica reazione immunitaria vengono disattivate da S (evidenza *in vivo*), il tasso di incidenza di M è drasticamente *calato* a seguito del *ritiro* dal mercato di S (altra evidenza *epidemiologica*), *non* vi sono *indizi* di segno *contrario* (evidenza *negativa*) – allora, nonostante la mancanza di un $R > 2$, si avranno buone ragioni per ritenere che è stata proprio l'esposizione a S a causare la malattia del singolo esposto di turno.

3.3. Malgrado il discorso svolto finora sia rimasto nell'alveo della responsabilità civile, il *penalista* avrà riconosciuto diversi *problemi* in materia di *causalità* a lui

familiari. Mi riferisco, in particolare, alla differenza tra rilevazioni epidemiologiche e vere e proprie leggi scientifiche di carattere statistico-probabilistico, nonché al rispettivo ruolo che compete loro e ad altri tipi di evidenza nell'accertamento della causalità criminale.

Purtroppo non dispongo dello spazio necessario per svolgere tutte le considerazioni sollecitate dal volume, sicché mi limiterò ad affrontare un problema generale, in stretto riferimento alla situazione italiana: quali cambiamenti ha *effettivamente* apportato l'evoluzione della recente giurisprudenza al *modello* comune dell'accertamento eziologico mediante *sussunzione* sotto leggi scientifiche?

La risposta dev'essere articolata su più livelli, dopo aver ricordato che il modello configura l'accertamento (della "*causalità individuale*") come un argomento. Più precisamente, come inferenza della proposizione che afferma l'occorrenza dell'evento da imputare (e) da altre due proposizioni: la prima affermatrice dell'effettivo compimento della condotta della cui efficacia eziologica si discute (c), la seconda la regolarità di successione tra condotte (C) ed eventi (E) del tipo di quelli in giudizio ("*legge di copertura*") (per semplicità, nel prosieguo, farò riferimento direttamente a condotte ed eventi, anziché a proposizioni).

3.3.1. Il *primo* e più vistoso punto fermo stabilito al riguardo dalla Suprema Corte concerne l'esclusione della necessità che la legge di copertura (espressiva della "*causalità generale* stricto sensu", nell'accezione giurisprudenziale) abbia portata universale, e dunque che l'inferenza in cui si inserisce abbia carattere deduttivo (di contro a quanto sostenuto dall'ultimo Stella – peraltro contraddicendo la tesi formulata nella prima fase della sua ricerca –, nonché, sulla sua scia, da alcune sentenze della Suprema Corte dei primi anni 2000). Determinante in tal senso è stata la celeberrima sentenza Franzese (Cass., S.U., 30328/02, est. Canzio), che ammette la possibilità di far uso non solo di "leggi scientifiche universali", ma anche, innanzitutto, di "[*leggi scientifiche*] *statistiche*", purché "corroborat[e] dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa [con la condotta in giudizio]" (§ 7).

L'approdo, oltre ad essere ormai diffusamente condiviso, è anche condivisibile, giacché, configurando l'accertamento della causalità come ricostruzione tipicamente *indiziaria* (con tutte le relative garanzie, in particolare lo standard probatorio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", *ex art. 533, comma 1, c.p.p.*), favorisce – a rigore – un ragionevole temperamento tra esigenze di prevenzione criminale ed esigenze di effettività della difesa.

3.3.2. La sentenza Franzese, tuttavia, nello stesso contesto in cui legittima l'uso eziologico delle leggi statistiche, va ben oltre il superamento dell'idea della

necessaria deduttività del modello della sussunzione, aprendo prospettive solo in parte esplorate. Da un lato, perché, legittimando l'impiego anche delle semplici "generalizzazioni del senso comune", conferma ciò che l'opinione più equilibrata aveva sempre sostenuto. Ossia che la pretesa di una copertura nomica non toglie che quest'ultima possa consistere sia in una vera e propria legge scientifica, sia in una massima empirica sufficientemente consolidata e collaudata ("secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico del giudizio"). Ecco dunque la seconda acquisizione giurisprudenziale: Franzese segna altresì il definitivo superamento dell'idea della necessaria scientificità della legge di copertura.

Dall'altro lato e soprattutto, perché, consentendo di utilizzare anche le mere "rilevazioni epidemiologiche" (così come fa Haack), Franzese ci impone di affrontare interrogativi sconcertanti, che specificano quello di partenza. L'affermazione di una regolarità di successione tra condotte ed eventi come quelli in giudizio costituisce una legge di copertura soltanto se tale successione sia stata già esperita in passato? In parole povere: per dire "Se C, allora (certamente o più o meno probabilmente) E", bisogna già aver osservato casi in cui a condotte del tipo C sono seguiti eventi del tipo E?

La rilevanza degli interrogativi erompe nelle ipotesi, destinate a imperversare con la proliferazione delle tecnologie dell'epoca contemporanea, in cui la ricerca scientifica e l'esperienza comune non hanno ancora accumulato sufficienti osservazioni sul contesto di produzione di certi eventi. Essi sconcertano perché mettono in forse la nostra *tradizionale* concezione della *legge di copertura*, discendente dalla critica demitizzante di *Hume* alla nozione di "causalità". Nel sostenere che non esiste una realtà ad essa corrispondente, trattandosi, piuttosto, di un'idea che nasce nell'uomo a seguito della constatazione del ripetuto susseguirsi di certi avvenimenti, il filosofo scozzese ci ha indotto a pensare che una condotta possa considerarsi causa di un evento solo dopo aver osservato casi di successione tra condotte ed eventi *omogenei a quelli in giudizio*.

Finalmente è possibile toccare con mano la segnalata problematicità delle rilevazioni epidemiologiche. Esse consistono nell'affermazione, garantita da specifiche metodiche (studi di coorte, studi di caso controllo, criteri di Bradford Hill ecc.: cfr. Haack, ma anche Cass., sez. IV, 4675/07, Bartalini, est. Brusco), secondo cui l'esposizione di una certa popolazione a un determinato fattore incrementa il rischio di incidenza di una specifica malattia già registrato altrove. Alla base vi è l'osservazione, non già della successione tra *singole* condotte di *somministrazione* del fattore (a Tizio, a Caio, a Sempronio...) e *singoli* eventi patologici (a carico di Tizio, di Caio, di Sempronio...), bensì della *correlazione* tra l'esposizione *complessivamente* considerata, da un lato, e *insieme* dei casi di malattia registrati in eccedenza rispetto alla media di una diversa popolazione, dall'altro lato. Per

tale ragione le rilevazioni epidemiologiche non possono fungere *autonomamente* da leggi di copertura per l'imputazione causale di eventi individuali.

Come si spiega, allora, la legittimazione eziologica loro conferita da Franzese? A mio avviso, tra i due ordini di discorsi non vi è alcuna contraddizione, per la semplice ragione che essi investono piani diversi e ben distinti dalla nostra giurisprudenza e dottrina (ma non da Haack, come si può notare nell'esempio riprodotto alla fine del punto 3.2.). Mi riferisco alla differenza tra il piano dell'*individuazione* della *legge di copertura* e il piano della *verifica della sua valenza* nel caso *in giudizio*. Quando Franzese accosta le rilevazioni epidemiologiche alle leggi scientifiche (statistiche) e alle generalizzazioni del senso comune, pretendendo che le loro indicazioni eziologiche non siano sconfessate dalle risultanze processuali, non affronta il primo problema, bensì il secondo. Franzese, cioè, lascia impregiudicata la questione se le rilevazioni epidemiologiche possano costituire di per sé una copertura nomica nell'imputazione di eventi individuali, ed esige soltanto che, comunque si concepisca questa copertura nomica, di essa, come di quelle certamente costituite dalle leggi statistiche e dalle generalizzazioni del senso comune, si verifichi l'applicabilità al fatto da decidere. Ciò in quanto la logica probabilistica che anima tutte e tre le figure crea un'incertezza probatoria che non può essere tollerata in un sistema garantistico come il nostro, e pertanto dev'essere superata in ogni caso.

A questo punto resta da chiedersi: in cosa consiste, dunque, la copertura nomica nel caso in cui l'imputazione causale di un evento individuale si basi su una rilevazione epidemiologica? Riaffiora qui la problematicità eziologica tipica della figura in esame. La mia opinione è che una tale rilevazione, col concorso di altre evidenze generali e sotto la guida di metodi razionali, ben possa far nascere una vera e propria copertura nomica (si pensi al caso esposto alla fine del punto 3.2., ricostruito, però, come esempio di costruzione di una legge eziologica). Quanto, poi, alla natura di questa copertura, essa, per quanto detto, è ben diversa dalle coperture costituite da leggi scientifiche e generalizzazioni del senso comune. Mentre in questo secondo ordine di casi si ha piena omogeneità tra condotte ed eventi (individuali) cui la copertura *si riferisce*, da un lato, e condotte ed eventi (individuali) sulla cui esperienza la copertura *si basa*, dall'altro, nel primo ordine tale omogeneità manca. La diversità potrebbe essere fissata chiamando "*leggi* (lato sensu) *osservative*" le coperture *costituite* da leggi scientifiche e da generalizzazioni del senso comune (giacché la successione tra condotte ed eventi della quale affermano la regolarità ha formato oggetto di vera e propria *osservazione* empirica), e "*leggi teoriche*" le coperture *derivate* da rilevazioni epidemiologiche (giacché la successione tra condotte ed eventi della quale affermano la regolarità ha formato oggetto di mera ricostruzione *teorica*). Ciò a patto che non si perda di vista che come le leggi osservative si formano su uno sfondo teorico più o meno

determinato (“*theory-laden*”), così le leggi teoriche muovono dall’osservazione di certi dati (diversi dai casi della successione di cui affermano la regolarità).

Dunque, è possibile individuare una *terza* acquisizione giurisprudenziale, ben più originale e interessante delle prime due: Franzese, infine, *implica* il superamento dell’idea (di matrice humeana) del carattere necessariamente osservativo della legge di copertura.

3.3.3. Alla ricostruzione appena svolta si potrebbe muovere un’obiezione del seguente tenore. A ben vedere, anche le rilevazioni epidemiologiche (di interesse penale) poggerebbero sulla ripetuta osservazione di casi di successione tra condotte ed eventi omogenei a quelli in giudizio. Più precisamente, si tratterebbe di successione tra la *mera esposizione* di *ciascuno* dei membri della popolazione osservata a un certo fattore, da un lato, e l’*insorgenza della patologia* in alcuni di essi, considerati *individualmente*, dall’altro lato. Le rilevazioni in esame, in questo senso, potrebbero operare autonomamente come vere e proprie leggi osservative di copertura. Infatti, combinandosi con l’affermazione relativa alla vittima di turno (es.: “Tizio è stato esposto al fattore...”), condurrebbero alla conclusione circa l’insorgenza della patologia (“Tizio si è ammalato di...”), la cui accertata veridicità, secondo la logica tipica del modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, confermerebbe la sussistenza del nesso causale.

Ora se fosse così – se, cioè, fosse vero che le rilevazioni epidemiologiche vanno considerate come leggi osservative, anziché come una delle basi per l’eventuale formulazione di leggi teoriche –, potrebbe sembrare che le leggi di copertura abbiano sempre carattere osservativo, e dunque che venga meno l’importante implicazione giurisprudenziale indicata al fine del punto 3.3.2.

Senonché, ritengo che tale implicazione resti ferma per almeno tre ragioni. Innanzitutto, perché l’ipotizzata costruzione della rilevazione epidemiologica come copertura nomica eziologica cozza vistosamente con la nostra *comprensione intuitiva* della *causalità*. Sotto questo profilo, sebbene quando discutiamo del tema non sempre condividiamo le stesse assunzioni di fondo, nondimeno uno dei caratteri che tendiamo a riconoscere in un rapporto causale è la *continuità fisica* (materiale o energetica) tra la condotta e l’evento oppure tra la prima e ciascuno degli anelli intermedi della catena che sfocia nel secondo. Ora, il diretto impiego a fini eziologici della rilevazione epidemiologica esclude proprio la *necessità* di tale continuità. Esso, infatti, valorizza la *mera esposizione* di certi soggetti a un fattore (es.: loro collocazione in un ambiente in cui sono presenti le polveri di una certa sostanza di incerta efficacia), cioè una condotta che si distingue dalla *vera e propria somministrazione* proprio perché non implica *necessariamente* una continuità *fisica* tra fattore e soggetti esposti (*scil.*: ben può darsi che costoro, pur essendosi in gran parte ammalati, non abbiano inalato le polveri sospette). A mio

avviso, è proprio in ciò che va colto il senso autentico della corretta e corrente affermazione secondo cui le rilevazioni epidemiologiche, in quanto tali, indicano un mero *rischio* di morbilità (causalità generale *lato sensu*, nell'accezione dottrinale).

La seconda ragione per la quale l'idea del carattere non necessariamente osservativo (nel senso chiarito alla fine del punto 3.3.2.) della legge di copertura deve ritenersi ormai penetrata nella nostra giurisprudenza può riassumersi come segue. Tale idea ha trovato un riscontro non solo in Franzese, ma anche in un'altra pronuncia storica sui rapporti tra diritto e scienza. Mi riferisco alla sentenza Cozzini, già ampiamente trattata nel § 2, che contiene il seguente passo (§ 15): "In realtà anche quando non si dispone di preesistenti generalizzazioni *ad hoc*, la conoscenza di base aiuta quasi sempre ad analizzare ed inquadrare qualche aspetto del problema da risolvere". A me pare, infatti, che, per motivi letterali e sistematici (il testo di contorno e l'intero contesto del § 15), le "generalizzazioni *ad hoc*" di cui Cozzini ritiene di poter fare a meno nell'accertamento della causalità siano proprio quelle che ho proposto di chiamare "*leggi osservative*", e che "la conoscenza di base" sia l'insieme di evidenze che consentono di ricavare (e di utilizzare) come copertura nomica quelle che ho proposto di chiamare "*leggi teoriche*". Anzi, Cozzini sembra addirittura andare oltre Franzese. Infatti, è vero che, nell'interpretazione che ho prospettato, entrambe le pronunce legittimano l'imputazione causale anche in mancanza di "generalizzazioni *ad hoc*", cioè di leggi basate sulla previa *osservazione* di casi di successione tra condotte ed eventi omogenei a quelli in giudizio, purché vi siano evidenze che consentono di affermare in via *teorica* la regolarità della successione. Ma è pur vero che mentre Franzese sembra far coincidere tali evidenze con le rilevazioni epidemiologiche, Cozzini (come Haack) sembra non porre limiti oltre quelli imposti dalla razionalità scientifica (es.: il primo consumatore di un nuovo alimento contrae una certa malattia; l'alimento viene ritirato dal mercato; successivamente, numerosi esperimenti rivelano che un suo componente provoca gli stessi effetti sulle cavie; inoltre, le analisi svolte su cellule di coltura denotano che il componente inibisce regolarmente la reazione immunitaria alla suddetta malattia; pare ragionevole concludere che l'alimento abbia una significativa capacità patogena).

Sotto il profilo appena indicato, si coglie la terza ragione per la quale l'idea della possibilità di far uso, per l'imputazione causale, sia di leggi osservative sia di leggi teoriche costituisce una vera e propria *implicazione* dell'evoluzione giurisprudenziale in materia. Il punto è che tale idea riflette l'*impronta indiziaria* che Franzese ha impresso in *generale* all'*accertamento della causalità*. Infatti, nel momento in cui Franzese ha spostato il centro di gravità eziologica dall'individuazione della legge di copertura (che non deve essere più necessariamente universale) alla verifica di valenza concreta di quest'ultima (che deve dar luogo a una probabilità logica confinante con la certezza), essa non ha determina-

to soltanto la metamorfosi del modello nomologico da essenzialmente deduttivo a tendenzialmente *induttivo*. Così ragionando, Franzese ha altresì legittimato l'estensione del metodo *indiziario* alla stessa individuazione della legge di copertura (come mostra la legittimazione dell'uso anche di mere rilevazioni epidemiologiche). Estensione, questa, che è stata portata a ulteriore compimento da Cozzini, escludendo, almeno implicitamente, la predeterminabilità delle evidenze utilizzabili per la suddetta individuazione. Insomma: se la logica indiziaria costituisce la vera anima del ragionamento eziologico, essa può valere anche per l'individuazione della copertura nomica, e dunque legittimare l'uso di leggi non basate su riscontri osservativi specifici.

3.3.4. Ricapitolo quelle che considero le condivisibili *acquisizioni* della nostra giurisprudenza in materia di causalità (sotto forma ora di chiare prese di posizione, ora di mere implicazioni). Il relativo modello di accertamento si caratterizza come modello *nomologico*:

- a) non necessariamente deduttivo;
- b) la cui copertura nomica può essere costituita non solo da leggi, ma anche da generalizzazioni del senso comune;
- c) la cui copertura nomica, se costituita da una legge, può consistere non solo in una "legge osservativa", ma anche in una "legge teorica", ricavabile da ogni evidenza idonea.

Se il quadro è corretto, il vero fondamento dell'imputazione causale non è – come siamo stati abituati a pensare – la *previa osservazione convalidata* di casi di successione tra condotte ed eventi omogenei a quelli in giudizio, bensì la *ripetibilità* di tale successione, *assicurata* da una legge (osservativa o teorica, comunque formata) che ne affermi la *regolarità ceteris paribus* non limitata nel tempo.

RENZO ORLANDI

ESERCIZI E LEZIONI DI COMPARAZIONE PENALE.

A PROPOSITO DEL VOLUME

STRUKTURVERGLEICH STRAFRECHTLICHER VERANTWORTLICHKEIT UND SANKTIONIERUNG IN EUROPA

Un eccellente, originale contributo alla comparazione penalistica: questo offre il volume *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa* curato da Albin Eser e Walter Perron e pubblicato nel 2015 dall'editore berlinese Duncker&Humblot, nella collana del *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*.

L'opera di grande impegno e notevole mole (più di 1000 pagine), trae spunto dall'idea – coltivata da Albin Eser già verso la metà degli anni '80, poco dopo il suo insediamento alla direzione dell'istituto di ricerca friburghese – di confrontare i tratti strutturali del delitto in diversi ordinamenti.

Colloqui e incontri bilaterali con specialisti di diversa provenienza (polacchi, scandinavi, russi, finlandesi) furono condotti con l'intenzione di comparare le varie normative di riferimento e le categorie dogmatiche che su quelle normative si erano andate formando. Quei primi passi portarono tuttavia alla conclusione che sarebbe stato vano condurre la comparazione alla luce di categorie astratte e dogmatiche da decenni note alla letteratura tedesca, ma prive di affidabili corrispondenze in altri ordinamenti, specialmente in ambito di *common law*: ad esempio, la tripartizione del reato in fatto, anti giuridicità e colpevolezza, elaborata in terra germanica, è stata adottata anche da italiani e spagnoli, mentre è sconosciuta nell'ordinamento britannico, dove si distingue semmai fra *actus reus* e *mens rea*.

Si è pertanto preferito impostare la comparazione muovendo dal lato negativo della punibilità. Ogni ordinamento, infatti, annovera cause di giustificazione e, più in generale, cause di non punibilità che, si può dire, ne delineano la fisionomia. Lo stratagemma di avventurarsi sul piano di una comparazione certamente ambiziosa e impegnativa, entrando dalla "porta di servizio" delle scriminanti e dei limiti alla punibilità, anziché dalla porta principale degli elementi costitutivi del reato, si è rivelata felice. Ma non è stata l'unica buona intuizione metodologica della ricerca coordinata da Albin Eser e Walter Perron. Ad essa si aggiunge l'idea di orientare la ricerca al concreto, ispirandosi alla soluzione di casi fittizi (*Lösung fiktiver Fälle*). C'è quindi un'inversione metodologica: anziché ricostrui-

re l'immagine del sistema penale per via deduttiva, muovendo dal dato normativo e dalle corrispondenti categorie astratte, si parte dall'esame di un caso particolare (pur inventato) per scoprire come quel caso sarebbe risolto alla stregua non solo delle norme penali, ma anche processuali e penitenziaristiche dei sistemi messi in comparazione.

Al fine di cogliere con maggior precisione e verismo le differenze, si è stabilito di focalizzare la ricerca su una situazione criminosa-tipo, individuata in un omicidio avvenuto nell'ambito di un rapporto di coppia (la moglie sopprime il marito violento, dopo l'ennesimo sopruso). Sono fornite quattro versioni del fatto, con distinte gradazioni di possibile responsabilità penale dell'uccisore: dalla reazione non giustificabile sul piano penale (l'uomo viene ucciso nel sonno), alla pur vaga e controversa ipotizzabilità di una legittima difesa (la moglie rincorre e accoltella il marito, subito dopo esser stata percossa e violentata per l'ennesima volta).

Sul caso fittizio viene costruito una lista di questioni destinata a fungere da base comune per le interviste che i referenti dei diversi ordinamenti faranno a "testimoni privilegiati": giudici, pubblici ministeri, avvocati, professori universitari. Per l'Italia sono stati interpellati due giudici, due pubblici ministeri, tre avvocati e tre professori universitari (non molto diverso il numero e la composizione degli altri intervistati).

L'individuazione degli ordinamenti da comparare è stata a sua volta oggetto di una scelta meditata. Sono stati esclusi sia gli ordinamenti extra-europei, sia quelli europei dell'area ex-socialista. Ciò ha consentito di comporre un campione di sistemi penali caratterizzati da una certa omogeneità valoriale.

Il confronto con ordinamenti di diversa o diversissima ispirazione politico-culturale avrebbe esposto al rischio di equivoci e fraintendimenti nell'analisi conclusiva della ricerca. La scelta è pertanto caduta sui principali (o ritenuti tali) ordinamenti dell'Europa occidentale e, segnatamente, Germania, Inghilterra e Galles, Francia, Italia, Austria, Portogallo, Svezia, Svizzera. Ciascuno degli ordinamenti è stato affidato a un referente con buona conoscenza della lingua oltre che della normativa di riferimento (Helmut Groppenhießen per la Germania; Barbara Huber per Inghilterra e Galles; Holger Barth per la Francia; Konstanze Jarvers per l'Italia, Ursula Medigovic per l'Austria, Peter Hünerfeld per il Portogallo, Karin Cornils per la Svezia, Hans Vest per la Svizzera). Le interviste sono state condotte personalmente dai diversi referenti, fra il 1996 e il 1997, attraverso colloqui con i "testi privilegiati", sulla base della traccia preconfezionata che non impediva tuttavia all'intervistatore di spaziare anche oltre la griglia proposta dall'*Auswertungsbogen*). Insomma, un'intervista guidata, dove l'intervistato era invitato a risolvere il caso prospettato, in relazione alle sue quattro varianti, sulla scorta della propria esperienza e tenendo conto, oltre che delle norme penali so-

stanziali, anche delle regole processuali in grado di influire sull'esito finale del giudizio (divieti probatori; diritto di accedere a riti premiali; scelta dei giurati), nonché delle norme e delle pratiche che caratterizzano l'esecuzione penale.

I risultati dei colloqui fono-registrati e sintetizzati nei questionari sono stati poi elaborati statisticamente, in maniera da ricavarne diagrammi atti ad illustrare graficamente, per ogni singolo sistema considerato, i punti qualificanti la soluzione del caso fittizio (sussistenza di motivi di aggravamento della pena in ragione del rapporto di parentela; motivi di attenuazione, in ragione delle violenze subite dall'autrice del fatto; sussistenza di eventuali cause giustificative; modalità dell'indagine; regole di prova; modalità del giudizio; composizione dell'organo giudicante; criteri di commisurazione della pena nel caso considerato, tanto per ricordare i punti principali).

Può sorprendere il lungo lasso di tempo (quasi un ventennio) che separa la raccolta e l'elaborazione dei dati dalla pubblicazione del volume. Essa viene spiegata sia con l'estrema difficoltà di analizzare trasversalmente il materiale collezionato dai referenti ed elaborato dagli statistici, sia con i gravosi altri impegni che hanno impedito ai curatori di dedicarsi intensivamente a questa ambiziosa ricerca (Albin Eser è stato direttore del Max Planck di Friburgo fino al 2003 e dal 2004 al 2006 ha svolto funzioni di giudice presso il Tribunale internazionale per i crimini nella ex Jugoslavia). Il tempo non è però passato invano. Anzi, si può dire che col trascorrere degli anni, la riflessione sui risultati di questo singolare *Strukturvergleich* si è fatta più profonda e meditata e perciò più utile, di quanto non sarebbe stata se la si fosse chiusa qualche anno fa, magari frettolosamente.

L'analisi trasversale dei dati pazientemente elaborati da Walter Perron (quasi 170 pagine di osservazioni sulle caratteristiche degli otto sistemi penali esaminati) rappresenta un esercizio di grande utilità, soprattutto metodologica, per gli appassionati della comparazione penale.

Chiude il volume un lungo saggio (più di 200 pagine) di Albin Eser (*Strafrechtsvergleich: Entwicklung – Ziele – Methode*), in realtà una monografia, che, traendo spunto da questa lunga avventura e valorizzandone l'impostazione originale, offre suggestioni di sicuro interesse per i cultori delle discipline penalistiche, in un momento in cui la comparazione (sia storica, sia sincronica) assume crescente importanza per ragioni facili da intuire (mutamento politico-costituzionale della forma-Stato; progressiva europeizzazione e internazionalizzazione delle fonti normative, anche penali; correlativa spinta verso l'armonizzazione delle normative negli Stati europei, impatto delle alte Corti europee sui diritti statali anche quando le loro pronunce riguardano altri ordinamenti statuali, etc.).

In definitiva, con questo volume, la scienza penalistica guadagna un esperimento che esibisce un metodo originale ed efficace per ricerche che ambiscano a

combinare analisi casistica e analisi giuridica delle strutture normative caratterizzanti la penalità. La lunga incubazione trova giustificazione nel travaglio, nei ripensamenti, nelle incertezze che hanno accompagnato le fasi iniziali del progetto.

Questa è ora una fatica consegnata al passato. Resta il frutto, magari tardivo, ma di sicura utilità per i futuri ricercatori. Resta una lezione di metodo che potrebbe ispirare altri, analoghi progetti, non necessariamente così ambiziosi, e tuttavia capaci di combinare dati normativi, empiria e sapere statistico. Resta un invito ad andare oltre la dogmatica, senza tuttavia rinunciare all'utilità delle astrazioni concettuali delle quali la scienza giuridica (inclusa quella penale) ancora si nutre.

**Ricordo di
Massimo Pavarini**

DAVIDE BERTACCINI

MASSIMO PAVARINI, NEL MIO TEMPO

Una vita come quella trascorsa da Massimo Pavarini, in oltre quarant'anni di impegno intellettuale e civile, non può certo essere riletta dentro i confini di un periodo o di un settore, tra i tanti e diversi in cui si è espressa. Sono convinto che nel prossimo futuro non mancherà chi saprà ripercorrere i rapporti tra i suoi argomenti e i suoi approdi, allo scopo di restituire uno sguardo complesso e critico sul suo pensiero e sulle sue opere. In questo momento, troppo ravvicinato rispetto alla nostra mancanza patita, e con questo spazio, comunque insufficiente riguardo alla sua imponente produzione, io posso solo cercare di richiamare i tratti più salienti o almeno evocativi, a proposito delle principali attività di studio e di ricerca che gli ho visto realizzare, a volte nella sua autonomia e in altre al suo fianco, nei circa vent'anni del nostro sodalizio lavorativo, che sono corrisposti agli anni della sua maturità accademica e professionale.

Verso la metà degli anni '90 del secolo scorso, quando è cominciata la nostra collaborazione, il percorso professionale di Massimo si era appena articolato sui due principali filoni che hanno continuato a interessarlo nelle decadi successive. Mi riferisco, scusandomi per l'approssimazione concettuale cui ricorro, alla questione penale e alla questione sicurezza, alle quali si è dedicato, qui utilizzando una semplificazione metodologica, mediante studi teorici e ricerche empiriche. Provo quindi a restituire qualcosa delle tante tematiche affrontate e degli scritti prodotti all'interno di tali orizzonti, concentrandomi sui soli materiali in lingua italiana, che immagino più accessibili ai lettori del presente ricordo.

Prima dell'inizio...

Prima di considerare i lavori scientifici veri e propri, intendo però partire da ciò che è insieme la testimonianza e la chiamata all'impegno nella conoscenza, ovvero la didattica accademica. La genuina espressione della condivisione del sapere all'interno della comunità scientifica, infatti, avviene da parte del singolo docente attraverso le letture proposte ai propri studenti, allo scopo di condividere i fondamenti della materia insegnata. Nei primi anni '90 del secolo scorso, in cui io conobbi Massimo attraverso il proprio corso di diritto penitenziario e i re-

lativi riferimenti, per noi studenti i suoi manuali erano già articolati su due distinti percorsi tematici, significativamente differenti ma profondamente legati tra loro, che proprio in ciò erano per molti un motivo di iniziale difficoltà nell'affrontarne gli affascinanti contenuti. Il primo indirizzo era relativo all'ordinamento penitenziario, che veniva letto nel dialogo assai vivo tra la produzione legislativa, il commento dottrinale e soprattutto l'interpretazione giurisprudenziale. La seconda direzione, invece, faceva riferimento alla riflessione teorica, i cui studi raccolti in forma di lavori in corso si estendevano dalla teoria della pena sino al controllo sociale.

Facendo tesoro di questa impostazione plurale, negli anni successivi vennero alla luce delle dispense sempre più mirate, in cui il linguaggio e le categorie utilizzate erano ancora più caratterizzate e riconoscibili. *Lo scambio penitenziario – Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Martina, Bologna, 1994, e *I nuovi confini della penalità – Introduzione alla sociologia della pena*, Martina, Bologna, 1994, arrivati alla II ed. del 1996, furono seguiti da diversi contributi a manuali collettanei della Scuola bolognese, *Lo scopo della pena e Introduzione al sistema sanzionatorio*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, a cura di, *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 291-338, giunto alla IV ed. del 2012, e *Le conseguenze giuridiche del reato*, in A. Cadoppi, E. Carletti, G. De Francesco, G. Fornasari, A. Gamberini, R. Guerrini, G. Insolera, M. Mantovani, N. Mazzacuva, M. Pavarini, L. Stortoni, A. Vallini, M. Virgilio, M. Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 446-489. Con la successiva riforma degli studi universitari, che – come è stato da lui stesso scritto – con la sua “logica mercantile dei crediti didattici” ha regimentato in modo irrimediabile soprattutto i pochi insegnamenti complementari collocati all'interno di rigidi piani obbligatori, fu la volta del *Corso di diritto penitenziario*, Martina, Bologna, 2004, per i corsi triennali, e dei *Saggi sul governo della penalità – Letture integrative al corso di diritto penitenziario*, Martina, Bologna, 2007, per i corsi specialistici (entrambi con Bruno Guazzaloca). Dall'attività didattica degli ultimi anni, nell'ambito del corso istituzionale di diritto penale, discese poi il recente *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bup, Bologna, 2013, incentrato sull'orientamento costituzionale e sull'attitudine pragmatica che hanno da sempre caratterizzato il suo approccio penalistico.

Di particolare significato, a proposito della personalità raggiunta come docente-maestro, vanno ricordate anche le magistrali introduzioni alla materia penitenziaria, in *Appunti della prima lezione di diritto penitenziario*, in I. Rivera, H. Silveira, E. Bodelón, A. Recasens, coordinadores, *Contornos y pliegues del derecho – Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 129-139, e in *La prima lezione di diritto penitenziario*, in *ius17@unibo.it*, 2008, n. 1, pp. 43-55.

Il materiale forse più rivelatore che Massimo ci abbia lasciato, non di natura

didattica in senso stretto, tuttavia a scopo informativo, di servizio o di aiuto in senso ampio, è infine rappresentato da un agile libretto, i cui interessati destinatari erano anche i suoi interlocutori elettivi, in una sintesi mirabile di una vita di riflessione teorica e di impegno sociale: *Per non andare in galera, se possibile... Piccolo vademecum per i condannati ancora in libertà*, Servizio sociale di Ferrara, Ferrara, 1998.

Studi teorici

Giustizia penale e riforma penitenziaria, tassi di carcerizzazione e forme di diversione

Partendo dalle riflessioni sul sistema penale, i processi di carcerizzazione sono stati un tema centrale della sua analisi storica-comparatistica sul funzionamento della giustizia penale. Ai lavori sul contesto italiano, *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in L. Violante, a cura di, *La criminalità*, Annali della Storia d'Italia, vol. XII, Einaudi, Torino, 1997, pp. 981-1031, e *La penalità nell'Italia repubblicana – Come spiegare le variazioni nella repressione penale nel tempo*, in *ius17@unibo.it*, 2012, n. 1, pp. 203-215, se ne sono alternati altri di respiro internazionale, *Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla "Ronda dei carcerari" al "giramondo penitenziario"*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, nn. 1-2, pp. 105-126, e *Brevi note sul differenziale carcerario comparato e sulla ripresa dei tassi di carcerizzazione nel mondo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, n. 1, pp. 157-170.

La riforma penitenziaria all'interno del sistema penale è rimasta una costante dell'attenzione dedicata all'evoluzione dell'ordinamento sanzionatorio italiano. Se *L'esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in M. Palma, a cura di, *Il vaso di Pandora – Carcere e pena dopo le riforme*, Atti del Convegno, Roma, 16-18 maggio 1996, Associazione Antigone, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1997, pp. 137-153, e *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi – Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, nn. 1-2, pp. 207-225, hanno rappresentato uno sguardo critico al percorso riformistico carcerario dentro il mutevole quadro normativo, *Carcere riformabile? Uno sguardo da Il Ponte sulla riformabilità democratica del carcere*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, n. 1, pp. 77-87, e *Carcere senza fabbrica*, in A. Bevere, a cura di, *Questione meridionale e questione criminale – Non solo emergenze*, Esi, Napoli, 2007, pp. 135-153) hanno simboleggiato altre visioni sulla sorte del carcere e del suo cambiamento nell'ambito dello scenario politico-sociale.

La logica del penitenziario è stata letta anche oltre i confini dell'esecuzione, nel suo impatto sulla giustizia penale, in *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in S. Moccia, a cura di, *La giustizia negoziata*, Esi, Napoli, 1998, pp. 175-183.

Punire, pena, penalità

La punizione come fenomeno legale-sociale è stato indagato da Massimo con una molteplicità di approcci complementari. Delle ragioni del punire, della sua necessità e del suo superamento, trattano *Funzioni e limiti del punire*, in M. Manzin, a cura di, *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto tra teoria e prassi*, Atti della Giornata di studi, Trento, 22 giugno 2000, Università degli studi di Trento, Trento, 2002, pp. 63-75, e *Perché punire?*, in *Qualcosa di meglio del carcere*, Atti del Convegno, Avigliana, 7-8 maggio 2012, in *Antigone*, 2012, n. 2, pp. 13-34.

Dei mutamenti nella concezione e nella pratica della pena si occupano *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2001, nn. 1-3, pp. 113-141, *La pena fondamentalista*, in *Iride*, 2001, n. 32, pp. 87-102, *La negoziabilità della pena tra parsimonia e dissipazione repressive*, in R. De Giorgi, a cura di, *Il diritto e la differenza – Scritti in onore di Alessandro Baratta*, vol. II, Pensa Multimedia, Lecce, 2003, pp. 385-411, e *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in A. Bernardi, a cura di, *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 165-178.

Sui limiti della penalità, nelle politiche e nelle esperienze di intervento all'interno delle carceri, riflettono *"Dare aiuto" nella nuova penologia – Il ruolo degli operatori sociali nelle politiche tecnocratiche di controllo sociale*, in P. Ciar-diello, a cura di, *Quale pena – Problemi e riflessioni sull'esercizio della punizione legale in Italia – 1992-2004*, Unicopli, Milano, 2004, pp. 109-121, *Della natura "degradante" della pena carceraria*, in G. Concato, S. Rigione, a cura di, *Per non morire di carcere – Esperienze di aiuto nelle prigioni italiane tra psicologia e lavoro di rete*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 172-179, e *"Farla finita in carcere" e il limite storico-culturale della pena privativa della libertà*, in *Critica del diritto*, 2009, nn. 1-4, pp. 229-255.

Diritto, processo, esecuzione: disciplina, specializzazione, differenziazione

A testimonianza della visione allargata ai numerosi versanti in cui si è evoluta nel tempo la questione penale, Massimo ha partecipato al dibattito italiano sui più importanti sotto-sistemi della giustizia penale e del controllo sociale: l'immigrazione straniera, con *Il diritto penale speciale dell'immigrato*, in *Critica del diritto*, 1996, n. 2-3, pp. 116-126; i tossicodipendenti, con *Profili giuridici*

dell'esecuzione della pena del tossicodipendente, in S. Sabbatani, a cura di, *Tossicodipendenze, aids e dintorni*, Baiesi, Bologna, 1997, pp. 89-103; i minori, con *Decarcerizzazione e mediazione nel processo penale minorile*, in L. Picotti, a cura di, *La mediazione nel processo penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, pp. 7-18, e *Sorvegliare, punire, correggere*, in G. Contri, a cura di, *Minori in giudizio – La Convenzione di Strasburgo*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 139-148; la criminalità organizzata, con *Lotta alla criminalità organizzata e negoziazione della pena*, in *Critica del diritto*, 2000, n. 2, pp. 119-131, e *Il “carcere duro” tra efficienza e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, pp. 262-273; la giurisdizione del giudice di pace, con *Le attuali tendenze della penalità: residualità del carcere e pene alternative di fronte alla competenza del giudice di pace*, in L. Picotti, G. Spangher, a cura di, *Competenza penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive – Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Atti del Convegno, Trento, 22-23 febbraio 2002, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 43-53; l'istituto della recidiva, in *The spaghetti incapacitation – La nuova disciplina della recidiva*, in G. Insolera, a cura di, *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006, pp. 3-25; la violenza di genere, in *Punire la violenza nelle relazioni di intimità – Appunti dal fronte penale*, in G. Creazzo, a cura di, *Gli uomini che maltrattano le donne*, Carocci, Roma, 2009, pp. 209-218; i folli-rei, con *Il folle che delinque: rapsodia sul margine*, in *Rivista sperimentale di freniatria*, 2011, n. 3, pp. 145-154.

Penalistica, penologia, criminologia

Le trasformazioni della questione penale hanno rappresentato il cuore del progetto rifondativo della rivista *Dei delitti e delle pene*, che Massimo ha voluto e diretto dal 1998 al 2003, insieme a uno dei suoi due maestri, Alessandro Baratta, e con lui condiviso nel programma di lavoro *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, n. 1, pp. 7-28.

Alla memoria del suo mentore, scomparso pochi anni dopo la dipartita dell'altro suo maestro Franco Bricola, sono dedicate le due riflessioni *Per una critica dell'ideologia penale – Un primo approccio all'opera di Alessandro Baratta*, in *Dei delitti e delle pene*, 2001, nn. 1-3, pp. 7-30, e *Dell'insostenibile prevenzione – Alcuni spunti di Alessandro Baratta su scienza penale e teoria della pena*, in R. Marra, a cura di, *Filosofia e sociologia del diritto penale*, Atti del Convegno in ricordo di Alessandro Baratta, Genova, 6 maggio 2005, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 44-64.

Le sfide della penologia contemporanea sono esaminate innanzitutto nei contributi alla discussione sul diritto penale minimo: *Per un diritto penale minimo: in the books o in the facts? Discutendo con Luigi Ferrajoli*, in *Dei delitti e delle pene*,

1998, n. 3, pp. 124-156; *La penalistica civile e la criminologia. Ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 563-599; e *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in U. Curi, G. Palombarini, a cura di, *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002, pp. 255-304. Sono seguite poi altre riflessioni, ancora tra legalità e penalità, riduzionismo e abolizionismo: *"Vecchia" e "nuova" legalità*, in *Critica del diritto*, 2003, n. 1, pp. 95-100; *Teoria e prassi del sistema sanzionatorio*, in S. Moccia, a cura di, *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. II, Esi, Napoli, 2003, pp. 420-430; *Processi di ri-carcerizzazione e "nuove" teorie giustificative della pena*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2000, nn. 1-3, pp. 95-126; *Per una penalità sostenibile*, in *Dignitas*, 2003, n. 3, pp. 6-14; *Processi di ricarcerizzazione nel mondo, ovvero del dominio di un certo "punto di vista"*, in *Questione giustizia*, 2004, nn. 2-3, pp. 415-435; *Le mani che cingono l'equatore – Per un modello restitutivo della penalità*, in *Dei diritti e delle pene – I Garanti delle libertà*, Sigem, Modena, 2004, pp. 69-74; *L'irrisolta ambiguità del punire*, in *Dignitas*, 2005, n. 8, pp. 6-15; *Carcere e territorio rivisited...*, in *La nuova città*, 2004-2005, nn. 8-10, pp. 141-147; *La "lotta per i diritti dei detenuti" tra riduzionismo e abolizionismo carcerari*, in *Antigone*, 2006, n. 1, pp. 82-96; *L'abolizionismo ai tempi del prisonfare*, in *Antigone*, 2007, n. 1, pp. 19-34.

Al rapporto tra penalistica e penologia, sistema garantistico e giustizia ostile, vengono destinati numerosi interventi nel tempo: *Silète poenologi in munere alieno!*, in *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Atti del Convegno, Macerata, 17-18 febbraio 2005, Monduzzi, Bologna, 2006, pp. 11-31 (con M. Donini); *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili – La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, n. 2, pp. 7-29; *La giustizia penale ostile: un'introduzione*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, pp. 7-20; *Le molte velocità del sistema penale – Per una critica alla giustizia penale ostile*, in *Derecho Penal y Política criminal – Libro en homenaje a Álvaro Bunster*, Ubijus, México, 2010, pp. 361-380.

Dalla dimensione globale all'orizzonte locale, infine, la giuridicità viene riletta nella fattualità, la pena viene ricondotta all'insicurezza: *La pena come fatto sociale nel diritto penale internazionale*, in *ius17@unibo.it*, 2008, n. 1, pp. 191-198, e *Insicurezza da criminalità, potere punitivo e diritto penale*, in *ius17@unibo.it*, 2008, n. 1, pp. 21-26.

Criminalità, sicurezza, governo

Giungendo ai contributi sulla sicurezza urbana, trovo necessario premettere che a mio avviso Massimo è stato il riferimento scientifico, nel nostro Paese,

dell'affermazione della stagione delle politiche di sicurezza, a livello locale. Conosciuto tra gli addetti ai lavori attraverso le decine di introduzioni e raccomandazioni presenti in ricerche e rapporti curati a livello regionale e locale, specie per il suo ruolo di coordinatore del Comitato scientifico del Progetto Città sicure della Regione Emilia-Romagna, qui mi limiterò a richiamarne gli studi teorici che sono stati pubblicati in volumi e periodici scientifici.

La dimensione istituzionale e di governo democratico della sicurezza viene sviluppata in *Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2002, nn. 1-3, pp. 329-337; *Alcune proposte per un governo della sicurezza*, in R. Selmini, a cura di, *La sicurezza urbana*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 295-303; *Sicurezza dei diritti e non diritto alla sicurezza*, in *Ristretti orizzonti*, 2005, n. 7, pp. 2-5; *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, E. Dolcini, C. E. Paliero, a cura di, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1019-1050; *Per un governo democratico della sicurezza*, in Fondazione Michelucci, a cura di, *Ordine e disordine – Paure, insicurezze, povertà e carcere*, Nuova Grafica Fiorentina, Firenze, 2007, pp. 51-58; *Democrazia e sicurezza – Appunti per una conferenza*, in *ius17@unibo.it*, 2009, n. 2, pp. 389-399; e *Società, culture, città e domande di sicurezza*, in B. Frattasi, M. Ricci, S. Santangelo, a cura di, *Costruire la sicurezza della città*, Carocci, Roma, 2011, pp. 28-44.

La costruzione sociale del degrado e dell'insicurezza nello spazio pubblico è tematizzata da *Bologna: riflessioni sul degrado*, in *Il Mulino*, 2007, n. 1, pp. 117-127; e *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cassazione penale*, 2009, n. 2, pp. 805-820.

Il dispositivo amministrativo di intervento sulla paura risulta affrontato in *Un piccolo potere poliziale nelle mani del sindaco per un nuovo ordine estetico della città*, in *Critica del diritto*, 2007, n. 2, pp. 241-249; *Paure urbane e nuovi dispositivi di sicurezza*, in R. Acquaroli, a cura di, *Il diritto penale municipale*, Atti del Convegno, Macerata, 26 marzo 2009, Eum, Macerata, 2009, pp. 11-37; *Governare attraverso il dispositivo disciplinare dell'insicurezza e nuovi criteri di selettività del processo di criminalizzazione*, in *Antigone*, 2009, nn. 2-3, pp. 62-99; e *Introduzione: la metafora della guerra e la democrazia di sicurezza*, in *Justice pénal à la carte – L'ultimo "pacchetto sicurezza" [legge 15 giugno 2009 n. 94]*, fascicolo monografico di *ius17@unibo.it*, 2010, n. 2, pp. 251-269.

*Ricerche empiriche**Diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*

In ambito penalistico, una prima fondamentale ricerca di cui Massimo è stato protagonista si è incentrata sulla riforma del diritto penale complementare. In un nutrito gruppo di colleghi appartenenti a diverse sedi, ci siamo impegnati prima nell'analisi teorica, poi nell'indagine empirica sulla topica indicata, attraverso l'implementazione di un apposito sistema informatizzato. La rappresentazione statistica offerta, sulla dimensione quantitativa e sulle principali caratteristiche qualificative del diritto penale extracodicistico, al momento storico da noi convenzionalmente fissato dopo il decreto legislativo 30 dicembre 1999 n. 507 sulla depenalizzazione dei reati minori e la riforma del sistema sanzionatorio, è stato il vero risultato originale, ad oggi non replicato, della nostra esperienza a livello nazionale. Alla prima fase di valutazione teorica è legato *Quale ordine al disordine penale? Riflettendo sul saggio di Massimo Donini*, in M. Donini, a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare – Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000, pp. 61-83 (con G. Insolera). Del secondo momento di esplorazione empirica è espressione *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare – Prime elaborazioni e riflessioni*, in M. Donini, a cura di, *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno, Modena, 14-15 dicembre 2001, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 25-50.

Voglio accennare brevemente due sviluppi, tra loro connessi, seguiti alla conclusione di questa ricerca. Nei mesi successivi al convegno di presentazione dei risultati della ricerca, ci recammo al Ministero della giustizia, con il proposito di rendere disponibile il sistema informatico da noi creato e fare in modo che insieme ad altri si potesse perfezionare e proseguire il nostro studio, a favore dell'aggiornamento e della diffusione di tali conoscenze presso gli addetti ai lavori, al servizio di successive riforme sulla giustizia penale. Venimmo accolti con tanti complimenti per quanto avevamo realizzato, ma presto liquidati dal momento che ciò cui ci eravamo interessati non rappresentava una priorità in chiave di elaborazione della politica criminale nel nostro Paese (*sic!*). Condividendo l'amarezza per l'insensibilità riscontrata a livello burocratico, e la speranza nel dibattito aperto in ambiente accademico, passammo la successiva estate a cercare di mettere insieme i risultati della ricerca in questione con altre riflessioni che andavamo facendo da tempo sull'argomento. L'esito diventò un libretto, pubblicato in una collana di manuali per studenti non solo per avere uno sbocco editoriale rapido ed economico, ma anche per cercare di colmare un vuoto di conoscenza e di approccio a partire dai corsi in materia e dalle generazioni a venire. Si tratta de *L'altro diritto penale – Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complemen-*

tare nelle norme e nei fatti, Giappichelli, Torino, 2004. In quel trattatello fondemmo insieme la ricognizione del diritto penale complementare come sistema normativo, secondo le principali variabili che sono elaborate dalla scienza penale all'interno delle categorie normative e dogmatiche, con la riflessione sul diritto penale complementare come fenomeno sociale, al fine di determinare il ruolo e il peso dei diversi fattori nella selettività della giustizia penale.

Detenzione e alternative per i tossicodipendenti

Una seconda rilevante ricerca è stata dedicata all'applicazione delle misure alternative ai tossicodipendenti. Con l'obiettivo di indagare l'impatto del decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, convertito con modificazioni in legge 21 febbraio 2006 n. 49, contenente disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi, ci siamo ritrovati in un collettivo plurale, dove le differenti competenze e sensibilità di ciascun ricercatore erano messe al servizio di un ambizioso progetto comune. L'attività empirica ha riguardato numerose città su tutto il territorio nazionale, è stata condotta attraverso analisi campionaria di fascicoli della magistratura e interviste semistrutturate ad operatori dei servizi, e ha consentito di mettere in discussione le strategie e gli strumenti approntati dal dispositivo legale che si era posto sotto esame. L'illustrazione del profilo metodologico del lavoro svolto è condotta in *Presentazione dell'impianto metodologico della ricerca*, in *La cura vale la pena? Una ricerca sulle misure alternative per i tossicodipendenti*, fascicolo monografico di *Antigone*, 2010, nn. 2-3, pp. 11-24.

Politiche e azioni sulla sicurezza urbana

Nel campo della sicurezza, una significativa ricerca coordinata da Massimo si è occupata dell'evoluzione delle politiche locali di sicurezza. L'intento è stato di fondere degli sguardi tematici complementari in una visione strategica complessa, in grado di valutare come erano cambiati i dispositivi di governo delle città e dei territori, dopo l'imporsi della sicurezza urbana quale topica fondamentale nell'orientamento della gestione della risorse sociali. I singoli percorsi di ricerca hanno indagato le rappresentazioni, i discorsi, le politiche e le pratiche, con analisi di sistema e studi di caso. Il quadro concettuale e prospettico che valorizza il lavoro comune è fornito in *"L'aria della città rende (ancora) liberi"?* *Dieci anni di politiche locali di sicurezza*, in M. Pavarini, a cura di, *L'amministrazione locale della paura – Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Carocci, Roma, 2006, pp. 11-64.

Se il saggio appena richiamato rappresenta un prototipo delle ricerche-riflessioni, Massimo si era altresì speso in pionieristiche e insuperate ricerche-azione, dentro quella che è rimasta la più feconda stagione di conoscenza della

criminalità e dell'inciviltà, e di progettazione della prevenzione e della convivenza. Ha contribuito in modo attivo a indagini empiriche: su un quartiere, in *Vivere una città sicura – La ricerca-azione nel quartiere Reno*, in *Quaderni di Città sicure*, 1996, n. 4; su un problema, in *Rimini e la prostituzione – Ricerca-azione per una progressiva civilizzazione dei rapporti tra città e prostituzione di strada*, in *Quaderni di Città sicure*, 1998, n. 13 (con L. Malucelli); o infine su una risorsa, in *La vigilanza locale in Emilia-Romagna*, in *Quaderni di Città sicure*, 1997, n. 7 (con L. Malucelli e L. Martin).

... *Verso la fine*

Nell'ultimo periodo, quando le condizioni di salute gli cominciavano a rendere via via sempre più difficile procurarsi le fonti che lo interessavano e dedicarsi alla scrittura delle riflessioni che ne scaturivano, attività di cui si è sempre materialmente occupato da sé senza mai chiedere o accettare alcun minimo aiuto, Massimo ha voluto lasciarci due lavori, che mi pare esprimano in modo consapevole il traguardo più avanzato del suo pensiero critico sui temi a lui cari del carcere e della penalità. Il riferimento è ai saggi sviluppati in *Governare la penalità – Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, fascicolo monografico di *ius17@unibo.it*, 2013, n. 3, e alla campagna proposta in *No prison – Preambolo di adesione e Manifesto*, in *www.noprison.eu*, 24 gennaio 2013 (con L. Ferrari).

A noi resta il grande impegno di raccogliere, ognuno per le proprie tematiche e con le proprie attitudini, quanto da lui seminato con profonda generosità.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

- DAVIDE AMATO – Dottore di ricerca nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- STEFANO ANASTASIA – Ricercatore nell’Università di Perugia
- LORENA BACHMAIER WINTER – Professore nell’Università Complutense di Madrid (Spagna)
- GIULIANO BALBI – Professore ordinario nella Seconda Università di Napoli
- COSTANZA BERNASCONI – Professore associato nell’Università di Ferrara
- DAVIDE BERTACCINI – Professore a contratto nell’Università di Bologna
- BENEDETTA BERTOLINI – Dottoranda di ricerca nell’Università di Ferrara
- LUCA BISORI – Avvocato del Foro di Firenze
- VALENTINA CALDERONE – Direttrice dell’associazione “A buon diritto”
- GIOVANNI CANZIO – Primo Presidente della Corte di cassazione
- GAETANO CARLIZZI – Giudice del Tribunale Militare di Roma
- FABIO CASSIBBA – Ricercatore nell’Università di Milano-Bicocca
- ADOLFO CERETTI – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bicocca
- THEODORA CHRISTOU – Docente nell’Università Queen Mary di Londra (Regno Unito)
- ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)
- ROBERTO CORNELLI – Professore associato nell’Università di Milano-Bicocca
- VALENTINA CUNEO – Dottoranda di ricerca nell’Università di Ferrara
- FRANCESCO D’ALESSANDRO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- GIOVANNANGELO DE FRANCESCO – Professore ordinario nell’Università di Pisa
- LUCIANO EUSEBI – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- FABIO FASANI – Ricercatore nell’Università di Pavia
- GIOVANNI FIANDACA – Professore ordinario nell’Università di Palermo

- ANNA MARIA GIANNINI – Professore ordinario nell’Università di Roma “La Sapienza”
- FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze
- CARLO GUARNIERI – Professore ordinario nell’Università di Bologna
- GAETANO INSOLERA – Professore ordinario nell’Università di Bologna
- BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER – Professore nell’Università di Franche-Comté, Besançon (Francia)
- ANDREA MASCHERIN. – Presidente del Consiglio Nazionale Forense
- LUIGI MANCONI – Senatore della Repubblica
- DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena
- DANIELE NEGRI – Professore associato nell’Università di Ferrara
- FABIO NICOLICCHIA – Dottore di ricerca nell’Università di Ferrara
- RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna
- CATERINA PAONESSA – Assegnista di ricerca nell’Università di Firenze
- CARLO PIERGALLINI – Professore ordinario nell’Università di Macerata
- SERENA QUATTROCOLO – Professore ordinario nell’Università di Torino
- ETTORE RANDAZZO – Avvocato del Foro di Siracusa
- ROBERTO SGALLA – Direttore Centrale delle Specialità della Polizia di Stato
- GIOVANNI TARLI BARBIERI – Professore ordinario nell’Università di Firenze
- MICHELE TARUFFO – Professore nell’Università di Girona (Spagna)
- LUCA TROYER – Avvocato del Foro di Milano
- ANTONIO VALLINI – Professore associato nell’Università di Firenze
- LUCIANO VIOLANTE – Professore nell’Università di Camerino
- MORITZ VORMBAUM – Professore nella Humboldt-Universität di Berlino (Germania)
- NICOLÒ ZANON – Professore ordinario nell’Università Statale di Milano

Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Elio R. Belfiore	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Marta Bertolino	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto Cadoppi	Sergio Lorusso	Davide Petrini
Giampaolo Demuro	Vincenzo Maiello	Carlo Piergallini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Tommaso Rafaraci
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Lucia Risicato
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Placido Siracusano
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Luigi Stortoni
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Paolo Veneziani
Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda	
Gabriele Fornasari	Sergio Moccia	
Roberto Guerrini	Vito Mormando	

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2016



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore

Fausto Giunta

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani, Fausto Giunta, Marco Nicola Miletta, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia

- **Primo Piano**
GIOVANNI FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?* – MICHELE TARUFFO, *Verità e giustizia di transizione*
- **Tavola rotonda: Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale: condizione attuale e prospettive future.** Nota introduttiva di Daniele Negri. *Ne discutono:* LORENA BACHMAIER WINTER - FABIO CASSIBBA - THEODORA CHRISTOU - BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER - MORITZ VORMBAUM
- **Tavola rotonda: Le polizie.** Nota introduttiva di Adolfo Ceretti. *Ne discutono:* DAVIDE BERTACCINI - ROBERTO CORNELLI - ANNA MARIA GIANNINI - ROBERTO SGALLA - LUIGI MANCONI - STEFANO ANASTASIA - VALENTINA CALDERONE
- **Il punto su...** *La particolare tenuità del fatto* – GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Illecito esiguo e dinamiche della pena* – SERENA QUATTROCOLO, *L'altra faccia della medaglia: l'impatto della particolare tenuità del fatto sul processo penale*
- **Il punto su...** *Interessi finanziari dell'Unione europea, prescrizione del reato e principio di legalità. A proposito della sentenza Taricco* – CATERINA PAONESSA, *"Lo strano caso Taricco", ovvero le garanzie dei tempi di cadere alla mercé di una "eccentrica" decisione europea?* – GIOVANNI TARLI BARBIERI, *La "scommessa" dei controllimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco* – ANTONIO VALLINI, *La portata della sentenza CGCE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*
- **Il punto su...** *"Abusivamente" negli ecodeletti* – LUCA BISORI, *Linee interpretative e nodi problematici della abusività della condotta nei nuovi reati ambientali. Prove tecniche di abusivismo giudiziario?* – LUCA TROYER, *I nuovi reati ambientali "abusivi": quando la rinuncia alla legalità penale diviene un illusorio instrumentum regni*
- **Dibattito Il giudice penale, oggi: alla ricerca di un ruolo e di un'identità?** - Sezione I – *La crisi del giudice "bocca della legge"* – LUCIANO VIOLANTE, *L'evoluzione del ruolo giudiziario* – NICOLÒ ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali* - Sezione II – *Le élite giudiziarie* – CARLO GUARNIERI, *La crescente importanza della formazione giudiziaria in Europa* – GAETANO INSOLERA, *I percorsi di una egemonia*
- **Spigolature penaltiche**
GIULIANO BALBI, *Democrazia crepuscolare e diritto vivente* – FAUSTO GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*
- **Antologia**
DAVIDE AMATO, *Attività di protezione civile e responsabilità penale: criticità attuali e prospettive di riforma* – COSTANZA BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale* – FRANCESCO D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali tra aporie legislative e primi disorientamenti applicativi* – LUCIANO EUSEBI, *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini* – FABIO FASANI, *I martiri invisibili. Quale ruolo per il diritto penale nella lotta al terrorismo islamico?* – DARIO MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. Labbrivio dell'imputazione colposa* – CARLO PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione* – RENZO ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*
- **Interviste:** Ettore Randazzo intervista GIOVANNI CANZIO, Primo Presidente della Corte di cassazione – ANDREA MASCHERIN, Presidente del Consiglio Nazionale Forense
- **Letture**
GAETANO CARLIZZI, *Testimoniaza esperta, causalità penale e teoria della conoscenza: note di lettura su Susan Haack, Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto* – RENZO ORLANDI, *Esercizi e lezioni di comparazione penale. A proposito del volume Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*
- **Ricordo di Massimo Pavarini:** DAVIDE BERTACCINI, *Massimo Pavarini, nel mio tempo*

www.edizioniets.com/criminalia

€ 50,00

ISBN-13: 978-8846746160



9 788846 746160