



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
5/2018

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

C. LANDOLFI, <i>L'aporia della coercizione terapeutica per "malattia mentale" in un ordinamento liberaldemocratico: analisi del t.s.o. nella prospettiva delle misure praeter delictum</i>	5
L. STURZO, <i>Bitcoin e riciclaggio 2.0</i>	19
V. AIUTI, <i>Appello della condanna e rinnovazione istruttoria</i>	35
S. FINOCCHIARO, <i>Gli effetti dell'abolitio criminis e della dichiarazione di incostituzionalità sul giudicato e sulla confisca</i>	49
C. CUCCO – D. MAURI, <i>Omicidi mirati a mezzo drone: brevi riflessioni a margine del caso "Lo Porto" tra diritto penale e diritto internazionale</i>	65
P. CHIARAVIGLIO, <i>Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di Codice della crisi e dell'insolvenza</i>	91
A. MASSARO, <i>Illecita esportazione di cose di interesse artistico: la nozione sostanziale di bene culturale e le modifiche introdotte dalla legge 124 del 2017</i>	111
M. PAPA, <i>Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice</i>	129
P. CIRILLO, <i>L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione</i>	157
A. GALANTI, <i>La classificazione dei rifiuti con "codice specchio"</i>	177
G. BALLO, <i>Particolare tenuità del fatto: la Corte costituzionale salva l'indice-requisito della non abitudine</i>	217
R. BARTOLI, <i>Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica</i>	233



5/2018

**L'APORIA DELLA COERCIZIONE TERAPEUTICA
PER "MALATTIA MENTALE"
IN UN ORDINAMENTO LIBERALDEMOCRATICO: ANALISI DEL T.S.O.
NELLA PROSPETTIVA DELLE MISURE *PRAETER DELICTUM***

di Carlo Landolfi

Abstract. Osservando le caratteristiche del t.s.o. per "malattia mentale" oltre le definizioni e le lacune della legislazione vigente, emerge che tale misura presenta molti elementi in comune con le misure di prevenzione personale e, di conseguenza, ne condivide anche i profili di incompatibilità con l'ordinamento costituzionale, quali: la violazione del principio di determinatezza sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. in ambito penale, applicabile a qualsiasi provvedimento restrittivo della libertà personale; la mancanza di fondamento scientifico nella valutazione prognostica sulla pericolosità del soggetto; l'effetto criminogeno delle misure *praeter delictum* che, in rapporto al t.s.o. diviene effetto psicopatogeno.

SOMMARIO: 1. Analisi del t.s.o. rivolto al sofferente psichico al di là delle definizioni legislative: misura non obbligatoria, ma coercitiva. – 2. Il fine di prevenzione o di cura della malattia quale presupposto imprescindibile di una misura che possa dirsi sanitaria. – 2.1. È rinvenibile nel t.s.o. uno scopo curativo della malattia psichica, e dunque tale misura può definirsi sanitaria? – 3. Lo scopo di tutela dell'incolumità del paziente e degli altri dal pericolo di azioni auto o eteroaggressive: la vera natura del t.s.o. è quella di una contenzione ambientale e farmacologica. – 4. Il t.s.o. nella prospettiva delle misure di prevenzione personale: la violazione del principio di tassatività/determinatezza. – 4.1. La valutazione prognostica sulla pericolosità del soggetto. – 4.2. L'effetto criminogeno delle misure *praeter delictum* e l'effetto psicopatogeno del t.s.o.

1. Analisi del t.s.o. rivolto al sofferente psichico al di là delle definizioni legislative: misura non obbligatoria ma coercitiva.

Nel presente lavoro verranno analizzate le analogie tra la misura sanitaria coercitiva rivolta al sofferente psichico (t.s.o.) e le misure di prevenzione personale, cercando di dimostrarne la sostanziale affinità e di mettere in evidenza le incompatibilità ordinamentali che le due tipologie di provvedimento condividono.

L'art. 1, 1° co., l. n. 180/1978 recita: «Gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari», riproducendo il diritto all'autodeterminazione terapeutica già sancito dall'art. 32, 2° comma, Cost. L'art. 1, comma 2, dispone inoltre: «Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere

disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura».

Con la c.d. legge Basaglia, pertanto, si chiusero i manicomi e si procedette alla costruzione di una risposta psichiatrica al disturbo mentale che non fosse più incentrata sull'“istituzione totale”, ma radicata e diffusa nel territorio: si dispose l'organizzazione di un apparato amministrativo-sanitario strutturato in Dipartimenti di salute mentale, Centri di salute mentale, Servizi psichiatrici di diagnosi e cura (SPDC), Comunità protette, Gruppi appartamento.

Ebbene, pur condividendo le dichiarazioni di principio contenute nella normativa, riteniamo necessario analizzare le caratteristiche del t.s.o. rivolto al sofferente psichico al di là delle definizioni e soprattutto delle lacune della legislazione vigente, al fine di poter comprendere la vera natura di tale provvedimento e le finalità che esso realmente persegue.

Occorre, anzitutto, rilevare che l'uso improprio della terminologia da parte del legislatore risulta evidente già in relazione alla fondamentale differenza tra obbligo e coazione: il trattamento sanitario “per malattia mentale” non è obbligatorio, ma coattivo. Vi è una fondamentale differenza tra obbligo e coazione: il primo sussiste allorché l'ordinamento pretende un determinato comportamento, lasciando comunque un certo margine alla libertà del singolo che può sempre disattendere la pretesa, pur subendo le conseguenti sanzioni; la seconda è l'atto di forza con cui l'ordinamento, avvalendosi delle istituzioni deputate all'esercizio della funzione coercitiva, azzerà la volontà del singolo, che non è più soggetto di una libera autodeterminazione, ma diviene oggetto e strumento per il conseguimento di un dato risultato¹: «Il diritto, quando comanda non coercisce, quando coercisce non comanda»². Misure obbligatorie e misure coercitive, pertanto, non solo hanno diverso carattere, ma si escludono reciprocamente; e questo distinguo tra obbligo e coercizione è di essenziale importanza per comprendere la reale natura del trattamento sanitario imposto al sofferente psichico. Tale imposizione, sia che si risolva nella mera costrizione ad assumere farmaci in qualsiasi modo, sia, in maniera ancora più evidente, nell'ipotesi in cui si decreti il ricovero in SPDC, implica sempre e comunque una restrizione della libertà personale, una coercizione: il malato psichiatrico non può scegliere se adempiere o meno, non può valutare se sottoporsi o meno al trattamento, in quanto non v'è obbligo da adempiere, non c'è proposta terapeutica da valutare; vi è solo la forza, la costrizione, dinanzi alla quale svanisce ogni soggettività, ogni dominio del proprio essere fisico, della propria identità.

¹ *Ex multis*, v. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002, p. 185 ss.; C. TRIPODINA, *Commento all'art. 32 Cost.*, in S. Bartole – R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 331 s., ove si riporta la sent. n. 74/1968 della Corte Costituzionale nella parte in cui afferma che “non v'è dubbio che il provvedimento di ricovero coattivo di un soggetto sospettato di malattie mentali si inquadra tra quelli restrittivi della libertà personale”.

² C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, T.E.S.A., Fabriano, 1930, p. 61.

2. Il fine di prevenzione o di cura della malattia quale presupposto imprescindibile di una misura che possa dirsi sanitaria.

Passiamo, ora, a considerare il primo attributo nell'acronimo t.s.o., l'aggettivo "sanitario". Bisogna chiedersi che cosa si intende per pratica sanitaria, qual è il fine sanitario che permette di qualificare come tale anche la misura posta in essere. Sicuramente il t.s.o. è una pratica medica, essendo proposto sulla base di una valutazione fatta da personale medico (non necessariamente psichiatrico), per poi essere disposto dal sindaco «nella sua qualità di autorità sanitaria locale»³. Ma il fatto di essere una pratica proposta ed eseguita da personale medico non implica necessariamente che essa persegua un fine sanitario: non v'è un nesso aprioristico tra la presenza e la cognizione da parte del medico e lo scopo sanitario del trattamento.

È stato autorevolmente affermato che il trattamento sanitario «non può che consistere nell'adozione di mezzi diagnostici e terapeutici per prevenire e curare il male»⁴. Si badi bene, ci si riferisce in primo luogo al male di chi è soggetto al trattamento: il "rispetto della persona umana", di cui al secondo comma dell'art. 32 Cost., pretende che la misura sanitaria obbligatoria vada a giovare o comunque a non danneggiare la salute del paziente.

L'emendamento «Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana» – poi cambiato nell'attuale formulazione «La legge in nessun caso può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» – fu presentato in Assemblea Costituente dall'on. Aldo Moro, il quale così argomentava: «[...] Si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana. L'esperienza storica recente dimostra l'opportunità che nella Costituzione italiana sia sancito un simile principio»⁵. L'intervento dell'onorevole democristiano fa comprendere tutta la portata storica di tale "rispetto della persona umana". Esso rappresenta l'applicazione in materia sanitaria del fondamentale principio personalistico sancito dall'art. 2 Cost., che pone al centro dell'intero sistema l'individuo. L'art. 2 Cost., di cui l'ultima parte del secondo comma dell'art 32 rappresenta la specificazione in materia di diritto alla salute, ha segnato «il definitivo superamento dell'impostazione Stato-centrica e, riconoscendo il primato della persona rispetto allo Stato, [ha assunto] il principio personalista come punto fermo della regolazione del nuovo rapporto individuo e comunità statale»⁶. L'ordinamento, tramite l'art. 2 Cost., passa dalla parte della persona, e soprattutto dalla parte dell'individuo che non ha strumenti per dialogare o difendersi nel rapporto con lo Stato, la persona debole, quindi anche la persona malata. Come è stato autorevolmente

³ Art. 1, co. 6, l. 13 maggio 1978, n. 180.

⁴ D. VINCENZI AMATO, *Commento dell'art. 32, comma 2, Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, p. 176.

⁵ *Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione*, seduta del 28 gennaio 1947, Tipografia Camera Deputati, Roma s.d., p. 204, reperibile su <http://legislature.camera.it/>.

⁶ S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, Milano, 2015, p. 51.

affermato, «l'art. 2 dà causa costituzionale alla legislazione sugli incapaci, sugli emarginati e sugli oppressi»⁷.

Il secondo comma dell'art. 32 Cost. riflette, pertanto, la centralità dell'individuo, della sua dignità, del suo benessere psicofisico. L'intervento in Assemblea Costituente dell'on. Moro, inoltre, rimanda a quelle che furono le ragioni storiche che portarono all'introduzione di questo secondo comma: il ripudio delle abominevoli pratiche eugenetiche attuate nella Germania nazista. Sterilizzazione coatta, esperimenti di ogni sorta, eutanasia (tutte pratiche in larga misura inflitte ai malati di mente) coinvolgevano sicuramente il sapere scientifico e richiedevano la partecipazione della comunità medica, ma di certo non potevano per ciò solo definirsi trattamenti sanitari.

2.1. È rinvenibile nel t.s.o. uno scopo curativo della malattia psichica, e dunque tale misura può definirsi sanitaria?

Lo scopo di prevenzione e di cura della malattia è l'elemento caratterizzante ed imprescindibile in un trattamento che possa dirsi sanitario. Dunque, anche il ricovero e la sedazione farmacologica cui il sofferente psichico viene costretto sono di certo pratiche disposte dal personale medico; ma possono solo perciò dirsi sanitarie? Il nodo fondamentale è se vi sia uno scopo curativo nel t.s.o.

Per rispondere a tale interrogativo, bisogna preliminarmente chiedersi in cosa consista, in cosa si concreti il t.s.o., soprattutto nel contesto di un SPDC. La legislazione in materia è piuttosto vaga: la l. n. 180/1978 parla genericamente di "accertamenti e trattamenti sanitari", di "cure", usa l'espressione "urgenti interventi terapeutici" nel secondo comma dell'art. 2, in riferimento ai presupposti necessari per la degenza ospedaliera. Non si entra mai nello specifico, nella definizione precisa di cosa debba essere un trattamento sanitario obbligatorio, di quali terapie possano essere somministrate. È tutto rimesso, in sostanza, alla valutazione discrezionale del medico che, in virtù di un preminente ed inaccessibile sapere scientifico, è l'unico a poter stabilire cosa si debba fare. Appare evidente, sotto quest'aspetto, uno specifico profilo di incostituzionalità della legge vigente: l'indeterminatezza del trattamento imposto. La riserva di legge prevista dal secondo comma dell'art. 32 Cost. implica la necessaria determinazione e delimitazione sia del trattamento che si vuole imporre sia, quindi, del potere discrezionale del medico: «Dovrà essere determinato così il trattamento come il caso, lasciando alla stessa discrezionalità tecnica (medica) quel solo spazio che, per la stessa diversità fisica tra soggetto e soggetto, è indispensabile per il successo del trattamento»⁸. Tale lacuna normativa, ossia la mancata definizione del caso e del trattamento da imporre, è stata sicuramente nefasta per la corretta attuazione della legge. Non si è previsto alcun limite concreto a ciò che il medico può decidere. Il legislatore ha conferito all'autorità sanitaria un potere coercitivo, e dunque un potere estremamente

⁷ P. BARILE, *I diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 58.

⁸ D. VINCENZI AMATO, *Commento dell'art. 32, comma 2, Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 178.

invadente e pericoloso per il soggetto cui è rivolto, senza dall'altro lato disciplinarlo stabilendone limiti e contrappesi; la valutazione discrezionale dello psichiatra, dunque, può andare ben oltre l'adattamento della misura alla "diversità fisica tra soggetto e soggetto", può divenire potestà, potere autoritativo, cui dall'altro lato non risponde che soggezione. E nell'esecuzione della legge di certo non sono mancati gli abusi.

Non potendo attingere ad una definizione legislativa, non rimane che guardare, dunque, alla prassi medico-psichiatrica, così come essa si è affermata proprio a causa delle lacune legislative: senza rischio di improprie generalizzazioni, si può sostenere che nella stragrande maggioranza dei casi t.s.o. voglia dire somministrazione coatta di psicofarmaci, che può avvenire sia in un contesto extra-ospedaliero, sia, sussistendo i tre presupposti sanciti dal secondo comma dell'art. 2 della l. n. 180/1978, all'interno di un SPDC in cui il malato viene ricoverato. La Relazione finale della Commissione parlamentare di inchiesta sulla efficacia ed efficienza del Servizio Sanitario Nazionale, approvata il 30/1/2013, chiaramente afferma che i SPDC «rimangono per la maggior parte luoghi chiusi e con ancora largamente diffuse pratiche di contenzione (talora attuate illegittimamente come se fossero "terapie"), frequentemente privi di possibilità di interventi riabilitativi e sociali, che possano fungere da collegamento con i servizi territoriali come prevenzione della cronicità: molto della cura è affidato alla psicofarmacologia e la qualità della vita dei ricoverati è spesso limitata ai soli bisogni primari (per esempio, frequentemente è fatto divieto, in nome della 'sicurezza' del paziente, di quegli effetti personali usati comunemente nella vita quotidiana)»⁹. Questo stralcio della suddetta Relazione sintetizza chiaramente che cosa sia un t.s.o. in reparto psichiatrico.

Per stabilire se una simile pratica, consistente in larga parte nella coercizione ad assumere psicofarmaci e nel ricovero coatto in SPDC, possa realmente perseguire un fine terapeutico (in modo tale da rendere plausibile la presenza dell'aggettivo "sanitario" nell'acronimo t.s.o.), è necessario guardare a quanto sostenuto dalla stessa scienza psichiatrica, o meglio dagli esponenti più 'illuminati' della stessa. «Gli psicofarmaci si sono dimostrati utilissimi, e lo sono tutt'ora. Riescono a fronteggiare sintomi drammatici, a contenere le devastanti suggestioni del delirio, a lenire insondabili dolori, a consentire percorsi di ripresa e di emancipazione. Ma quando il farmaco spiega la malattia riduce ogni cosa, lo psichiatra non vede più la persona che gli sta davanti e pensa alla prescrizione. Il predominio del farmaco costringe a banali semplificazioni. Confonde ambiti e dimensioni incompatibili tra loro in quanto riguardano la vita, l'unicità dell'esistenza, le scelte che accadono in un singolare contesto, in una irripetibile temporalità. Il farmaco e il modello di malattia condizionano così i rapporti sociali, le relazioni e costringono nel patologico sentimenti ed emozioni, lutti e conflitti, passioni e indifferenze, amori e disamori. Un passaggio che non è cosa da poco. Le conseguenze sono evidenti nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura blindati e con le persone legate ai letti, nelle affollate e immobili strutture residenziali, in comunità senza tempo che si

⁹ Reperibile su <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/698049.pdf>.

dicono terapeutiche e che si situano fuori dal mondo aspro delle tensioni e dei conflitti (la cronaca quotidiana svela le violenze e i soprusi che accadono in questi luoghi)»¹⁰.

Il farmaco, dunque, non dovrebbe predominare, non dovrebbe essere l'unica risposta che lo psichiatra può dare alla sofferenza mentale; bisogna avere sempre ben chiara, nonostante le semplificazioni propinate dall'approccio neuro-biologico, la complessità della malattia psichica, il suo essere profondamente e molto spesso imperscrutabilmente connessa alla persona, alla sua volontà, alla sua dignità, al contesto sociale in cui questa è cresciuta e vive. La malattia ed il farmaco non devono prevalere sul malato e sul dialogo volto a conoscerlo.

In particolare, sulla funzione dei neurolettici è stato, inoltre, affermato che «in psichiatria gli psicofarmaci sono spesso utili per diminuire sintomi insostenibili [...] L'effetto degli psicofarmaci sui disturbi psichici non è strettamente curativo: essi provocano dei mutamenti dello stato psichico del soggetto per cui certi sintomi non vengono avvertiti e si presentano con minor forza. Gli psicofarmaci non curano quindi il disturbo, ma agiscono sui sintomi [...]»¹¹. Ormai è condivisa quasi unanimemente l'idea che la cura della malattia mentale non possa prescindere da un approccio psicosociale: «Non c'è oggi psichiatra, anche il più acceso organicista, che non sia disposto ad ammettere che le possibilità di prognosi favorevole si accrescono esponenzialmente se l'approccio terapeutico è ispirato all'integrazione degli interventi farmacologici, psicoterapici e sociali, questi ultimi estesi alla rete relazionale prima dell'utente. Se a ciò aggiungiamo le consolidate evidenze sugli effetti iatrogeni per nulla trascurabili che agli psicofarmaci – specie quando assunti a lungo termine – vengono attribuiti, non si comprende come sia eticamente e deontologicamente sostenibile un intervento fondato esclusivamente sui farmaci»¹².

Ritornando, dunque, al quesito circa la possibilità che vi sia una valenza terapeutica, un fine curativo, in una pratica come il t.s.o., in cui «molto della cura è affidato alla psicofarmacologia e la qualità della vita dei ricoverati è spesso limitata ai soli bisogni primari», si può rispondere a tale interrogativo con le parole del padre della rivoluzione culturale e psichiatrica che portò alla chiusura dei manicomi: Franco Basaglia. Ad una provocazione lanciata in un servizio per la Rai, "I giardini di Abele", dal giornalista Sergio Zavoli, il quale gli faceva notare come quella dell'"ospedale aperto" secondo alcuni fosse «più una denuncia civile che una proposta psichiatrica», il medico veneziano rispose: «Sono perfettamente d'accordo! Io non saprei proporre assolutamente niente di psichiatrico in un manicomio tradizionale. In un ospedale dove i malati sono legati credo che nessuna terapia, di nessun genere, biologica o psicologica, possa dare giovamento a persone costrette in uno stato di sudditanza e di cattività da chi li deve curare. Non può esservi una possibilità di cura dove essa non conosce una

¹⁰ P. DELL'ACQUA, *Un gene per la potatura delle istituzioni totalizzanti*, in www.forumsalutementale.it, 26 febbraio 2016.

¹¹ G. JERVIS G., *Manuale critico di psichiatria*, Milano, 1975, p. 296 ss.

¹² F. STARACE, *L'emergenza reale della Salute Mentale in Italia, una risposta a Gilberto Di Petta*, in www.psychiatryonline.it, 3 settembre 2016.

libera comunicazione tra medico e malato»¹³. Questa risposta, che sintetizza buona parte del pensiero di Basaglia e dello spirito della rivoluzione culturale da lui guidata tra gli anni Sessanta e Settanta, pur essendo riferita all'istituzione manicomiale, si può certamente trasporre sul piano degli attuali SPDC: ove vi è costrizione, non vi può essere cura. "La libertà è terapeutica", secondo un efficace *slogan* usato dai fautori di quella rivoluzione.

L'arma' principale a disposizione della scienza psichiatrica per curare il disturbo psichico, dunque, è quella della terapia psico-sociale, ossia un'impostazione fondata contestualmente sulla conoscenza del malato, sul suo recupero psicologico e personale e sulla riabilitazione sociale, sull'inserimento nel tessuto relazionale da cui il paziente proviene; reinserimento che, evidentemente, svolge un ruolo fondamentale per il benessere psichico del soggetto. Questa è l'impostazione che può dirsi realmente curativa, e dunque questa è la prassi che può definirsi sanitaria; rispetto a tale metodo, la somministrazione di psicofarmaci svolge una funzione meramente ancillare, strumentale, essendo utile, e a volte indispensabile, nel lenire e contenere i sintomi più acuti e dolorosi del disturbo, ma non avendo tuttavia alcun potere sulle sue cause organiche, psichiche o sociali, e dunque non avendo una valenza *stricto sensu* curativa. È evidente, allora, come una pratica come quella del t.s.o., che si concretizza quasi esclusivamente nella somministrazione di psicofarmaci – e questo a causa di una legislazione vaga e lacunosa, che, soprattutto, non obbliga il medico a tentare un intervento terapeutico che non sia quello esclusivamente farmacologico – non persegua un fine prettamente terapeutico, e dunque non possa perciò definirsi propriamente sanitaria.

3. Lo scopo di tutela dell'incolumità del paziente e degli altri dal pericolo di azioni auto o eteroaggressive: la vera natura del t.s.o. è quella di una contenzione ambientale e farmacologica.

Si può affermare, a questo punto, che lo scopo realmente perseguito nel momento in cui l'autorità sanitaria dispone un t.s.o. è quello custodialistico-securitario, ossia di tutela dell'incolumità del paziente e degli altri da eventuali azioni auto o eteroaggressive. D'altronde, nel momento in cui si è messa in evidenza l'incompatibilità del t.s.o. con l'art. 32 Cost. per mancanza del secondo elemento dell'endiadi "rispetto della salute individuale - tutela della salute della collettività", si è detto che i sostenitori della misura in esame tendono a sostituire tale secondo elemento con l'esigenza di tutela dell'incolumità/sicurezza pubblica, confondendo la salute dei consociati, che potrebbe essere minacciata solo dalle condizioni di salute dell'individuo o dalle sue determinazioni volitive in merito ad esse, con l'incolumità degli stessi, che invece è

¹³ S. ZAVOLI, *Oltre il giardino di Abele*, introduzione a D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Merano, 2013, p.18.

messa in pericolo dalle azioni violente auto o etero-rivolte: sostenendo tale tesi, pertanto, non si fa altro che confermare lo scopo custodialistico-securitario del t.s.o.¹⁴.

La marginalità del fine terapeutico e la sua subordinazione rispetto allo scopo contenitivo dell'aggressività del paziente, e dunque di tutela dell'incolumità pubblica, è evidente altresì nelle pronunce giurisprudenziali, che, in linea generale, attribuiscono allo psichiatra una posizione di garanzia riguardo ai comportamenti auto o eterolesivi del paziente, considerandolo penalmente responsabile, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p., qualora egli non sia ricorso alla misura coercitiva nei confronti di un malato poi resosi autore di reati¹⁵. È evidente come, nell'affermare il dovere dello psichiatra di contenere il paziente che egli ritenga pericoloso al punto tale da poter commettere reati, la giurisprudenza dichiara espressamente quella che è la funzione tipica del t.s.o., ossia una funzione contenitiva dell'aggressività del sofferente che possa rivelarsi pericoloso per sé e per gli altri: si ripropongono, pertanto, i criteri del ricovero manicomiale.

Inoltre, è la stessa prassi della psichiatria d'urgenza, unitamente ad alcuni documenti-manifesto della cosiddetta psichiatria coercitiva, a suggerire che lo scopo prioritario del t.s.o. sia quello del contenimento dell'acuzie del disturbo al fine di preservare l'incolumità del malato e dei consociati. Nel documento del Gruppo di approfondimento tecnico (GAT) lombardo sui SPDC, laddove si tratta il tema della contenzione, è scritto: «Il paziente psichiatrico ha il diritto al contenimento della propria patologia e degli effetti distruttivi che può avere. Il contenimento relazionale e interpersonale, insieme al contenimento farmacologico, è ovviamente la forma elettiva per non arrivare al contenimento fisico. Ma l'omissione di strategie volte al contenimento anche "estremo" del paziente deve essere considerata di pari se non superiore gravità del rischio di eccesso [...]»¹⁶. La parola "contenimento" è ripetuta cinque volte in poche righe; mancano assolutamente espressioni che sarebbero molto più adeguate al tema, quali "terapia, cura, prevenzione, diagnosi"; anche accanto ad aggettivi come "relazionale e interpersonale" non si usano termini che potrebbero rimandare ad una qualche valenza sanitaria, ma si parla di "contenimento relazionale e interpersonale". Sempre nello stesso documento si legge: «È opportuno mitigare le idealizzazioni e le attese di una psichiatria completamente e definitivamente monda di qualsiasi grano di violenza»: psichiatria e violenza sarebbero intrinsecamente e indissolubilmente correlate, quindi. In riferimento alla legatura del paziente, altrove è stato scritto: «Non ha senso [...] chiedersi se è lecito l'uso dei mezzi di contenzione, quanto invece è

¹⁴ Sul punto, sia consentito rinviare a C. LANDOLFI, *L'aporia della coercizione terapeutica "per malattia mentale" in un ordinamento liberaldemocratico: profili di incostituzionalità*, in questa Rivista, fasc. 7-8/2017, p. 119 ss.

¹⁵ Cfr. C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in questa Rivista, 21 marzo 2016, p. 11; G. INSOLERA, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, 1990, p. 775; A. MANACORDA, *Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso dall'infermo di mente. Prime riflessioni*, in *Foro it.*, 1988, p. 122.

¹⁶ *Relazione del Gruppo di Approfondimento Tecnico sul ruolo del Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura nell'ambito dell'attività del Dipartimento di Salute Mentale, nel trattamento dell'acuzie e dell'emergenza urgenza psichiatrica*, Regione Lombardia, 2011, stralcio riportato in A. Amatulli – S. Borghetti, *La contenzione in psichiatria tra etica e pratica: solo tesi e antitesi?*, in S. Rossi (a cura di), *Il nodo della contenzione. Diritto, psichiatria, dignità della persona*, Merano, 2015, p. 257.

fondamentale definire “a quali condizioni” esso è lecito [...]»¹⁷. Si dà talmente per scontata la liceità di pratiche tanto degradanti, che non ha senso neanche discuterne.

Dai testi citati si può evincere chiaramente l'impostazione di un tal tipo di psichiatria: il malato psichiatrico ha il diritto a che la sua patologia e gli effetti distruttivi che ne potrebbero scaturire vengano contenuti: ma in queste affermazioni c'è molto della l. n. 36/1904, la legge Giolitti sui manicomi, previgente alla normativa attuale, la quale non aveva remore nel parlare di custodia degli alienati che fossero *pericolosi a sé o agli altri*, e che dunque non nascondeva la propria funzione custodialistico-securitaria.

Poste tali premesse, non si può non concludere che la vera natura del t.s.o. è quella di una contenzione: contenzione farmacologica nel caso in cui si disponga solo la somministrazione coatta di psicofarmaci, alla quale si aggiunge la contenzione ambientale, qualora si decreti anche il ricovero in SPDC. In tale ultimo contesto, si rende possibile il verificarsi della forma di contenzione più estrema e brutale, ossia la contenzione meccanica con lacci e fascette. Tale contenzione viene praticata per far fronte all'acuzie del disturbo psicotico, sebbene si debba ricordare che il t.s.o. può essere disposto per la durata di sette giorni, e può essere ulteriormente prorogato senza la previsione legislativa di un limite massimo, e dunque per un periodo di tempo di certo superiore alla manifestazione acuta della malattia. In essa, il fine terapeutico-sanitario è relegato sullo sfondo, mentre ad emergere è il preminente scopo di tutela della incolumità, sia del paziente che dei consociati.

4. Il t.s.o. nella prospettiva delle misure di prevenzione personale: la violazione del principio di tassatività/determinatezza.

Analizzato, dunque, oltre le definizioni legislative, il t.s.o. – in maniera simile, *mutatis mutandis*, al vecchio ricovero manicomiale – è da considerarsi provvedimento affine alle misure *praeter delictum*; ne ha tutte le caratteristiche: il carattere afflittivo, ossia restrittivo della libertà personale, l'assenza di un fatto di reato o quasi-reato in relazione al quale adottare detti provvedimenti, la valutazione prognostica inerente alla pericolosità sociale del soggetto, ossia alla sua attitudine a minacciare l'ordine pubblico o l'incolumità dei consociati. Al t.s.o., pertanto, sono opponibili obiezioni analoghe a quelle sviluppate in dottrina relativamente alle misure preventive.

La prima critica che solitamente si muove al sistema di prevenzione personale è quella inerente all'incompatibilità con l'art. 25, comma 2, Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Tale secondo comma racchiude in sé le tre componenti del principio di legalità in materia penale, ovvero la riserva assoluta di legge, il principio di tassatività/determinatezza e l'irretroattività della legge penale. In relazione alle misure *praeter delictum*, ciò che rileva è essenzialmente il principio di determinatezza/tassatività, in base al quale sia il reato

¹⁷ L. FERRANNINI, *Aspetti clinici della contenzione*, in R. Catanesi – L. Ferrannini – P. F. Peloso (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Milano, 2006, p.5.

che, nei limiti della cornice edittale, la pena devono essere previsti e dettagliatamente descritti dalla norma penale.

Emerge chiaramente, pertanto, l'incostituzionalità per violazione del principio di determinatezza/tassatività di norme che comminano misure afflittive in corrispondenza non di un reato o quasi-reato ben definito della legge penale, ma di condotte di cui non si individuano analiticamente gli elementi costitutivi, quali l'essere "abituamente dediti a traffici delittuosi", il vivere "abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose", l'essere "dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica". Si tratta di «situazioni generiche di condotta che non rientrano nello schema del 'fatto' commesso»¹⁸.

Con la riforma del 1988 (l. n. 327/1988) si tentò di ancorare l'individuazione dei soggetti destinatari delle misure *sine delicto* a criteri più concreti e garantistici, come gli "elementi di fatto"¹⁹ indicati dalla normativa vigente: per cui, almeno in linea teorica, non dovrebbero ritenersi sufficienti, per l'adozione di misure preventive, meri sospetti o labili indizi relativi alle condotte delittuose menzionate.

In verità, emerge tutto il carattere per definizione antitetico di un accostamento tra le misure di prevenzione ed il fatto o gli "elementi di fatto". Basti pensare che «se il giudice della prevenzione esigesse, in sede di accertamento probatorio, indizi così corposi da attingere il livello della vera e propria prova indiziaria, verrebbe meno lo stesso motivo pratico che giustifica il ricorso al procedimento di prevenzione, sussistendo tutti i presupposti per promuovere invece il normale processo penale»²⁰. Non si riesce, dunque, a dare forma a tali "elementi di fatto", a capire quale sia la loro posizione tra il semplice sospetto e la prova indiziaria vera e propria; d'altronde, è da ritenersi che le misure preventive continuino ad essere applicate sulla base di meri sospetti e labili indizi, considerato che il giudice, se avesse a disposizione delle prove più fondate, sarebbe obbligato a procedere penalmente²¹. Svelata la loro natura di "pene del sospetto", emerge, a tal riguardo, l'ulteriore profilo di incostituzionalità in relazione all'art. 27, 2° comma, Cost., ed al principio di presunzione di non colpevolezza da esso sancito.

Così come le misure *praeter delictum* violano il principio di tassatività/determinatezza ex art. 25, comma 2, Cost. in quanto svincolate dalla commissione di un fatto di reato e collegate ad "elementi di fatto" non meglio specificati dalla normativa, anche in rapporto alla legge che disciplina il t.s.o può essere posta, come si è detto, la medesima questione dell'indeterminatezza, riguardo sia alle ipotesi in cui la misura è applicabile, sia al tipo di trattamento che può essere disposto. Si tratta di un profilo di incostituzionalità già rilevato in relazione alla riserva di legge prevista dall'art. 32, 2° co, Cost., che richiede la

¹⁸ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 14.

¹⁹ V. il vigente d.lgs. n. 159/2011, intitolato "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2012, n. 136".

²⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, Bologna, 2015, p. 918.

²¹ D. PETRINI, *La prevenzione inutile: illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, p. 222.

precisa definizione della misura sanitaria da imporre e dei casi in cui imporla; tale rilievo assume ancora più pregnanza se si procede oltre la dimensione sanitaria e l'art. 32 Cost., ragionando sul piano, più appropriato, delle misure limitative della libertà personale adottate per ragioni di difesa sociale.

4.1. La valutazione prognostica sulla pericolosità del soggetto.

Altro punto debole della disciplina delle misure *sine delicto* risiede nella valutazione prognostica sulla pericolosità del destinatario delle medesime. Una volta individuata, infatti, una persona rientrante in una delle tipologie soggettive descritte dalla norma, il questore o il giudice applicano la misura preventiva nel caso in cui ritengano che il soggetto sia "pericoloso per la sicurezza pubblica", quindi sulla base di una valutazione *ex ante* avente ad oggetto la pericolosità futura del destinatario.

A tal proposito, bisogna ricordare le affermazioni della stessa scienza criminologica relative agli insuccessi di tali prognosi e alla "crisi del concetto di pericolosità". «Nella scienza criminologica è infatti opinione diffusissima che, nonostante gli sforzi e i mezzi impiegati, i risultati ottenuti, anche con le metodologie più evolute, siano molto modesti: anche i procedimenti statistici dimostrano così rilevanti quote di errore da non essere raccomandati quali strumenti sufficienti per il giudizio. Se la ricerca criminologica invita alla moderazione, ancora di più deve invitare alla moderazione l'uso della tecnica intuitiva – in uso nella prassi giudiziale – per formulare il giudizio di pericolosità sociale. [...] Provvedimenti restrittivi della libertà personale fondati su questa prognosi e su questo giudizio sono *ictu oculi* insufficientemente motivati: il bisogno di difesa della società non è più reale e tradisce altre finalità se non si incardina su razionali e validi presupposti applicativi»²². La valutazione prognostica su quella che sarà in futuro la pericolosità di un determinato soggetto è priva di qualsiasi fondamento scientifico, per confessione della stessa scienza che ha ad oggetto tale materia, ovvero la criminologia. Tali obiezioni, se sono opponibili alle misure di sicurezza, a maggior ragione si rivelano fondate riguardo alle misure preventive personali, essendo queste, a differenza delle prime, svincolate dall'accertamento dell'unico dato oggettivo che avrebbe potuto fondarne la legittimità, ovvero la commissione di un reato o quasi-reato.

Il rilievo relativo alla mancanza di fondamento scientifico della prognosi di pericolosità sociale, posto in evidenza in rapporto alle misure preventive, può essere rivolto anche al t.s.o., seppure con le dovute precisazioni.

A differenza delle prime, che vengono disposte in considerazione della pericolosità futura del soggetto e sulla base di deboli indizi, il t.s.o. viene eseguito generalmente in una dimensione emergenziale in cui si manifesta l'accesso psicotico, ove al medico è chiesto di valutare, sulla base dei sintomi da lui riconoscibili (che comunque,

²² E. MUSCO, *Misure di sicurezza e pericolosità: profili di riforma*, in G. Vassalli (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milano, 1982, p. 173.

lo si ripete, dovrebbero essere, per quanto possibile, descritti dalla disciplina legislativa), la pericolosità nell'immediato o a breve termine del sofferente psichico (si ritiene debba trattarsi, dunque, di un'aggressività del paziente immediatamente pronta a tradursi in violenza verso cose e soprattutto persone). È da ritenersi, quindi, che lo psichiatra abbia gli strumenti conoscitivi e sia nella posizione di poter valutare tale pericolosità in un orizzonte temporale breve (quello delle ore o dei pochi giorni) del sofferente che manifesti determinati sintomi della malattia. Il problema sorge nel momento in cui la disciplina legislativa non pretende che il medico chiamato a proporre il t.s.o. sia uno psichiatra: ai sensi della normativa vigente, difatti, la proposta di ricovero in SPDC può provenire anche dal medico generico, per poi dover essere vagliata da un medico dell'ASL (anche stavolta non necessariamente psichiatra), ed infine autorizzata dal sindaco del comune di residenza del paziente. È evidente, allora, come la valutazione sulla sussistenza delle "gravi alterazioni psichiche" e dunque sulla pericolosità anche nel breve termine del sofferente psichico, proveniente da un medico non psichiatra, manchi di fondamento scientifico: solo lo psichiatra può possedere le competenze scientifiche per valutare quale tipo di terapia imporre e in quali casi imporla. Inoltre, bisogna sottolineare che, anche qualora la proposta di t.s.o. provenga da uno psichiatra – come nella maggior parte dei casi, d'altronde, accade – è da ritenersi che questi sia in grado, grazie alle sue conoscenze, di valutare la pericolosità del paziente, come si è detto, nell'immediato o nel breve termine; tuttavia, secondo la legislazione vigente, il t.s.o. può essere prorogato oltre i sette giorni e senza la previsione di un limite massimo, e dunque in un orizzonte temporale in cui si può ritenere che la valutazione prognostica dello psichiatra in merito alla pericolosità futura del paziente venga a perdere di attendibilità.

4.2. *L'effetto criminogeno delle misure praeter delictum e l'effetto psicopatogeno del t.s.o.*

Un'ultima fondamentale obiezione che viene rivolta al sistema di prevenzione personale attiene al ruolo criminogeno che queste hanno storicamente svolto nell'ordinamento. Paradossalmente, misure che per antonomasia sono volte alla prevenzione del crimine sono state invece la causa o dell'ulteriore emarginazione di chi vi era soggetto, e quindi delle derive criminali che scaturivano da tale emarginazione, oppure del rafforzamento dei meccanismi propri della criminalità organizzata nei territori in cui esse venivano eseguite.

«Una delle poche indagini criminologiche condotte sugli effetti, per così dire, secondari delle misure, ha svelato il tragico meccanismo di 'etichettamento' derivante dai controlli di polizia presso i vicini di casa o sul luogo di lavoro, con la conseguente perdita del posto, nonché l'inevitabile, ulteriore lacerazione di rapporti sociali già tanto pregiudicati e difficili: in altri termini, un effetto esattamente contrario a quello voluto o, forse sarebbe meglio dire, dichiarato»²³.

²³ PETRINI D., *La prevenzione inutile: illegittimità delle misure praeter delictum*, cit., p. 239.

In relazione alle misure personali antimafia, le commissioni parlamentari d'inchiesta osservavano, tempo addietro, che «nelle nuove sedi di soggiorno obbligato, la maggiore facilità di mimetizzazione e l'assenza di collaudati strumenti di difesa sociale hanno favorito quella riproduzione di criminalità mafiosa che si riteneva in altri tempi invece tipica dell'ambiente siciliano»²⁴.

All'atto pratico, guardando i risultati, le misure di prevenzione personali rivelano la loro funzione storica di emarginazione della devianza o di risposta immediata, quanto inefficace (anzi pernicioso), alla criminalità. Criminalità contro cui non si riesce a strutturare un valido sistema di prevenzione, che, come è emerso più volte in dottrina già a partire dal Convegno di Alghero del 1974, dovrebbe essere improntato ad un programma di riforme sociali di stampo solidaristico.

Continuando nel parallelo tra le misure di prevenzione personali e le misure coercitive rivolte ai pazienti psichiatrici, la spirale criminogena osservata per le prime può essere tradotta sul piano delle seconde nei termini di spirale psicopatogena. Ancora una volta, prevenzione personale e ricovero coatto del sofferente psichico mostrano caratteri simili; essi agiscono su piani diversi, quello della criminalità e della malattia mentale, che hanno, però, una radice comune nella devianza.

Ancora una volta, sono gli psichiatri, o almeno quelli tra loro più sensibili ed attenti alla cura della sofferenza umana, a denunciare l'effetto psicopatogeno provocato dal t.s.o., inteso quale mera contenzione chimica, ambientale, e molto spesso anche meccanica. «Chi entra in un SPDC spesso e volentieri vi arriva con una malattia mentale (o un qualcosa definito come tale) e ne esce con due. [...] La seconda malattia mentale 'supplementare' si chiama *sindrome da istituzionalizzazione*. La letteratura, soprattutto negli anni Settanta, ha riportato in vario modo l'esistenza di questa sindrome, soprattutto riferita alle istituzioni totali, i vecchi ospedali psichiatrici o manicomi. Gli SPDC di oggi spesso e volentieri non divergono molto da tali strutture, che si volle superare con le leggi 180 e 833 del 1978, ma che nell'anima e nella filosofia del lavoro troppo spesso non sono ancora cambiate»²⁵.

Ed ancora, della contenzione meccanica, pratica, come si è accennato – estremamente diffusa nei SPDC – è stato scritto: «Le conseguenze, ancora più gravi per la vita delle persone, sono quelle di ordine psicologico. Tutti i pazienti sottoposti a questo trattamento vivono l'esperienza con una profonda perdita di autostima, con un doloroso senso di umiliazione, con paura. Alla contenzione fa spesso seguito l'insorgere di un sentimento di rancore, di cupezza, di rabbia. Talvolta, alla contenzione si accompagna una profonda depressione, una sorta di perdita della speranza, la consapevolezza di aver toccato il fondo e che non sarà mai più possibile rimontare. È significativo che le persone che subiscono questi trattamenti si prestano con molta ritrosia a rievocare quelle esperienze. Preferiscono dimenticare. Il ricordo di quei momenti attiva sentimenti di vergogna e di perdita della propria identità che diventa insopportabile. Molti hanno accostato la difficoltà di ricordare e denunciare la

²⁴ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, cit., p. 929.

²⁵ ROSSI G., TORESINI L., *SPDC aperti e senza contenzioni per i diritti inviolabili della persona*, in ROSSI S. (a cura di), *Il nodo della contenzione*, cit., pp. 293-294.

contenzione all'esperienza dei sopravvissuti ai campi di sterminio. Come la fatica e gli inenarrabili turbamenti che hanno dovuto vivere i sopravvissuti dei *lager*, quei pochi, che hanno voluto affrontare la pena del ricordo»²⁶. Si giunge a paragonare la contenzione meccanica e la sofferenza psichica che essa provoca, addirittura, ai tormenti inflitti ai deportati durante l'Olocausto: tali affermazioni devono indurre a riflettere, dato che «in Italia oggi, in 7 su 10 dei Servizi psichiatrici di diagnosi e cura, la contenzione è pratica diffusa»²⁷.

Gli stessi psichiatri denunciano a chiare lettere la sofferenza nascosta tra le mura dei SPDC, cui si accede principalmente tramite t.s.o.; la psichiatria più avanzata e sensibile alla condizione umana denuncia quelle che possono essere le conseguenze scatenate da un trattamento coattivo imposto al malato di mente: perdita di autostima, rancore, cupezza, depressione, in poche parole sofferenza dell'animo.

È evidente, a questo punto, l'effetto psicopatogeno insito nella pratica del t.s.o. Quest'ultimo, in sprezzo di qualsiasi principio curativo e "di rispetto della persona umana" dichiarato dalla Costituzione, produce come unico risultato l'inasprimento della sofferenza psichica; esso emargina ulteriormente e quindi *provoca* sofferenza psichica. La misura coattiva di cui si discute, dunque, non solo difficilmente potrebbe qualificarsi come terapeutica per la malattia mentale, ma, ripercuotendosi negativamente sulla dignità dell'infermo, condizionandone la capacità di scegliere e di agire, in molti casi acuisce il disagio mentale, peggiorando il quadro clinico del paziente.

A tali conclusioni si potrebbe obiettare che il t.s.o. non sempre si risolve in mera contenzione farmacologica o nel ricovero coatto in cui può trovare spazio la contenzione meccanica, ma che a volte esso può rappresentare l'inizio di un percorso terapeutico; a tali affermazioni si aggiunge che «tutto dipende da chi e come lo fa»²⁸, ovvero, tutto dipenderebbe dallo psichiatra di turno nel reparto e dalla sua sensibilità.

Invero, a noi sembra che, considerando che i SPDC cosiddetti *restraint* e quindi gli psichiatri che aderiscono ad un modello coercitivo costituiscono la stragrande maggioranza in Italia, sia certamente poco opportuno che valori di essenziale importanza nel nostro ordinamento costituzionale, quali il diritto alla salute e la libertà personale, siano affidati alla discrezionalità dello psichiatra, al "chi e come lo fa".

Sarebbe necessario, invece, che la legge andasse a disciplinare e circoscrivere le scelte del medico, non avendo timore nell'ammettere che un trattamento imposto con la forza al malato di mente abbia per sua natura una principale funzione di contenimento delle manifestazioni violente della psicosi, e tuttavia fissando precisamente i limiti in cui possa realizzarsi tale contenzione, avendo riguardo a quel "rispetto della persona umana" da ritenersi sicuramente preminente rispetto alle istanze di difesa sociale.

²⁶ G. DELL'ACQUA, *Isidoro, Luca, Marco e l'insensatezza della contenzione*, in S. Rossi (a cura di), *Il nodo della contenzione*, cit., pp. 34-35.

²⁷ *Ivi*, p. 16.

²⁸ P. CIPRIANO, in un'intervista riportata nell'articolo *Morti sospette e camicie di forza: cosa non funziona più nel t.s.o. in Italia*, 13 marzo 2016, su www.forumsalutementale.it.

BITCOIN E RICICLAGGIO 2.0

di Ludovica Sturzo

Abstract. *L’emanazione del d.lgs. n. 90/2017, attuativo della Direttiva relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, denota l’avvenuta presa di coscienza da parte del legislatore nazionale circa la pericolosità dell’anonimato delle transazioni finanziarie effettuate mediante criptovaluta, di cui bitcoin risulta essere una, sebbene celeberrima, species. Tuttavia, la conclamata insufficienza della normativa in questione a fronteggiare pienamente il fenomeno, di mutevole natura ed in continua evoluzione, consegna al presente contributo l’obiettivo di analizzare la reale sussumibilità della transazione bitconiana sia nei reati di riciclaggio ed autoriciclaggio, che di finanziamento del terrorismo, e di interrogarsi sulla configurabilità del concorso del cambia valute virtuale, nuovo destinatario degli obblighi antiriciclaggio, nel reato di cui all’art. 648 ter.1 c.p. ad opera dell’utente.*

SOMMARIO: Premessa. – 1. La potenzialità dissimulatoria di *Bitcoin* come fattore di rischio riciclaggio. – 2. La concreta sussumibilità del riciclaggio “via cripto” nelle fattispecie codicistiche. – 3. Il d.lgs. n. 90/2017, tra prospettive di riforma e problematiche irrisolte: la “fondamentale” attività dei cambia valute virtuale ed il loro concorso nell’autoriciclaggio altrui. – 4. Bitcoin e finanziamento del terrorismo: l’inquadramento della transazione bitconiana nell’art. 270 *quinquies*.1 c.p. – 5. Conclusioni.

Premessa.

Uno spettro si aggira per il web: Bitcoin. La capacità che la più diffusa moneta virtuale possiede di attirare l’attenzione di investitori, banchieri, legislatori, autorità giudiziarie e criminalità, è direttamente proporzionale alla crescita altalenante del suo valore.

Nata dalle ceneri della crisi economico-finanziaria del 2008, sviluppatasi nell’ombra tra l’élite dei più informati, oggi Bitcoin è al centro del più acceso contrasto tra regolamentazione ed innovazione. Tra tentativi di tassazione e di quotazione in borsa, per un attimo si era trascurato l’inesauribile potenziale che la cripto valuta contiene di favorire il riciclaggio di proventi illeciti a livello globale e di finanziare con una certa immediatezza gruppi terroristici situati tanto sul territorio nazionale quanto oltre confine.

Accanto, infatti, alle già conclamate peculiarità del *cyber crime* – intertemporalità, assenza di frontiere territoriali, bassi costi, complessità investigative – a garantire il sicuro provento da reato si aggiunge l’anonimato delle transazioni bitconiane, che assicura la scarsa tracciabilità delle stesse da parte dell’autorità giudiziaria e che rende pertanto il sistema in grado di sostituire e trasferire profitti illeciti senza rischi eccessivi.

Il pericolo, d’altronde, che la cripto valuta si erga a strumento *ad hoc* per attività di riciclaggio è insito ontologicamente nelle caratteristiche stesse del bitcoin, essendo questo, per sua natura, idoneo a “dissimulare” il valore oggetto del suo trasferimento nella sconfinatezza della realtà virtuale.

1. La potenzialità dissimulativa di bitcoin come fattore di rischio riciclaggio.

Bitcoin non rappresenta soltanto una tipologia di *cryptocurrency* decentralizzata e convertibile, quanto piuttosto il traguardo raggiunto da quella corrente di pensiero, promotrice di una democratizzazione finanziaria e caratterizzata dall’assenza di intermediari e di controllo statale, che mira alla creazione di un’economia e di un mercato totalmente libero, la cui regolamentazione sia deputata esclusivamente ai singoli utenti partecipanti del sistema.

Si può facilmente intuire, quindi, la ragione per cui gli innovatori digitali, favorevoli alla divulgazione della moneta virtuale, abbiano fortemente osteggiato, sin dall’inizio e fino all’ultimo, l’intervento statale di *regulation*, in un settore la cui forza risiede esattamente nella parità¹ di condizioni tra tutti gli individui in mancanza di un organismo *super partes* che ne controlli l’operato e nell’inesistenza di regole tese a rallentare procedure snelle, proprio perché volatili.

La moneta virtuale si colloca, dunque, in uno spazio intermedio tra moneta fisica ed elettronica², nel tentativo di assumerne i rispettivi vantaggi, ma divenendo recentemente oggetto di una specifica definizione legislativa quale quella di «rappresentazione di valore digitale che non è né emessa da una banca centrale o da un ente pubblico né è legata a una valuta legalmente istituita, non possiede uno status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo

¹ Letteralmente a *Peer to Peer* (P2P) system, ossia da “pari a pari”, un rapporto *inter pares* piuttosto che *super partes*.

² PASSERELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio* in <https://www.sicurezzanazionale.gov.it>. Secondo l’a. trattasi di una forma di cd. «contante digitale», il quale conserva tanto i vantaggi della moneta fisica: anonimato, convertibilità, trasferibilità e basso rischio; quanto quelli della moneta elettronica: rapidità e minori costi di transazione.

di scambio, ed eventualmente per altri fini, e può essere trasferita, memorizzata o scambiata elettronicamente»³.

Il legislatore riconosce dunque le peculiarità della cripto valuta, ammettendo come la stessa sia esente dalla gestione e dal controllo di istituti bancari e finanziari, essendo piuttosto oggetto di un sistema *peer to peer* (P2P)⁴ *sui generis*, di natura decentralizzata, in cui ogni computer ha eguale⁵ accesso alle risorse comuni ed ogni transazione risulta garantita e convalidata dagli stessi utenti⁶ della rete in cui questa avviene, trattandosi di un sistema di verifica aperta, cd. *opensource*.

Tuttavia, il vero *punctum dolens* per il legislatore, chiamato a disciplinare i rischi derivanti da questo nuovo fenomeno tecno-finanziario, si rinviene nell'anonimato delle transazioni bitcoiniane, grazie al quale, ad ogni soggetto proprietario di un account bitcoin, è garantita totale riservatezza circa la sua identità, in modo tale che l'utente possa preservare dal controllo statale tanto la *privacy* relativa alla propria persona, quanto quella inerente l'oggetto delle proprie compravendite.

Sul punto, in realtà, giova precisare che più esperti della materia sottolineano come non sia propriamente corretto parlare di anonimato, dovendosi piuttosto ricorrere al più lato concetto di "pseudonimato", essendo ogni transazione, avvenuta in cripto valuta, registrata in un "libro contabile digitale" (cd. *distributed ledger*)⁷ di dominio pubblico, accessibile quindi costantemente da chiunque, da cui sarà possibile risalire agli accounts "parti" dell'operazione trascritta in virtù della nuova tecnologia di *blockchain*⁸.

³ Art. 1 lett. qq) d.lgs. 25 maggio 2007, n. 231, così come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, Attuazione della Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminosi e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE. Point (2)(c) of Article 1 Directive EU 2015/849 «The term 'virtual currencies' is defined under the proposed directive as meaning 'a digital representation of value that is neither issued by a central bank or a public authority, nor necessarily attached to a fiat currency, but is accepted by natural or legal persons as a means of payment and can be transferred, stored or traded electronically».

⁴ CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015, p. 254: «la rete *peer to peer* permette potenzialmente a qualsiasi utente di trasferire soldi a velocità quasi istantanea a bassissimo o senza alcun costo, con basse barriere all'ingresso nell'anonimato virtuale in assenza di una tracciabilità. In sostanza le criptovalute potrebbero consentire ai riciclatori di spostare fondi illeciti in maniera più veloce, più economica e più discreta.

⁵ Non esiste un unico server centrale, bensì ogni computer è indipendente. Tale circostanza rende il sistema *Bitcoin* di più difficile *hackeraggio* rispetto ai diversi sistemi di pagamento *online*.

⁶ La transazione avviene tra due ipotetici *users*, il *seller* ed il *buyer*, ma affinché la stessa possa concludersi necessita della convalidazione da parte degli altri partecipanti del sistema, noti come *miners*.

⁷ *Distributed Ledger Technology: beyond block chain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser* in <https://www.gov.uk>. Ogni qual volta una transazione risulta convalidata dagli utenti del sistema, essa rimane registrata online all'interno di quello che può essere considerato un vero e proprio registro di dominio pubblico in modo tale da garantire agli utenti di poter verificare quella transazione in ogni momento. Dopo essere stata convalidata, la transazione si trasforma in un "blocco" (*block*) che diviene parte di una più grande catena (*chain*), da qui *blockchain*.

⁸ AMATO-FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin. Rischi e opportunità delle valute virtuali*, EGEA Università Bocconi Editore, Milano, 2016. *Bitcoin* poggia su una struttura dati chiamata *blockchain*, ovverosia "serie concatenata di blocchi". Ogni operazione viene effettuata solo se registra il 50%+1 di ogni nodo (di ogni utente). Questo sistema di *blockchain*, di dominio pubblico e perennemente a disposizione di ogni utente, fa sì che le transazioni effettuate risultino sempre garantite e rintracciabili, da qui pseudonimato piuttosto che

Tanto considerato, al di là delle inevitabili critiche mosse da chi antepone l'innovazione digitale al controllo burocratico, presagendo come l'imposizione di regole muterebbe la ratio stessa di un sistema basato sulla rapidità delle transazioni e sulla totale libertà degli utenti, non può ignorarsi la capacità attrattiva che un sistema del genere, caratterizzato dall'anonimato/pseudonimato delle sue transazioni e dall'assenza di un organismo controllore, provochi nei confronti di chi intenda sfruttare il sistema per perseguire un fine illecito, quale ad esempio quello di ripulitura di proventi delittuosi ovvero di finanziamento di gruppi terroristici tramite un semplice click.

Premettendo difatti come la disposizione dell'art. 648 *bis* c.p., pur essendo una fattispecie a forma libera⁹, subordini incondizionatamente la propria configurazione alla clausola per cui la condotta posta in essere dal riciclatore sia idonea ad ostacolare¹⁰ concretamente «l'identificazione della provenienza delittuosa» di denaro, beni o altre utilità derivanti da delitto non colposo, la probabilità che il sistema Bitcoin si trasformi in un sistema di ripulitura dei proventi illeciti internazionali sarà direttamente proporzionale all'abilità che lo stesso mostrerà di rendere difficoltoso l'accertamento della provenienza di quel valore¹¹.

Nonostante sia innegabile che il meccanismo di *blockchain*¹² rappresenti un valido strumento di tracciabilità delle transazioni effettuate in rete tramite bitcoin, è in ogni caso dimostrato come tale catena finisca poi per coincidere con un algoritmo di pura matrice matematica, non solo di complessa risoluzione, ma spesso di difficile riconduzione ad una ben individuata persona fisica o giuridica¹³.

anonimato.

⁹ MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio; Parte speciale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Milano, 2013, p. 658. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2013, p. 246. TOSCHI, *Gli artt. 648-bis e ter c.p.; repressione vera o apparente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 400. FORTE, *L'elemento soggettivo del riciclaggio*, in AA.VV., *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare* a cura di MANNA, Torino, 2000, 206 s.

¹⁰ Cass., sez. II, 5/10/2011, n. 39756. La Corte Suprema ricorda che affinché il principio di offensività sia rispettato, le condotte di cui all'art. 648 *bis* devono essere tali da provocare un cd. «effetto dissimulatorio», ostacolando concretamente l'Autorità Giudiziaria nell'accertamento dell'origine del provento delittuoso; Cass., sez. II, 16/11/2012, n. 3397. La pronuncia in questione offre un'interpretazione estensiva del termine «ostacolare», ritenendo consona ad integrare il giudizio di idoneità tanto la condotta volta ad impedire definitivamente, quanto quella tendente a rendere difficile l'accertamento sulla provenienza delittuosa del provento.

¹¹ Essendo un reato di pericolo concreto, l'art. 648 *bis* non richiede il compimento dell'azione affinché il delitto si configuri bensì unicamente la realizzazione di una condotta che sia idonea ad ostacolare l'identificazione del bene. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, op. cit., p. 637 s.; CASTALDO-NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, p. 11 s.; FASOLI, *Riciclaggio*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro i beni economici: patrimonio, economia e fede pubblica*, a cura di Cocco, Ed. II, Padova, 2010, 274 e s.

¹² *Distributed Ledger Technology: beyond block chain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser*, in <https://www.gov.uk>. «A block chain is a type of database that takes a number of records and puts them in a block (rather like collating them on to a single sheet of paper). Each block is then 'chained' to the next block, using a cryptographic signature. This allows block chains to be used like a ledger, which can be shared and corroborated by anyone with the appropriate permissions»

¹³ LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2015, issue 1, pp. 201 -222.

Inoltre, le transazioni potranno avvenire non soltanto tra soggetti residenti in Stati diversi – alcuni ad alto tasso terroristico¹⁴, altri nemmeno forniti di un’adeguata normativa antiriciclaggio – ma potranno anche essere riconducibili a più *accounts* in realtà riferibili sempre alla medesima persona, potendo un unico utente risultare titolare di più accounts Bitcoin contemporaneamente¹⁵.

Ancora, è fatto ben noto come esistano sempre più *escamotages* - individuati dal Gruppo di Azione finanziaria internazionale¹⁶ - capaci di assicurare un maggior grado di dissimulazione, permettendo ad esempio di oscurare l’origine della transazione attraverso i cd. *anonymisers*, di collegare la transazione ad un indirizzo diverso mediante il meccanismo del *tumbler*¹⁷, ovvero ancora di celare l’indirizzo IP dell’utente utilizzando il browser TOR¹⁸, attraverso il quale all’utente saranno aperte le porte del “mondo oscuro” del *deep web*.

Insomma, appurata l’innegabile potenzialità dissimulativa della cripto valuta in questione, in grado di «ostacolare concretamente l’identificazione della provenienza delittuosa del profitto illecito», il rischio di compatibilità tra sistema Bitcoin ed attività di riciclaggio diviene piuttosto elevato ed è stato ripetutamente, nonché recentemente¹⁹, confermato da parte della stessa Banca d’Italia; ciononostante, sotto un profilo più strettamente giuridico, apparirà imprescindibile comprendere l’effettiva sussumibilità dell’uso illecito della cripto valuta nelle fattispecie di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* 1 c.p., al fine di evitare illecite estensioni della punibilità, in violazione del divieto di analogia in materia penale.

¹⁴ BANCA D’ITALIA–UNITÀ D’INFORMAZIONE FINANZIARIA (UIF), *Utilizzo anomalo di valute virtuali*, Bollettino di Vigilanza n. 1, 30 gennaio 2015, allerta sui potenziali rischi di riciclaggio e di finanziamenti che possono operare in Stati diversi, spesso anche in Paesi o territori a rischio, intendendosi quelli non annoverati nei Paesi a regime antiriciclaggio equivalente come esposti a rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo ovvero non cooperativi nello scambio di informazione fiscale.

¹⁵ CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un’analisi giuridica*, cit., p. 253: «la problematica iniziale di cui si deve prendere atto, è l’impossibilità pratica di collegare un utente identificabile ad unico indirizzo di cripto valuta, tale per cui il monitoraggio si presenterebbe estremamente difficile per gli enti di controllo».

¹⁶ Rapporto GAFI–FATF, *Report, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 2014 in <http://www.fatf-gafi.org>; TYRA, “Bitcoin launders your dirty money but it doesn’t come out very clean.” In *Bitcoin Magazine*, 14 dicembre 2013.

¹⁷ *Escamotage* utilizzato nel noto caso americano *Silk Road*, attraverso cui la transazione non era ricondotta all’account del soggetto agente, bensì ad una molteplicità di account inesistenti.

¹⁸ CAPACCIOLI, *Riciclaggio, antiriciclaggio e bitcoin*, in *Il fisco*, n. 46/2014, p. 4562: «la presenza della rete TOR (*The onion router*) anonima non è una caratteristica fondante del protocollo *Bitcoin* e costituisce una problematica non dello strumento ma di ogni reato informatico»

¹⁹ Banca d’Italia, *Avvertenza per i consumatori sui rischi delle valute virtuali da parte delle Autorità europee*, 19 marzo 2018.

2. La concreta sussumibilità del riciclaggio “via cripto” nelle fattispecie codicistiche.

Così, sotto un profilo oggettivo, risulterà anzitutto fondamentale chiarire se risulti corretto²⁰ inquadrare la moneta virtuale sotto il *genus* di «bene» o comunque di «altra utilità» richiamati dagli artt. 648 *bis* e *ter*.1 c.p., occorrendo poi discernere, sotto il profilo soggettivo, se il fatto ipotizzato integri il reato di riciclaggio ovvero di autoriciclaggio, a seconda che l'utente riciclatore sia lo stesso autore del reato presupposto ovvero un soggetto terzo, quale ad esempio il cambiavalute virtuale (*exchanger*), il *wallet provider* (depositario online di valute virtuali), l'*host provider* (colui che offre la piattaforma su cui effettuare lo scambio) o persino i *miners*, gli utenti terzi convalidanti la transazione illecita, potendo questi essere chiamati a rispondere sotto il profilo psicologico attraverso un ricorso estensivo al dolo eventuale²¹.

Il primo quesito appare di semplice risoluzione: partendo difatti dalla considerazione basilare per cui la categoria di «beni» includa tanto la *species* di beni materiali quanto quella di beni immateriali²², ben potranno anche le cripto valute costituire oggetto materiale del reato, potendosi in ogni caso²³ annoverarle in via residuale sotto il più ampio concetto di «utilità».

Sempre sotto il profilo oggettivo urge tuttavia un'ulteriore distinzione riguardo l'eventualità che l'*iter criminis* tipico riconducibile allo schema degli artt. 648 *bis* e *ter* 1 c.p. si sia verificato interamente *online* (tanto il reato presupposto quanto il relativo delitto di riciclaggio sono stati compiuti mediante modalità virtuale) oppure sia caratterizzato da una prima fase *offline* (la commissione del reato presupposto), solo

²⁰ CAPACCIOLI, *Riciclaggio ed antiriciclaggio nell'era dei bitcoin*, in *Coinlex*, 2015. Secondo l'a. oggetto materiale del reato comprende anche i beni immateriali riconducibili ad un'essenza economico-finanziaria. Per cui le criptovalute sono beni, o in ogni caso altre utilità e comunque hanno «un'essenza economica finanziaria».

²¹ Ben si potrebbe sostenere difatti come tali soggetti, esercenti attività di scambio tra moneta sporca e pulita, di deposito online crittografato, abbiano accettato il rischio di commettere il reato di riciclaggio ai sensi dell'art. 648 *bis* c.p., non richiedendo l'identità dell'utente e la provenienza di quei valori, conoscendo tuttavia perfettamente il rischio di riciclaggio insito nell'anonimato del sistema. Non a caso, il legislatore, con il d.lgs. n. 90/2017 ha deciso di porre il presidio antiriciclaggio proprio in capo agli *exchangers*, attendendosi a breve ulteriore estensione anche in capo ai *wallet providers*. Ancora piuttosto, l'*host provider* e i *miners* potrebbero rispondere ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 117 e 648 *ter*1 c.p., per aver facilitato con la loro condotta l'autoriciclaggio dell'utente. Sul punto, cfr., ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle “criptovalute” (nella riforma della disciplina antiriciclaggio 2017)*, in *Archivio penale*, Fascicolo 1, gennaio-aprile 2018, p. 27.

²² Titoli finanziari o dematerializzati, l'oro e gli altri metalli preziosi nonché moneta elettronica, cfr. ACQUAROLI, *Il riciclaggio in Trattato teorico-pratico di diritto penale* diretto da PALAZZO-PALIERO, vol. VII, *Reati contro la persona e il patrimonio*, a cura di VIGANÒ-PIERGALLINI, Torino, 2011, p. 818 e ss. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale. III*, p. 508. BARTOLI, C.d. «taroccamento» e delitto di riciclaggio., in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 4, 478. MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, Tomo II, *Trattato di diritto penale speciale*, Padova, 2007, p. 434. SANTORIELLO., *Antiriciclaggio nuovi obblighi e procedure*, 2015, cap. II. Cass. pen., sez. VI, sent. 20 giugno 2012, n. 36759.

²³ CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015, p. 252: «le criptovalute, nella nostra interpretazione, sono beni, come definiti dal codice civile, e anche se non lo fossero rientrerebbero certamente nel concetto di altre utilità.»

successivamente tramutatosi in modalità *online* (per la vera e propria attività di riciclaggio del provento illecito).

In altri termini, nel primo caso il provento del reato presupposto risulta già costituito da valuta virtuale, come avviene ad esempio mediante l'installazione di *software malware* in dispositivi altrui²⁴, ove la vittima del reato di estorsione è tenuta a versare la somma richiesta direttamente in bitcoin. Operando in tal modo, ad esempio, l'estorsore, da un lato, si assicura l'anonimato tipico della transazione bitcoiniana e, dall'altro, si prospetta come relativamente semplice la possibilità di dissimulare il profitto del reato presupposto mediante ulteriori operazioni di sostituzione e di trasferimento, così come prevede l'art. 648 *ter* 1 c.p., sia tramite la stessa cripto valuta che tramite cripto valuta diversa²⁵.

Tuttavia, se indubbia si mostra sinora la possibilità di sussumere il fatto ivi ipotizzato nella fattispecie di riciclaggio ed anche di autoriciclaggio, considerata la qualifica dell'autore del reato e la capacità concretamente dissimulativa della condotta di trasferimento o di sostituzione, ciò che potrebbe tuttavia continuare a destare qualche incertezza riguarderebbe, nell'ipotesi di autoriciclaggio, la sussistenza del «luogo»²⁶ in cui i beni di provenienza delittuosa – i bitcoin – sarebbero stati impiegati, sostituiti o trasferiti, ovverosia «l'attività economica, finanziaria, imprenditoriale o speculativa».

Escludendosi a priori che la circolazione di bitcoin nel mondo virtuale ovvero il suo cambio contro valuta reale possa costituire attività imprenditoriale, economica, od anche speculativa, non resta che guardare alle precisazioni offerte da parte della giurisprudenza²⁷ e della dottrina²⁸ relativamente alla corretta interpretazione da fornire al concetto di «attività finanziaria», ove rientra, per l'appunto, anche l'attività di cambio valute, nel caso specifico da virtuale a reale e viceversa.

Di qui, dunque, non sembra legittimo dubitare che, ove l'attività illecita si commetta interamente *online*, tanto per la commissione del reato presupposto quanto per la successiva ripulitura del relativo profitto illecito, non necessitandosi l'attività di cambio valuta e mancando quindi la sussistenza dell'attività finanziaria prevista dalla norma, la fattispecie di autoriciclaggio debba ritenersi integrata.

²⁴ Il *ransomware*, noto come *Wannacry*, ha utilizzato la valuta virtuale *bitcoin* come mezzo di pagamento per il pagamento del riscatto, al fine di rilasciare i dati personali sequestrati. La stessa poi veniva successivamente scambiata in altra valuta virtuale, nota come *Monero*.

²⁵ PAESANO, investigatore finanziario presso il *Basel Institute of governance* in collaborazione con Interpol ed Europol, alla luce dei recenti studi ha confermato la crescente tendenza di veder remunerati i crimini in bitcoin, mentre la successiva fase di riciclaggio si effettua in altre cripto valute, come ad esempio “*Monero*” o “*Zcash*”, caratterizzate da una componente di anonimato ancora più elevata di *Bitcoin*.

²⁶ AA. VV., in MEZZETTI-PIVA, (a cura di), *Punire l'autoriciclaggio. Come, quando e perché*, Torino, 2016, p. 3 e s.

²⁷ Cass., sez. II, 28 luglio 2016, n. 33074, con nota di CARRELLI PALOMBI, *Autoriciclaggio. Prime precisazioni della Cassazione sull'elemento materiale e su quello psicologico*, in *Il Penalista.it*, fasc. 9 settembre 2016.

²⁸ GULLO, *Il delitto di autoriciclaggio al banco di prova della prassi: i primi (rassicuranti) chiarimenti della Cassazione in Dir. pen. proc.*, n. 4/2017, p. 482, «è da ritenersi finanziaria l'attività così qualificata dalle disposizioni del Testo Unico in materia (nella specie il riferimento è all'art. 106 del TUF) ovverosia “l'assunzione di partecipazioni (acquisizione e gestione di titoli su capitale di imprese), la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, la prestazione di servizi di pagamento (incasso e trasferimento di fondi, esecuzione di ordini di pagamento, emissione di carte di credito o debito), l'attività di cambiovalute”».

Difatti, pur ricorrendo la qualifica del soggetto agente, circa la condotta dissimulativa di questi, volta ad impedire «concretamente» l'identificazione della provenienza delittuosa del profitto illecito, difettando la tipicità della «destinazione degli impieghi»²⁹, non si verificherebbe la contaminazione del circuito economico lecito, sin tanto che la cripto valuta sporca non fuoriesca dal circuito meramente virtuale, *rectius* non sia scambiata con altra cripto valuta ovvero con valuta reale.

Tuttavia, il dubbio residua poiché eguali perplessità ricorrono sulla natura del bene giuridico tutelato dalla norma in questione: seppur, *prima facie*, la tutela dell'ordine economico, che troverebbe riscontro nella descrizione delle attività destinarie dei proventi illeciti³⁰, sembrerebbe essere l'oggetto privilegiato di tutela del complesso art. 648 *ter.1* c.p., in verità la tracciabilità dei flussi finanziari deve continuare ad essere ritenuto il bene giuridico tutelato dalla norma.

Tanto considerato, ben si potrà sostenere che, anche qualora l'intera attività criminosa trovi svolgimento unicamente *online*, pur non verificandosi l'infiltrazione del provento illecito nei mercati finanziari, la condotta del soggetto che, dietro anonimato, muove proventi illeciti virtuali tra i nodi della rete, sarebbe comunque concretamente idonea a dissimularne la provenienza delittuosa, integrandosi così pienamente il delitto di autoriciclaggio.

A fortiori, nell'eventualità in cui l'iter criminoso si svolgesse *online* per la commissione del reato presupposto ed *offline* per la successiva fase di riciclaggio, il provento del reato presupposto, costituito da valuta reale, necessiterebbe inevitabilmente dell'attività di cambio in cripto valuta, in modo da permettere all'autore del reato, ovvero ad un soggetto terzo, di dissimulare la provenienza delittuosa del provento illecito in modalità *online*, integrandosi così pienamente la fattispecie di cui all'art. 648 *ter.1* c.p.³¹, nonché, fuori dai casi di concorso, quella di cui all'art. 648 *bis* c.p.³².

3. Il d.lgs. N. 90/2017, tra prospettive di riforma e problematiche irrisolte: la "fondamentale" attività dei cambia valute virtuale ed il loro concorso nell'autoriciclaggio altrui.

Ora, proprio relativamente a quest'ultima ipotesi, volgendo l'attenzione alla fondamentale, seppur evitabile come si vedrà in seguito, attività di cambio valuta virtuale, richiesta per "passare" dalla modalità *offline* a quella *online* e viceversa, al fine

²⁹ MUCCIARELLI, *La struttura del delitto di autoriciclaggio. Appunti per l'esegesi della fattispecie* in MEZZETTI-PIVA, *Punire l'autoriciclaggio*, op. cit., p. 3 e ss.

³⁰ DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Torino, 2017, p. 180.

³¹ Parimenti avverrebbe nell'ipotesi in cui il delitto presupposto fosse commesso *online* ed il profitto, rappresentato da bitcoin, rientrasse sotto forma di valuta reale "ripulita" nell'economia reale lecita mediante tale attività di cambio valuta.

³² Quest'ultima prevedendo, più genericamente, come clausola di chiusura «il compimento di altre operazioni», permette una più ampia sussumibilità del fatto storico di operazioni avvenute online in cripto valuta.

di mutare la natura del provento illecito ostacolando così l'identificazione della sua provenienza delittuosa, non può ignorarsi l'intervento riformatore del d.lgs. n. 90/2017³³.

Con un'azione sorprendentemente avanguardista rispetto alla normazione europea, il legislatore, anticipando le previsioni dettate dalla *Fourth Directive Anti Money Laundering*³⁴, ha proceduto anzitutto a prevedere e definire la qualifica di cambia valute virtuali³⁵, ad imporre in capo a questi l'obbligo di iscrizione in apposita sezione del registro dei cambia valute³⁶, ed infine ad inserirli tra i soggetti destinatari³⁷ degli obblighi antiriciclaggio, in forza del d.lgs. n. 231/2007.

Per cui, ad oggi, coloro che esercitino l'attività di cambia valute virtuali non soltanto saranno tenuti a registrarsi in apposito registro tenuto presso l'OAM, pena la sanzione amministrativa³⁸ prevista dal d.lgs. n. 141/2010, ma risulteranno inoltre anch'essi obbligati ai sensi degli artt. 17 e s. d.lgs. n. 231/2007, in virtù dell'estensione di quegli obblighi di adeguata verifica, conservazione dei dati e comunicazione di operazioni sospette, già previamente previsti dalla normativa antiriciclaggio³⁹.

Di conseguenza, attualmente, per un verso coloro che esercitino in via amatoriale l'attività di cambia valute virtuali potrebbero col proprio operato integrare il delitto di abusivismo finanziario⁴⁰ ai sensi dell'art. 166 T.U.F. (e secondo alcuni⁴¹ anche di abusivismo bancario), per l'altro, coloro che, prestando la propria attività di cambio

³³ Decreto legislativo 25 maggio 2017: «Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006».

³⁴ Direttiva (EU) 2015/849 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea del 20 maggio 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, apportante modifiche al Regolamento (EU) No 648/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea, e abrogante la Direttiva 2005/60/EC del Parlamento europeo e del Consiglio nonché della Direttiva della Commissione Europea 2006/70/EC.

³⁵ Art. 1, lett. ff) d.lgs. 90/2017 «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale: ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale».

³⁶ L'art. 8 d.lgs. n. 90/2017 ha introdotto il comma 8 bis e all'art. 17 bis d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, «Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi» prevedendo l'iscrizione nel registro tenuto dall'OAM, come voluto dal TUB, anche dei cambia valute virtuali.

³⁷ L'art. 3 comma quinto lett. i) d.lgs. n. 231/2007, così come modificato ai sensi del d.lgs. n. 90/2017, annovera «i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, limitatamente allo svolgimento dell'attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso» tra gli operatori non finanziari.

³⁸ Ai sensi del comma quinto art. 17 bis d.lgs. n. 141/2010: «l'esercizio abusivo dell'attività di cui al comma 1 è punita con una sanzione amministrativa da 2.065 euro a 10.329 euro emanata dal Ministero dell'economia e delle finanze.»

³⁹ Per maggiori approfondimenti sul punto, si veda: ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio 2017)*, cit., p. 20 e ss.

⁴⁰ Il fatto potrebbe essere inquadrato nel reato di cui all'art. 166 Testo Unico Finanziario, lett. a), per cui «è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da euro 2.000 a euro 10.000, chiunque a) svolge servizi o attività d'investimento o di gestione collettiva del risparmio.

⁴¹ LUCEV-BONCOMPAGNI, *Criptovalute e profili di rischio penale nella attività degli exchanger*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 3.

valuta, in via amatoriale ovvero professionale, contribuiscano dolosamente a mutare la natura del provento del delitto presupposto, pur sospettandone la provenienza illecita, non soltanto potrebbero essere chiamati a rispondere a titolo di riciclaggio, ma, stando ai più recenti orientamenti giurisprudenziali, anche a titolo di concorso nel delitto di autoriciclaggio.

Per la verità, il concorso dell'*extraneus* nel delitto di autoriciclaggio è stato al centro di vari dibattiti⁴² sin dalla recente introduzione del reato in questione, potendosi trasformare in un'ingiustificata estensione dell'ambito applicativo della norma, dando luogo ad una costruzione (*rectius* costrizione) ermeneutica contraria alla *ratio* della norma stessa.

D'altronde il cambia valuta virtuale, ponendosi come terzo estraneo alla commissione del delitto presupposto ed intervenendo in una fase successiva deputata esclusivamente a dissimulare la provenienza illecita del provento, pur procedendo a trasferire o sostituire il bene, nonostante la conoscenza ovvero la conoscibilità della matrice illecita del valore scambiato, ben potrebbe essere chiamato a rispondere attraverso la diversa fattispecie di riciclaggio prevista ai sensi dell'art. 648 *bis* c.p.

Tuttavia, seppur storicamente l'opinione maggioritaria⁴³ escludeva tanto il concorso ai sensi dell'art. 117 c.p., quanto quello di cui all'art. 110 c.p., in relazione al soggetto che, pur non avendo commesso il reato presupposto, forniva comunque un contributo causale alla successiva condotta di ripulitura del provento illecito, secondo una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità, sarebbe ammissibile la contestazione del reato proprio nei confronti del soggetto non qualificato, nel caso di specie il contabile colpevole di aver omesso l'adempimento dell'obbligo di segnalazione di operazioni sospette, cd. SOS, che concorra nella condotta di autoriciclaggio dell'autore del delitto presupposto⁴⁴.

Di conseguenza, se è vero che al momento della re-immissione del bitcoin sporco - mascherato da valuta reale pulita - nel circuito economico lecito, all'autore del delitto

⁴² Per approfondimenti sul tema, si veda: SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1631 ss.; MUCCIARELLI, [Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, pp. 108 ss.; PIVA, *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio: la fine di privilegi o la violazione di principi?* In *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 3, pp. 59 ss.; PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in MANTOVANI-CURI-TORDINI CAGLI-TORRE-CAIANELLO, *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, pp. 739 e s.

⁴³ MUCCIARELLI, [Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio](#), cit., p. 119 ss. «che si tratti di un reato proprio non v'è dubbio e, data la particolare tessitura della fattispecie incriminatrice, sembra altresì plausibile ritenere che più precisamente si verte in un caso di reato proprio esclusivo (o di mano propria), posto che la condotta tipica può – per espressa indicazione legislativa – essere realizzata soltanto da colui che abbia commesso o concorso a commettere il delitto non colposo dal quale provengono i beni oggetto del delitto di autoriciclaggio». Per maggiori approfondimenti cfr.: DELL'OSSO, *Riciclaggio*, cit., p. 215 e ss.

⁴⁴ Cass., sez. II, sent. 14 luglio 2017, N. 42561: «il soggetto che non ha adempiuto all'obbligo di comunicare ex d.lgs. n. 231 del 2007, art. 41 le operazioni sospette (...) su tale mancato adempimento, che non può essere visto se non come espressione dell'intento di P. di favorire S., (...) Come poi correttamente rilevato dal Procuratore ricorrente, la mancata contestazione in capo a P. del reato presupposto (bancarotta) non può escludere la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in capo all'indagato del reato di autoriciclaggio, posto che nel caso in esame si sostiene la sussistenza di un'ipotesi di concorso dell'*extraneus* nel reato proprio». Cass. pen, sez. V, sent. 17.01.2007, n 4997; Cass., sez. fer., sent. 3.09.2004, n. 38236.

presupposto pare potenzialmente contestabile il delitto di autoriciclaggio, si prospetta parimenti verosimile che il terzo *exchanger* possa essere ritenuto concorrente *extraneus* nel reato proprio, in quanto l'autore del reato presupposto non avrebbe potuto procedere al trasferimento del bene (bitcoin) proveniente dal delitto non colposo (ad es. traffico di stupefacenti) in un'attività economica finanziaria (attività di cambia valute) ostacolandone concretamente⁴⁵ l'identificazione della loro provenienza in mancanza del contributo da questi realizzato.

Tuttavia, sotto il profilo dell'elemento psicologico del reato, tralasciando le ipotesi in cui la conoscenza ovvero la conoscibilità della provenienza illecita del valore da cambiare o da trasferire sia certa, immaginare che i cambia valute virtuale ovvero anche gli altri utenti del sistema (cd. *miners*), chiamati a convalidare la transazione avente ad oggetto il valore illecito, possano rispondere a titolo di dolo eventuale per aver agito nonostante sospettassero o avrebbero dovuto sospettare dell'illecita provenienza di quel profitto, comporterebbe un'incriminazione "*ad infinitum*", in un sistema in cui la fiducia tra tutti gli utenti, posti in posizione paritaria ed in assenza di organismi di controllo, rappresenta il presupposto del funzionamento del sistema Bitcoin stesso.

Ad ogni modo è innegabile come gli *exchangers* si erigano a custodi del rispetto della normativa antiriciclaggio da parte degli utenti Bitcoin, in quanto unici soggetti in grado di individuare⁴⁶ l'identità dell'utente bitcoin prima che lo stesso sparisca dietro un account composto da numeri e lettere anonime.

Evidente d'altronde la loro natura di "fondamentali" canali di entrata e di uscita nel sistema di *laundering*, essendo concretamente gli agevolatori dell'operazione di immissione di bitcoin "sporco" nel sistema virtuale – scambiando la valuta reale in virtuale – e di re-immissione dell'eventuale bitcoin "ripulito" nel sistema reale – scambiando il provento del reato in valuta reale.

Senonché, fin da subito è stata notata⁴⁷ la totale insufficienza delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 90/2017, essendo il ruolo svolto dagli scambiatori nel vasto palcoscenico del sistema Bitcoin, in realtà meramente eventuale.

Infatti, per un verso, qualsiasi privato intenzionato a procurarsi la moneta virtuale non sarà necessariamente tenuto a rivolgersi ad una società professionista di *exchange* per procurarsi la valuta in questione, per un altro, il bitcoin profitto del reato presupposto non dovrà necessariamente essere scambiato in valuta reale, ben potendo

⁴⁵ PIVA, *Il volto oscuro dell'antiriciclaggio: la fine di privilegi o la violazione di principi*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3/2015, p. 59 ss.

⁴⁶ L'utente interessato ad acquistare *bitcoin* potrà alternativamente scegliere se recarsi di persona presso l'*exchanger*, persona fisica ovvero giuridica, oppure utilizzare il proprio conto corrente bancario o comunque un servizio di pagamento regolamentato *ex lege*.

⁴⁷ *Opinione della Banca Europea Centrale del 12 ottobre 2016 on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC (CON/2016/49)*. La BCE ha chiarito come il coinvolgimento del soggetto terzo quale l'*exchanger* non è sempre necessario, ben potendo la moneta virtuale restare tale e mai essere convertita in moneta avente corso legale. Non rappresenta difatti una novità la possibilità di scambiare beni e servizi online tramite criptomoneta, concludendosi l'affare nel mondo virtuale.

continuare a circolare indisturbato nel mondo virtuale ovvero essere scambiato con ulteriori valute convertibili, che potrebbero a loro volta trovare la via d'uscita senza passare per i soggetti obbligati.

Si ricorda infatti come, specialmente in seguito all'estensione degli obblighi antiriciclaggio in capo agli *exchangers*, gli stessi esperti in materia abbiano rilevato che la percentuale maggiore di riciclaggio cd. via cripto avviene proprio riguardo a quei crimini ove il bitcoin si presenti già come fonte di reddito, o meglio per quelle attività illecite, costituenti il delitto presupposto del reato di riciclaggio, che, generate e commesse unicamente *online*, non necessitano di veder trasformata la valuta virtuale in reale.

Alla luce di tutto ciò, considerata quindi la scarsa utilità di tale Direttiva, è stata recentemente avanzata da parte del Consiglio dell'Unione Europea una nuova proposta, futura *Fifth Directive Anti Money Laundering*⁴⁸, la quale prevede un'ulteriore estensione della normativa antiriciclaggio anche in capo ai cd. *wallet providers*, ovvero coloro che rendono un servizio di conservazione (*storage*) di cripto valute a favore degli utenti bitcoin dietro corrispettivo⁴⁹.

Tuttavia, anche il ruolo di questi ultimi si rivela essere meramente eventuale, essendo la scelta di depositare le proprie cripto valute in un *wallet* assolutamente discrezionale, ben potendo l'utente preferire conservare le proprie monete nel "portfolio" personale⁵⁰.

Ragion per cui, le modifiche apportate dal d.lgs. n. 90/2017 al d.lgs. n. 231/2007, pur apparendo di grande innovazione, non sembrano poi in realtà così idonee a contrastare un fenomeno, la cui espansione "cammina di pari passo" alla crescita del valore di mercato della cripto valuta in questione.

Porre il presidio antiriciclaggio in relazione a soggetti eventualmente, forse probabilmente, ma non certamente, ricompresi nella transazione non servirà ad affievolire l'elevata minaccia di riciclaggio intrinsecamente presente nelle caratteristiche del bitcoin.

Ciò che rende il ricorso a quest'ultimo così attraente per le diverse forme di criminalità va individuato proprio nella scarsa tracciabilità delle sue transazioni⁵¹.

⁴⁸ Prima bozza della proposta pubblicata dal Consiglio dell'Unione Europea, Bruxelles, 19 dicembre 2016 (OR. en) 15605/16, *Interinstitutional File*: 2016/0208 (COD). «*Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC.*».

⁴⁹ Servizio assimilabile a quello previsto ai sensi dell'art. 1834 c.c.

⁵⁰ MESSINA, *Bitcoin e riciclaggio*, in *Norme, regole e prassi nell'economia dell'antiriciclaggio internazionale*, a cura di QUATTROCIOCCHI, Torino, 2017, p. 381 s.

⁵¹ Banca Centrale Europea, «*Opinion on virtual currencies*» analizza i rischi derivanti dall'utilizzo di valuta virtuale, distinguendoli a seconda che: gli stessi colpiscano l'utente (A), gli altri partecipanti al mercato (B), l'integrità finanziaria (C), i sistemi di pagamento in valuta virtuale (D), rischi derivanti da regolamentazione (D). Per ciò che ivi maggiormente interessa: (C) rischi di riciclaggio di denaro, finanziamento del terrorismo, attività di criminalità finanziaria. La BCE individua le cause principalmente nell'anonimato delle transazioni e nella natura ubiqua delle monete virtuali, in aggiunta alla circostanza per cui ognuno può creare un sistema di valute virtuali, compresi criminali e terroristi. Il rischio è classificato come *high* da parte della BCE.

L'argomento prontamente proposto dai supporters bitcoin, per cui si tratterebbe in verità di "pseudonimato" piuttosto che di anonimato delle transazioni, si rivela essere un puro diversivo. Difatti lo "pseudonimo", ovverosia l'account bitcoin rappresentato da una serie di numeri e lettere, una volta rintracciato dalle forze dell'ordine non permette comunque di risalire oltre, continuando infatti a celare la reale identità fisica del proprietario dell'account individuato. Inoltre, come se non bastasse, un unico soggetto persona fisica può addirittura divenire contestualmente proprietario di più accounts, operando così più transazioni illecite, ciascuna riconducibile ad un account diverso.

In conclusione, il rischio che il sistema Bitcoin, per quanto in principio mosso dai più apprezzabili fini, diventi il canale privilegiato attraverso cui depurare flussi di denaro sporco a livello mondiale, potenzialmente indirizzati ad attività ancor più riprovevoli, quale ad esempio il finanziamento del terrorismo, diviene ogni giorno più attuale, richiedendo un intervento normativo mirato che, nel rispetto dell'innovazione, proceda ad una regolamentazione precisa dell'intera materia.

4. Bitcoin e finanziamento del terrorismo: l'inquadramento della transazione bitcoiniana nell'art. 270 *quinquies*.1 c.p.

Considerata poi l'incalzante preoccupazione che il fenomeno jihadista attualmente suscita nei Paesi occidentali, molteplici *think tank*, per lo più statunitensi, hanno tentato di analizzare quale sia l'effettiva percentuale di rischio circa la possibilità che gruppi terroristici possano finanziarsi ovvero finanziare le proprie cd. cellule dormienti o i cd. lupi solitari, altrove situati, attraverso il ricorso alla cripto moneta bitcoin.

Di certo la velocità delle transazioni bitcoiniane ed il loro intrinseco anonimato consentono di spostare in modo celere, nonché apparentemente impunito, ingenti flussi di valore rispettivamente da Paesi occidentali verso Paesi ad alto tasso terroristico, come la Siria, ovvero, viceversa, da questi ultimi verso Paesi occidentali in cui risiedono singoli appartenenti del gruppo.

Ed allora anche in tali casi, prima di poter discutere circa la punibilità di condotte di tal genere nel nostro ordinamento, apparirà anzitutto essenziale accertare di poter concretamente sussumere la condotta antigiuridica in questione nella fattispecie prevista ai sensi dell'art. 270 *quinquies*.1 c.p. la quale, disciplinando rigorosamente il "finanziamento di condotte con finalità di terrorismo", sanziona chiunque, al di fuori degli art. 270 *bis* e *quater*.1 c.p., raccolga, eroghi o metta a disposizione «beni o denaro, in qualunque modo realizzati [...] indipendentemente dall'effettivo utilizzo dei fondi per la commissione delle citate condotte».

Anzitutto, avendo già precedentemente appurato come sia ammissibile procedere ad un inquadramento dell'oggetto materiale bitcoin nel *genus* di «bene»

ovvero di «altra utilità» ai sensi dell'art. 648 *bis*, *ter*.1 c.p., *mutatis mutandis*, individuando l'art. 270 *quinquies*.1 c.p. un *quid pluris* rispetto a queste ultime previsioni, aggiungendo la clausola «in qualunque modo realizzati», *a fortiori* comprenderà il finanziamento di condotte attuate mediante l'utilizzo di valuta virtuale, potendosi la stessa ritenere «un bene in qualunque modo realizzato».

Piuttosto, sotto il profilo soggettivo, resterà tuttavia da chiarire in relazione a quali soggetti, tra mittenti e destinatari della transazione bitconiana di finanziamento, possa essere contestato il reato di cui all'art. 270 *quinquies* c.p., considerato come la disposizione in questione espressamente escluda dal novero dei possibili autori del delitto coloro i quali appartengano a qualsiasi titolo⁵² all'associazione di cui all'art. 270 *bis* c.p., nonché coloro che organizzino, finanzino o propagandino viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte terroristiche ai sensi dell'art. 270 *quater*.1 c.p.

Il delitto in questione, quindi, sembrerebbe punire unicamente quei soggetti che o non partecipino in alcun modo e sotto alcuna veste alla commissione di condotte terroristiche (art. 270 *bis* c.p.), o comunque non si prestino neanche come agevolatori materiali⁵³ dell'associazione terroristica (art. 270 *quater* 1. c.p.), ma si mostrino piuttosto come soggetti terzi, estranei rispetto al gruppo terroristico, che, intervenendo in una fase precedente alla commissione della condotta descritta ai sensi dell'art. 270 *sexies* c.p. e quindi al perfezionamento del reato di tipo terroristico di volta in volta contestato, forniscono il supporto economico necessario alla realizzazione della stessa, agevolando così, infine, il gruppo di cui non risultino tuttavia nemmeno partecipi.

Rebus sic stantibus, se incontestabile pare l'addebito di responsabilità in capo al soggetto che dal territorio nazionale trasferisca online valute virtuali verso gruppi terroristici fuori dai confini nazionali, al fine di favorirne l'operato sovversivo, da escludere piuttosto appare la contestabilità della medesima fattispecie in relazione a colui che, trovandosi sul territorio nazionale come ad esempio un "lupo solitario", si presenti invece come il destinatario della transazione bitconiana di finanziamento, in quanto la sua qualifica rientrerebbe tra quelle espressamente menzionate ai sensi dell'art. 270 *bis* c.p.

Tuttavia, analizzando i recenti studi svolti in ambito internazionale⁵⁴, si potrà osservare come, attualmente, i network jihadisti che realmente si dimostrino ricorrere a tale modalità di finanziamento "digital", tramite bitcoin o altra cripto valuta, non sono poi così numerosi; ciò essenzialmente per due essenziali ordini di ragioni.

⁵² L'art. 270 *bis* c.p., costruito sulla falsariga dell'art. 416 c.p., al primo comma punisce chiunque «promuove, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico», mentre al secondo comma punisce chiunque «partecipa a tali associazioni».

⁵³ L'art. 270 *quater*.1 c.p. punisce «chi organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'articolo 270 *sexies* c.p.».

⁵⁴ ZACHARY-GOLDMAN – MARUYAMA – ROSENBERG – SARAVALLE – SOLOMON-STRAUSS, *Terrorist use of virtual currencies. Containing the potential threat*, in *Center for a New American Security*, in www.cnas.org.

Da un lato, l'ipotesi di ricorrere al tradizionale sistema di trasferimento di valori mediante mediatori (cd. *hawala*)⁵⁵ appare più sicura in quanto già sperimentata con successo in passato, sia in Medioriente che in altre regioni, e dall'altro, la circostanza per cui nel nostro ordinamento il Bitcoin non si sia ancora affermato e diffuso come ordinario mezzo di pagamento imporrà necessariamente, a colui il quale abbia ricevuto il finanziamento dall'estero, di procedere ad uno scambio della valuta virtuale in valuta reale per poter praticamente utilizzare quanto a lui destinato tramite transazione bitcoiniana.

Proprio quest'ultimo passaggio di cambio valuta rischia di vanificare istantaneamente tutti i vantaggi derivanti dall'anonimato delle transazioni, fungendo quindi da fattore deterrente per le modalità online di trasferimento valori a fini illeciti; infatti, specialmente in seguito ai recenti obblighi prescritti ai cambia valute virtuali, a questi ultimi è imposto di segnalare le operazioni sospette nel momento in cui «sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo».

In effetti la scelta del legislatore di collocare il presidio antiriciclaggio, tra gli altri, per primi in capo agli *exchangers* ben potrebbe trovare la propria ratio nella circostanza per cui il ricorso alle cripto monete rilevi proficuamente solo per quelle attività illecite che nascano e che siano interamente compiute *on line*⁵⁶, divenendo attualmente, grazie in specie ai recenti interventi legislativi, piuttosto rischioso nel caso di criminalità *off line*, dovendosi necessariamente passare per i cambia valute virtuali oramai divenuti dei veri e propri controllori.

In definitiva quindi, salvo rare eccezioni, ad oggi il ricorso da parte di gruppi terroristici a canali di finanziamento connotati dall'uso di bitcoin risulta ancora in una fase "primordiale", essendo difatti il relativo rischio valutato da parte della Commissione europea come mediamente basso⁵⁷: in altri termini, pur constatandosi l'esistenza dell'intenzione di utilizzare il vantaggio fornito dall'anonimato dei bitcoin per attività illecite connesse al finanziamento di gruppi terroristici, attualmente il corretto *modus operandi*, che assicuri l'impunità degli autori ed il successo della transazione, non sembra ancora essere stato individuato.

⁵⁵ L'*hawala* consiste in un meccanismo informale di trasferimento di valori attraverso mediatori utilizzato in Medioriente e altre regioni come maggior canale di finanziamento. Per maggiori approfondimenti, cfr. [Letter dated 4 September 2012 from the Chair of the Security Council Committee pursuant to resolution 1988 \(2011\) addressed to the President of the Security Council \(United Nations Security Council, September 5, 2012\)](#), p. 15 ss.

⁵⁶ Tra i pochi episodi in cui si sia effettivamente registrato l'abuso di cripto valuta al fine di finanziamento di condotte terroristiche, se ne annovera uno che ebbe come protagonista un gruppo jihadista siriano, noto come al-Sadaqah, promotore di una vera e propria campagna fondi via *social network* attraverso donazioni di provenienza mondiale effettuate esclusivamente tramite bitcoin, difatti in tal caso l'intera attività di finanziamento nasceva e si svolgeva esclusivamente online.

⁵⁷ Commissione Europea, *Report from the Commission to the European Parliament and to the Council on the assessment of the risks of money laundering and terrorist financing affecting the internal market and relating to cross-border situations*, in *Eur-Lex*, Brussels, 26.6.2017 SWD(2017) 241 final, la minaccia legata all'utilizzo di cripto valute per finanziamento del terrorismo è stata valutata di livello 2 su una scala da 1 a 4.

Si ribadisce, dunque, l'esigenza primaria di elaborare una strategia di prevenzione da parte delle istituzioni europee che, collocandosi sulla medesima linea della IV Direttiva, estenda i recenti obblighi imposti in capo agli *exchangers* anche in capo ai *wallet providers*, in modo tale da incrementare maggiormente l'effetto deterrente relativamente all'utilizzo illecito delle cripto valute.

5. Conclusioni.

L'anonimato/pseudonimato degli utenti, l'accesso delocalizzato, l'inesistenza di un organismo terzo ed imparziale a cui affidare il controllo delle transazioni effettuate, la possibilità di aggirare la supervisione dei cambia valute virtuali, recentemente nominati dal legislatore custodi del rischio riciclaggio "via cripto", si presentano tutti come fattori in grado di aumentare esponenzialmente il pericolo di degenerazione del nuovo fenomeno tecno-finanziario nella creazione di una cd. "criminalità *digital*".

L'abuso che della cripto valuta può essere fatto, riguardando i più disparati fini illeciti, si è dimostrato essere potenzialmente sussumibile sotto le relative fattispecie codicistiche, in assenza di ogni qualsivoglia ricorso a forzature ermeneutiche e/o ad estensioni analogiche.

E di ciò il legislatore sembra aver preso atto, avendo non soltanto proceduto ad una prima "normativizzazione" del fenomeno virtuale, ma avendo addirittura anticipato le previsioni europee in materia di antiriciclaggio e finanziamento del terrorismo, con una modalità che si è tuttavia rivelata essere parzialmente carente.

Difatti, essendosi appurato come la maggior percentuale di questa "innovativa" forma di riciclaggio si registri relativamente ad attività perpetratesi interamente *online* - ove il "passaggio" nell'economia reale non avviene ovvero avviene a seguito di molteplici trasferimenti in valute virtuali diverse - l'estensione degli obblighi antiriciclaggio rispetto ai cambia valute virtuale - la cui attività si palesa quindi tutt'altro che fondamentale - appare insufficiente, prospettandosi come opportuno un ulteriore intervento riformatore che miri piuttosto a disciplinare anche la posizione dei cd. *wallet providers*.

Sul punto, non può non riportarsi la recentissima⁵⁸ approvazione da parte del Parlamento Europeo del quinto ed ultimo emendamento alla Direttiva Antiriciclaggio, che, riconoscendo l'esistenza dell'insufficienza, come fin qui prospettata, dei relativi obblighi esclusivamente in capo agli *exchangers*, ne estende il rispetto parimenti ai *wallet providers*. La modifica, difatti, impone in capo a quest'ultimi il compimento di controlli sistematici e requisiti di verifica sulla clientela, per tentare di porre fine al regime di anonimato associato alle valute virtuali e regolare chiaramente le attività di *digital currency*.

⁵⁸ Approvato in data 19/4/2018 dal Parlamento europeo con 574 voti in favore, 13 voti contrari e 60 astensioni. Si tratta del testo frutto dell'accordo raggiunto a dicembre 2017 con il Consiglio.

APPELLO DELLA CONDANNA E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA

Nota a [Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 \(dep. 3 aprile 2018\), n. 14800, Pres. Canzio, Rel. De Amicis, ric. P.G. in proc. Troise](#)

di Valerio Aiuti

Abstract. L'Autore illustra i temi alla base del contrasto che ha condotto la Cassazione ad intervenire – dopo le Sezioni Unite “Dasgupta” e “Patalano”, e l'introduzione dell'art. 603, comma 3-bis – per determinare l'ampiezza della rinnovazione del dibattimento nel caso di appello della sentenza di condanna da parte dell'imputato. Evidenziati gli argomenti a sostegno della decisione, ne viene poi svolta una breve critica.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contrasto giurisprudenziale – 3. La decisione delle Sezioni Unite – 4. Gli argomenti a supporto della decisione: l'argomento “centrale” – 4.1. Gli argomenti *ad adiuvandum* – 5. Le critiche agli argomenti *ad adiuvandum* – 5.1. Le critiche all'argomento “centrale” – 6. Un quesito ulteriore – 7. Precisazioni residuali.

1. Introduzione.

Dovendo interpretare l'art. 603 c.p.p. in conformità alla giurisprudenza europea, le Sezioni Unite “Dasgupta” avevano stabilito che, a tutela del principio d'immediatezza, quando il p.m. impugna una sentenza di proscioglimento criticando la valutazione delle prove dichiarative poste alla base della decisione di primo grado, la rinnovazione del dibattimento in appello è «assolutamente necessaria» (art. 603, comma 3, c.p.p.)¹. La riacquisizione in contraddittorio della prova, assicurando alla decisione di secondo grado la migliore base cognitiva, è infatti il presupposto di «una valutazione

¹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *questa rivista*, 5 ottobre 2016, con nota di E. LORENZETTO, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art. 6 Cedu\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite](#). Cfr. altresì A. CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, p. 46 ss.; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, c. 79 ss.; R. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *Arch. pen.*, 2016, f. 3, p. 1 ss.; V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214 ss.

logica, razionale e completa [...]», e concorre a soddisfare l'onere di motivazione rafforzata tradizionalmente richiesto in ogni caso di ribaltamento in appello².

Anche le Sezioni Unite "Patalano", nel caso in cui ad essere impugnata sia una sentenza di proscioglimento emessa a seguito di rito abbreviato non condizionato, avevano riaffermato la stessa regola, ma a tutela di un principio diverso: l'assoluzione in primo grado, implicando «un dubbio sull'effettiva valenza delle prove dichiarative», obbliga il giudice di secondo grado a riaprire d'ufficio l'istruttoria; una condanna per la prima volta in appello, frutto di una rivalutazione meramente cartolare del materiale a disposizione, non potrebbe superare ogni ragionevole dubbio sulla responsabilità dell'imputato (art. 533 c.p.p.)³.

Da qualche mese, il legislatore, traducendo i risultati di questo percorso interpretativo in un enunciato normativo, ha introdotto una disposizione *ad hoc* nell'art. 603 c.p.p.⁴: «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di

² Sul tema della "motivazione rafforzata", sintagma con cui la giurisprudenza indica l'onere che grava sul giudice d'appello, di confutazione della sentenza di primo grado e giustificazione analitica della sentenza di secondo nel caso di riforma integrale (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762, rv. 241169; Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, rv. 251066, e, su tutte, Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Corr. Merito*, 2006, p. 116 s., con nota di G. LEO, *Il giudizio di appello contro le sentenze assolutorie di primo grado*), cfr. A. FALLONE, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 820 ss.

³ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, con nota di L. LUPÀRIA-H. BELLUTA, [Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?](#), in questa Rivista, fasc. 1/2017, p. 5 ss.; cfr. altresì H. BELLUTA-L. LUPÀRIA, [La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 151 ss.; L. LUPÀRIA-H. BELLUTA, [Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta](#), in questa Rivista, fasc. 1/2017, p. 5 ss.; R. APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2666; S. TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3668 ss.; V. AIUTI, *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 1438 ss.; N. MANI, *Resistenze giurisprudenziali al capolinea: la forza granitica della sentenza di assoluzione e la necessaria riassunzione della prova dichiarativa anche nel giudizio di appello da abbreviato*, in [www.archiviopenale.it](#), 2017, f. 2, p. 1 ss.; N. ROMBI, *Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 806 ss.

⁴ Sulla nuova disposizione, v. A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in Bargis-Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino, 2018, p. 51 ss., con [recensione](#) di A. PRESUTTI, in questa Rivista, 6 aprile 2018; A. MACCHIA, [Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi](#), in questa Rivista, 9 novembre 2017; P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, p. 415 ss.; R. APRATI, *Dal diritto alla effettività delle impugnazioni alla garanzia del doppio giudizio di merito sulle prove a carico*, in A. Testaguzza (a cura di), *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, Cedam, 2018, p. 342 ss.; V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, p. 243 ss.; L. CAPRARO, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Torino, 2017, p. 216 ss.; L. SURACI, *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, 2017, p. 262 ss. Più in generale, sulla riforma dell'appello, v. M. CERESA GASTALDO, [La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 163; A. MARANDOLA, [Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello](#), in questa Rivista, fasc. 2/2018, p. 158 ss., e sulla c.d. "Riforma Orlando", dal punto di vista processualpenalistico, v. M. GIALUZ-A. CABIALE-J. DELLA TORRE, [Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni](#), in *Dir. pen.*

proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale» (art. 603, comma 3-bis, c.p.p.).

Né le decisioni delle Sezioni Unite, né la nuova disposizione avevano però affrontato direttamente il quesito inverso: e se è l'imputato ad impugnare una sentenza di condanna per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice d'appello deve riaprire il dibattimento o può prosciogliere senza rinnovare?

2. Il contrasto giurisprudenziale.

In giurisprudenza il problema era da tempo oggetto di un contrasto, il cui orientamento minoritario è stato patrocinato soprattutto dalla Seconda Sezione. L'indirizzo recalcitrante aveva in particolare sottolineato diverse contraddizioni interne nelle *rationes decidendi* esposte dalle sentenze "Dasgupta" e "Patalano": in linea di principio, infatti, se il giudice di secondo grado non condivide la valutazione di attendibilità compiuta dal giudice di primo sulle prove dichiarative a carico, dovrebbe ricorrere al «“metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile” [...] come afferma la sentenza Patalano [...] a prescindere dagli esiti decisorii»; né si potrebbe lamentare, come fa la sentenza "Dasgupta", che il ribaltamento del proscioglimento, a differenza del ribaltamento della condanna, contiene in sé «l'implicito dubbio ragionevole [...] determinato dalla avvenuta adozione di decisioni contrastanti»⁵.

L'adozione di metodi cognitivi asimmetrici tra appello della condanna e appello del proscioglimento lascerebbe insomma inspiegato perché, «se il ragionevole dubbio non è, come non può essere, uno stato psicologico del giudice, ma il risultato di una valutazione (come anche evidenziato dalla Corte costituzionale), che si fonda sul ragionamento critico e non su sensazioni o intuizioni o congetture del giudice, e che impone l'adozione del metodo dell'oralità/immediatezza, tale metodo non debba essere utilizzato in qualsiasi ipotesi di decisioni contrastanti nei due gradi di giudizio; per

cont. – Riv. trim., 3/2017, p. 173 ss.; G. SPANGHER, [La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 88 ss.; P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il cortocircuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 1265 ss.

⁵ L'obiezione è stata sollevata da queste pagine, riprendendo un rilievo risalente in giurisprudenza (v. ad es. Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, cit.), da H. BELLUTA-L. LUPÀRIA, [La parabola ascendente](#), cit., p. 157. Cfr. Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, rv. 270750, sulla quale v. ancora H. BELLUTA, [Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, 295 ss. e L. LUPÀRIA-H. BELLUTA, [Ragionevole dubbio ed etica del sistema: quando l'immediatezza non serve](#), in questa Rivista, fasc. 12/2017, 89 ss. Precedente, nello stesso senso, solo Cass., Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619, in *Arch. pen.*, f. 3, 2014, con nota di C. SANTORIELLO, *Chi condanna esprime certezze, chi assolve può limitarsi a dubitare*. Tuttavia Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, cit., in motivazione ne riferisce altre nello stesso senso, non massimate; *contra*, invece, Cass., Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 44084, rv. 260623; Cass., Sez. V, 13 marzo 2015, n. 29827, rv. 265139; Cass., Sez. III, 7 giugno 2016, n. 42443, rv. 267931; Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 4222, rv. 268948; Cass., Sez. III, 17 febbraio 2017, n. 46455, rv. 271110; Cass., Sez. V, 6 aprile 2017, n. 35261, rv. 270721; Cass., Sez. III, 19 maggio 2017, n. 34794, rv. 271344.

ritenere diversamente occorrerebbe dimostrare che l'assoluzione in primo grado rappresenti di per sé una decisione di forza superiore rispetto all'esito opposto e che solo essa, per questo esclusivo motivo, meriti un più affidabile standard probatorio in caso di integrale riforma in appello»⁶.

Anche la dottrina era divisa tra coloro che attribuivano un'ampiezza diversa all'esercizio dei poteri istruttori in appello, a seconda che occorresse ribaltare un proscioglimento o una condanna⁷, e coloro che, invece, valorizzando il richiamo all'attributo "ragionevole" contenuto nell'art. 533 c.p.p., ritenevano che i dubbi sull'attendibilità dei testimoni a carico in grado di condurre al proscioglimento in appello dovessero in genere avere un riscontro empirico, verificato in contraddittorio⁸.

3. La decisione delle Sezioni Unite.

Il quesito, che richiedeva un'interpretazione analitica delle clausole menzionate dall'art. 603, commi 1 e 3, c.p.p. («indecidibilità allo stato degli atti»/«assoluta necessità»), è stato però risolto dalla Cassazione con un deciso *self restraint*. Anziché seguire la strada percorsa dalla sentenza "Dasgupta", e indicare i casi di rinnovazione «assolutamente necessaria» dopo la condanna, le Sezioni Unite hanno bilanciato le *rationes decidendi* spese finora, e ritenuto che – in linea generale – il principio di immediatezza deve considerarsi recessivo rispetto alla presunzione d'innocenza: quando l'imputato impugna una sentenza di condanna, non serve l'immediatezza per introdurre un ragionevole dubbio nella ricostruzione accusatoria.

Ne discende che la rinnovazione del dibattimento è senz'altro possibile, ma non è «assolutamente necessaria» (art. 603, comma 3, c.p.p.); necessario è solo che il giudice d'appello fornisca «una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado»⁹.

Ma ne discende anche che l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali la rinnovazione è assolutamente necessaria viene nuovamente lasciata solo al prudente apprezzamento del giudice d'appello: pur avendo correttamente smentito la

⁶ Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, cit.

⁷ L. PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma della sentenza di condanna?*, in Arch. pen., 2015, f. 1, p. 327 ss.; A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello per riformare la condanna di primo grado*, in Dir. pen. e proc., 2015, p. 866 ss.; A. PASTA, *I principi generali, la CEDU e le responsabilità dei giuristi. Sulla rinnovazione del dibattimento in appello come condizione per un'assoluzione*, in Arch. pen., 2017, f. 3, p. 1 ss.; ID., *Il disagio dell'interprete innanzi alle norme CEDU*, in www.archiviopenale.it, 2017, f. 1, p. 7-16; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione*, cit., c. 92 ss.

⁸ G. SPANCHER, *Riforma in appello (proscioglimento vs. condanna) e principio di immediatezza*, in Giur. it., 2014, p. 2590; M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello*, cit., p. 167-168; A. GAITO-E.N. LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in Arch. pen., 2017, f. 3, p. 20 ss.; V. AIUTI, *Corte europea e "motivazione rafforzata" nel caso Lorefice*, in Cass. pen., 2018, p. 689-690; B. NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in Dir. pen. e proc., 2018, p. 324-325.

⁹ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.g. in proc. Troise, p. 21.

tesi della Seconda Sezione, secondo cui l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. andava applicato per analogia anche al caso dell'appello della condanna, le Sezioni Unite non hanno chiarito in quali "appelli della condanna" il vecchio art. 603, commi 1 e 3, c.p.p. trovi la sua naturale applicazione, anche alla luce dei suggerimenti ricavabili dalle sentenze della Corte europea.

4. Gli argomenti a supporto della decisione: l'argomento "centrale".

Gli argomenti sfruttati dalla Cassazione a supporto della decisione possono essere ridotti a quattro: un argomento centrale, e tre *ad adiuvandum*, che prendono in considerazione altrettante obiezioni sollevate dalla giurisprudenza contraria.

In base all'argomento centrale, che si basa su un *obiter dictum* della sentenza "Dasgupta", si sostiene che «presunzione di innocenza e ragionevole dubbio impongono soglie probatorie asimmetriche in relazione alla diversa tipologia dell'epilogo decisorio: la certezza della colpevolezza per la condanna, il dubbio processualmente plausibile per l'assoluzione». E, mentre, per il ribaltamento dell'assoluzione, «al giudice d'appello si impone l'obbligo di argomentare circa la plausibilità del diverso apprezzamento come l'unico ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici o inadeguatezze probatorie che abbiano inficiato la permanente sostenibilità del primo giudizio, per il ribaltamento della sentenza di condanna, al contrario, il giudice d'appello può limitarsi a giustificare la perdurante sostenibilità di ricostruzioni alternative del fatto, sulla base di un'operazione di tipo essenzialmente demolitivo»¹⁰.

L'onere di "motivazione rafforzata", richiesto in ogni caso di ribaltamento della decisione in appello, si declinerebbe perciò in maniera diversa, a seconda della sentenza impugnata: in caso di appello del proscioglimento, poiché occorre ricostruire un fatto al di là di ogni ragionevole dubbio, e a tutela del principio d'immediatezza, tramite la riacquisizione delle prove dichiarative controverse (come vuole, oggi, l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.); in caso di appello della condanna, per verificare la presenza di un dubbio ragionevole, e in applicazione della presunzione d'innocenza, tramite la mera rivalutazione critica dei verbali delle stesse prove dichiarative.

Com'è stato sottolineato anche in dottrina, da un punto di vista solo in parte analogo, «vi è una sensibile differenza tra l'appello dell'imputato e quello del pubblico ministero: mentre la conversione di una condanna in assoluzione può realizzarsi con un'attività essenzialmente demolitiva, la conversione di un'assoluzione in condanna implica un'attività costruttiva per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova»¹¹.

¹⁰ *Ivi*, cit., p. 7-8.

¹¹ P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Vol. I – Struttura e procedimento*, Torino, 2017, p. 283-284.

4.1. Gli argomenti ad adiuvandum.

Ad adiuvandum, la scelta è stata motivata valutando anche *a)* l'impatto sistematico della tesi opposta, *b)* la giurisprudenza europea rilevante, e *c)* la necessità di tutelare la persona offesa costituita parte civile, ricordata dalla Seconda Sezione e dalla più recente normativa europea.

Quanto all'impatto sistematico, nel caso di impugnazione della sentenza di condanna il riferimento al principio d'immediatezza – non costituzionalizzato, ma anzi «“modulabile”» dal legislatore ordinario – condurrebbe a snaturare il giudizio di secondo grado «trasformandone la natura sostanzialmente cartolare in quella di un *novum iudicium*, con l'ulteriore rischio di una irragionevole diluizione dei tempi processuali»¹².

La rinnovazione della prova si giustifica perciò «unicamente in caso di sovvertimento della sentenza assolutoria, poiché è solo tale esito decisivo che conferma la presunzione di innocenza e rafforza il peso del ragionevole dubbio [...] sulla valenza delle prove dichiarative»¹³.

La giurisprudenza europea, inoltre, non essendosi mai occupata delle condizioni di equità di una *reformatio in melius* in appello, non sarebbe rilevante.

Le ultime e più recenti decisioni sul tema avrebbero anzi ritenuto sufficiente «una motivazione particolarmente approfondita sulle ragioni del mutato apprezzamento delle risultanze processuali, con l'evidenza degli errori compiuti dal giudice di primo grado e la previsione di un controllo sul rispetto di quell'obbligo», per giustificare una riforma integrale della decisione di primo grado. A differenza del caso di ribaltamento del proscioglimento, nel ribaltamento della condanna il giudice d'appello sarebbe insomma chiamato ad un «prudente bilanciamento che tenga conto sia del complessivo grado di equità del procedimento, sia del diverso quadro di esigenze di ordine giuridico-costituzionale ed epistemologico che vengono in rilievo»¹⁴.

Da ultimo, quanto alle necessità di tutela della persona offesa, la Cassazione ha ricordato come la stessa Corte costituzionale abbia più volte differenziato le situazioni giuridiche soggettive riconducibili all'imputato, e quelle riconducibili alla parte civile (Corte cost., sent. 14 luglio 2009, n. 217 e Corte cost., sent. 21 aprile 2006, n. 168): «asimmetrie e differenze di trattamento nella previsione di facoltà e prerogative processuali sono dunque possibili, alla condizione di una loro ragionevole base di riferimento all'interno del sistema processuale, senza che ciò mini le esigenze di funzionalità strettamente legate alla dimensione operativa del contraddittorio come strumento di attuazione del giusto processo»¹⁵.

Inoltre, benché la “vittima” del reato vada assumendo un'importanza progressivamente crescente a seguito di alcune recenti direttive europee¹⁶, nessuna delle

¹² Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.g. in proc. Troise, cit., p. 10.

¹³ *Ivi*, cit., p. 9.

¹⁴ *Ivi*, cit., p. 11-12.

¹⁵ *Ivi*, cit., p. 14.

¹⁶ Sulle quali v., ampiamente, M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di*

norme ricavabili dalle fonti sovranazionali obbligherebbe all'escussione della persona offesa in difetto di una specifica istanza: il giudice è sempre tenuto ad un vaglio discrezionale, com'è imposto nel nostro ordinamento dall'art. 603, comma 3, c.p.p.¹⁷.

5. Le critiche agli argomenti *ad adiuvandum*.

In prospettiva critica, risalendo a ritroso le argomentazioni sopra esposte, è possibile osservare come i tre argomenti *ad adiuvandum* a ben vedere non depongano univocamente né contro né a favore dell'opzione prescelta. L'argomento principale, pur dotato di una sua plausibilità giuridica in un'ottica di *favor rei*, torna poi fatalmente a far dipendere la riapertura dell'istruttoria da una prospettiva *decisoria* («Nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna [...]»¹⁸), anziché, come sarebbe stato più appropriato da un punto di vista tecnico-processuale, da una necessità *istruttoria*¹⁹.

Quanto alla disparità tra persona offesa e imputato, l'argomento non sembra decisivo: tradizionalmente, le disparità tra imputato e parti eventuali in sede d'impugnazione si misurano in sede di accesso al mezzo; da quel punto di vista, sarebbe anzi irragionevole concedere alla parte civile il diritto di impugnare, ma – per ipotesi – negarle qualsiasi possibilità di veder riacquisite le prove necessarie a dimostrare la propria pretesa²⁰.

La prospettiva prescelta dalle Sezioni Unite, prendendo in esame i soli poteri d'ufficio del giudice, non ha consentito un'analisi più approfondita del punto, che è rimasto sotto traccia: quando la parte civile, intendendo contrastare le affermazioni contenute nell'appello dell'imputato, chiede la riacquisizione della prova dichiarativa alla base della sentenza di condanna in primo grado, l'impugnazione è “decidibile allo stato degli atti”? E se, pur non chiedendo espressamente la rinnovazione, riesce ad evidenziare una contraddittorietà relativa ad una prova a difesa che aveva giustificato un trattamento più mite di quello che risulterebbe all'esito del giudizio d'appello, la rinnovazione è “assolutamente necessaria”?

nuovi equilibri, Torino, 2017.

¹⁷ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.g. in proc. Troise, cit., p. 15.

¹⁸ *Ivi*, cit., p. 21.

¹⁹ Come sostengono, ad esempio, la sentenza “Dasgupta”, che subordina la rinnovazione all'«impugnazione del pubblico ministero che si dolga dell'esito assolutorio di primo grado adducendo una erronea valutazione sulla concludenza delle prove dichiarative [...]» (Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, cit., p. 13), e l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.

²⁰ Nemmeno la Cassazione ha esitato a percorrere questa prospettiva, quando si è trattato di consentire alla parte civile la rinnovazione in seguito all'appello del proscioglimento, v. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, cit., p. 20. Più in generale, sul punto, v. M.G. AIMONETTO, *Disfunzioni ed incongruenze in tema di impugnazione della parte civile*, in M. Bargis-F. Caprioli (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Torino, 2007, p. 155 ss., spec. p. 181-182.

Lasciare quesiti del genere al prudente apprezzamento del giudice d'appello rischia perciò di sottrarre alla parte soccombente in secondo grado il diritto di vedere discusse pubblicamente le proprie ragioni (art. 111, comma 1, Cost.); il contraddittorio, riletto dal solo punto di vista della sua componente soggettiva, quale diritto dell'imputato, perde così del tutto la sua componente oggettiva, quale «strumento meno imperfetto per il raggiungimento della verità»²¹.

E se nemmeno le fonti sovranazionali depongono a favore di un obbligo di riapertura del dibattimento, ma solo di un potere discrezionale, resta comunque oscuro a quali condizioni il *potere* di risentire i testimoni controversi dovrebbe trasformarsi in *dovere*²².

Quanto alla giurisprudenza europea, le Sezioni Unite hanno stranamente dimenticato di citare la sentenza capostipite del *case law* convenzionale sul contraddittorio in secondo grado: la sentenza "Ekbatani", con cui la Corte europea si era occupata dell'appello contro una sentenza di condanna, ritenendo l'audizione dei testimoni comunque necessaria.

Da questo punto di vista, se pure è vero che le garanzie convenzionali sono istituzionalmente dettate a tutela dei diritti dell'imputato, è anche vero che la Corte ha sempre riconosciuto la necessità dell'audizione diretta delle prove dichiarative a garanzia dell'equità del procedimento nel suo complesso; ossia, ogni volta che «una Corte d'Appello è chiamata ad esaminare un caso in fatto e in diritto e a compiere una valutazione completa della *questione della colpevolezza o dell'innocenza* del ricorrente»²³.

Anche le più recenti sentenze "Kashlev" e "Chiper", individuando casi in cui la motivazione rafforzata può *sostituire* l'obbligo di rinnovazione in seguito all'appello del proscioglimento, dovrebbero a rigore essere intese come critiche al nuovo art. 603, comma 3-bis, che invece non consente alcuna eccezione; non come ragioni per consentire la riforma della sentenza senza riapertura del dibattimento in caso di appello della condanna²⁴.

²¹ G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)* – II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, Agg. VIII, Roma, 2001, p. 5. Sulla distinzione tra componenti "oggettive" e "soggettive" del principio v. soprattutto C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 197 ss.

²² F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Milano, 1956, p. 168-169; *contra*, ritiene che per innescare la rinnovazione dopo l'appello della condanna manchi un sicuro riferimento normativo, A. PASTA, *I principi generali*, cit., p. 10 ss.

²³ L'ha più volte ricordato la stessa Seconda Sezione, tentando di trarre dagli insegnamenti europei una direttiva più generale. Cfr. *ex multis*, C. eur. dir. uomo, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, ric. n. 8999/07, in www.archiviopenale.it, 5 luglio 2011, § 33 ss., con nota di A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*; C. eur. dir. uomo, Plen., 26 maggio 1988, *Ekbatani c. Svezia*, ric. n. 10563/83, § 31 ss.; C. eur. dir. uomo, sez. II, 18 maggio 2004, *Destrehem c. Francia*, ric. n. 56651/00, § 41 ss.

²⁴ In particolare, C. eur. dir. uomo, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia*, ric. n. 22574/08, è intervenuta in un caso in cui l'imputato aveva espressamente rinunciato ad assistere al proprio procedimento, individuando la "motivazione rafforzata" in appello come mezzo di compensazione in grado di garantire l'equità di una condanna in secondo grado (cfr., in proposito, la *dissenting opinion* del Presidente della Corte, giudice Karakas). C. eur. dir. uomo, Sez. IV, 27 giugno 2017, *Chiper c. Romania*, ric. n. 22036/10, spec. §§ 63 ss., interveniva invece in un caso in cui la sentenza di primo grado era stata ribaltata a seguito della rinnovazione di alcuni testimoni, riconoscendo come l'obbligo di riaprire l'istruttoria non possa

Quanto all'argomento sistematico, poi, il riferimento alla «natura essenzialmente cartolare» dell'appello conferma solo l'opportunistica ambiguità con cui la Cassazione ritiene che l'impugnazione di merito vada definita come *novum iudicium* o *revisio prioris instantiae*, a seconda delle garanzie coinvolte: nella sentenza "Patalano" le Sezioni Unite avevano ritenuto che, dopo la "costituzionalizzazione del giusto processo", all'impugnazione della sentenza di proscioglimento dovesse corrispondere «un "nuovo giudizio"»; nella sentenza "Troise", poiché non ogni aspetto del contraddittorio sarebbe stato costituzionalizzato (in particolare, non l'immediatezza), le stesse Sezioni Unite tornano a ritenere che all'impugnazione della sentenza di condanna debba corrispondere una *revisio prioris instantiae*.

Anche in dottrina non è chiaro quale parametro determini la qualifica del mezzo d'impugnazione, se l'ampiezza dei poteri cognitivi²⁵, o l'ampiezza dei poteri istruttori²⁶. Finché l'interrogativo sul criterio che definisce l'archetipo del mezzo non viene sciolto, però, le preoccupazioni sistematiche si riducono a quesiti classificatori, privi di forza persuasiva.

5.1. Le critiche all'argomento "centrale".

In base all'argomento principale, come detto, si sostiene che la regola del ragionevole dubbio, definendo la soglia della condanna, rilevi solo nell'appello del proscioglimento, e renda doverosa la riacquisizione delle prove dichiarative criticate dal pubblico ministero. La stessa regola, non definendo la soglia del proscioglimento, non rilevarebbe invece nell'appello della condanna per determinare la riacquisizione delle prove dichiarative criticate dall'imputato.

Il presupposto implicito è che, in caso di appello della condanna, la presunzione d'innocenza possa tramutarsi da regola *decisoria* in regola *istruttoria*, tipizzando *ex ante* e in positivo i casi di «decidibilità» e non «necessità» (art. 603, commi 1 e 3, c.p.p.)²⁷. E, come accennato, la tesi ha una sua plausibilità: se rivalutare l'attendibilità di un testimone sulle carte non è abbastanza per condannare al di là di ogni ragionevole dubbio, può essere abbastanza per evidenziare una contraddizione in grado di condurre al proscioglimento²⁸.

automaticamente estendersi a *tutte* le prove dichiarative in atti, potendo il giudice valutare sempre – con opportuna motivazione – il «valore probatorio» delle prove da rinnovare.

²⁵ Come tradizionalmente si ritiene, prendendo a riferimento l'art. 597 c.p.p., v. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1985, p. 545-546.

²⁶ Come ritengono autori più recenti, v. F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Cedam, 1995, p. 92; D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, p. 30 ss.

²⁷ Cfr., dal punto di vista dell'appello del proscioglimento, in cui è invece il ragionevole dubbio a trasformarsi da regola *decisoria* in *istruttoria*, tipizzando *ex ante* ma stavolta in negativo i casi di "non decidibilità" e "assoluta necessità", E.M. CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, p. 106 ss., e, volendo, V. AIUTI, *Condanna in appello*, cit., spec. p. 1445.

²⁸ Cfr. L. LUPÀRIA-H. BELLUTA, *Ragionevole dubbio ed etica del sistema*, cit., p. 92; N. GALANTINI, [La riassunzione](#)

La connessione tra contraddittorio, immediatezza, ragionevole dubbio, e presunzione d'innocenza deve tuttavia essere esaminata con grande attenzione: ragionevole dubbio e presunzione d'innocenza sono infatti regole decisorie, che intervengono solo *dopo* che la valutazione delle prove si è ormai conclusa, indicando al giudice come trasformare un insieme di valutazioni in una decisione; contraddittorio e immediatezza sono invece regole istruttorie, che intervengono *prima* che la valutazione delle prove venga intrapresa, indicando al giudice il metodo migliore per formare il materiale cognitivo, senza pregiudicarne tuttavia le valutazioni²⁹.

La tesi della Cassazione presume che l'acquisizione orale delle prove dichiarative sia il metodo migliore per valutarne l'attendibilità, ed esaudisca quindi lo *standard* probatorio più alto della condanna; la rilettura cartolare invece, essendo cognitivamente inferiore, basterebbe a soddisfare lo *standard* probatorio più basso del proscioglimento.

Tradizionalmente, però, l'acquisizione orale, prima che il metodo migliore, è la regola con cui si formano (e possono essere rivalutate) le prove dichiarative nel processo penale. La rilettura cartolare è invece un'eccezione, alla quale – salvo diversi contesti normativi, come avviene in incidente probatorio – si dovrebbe ricorrere poiché il tipo di critica alla valutazione operata dal giudice di primo grado lo permette (e, quindi, a prescindere dagli esiti decisorio).

Il dibattito che ha condotto al conio del nuovo art. 603, comma 3-bis, c.p.p. ha occultato questo fondamentale punto: com'è stato giustamente evidenziato in dottrina, esistono critiche che possono essere facilmente esaminate *ex actis* anche nella prospettiva della condanna, come i fraintendimenti sul tenore letterale delle dichiarazioni, o l'uso di massime d'esperienza palesemente screditate³⁰ (e quindi ha ragione la sentenza "Troise", a permette la rilettura cartolare nella prospettiva del proscioglimento, ma "ha torto" la nuova norma, che non lo permette mai); valutare la "ragionevolezza" di altri tipi di critica, come quelle legate al nucleo alogico della valutazione di attendibilità compiuta in primo grado, resta però «un compito complesso, che di solito non può essere soddisfatto in base ad una semplice rilettura delle dichiarazioni scritte»³¹, anche nella prospettiva del proscioglimento (e quindi ha torto la sentenza "Troise", che non specifica adeguatamente le condizioni della rinnovazione, ma "ha ragione" la nuova norma, che ricomprende naturalmente casi del genere nell'obbligo di risentire le fonti dichiarative).

E se pure volessimo ritenere che, per ragioni di *favor rei*, l'imputato possa essere prosciolto in base a prove valutate in modo poco affidabile, una forte obiezione, sul piano giuridico, dovrebbe scoraggiare questa alternativa: è vero che dieci colpevoli prosciolti sono meglio di un innocente condannato, ma la scelta tra colpevolezza e innocenza si affronta *al termine* dell'acquisizione delle prove, non *a prescindere* da essa.

[della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise](#), in questa Rivista, 17 aprile 2018, p. 3-4.

²⁹ G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 331; J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012, p. 35-37; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, p. 282.

³⁰ V. A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero*, cit., p. 64. Nella stessa prospettiva, pur rivolgendo una critica più generale all'impostazione delle Sezioni Unite, v. A. MACCHIA, *Le novità*, cit., p. 8-9.

³¹ Cfr., riletta strumentalmente, C. eur. dir. uomo, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, ric. n. 8999/07, cit., § 33.

L'insegnamento della sentenza "Troise" risulta perciò pienamente comprensibile dal punto di vista della Corte di cassazione, che esamina la legittimità della decisione emessa al *termine* del dibattimento d'appello. È però decisamente meno comprensibile dal punto di vista del giudice d'appello, tenuto a valutare la fondatezza della critica formulata dall'imputato nel momento in cui l'impugnazione è stata solo *proposta*, e le prospettive decisorie sono ancora lontane.

I difetti derivanti da questa ricostruzione sono almeno tre. In primo luogo, concedere al giudice d'appello di non rinnovare «nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio della sentenza di condanna» autorizza soltanto a credere che chi decide di non rinnovare abbia già deciso di prosciogliere, anticipando così il suo convincimento³².

Se poi tentassimo di rimuovere il riferimento alla prospettiva assolutoria per evitare indebite anticipazioni del convincimento, diventerebbe ancora più evidente la disparità, segnalata più volte dalla dottrina, tra la posizione del pubblico ministero, che oggi ottiene la rinnovazione del dibattimento senza alcun particolare filtro, e quella dell'imputato, che invece la ottiene solo se il giudice lo ritiene «assolutamente necessario»³³.

Da questa sovrapposizione tra regole istruttorie e regole decisorie discende inoltre un ulteriore conflitto metodologico, che interessa il rapporto mai chiarito dalla Cassazione tra "rinnovazione del dibattimento" e "motivazione rafforzata": le Sezioni Unite "Dasgupta" ritengono infatti che – dopo l'appello del proscioglimento – si possa parlare di "motivazione rafforzata" solo nel caso in cui sia stata disposta la rinnovazione; le Sezioni Unite "Troise", invece, ritengono che – dopo l'appello della condanna – si possa parlare di "motivazione rafforzata" anche se il giudice si limita a rivalutare sulle carte le prove dichiarative controverse.

In dottrina è stato però rilevato che rinnovazione del dibattimento e motivazione rafforzata sono istituti collocati su piani disomogenei: la rinnovazione serve a reperire le premesse migliori con cui condurre un'argomentazione; la motivazione serve invece ad assicurare la correttezza delle conclusioni tratte dal giudice nel corso dell'argomentazione, a partire da premesse tanto scritte quanto orali³⁴.

Ne discende pertanto che, sia nel caso di appello del proscioglimento e sia nel caso di appello della condanna, non è ancora chiaro se disporre la rinnovazione soddisfi in ogni caso l'onere di "motivazione rafforzata", o se (e quando) il giudice sia invece tenuto a qualcosa di più.

A rigore, poiché esistono sentenze ben motivate anche senza rinnovazione, e sentenze mal motivate anche dopo la più ampia riacquisizione delle prove, le due

³² Quando la rinnovazione era stata subordinata, dalla giurisprudenza del tempo, all'"intenzione di riformare *in peius*" la sentenza di proscioglimento, avevano evidenziato la lesione al principio di terzietà del giudice, A. CAPONE, *Dopo Dan*, cit., p. 1010; V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3971.

³³ A. CAPONE, *Prova in appello*, cit., p. 57; ID., *Appello del pubblico ministero*, cit., p. 75; L. CAPRARO, *Novità per l'appello*, cit., p. 218; M. CERESA GASTALDO, *La riforma*, cit., p. 168; B. NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria*, cit., p. 327-331. Non nega la disparità, pur emendabile con una differente scansione della procedura di acquisizione-valutazione della prova in appello, S. TESORIERO, *Luci e ombre*, cit., c. 94-96.

³⁴ Cfr. V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione*, cit., p. 3233; M. CERESA GASTALDO, *La riforma*, cit., p. 167.

garanzie non dovrebbero essere intercambiabili: la rinnovazione assicura sì la bontà delle premesse; ma è la motivazione rafforzata a garantire la correttezza delle conclusioni tratte da quelle premesse.

6. Un quesito ulteriore.

Dal criticabile punto di vista prescelto dalla Cassazione, poiché la rinnovazione del dibattimento dipende ormai dalle prospettive decisorie del giudice d'appello, rimane poi aperto un quesito ulteriore: nel caso di conferma della condanna in appello, il giudice deve rinnovare il dibattimento oppure no³⁵?

A rigore, in un'ipotesi del genere dovremmo ricorrere alla *ratio* della sentenza "Dasgupta", che intende il ricorso all'immediatezza come strumentale ad accertare oltre ogni ragionevole dubbio la responsabilità dell'imputato; anche la giurisprudenza europea lo imporrebbe³⁶. Da un punto di vista teoricamente più ortodosso, però, occorre osservare che la responsabilità dell'imputato è stata già accertata "oltre ogni ragionevole dubbio", e l'appello dovrebbe essere rivolto non a ri-accertare ma a controllare l'accertamento compiuto in primo grado: le *rationes decidendi* esposte in questi anni dalla Cassazione non aiutano perciò a focalizzare precisamente i termini del problema.

Il punto è che il ricorso all'immediatezza – tanto in caso di condanna, quanto in caso di proscioglimento in appello – non dovrebbe servire mai, se la critica rivolta dalle parti alla valutazione della prova operata in primo grado non concerne aspetti suscettibili di essere ridiscussi solo mediante la percezione diretta della *performance* dichiarativa. Se quegli aspetti vengono in discussione, invece, la rinnovazione è – soprattutto *cognitivamente* – sempre necessaria. L'interrogativo centrale, perciò, non interessa i rapporti tra decisioni di merito e strumenti cognitivi del processo penale; interessa – più semplicemente – i rapporti tra tipi di critiche che è possibile rivolgere alla valutazione della prova e mezzi necessari a portarli a compimento.

Il conflitto tra la tutela del principio di immediatezza e quello del ragionevole dubbio (o, oggi, della presunzione d'innocenza) è stato segnalato più volte, da diversi commentatori³⁷. Nel caso della sentenza "Troise", però, il modo di risolverlo conferma ancora una volta come la prospettiva solitamente adottata dalla Cassazione manchi nuovamente il bersaglio: se la rinnovazione viene concepita solo come un mezzo di compensazione della decisione più sfavorevole per l'imputato in appello, smarrisce del tutto la sua identità, di strumento cognitivo necessario ad accertare la fondatezza di

³⁵ Nel caso di conferma del proscioglimento l'interrogativo non si pone, poiché l'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. connette l'obbligo di rinnovazione alla sola impugnazione del pubblico ministero per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa. Hanno trattato analiticamente il problema degli esiti decisoriosi diversi dalla *reformatio in peius* integrale, S. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in www.archiviopenale.it, 4 settembre 2017, p. 4 ss., e G. CANESCHI, *Rinnovazione istruttoria anche in caso di reformatio in peius parziale: l'inarrestabile metamorfosi del giudizio di appello*, in *Arch. pen.*, 2017, f. 3, 1 ss.

³⁶ C. eur. dir. uomo, 26 maggio 1988, *Ekbatani c. Svezia*, ric. n. 10563/83, cit., § 31 ss.

³⁷ H. BELLUTA, *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta?*, cit., p. 296; S. TESORIERO, *Una falsa garanzia*, cit., p. 3671-3672; A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero*, cit., p. 79-80.

determinati tipi di critica rivolti dalle parti alla sentenza di primo grado, a prescindere dalle prospettive decisorie che il giudice riterrà di coltivare in camera di consiglio.

7. Precisazioni residuali.

Infine, benché il quesito che le Sezioni Unite erano chiamate a risolvere non interessasse direttamente né l'«appello del proscioglimento da parte del pubblico ministero per motivi attinenti alla valutazione delle prove dichiarative», né l'ampiezza della rinnovazione istruttoria a seguito di giudizio abbreviato, le Sezioni Unite hanno comunque colto l'occasione per ripetere gli insegnamenti delle sentenze “Dasgupta” e “Patalano”, alla luce del nuovo art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.

In particolare, rispondendo ad alcune incertezze maturate in dottrina³⁸, la rinnovazione dopo l'appello del proscioglimento è stata generalmente limitata alle sole fonti «oggetto di una specifica censura da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta di una nuova valutazione da parte del giudice di appello [...], oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e [...] considerate decisive ai fini dello scioglimento dell'alternativa “proscioglimento-condanna”», ma non esclusa per altre prove, se il giudice la ritiene «assolutamente necessaria» (art. 603, comma 3, c.p.p.), o per l'intera istruttoria, se la critica del pubblico ministero è tanto ampia da giustificarlo.

In secondo luogo, poiché il testo dell'art. 603 c.p.p. non contempla «eccezioni di sorta», la nuova norma andrebbe pedissequamente applicata anche nel caso in cui ad essere appellata sia una sentenza di proscioglimento emessa al termine di un giudizio abbreviato: «la rinuncia al contraddittorio [...] non può riflettersi negativamente sulla giustizia della decisione, né può incidere sulla prioritaria funzione cognitiva del processo, il cui eventuale esito di condanna esige, sia nel giudizio ordinario che in quello abbreviato, la prova della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, poiché oggetto del consenso dell'imputato ai sensi dell'art. 111, quinto comma, Cost. è la rinuncia ad un metodo di accertamento, il contraddittorio nella formazione della prova, non all'accertamento della responsabilità nel rispetto del canone epistemologico attraverso cui si inverte il principio stabilito dall'art. 27, secondo comma, Cost.»³⁹.

³⁸ A favore di un'interpretazione della disposizione che obblighi alla riforma integrale del dibattimento v. soprattutto R. APRATI, *Dal diritto alla effettività*, cit., p. 358; M. CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello*, cit., p. 166; A. GAITO-E.N. LA ROCCA, *Il diritto al controllo*, cit., p. 17-18; dal punto di vista opposto v. invece AIUTI, *Obbligo di rinnovazione*, cit., p. 254-255; P. BRONZO, *La nuova ipotesi*, cit., p. 423; A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero*, cit., p. 70; P. FERRUA, *Soggezione del giudice*, cit., p. 1268.

³⁹ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit., p. 20, ma v., per argomenti analoghi, soprattutto Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, cit. Cfr. N. GALANTINI, *La riassunzione*, cit., p. 6-7. In prospettiva adesiva, v. R. APRATI, *Overturning sfavorevole*, cit., p. 2668 ss.; A. CAPONE, *Prova in appello*, cit., p. 57-58. In prospettiva critica, v. V. AIUTI, *Condanna in appello*, cit., p. 1446-1447; A. MACCHIA, *Le novità*, cit., p. 7-8; S. TESORIERO, *Una falsa garanzia*, cit., p. 3678.

**GLI EFFETTI DELL'ABOLITIO CRIMINIS
E DELLA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ
SUL GIUDICATO E SULLA CONFISCA**

Nota a [Cass., Sez. III, 12 gennaio 2018 \(dep. 21 febbraio 2018\), n. 8421,](#)
[Pres. Savani, Est. Macrì, imp. Di Tondo](#)

di Stefano Finocchiaro

Abstract. Una recente sentenza della terza sezione della Cassazione offre lo spunto per affrontare, da un diverso punto di vista, il problema degli effetti dell'*abolitio criminis* e della sentenza di incostituzionalità della norma incriminatrice sul giudicato e, in particolare, sulla confisca (che nel caso di specie era stata applicata in relazione a un reato tributario divenuto 'sotto-soglia' a seguito della riforma del 2015). La sentenza, in contrasto con autorevoli precedenti giurisprudenziali, afferma la possibilità di revocare sempre la confisca, diretta e per equivalente. L'Autore esamina alcune delle questioni problematiche sottese alla pronuncia, svolgendo un'analisi differenziata a seconda che la confisca sia o meno già stata eseguita, e a seconda che la revoca del giudicato dipenda da una depenalizzazione operata dal legislatore o da una sentenza di illegittimità costituzionale.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso di specie: la depenalizzazione dei reati tributari 'sotto-soglia'. – 3. La decisione della Cassazione. – 4. Il contesto giurisprudenziale in materia. – 5. Gli effetti dell'*abolitio criminis*... – 5.1. ...sulla confisca non ancora eseguita. – 5.2. ...e sulla confisca già eseguita. – 6. Gli effetti sul giudicato della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice. – 6.1. L'*obiter* della Cassazione: la paradossale maggior forza dell'*abolitio criminis* rispetto a quella delle sentenze della Corte costituzionale. – 6.2. Una diversa (e opposta) prospettiva: la possibilità che la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale comporti la revoca della confisca già eseguita. – 6.3. La "irreversibilità" come limite agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

La pronuncia in commento interviene sul tema delle sorti della *confisca* applicata con una sentenza di condanna definitiva che venga revocata a causa di una sopravvenuta *depenalizzazione* operata dal legislatore.

La conclusione della Corte è che la confisca, al pari di ogni statuizione accessoria alla condanna, deve venire meno con la *revoca* della sentenza *ex art. 673 c.p.p.*, e i beni confiscati devono essere restituiti al proprietario, a prescindere dalla natura *diretta* o *per*

equivalente della misura ablatoria, e a prescindere anche dalla sua già avvenuta *esecuzione* in favore dello Stato.

La decisione – che, lo anticipiamo, ci sembra solo in parte condivisibile – offre l'occasione per meditare, da un nuovo punto di vista, su quali limiti incontri il principio di retroattività favorevole in materia penale non solo in caso di *abolitio criminis*, ma anche di sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Procediamo però con ordine, muovendo, come conviene, da una breve ricostruzione del fatto e delle motivazioni della sentenza.

2. Il caso di specie: la depenalizzazione dei reati tributari 'sotto-soglia'.

La pronuncia riguarda una classica ipotesi di condanna per reato tributario depenalizzato con la [riforma operata dal d.lgs. 158/2015](#). Si tratta, in particolare, di un fatto di omesso versamento di IVA *ex* art. 10-ter d.lgs. 74/2000, la cui soglia di punibilità ha subito con la citata riforma una netta modificazione in rialzo, passando dagli originari 50.000 euro agli attuali 250.000 euro. Ne è discesa una depenalizzazione di tutti i fatti di evasione dell'imposta superiori alla prima soglia ma inferiori a quella nuova, secondo un fenomeno di *abolitio criminis* parziale. Così, non solo i processi allora in corso dovettero concludersi con altrettante pronunce assolutorie, ma anche quelli già definiti con sentenza passata in giudicato si sono esposti a richieste di revoca *ex* art. 673 c.p.p., in base ai noti effetti illimitati di retroattività favorevole sanciti dal disposto dell'art. 2, comma 2 c.p.¹.

Quest'ultimo è il caso ad oggetto della sentenza in commento, relativo alla revoca del giudicato di condanna per un reato di omesso versamento di imposta inferiore alla nuova soglia di punibilità.

Il giudice dell'esecuzione aveva ritenuto di revocare la condanna, nonché l'onere del pagamento delle spese processuali e di sequestro, ma di confermare invece la confisca del veicolo e delle somme sui conti correnti dell'imputato, considerando immodificabile l'avvenuta acquisizione dei beni in capo allo Stato, in ragione dell'avvenuta esecuzione della misura di sicurezza patrimoniale. Sul punto, il giudice richiamava il principio di diritto enucleato dalla terza sezione della Cassazione nella sentenza *Maffei* del 2016, in cui la restituzione dei beni oggetto di confisca per equivalente è stata ammessa "*salvo che questa non abbia ancora avuto esecuzione*"².

Di contro, il ricorrente adduceva che dalla qualificazione della confisca per equivalente effettuata nei suoi confronti come "sanzione" dovesse discendere, al pari di ogni pena, la cessazione degli effetti della misura e cioè la restituzione dei beni, a prescindere dalla già intervenuta esecuzione della stessa.

¹ Avevamo segnalato su *questa Rivista* uno dei primi provvedimenti di revoca del giudicato adottati in seguito alla riforma dei reati tributari: cfr. S. FINOCCHIARO, [Abolitio criminis e reati tributari 'sotto-soglia': uno dei primi provvedimenti di revoca del giudicato](#), 19 febbraio 2016.

² Cass. pen., sez. III, 10 maggio 2016, n. 38857, *Maffei*.

3. La decisione della Cassazione.

La Corte, nella sentenza in oggetto, accoglie il ricorso e ordina la restituzione delle cose confiscate, spendendo però argomenti diversi da quelli dedotti dal ricorrente. La Corte ritiene infatti che³:

i) a nulla rileva la qualificazione della misura come diretta o come per equivalente, né la sua natura di misura di sicurezza o di sanzione, *“perché ciò che conta non è l’oggetto o la modalità della confisca, bensì la sua obbligatorietà, che ricorre sempre nei reati tributari”*;

ii) tra i *“provvedimenti conseguenti”* alla revoca della condanna di cui parla l’art. 673 c.p.p. deve annoverarsi *“anche la revoca di tutte le statuizioni accessorie che presuppongono la detta condanna, come nella specie la confisca dei beni sequestrati”*, posto che l’art. 2, comma 2 c.p. stabilisce che debbano cessare l’esecuzione della condanna e degli effetti penali, e l’art. 210, comma 1 c.p. dispone che l’estinzione del reato impedisce l’applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l’esecuzione;

iii) l’intervenuta esecuzione della misura ablatoria non è di ostacolo *“né a livello concettuale, né a livello operativo”* alla revoca della confisca, *“potendosi sempre disporre la restituzione dei beni illegittimamente acquisiti, e cioè di quanto concretamente realizzato dall’esecuzione, siccome lo Stato non può trattenere i beni senza titolo che è venuto meno a seguito della norma abrogatrice”*.

Sul punto, secondo la Corte, non sarebbe neppure ravvisabile un contrasto con il precedente evocato dal giudice dell’esecuzione (la sentenza *Maffei* del 2016, che – come detto – ammetteva la restituzione dei beni confiscati solamente *“salvo che”* la misura non avesse ancora avuto esecuzione): tale pronuncia, secondo la Corte, *“riguardava l’illegittimità costituzionale della norma incriminatrice in cui non v’era stata ancora l’acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato. Il tema dell’esaurimento degli effetti, che potrebbe aver un qualche rilievo rispetto alla revoca della condanna a seguito della dichiarazione d’incostituzionalità della norma, è invece del tutto irrilevante allorquando l’abrogazione dipenda da una norma sopravvenuta”*.

4. Il contesto giurisprudenziale in materia.

La pronuncia si inserisce nel quadro di un novero piuttosto ristretto di sentenze di legittimità sul tema del rapporto tra revoca del giudicato e confisca.

La questione relativa alla possibilità che con la revoca della sentenza *ex art. 673 c.p.p.* si caduchino altresì gli effetti della misura ablatoria è stata tradizionalmente affrontata in giurisprudenza in modo identico in relazione sia all’ipotesi di abolizione mediante abrogazione legislativa, sia di sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma incriminatrice. Rispetto a entrambe le ipotesi, già intorno alla metà degli anni ‘90,

³ Cfr. § 3 del considerato in diritto.

si era registrato un contrasto giurisprudenziale (il quale, tuttavia, non viene richiamato nell'odierna sentenza in commento).

Un primo indirizzo sosteneva che la revoca della sentenza dovesse eliminare ogni statuizione pregiudizievole all'interessato, compresa la confisca⁴.

Un opposto orientamento sosteneva, al contrario, che la misura di sicurezza della confisca sopravvivesse all'intervenuta revoca del giudicato⁵.

Sul punto si erano pronunciate le Sezioni Unite *Maiolo* nel 1998 che, avallando espressamente il secondo indirizzo, statuirono che la confisca dovesse sopravvivere sempre alla revoca del giudicato. La conclusione era fatta discendere dalla qualificazione della confisca quale “*effetto definitivamente prodotto dalla sentenza irrevocabile*”, e cioè non attinente al rapporto esecutivo, ma conseguente alla statuizione giudiziale nel momento stesso del passaggio in giudicato della sentenza⁶.

L'orientamento suggellato dalle Sezioni Unite, seppur seguito a lungo dalla giurisprudenza prevalente, non è però rimasto inalterato⁷. Infatti, tornando di fatto sui propri passi, alcuni recenti arresti della Cassazione, tra cui la già citata sentenza *Maffei* del 2016, si sono discostati dal principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite del 1998, sebbene in modo apparentemente limitato alle ipotesi di confisca per equivalente⁸. Ciò è stato motivato in ragione della natura sanzionatoria che – secondo l'ormai costante diritto vivente⁹ – contraddistingue la confisca di valore. In quanto sostanzialmente

⁴ Cfr. Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 1995 (dep. 7 aprile 1995), n. 419, *Surleti*, relativa all'ipotesi di sopravvenuta depenalizzazione del reato di omessa denuncia di deposito di oli minerali ex art. 13 d.l. 271/1957; e Cass. pen., sez. II, 29 settembre 1997 (dep. 28 ottobre 1997), n. 5034, *Gonzales Mattus*, con riguardo all'ipotesi della sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale del reato di possesso ingiustificato di valori ex art. 708 c.p.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. III, 25 giugno 1993, n. 1453, *De Cristofaro*, in relazione ad un caso di sopravvenuta abolitio criminis legislativa, e, in relazione a una sopravvenuta illegittimità costituzionale, Cass. pen., sez. II, 16 ottobre 1997, (dep. 19 novembre 1997), n. 5522, *Bertozzi*, con nota di T. JURINCICH, *Incostituzionalità della norma incriminatrice e precedente provvedimento di confisca*, in Cass. pen., fasc. 12, 1998, p. 3248 ss.; e di M. MERCONE, *Abolitio criminis e retrocessione delle cose confiscate*, in Cass. pen., fasc. 7-8, 1998, p. 2049 ss.

⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 1998 (dep. 23 marzo 1998), n. 2, *Maiolo*.

⁷ Cfr. ad esempio, Cass. pen. Sez. II, 6 giugno 2003, n. 27838, *Paone*, così massimata: “Poiché, con il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca, si ha un trasferimento a titolo originario dei beni sequestrati nel patrimonio dello Stato (tanto che il denaro, i titoli al portatore di qualunque genere essi siano, i titoli emessi e garantiti dallo Stato anche se nominativi ed i valori di bollo sono devoluti in natura alla Cassa della ammende, mentre tutte le altre cose sono vendute all'asta pubblica ed il ricavato è del pari versato alla predetta Cassa) una volta divenuta irrevocabile la sentenza la relativa situazione giuridica deve considerarsi ormai esaurita, e quindi l'abrogazione della norma incriminatrice in base alla quale la confisca è stata ordinata non può incidere su di essa”.

⁸ Cass. pen., sez. III, 10 maggio 2016, n. 38857, *Maffei*. Inoltre, nell'annullare la sentenza in ragione dell'intervenuta abolitio criminis del reato tributario per cui era imputato il ricorrente, la Cassazione ha di recente revocato la disposta confisca, ordinando la restituzione di quanto confiscato (Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2016, n. 51915, *Levantesi*).

⁹ Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, *Lucci*, su cui cfr., tra gli altri, F. G. CAPITANI, *Le Sezioni Unite: la confisca sopravvive alla causa estintiva del reato, purché ci sia già stata condanna e si tratti di confisca diretta*, in *Diritto e Giustizia*, 2015, fasc. 29, p. 44 ss.; G. CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, in *Arch. pen.*, n. 2/2015 (rivista web); A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le Sezioni unite ridimensionano gli approdi*

assimilabile a una pena, si è così imposto di revocare ai sensi dell'art. 673 c.p.p. la sentenza di condanna anche nella parte relativa alla confisca, *salvo che* questa non abbia ancora avuto esecuzione.

Fa un passo ulteriore, oggi, la sentenza della terza sezione qui in commento. La caducazione della confisca in caso di revoca del giudicato viene infatti affermata *tout court*, a prescindere dalla natura diretta o per equivalente e, quindi, dalla natura sanzionatoria o meno della misura patrimoniale, nonché a prescindere dalla già intervenuta esecuzione della confisca. Sul punto viene coerentemente evocato nella pronuncia il disposto dell'art. 2, comma 2 c.p., che rappresenta uno dei fondamenti *sostanziali* dell'istituto *processuale* della revoca di cui all'art. 673 c.p.p. Meno pertinente è invece il richiamo all'art. 210, comma 1 c.p., norma non applicabile alla confisca in virtù del disposto dell'art. 236, comma 2 c.p.

5. Gli effetti dell'*abolitio criminis*...

Per fare ordine tra alcune delle questioni sottese alla pronuncia in commento, è utile tenere distinte due ipotesi: da un lato quella in cui, al momento della sopravvenuta depenalizzazione, la confisca sia stata disposta con sentenza definitiva ma *non sia stata ancora eseguita* e, dall'altro, quella in cui invece *sia già stata eseguita* (e quindi, ad esempio, il denaro confiscato sia già confluito nelle casse dello Stato).

5.1. ...sulla confisca non ancora eseguita.

In relazione alla prima ipotesi, la sentenza in commento – discostandosi, pur senza citarlo, dal precedente rappresentato dalle Sezioni Unite *Maiolo* del 1998 – afferma che, in caso di revoca *ex art. 673 c.p.p.*, la confisca va revocata e quindi non va eseguita, perché cade insieme alla sentenza di condanna di cui è stata una conseguenza obbligatoria e accessoria.

Tale soluzione ci sembra condivisibile. Infatti, quale che sia la natura giuridica che si ritenga di assegnare alla confisca (sanzione penale, misura di sicurezza, misura civile ripristinatoria), pare innegabile che la sentenza di condanna rappresenta il *presupposto*, logico e giuridico, della misura ablatoria patrimoniale, al pari delle pene in senso stretto. Ne è dimostrazione il chiaro dato letterale delle disposizioni di legge che, nel prevedere la confisca, utilizzano l'inequivoca locuzione "*Nel caso di condanna...*" (è così, solo per fare qualche esempio, nell'art. 240 c.p., nell'art. 322-ter c.p. e, in materia

della Corte costituzionale in tema di confisca urbanistica, in *Arch. pen.*, n. 2/2015 (rivista web); F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 4, p. 1384. Sull'ordinanza di rimessione cfr. G. ROMEO, [Alle Sezioni unite la questione della confisca di somme di danaro, sequestrate su conto corrente, costituenti prezzo di reato dichiarato prescritto](#), in *questa Rivista*, 13 aprile 2015. Qualifica di natura sanzionatoria la confisca in materia tributaria *Cass. pen.*, sez. III, 2016 (dep. 2017), n. 6047, *Zaini*, citata anche nella sentenza qui in commento.

tributaria, nell'art. 12-*bis* d.lgs. 74/2000). Tanto è vero che, nei casi eccezionali in cui si è ritenuto di derogare all'equazione condanna-confisca, il legislatore lo ha precisato con un'esplicita disposizione, peraltro richiedendo nondimeno un accertamento della responsabilità dell'imputato (si pensi all'ipotesi della confisca allargata – precedentemente disciplinata dall'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 e oggi confluita nell'art. 240-*bis* – che può essere eccezionalmente applicata anche in caso di estinzione del reato per prescrizione o per amnistia, ai sensi dell'art. 578-*bis* c.p.p.)¹⁰.

A ben vedere, dunque, in tanto si giustifica la privazione della proprietà del soggetto, in quanto sussista un valido provvedimento giurisdizionale che, accertando che è stato commesso un reato generatore dell'arricchimento illecito¹¹, ne rappresenta l'inscindibile presupposto.

Pertanto – potremmo dire – sentenza e confisca *simul stabunt simul cadent*. E cioè: venuta meno la sentenza con la revoca, non può che venire meno anche la confisca, quale provvedimento pregiudizievole conseguente alla condanna¹².

Il fatto che la misura patrimoniale non sia ancora stata eseguita, d'altronde, rende la situazione senza dubbio suscettibile di essere travolta retroattivamente in caso di sopravvenuta *abolitio criminis* (e, a maggior ragione, di sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice). Entrambe le situazioni legittimano infatti la revoca del giudicato *ex art.* 673 c.p.p., con conseguente cessazione degli effetti della condanna la cui esecuzione sia in corso (così ad esempio il detenuto

¹⁰ L'art. 578-*bis* c.p.p., in cui – per mano del [d.lgs. 21/2018](#) – è confluito l'art. 12-*sexies*, comma 4-*septies* d.l. 306/1992, a sua volta introdotto l'anno scorso, dispone: “Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato”. L'eccezionale ammissibilità della confisca (in quel caso, confisca urbanistica) applicata in assenza di una sentenza di condanna, seppur censurata dalla Corte europea nelle note sentenze *Varvara* e *Sud Fondi*, era nondimeno stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con la sentenza 49/2015, e poi ribadita (per la confisca del prezzo e profitto del reato di corruzione) dalle Sezioni Unite *Lucci*. La possibilità di applicare la confisca con una sentenza che dichiari estinto per prescrizione il reato era stata però fin da subito ampiamente criticata in dottrina, proprio sull'assunto per cui l'applicazione di tale misura “presuppone una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato consacrata in una sentenza di condanna” (così, *ex multis*, F. VIGANÒ, [Confisca urbanistica e prescrizione, a Strasburgo il re è nudo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3-4/2014, p. 283 ss.).

¹¹ È appena il caso di precisare, infatti, che il nostro discorso è limitato ai casi di confisca dei “proventi” del reato (in particolare, profitto, prodotto e prezzo del reato): ne sono naturalmente escluse le ipotesi in cui la confisca abbia ad oggetto cose intrinsecamente criminose, la cui stessa detenzione costituisce reato (si pensi alla droga, alle armi da guerra, ecc.).

¹² Ciò vale sia nei casi in cui all'*abolitio criminis* consegua una liceizzazione del fatto in tutti rami dell'ordinamento, sia quando invece esso mantenga la sua illiceità ad altri fini, ad esempio amministrativi, nel qual caso può però rendersi necessario un coordinamento con la diversa disciplina di riferimento, tenendo presente, ad esempio, le norme processuali transitorie contenute all'art. 41 della l. 689/1981. Nella specifica sede tributaria, peraltro, il fatto di evasione sotto-soglia, soggetto a sanzioni amministrative in sede tributaria, è ad oggi considerato dall'orientamento prevalente in giurisprudenza come un “fatto” diverso rispetto a quello penalmente rilevante (cfr., Cass. pen., Sez. Un, 28 marzo 2013, n. 37245 e n. 27424, su *questa Rivista*, 18 novembre 2013, con [nota](#) di A. Valsecchi), così che le relative assoluzioni in sede penale vengono normalmente pronunciate “perché il fatto non sussiste” e non con la diversa formula “perché il fatto non è previsto dalla legge come reato”.

dovrà essere immediatamente scarcerato) o, a maggior ragione, non sia ancora iniziata (come il condannato che non ha ancora varcato le mura del carcere non dovrà farvi ingresso, così i beni su cui è stata disposta la confisca non ancora eseguita dovranno rimanere nella titolarità del privato e non essere trasferiti nelle casse dello Stato).

È infatti pacifico che il principio di retroattività favorevole della legge abolitrice del reato – avente rango costituzionale, poiché ricavabile dall'art. 3 Cost. e dall'art. 117, comma 1 Cost. in combinato disposto con l'art. 7 CEDU¹³ – trova la propria *ratio* esattamente nella necessità di evitare che gli effetti pregiudizievoli di una condanna, ancorché definitiva, continuino a protrarsi nel tempo nonostante la rinnovata valutazione circa l'irrilevanza penale del fatto¹⁴.

Sarebbe cioè irragionevole dare esecuzione alla confisca (o alla pena pecuniaria) quando ormai il fatto che si vuole rendere non lucrativo (o che si vuole punire) non è più previsto dalla legge come reato e, quindi, in casi identici, non darebbe più luogo all'applicazione di quella misura patrimoniale¹⁵.

In conclusione, quindi, la sentenza in commento, nella parte in cui afferma la revocabilità della confisca *non ancora eseguita*, ci sembra del tutto condivisibile, con la duplice precisazione che ciò vale non solo in caso di *abolitio criminis*, ma anche in caso di sopravvenuta illegittimità costituzionale, e non solo per la confisca, ma anche per le pene pecuniarie.

5.2. ...e sulla confisca già eseguita.

Occorre a questo punto domandarsi se la medesima conclusione valga anche in relazione alla seconda ipotesi su cui ci interrogavamo, ossia quella in cui la confisca sia già stata *eseguita*.

¹³ Individuano nel principio di uguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost. il rango costituzionale della regola della retroattività favorevole Corte cost. 18 luglio 2013, n. 210; Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236; Corte cost. 9 giugno 2008, n. 215; Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394. La medesima regola viene rinvenuta nell'art. 7 CEDU da Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

¹⁴ Sul tema, si veda, *ex pluribus*, G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme incriminatrici: teoria e prassi*, Giuffrè, 2008, *passim* e in ptc p. 143 ss.; e C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Cuem, 2008, *passim*.

¹⁵ Va peraltro rilevato che, nella specifica sede tributaria, la mancata esecuzione della confisca disposta in sede penale non pregiudica le legittime pretese dell'erario per il pagamento del debito tributario derivante da quell'evasione fiscale, debito che deve comunque essere onorato. D'altronde, la revoca della confisca non determina la restituzione di quanto il contribuente condannato era stato tenuto a pagare al fisco in ragione del suo illecito tributario: deve infatti tenersi presente che, per giurisprudenza consolidata, la confisca non opera per la parte che è stata già restituita all'erario (cfr. Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887; cfr., nello stesso senso, Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140; Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2012, n. 46726), nonché – oggi, ai sensi dell'art. 12-bis, comma 2 d.lgs. 74/2000 – addirittura per la parte che il contribuente si era impegnato a pagare all'erario (per un commento a tale disposizione, cfr. S. DELSIGNORE, *Commento all'art. 12-bis*, in C. Nocerino C., S. Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, 2015, p. 283 ss.; e S. FINOCCHIARO, [L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 162 ss.).

L'odierna sentenza della terza sezione risponde affermativamente: anche se già eseguita, la confisca dovrebbe essere revocata. Mentre infatti nel 2016, la già citata sentenza *Maffei* aveva tenuto a precisare che la restituzione del bene confiscato è possibile *solamente* laddove la misura non sia stata ancora materialmente eseguita, nella sentenza in oggetto si esclude che l'intervenuta esecuzione costituisca elemento ostativo alla restituzione.

La decisione ci sembra, sotto questo profilo, criticabile. Infatti, mentre da un lato è certamente vero che nell'ipotesi di *abolizione legislativa* si rende necessario far sì che la norma cessi di produrre effetti *ulteriori*, siano essi *in corso* o *non ancora iniziati*, dall'altro lato è evidente che ben diversa è l'ipotesi in cui la norma *ha già cessato di produrre effetti*, e cioè la pena sia già stata del tutto scontata o la confisca sia già stata integralmente eseguita. In questo secondo caso la depenalizzazione deve fare i conti con situazioni che si sono ormai esaurite, perché già regolate in via definitiva con il giudicato e già interamente prodottesi, a fronte delle quali l'efficacia retroattiva della legge abolitrice incontra un limite, comunemente e correttamente ritenuto invalicabile¹⁶.

È opinione comune, infatti, che – per quanto si affermi generalmente che gli effetti retroattivi della legge abolitrice di un'incriminazione siano “illimitati” – in realtà un limite è desumibile dall'art. 2, comma 2 c.p., nella parte in cui afferma che, se vi è stata condanna, “ne cessa l'esecuzione”, lasciando così intendere che, laddove l'esecuzione sia già conclusa, l'*abolitio criminis* non produrrà alcun effetto. In tal caso dovranno tutt'al più essere rimossi eventuali persistenti “effetti penali della condanna”, tra i quali però non è annoverabile la confisca¹⁷.

D'altronde l'acquisizione dei beni da parte dello Stato al momento della pronuncia della sentenza era del tutto legittima, tanto rispetto al dettato costituzionale quanto rispetto alla volontà legislativa dell'epoca. Non vi è alcuna ragione, dunque, per affermare che lo Stato – ogni volta che il legislatore opera una depenalizzazione – è tenuto a restituire *sine die a quo* beni già definitivamente e legittimamente confluiti nel suo patrimonio¹⁸.

Pertanto, mentre concordiamo con la pronuncia in commento in relazione alla revocabilità della misura patrimoniale, pena o confisca, non ancora eseguita, ci sembra

¹⁶ Sul tema si tornerà meglio nel prosieguo, allorché si preciserà come tale limite non sembri del tutto inderogabile dal legislatore, a patto che sussista la necessità di far venir meno gli effetti di un acquisto *indebito* da parte dello Stato, in quanto fondato su una norma di legge costituzionalmente illegittima (cfr. *infra*).

¹⁷ Per quanto non univoche siano le definizioni di “effetto penale della condanna”, il fatto che tra essi non sia annoverabile la confisca è pacifico tanto in giurisprudenza (cfr. ad esempio la stessa Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 1998 (dep. 23 marzo 1998), n. 2, *Maiolo*), quanto in dottrina (cfr., ad esempio, G. CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Cedam, 1990, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, VI ed. aggiornata da E. Dolcini – G.L. Gatta, Giuffrè, 2017, p. 673 ss.).

¹⁸ Inoltre, affermando che ogni opera di depenalizzazione comporta la revoca di misure patrimoniali già eseguite, in ogni tempo e senza limiti, risulterebbe pressoché impossibile per il legislatore stimare *a priori* le ripercussioni che il proprio intervento avrà sulle casse erariali, con un possibile attrito rispetto all'obbligo di copertura di bilancio imposto al legislatore dall'art. 81 Cost.

di dover dissentire circa l'affermata possibilità che la sopravvenuta *abolitio criminis* spinga la propria efficacia retroattiva fino a travolgere misure già eseguite¹⁹.

6. Gli effetti sul giudicato della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice.

Se, come da ultimo osservato, ci sembra non convincente la decisione della Corte di ritenere che la revoca per sopravvenuta depenalizzazione possa travolgere retroattivamente anche la confisca già eseguita, parimenti perplessi lascia la motivazione con cui – in via di *obiter* – la sentenza giustifica tale conclusione.

6.1. L'*obiter* della Cassazione: la paradossale maggior forza dell'*abolitio criminis* rispetto a quella delle sentenze della Corte costituzionale.

La Corte sul punto è stata chiamata a misurarsi con un precedente della sua stessa sezione (la già citata sentenza *Maffei* del 2016) che, in un caso di revoca del giudicato per sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, aveva tenuto a precisare che la restituzione del bene confiscato è possibile *solamente* laddove la misura *non* fosse stata ancora eseguita. Il contrasto con tale pronuncia è però solo apparente, secondo la Corte, in ragione della differenza che intercorrerebbe tra l'ipotesi di revoca per *sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale*, nel qual caso la confisca già eseguita sarebbe irrevocabile, e la distinta ipotesi di revoca per *abolitio criminis* dovuta ad abrogazione legislativa della norma incriminatrice, nel qual caso sarebbe sempre possibile disporre la restituzione dei beni confiscati.

Tale *obiter dictum* non viene argomentato dalla Corte, la quale sul punto si limita ad affermare che “il tema dell'esaurimento degli effetti, che potrebbe aver un qualche rilievo rispetto alla revoca della condanna a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità della norma, è invece del tutto irrilevante allorquando l'abrogazione dipenda da una norma sopravvenuta”²⁰.

Il significato di tale affermazione è che la revoca per *abolitio criminis* comporterebbe la restituzione di beni oggetto di una confisca *già eseguita*, mentre la declaratoria di incostituzionalità comporterebbe la revoca della confisca *solamente* quando *non sia ancora stata eseguita*.

¹⁹ Coerentemente, la legislazione in materia di illeciti amministrativi prevede che, laddove una sanzione sia stata definitivamente applicata in relazione a un fatto che, secondo una *legge posteriore*, non costituisce violazione punibile, “il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di quanto pagato” (cfr. l'art. 3 del d.lgs. 472/1997, in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, e l'art. 23-bis del d.P.R. 148/1988, come modificato dalla legge 326/2000, in materia valutaria).

²⁰ Cfr. l'ultima parte del § 3 del considerato in diritto.

6.2. Una diversa (e opposta) prospettiva: la possibilità che la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale comporti la revoca della confisca già eseguita.

Quest'ultima conclusione della Corte lascia molto perplessi, dovendosi caso mai ritenere – a nostro modo di vedere – che valga esattamente l'opposto. Dovrebbe semmai essere la dichiarazione di illegittimità costituzionale a produrre effetti sulla confisca già eseguita e non invece l'*abolitio criminis* operata dal legislatore.

Sul perché l'efficacia retroattiva dell'abolizione legislativa non possa spingersi fino a comportare la revoca di misure patrimoniali già eseguite ci siamo già soffermati nel paragrafo precedente. Ci resta invece da vagliare la possibilità di giungere a una diversa soluzione allorché la revoca sia dovuta a una *sopravvenuta pronuncia della Corte costituzionale che dichiara illegittima la norma incriminatrice*, valutando cioè se essa sia in grado di travolgere la misura già eseguita²¹.

La ragione per differenziare, a tali fini, l'ipotesi dell'*abolitio criminis* da quella della sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità ci sembra poter risiedere nell'ontologica diversità che connota i due fenomeni sul piano sostanziale.

Mentre infatti l'abolizione consiste nel sopravvenire di una nuova legge che abroga la previgente disciplina, le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale accertano l'illegittimità di quella disciplina, annullandola²². Tant'è che, mentre è certamente corretto parlare di "retroattività" rispetto a una sopravvenuta normativa, è stato perspicuamente osservato come la capacità delle sentenze di accoglimento della Consulta di incidere su situazioni pregresse discenda già dalla "cessazione di efficacia" della norma *ex art. 136 Cost.*, e non da una vera e propria *efficacia retroattiva* della pronuncia²³.

Soprattutto, però, mentre l'abolizione è espressione di una situazione *fisiologica* dell'ordinamento, consistente in nuova valutazione politica da parte del legislatore, la

²¹ La diversificazione degli effetti sul giudicato da parte della sopravvenienza legislativa, da un lato, e della dichiarazione d'incostituzionalità, dall'altro, è stata ad oggi già affermata in giurisprudenza, ma solo in relazione all'ipotesi – diversa da quella che ci occupa – in cui la sopravvenienza abbia riguardato una *norma diversa da quella incriminatrice*, ad esempio attinente a una circostanza (si pensi all'aggravante della clandestinità, dichiarata incostituzionale con la sentenza della Corte costituzionale n. 249/2010: su cui cfr. Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, *Hauohu*, e da Cass. pen., sez. I, 24 febbraio 2012, n. 19361, *Teteh Assic*) o al trattamento sanzionatorio (si pensi, in materia di stupefacenti, alla pronuncia della Consulta n. 32/2014: su cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, *Marcon*). In questi casi è ormai pacifico che, mentre l'efficacia retroattiva della *lex mitior*, incontrando il limite del giudicato *ex art. 2, comma 4 c.p.*, non può incidere sulla pena definitivamente inflitta, al contrario la sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale permette, ai sensi dell'art. 30, comma 4 l. 87/1953, di ottenere dal giudice dell'esecuzione una rideterminazione della pena inflitta (cfr., in particolare, Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, *Gatto*, con nota, *ex multis*, di S. RUGGERI, [Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2015, p. 31 ss.).

²² Sul punto, cfr., ad esempio, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, Cedam, 1984, p. 384.

²³ Così, F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, 1997, p. 6 ss. Non a caso, d'altronde, è ricorrente nei manuali di diritto costituzionale l'utilizzo dell'aggettivo "cosiddetta" prima del termine "retroattività" con cui generalmente, ma attecnicamente, si allude all'efficacia delle sentenze della Corte costituzionale.

sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità rappresenta invece un *patologico* accertamento dell'illegittimità che *ab origine* affliggeva la norma di cui di cui è stata fatta applicazione nella sentenza²⁴.

Nel caso di sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità, dunque, si riconosce che il titolo che ha determinato l'acquisto dei beni da parte dello Stato era, già nel suo momento *genetico*, fondato su una norma illegittima.

Tale norma viene espunta dall'ordinamento proprio perché affetta da un'*invalidità originaria*, e deve considerarsi – con le parole delle Sezioni Unite – “*tamquam non fuisset*”²⁵.

Ciò impone logicamente la proiezione c.d. retroattiva della pronuncia della Consulta, in modo che vengano eliminati gli effetti della norma illegittima e tutte le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla condanna, perché essa rappresenta ormai un atto *ab origine* invalido²⁶.

L'incremento patrimoniale generato dalla confisca a favore dello Stato rappresenta, di conseguenza, un'*acquisizione indebita*. Infatti, quella limitazione, *rectius* privazione, del diritto di proprietà non sarebbe in realtà stata consentita se il legislatore non avesse esercitato *illegittimamente* il proprio potere normativo²⁷.

Dunque, anche alla luce del riconoscimento costituzionale (art. 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. add. Cedu) che oggi possiede il diritto di proprietà, dovrebbe probabilmente rendersi necessario rimuovere tale *vulnus* al diritto della persona, laddove ciò sia possibile attraverso il ripristino del patrimonio illegittimamente colpito dalla misura ablatoria. Infatti, ai sensi della disposizione del protocollo convenzionale – che penetra nel nostro ordinamento, al pari della Cedu per il tramite dell'art. 117, comma 1 Cost. – qualsiasi provvedimento limitativo della proprietà privata deve trovare fondamento in una *legge*, per tale dovendosi intendere un provvedimento *legittimo*²⁸, quale non sembra essere quello invalidato *ex tunc* dalla Corte costituzionale.

²⁴ Tale assunto, da tempo sostenuto in dottrina, è ormai consolidato anche in giurisprudenza (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, *Gatto*).

²⁵ Cfr. le già citate Sezioni Unite *Gatto* (Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858), che sul punto richiamano (al § 5.2.) Cass. Sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 9270, *Berlusconi*.

²⁶ Sul tema dello *status* della legge dichiarata incostituzionale prima della sentenza della Corte costituzionale che ne accerti l'incostituzionalità, cfr. l'ampia analisi svolta da F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., p. 30 ss. Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1988, p. 270 ss. che giunge a definire il vizio di cui è affetta la legge incostituzionale come “nullità”, ancorché non operante *ipso iure* (cfr. in ptc., ivi, p. 279). Parlano più genericamente di “invalidità” con effetti *ex tunc* R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2017, p. 492 s.

²⁷ Al riguardo occorre rilevare che rappresenta un'ipotesi eccezionale quella per cui l'illegittimità della norma non sia *originaria* ma *sopravvenuta*, cioè verificatasi in un momento successivo alla sua entrata in vigore in seguito a una mutazione del quadro normativo o del diritto vivente: in tal caso potrebbe peraltro essere la Corte costituzionale stessa a limitare nel tempo l'efficacia della sua sentenza (sul punto, cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 2010, p. 495).

²⁸ Sul punto cfr., anche la condivisibile osservazione svolta da M.C. UBIALI, [*Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa “sostanzialmente penale”: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*](#), in *questa Rivista*, fasc. 3/2017, p. 293 ss. e in ptc. p. 296.

6.3. La “irreversibilità” come limite agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice.

L’obiezione che potrebbe essere mossa alla conclusione appena esposta è che l’efficacia c.d. retroattiva delle sentenze della Corte costituzionale non è del tutto priva di limiti, dovendo arrestarsi dinanzi ai “rapporti giuridici esauriti”.

Evocavano questi ultimi, quale invalicabile ostacolo alla revoca della confisca applicata con sentenza passata in giudicato, le già citate Sezioni Unite *Maiolo* del 1998. La misura ablatoria venne allora considerata “irrevocabile”, in quanto avente “carattere istantaneo e non permanente (uno actu perficitur)”, e dunque “esaurita” nel momento stesso in cui la sentenza è passata in giudicato. La proprietà del bene, sorta a titolo originario in capo allo Stato, non potrebbe più essere messa in discussione, nemmeno a fronte del sopravvenuto venir meno della norma incriminatrice²⁹.

Eppure, tale conclusione, a vent’anni dalla sua formulazione, è forse oggi suscettibile di una rivisitazione.

Al riguardo, può essere utile osservare che, mentre di regola l’ordinamento ritiene “esauriti” i rapporti definiti con sentenza passata in giudicato³⁰, è pacifico che in sede penale – anche in ragione del principio del *favor rei* insito nell’art. 25, comma 2 Cost. – un’eccezione alla regola è fissata dall’art. 30, comma 4 l. n. 87/1953, laddove contempla la possibilità che le pronunce di accoglimento della Consulta travolgano il giudicato, possibilità resa concreta dalla predisposizione dello strumento della revoca ex art. 673 c.p.p.³¹. Infatti, il problema della delimitazione dei rapporti esauriti, e quindi della portata retroattiva delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale, non è propriamente di diritto costituzionale, essendo lasciato entro certi limiti alla competenza della legislazione ordinaria, e alle regole che disciplinano il singolo ramo del diritto: così,

²⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 1998 (dep. 23 marzo 1998), n. 2, *Maiolo*, secondo cui: “la cosa confiscata viene ad essere detenuta – dallo Stato o da altro acquirente – in forza del diritto costituito con la sentenza irrevocabile, la quale pone il suggello finale ad una situazione giuridica che deve considerarsi esaurita, senza che il venir meno della successiva norma incriminatrice possa comunque valere ai fini di una sorta di retrocessione della cosa confiscata, non essendo ciò consentito dall’orma avvenuta acquisizione legittima della res al patrimonio di altro soggetto, estraneo al processo e nei confronti del quale, oltre tutto, non si estendono i poteri del giudice dell’esecuzione penale”. In senso conforme: Cass. pen. Sez. II, 6 giugno 2003, n. 27838, *Paone*. A una conclusione parzialmente differente è invece giunta, come si è detto, la sentenza *Maffei* del 2016, ma con una decisione che sembra confinata all’ipotesi di confisca per equivalente, di natura sanzionatoria, e salvo che non sia ancora stata eseguita.

³⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 18 dicembre 1984, n. 6626, secondo cui “la circostanza che quella disposizione abbia di fatto operato nell’ordinamento giuridico comporta che essa ha prodotto effetti irreversibili, perché essi hanno inciso su rapporti esauriti a causa della mancanza o della inutilizzabilità di strumenti idonei a rimetterli in discussione ovvero a causa della impossibilità giuridica o logica di valutare diversamente, a posteriori, comportamenti che devono essere esaminati alla stregua della situazione normativa esistente al momento in cui si verificano”.

³¹ Cfr. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 492 s. In senso analogo, T. Martinez, *Diritto costituzionale*, cit., p. 495.

nella materia penale, il legislatore, tramite l'art. 30, comma 4, ha ritenuto di affidare alle sentenze di annullamento da parte della Consulta "il massimo della retroattività"³².

Nella specifica sede penale, ove le esigenze di certezza della cosa giudicata tendono a soccombere dinanzi a quelle di tutela dei diritti della persona incisi dalla condanna, la Cassazione ha definito "esauriti" quei rapporti che *"non comportano più un intervento processuale che consenta di vanificare gli esiti derivanti dalla già avvenuta applicazione delle norme incostituzionali"*³³. E le Sezioni Unite hanno statuito che *"tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure parzialmente, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall'universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati"*³⁴.

Ci sembra potersi affermare, quindi, che gli effetti di una sentenza penale di condanna fondata su una norma incostituzionale dovrebbero sempre essere rimossi nei limiti in cui ve ne sia la concreta possibilità. In questo senso il giudicato penale dovrebbe essere inciso dalla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice con il limite non tanto delle situazioni *meramente esaurite*, bensì di quelle *esaurite in modo irreversibile*³⁵.

In questo modo sembrano cadere le obiezioni tradizionalmente mosse alla revocabilità della confisca³⁶, e a questo punto anche delle pene pecuniarie (rispetto alle quali probabilmente il problema non si è ancora posto solamente in ragione della loro scarsissima effettività³⁷). Invero, a differenza della compiuta esecuzione di una pena detentiva, nel qual caso la restituzione della libertà personale risulta per ovvie ragioni

³² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 269, in cui l'Autore osserva come *"mentre gli effetti per il futuro e quelli relativi al processo a quo hanno un fondamento costituzionale negli artt. 136 Cost. e l. cost. n. 1 del 1948, gli effetti 'retroattivi' ulteriori dipendono dalle norme legislative ordinarie che configurano l'esaurimento dei rapporti..."* e, sulla base di tale considerazione, afferma che così *"si comprende come l'art. 30 u.c. l. n. 87 (una disposizione di legge ordinaria, dunque) abbia potuto estendere al massimo l'incidenza 'retroattiva' delle decisioni di incostituzionalità nella materia penale, quando si sia pronunciata sentenza di condanna in applicazione di leggi poi dichiarate incostituzionali"*. Cfr. anche R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 493 s.

³³ Cfr. Cass. Sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 9270, *Berlusconi*, § 2 in diritto.

³⁴ Così, testualmente, le già citate Sezioni Unite *Gatto* (Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858).

³⁵ Ciò spiega perché sia stato riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di incidere sulla determinazione della pena *ancora da scontare* quando la sanzione irrogata fosse stata commisurata sulla base di una norma poi dichiarata illegittima. Sul punto cfr. le perspicue osservazioni di G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in questa *Rivista*, 17 ottobre 2014, § 4, ove si sottolinea la differenza tra "rapporto esaurito" e "rapporto irreversibile". Va peraltro precisato che, la fattispecie esaminata in quell'occasione aveva ad oggetto un'ipotesi di pena detentiva, il che spiega come mai l'Autore affermi come la 'reversibilità' degli effetti permanga finché la pena sia in esecuzione: come abbiamo osservato *supra*, infatti, l'intervenuta esecuzione della sanzione rende per natura irreversibile l'effetto pregiudizievole prodotto sulla libertà personale del soggetto, a differenza di quanto invece può dirsi in relazione agli effetti sul patrimonio, che può sempre essere reintegrato.

³⁶ L'esaurimento degli effetti della confisca veniva addotto quale ostacolo alla revocabilità della misura stessa da Cass. pen., sez. II, 16 ottobre 1997, (dep. 19 novembre 1997), n. 5522, *Bertozzi*, ancor prima che dalle Sezioni Unite *Maiolo*.

³⁷ Sono circa il 3% le pene pecuniarie eseguite in Italia (cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 649).

impossibile, gli effetti patrimoniali di una sentenza sembrerebbero essere sempre ‘reversibili’ attraverso la materiale restituzione del bene o, in alternativa, del *tantundem*³⁸.

Sembrano peraltro corroborare tale conclusione alcune disposizioni di legge che già oggi permettono, anzi impongono, la restituzione dei beni confiscati. Ci riferiamo, in particolare, all’art. 639 c.p.p., nella parte in cui prevede che nel provvedimento di accoglimento della richiesta di revisione il giudice ordini la restituzione delle somme pagate per le pene pecuniarie e la restituzione delle cose che sono state confiscate, eccezion fatta – naturalmente – per quelle la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione, costituisca reato³⁹; e, in materia di confisca di prevenzione, alle norme che disciplinano la revocazione della confisca (art. 28 d.lgs. 159/2011), con conseguente restituzione dei beni confiscati da parte dell’amministrazione assegnataria o di una somma di valore equivalente posta a carico del Fondo Unico Giustizia (art. 46 d.lgs. 159/2011). Si tratta di previsioni che, pur nella peculiarità del loro ambito applicativo, sembrano confermare la *reversibilità* degli effetti della misura ablatoria, sconfessando il dogma dell’intangibilità dell’acquisto della proprietà da parte dello Stato.

7. Conclusioni.

In sintesi, finché la confisca o la pena pecuniaria definitivamente disposte non siano ancora state eseguite, e rappresentino dunque un effetto ancora pendente della condanna, ci sembra che esse debbano essere sempre travolte dalla revoca del giudicato, sia essa determinata da una sopravvenuta abolizione legislativa o da una pronuncia di illegittimità costituzionale.

Allorché invece la confisca o la pena pecuniaria siano già state eseguite, la revoca di tali misure non ci sembra consentita in caso di *abolitio criminis*, potendosi al più giustificare quando si accerti che quell’acquisto patrimoniale da parte dell’erario era *indebito*, in quanto fondato su una condanna che ha applicato una norma costituzionalmente illegittima.

In tale prospettiva, a fronte della già intervenuta esecuzione della misura patrimoniale, la revoca del giudicato potrebbe esplicare effetti diversi nelle due ipotesi di *abolitio* legislativa, da un lato, e di dichiarazione d’incostituzionalità della norma incriminatrice, dall’altro. Nel primo caso viene in rilievo una situazione (fisiologica) che discende da una nuova valutazione politica da parte del legislatore, la quale non inficia la validità dell’acquisto precedentemente avvenuto da parte dello Stato; nel secondo, invece, una (patologica) attestazione dell’originaria invalidità della norma applicata

³⁸ Peraltro, ad ulteriore conferma che la revoca del giudicato può esplicare effetti su pene già del tutto eseguite, si può osservare che, a determinate condizioni fissate dall’art. 657 c.p.p., l’ordinamento consente una sorta di *fungibilità* della pena detentiva espiata senza titolo. Tale considerazione è svolta altresì da G. BIONDI, [La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?](#), in *questa Rivista*, fasc. n. 5/2017, p. 59; e da G. ROMEO, *Le Sezioni unite*, cit., § 4.

³⁹ Sugli effetti della revisione si veda, ad esempio, F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, II ed., Giappichelli, 2012, p. 445 ss.

nella sentenza, la quale sembra giustificare una *restitutio in integrum* del patrimonio del privato intaccato dall'*indebita* misura patrimoniale⁴⁰.

⁴⁰ Non ci sembra peraltro rappresentare un ostacolo alle conclusioni appena svolte il tenore letterale delle disposizioni normative di riferimento, le quali solo apparentemente impongono un'equiparazione dei due fenomeni (l'art. 673 c.p.p. li pone sullo stesso piano, e gli artt. 2, comma 2 c.p. e 30, comma 4 l. 87/1953 si esprimono in termini identici, entrambi richiedendo che cessino l'*esecuzione della condanna* e gli *effetti penali*). A ben vedere, infatti, la locuzione usata dal legislatore ("cessazione dell'esecuzione della condanna e degli effetti penali") è sufficientemente ampia, dunque suscettibile di essere riempita dall'interprete di contenuto diverso nelle due ipotesi. Tale *flessibilità* potrebbe inoltre dirsi confermata dall'altrettanto duttile strumento processuale predisposto dall'art. 673 c.p.p., ossia l'adozione di non meglio definiti "provvedimenti conseguenti": provvedimenti che potrebbero quindi differire a seconda del tipo di fenomeno *sostanziale*, abolizione o dichiarazione di incostituzionalità, cui lo strumento *processuale* risulti servente nel caso di specie.

**OMICIDI MIRATI A MEZZO DRONE:
BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DEL CASO "LO PORTO"
TRA DIRITTO PENALE E DIRITTO INTERNAZIONALE**

di Carla Cucco e Diego Mauri

Abstract. *Quale diritto penale in ipotesi di "vittime collaterali" di drone strike? La sempre maggiore rilevanza che il fenomeno degli omicidi mirati a mezzo drone assume nel contesto internazionale pone la necessità di interrogarsi su come, nell'ordinamento interno, le categorie classiche del diritto penale debbano operare rispetto a fattispecie "peculiari", caratterizzate da una distanza fisica e psichica dal target e dall'esistenza di una "catena di comando" coinvolta, a più livelli, nella singola operazione di omicidio mirato. Si cercherà pertanto di capire, partendo dal caso dell'omicidio di un cittadino italiano per mezzo di droni statunitensi in Pakistan, ma fornendo un contributo di portata più generale, quali soggetti della c.d. "catena di comando" sono coinvolti nelle operazioni; successivamente si concentrerà l'attenzione su come gli sviluppi dogmatici e le elaborazioni giurisprudenziali sul tema dell'elemento soggettivo del reato debbano modellarsi rispetto ad omicidi di vittime collaterali commessi tramite drone, negli ultimi anni oggetto di un uso sempre più frequente alla luce della Global War on Terror, di cui gli Stati Uniti d'America si sono resi promotori.*

SOMMARIO: 1. Premessa (in fatto): l'omicidio di Giovanni Lo Porto. – 2. Premessa (in diritto): la natura giuridica delle operazioni statunitensi in Pakistan. – 3. I soggetti coinvolti e la c.d. "catena di comando". – 4. La controversa conciliabilità delle ricostruzioni "classiche" su scriminanti ed elemento soggettivo con il caso degli omicidi mirati a mezzo drone – 4.1. *Segue.* Colpa cosciente, dolo eventuale e dolo diretto: assunti di teoria generale... – 4.2. *Segue.* ...e ricadute pratiche in tema di *drone strike*. L'elemento soggettivo in capo a chi "autorizza" l'operazione... – 4.3. *Segue.* ...e a chi la "gestisce". Possibili ipotesi alternative? – 5. Conclusioni.

1. Premessa (in fatto): l'omicidio di Giovanni Lo Porto.

Le valutazioni compendiate nel presente scritto sono il frutto di una riflessione maturata in ordine al caso, attualmente oggetto di indagini preliminari, a seguito della

riapertura disposta dal GIP di Roma in data 02.03.2018¹, del cooperante italiano Giovanni Lo Porto, deceduto in data 15 gennaio 2015, nell'ambito di un'operazione statunitense di omicidio mirato (in inglese, *targeted killing*) a mezzo drone in Pakistan. Pare necessario, per vero, dar conto del retroterra fattuale su cui tale omicidio si innesta, indefettibile *background* alle valutazioni giuridiche di cui appresso.

Lo Porto, impiegato presso la sede dell'organizzazione umanitaria tedesca *Welt Hunger Hilfe*, sita in Gardentown (Quasim Bela, nella provincia pakistana del Punjab) veniva sequestrato in data 19 gennaio 2012 da un commando di quattro jihadisti, affiliati alla nota organizzazione Al Qaeda, insieme al collega tedesco Bern Muehlenbeck, quest'ultimo rilasciato due anni e mezzo dopo il rapimento. Dalle indagini espletate emergeva che il Lo Porto era stato da ultimo trasferito presso un *compound* jihadista al confine tra Pakistan ed Afghanistan, sul quale, dalla fine del 2014, era stata avviata una campagna di attento monitoraggio ad opera della CIA, allo scopo di abbattere gli obiettivi sensibili ivi presenti. Nel gennaio del 2015, la CIA, impiegando un drone dotato di missili *Hellfire*, dava luogo ad un'operazione di bombardamento a più riprese dell'area, prima in data 15 gennaio e poi nei giorni 18 e 19 dello stesso mese, radendo al suolo l'intero *compound*: nel corso di questa attività il Lo Porto trovava la morte. Il decesso del cooperante era reso noto solo in data 23 aprile 2015, durante una conferenza stampa tenuta dal Presidente degli Stati Uniti Barack Obama, nel corso della quale il suddetto, in qualità di *Commander in Chief*, assumeva su di sé la piena responsabilità dell'evento-morte del Lo Porto² che coinvolgeva altresì, oltre a quattro jihadisti, anche l'americano Warren Weinstein. Definiva il decesso dei due sequestrati un tragico errore³, affermando che l'operazione era stata condotta dall'organismo citato, propaggine dell'Esecutivo americano, con modalità "*fully consistent with the guidelines*"⁴ per ogni missione-tipo, e disponeva la pubblicità della documentazione relativa all'operazione, generalmente secretata.

In data 29 maggio 2017, a seguito delle indagini espletate rispetto ai fatti antescritti, la competente Procura di Roma formulava richiesta di archiviazione per i delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo e di omicidio volontario o colposo,

¹ Si vedano, tra le altre, http://roma.corriere.it/notizie/cronaca/18_marzo_08/giovanni-porto-italiano-ucciso-un-raid-cia-giudice-aprite-archivi-024c0f70-223f-11e8-a665-a35373fafb97.shtml; <http://www.palermotoday.it/cronaca/giovanni-lo-porto-ucciso-pakistan-indagini-usa.html>; <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2018/03/08/lo-porto-litalia-chiama-in-causa-gli-usa-dicano-la-verita-droni22.html>, che riportano anche stralci dell'ordinanza con cui il GIP di Roma dispone nuove indagini.

² Quanto detto, in ogni caso, non vale a scalfire il principio dell'immunità diplomatica funzionale "materiale" dalla giurisdizione civile e penale, di cui gode ogni Capo di Stato per atti *iure imperii*, nonché anche *post munerem*, nell'ipotesi in cui la condotta sia espressione diretta ed immediata delle proprie funzioni di governo. Sul punto si rinvia a CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., 2014, p. 260-261. Nella giurisprudenza si veda Cass., Sez. 1, sent. n. 1981 del 28/06/1985, Pres.: Carnevale c., Est.: Valente V., Imp. Yasser Arafat.

³ "It is a cruel and bitter truth that in the fog of war generally, and our fight against terrorists specifically, mistakes, sometimes deadly mistakes, can occur" (cit.), in CNN Transcript Providers, accessibile a questo [link](#).

⁴ In <https://www.nytimes.com/2015/04/24/world/asia/2-qaeda-hostages-were-accidentally-killed-in-us-raid-white-house-says.html>.

addotta l'impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio e conseguentemente di pervenire a sentenza di condanna ed altresì palesata la non utilità di ulteriori indagini per entrambe le fattispecie *de quibus*. In data 3 luglio 2017, la Difesa della famiglia Lo Porto depositava opposizione alla richiesta di archiviazione, in accoglimento della quale il GIP del Tribunale di Roma pronunciava ordinanza *ex art.* 409 co. 4 c.p.p., nella quale si dava conto di una significativa carenza probatoria e di un compendio informativo lacunoso, per sopperire al quale il GIP imponeva alla Procura lo svolgimento di ulteriori indagini.

2. Premessa (in diritto): le operazioni statunitensi in Pakistan.

Prima di affrontare le questioni strettamente legate al caso in esame, appare doveroso premettere una breve riflessione in merito alla prassi statunitense di impiegare droni armati al fine di realizzare omicidi mirati sul territorio di Stati terzi, prassi, nell'ultimo decennio, drammaticamente in crescita⁵.

All'indomani degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, gli Stati Uniti hanno dichiarato la nota "*Global War on Terror*"⁶, giustificando l'uso della forza extraterritoriale contro individui e gruppi di individui rientranti nella categoria di "terroristi", *in primis* l'organizzazione conosciuta come Al Qaeda, nonché i Talebani e le forze associate a questi⁷. In contemporanea, l'operazione *Enduring Freedom* in Afghanistan costituiva la risposta (militare) del governo di Washington e dei suoi alleati all'attacco di Al Qaeda; alla stessa quindi seguirono, non molto tempo dopo, operazioni "para-militari" – in quanto condotte, il più delle volte, dalla CIA, come si spiegherà meglio *infra* – in Stati terzi, quali il limitrofo Pakistan e lo Yemen.

In termini strettamente giuridici, vi è da chiedersi a quale titolo gli Stati Uniti abbiano fatto ricorso, contro attori non-statali, all'uso della forza, generalmente vietato dall'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite, nonché da una norma consuetudinaria dotata, secondo l'interpretazione prevalente, di natura imperativa⁸. Se la campagna

⁵ Si tratta di un *trend* in crescita, quantomeno a partire dalla Presidenza Obama; per un'analisi dei dati relativi ai *drone strike* noti alla stampa, è utile consultare il pregevole sito: <https://www.thebureauinvestigates.com/projects/drone-war>.

⁶ Il termine fu impiegato, per la prima volta in sede ufficiale, nel celebre discorso rivolto dall'allora Presidente degli Stati Uniti George W. Bush al Congresso del 12 settembre 2001 (la trascrizione è disponibile a questo [link](#)).

⁷ Cfr. *Authorization for the Use of Military Force* (AUMF), adottato dal Congresso in data 14 settembre 2001 e firmato dal Presidente George W. Bush il successivo 18 settembre 2001, disponibile a questo [link](#).

⁸ Mentre la norma di cui all'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite vincola, in virtù della propria natura pattizia, unicamente gli Stati parte alla Carta, una norma consuetudinaria si rivolge a tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale. Le norme aventi natura imperativa, inoltre, sono le uniche a non poter subire alcuna deroga da norme pattizie o consuetudinarie, rispetto alle quali si collocano, pertanto, in posizione sovraordinata; cfr. CONFORTI, cit., pp. 163-170, nonché la celebre Corte Internazionale di Giustizia, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* (*Nicaragua vs. United States*), I.C.J. 1986, pp. 100-101, § 90. Per quanto concerne invece la letteratura sul punto, essa è divenuta, negli anni, sterminata. Senza pretesa di operare una ricognizione completa delle fonti, ci si può limitare, in questa sede, a rimandare al seguente contributo: BYERS, *Terrorism, the Use of Force and International Law after September 11*, in *International and*

militare in Afghanistan è stata giustificata da Washington a titolo di “legittima difesa”, ai sensi dell’art. 51 della Carta⁹, nei confronti dell’Afghanistan, più difficile è la ricostruzione, nei medesimi termini, del caso del Pakistan. In particolare, la prova della stretta contiguità tra il regime governativo (di Islamabad qui, di Kabul allora) e gruppi non-statali non è mai stata fornita in termini netti¹⁰.

Appurato dunque che gli Stati Uniti non stanno usando (né potrebbero usare) la forza *contro* il Pakistan, la circostanza secondo cui gli Stati Uniti usano la forza *in* Pakistan si potrebbe inscrivere in una delle seguenti tre ipotesi: (1) gli Stati Uniti sono impegnati in un conflitto armato contro Al Qaeda *et similia*, circostanza che autorizza l’uso della forza secondo i limiti imposti dal diritto internazionale umanitario (c.d. *ius in bello*); (2) gli Stati Uniti conducono operazioni di *law-enforcement* (cioè di polizia *lato sensu*), nelle quali è ammissibile l’uso della forza secondo i limiti imposti dal diritto internazionale dei diritti umani e rispetto alle quali è necessario assicurarsi il consenso dello Stato territoriale; (3) gli Stati Uniti agiscono sì in legittima difesa, ma contro qualsiasi individuo o gruppo di individui che, in virtù della propria appartenenza (o contiguità) ad Al Qaeda *et similia*, continuino a minacciare la sicurezza degli Stati Uniti. L’amministrazione statunitense, chiamata a rendere ragione delle operazioni condotte a mezzo drone, ha ritenuto di avvalersi proprio di tale ultima ipotesi (c.d. dottrina “Obama-Clinton”)¹¹. In questa ultima ipotesi, la necessità, per lo Stato “attaccato”, di

Comparative Law Quarterly, 2002, vol. 51, pp. 401 ss.

⁹ Gli attacchi terroristici dell’11 settembre 2001 sono considerati “*minaccia alla pace e sicurezza internazionali*” ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e, in quanto tali, integrano il requisito per l’uso della forza da parte del Consiglio di Sicurezza; essi si configurano altresì quale “*attacco armato*”, e autorizzano pertanto lo Stato vittima di tale attacco a reagire in legittima difesa, sia individuale che collettiva; cfr. Consiglio di Sicurezza, risoluzione n. 1368 (2001), S/RES/1368 (2001), disponibile a questo [link](#). Cfr. il Preambolo dell’AUMF, citato *supra* alla nota n. 8: “*Whereas, on September 11, 2001, acts of treacherous violence were committed against the United States and its citizens; and Whereas, such acts render it both necessary and appropriate that the United States exercise its rights to self-defense and to protect United States citizens both at home and abroad*”. Ad oggi, buona parte della dottrina internazionalista riconosce la legalità dell’uso della forza da parte degli Stati Uniti nei confronti dell’Afghanistan: cfr. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defense*, New York, 2005, p. 237; *contra*, si veda SHAH, *International Law and Drone Strikes in Pakistan. The legal and socio-political aspects*, Oxon-New York, 2015, pp. 24 ss.

¹⁰ Cfr. SHAH, *International Law and Drone Strikes in Pakistan*, cit., p. 41 (“[b]y attacking non-state actors on Pakistani soil, however, the United States is carrying out armed attacks on Pakistan, which can only be defended if terrorist acts of such non-state actors residing in Pakistan qualify as armed attacks against the United States under Article 51 [della Carta delle Nazioni Unite], and if Pakistan itself was guilty of sponsoring such terrorist activities”).

¹¹ Il termine è stato coniato dall’allora *Legal Adviser* del Dipartimento di Stato statunitense Harold Hongju Koh; v. SHAH, *International Law and Drone Strikes in Pakistan*, cit., p. 35. Koh dichiarò che il nuovo approccio della Presidenza Obama era motivato dall’esigenza di assicurare la difesa degli Stati Uniti da attacchi provenienti da Al Qaeda, la quale non aveva abbandonato il proposito “*to attack the United States, and indeed continues to attack us*” (cfr. KOH, *The Obama Administration and International Law. Keynote Speech at the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 25 marzo 2010, disponibile a questo [link](#)). Nel febbraio 2013 venne consegnato alla stampa un documento del *Department of Justice* risalente al 2010 e contenente le regole applicabili all’uso della forza, da parte delle autorità statunitensi, nei confronti di cittadini statunitensi che fossero “*senior operational leaders*” di Al Qaeda e altre forze associate; cfr. *DoJ White Paper*, consultabile a questo [link](#).

assicurarsi il consenso dello Stato territoriale (cioè: quello su cui operano i gruppi non-statali “attaccanti”) è questione dibattuta nella dottrina internazionalistica¹².

Per quello che qui interessa, la dottrina Obama-Clinton deve essere convintamente ripudiata¹³, nonostante nell’ottica statunitense essa costituisca il presupposto logico per ritenere applicabile il diritto dei conflitti armati (il già citato *ius in bello*) e, quindi, le regole più permissive in materia, ad esempio, di detenzione¹⁴.

Quanto alla prassi degli omicidi mirati a mezzo drone, si pone la questione della loro qualificazione giuridica, peraltro non ignorata dalla più attenta dottrina, che infatti rileva: “[i]l crescente ricorso ai droni armati in operazioni di guerra o di antiterrorismo internazionale solleva rilevanti problemi a molti livelli: politico, militare, filosofico/morale e – quel che qui più ci interessa – giuridico. Dal punto di vista giuridico, la prima difficoltà consiste nello stabilire quale sia il regime giuridico applicabile nel caso concreto”¹⁵. L’alternativa è dunque correttamente rintracciata tra “guerra” e “antiterrorismo”: tradotto nella terminologia propria dell’ordinamento internazionale, si deve pertanto accertare se il concreto uso della forza sia inscrivibile o meno nell’ambito della conduzione delle ostilità all’interno

¹² Sull’importanza del consenso dello Stato territoriale in generale, nonché sugli aspetti più specificamente attinenti al caso del Pakistan, si rimanda a SHAH, cit., pp. 71-104. Il governo di Islamabad ha manifestato, a più riprese e fin dal principio, la propria contrarietà alle operazioni condotte dagli Stati Uniti sul territorio nazionale: cfr. O’CONNELL, *Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan 2004–2009*, in BRONITT (a cura di), *Shooting To Kill: The Law Governing Lethal Force In Context*, 2010; HOOPER, *Pakistan: US Must Halt Drone Attacks*, CNN News, 29 January 2009; ID., *Militant Death in US Drone Hit*, BBC News, 3 luglio 2009. Successivamente, e solo secondo alcune fonti, il governo pakistano avrebbe iniziato a prestare il proprio consenso ad attacchi armati condotti a mezzo droni, limitatamente, però, a obiettivi “sensibili” per Islamabad. Tale prassi, di cui rimane difficoltoso trovare riscontri, non avrebbe comunque potuto protrarsi oltre il 2013, quando la High Court di Peshawar, pronunciandosi su alcuni ricorsi riuniti presentati da (famigliari di) vittime pakistane provenienti dalle zone rurali maggiormente colpite dagli attacchi a mezzo droni, ha pronunciato una storica sentenza con la quale affermava la contrarietà, tanto rispetto alle norme interne del Pakistan quanto rispetto alle norme internazionali, della prassi statunitense, ordinando alle autorità statali competenti di negare, da lì in avanti e in ogni caso, il proprio consenso a tali attacchi (il testo della sentenza è disponibile a questo [link](#)). E infatti, pochi mesi dopo, nell’ottobre 2013, le autorità di Islamabad comunicarono ufficialmente che non avrebbero più acconsentito ad alcuna operazione con droni armati. Sulla questione vedi *amplius* BROOKMAN-BYRNE, *Drone Use ‘Outside Areas of Active Hostilities’: An Examination of the Legal Paradigms Governing US Covert Remote Strikes*, in *Netherlands International Law Review*, vol. 64 n. 1, 2017, pp. 3-41, in particolare p. 17.

¹³ Anche su questo punto il dibattito è acceso; di esso, per motivi evidenti, non si potrà dare conto nel presente contributo. Basti questo: il Governo degli Stati Uniti ritiene di poter agire in legittima difesa anche contro individui che ricoprano posizioni esponenziali nella gerarchia di Al Qaeda *et similia* in quanto pongono un “*imminent threat*”. Il concetto di “imminenza” della minaccia – pur ricavato da precedenti storici alquanto risalenti, quali il caso *Caroline* (i cui atti sono consultabili a questo [link](#)) – trova però applicazione, nel *White Paper*, in un senso estremamente permissivo, essendo il Governo autorizzato a impiegare forza letale (leggi: a commettere omicidi mirati) anche laddove manchi ragionevole certezza che l’individuo stia eseguendo uno specifico attacco diretto contro gli Stati Uniti. Ciò in quanto “*the US government may not be aware of all Al-Qa’ida plots as they are developing and thus cannot be confident that none is about to occur*”.

¹⁴ Si veda, per tutti, GOODMAN, *The Detention of Civilians in Armed Conflict*, in *American Journal of International Law*, vol. 103 n. 1, 2009, pp. 48-74.

¹⁵ Si tratta delle osservazioni di MELONI, *Sulla (il)legittimità degli omicidi mirati mediante i droni e i possibili ricorsi alle corti*, di cui a questo [indirizzo](#), estratto da *Droni Militari: Proliferazione o controllo?*, Rapporto di ricerca, Istituto di Ricerche Istituzionali IRIAD, Roma, aprile 2017, disponibile a questo [link](#).

di un conflitto armato. Solo una volta individuato il contesto di riferimento si potrà stabilire se lo *ius in bello* sia il regime giuridico applicabile¹⁶ e, nel caso, quale sia la responsabilità attribuibile a Stati ed individui per gli illeciti eventualmente commessi¹⁷.

Ebbene, per quanto concerne il caso in esame, le operazioni a mezzo drone condotte in Pakistan dagli Stati Uniti al momento del fatto (gennaio 2015) non sembrano affatto inscrivibili nel quadro dello *ius in bello*, non configurandosi – allora come ora – alcun conflitto armato tra Stati Uniti e individui appartenenti o associati ad Al Qaeda. L'uso della forza risultante nella morte di Lo Porto è avvenuto “*outside of areas of active hostilities*”, secondo l'inequivoca espressione contenuta nel documento intitolato *Presidential Policy Guidance* (PPG), reso pubblico nel 2016 ma datato 22 maggio 2013 (dunque in vigore al momento dell'omicidio mirato nel caso Lo Porto)¹⁸. Dell'importanza e del contenuto di tale documento si dirà nel prosieguo.

Appurato ciò, residua la questione sul se e come giudicare tale uso della forza sul piano interno. Si tratterebbe di un'ipotesi di uso di forza letale al di fuori dei confini dello Stato, contro un obiettivo di carattere non-statale, in cui ha perso la vita, tra gli altri, un cittadino di uno Stato terzo: *quis iudicabit?*

Ad esempio, con riguardo all'ordinamento interno statunitense, la prognosi circa l'effettivo scrutinio, da parte dell'autorità giudiziaria, degli omicidi mirati è, allo stato attuale, tristemente infausta: diversi casi, portati alla cognizione del giudice federale, si sono conclusi con il rigetto, in sostanza, delle pretese (il più delle volte nemmeno risarcitorie) degli attori – tipicamente famigliari di vittime dirette di attacchi a mezzo drone¹⁹. Sul piano del diritto interno pakistano, invece, diversi giudici, competenti *ratione loci* a giudicare i *drone strike*, si sono espressi in senso nettamente contrastante con la posizione statunitense²⁰.

Quello che pertanto in questa sede si intende compiere è un primo tentativo di indagine su come istituti generali del diritto penale italiano possano operare rispetto ad ipotesi di *drone strike*, fattispecie che involgono questioni di diritto internazionale e di diritto interno tutt'altro che desuete, assurgendo a temi centrali in un dibattito sulle

¹⁶ All'interno di un conflitto armato l'uso dei droni è regolato dalle norme di diritto internazionale applicabili agli armamenti e alle operazioni di *targeting*; sul punto cfr. *amplius* TURNS, *Droning on: some international humanitarian law aspects of the use of unmanned aerial vehicles in contemporary armed conflicts*, in HARVEY-SUMMERS-WHITE (a cura di), *Contemporary Challenges to the Laws of War. Essays in Honour of Professor Peter Rowe*, Cambridge, 2014, pp. 191-215.

¹⁷ Cfr. MELONI, *State and Individual Responsibility for Targeted Killings by Drones*, in DI NUCCI-SANTONI DE SIO, *Drones and Responsibility. Legal, Philosophical, and Sociotechnical Perspectives on Remotely Controlled Weapons*, Londra-New York, 2016, pp. 47-63.

¹⁸ Il testo del PPG è ora disponibile a questo [link](#).

¹⁹ Esempio in tal senso è la sentenza resa dalla D.C Circuit Court nel caso *bin Ali Jaber v. United States*, 861 F.3d 241 (D.C. Cir.), cert. denied, 138 S. Ct. 480 (2017). I ricorrenti domandavano alle autorità giudiziarie statunitensi un provvedimento che dichiarasse che i membri delle proprie famiglie erano stati uccisi nel corso di un attacco condotto a mezzo drone dagli Stati Uniti in violazione del diritto internazionale che regola l'uso della forza, nonché di altri atti normativi federali. La Corte distrettuale rigettò il ricorso sulla base della dottrina dell'atto politico, che impedisce al potere giudiziario il sindacato su scelte politiche del potere esecutivo (tra cui rientra, per l'appunto, la decisione di operare un omicidio mirato a mezzo drone).

²⁰ Si veda la sentenza richiamata *supra*, nota n. 12.

operazioni tramite drone di crescente (e preoccupante) attualità²¹. Tanto, in specie, alla luce della recente *policy* adottata dalla Presidenza Trump, che pare discostarsi, per così dire, *in peius* rispetto al precedente approccio al *targeted killing* tramite droni assunto dalla presidenza Obama²²; e in ragione del possibile (e in futuro sempre più frequente e più diretto) coinvolgimento dell'ordinamento italiano negli omicidi mirati, se, come si prevede, ci si continuerà ad avvalere di Sigonella come base operativa (e non quale mera aviorimessa) di droni italiani e statunitensi²³.

3. I soggetti coinvolti e la c.d. “catena di comando”.

Partiamo da un'avvertenza, frutto di frequenti rinvenimenti, nella letteratura e nel lessico giornalistico, di locuzioni inesatte e fuorvianti in materia di antiterrorismo. Rispetto al caso in esame, si legge²⁴ che nella richiesta di archiviazione formulata dalla Procura, la stessa avrebbe inteso l'attacco come una “*azione bellica antiterrorismo*”. In termini giuridici parlare di “*azione bellica antiterrorismo*” è un controsenso: un'operazione di antiterrorismo è un'operazione di polizia, per quanto possa coinvolgere apparati, tecniche e financo armamenti militari. Per converso, se una determinata operazione è ascrivibile alla conduzione delle ostilità essa non può *ipso facto* essere inquadrata, al medesimo tempo e nel medesimo rispetto, come un'operazione di polizia.

A ben vedere, l'affermazione della Procura potrebbe originare da due presupposti logici a loro volta scorretti: l'asserita natura militare dell'ordine e la riconducibilità dell'operazione *de qua* ad un conflitto armato. Quanto a questo secondo punto, l'erroneità dell'adduzione emerge alla stregua dell'analisi già svolta al § 2, cui si rimanda. Quanto al primo, la qualificazione dell'ordine come militare mostra la propria fallacia non appena si consideri la natura giuridica della CIA, l'agenzia governativa impegnata nelle operazioni di cui si discute e responsabile del *targeted killing* di cui al caso di specie. Si tratta, infatti, di un'agenzia che nulla ha a che fare, nella struttura dell'amministrazione pubblica statunitense, con l'apparato militare.

Certo, potrebbe sorprendere che sia un'agenzia non militare ad operare droni armati, ad esempio, in Pakistan, Yemen e Somalia. In realtà, ciò può essere facilmente spiegato non appena si consideri la natura dei poteri del Presidente degli Stati Uniti e il

²¹ L'affermazione secondo cui la prassi degli omicidi mirati commessi (anche, ma non solo) tramite droni non dovrebbe essere regolata dal diritto internazionale umanitario, ma dal diritto internazionale penale, è frutto della felice intuizione di KELLMAN, *Targeted Killings – Never Not an Act of International Criminal Law Enforcement*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 40, 2017, pp. 27-62. L'Autore, in particolare, prende le mosse, oltre che dalla preoccupante diffusione del fenomeno dei *drone strike*, dal fatto che tale peculiare *policy* dell'anti-terrorismo è l'unica, ad oggi, ad operare al di fuori di ogni limite del diritto penale (statunitense, per quanto occupa l'analisi dell'Autore) e al di sopra di qualsivoglia forma di sindacato giurisdizionale interno.

²² Si veda <https://www.aclu.org/foia-document/presidential-policy-guidance?redirect=node/58033>

²³ Su questo ultimo aspetto sia consentito un rinvio a MAURI, *Droni a Sigonella: quale valore ha (e quale impatto produrrà) l'accordo italo-americano*, in *Quaderni di SIDIBlog*, vol. 3, 2016, pp. 319-325.

²⁴ Si veda l'articolo pubblicato il 24 luglio 2017 sul quotidiano *La Repubblica*, accessibile a questo [link](#).

rapporto di dipendenza organica tra questi e la CIA. Iniziando dal primo aspetto, il potere di respingere “*sudden attacks*”²⁵ costituisce, a monte, espressa prerogativa del Presidente degli Stati Uniti in qualità di “*Commander in Chief*”; dal momento della sua costituzione (1947), la CIA opera nel campo della sicurezza nazionale “*as the President ... may direct*”²⁶. Quasi fisiologicamente, vista l'ampiezza delle proprie attribuzioni, la CIA è pervenuta, negli anni, ad estendere le proprie competenze fino a ricomprensere quella di impiego della forza armata nei confronti di individui ritenuti una minaccia attuale alla sicurezza nazionale²⁷.

Ad oggi, poi, tracciare una linea di demarcazione, quanto a competenze, con il ramo militare è ancora più difficile. Valga, come esempio, la circostanza secondo la quale la CIA, nell'espletare la propria attività di intelligence, divide con il *Joint Special Operations Command* (JSOC, di natura militare) gli spazi aerei in cui vengono operati i droni²⁸. Insomma, un quadro organico non certo connotato da trasparenza, né per quanto concerne l'effettivo accesso ai dati delle singole operazioni né per quanto riguarda l'organigramma di coloro che monitorano, pianificano e conducono l'operazione di omicidio mirato.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, pertanto, non può che procedersi “a tentoni”, facendo tesoro delle indicazioni fornite dal GIP nella parte relativa alle richieste di rogatoria²⁹. Come risulta, in particolare, da quella concernente “*l'individuazione di coloro che hanno coordinato il monitoraggio del compound, gestito ed autorizzato gli strike*”, parrebbe potersi evincere come la decisione di operare un omicidio mirato tramite drone sia la risultante di un processo interno all'agenzia in questione e ascrivibile, segnatamente, al *Counter Terrorism Center* (d'ora in avanti anche solo CTC). Come confermato da fonti giornalistiche, questo organo sarebbe adibito non solo a compiti di raccolta e rielaborazione di *intelligence*, ma anche operativi³⁰. Restano ancora in un cono d'ombra, però, la quantità e il rango dei soggetti coinvolti, nonché – e qui si allacciano le indicazioni investigative del GIP – la loro identità.

²⁵ FARRAND (a cura di), *The records of the federal convention of 1787*, vol. 2, p. 318.

²⁶ *National Security Act of 1947*, Pub. L. No. 80-253, 61 Stat. 495 (1947), sec. 102 (d) (5).

²⁷ Vedi più approfonditamente la dettagliata ricostruzione di BANKS, *Regulating Drones. Are Targeted Killings by Drones Outside Traditional Battlefields Legal?*, in BERGEN-ROTHENBERG (a cura di), *Drone Wars. Transforming Conflict, Law, and Policy*, Cambridge, 2015, pp. 129-159.

²⁸ Per quanto concerne la struttura nonché le attribuzioni del JSOC, si rimanda a SHAH, *A Move Within the Shadows. Will JSOC's Control of Drones Improve Policy?*, in BERGEN-ROTHENBERG (a cura di), cit., pp. 160-184. L'Autore, in particolare, illustra come, di regola, la cooperazione tra JSOC e CIA avviene o tramite operazioni condotte separatamente, benché sul medesimo territorio, oppure tramite operazioni condotte congiuntamente. In questo ultimo caso, la ricostruzione del ruolo dei rispettivi organi – e, quindi, del loro contributo causale rispetto all'illecito finale – si rende ancora più difficile.

²⁹ Per le quali si rinvia alle informazioni evincibili dalle già citate fonti giornalistiche, ove si legge che “*la giudice ha ordinato che la rogatoria dovrà riguardare ogni aspetto del caso, con l'acquisizione di tutta la documentazione sull'operazione, sulla sorveglianza del compound prima e dopo l'attacco, sulle indagini condotte dal governo americano, inclusa l'identificazione dei presunti terroristi che gli Usa avevano preso di mira, nonché «l'individuazione di coloro che hanno coordinato il monitoraggio del compound, gestito ed autorizzato gli strike»*”.

³⁰ Si veda qui: <https://www.lawfareblog.com/origins-drone-program>.

I quesiti da porsi, a questo punto, sono due: (1) che tipo di contributo forniscono, nell'ordine, i soggetti apicali ("decisori"), i soggetti intermedi e i soggetti inferiori ("operatori")?; (2) che tipo di concorso si configura tra di essi?

A fronte della scarsità e opacità delle informazioni disponibili, un aiuto alla comprensione del processo decisionale è fornito dal già citato PPG. Nel fissare delle linee guida generali per le operazioni di anti-terrorismo, il documento in questione consente di dare un primo sguardo alle modalità con cui le autorità statunitensi preposte pervengono alla decisione di lanciare un *drone strike* quale quello di specie.

Il primo rilievo è che, quantomeno a livello generale (di predisposizione, cioè, di "piani operativi"), si tratta, a tutti gli effetti, di una decisione di *équipe*. All'approntamento di tali piani ("*operational plans*"; cfr. pp. 2 ss. *passim* del PPG) concorrono le varie agenzie ("*operating agencies*") dapprima *uti singulae* (ciascuna, cioè, predispone il proprio piano, approvato, dopo un'attenta analisi giuridica, da un organo interno – cfr. pp. 2-3) e poi, una volta trasmessi i progetti suddetti al *National Security Staff*, *uti universae* (nel senso che ha luogo, a questo punto, una "*interagency review*" – cfr. p. 3). Infine, i piani sono sottoposti all'attenzione e al controllo dei membri del *National Security Council* prima della presentazione al Presidente degli Stati Uniti. In breve, una "selva oscura" di funzionari e agenzie governative, fino all'apice dell'amministrazione, controlla e approva tali programmi d'azione.

Ma quale è il contenuto dei suddetti piani operativi? Dal testo del PPG, punteggiato di *omissis* più o meno estesi, si evince come si tratti di piani di attacco estremamente generici, che fissano, *inter alia*, gli obiettivi da raggiungere con le operazioni ivi predisposte; la durata e i costi delle medesime; le condizioni in presenza delle quali all'operazione può essere data esecuzione. Ciò vuol dire che il coinvolgimento di soggetti esterni alla *operating agency*, di pari o superiore grado³¹, avviene in un momento precedente al (e a prescindere dal) singolo attacco e su questioni di carattere generale.

Non pare esservi, dunque, salvo casi eccezionali in deroga al PPG (cfr. ad esempio sezione 5.B)³², il coinvolgimento di soggetti apicali o comunque esterni al momento della singola decisione di aprire il fuoco.

Il cerchio, dunque, inizia a restringersi al CTC o, al più, alla CIA. Proviamo a tratteggiare un ipotetico quadro della catena di comando, sulla base delle indicazioni di rogatoria richiamate *supra*, e segnatamente di quella relativa alla "*individuazione di coloro che hanno coordinato il monitoraggio del compound, gestito e autorizzato gli strikes*".

Tre soggetti (o gruppi di soggetti) dunque: (1) l'agente che "monitora" il *target*; (2) l'agente che "autorizza" la singola operazione di *drone strike*, (3) l'agente che "gestisce" la medesima; categoria, questa ultima, suscettibile di includere tutti quanti abbiano preso parte all'attacco, incluso, ai piedi della piramide esecutiva, l'"operatore" deputato all'attivazione dei comandi del velivolo armato. In ordine alla specifica

³¹ Cfr. Sezione 1.B ("*Interagency Review of Operational Plans*") e Sezione 1.H ("*Presentation to the President*").

³² La disposizione, rubricata "*Extraordinary Cases: Variations from the Policy Guidance Otherwise Set Forth in this PPG*", fa salvo il potere del Presidente degli Stati Uniti, in quanto "*Commander in Chief and Chief Executive*" di autorizzare ogni azione diretta al di fuori dei limiti imposti nel PPG.

operazione di *drone strike*, quindi, l'azione dei soggetti subordinati che consta nel lancio del missile *Hellfire* dal drone postulerebbe la necessaria previa autorizzazione del vertice direttivo, la cui valutazione non può prescindere dal significativo lavoro di *intelligence* che precede la decisione per l'azione, in un circolo di ordini impartiti ed eseguiti in ottemperanza a specifici obiettivi.

Tanto premesso, nel presente contributo si assumerà, come contesto operativo di riferimento, il seguente: la singola operazione di *drone strike* viene autorizzata, sulla base dell'*intelligence* raccolta e rielaborata dall'agente *sub 1*), dal soggetto (o dai soggetti; d'ora in avanti si impiegherà il singolare per mera comodità espositiva) *sub 2*) e gestita, in conformità al comando generato dal primo, dalla figura a questi subordinata (l'agente *sub 3*)). In tale ipotesi, quindi, si assume che il soggetto responsabile del monitoraggio non ha alcuna incidenza sulla decisione di abbattere un determinato *target*, limitandosi a fornire un "dato". Tralascieremo, pertanto, di analizzare il contributo di questi, pur nella consapevolezza che, in altri scenari, la rielaborazione non corretta (se non volontariamente viziata!) di dati e la trasmissione di questi a chi autorizza l'operazione ben potrebbe esporlo a responsabilità penale, quantomeno a titolo colposo.

4. La controversa conciliabilità delle ricostruzioni "classiche" su scriminanti ed elemento soggettivo con il caso degli omicidi mirati a mezzo drone.

La questione che a questo punto si pone attiene alle ragioni per cui la Procura di Roma ha ritenuto, in sede di provvedimento conclusivo delle indagini, come si evince dalle fonti giornalistiche già richiamate nell'*incipit* del presente scritto, di pervenire ad una richiesta di archiviazione per il fatto di cui agli artt. 575 e 589 c.p., obliando alla summenzionata accertabile riconducibilità agli organi dell'Esecutivo americano della responsabilità per la morte di Lo Porto.

In questa sede, pertanto, si tenterà di comprendere, partendo dal caso *de quo* – con uno sguardo, però, pur sempre in prospettiva – in che misura possa invece affermarsi la responsabilità per omicidio di chi autorizza l'attacco e di chi aziona materialmente il drone, sciogliendo il nodo della tipologia di elemento soggettivo ricostruibile in ipotesi siffatte di particolare uso di forza letale tale da attingere non solo il *target* selezionato (*id est*: il "terrorista"), ma anche – e inevitabilmente – il *target* non consentito (*id est*: la "vittima").

La necessità della personalizzazione della responsabilità imporrà allora una diversa ricostruzione dell'elemento soggettivo in capo, come si è detto al paragrafo precedente, a quanti autorizzino l'attacco e a quanti gestiscano l'operazione nel suo complesso, rispetto ai quali la colpevolezza emerge con una veste autonoma e peculiare. Le questioni sul tappeto sono pertanto le seguenti:

- I. Qual è la tipologia di atteggiamento psichico osservabile in capo a quanti "autorizzano" le operazioni di omicidio mirato tramite drone?
- II. Quale, se diversa, è la dimensione soggettiva rintracciabile in capo a chi "gestisce" le medesime operazioni, con riferimento, in particolare, all'operatore-pilota del drone?

4.1. Segue. Colpa cosciente, dolo eventuale e dolo diretto: assunti di teoria generale...

Va preventivamente evidenziato, per completezza teorica, che l'accertamento della riconducibilità di un certo atteggiamento psichico, tenuto da un agente concreto nella commissione del fatto illecito, al profilo soggettivo del dolo eventuale, in luogo dei contigui *stati* della colpa cosciente e del dolo diretto, passa attraverso una valutazione complessa, che si pone a cavallo tra diritto e scienze della psiche³³.

Che in ordine all'accertamento degli stati soggettivi sottesi alla realizzazione di una condotta illecita ci si trovi dinanzi ad un complesso variegato di teorie³⁴ è cosa nota, anche dopo quella che appariva essere³⁵ – o almeno si auspicava che fosse – la risolutoria sentenza resa, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, nel caso Thyssenkrupp³⁶.

Le molteplici soluzioni prospettate hanno interessato in particolare il campo “minato” del *discrimen* tra forme di dolo e forme di colpa, delle quali l'accertamento in concreto appare essere l'unico condiviso elemento in comune. Riguardo al controverso “rapporto” tra dolo eventuale e colpa cosciente, dalla pronuncia citata è emerso il tentativo di prefigurare come discretiva la componente volitiva³⁷; le difficoltà insite nel suo concreto accertamento, tuttavia, hanno indotto la Suprema Corte, cui ha fatto altresì eco la giurisprudenza successiva³⁸, ad accogliere la proposta, avanzata da illustre dottrina³⁹, di ricorrere a specifici “indicatori”⁴⁰ ai fini della dimostrazione dell'esistenza

³³ I due settori innanzi citati non sono infatti pienamente sovrapponibili, nonostante l'ontologica attitudine degli elementi soggettivi a cogliere l'atteggiamento psichicamente tenuto dall'agente. Infatti, i concetti che rilevano nel processo e che sono indispensabili al giudice per l'accertamento della responsabilità del reo, sono riconducibili a categorie giuridiche “la cui ‘realtà’ è data dal fatto che il codice li configura come tali, non dal fatto che essi esistono come dati ontologici a priori”. In questi termini SALVINI-RAVASIO-DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, Giunti, 2008, p. 45. Tuttavia la necessità di guardare alle scienze della psiche per misurare rispetto a queste la reale tenuta in sede processuale della componente psicologica del dolo, come elaborata dalle frange dei giuristi, è messa in luce da FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, pp. 1938 ss.; ID., *Appunti sul ‘pluralismo’ dei modelli e delle categorie di diritto penale contemporaneo*, in *La Corte d'Assise. Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche integrate*, 1, 2011, pp. 81 ss. Altresì interessanti le osservazioni sul punto di DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in questa *Rivista*, 30 gennaio 2017, la quale mette in dubbio l'empirica esistenza e verificabilità, alla luce delle regole della psicologia scientifica, delle costruzioni giurisprudenziali e degli assunti dottrinali-penalistici in tema di prova dell'elemento soggettivo.

³⁴ Cfr., in tema di dolo eventuale, DOVA, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?*, in questa *Rivista*, 18 marzo 2015.

³⁵ FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, cit.

³⁶ Cass., SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), imp. Espenhahn e altri.

³⁷ ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 567, nt. 18; RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, ivi, 2014, p. 1967; BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2572.

³⁸ Cass., Sez. V, Sent. n. 45997, 2 novembre 2016; Cass., Sez. 5, Sent. n. 23992, 23 febbraio 2015; Cass., Sez. 2, Sent. n. 43348, 30 settembre 2014.

³⁹ HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *L'indice penale*, 1991, pp. 498 ss.; FINZI, *La intenzione di uccidere. Considerata in relazione ai vari modi coi quali può commettersi un omicidio*, Milano, 1954; BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.

⁴⁰ Per un elenco dettagliato di tali indicatori si rinvia alla pronuncia Thyssenkrupp a Sezioni Unite n. 38343,

del dolo eventuale. Rivisitata la teoria dell'accettazione del rischio⁴¹, la Cassazione in commento è intervenuta, però, anche sul versante della rappresentazione, individuando la lucida e chiara previsione dell'evento concreto come *quid* del dolo eventuale, e una rappresentazione più sfumata dello stesso come *proprium* della colpa con previsione⁴². Si è però opinato che il diverso grado di rappresentazione dovrebbe piuttosto costituire l'elemento distintivo, all'interno del dolo, tra le sue due forme più problematiche, dolo eventuale e diretto, rispetto alle quali si dibatte in giurisprudenza, di "concreta possibilità", da un lato, e "(alta) probabilità" della verifica delle conseguenze, dall'altro⁴³.

Appare però utile, alla luce del tema affrontato nel presente scritto, la visualizzazione dei suddetti elementi soggettivi non solo sul piano della colpevolezza, ma altresì su quello della tipicità. Può essere infatti un adeguato esercizio, risolutivo anche di numerosi problemi probatori, quello di indagare la dimensione psichica, specie in contesti fattuali "critici" (dove si estrinsecano attività strutturalmente pericolose), a partire dalla verifica dei "tratti dolosi" e dei "tratti colposi" di ogni condotta tipicamente realizzata⁴⁴.

Ciò che emerge, in ogni caso, è che parlando di elementi soggettivi ci si muove su un terreno scosceso, nel quale gli stati psichici si confondono e mescolano, a seconda delle componenti e del *quantum* che di questi si valorizzano⁴⁵. E tanto vieppiù in relazione a contesti "particolari", nei quali si discute della responsabilità di soggetti "atipici" rispetto ai rei tradizionali, difficilmente qualificabili come figure sprezzanti o noncuranti

24 aprile 2014, cit., pp. 184 ss. Non ha invece avuto seguito il pensiero di quanti sostenevano l'irrilevanza della prova del dolo, ritenendo sufficiente affermare, ai fini della motivazione, "che il dolo risulta dalle circostanze di fatto": in questi termini MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981.

⁴¹ Nel senso che, alla luce della citata sentenza, tale forma di dolo non si esaurisce nell'accettazione del rischio, ma involge l'adesione interiore del soggetto agente a tale evento collaterale ("se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verifica dell'evento concreto, costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa", Cass., SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014, cit., p. 182). In dottrina, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, 2014, p. 381; ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 559 ss.; in giurisprudenza Cass., Sez. 5, Sent. n. 7332, 07 gennaio 2015; Cass., Sez. 6, Sent. n. 7389, 24 gennaio 2014; Cass., Sez. 1, Sent. n. 267, 14 dicembre 2011.

⁴² Parte della dottrina, invero, non condivide le presunte sfumature della rappresentazione tra colpa "major" e dolo "minor": sul punto, AIMI, [Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp](#), in questa Rivista., 6 novembre 2014, pp. 13 ss.; FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, cit., pp. 1944 ss.; MONGILLO, [Il lato oscuro della rappresentazione: riflessioni sulla colpa con previsione alla luce della sentenza Schettino](#), in questa Rivista, 14 febbraio 2018, pp. 12 ss.

⁴³ Cass., Sez. 6, Sent. n. 1367 del 26 novembre 2006; Cass., Sez. 1, Sent. n. 12954, 29 gennaio 2008. Sulla distinzione tra dolo diretto ed intenzionale, cfr. da ultimo Cass., Sez. 5, Sent. n. 23618, 11 aprile 2016.

⁴⁴ DONINI, [Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, pp. 93-94 e RAFFAELE, [La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici"](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 424.

⁴⁵ Evidenzia il profilo della difficoltà delineatoria di uno schema distintivo univoco tra le forme di elemento soggettivo, tra gli altri, RAFFAELE, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa*, cit., pp. 422 ss.

delle regole dell'ordinamento, anche in ragione dello specifico *background* conoscitivo ed esperienziale di partenza delle loro azioni e scelte.

Ancora più complessa diventa la questione dell'accertamento in concreto dello stato soggettivo dell'agente in situazioni in cui un assetto strutturale di un certo tipo e la presenza di certi dati fattuali, potrebbe condurre a presunzioni ed automatiche inferenze di un certo stato soggettivo, escludendo senza eccezioni quello opposto; trattasi dei casi in cui, ad esempio, l'agente si muova in un contesto "presuntivamente" lecito, sulla scorta di regole di condotta (anche) codificate che possano lasciar emergere dei "campanelli d'allarme" circa i possibili effetti negativi delle condotte poste in essere e il cui riconoscimento viene inquadrato *de plano* come contenuto di un dovere di diligenza⁴⁶, sì da giustificare l'ascrizione del fatto all'area della colpa⁴⁷.

4.2. Segue. ...e ricadute pratiche in tema di drone strike. L'elemento soggettivo in capo a chi "autorizza" l'operazione...

Se questo, a grandi linee, è il quadro di fondo, come le più recenti risultanze giurisprudenziali e le ricostruzioni dottrinali degli elementi soggettivi possono trovare applicazione nel campo degli omicidi collaterali per *drone strike* con riferimento, in particolare, all'ipotesi in cui dall'omicidio del *target* consentito consegua la morte di altro soggetto, questa volta *target* non consentito? L'episodio di Lo Porto potrà essere di qualche utilità al lettore, se non altro per dare maggior concretezza a un ragionamento che vuole, nelle intenzioni di chi scrive, mantenersi il più possibile astratto e, anche in considerazione del fatto che le indagini sono ancora *in fieri*, non partigiano.

Si ipotizzi il seguente *primo scenario*: colui il quale ha il compito di autorizzare lo strike non è a conoscenza della presenza di un *target* non consentito nelle immediate vicinanze del *target* consentito. Ammettendo che trovi applicazione il già citato PPG, verrebbero utilmente in rilievo, tra le altre, le seguenti regole "cautelari" di cui al suddetto documento: in generale, l'obbligo, contenuto alla sezione 1.F, di verificare l'identità del *target* prima di dare avvio all'operazione di strike, impiegando "*all reasonably available resources*"; in particolare, l'obbligo, per ogni "*operating agency*", di adottare "*harmonized policies and procedures*" per valutare la "*near certainty that non-combatants will not be injured or killed*" (cfr. Sezione 1.E. n. 2). Sorvolando sull'impiego di un'espressione quale quella di "*non-combatants*" al di fuori di un conflitto armato, su cui già si è detto *supra*, si dovrebbe quindi pervenire alla conclusione che la colpa sia postulata dalla circostanza che, nell'autorizzare l'attacco, non si sia agito contro

⁴⁶ PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2013, p. 27.

⁴⁷ È quanto si verifica, ad esempio, in un contesto lecito come quello economico, rispetto al quale riferisce di "segnali d'allarme" PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., p. 22 e DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 82, o in quello della circolazione stradale, che solo di recente la giurisprudenza ha ritenuto potersi ascrivere all'alveo del dolo (eventuale) (cfr. Cass., Sez. 1, Sent. n. 8561, 11 febbraio 2015; Cass., Sez. 1, Sent. 37606, 26 marzo 2015).

“terroristi” o non si sia valutata correttamente la percentuale di certezza della presenza di *target* non consentiti nell’area bombardata.

Potrebbe quindi trattarsi di un vizio nella raccolta o rielaborazione di *intelligence*: in questo caso, eventuali responsabilità ricadrebbero, semmai, su coloro che hanno coordinato il monitoraggio del *compound*. Posto che, più sopra, abbiamo escluso dall’ambito della presente analisi il soggetto preposto al monitoraggio, non pare inutile svolgere i rilievi che seguono, non fosse altro per rendere ulteriore ragione di tale selezione. È lecito dubitare, infatti, che tale scenario si verifichi, quantomeno con considerevole incidenza. L’attacco armato è generalmente sferrato dopo una fase di attento e prolungato monitoraggio del campo operativo. I droni attualmente impiegati viaggiano a un’altezza variabile, fino a 30.000 piedi, per un periodo di tempo generalmente fino alle 24 ore; è noto, ad esempio, che un’operazione di ricognizione e di raccolta di *intelligence* richiede in media l’impiego di quattro velivoli e di più di 170 operatori⁴⁸. Tecnologie quali il c.d. *Gorgon Stare*⁴⁹ consentono un controllo continuo e penetrante al punto che, se pure non può logicamente escludersi una falla nella fase di raccolta dati, non può nemmeno ignorarsi la scarsa verosimiglianza di tale ipotesi⁵⁰.

Passiamo pertanto a un *secondo scenario*, in cui la presenza di un *target* non consentito, a una distanza dal *target* consentito tale per cui non è possibile attaccare il secondo senza attingere, al contempo, il primo, è nota o comunque prevista come altamente probabile.

Ci sembra che tale scenario sia non solo possibile, ma sia anche, ad oggi, il più plausibile. Tre circostanze, quantomeno, muovono in tale direzione. Primo: il PPG – che pure, lo si è visto, prevede che siano adottate *policy* per minimizzare i rischi per i *target* non consentiti – vale per quel che vale, è cioè per un documento giuridicamente non vincolante. Non vi è garanzia che le regole ivi contenute (ad esempio, quella che impedisce di sferrare un attacco in caso di “*near certainty*” di presenza di *target* non consentiti) siano rispettate, innanzitutto poiché manca qualsiasi strumento per accertarne (nonché, nel caso, sanzionarne) la mancata osservanza, e tanto anche laddove le regole contenute fossero le migliori possibili. Ma – secondo – ciò non è: le regole del PPG partono, come si è già detto, da un presupposto intrinsecamente erroneo, e cioè che

⁴⁸ V. HOFFMAN, *Army, Air Force answer critics of UAV progress*, Army Times, 10 settembre 2012.

⁴⁹ Per uno zoom sugli impieghi più recenti di tale tecnologia, si consulti questo [link](#). Cfr. altresì HOLEWINSKI, *Just Trust Us: The Need to Know More About the Civilian Impact of US Drone Strikes*, in BERGEN-ROTHENBERG, cit., pp. 42-70, in part. p. 56.

⁵⁰ Relativamente al fatto, invece, che l’identità dei *target* rimanga ignota la questione dell’integrità e dell’affidabilità dei dati riguadagna un posto centrale. Sul punto si rimanda *amplius* a KELLMANN, *Targeted Killings*, cit., pp. 33-38. Quanto alla designazione del *target* consentito, si è soliti distinguere, nella prassi, tra “*personality strikes*” (in cui l’identità personale del *target* è nota e confermata, ad esempio, in seguito di ricognizione facciale o biometrica) e “*signature strikes*” (in cui l’identità del *target* è “ricostruita” sulla base di un “*pattern of life*”, ovvero di una serie di comportamenti e caratteristiche indicativi, nel complesso, della pericolosità dell’individuo in questione). Sul punto, cfr. HOLEWINSKI, *Just Trust Us*, cit., in BERGEN-ROTHENBERG, cit., pp. 45-46; KINDERVATER, *The Emergence of Lethal Surveillance: Watching and Killing in the History of Drone Technology*, in *Security Dialogue*, vol. 47 n. 3, 2016, pp. 224 ss.; WALL-MONAHAN, *Surveillance and Violence from Afar: The Politics of Drones and Liminal Security-Scapes*, in *Theoretical Criminology*, vol. 15 n. 3, 2011, pp. 239-245.

negli scenari in cui sono chiamate a trovare applicazione (“*outside ... areas of active hostilities*”) siano spendibili le categorie di “*non-combatants*” o di “*minimizzazione di vittime collaterali*”. Se è lo stesso PPG a promuovere una logica da “conflitto armato”, con la conseguente applicabilità di principi quale quello di proporzionalità (che ammette, a determinate condizioni, la possibilità di cagionare vittime o danni collaterali, se controbalanciati da un adeguato vantaggio militare), non v'è da stupirsi che, all'atto pratico, risulti probabile che il *target* non consentito sia stato attaccato consapevolmente (o comunque in presenza di una coscienza e volontà sufficientemente formatesi), e non quale frutto di un'*intelligence* incompleta. Terzo, e ultimo: i dati forniti da agenzie di stampa, locali e non, circa il numero di *drone strike* e di *target* colpiti solleva non pochi dubbi sul fatto che la presenza di “vittime” sia un fattore preso in considerazione, a maggior ragione se si considera che molti attacchi avvengono in aree tutto fuorché isolate da centri urbani.

In estrema sintesi: è verosimile che il coefficiente psichico in capo a chi autorizza l'omicidio mirato a mezzo drone superi, talora abbondantemente, la soglia della prevedibilità e della non accettazione del rischio di evento collaterale⁵¹, propri dell'elemento soggettivo della colpa ancorché con previsione, per entrare invece nel campo minato del dolo.

Sicché, le due forme di tale ultimo elemento che potrebbero ricostruirsi in capo a chi autorizza l'attacco tramite drone⁵², per avere ucciso una “vittima collaterale” (*rectius*: un *target* non consentito), sulle quali l'organo giudicante dovrebbe pertanto esercitare il suo discernimento, sono quelle eventuale o diretta. Analizziamo, quindi, i coefficienti di volizione e rappresentazione osservabili in ipotesi di omicidi di *target* non consentiti; e facciamo ciò sottoponendo detti coefficienti a puntuale verifica alla luce di alcuni tra gli indicatori più utili (ai nostri fini), evidenziati dalla pronuncia nel caso Thyssenkrupp, come elaborati da dottrina precedente⁵³.

Partiamo da quelli afferenti la condotta, e proviamo a declinarli secondo i fatti finora emersi nel procedimento in commento:

I. Natura e modalità di svolgimento della condotta.

Si valorizzino i dati fattuali delle caratteristiche dell'arma (un drone armato, attivato da remoto, dal quale vengono sganciati, tipicamente, missili *Hellfire*), la reiterazione e la direzione dei colpi (precisi, diretti contro il bersaglio), la distanza tra il

⁵¹ Ci sia consentito utilizzare la formula “accettazione del rischio di evento”, ritenendo di non tradire gli assunti della Suprema Corte nel caso Thyssenkrupp: la stessa, come si è detto, rilegge la teoria dell'accettazione del rischio nel senso di ritenere elemento imprescindibile della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente proprio il rischio di verificazione dell'evento, che si accetta allorché si agisce anche a costo di cagionarlo; sul punto, si veda la chiara lettura data da PIRAS, [La non obbligatorietà del bilanciamento nell'accertamento del dolo eventuale](#), nota a Cass., Sez. v, 10 feb. 2015 (dep. 12 maggio 15), n. 19554, Pres. Lombardi, est. Zaza, imp. Tettamanti, in *questa Rivista*, 15 luglio 2016, pp. 8-10.

⁵² Nel caso di specie, tale ruolo era stato assunto da Michael D'Andrea, trasferito ad altro incarico presso la stessa CIA un mese prima della già citata conferenza stampa di Obama.

⁵³ In relazione ai citati indicatori, si rinvia a quanto messo in luce al § 4.1. (e, in specie, ai riferimenti di cui alle note n. 37 e 38).

drone e il *target*, la parte vitale del corpo presa di mira e quella concretamente attinta (in questo caso, l'attacco si sostanziava in un bombardamento dall'alto sull'intero *compound*, per cui appare necessario configurare l'intera persona, ancorché non a vista, come obiettivo possibile, che viene fatta – letteralmente – “saltare in aria”). In aggiunta, non bisogna dimenticare che il raggio degli effetti della bomba sganciata si proietta al di là del perimetro del *compound*, per investire potenzialmente tutti gli elementi – animali, cose e, ovviamente, persone – contigui allo stesso.

Pare del tutto concepibile che la produzione di un evento lesivo a terzi, nella specie il *target* non consentito (nel caso in esame, il Lo Porto e il compagno di prigionia), ancorché diversi dai reali bersagli presi di mira, fosse fatto altamente probabile e non meramente possibile⁵⁴. In ipotesi siffatte c'è quindi sì accettazione dell'evento lesivo per così dire “collaterale” (rappresentato in questa ipotesi dalla morte di Lo Porto), ma altresì, a monte, rappresentazione certa della probabile verifica dello stesso, anche alla luce della pericolosità della condotta posta in essere⁵⁵.

II. Luogo, durata ed eventuale reiterazione della stessa (condotta).

Le (ancorché limitate) emergenze fattuali a disposizione della Procura davano conto della realizzazione di tre attacchi tramite drone, nello stesso luogo, nei giorni 15, 18 e 19 gennaio 2015.

La ripetizione degli attacchi implica quindi due considerazioni: la possibilità per le vittime collaterali di rimanere indenni agli attacchi sferrati su sì larga scala è quindi logicamente inconsistente; la verifica dell'evento collaterale e l'accettazione di questo da parte dei responsabili dell'azione (qui del capo CTC), al contrario, è altamente plausibile, se non ai limiti della certezza⁵⁶. Si può osservare, quasi *en passant*, come, se così non fosse, si perverrebbe a un rovesciamento, allarmante se non sinistro, della “*near certainty that non-combatants will not be injured or killed*” di cui all'allora vigente PPG.

⁵⁴ Cass., Sez.1, Sent. n. [12954](#), 29 gennaio 2008.

⁵⁵ “(...) in caso di condotte violente estremamente pericolose, è evidente che il reo fa i conti con la possibilità che la vittima possa morire e – poiché egli nondimeno prosegue nella sua azione – mette in conto un tale evento. Per questo motivo, in tali casi, è di massima possibile trarre la conclusione che sussista il dolo eventuale, in ragione dell'obiettivo pericolosità della condotta del reo. A questo scopo c'è bisogno di una visione d'insieme di tutte le circostanze di fatto oggettive e soggettive del caso di specie, tra le quali sono soprattutto da includere l'oggettiva pericolosità della condotta, le modalità concrete di aggressione da parte del reo, le sue condizioni psichiche al momento della commissione del fatto e i suoi motivi” (BGH, 28 febbraio 2013-4 StR 357/12, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 538 ss.), riportata e tradotta da DOVA, [Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo. In tema di omicidio e “soglia d'inibizione”](#), in questa Rivista, 4 febbraio 2015, p. 13.

⁵⁶ La reiterazione della condotta sarebbe idonea ad escludere la presenza di stati sottesi di impulsività, mancata valutazione “razionale” dei rischi ed imprudenza, i quali viceversa dovrebbero indurre ad ritenere che sul piano soggettivo l'agente non abbia volontariamente accettato la possibile verifica di conseguenze lesive: tanto, in ossequio alle indicazioni fornite dalla dottrina tedesca della “soglia di inibizione”, sulla quale DOVA, *Un dialogo*, cit. Proprio la già citata pronuncia al caso Thyssenkrupp chiarisce che “una condotta lungamente protratta, studiata, ponderata, basata su una completa ed esatta conoscenza e comprensione dei fatti, apre realisticamente alla concreta ipotesi che vi sia stata previsione ed accettazione delle conseguenze lesive” (Cass., SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014, cit., p. 185).

III. I comportamenti precedenti la condotta tipica ed eventuali documenti, dati, relazioni a disposizione dell'agente, sufficienti a far prevedere l'evento come possibile o certa conseguenza della condotta.

Alla luce della descrizione prima resa circa le modalità di investigazione e di azione del drone, sembra del tutto irragionevole che un attacco possa essere sferrato in assenza di dati certi sulla presenza, nello stesso luogo ed allo stesso momento, di tutti i bersagli "diretti" (altrimenti eludendosi il fine "diretto" per cui si agisce e dilapidandosi il patrimonio di conoscenze, attività ed informazioni di *intelligence* acquisite nel periodo precedente l'attacco e al fine della sua realizzazione).

Sembra invece ragionevole, come già si è detto, fosse solo a partire dalle dinamiche proprie dell'odierna "*Global War on Terror*", che la finalità di lotta al terrorismo perseguita, possa giustificare attacchi anche in assenza di dati certi sulla eventuale presenza di "vittime collaterali"⁵⁷, la cui morte, quindi, è conseguenza non direttamente voluta ma "obliquamente" accettata.

Vediamo ora come si possono atteggiare alcuni tra gli indicatori inerenti al reo, afferenti, quindi, al momento più strettamente volitivo:

a) La qualifica.

Senz'altro peso ha il ruolo rivestito dal responsabile dell'operazione di attacco tramite drone. La qualifica assunta postula infatti sia una piena e specifica capacità direttiva, sia una profonda conoscenza dello "stato dell'arte" e la competenza a stabilire l'*an*, il *quando* e il *quomodo* dell'attacco. Si potrebbe escludere, quindi, che sussistano profili di negligenza nell'autorizzare il bombardamento ove una posizione di spicco sul piano decisionale implichi l'accesso ad un *database* significativo e ad un bagaglio di informazioni acquisite e stratificate nel tempo, altresì, come si assume, frutto del contributo di soggetti professionali (coloro che compiono l'attività di monitoraggio) nonché di tecnologie d'avanguardia.

b) Il fine della condotta e la compatibilità di esso con le conseguenze collaterali

La questione che qui si pone è se la morte di *target* non consentiti sia un prezzo sopportabile a fronte della realizzazione dell'evento cui la condotta lesiva è direttamente preordinata.

⁵⁷ In questa sede si utilizzerà, in alternativa a *target* non consentito, anche la perifrasi "vittime collaterali", ancorché la mancata inerenza della condotta statunitense ad un conflitto armato impedisce il ricorso ai concetti di "danno collaterale" e di "proporzionalità" nel senso che ad essi è dato dal diritto internazionale. Per approfondimenti si vedano: Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime di conflitti armati internazionali, firmato a Ginevra in data 8 giugno 1977, art. 51, par. 5, lett. b); ICTY, *Prosecutor vs. Galić*, IT-98-29-T, 5 dicembre 2003, § 58; id., *Prosecutor vs. Kupreškić and Others*, IT-95-16-T, 14 gennaio 2000, § 524; HENCKAERTS&DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, vol. I, 2005, *Rule 14*, pp. 46 ss.; SANDOZ-SWINARSKI-ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginevra, 1987, pp. 613 ss.. La nozione testé citata, quindi, dovrà essere intesa in senso non-internazionalistico ma penalistico, riferendo essa ai soggetti che non siano bersagli diretti, ma vittime solo eventuali e contingenti di un attacco diretto ad altri fini.

Ora, se si ammettesse che tale fatto sia commesso in un contesto di belligeranza (nei modi già evidenziati al § 2), allora la risposta potrebbe essere positiva⁵⁸. Ma accogliendo l'opposta e già sufficientemente suffragata tesi per cui gli attacchi sferrati dagli Stati Uniti in Pakistan e in tutte le altre aree in cui tale Paese ritiene - unilateralmente - di condurre una "*Global War on Terror*" siano atti illeciti anche sul piano internazionale, l'ovvia conclusione dovrebbe essere nel senso che nessuna vittima collaterale, alle condizioni in cui gli attacchi con drone hanno regolarmente luogo, è un costo accettabile.

L'averne indi agito anche "a costo"⁵⁹ di determinare detto evento implica *ipso facto* la piena accettazione della sua realizzazione. Potrebbe altresì comportare la dimostrazione di un'alta probabilità in ordine al suo verificarsi, sol se si ritenga che dall'utilizzo dei droni come armi sì tecnologiche, ma non perfette, possa derivare la causazione di fatti ingiusti a danno di obiettivi non consentiti.

⁵⁸ Cfr. art. 51, par. 5, lett. b), Protocollo addizionale, cit.: "[a]mong others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate: (...) an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated". Per una lettura originale del principio, con una nota critica nei confronti della più recente giurisprudenza internazionalpenalistica in materia, si veda OHLIN, *Targeting and the Concept of Intent*, in *Cornell Law Faculty Publications, Paper 774*, 2013, pp. 79-130. L'Autore intende infatti ribadire, sotto il profilo penalistico, l'importanza del principio di proporzionalità nel diritto internazionale umanitario, mantenendolo concettualmente separato da quello di distinzione: mentre non è consentito, ai sensi degli artt. 48 e 50 ss. del Protocollo addizionale, attaccare "direttamente" un "civile" (si è, dunque, nell'ambito di un conflitto armato, tipicamente internazionale), è ben possibile, come si è visto, attaccarlo "indirettamente" (cioè quale "vittima collaterale", purché sia soddisfatto il canone di proporzionalità di cui all'art. 51, par. 5, lett. b)). È chiaro, ritiene Ohlin, che sotto il profilo penalistico la presenza di "civili" nell'area individuata per il *targeting*, se nota, potrebbe apparire come elemento utile per la ricostruzione di un dolo eventuale nell'illecito penale derivante dalla violazione del principio di distinzione; ma ciò sarebbe, in definitiva, fuorviante, poiché è proprio il principio di proporzionalità ad esigere non solo la previsione della presenza di "civili" potenzialmente interessati dal *targeting*, ma anche la valutazione della loro uccisione sotto il profilo del vantaggio militare. Insomma, sarebbe auto-contraddittorio che l'ordinamento giuridico conferisse ai combattenti il potere di cagionare "vittime collaterali", purché "proporzionate", e, allo stesso tempo, ne consentisse la punizione essendo il fatto tipico integrato dall'elemento soggettivo del dolo eventuale. L'Autore suggerisce quindi un ricorso più ponderato all'istituto del dolo eventuale quando si tratti di *targeting*, considerato il suo "potenziale distruttivo" per categorie fondamentali del diritto internazionale umanitario quali quelle di "distinzione" e "proporzionalità" sopra definite. Per quanto condivisibile, quanto appena detto non troverebbe in ogni caso applicazione agli omicidi mirati commessi a mezzo drone, se è verificato l'assunto secondo il quale essi si collocano *al di fuori di un conflitto armato* e, di conseguenza, in uno spazio legale in cui non è permesso applicare il principio di proporzionalità, come si è dimostrato *supra*.

⁵⁹ Il termine utilizzato richiama volontariamente una delle soluzioni più rilevanti in tema di distinguo tra dolo eventuale e colpa cosciente, dal sapore quasi matematico, nota come "formula di Frank", formulata da VON FRANK (*Das Strafgesetzbuch fuer deutsche Reich*, Tuebingen, 1926, 17 ed., p. 182) ed avallata dalla giurisprudenza di legittimità (rispetto al reato di ricettazione, Cass., SS.UU., 26 novembre 2009, imp. Nocera, in *Foro It.*, 2010; con funzione indiziaria, Cass., SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014, cit.). In base alla suddetta, si assume l'evento come "costo", come prezzo da pagare, come sacrificio irrinunciabilmente, anche se potenzialmente, da sopportare per ottenere il fine sotteso alla realizzazione della condotta: è decisione contro il bene giuridico. In dottrina, si veda sul punto EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U.*, 24 aprile 2014 (*ThyssenKrupp*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 625 ss.; GENTILE, [«Se io avessi previsto tutto questo...». Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank](#), in *questa Rivista*, 30 ottobre 2013.

c) Il contesto lecito o illecito di base⁶⁰.

La presente questione è oltremodo complessa, e si rinvia, per una specifica analisi al § 2. Basti solo osservare che l'illiceità del contesto in esame (come si è tentato, appunto, di dimostrare), è dato espressivo della volontarietà della condotta in esso posta in essere. Non pare sostenibile l'esistenza di un errore, il quale presuppone delle regole cautelari, per lo svolgimento di attività lecite, involontariamente eluse⁶¹. Sul punto del contesto in cui le operazioni di omicidio mirato a mezzo drone hanno luogo si tornerà, con maggior dettaglio, al momento di trarre le conclusioni del presente contributo.

Tirando le fila della valutazione innanzi compiuta, appare convincente la tesi della natura dolosa della responsabilità per l'omicidio di vittime "collaterali", ascrivibile in capo a chi autorizza un'operazione di *drone strike* (e così, nel caso di specie, del capo del CTC della CIA). Esclusa la rilevanza di una condotta colposa, alla luce dell'accertamento di una *voluntas* di azione verso uno scopo, residua la possibilità di optare per uno dei due profili di dolo che assumono rilievo. Il *discrimen* tra la forma diretta e quella eventuale di tale stato soggettivo, come già accennato, sarà quindi da fondare sul diverso peso della volizione, dando per presupposto, al minimo, l'accettazione dell'evento collaterale come "costo" sostenuto per il perseguimento dell'obiettivo-ultimo.

La situazione che qui si indaga è certo profondamente diversa da quella che conduceva le Sezioni Unite a confermare la sentenza della Corte di Assise di Appello di Torino nei confronti dell'amministratore delegato della Thyssenkrupp, Espenhahn⁶². Nella presente sede, infatti, facendosi purtuttavia uso del medesimo meccanismo di indagine sulla base degli indicatori usati dalle Sezioni Unite, si perviene all'opposta conclusione per cui il "costo" della morte di soggetti non terroristi sia per gli Stati Uniti "sopportabile", costituisca cioè un prezzo necessario da pagare per ottenere un fine (illecito), la cui prefigurazione, in termini di probabilità (dolo diretto) o possibilità

⁶⁰ Sul punto, FIANDACA, *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, nota a Trib. Roma, 26 novembre 2008, Gup Finiti, imp. Lucidi, in *Foro it.*, 2009, p. 10.

⁶¹ Due le argomentazioni a sostegno dell'esclusione della colpa in contesti di base illeciti: 1) un'attività illecita, quindi vietata, non può essere affiancata da regole che ne orientino la "corretta" esecuzione; 2) manca la possibilità di rintracciare in tale contesto il soggetto ideale, da assumere come punto di riferimento del giudizio di colpa. Negano esplicitamente la configurabilità della colpa in attività illecita CARMONA, *Il versari in re illecita «colposo»*, in *Ind. Pen.* 2001, pp. 223 ss.; ID., *La "colpa in concreto"*, cit., pp. 4586 ss.; BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 131; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 367; PICCARDI, *Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. Pen.* 2004, p. 877; PIRAS, *L'imputazione delle circostanze aggravanti*, in *Cass. Pen.* 1999, pp. 3441 ss. In termini più stemperati v. pure DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2004, p. 168 ("la colpa presuppone di solito l'esercizio di un'attività fondamentalmente lecita").

⁶² In quell'ipotesi, le SS.UU. confermavano la ricostruzione tesa alla configurazione di un'ipotesi di omicidio per colpa cosciente, ritenendo che il suddetto amministratore, ove si fosse rappresentato l'evento-incendio, si sarebbe trattenuto dal compiere politiche aziendali dannose, stante le pregiudizievoli conseguenze economiche che da esso erano poi effettivamente derivate.

(eventuale), non avrebbe (e non ha) dissuasione dall'agire⁶³, autorizzando il bombardamento tramite uso del drone.

4.3. Segue: ... e a chi la "gestisce". Possibili ipotesi alternative?

Passiamo ora a valutare il contributo del "gestore", ruolo dietro il quale si celano, tipicamente, i soggetti-operatori che, in conformità all'ordine ricevuto dal superiore-autorizzatore attivano da remoto l'arma montata sul drone.

Si è già detto come la caratteristica peculiare del *drone strike* sia l'esistenza di una distanza non solo fisica, ma anche "psicologica", dell'operatore dal *target*. Costui si trova infatti a contatto immediato solo con uno schermo e manovra un *joystick* quasi come il giocatore di un *video game*, con la differenza che, nel caso che ci riguarda, a dispetto di quanto accade nella finzione di un gioco elettronico, l'attacco armato è sferrato verso soggetti veri e reali. In metafora, il "gioco" non può essere ricaricato nell'ipotesi di *game over* od ove il "giocatore" commetta taluni errori di valutazione dei rischi e causi danni non voluti.

L'attivazione di un'arma da remoto produce una "separazione" dal bersaglio tale per cui appare difficile ricostruire lo stato soggettivo tenuto da chi ha compiuto l'azione materiale, nel momento in cui ha agito. Tanto, però, non può implicare assoluta de-responsabilizzazione: altrimenti opinando si introdurrebbe una deroga *ante factum* in relazione a tutte le ipotesi di omicidio collaterale nei *targeted killing*, alla luce di difficoltà probatorie, meri assunti pre-giuridici e assoggettamento a scelte politiche del tutto esulanti da valutazioni giurisdizionali.

Collochiamoci nel secondo scenario e postuliamo quindi che il soggetto che autorizza l'operazione abbia una ragionevole contezza (nei termini soggettivi di cui si è discusso) della possibile presenza di *target* non autorizzati nello stesso contesto spazio-temporale del *compound* "terroristico" sotto osservazione; e ammettiamo che comunque egli dia, all'operatore subordinato, l'ordine di attaccare la base terroristica suddetta. Che valutazioni dovrà/potrà compiere tale ultimo soggetto? Quale considerazione merita la sua condotta sul piano del diritto penale?

Si può sostenere che gli operatori manuali del drone rispondano alle direttive impartite nel convincimento della loro "legittimità"⁶⁴; e tanto non appare inverosimile, considerato il complesso *iter* di formazione dell'ordine che, dall'osservanza delle regole del PPG, si muove tra informazioni di *intelligence*, valutazioni di contesto approfondite, competenze espresse da dipartimenti ed agenzia costituite da soggetti esperti e professionali. Si può anzi ritenere che, in ogni caso, gli operatori siano del tutto privi di

⁶³ Il rinvio è alla "prima formula di Frank", su cui vedi *amplius supra*.

⁶⁴ Con il termine virgolettato, la giurisprudenza ormai consolidata si riferisce all'ordine, nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico, promanante dall'autorità competente, espresso nella forma prescritta ed il cui contenuto sia manifestazione del *munus* del subordinato "*quanto all'essenza, ai mezzi ed al fine*": cfr. Cass., Sez. 1, Sent. n. 4194, 27 gennaio 1987; Cass., Sez. 1, Sent. n. 11159, 10 giugno 1982. Un ordine cioè formalmente legittimo, ma del cui contenuto, qui ed ora, non si discute.

qualsivoglia competenza a sindacare l'ordine ricevuto, agendo, in metafora, come "bracci meccanici" nelle mani di una mente esterna⁶⁵.

Ne consegue che la condotta degli operatori sottoposti potrebbe essere qualificata come non anti-giuridica⁶⁶: in questo caso, infatti, il comportamento produttivo dell'effetto lesivo a danno delle vittime collaterali sarebbe scriminato dall'adempimento di un dovere, per ordine impartito da un'Autorità sovraordinata, alla stregua del disposto di cui all'art. 51 co. 1 c.p.⁶⁷. E tanto anche nel caso di condotta colposa dell'agente derivante dall'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline, imposta da disposizioni o direttive superiori, atteso che, per una certa giurisprudenza, la scriminante dell'adempimento di un dovere ricorre solo nei casi di colpa specifica e non, viceversa, generica⁶⁸, perché è possibile che la suddetta inosservanza sia derivata indefettibilmente dal dovere di obbedire all'ordine di un superiore.

Si osservi che, l'irrilevanza e, anzi, la mancata considerazione di una qualche possibilità valutativa della legittimità dell'ordine ad opera dei meri operatori, è implicitamente desumibile dallo stesso PPG, ove non si rinviene nessun riferimento al momento critico del "lancio del missile" e anzi, si compie un salto dalla Sezione 5 in tema di *"Procedures for Approving Proposals that Vary from the Policy Guidance Otherwise Set Forth in this PPG"* (p. 16) alla sezione 6 *"Procedures for After Action Reports"*: quasi che l'attacco in sé sia solo un accidente tra il "prima" e il "dopo", e che costituisca, quindi, un meccanico effetto del "prima".

È evidente che una tale soluzione sconta il rischio non tanto di lasciare indenne da responsabilità il singolo operatore materiale, ove la condotta di questi risultasse scriminata, ma soprattutto, su un piano più generale, di giustificare pratiche produttive di effetti illeciti, riparandosi dietro la fumosa cortina della "presunta legittimità" dell'ordine ricevuto e della insindacabilità dello stesso, condizioni che, com'è noto, la giurisprudenza eleva a presupposto dell'operatività della scriminante in esame.

Con riguardo agli addetti al controllo manuale del drone potrebbero allora prospettarsi tre ulteriori situazioni: (a) il comando da essi ricevuto è eseguito in termini del tutto differenti da come impartito; (b) l'ordine di *targeted killing*, nell'ambito dell'operazione autorizzata, manca del tutto; (c) l'ordine diramato dai superiori è illegittimo.

Nella prima ipotesi, si dovrà rilevare l'anti-giuridicità della condotta ed escludere la possibilità della sua giustificazione ex art. 51 c.p.: e questo sia ove si attesti una

⁶⁵ La metafora impiegata, in ogni caso, non pare priva di appigli concreti. Con le parole di Cian Westmoreland, un *ex serviceman* impiegato presso una delle unità operative tramite drone create nel corso della campagna statunitense in Afghanistan, "[a]ll you hear is voices telling you what to do": cfr. questo [link](#).

⁶⁶ Ritiene però la giurisprudenza che *"in tema di adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo, è sempre necessario, al fine di accertare l'effettiva sussistenza della esclusione della anti-giuridicità del fatto, compiere, in concreto, un giudizio di bilanciamento tra il bene protetto dalla norma incriminatrice e la finalità cui mira la causa di giustificazione"* (Cass., Sez. 4, Sent. n. 12489, 29 settembre 2000).

⁶⁷ Sul punto, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 288 ss. Si tratta di disposizione di carattere generale, applicabile anche alla materia militare, a seguito dell'intervenuta abrogazione dell'art. 40 cod. pen. mil., con l. 11 luglio 1978, n. 382, art. 22.

⁶⁸ Ci si riferisce a Cass., Sez. 4, Sent. n. [53150, 28 settembre 2017](#); Cass., Sez. 1, Sent. n. [20123, 20 gennaio 2011](#).

condotta volontariamente in violazione dell'indicazione vincolante ricevuta dai sovraordinati ed intenzionalmente volta a cagionare l'effetto lesivo "collaterale"; sia (per la giurisprudenza già citata⁶⁹) ove venga dimostrata la natura colposa della condotta per negligenza o imprudenza (stati, questi, che mai l'autorità sovraordinata potrebbe imporre o ordinare)⁷⁰.

Anche rispetto al caso *sub b*) il fatto illegittimo della morte delle vittime collaterali è antigiuridico alla stregua dell'intero ordinamento e si assume integrato sia il profilo oggettivo, sia quello soggettivo – per lo più doloso – del fatto illecito cagionato al *target* non designato. In questo caso dovrà escludersi, però, qualsiasi concorso dell'agente materiale col superiore gerarchico, evidentemente potendo sindacarsi la condotta del sottoposto anche sul piano della responsabilità disciplinare interna alla singola agenzia.

Nelle due ipotesi fin qui descritte, pertanto, un ruolo chiave è svolto dall'accertamento dello stato soggettivo dell'"operatore" e anche in questo caso, come si è fatto per il soggetto che autorizza l'attacco, vanno riproposte le medesime considerazioni relative alla sussistenza e alla portata di rappresentazione e volontà.

L'elemento dirimente ai fini della decisione per lo stato del dolo, piuttosto che della colpa, è costituito dalle specifiche emergenze fattuali circa le regole generali in tema di operazioni di *drone strike* e quelle specificamente dettate per la singola azione antiterrorismo, con particolare riguardo alla possibile presa a carico, in chiave soggettiva, delle eventuali conseguenze lesive collaterali a danno di soggetti differenti dai bersagli presi di mira nella singola azione armata.

Così, se, a seguito delle indagini compiute, si accertasse in capo agli agenti materiali la concreta violazione delle misure disposte e dei limiti prescritti per negligenza, imperizia o imprudenza, evidente sarebbe la riconducibilità della fattispecie *de qua* all'alveo della colpa: la stessa potrà altresì presentarsi nella sua forma aggravata *ex art.* 61 n. 3 c.p., ove l'azione sia stata compiuta nella prevedibilità dell'evento "collaterale", ancorché nella concreta fiducia del suo non verificarsi, nel convincimento, quindi, che la base direttiva abbia soppesato l'eventuale presenza di vittime collaterali e abbia adottato misure idonee per scongiurare il rischio del coinvolgimento di *target* non consentiti nell'attacco⁷¹.

Al contrario, per accedere ad una ricostruzione in termini volontaristici, con possibilità di ricostruire il dolo nella sua forma eventuale o diretta, dovrà dimostrarsi

⁶⁹ Per i riferimenti alla suddetta giurisprudenza si rinvia alla nota precedente.

⁷⁰ Tale ultimo assunto è invece contestato da alcune voci critiche, in polemica alle pronunce giurisprudenziali di cui si è fatto cenno, secondo le quali "ove si ammetta che l'inosservanza di una regola cautelare possa essere determinata dal dovere di conformarsi ad un ordine ricevuto, è logico ritenere che ciò possa avvenire tanto in ipotesi di colpa per violazione di regola cautelare codificata quanto in ipotesi di colpa per negligenza, imprudenza o imperizia (regola cautelare non scritta)": TRINCHERA, [La Cassazione sulla strage di Nassiriyah: l'adempimento dell'ordine del superiore non giustifica l'omesso impedimento dell'evento per negligenza o imprudenza](#), nota a Cass. pen., Sez. I, sent. 20 gennaio 2011 (dep. 20 maggio 2011), n. 20123, Pres. Chieffi, Rel. Zampetti, in *questa Rivista*, 17 giugno 2011.

⁷¹ Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011), Pres. Iannibelli, Est. Dezani, imp. Espenhahn e altri.

l'emersione di una dimensione volitiva più accentuata, in termini di accettazione della conseguenza ultronea (coinvolgimento e morte di vittime collaterali) prevista rispettivamente, in termini di possibilità o alta probabilità.

L'ipotesi *sub c)* muove invece da un presupposto contrario a quello posto a fondamento della situazione assunta nell'*incipit* del presente paragrafo come probabile. Ad ogni modo, se si ipotizzasse che l'ordine impartito dall'autorità sovraordinata sia sostanzialmente illegittimo e che sia percepito come tale dagli stessi agenti subordinati⁷², si porrebbe il seguente problema: era l'operatore in grado di opporsi ad esso e di sindacarne, cioè, la legittimità?

La risposta al citato quesito sottende la valorizzazione dei commi 3 e 4 dell'art. 51 c.p. In base alla prima disposizione, come è noto, solo un errore di fatto sulla liceità dell'ordine esclude la responsabilità del soggetto attivo che vi abbia ottemperato. Ai sensi del comma 4 citato, invece, è fissato un vincolo alla punibilità di chi, pur consapevole dell'illegittimità dell'ordine, non abbia potuto disattenderlo. In quest'ultimo caso, però, parte della dottrina ritiene che il subordinato gerarchico vincolato all'ordine illegittimo insindacabile sia scusato sul piano della colpevolezza, avendo ricevuto una pressione psicologica coartante la propria libertà decisoria⁷³.

Soltanto per cenni, si osserva che in tutti i casi di ordine illegittimo del sovraordinato e sindacabile dal sottoposto, si potrebbe altresì configurare una responsabilità concorsuale di quest'ultimo col primo rispetto agli omicidi dei *target* non consentiti. Rigettato qualsiasi tentativo di responsabilità da mera posizione del soggetto apicale⁷⁴, sarà necessario compiere un'analisi in concreto.

Analizzando la (il)legittimità dell'operazione nel suo complesso, la natura dell'ordine impartito alla luce del compendio informativo e conoscitivo a fondamento dell'elaborazione del piano di attacco del *compound* "caldo", ed altresì il ruolo ed il tipo di funzioni assunte dal soggetto responsabile dell'autorizzazione e i suoi rapporti (gerarchici) con il sottoposto, si potrà pervenire all'affermazione di una responsabilità *ex artt.* 110-575 c.p.⁷⁵, con la possibilità, se del caso, di riconoscere all'"operatore" materiale

⁷² Tanto accadrebbe evidentemente ove il superiore gerarchico desse l'ordine specifico di attaccare un *target* non consentito. Si può ritenere, in applicazione della giurisprudenza formatasi rispetto al caso di ordine implicante la commissione di un reato, nell'ambito dei rapporti gerarchici delle forze armate e di polizia, che anche da parte dell'operatore del caso *de quo* sussista la possibilità di sindacare l'ordine ricevuto (cfr. Cass., Sez. 5, Sent. n. 38085, 05 luglio 2012; Cass., Sez. 5, Sent. n. 16703, 11 dicembre 2008; ancora prima Cass., Sez. 6, Sent. n. 178, 28 settembre 1984).

⁷³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 428.

⁷⁴ Ai fini della configurazione di una responsabilità di posizione, espressione della responsabilità oggettiva vietata, non è richiesta nemmeno la prova di un collegamento eziologico con l'evento lesivo (si può ricordare, a mo' di esempio, che fattispecie di responsabilità a titolo di concorso morale, per il solo fatto del ruolo assunto, sono state a suo tempo ricostruite dalla giurisprudenza di merito in relazione ai vertici delle Brigate Rosse, per i reati materialmente commessi dagli aderenti: cfr. Ass. Roma, 24 gennaio 1983, imp. Andriani; Ass. Genova, 26 febbraio 1983, imp. Azzolini; Ass. Torino, 26 luglio 1983, imp. Acella; in dottrina, ARGIRÒ, *La responsabilità dei capi-clan*, cit., pp. 1191 ss.).

⁷⁵ Così, ad esempio, in materia di "mandato in bianco" di omicidio, ossia di ordine di uccidere persone designate in funzione dell'appartenenza ad un certo gruppo (e quindi in modo generico attraverso il richiamo non alla loro individualità ma a caratteristiche selettive estrinseche, legate ai fini perseguiti da chi

l'attenuante di cui all'art. 114 co. 3 c.p., ricorrendo la situazione stabilita all'art. 112 co. 1 n. 3) c.p.

Tanto evidenziato in punto di diritto, appare però difficile agli scriventi, in assenza di emergenze significative rispetto al caso di specie e più in generale in ragione della diffusa segretezza che copre le operazioni tramite drone in discorso e le regole interne al CTC della CIA, poter dare al quesito sulla sindacabilità una risposta nettamente positiva o negativa. Ciò che, invero, emerge *ictu oculi* è che, in punto di responsabilità, tutto sembrerebbe giocarsi sul versante della natura dell'ordine; rispetto a quest'ultimo, però, pare difficile rintracciare un parametro di riferimento della sua legittimità o illegittimità, alla luce di quanto si è già detto sulla vocazione degli Stati Uniti, e in generale di chi si avvalga di droni per condurre la *Global War on Terror*, di "*arbitro in terra del bene e del male*".

Ciò che si sa, e che non va taciuto, è l'illegittimità di attacchi fuori da contesti bellici, in violazione delle regole di diritto internazionale, e la necessità che non restino impuniti gli omicidi di "vittime collaterali" perpetrati attraverso *drone strike*.

La partita si gioca, insomma, su un piano che pare ben più ampio di quello del diritto penale. Ciò che si richiede a tale ordinamento è di uscire dalla propria "*confort zone*", per interrogarsi sul contesto di fondo in cui è chiamato ad intervenire; per porsi, cioè, delle domande sui presupposti dell'operare degli istituti applicati in sede giurisprudenziale, specie ove si tratti di stati psicologici dal sottile accertamento, rifuggendo da assunti "dati per buoni", quasi che il sostrato fattuale sia sempre uguale a se stesso e che le regole del diritto penale prescindano dalle emergenze del caso concreto di volta in volta, invece, sempre differenti e mutevoli.

5. Conclusioni.

La vicenda in commento, legata all'uccisione di Giovanni Lo Porto, ha fornito l'occasione per discutere, nella prospettiva del diritto internazionale e, soprattutto, del diritto penale, la prassi degli omicidi mirati tramite drone. Tutto ciò, lo si è detto più volte, senza alcuna pretesa di completezza: stante la scarsità delle informazioni note al pubblico, nonché *a fortiori* la pendenza del procedimento penale in commento, non ci si poteva – né ci si voleva, in realtà – spingere oltre la mera prospettazione di uno scenario di indagine. Si è visto, però, come molteplici circostanze rendano tale scenario

emette il *dictum* da eseguire), la giurisprudenza ha ammesso la configurabilità di un'ipotesi di concorso morale nel reato di omicidio (cfr. Cass., Sez. 1, Sent. n. [48590](#), 17 novembre 2017; si veda anche Cass., Sez. 5, Sent. n. [47739](#), 12 novembre 2003). E che non si possa invece configurare nell'ipotesi di *drone strike* "collaterale" alcun concorso "anomalo" ex art. 116 c.p. emerge alla stregua del superamento dei due limiti negativi posti alla sua operatività: quello per cui l'evento diverso non deve essere stato voluto neppure sotto il profilo del dolo alternativo od eventuale e che l'evento più grave, concretamente realizzato, non sia conseguenza di fattori sopravvenuti, di carattere eccezionale, meramente occasionali e non ricollegabili eziologicamente alla condotta criminosa di base (situazione che qui non pare integrata, assumendo infatti come avvenuta la specifica valutazione *ex ante* di tutti rischi possibili di un *drone strike* da parte della base direttiva) (cfr. Cass., Sez. 6, Sent. n. 6214, 05 dicembre 2011; Cass., Sez. 3, Sent. n. 44266, 03 aprile 2013).

estremamente probabile nella prassi; non sfugge, allora, l'importanza di avviare, ed alimentare, un dibattito il più possibile aperto e franco, anche tra giuristi.

Perché qui, e perché ora?

L'intuizione che ha ispirato chi scrive prende le mosse da una considerazione emersa, con sorprendente vigore, nella valutazione della responsabilità penale in capo a chi gestisce l'operazione ottemperando a ordini superiori (cfr. *supra* § 4.3), laddove ci si è imbattuti nella difficoltà di considerare l'ordine di abbattere un determinato *target*, in un contesto quale quello in analisi, come illegittimo.

In fin dei conti, parrebbe lecito chiedersi fino a che punto sia esigibile dall'operatore un sindacato sul merito dell'ordine ricevuto, nonché *a fortiori* la disobbedienza al medesimo, se: (i) le *policy* vigenti stabiliscono l'accettabilità di un tasso, benché ridotto, di probabilità di presenza di *target* non consentiti nell'area delle operazioni; (ii) l'ordine giunge da un superiore competente, e nel rispetto delle procedure stabilite; (iii) a un livello ancora superiore, è lo stesso modello della "*Global War on Terror*" a instillare, anche nel *quivis de populo*, l'impressione che sia in corso una guerra, con la conseguente applicazione delle norme che regolano le ostilità (tra cui il già ricordato principio di proporzionalità, che ammette l'attacco, seppur in via indiretta, nei confronti di "civili"). Se così stanno le cose, non sembra frutto di un pietismo mal riposto domandarsi cosa avrebbe potuto fare l'operatore a fronte di un siffatto ordine.

L'impressione che ha chi scrive è che, con la diffusione della prassi di omicidi mirati a mezzo drone, in un contesto dichiaratamente definito di "belligeranza" al fine di consentire, in ultima analisi, l'annientamento fisico di non meglio specificati "terroristi", si possa diffondere, magari inconsapevolmente, una mentalità che porti, se non a giustificare sempre e comunque, a ritenere degna di minor riprovazione l'uccisione di "vittime collaterali"⁷⁶.

Forse, allora, il tema della responsabilità penale di chi gestisce e di chi autorizza l'operazione è una questione che si colloca a valle (cioè, si badi, senza nulla togliere all'opportunità, e anzi alla doverosità, che lo strumento penalistico faccia il suo corso). Un problema ben più grande resta, però, a monte, ed è rappresentato dall'impiego di concetti e di regole proprie della "guerra" in contesti che "guerra" non sono. Tale mistificazione si colloca all'origine della confusione concettuale che si percepisce dagli stralci della richiesta di archiviazione nel caso in esame forniti dalle testate giornalistiche già richiamate, in cui concetti e termini del diritto dei conflitti armati vengono mescolati con concetti e termini propri dei diritti umani (cfr. *supra* § 3 *in principio*).

Ecco perché, ad avviso di chi scrive, se qualche merito va riconosciuto alla retorica della "*Global War on Terror*", è proprio questo (ahinoi): funziona. È una retorica

⁷⁶ Questa circostanza è ben esplicata da MELONI, *State and Individual Responsibility*, cit., p. 47: "...States are being utterly ambiguous, blurring and expanding the limits and boundaries of concepts such as 'war', 'battlefield', 'combatant', 'immediate threat', or 'terrorist'". In particolare, l'Autrice lamenta l'impiego di concetti quali l'esistenza di una zona grigia che si atteggi a "*an unregulated space for killing between war and peace*", avvertendo che "*the danger in insisting on the existence of such a grey zone is clear: once you create a state of exception, you cannot control who will make use of it*".

tanto potente e persuasiva da influenzare anche il più attento operatore del diritto⁷⁷. Sembreremmo tutti, per così dire, suggestionabili da questa sorta di “inganno visivo”: anche gli autori del presente contributo, lo si confessa, non ne sono rimasti immuni, essendosi più volte trovati, soprattutto nelle prime bozze, a riferirsi ai *target* non consentiti come “civili” o “non-combattenti”.

Che fare allora?

Nel IV canto dell'*Orlando Furioso*, lo scontro tra Bradamante e il mago Atlante è condotto da quest'ultimo attraverso il ricorso ad un libro di incantesimi (“*il libro che facea tutta la guerra*”), mediante il quale egli riusciva a far apparire oggetti della fantasia per ingannare, e battere, la rivale. Atlante, insomma, combatte ingannando: di lui, si dice infatti, “*ogn'altra cosa era figmento, / che comparir facea pel rosso il giallo*”. L'esperta Bradamante, però, resiste ai trucchi di Atlante grazie a un anello magico e, infine, lo vince.

Al pari dei trucchi del mago Atlante, la retorica della “*Global War on Terror*” fa apparire per “guerra” ciò che, in verità, “guerra” non è, confondendo tra di loro le categorie giuridiche. L'anello che dovrebbe permettere, innanzitutto ai giuristi, di resistere a questo tipo di inganni non potrà allora che essere una rinnovata consapevolezza che quello che è in gioco, nei casi quali quello qui esaminato, è il diritto alla vita, primo e centrale – vieppiù nei casi di *drone strike* – tra i diritti umani. È dal diritto alla vita che occorre allora partire per stabilire i confini dell'uso della forza⁷⁸.

⁷⁷ Si prenda ad esempio il contributo di OHLIN, *Targeting and the Concept of Intent*, cit., pp. 80-81, il quale discute criticamente l'impiego del dolo eventuale con riferimento al principio di proporzionalità (categoria propria dello *ius in bello*). All'esordio del proprio articolo, all'atto di delimitare i confini della propria analisi, egli così scrive: “*Imagine that an attacking soldier is about to launch an aerial attack against a building in the territory of his enemy. The enemy combatants are located on the second floor of the building, but there are civilians on the first floor as well. Although the attacking soldier aims at the second floor, he is fully aware of a substantial risk that some civilians might be killed as collateral damage. (...) Other examples include a well-known incident where an American drone allegedly fired upon civilians conducting a funeral in Yemen. Both orthodox Just War Theory and orthodox international humanitarian law (IHL) proclaim such attacks perfectly lawful as long as the primary objective is a legitimate military target and the anticipated civilian deaths are not disproportionate to the value of the military target. Although this legal and moral rule is distasteful (because it involves the gruesome deaths of combatants and civilians), its contours ought to be clear*” (note omesse). Insomma: uno scenario perfettamente sovrapponibile a quello di cui al presente contributo viene pacificamente ritenuto legittimo sulla base del principio di proporzionalità. Dando per scontato ciò che, in realtà, scontato non è (e che, anzi, andrebbe dimostrato per primo): l'esistenza di un conflitto armato che giustifichi l'applicazione del principio di proporzionalità.

⁷⁸ La frase è la traduzione di un tanto breve quanto illuminante contributo di O'CONNELL, *The Law on Lethal Force Begins with the Right to Life*, in *Journal on Use of Force & International Law*, vol. 3, 2016, pp. 205-211 (in cui l'Autrice evidenzia come il diritto internazionale che regola l'uso della forza contenga, ad oggi, una vera e propria “*legal presumption*” in favore del rispetto del diritto alla vita).

OSSERVAZIONI PENALISTICHE 'A PRIMA LETTURA' SUL PROGETTO DI CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

di Pietro Chiaraviglio

Abstract. *Il presente contributo raccoglie alcune riflessioni sulle implicazioni penalistiche e processual-penalistiche del recente schema di decreto legislativo attuativo della l. 19 ottobre 2017 n. 155, recante una delega per la riforma delle discipline delle crisi d'impresa e dell'insolvenza. In particolare, sono prese in considerazione sia le (non numerose) disposizioni direttamente incidenti sulla materia penale, sia alcuni fra i possibili effetti espansivi o riduttivi della responsabilità penale scaturenti dal nuovo assetto del diritto concorsuale dell'insolvenza.*

SOMMARIO: 1. L'iter normativo. – 2. Le novità di diritto penale sostanziale – 2.1. La mancata riformulazione delle fattispecie incriminatrici della bancarotta e la scomparsa del «fallimento». – 2.2. La causa di non punibilità per i reati di bancarotta e l'attenuante ad effetto speciale previste dall'art. 28 comma 2 della bozza di Codice. – 2.3. La disciplina della responsabilità dei sindaci. – 2.4. Le novità di diritto sostanziale in tema di responsabilità dell'ente. – 2.5. Ulteriori considerazioni sparse. – 3. I rapporti tra liquidazione giudiziale e le misure penali – 3.1. Le disposizioni processuali della legge delega. – 3.2. Il rapporto tra misure cautelari nel processo penale (e nel processo all'ente) e la liquidazione giudiziale. – 3.3. Le novità in tema di processo all'ente: cenni. – 3.4. I rapporti tra liquidazione giudiziale e procedimento di prevenzione. – 4. Qualche considerazione conclusiva.

1. L'iter normativo.

Il decreto legislativo di riforma della c.d. legge fallimentare, destinata ad essere sostituita dal Codice della crisi e dell'insolvenza, ha avuto, *rectius* sta avendo¹, un percorso lungo e travagliato.

Per collocarsi al momento iniziale di questo, auspicato, percorso riformatore è necessario risalire addirittura al 28 gennaio 2015 quando il Ministro della Giustizia istituì una Commissione, presieduta dal Pres. Rordorf, incaricata del compito di sottoporre al

¹ Poiché, com'è noto, la bozza di decreto legislativo è stata presentata al Governo, nell'ultima versione, a fine febbraio 2018 e, da allora, è in attesa dell'esame ed approvazione preliminare da parte del Consiglio dei Ministri.

governo «*proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali*».

I lavori della Commissione si protrassero quasi per un anno, fintantoché, il 29 dicembre 2015 venne consegnata al Ministro una bozza di articolato di legge delega per la «Riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», corredata dalla relativa Relazione ad opera della Commissione².

Lo schema di legge delega fu abbastanza rapidamente assegnato alla Camera per la discussione (atto n. C. 3761, presentato il giorno 11 marzo 2016), ma questo primo passaggio parlamentare richiese molto tempo. Infatti, solo il 1° febbraio 2017 la Camera approvò il disegno di legge delega in questione che, nel frattempo, aveva mutato numero (C. 3761-*bis*) per effetto dello stralcio della disciplina originariamente prevista in tema di riforma dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (D.lgs. n. 270/1999) e delle sue numerose 'gemmazioni': principalmente il c.d. Decreto Marzano (d.l. n. 347/2003 conv. in l. n. 34/2009, afferente all'insolvenza Parmalat) e il d.l. n. 134/2008 conv. in l. n. 166/2008 (afferente alla crisi di Alitalia).

Nel d.d.l. approvato alla Camera confluirono, inoltre, altri progetti di legge focalizzati su aspetti specifici, come la modifica della disciplina della Crisi da sovraindebitamento e la riformulazione dei diritti del fallito nella procedura di fallimento.

Importante segnalare sin d'ora che, la Camera apportò alcune modifiche al testo licenziato dalla prima Commissione Rordorf, talune proprio inerenti alla materia penale³.

Dopo l'esame della Camera, il disegno di legge venne presentato al Senato (n. S-2681) dove trovò definitiva approvazione solo il giorno 11 ottobre 2017, sfociando nella legge 19 ottobre 2017 n. 155.

Una volta cristallizzatasi la legge delega, il Governo si è impegnato alla sua attuazione in tempi compatibili con l'oramai prossima fine della legislatura; a questo scopo la seconda Commissione Rordorf – istituita proprio per provvedere alla redazione di un articolato contenente l'attuazione delle delega – con una rapidità davvero fuori dalla norma ha elaborato uno schema di decreto legislativo, consegnato al Ministro della Giustizia in data 22 dicembre 2017⁴.

Successivamente, verso la fine del mese di febbraio 2018, la seconda Commissione Rordorf ha trasmesso al Ministro una versione riveduta e corretta dell'articolato, in uno con la Relazione illustrativa⁵, ma, finora, il governo non l'ha ancora posta all'ordine del giorno di un Consiglio dei Ministri.

² Entrambi i documenti sono reperibili sul sito dell'Osservatorio della crisi d'impresa, all'indirizzo www.osservatorio-oci.org, nella rubrica *Riforma delle leggi sull'insolvenza*.

³ V., *infra*, par. 2.2.

⁴ Anche questa prima bozza di articolato è reperibile sul sito dell'Osservatorio della crisi d'impresa, v. nota 2.

⁵ Pure la seconda bozza di articolato e la relazione illustrativa sono reperibili nel medesimo sito di cui alla nota precedente.

Al di là delle intuibili ragioni per le quali, verosimilmente, il Codice della crisi e dell'insolvenza (d'ora in poi, il Codice) non è ancora diventato legge⁶, appare estremamente utile analizzare le innovazioni che si stanno affacciando nell'ordinamento penal-fallimentare, nell'ottica di verificare se, nei vari passaggi fra Consiglio dei Ministri e Commissioni parlamentari, vi è un margine di miglioramento del testo come attualmente formulato.

2. Le novità di diritto penale sostanziale.

L'emanando Codice della crisi e dell'insolvenza riforma in modo radicale il tradizionale diritto delle procedure concorsuali, introducendo istituti sconosciuti alla legge fallimentare quale, ad es., il procedimento di composizione assistita della crisi⁷, finalizzato all'emersione anticipata – *i.e.* prima dell'irreversibile insolvenza – dello stato di crisi, che trova puntuale ed innovativa definizione all'art. 2 n. 1 della bozza di Codice.

Se, quindi, in relazione agli aspetti "fallimentaristici", ma anche di diritto societario⁸ e di diritto civile⁹, vi è un'ampia materia di discussione¹⁰, l'intervento sull'area penalistica appare decisamente di minor portata e, fondamentalmente, si limita ad alcuni, per quanto rilevanti, aspetti specifici che saranno di seguito illustrati in modo necessariamente rapsodico, nei limiti imposti dal presente contributo.

⁶ Legate, ovviamente, alle elezioni politiche ed alla formazione del nuovo Governo. Non si può sapere, allo stato, se la bozza di decreto legislativo verrà approvata o meno; l'unico dato certo è che la delega legislativa scadrà il 14 novembre 2018 (un anno dall'entrata in vigore della l. n. 155/2017).

⁷ Procedimento che, secondo l'art. 21 comma 1 della bozza di Codice prende avvio con l'audizione dell'imprenditore, in via riservata e confidenziale, da parte del collegio costituente l'Organismo di composizione della crisi il quale, d'intesa col debitore, individua le misure idonee a porre rimedio alla crisi. Successivamente, ai sensi dell'art. 22 comma 1, su istanza del debitore il collegio tramite il proprio relatore, può essere incaricato di seguire le trattative con i creditori per un periodo di novanta giorni, prorogabili fino a centottanta, per la ricerca di una soluzione concordata della crisi d'impresa. Se non si raggiunge un accordo il collegio invita l'imprenditore ad accedere ad una procedura concorsuale in senso proprio (art. 24 comma 1) e, in difetto, informa il Pubblico Ministero ai fini della richiesta di apertura della liquidazione giudiziale (art. 25 comma 1).

⁸ Previste dall'art. 14 l. n. 155/2017

⁹ Di cui agli artt. 10 e 11 della l. n. 155/2017

¹⁰ Testimoniata dai non pochi contributi in argomento; cfr., fra gli altri, M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Il fall.*, 2017, p. 1262 ss.; G. LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali fra diritto ed economia*, in *Il fall.*, 2017, p. 1253 ss.; S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 1291; A. BENOCCHI, *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, in *Giur. comm.*, I, 2017, p. 759 ss.; O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, I, 2017, p. 33 ss.

2.1. La mancata riformulazione delle fattispecie incriminatrici della bancarotta e la scomparsa del «fallimento».

Il dato immediatamente percepibile della riforma attualmente in discussione è rappresentato, in negativo, dall'aver estromesso la bancarotta dal campo di intervento della legge delega e, conseguentemente, del decreto attuativo.

Non solo negli ultimi tempi, sono state numerose le istanze di riformulazione delle fattispecie di bancarotta¹¹, autorevolmente marchiate come «*vetusto arnese*»¹² non più in sintonia con la fisiologia e la fisionomia del diritto concorsuale.

Ed è viepiù interessante notare come del medesimo avviso fossero anche i componenti della Commissione Rordorf che ha elaborato la bozza di legge delega, i quali, in un paragrafo della Relazione di accompagnamento evocativamente intitolato «*Una lacuna da colmare. La disciplina penale dell'insolvenza*»¹³, evidenziarono la necessità di porre mano alla riforma della bancarotta «*in presenza di una rivisitazione generale della materia cui (...) è sotteso un diverso modo di porsi del legislatore di fronte al fenomeno dell'insolvenza*»¹⁴, sottolineando, al contempo, l'assenza di un incarico dal Governo alla Commissione volto alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare.

Ed infatti, come già capitato in passato¹⁵, il legislatore delegante non ha ritenuto di porre mano alle quasi ottuagenarie fattispecie di bancarotta¹⁶; senza che sia chiaro se questa scelta possa essere ricondotta a motivate *rationes* politico-criminali.

L'unico aspetto di riforma che interviene sulla formulazione della bancarotta è rappresentato dagli effetti della scelta di eliminare il termine «fallimento» dal tessuto normativo del nuovo Codice, con ciò cercando di ovviare allo stigma sociale che, normalmente, accompagnava il fallito.

Nell'ovvia necessità di coordinamento imposta da questo cambio di paradigma terminologico, il legislatore delegante ha espressamente precisato che «*ferma la continuità delle fattispecie criminose*» nel testo dell'emanando Codice il termine «fallimento» ed i suoi derivati andavano sostituiti con l'espressione «liquidazione giudiziale» (art. 2 comma 1 lett. a, l. n. 155/2017).

¹¹ V., ad es., L. CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 24 ss. e, più di recente, A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, 2014, p. 8 ss.

¹² C. PIERGALLINI, «*Civile*» e «*Penale*» a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1304.

¹³ Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, p. 49.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Ad esempio, in occasione della riforma organica della legge fallimentare operata dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e dal successivo correttivo di cui al d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169.

¹⁶ In senso critico rispetto a questa 'occasione mancata' si pone la dottrina, anche non penalistica: A. DI AMATO, *Riforma organica della legge fallimentare, unità dell'ordinamento, conseguenze sulla disciplina penale del fallimento*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, p. 623 ss.; A. PERINI, *Profili penali del disegno di legge 3671-bis Governo, recante la delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 4, p. 22 ss.; G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Il fall.*, 2016, p. 385 ss.

Si tratta, a prima, vista di un'operazione neutra sulla fisionomia delle fattispecie di bancarotta, che continuano a necessitare dell'apertura della procedura concorsuale per arrivare a completa integrazione¹⁷ o che, rispetto alla liquidazione giudiziale, devono essere causalmente efficienti (come nel caso della bancarotta per dolo o per effetto di operazioni dolose).

Tuttavia, già solo l'opera di ammodernamento semantico delle fattispecie di bancarotta presenta qualche incongruenza posto che, mentre per la bancarotta individuale fraudolenta e semplice i nuovi artt. 339 e 340 della bozza del Codice stabiliscono la responsabilità dell'imprenditore «*se è dichiarato in liquidazione giudiziale*», il successivo art. 345, in tema di bancarotta fraudolenta societaria, conferma la responsabilità per i consueti soggetti attivi che operano in «*società in liquidazione giudiziale dichiarate insolventi*» salvo, per la bancarotta societaria semplice (art. 346), ritornare all'individuazione dei soggetti qualificati di «*società dichiarate in liquidazione giudiziale*». Simile differenza del dato testuale, probabilmente catalogabile come refuso, potrebbe essere utilmente corretta nei prossimi passaggi della bozza del Codice.

Ovviamente, l'intervento sostitutivo riguarda anche la vigente ipotesi di cui all'art. 223 comma 2 n. 2 l. fall. che, nella nuova versione dell'art. 345 comma 2 n. 2 della bozza di Codice assumerebbe la seguente fisionomia «*hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose la liquidazione giudiziale della società*». La nuova formulazione dell'evento nei reati di bancarotta per operazioni dolose non sembra idonea a contenere la *vis expansiva* giurisprudenziale che, pacificamente, oggi accumuna l'evento-fallimento all'evento-aggravamento del dissesto già in atto¹⁸. Difatti, nonostante l'espressione «fallimento» presente nell'art. 223 comma 2 n. 2 l. fall. rimandi alla sentenza dichiarativa di fallimento ovvero, secondo la prevalente dottrina¹⁹, alle condizioni patrimoniali e finanziarie che ne sono il presupposto, e la «liquidazione giudiziale» sia un concetto normativo definito dall'art. 2 n. 12 della bozza di Codice come «*la procedura concorsuale già denominata fallimento*» – e cioè non solo la sentenza di apertura della procedura, legata a doppio filo con i relativi presupposti, ma l'intero processo concorsuale – appare sin d'ora prevedibile che simile differenza di prospettiva non sarà sufficiente a scardinare l'assunto pretorio secondo cui l'approfondimento della dimensione quantitativa del dissesto può essere concausa dell'evento-fallimento²⁰ e, nell'ottica della bozza di Codice, dell'instaurazione e svolgimento della procedura di liquidazione giudiziale.

¹⁷ In termini di elemento del fatto o di condizione obiettiva di punibilità

¹⁸ Cfr., ad es., C. FARINA, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di R. Rampioni, Torino, 2016, p. 258 (ove l'Autore richiama le considerazioni effettuate a p. 250 in tema di bancarotta da precedente reato societario) e A. ROSSI, *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2018, p. 251 ss.

¹⁹ C. PEDRAZZI, *Art. 223*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Roma-Bologna, 1995, p. 315. In senso concorde v. A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 318.

²⁰ V., ad es., Cass. sez. V, 20 maggio 2014 (dep. 2 ottobre 2014) n. 40998, Rv. 262189 ed i precedenti *ivi* citati.

2.2. *La causa di non punibilità per i reati fallimentari e l'attenuante ad effetto speciale previste dall'art. 28 comma 2 della bozza di Codice.*

Un elemento di sicuro impatto della prospettata riforma è rappresentato dall'introduzione di una causa di non punibilità per i più rilevanti reati fallimentari.

L'art. 28 della bozza di Codice, rubricato «*Misure premiali*», stabilisce al comma 2 che «*La tempestiva proposizione dell'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa o della domanda di accesso a una procedura concorsuale esclude la punibilità dei reati di cui agli artt. 339, 340, 341, 345, 346, 347, 349 e 358, quando a seguito della stessa viene aperta, su iniziativa del debitore, una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti e quando risulta che è stato cagionato un danno di speciale tenuità*».

Ad un primo sguardo, questa nuova causa di non punibilità sembra riguardare un'ipotesi speciale di particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p., sganciata da alcuni requisiti previsti dal codice penale (abitudine del comportamento, misura massima della cornice edittale) ed applicabile a tutte le fattispecie di bancarotta previste dalla bozza di Codice (artt. 339, 340, 345 e 346), al ricorso abusivo al credito (artt. 341 e 347), ai reati dell'istitutore (art. 349²¹) e, infine, ai reati commessi in sede di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione (art. 358).

Tuttavia, per un corretto inquadramento del nuovo istituto, è necessario partire dalla constatazione del fatto che, nell'ottica della prima Commissione Rordorff, l'esigenza di favorire al massimo l'emersione anticipata della crisi tramite il ricorso volontario dell'imprenditore in difficoltà all'Organismo di composizione assistita della crisi era affidata a strumenti repressivi e non premiali.

Infatti, nella bozza di articolato di legge delega consegnato al Governo, all'art. 4 lett. g) si individuano misure premiali per l'imprenditore che ricorre tempestivamente alla procedura di composizione assistita, ma anche «*misure sanzionatorie per l'imprenditore che ingiustificatamente la ostacola o non vi ricorre, pur in presenza dei relativi presupposti, ivi compresa l'introduzione di un'ulteriore fattispecie di bancarotta semplice ai sensi degli articoli 217 e 224 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267*».

L'ipotizzato accrescimento quantitativo dell'area del penalmente rilevante²², non ha trovato consensi nella lettura parlamentare: il d.d.l. C. 3761-bis approvato alla Camera si ispira, sul punto, ad una logica di sola premialità, poi riversata nei medesimi termini nella legge delega n. 155/2017, che all'art. 4 lett. h) così dispone: «*prevedere misure premiali (...) in favore dell'imprenditore che ha tempestivamente proposto l'istanza (di composizione assistita della crisi) o che ha tempestivamente chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposto un concordato preventivo o proposto ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale; includere tra le misure premiali (...) la causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare,*

²¹ Che, però, richiama anche l'art. 343 in tema di denuncia di crediti inesistenti, con il risultato che la causa di non punibilità si applica all'istitutore che inserisce nel passivo creditori fittizi, ma non all'imprenditore o all'amministratore che compiono la medesima condotta.

²² Cfr. A. PERINI, *Profili penali del disegno di legge 3671-bis*, cit., p. 30 ss.

quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi dell'art. 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267».

La legge delega, come si può notare, introduce un dubbio interpretativo al quale, come si è visto, la bozza di Codice offre una soluzione condivisibile, ma non priva di aspetti problematici.

Infatti, ove la l. n. 155/2017 si riferisce alla non punibilità per «la bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare» si pone un'evidente alternativa ermeneutica:

- (a) si interpreta in maniera letterale un testo involuto e, siccome fra gli "altri reati" previsti dalla legge fallimentare e diversi dalla bancarotta semplice vi è anche la bancarotta fraudolenta, si giunge al risultato di includere anche quest'ultima nell'ambito della introducenda causa di non punibilità; questa è stata la scelta della seconda Commissione Rordorf²³ che, tuttavia, partendo da queste basi avrebbe coerentemente dovuto introdurre nel perimetro della non punibilità tutti gli altri reati previsti dalla legge fallimentare e non solo quelli evocati all'inizio del presente paragrafo²⁴:
- (b) si valorizza il solo riferimento alla bancarotta semplice per escludere che, nella *voluntas legis*, la causa di non punibilità abbracciasse anche le ipotesi di bancarotta fraudolenta; questa impostazione, forse più corretta, finisce però con lo sminuire la portata della nuova norma posto che la cornice edittale della bancarotta semplice avrebbe già consentito l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. – in presenza di condotte non abituali – così come per il delitto di ricorso abusivo al credito (e, a ben vedere, ciò vale anche per l'ipotesi di bancarotta preferenziale).

Se, quindi, la scelta della seconda Commissione Rordorf appare condivisibile nel restituire alla causa di non punibilità dell'art. 28 della bozza di Codice uno spazio applicativo autonomo rispetto alle regole codicistiche di parte generale, la strada verso l'applicazione di questa norma appare sin d'ora in salita.

Innanzitutto, non si può non notare una certa complessità nei requisiti, *in primis* l'istanza di composizione (o di altra procedura concorsuale) deve essere tempestiva e cioè, secondo l'art. 27 della bozza di Codice deve avvenire entro tre mesi (sei mesi per le altre procedure concorsuali) dall'oggettivo avverarsi di uno dei tre indici patrimoniali previsti dalla stessa disposizione²⁵, senza che nel testo della legge si possa rintracciare un elemento cui agganciare l'effettiva conoscenza del debitore rispetto al venire in essere dei menzionati indicatori.

²³ Che, esplicitamente, nella Relazione illustrativa all'art. 28 rimanda a condotte poco lesive che non inficiano, se non minimamente, il soddisfacimento dei creditori che, tuttavia, in seguito al fallimento assumono rilevanza di bancarotta fraudolenta.

²⁴ Ad es. i reati commessi dai soci illimitatamente responsabili *ex art.* 344 della bozza di Codice.

²⁵ Debiti per salari e stipendi scaduti da almeno 60 giorni per ammontare pari ad oltre la metà del monte salari complessivo; debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni per ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; il superamento nell'ultimo bilancio o per oltre tre mesi, degli indici di crisi che saranno elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ai sensi dell'art. 16 della bozza di Codice.

In secondo luogo, a seguito della presentazione dell'istanza di composizione, il debitore deve farsi nuovamente parte diligente e, alle prime avvisaglie di un esito infausto del procedimento di composizione assistita, richiedere in quel contesto l'apertura di una procedura concorsuale in senso proprio, anticipando eventuali richieste analoghe da parte dell'Organismo di composizione al Pubblico Ministero (art. 25 della bozza di Codice) o dei creditori.

In terzo luogo, la nota forse maggiormente dolente riguarda proprio la tenuità del danno. Come si è visto questa modalità di lesione nella l. n. 155/2017 è espressamente parametrata all'attenuante speciale ad effetto speciale di cui al vigente art. 219 comma 3 l. fall. È ben noto, infatti, che tale circostanza attenuante è applicata in modo molto prudente dalla giurisprudenza, che tende a limitarne l'operatività a situazioni il cui danno è di consistenza particolarmente trascurabile²⁶. Ne discende una prognosi poco fausta sulla reale possibilità applicativa di questa causa di non punibilità, che potrebbe finire con l'essere relegata ad ipotesi di assenza di danno le quali, indipendentemente dalla nuova norma, potrebbero essere più correttamente inquadrare nel capitolo della tipicità – *sub specie* di offensività – piuttosto che in quello della punibilità.

In ultimo, sebbene l'art. 28 della bozza di Codice non lo preveda espressamente, la nuova causa di esclusione della punibilità non potrà che riguardare fatti pregressi al deposito dell'istanza di composizione assistita della crisi o di accesso ad una procedura concorsuale. Diversamente opinando – ammettendo, cioè, che la non punibilità possa riguardare fatti intercorsi fra l'accesso iniziale alla procedura di composizione e il momento successivo di apertura della liquidazione giudiziale – si consegnerebbe all'imprenditore un salvacondotto utilizzabile a propria discrezione in relazione a comportamenti futuri, che rimarrebbero non punibili se 'continenti' dal punto di vista della loro dannosità verso i potenziali creditori concorsuali.

L'art. 28 della bozza di Codice contiene anche una particolare attenuante speciale ad effetto speciale prevista nel secondo periodo del secondo comma: «*la pena è ridotta fino alla metà quando, fuori dai casi di speciale tenuità del danno, all'apertura della procedura concorsuale il valore dell'attivo inventariato od offerto ai creditori superi il quinto dell'ammontare dei debiti*».

Questa disposizione di per sé non pone particolari problemi ermeneutici in quanto prevede una diminuzione di pena per i reati previsti dalla prima parte del secondo comma dell'art. 28 della bozza di Codice (i medesimi cui si applica la causa di esclusione della punibilità appena sinteticamente illustrata) in presenza di un attivo che mantenga una certa proporzione con il passivo²⁷.

²⁶ Cfr., ad es., Cass. sez. V, 20 febbraio 2015 (dep. 16 aprile 2015) n. 15976, Rv. 263247 ove l'importo oggetto di distrazione di beni di una s.r.l. ammontava a poco più di euro 7.000, e le relative condotte erano avvenute un anno prima del fallimento; oppure. Cass. sez. V, 5 giugno 2014 (dep. 11 novembre 2014) n. 46479, in *Guida dir.*, 2015, 8, p. 69, che enuncia il principio in tema di danno da bancarotta documentale ritenendo l'attenuante configurabile quando il danno non sussiste o non è dimostrato. Per altro, è ancora radicato nei Giudici di legittimità l'orientamento secondo cui il danno di modesta entità è, in buona sostanza, escluso da un passivo rilevante: v. Cass. sez. V, 2 marzo 2015 (dep. 24 aprile 2015) n. 17351, in *Cass. pen.*, 2016, p. 358 e, in tempi più risalenti, Cass. sez. V, 9 aprile 2003 (dep. 15 maggio 2003) n. 21353, Rv. 224889.

²⁷ Semmai in questo caso i problemi si potrebbero porre in caso di non rispondenza fra valori accertati al

L'aspetto che, invece, desta qualche perplessità riguarda l'aderenza della bozza di Codice rispetto ai parametri della legge delega che, sul punto, stabilisce che il Governo è autorizzato a: *«includere tra le misure premiali (...) la causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi dell'art. 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, un'attenuante ad effetto speciale per gli altri reati»* (art. 4 lett. h) l. 155/2017).

La disposizione da ultimo citata non brilla per chiarezza, ma pare proprio di poter affermare che nella legge delega non vi è traccia di un criterio quantitativo di raffronto tra attivo e passivo della procedura e che, invece, l'attenuante ad effetto speciale sia anch'essa legata alle ipotesi di tenuità del danno, ma per reati diversi da quelli previsti dalla legge fallimentare.

L'ipotesi non è infrequente nella prassi, basti pensare alle situazioni in cui un imprenditore fallito è imputato di bancarotta per operazioni dolose per aver sistematicamente omesso il versamento dell'i.v.a.: secondo costante giurisprudenza, il reato fallimentare non assorbe quello tributario²⁸ ed il soggetto che, in ipotesi, ha causato un danno di particolare tenuità²⁹ – che difficilmente potrebbe godere della disciplina dell'art. 131-bis c.p. avendo reiteratamente violato l'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 – potrebbe beneficiare, in base all'assetto scaturente dalla legge delega, della riduzione di pena per il reato tributario, oltre che della causa di esclusione della punibilità per il reato fallimentare.

Nelle intenzioni del legislatore delegato, tuttavia, l'attenuante in discussione è, innanzitutto, prevista indipendentemente dalla tenuità del danno arrecato ai creditori e, poi, si applica ai reati concorsuali in presenza di un attivo sufficientemente capiente rispetto al passivo. Pare proprio che l'assetto previsto dalla bozza di Codice fatichi a trovare una base coerente nella legge n. 155/2017 e, pertanto, appare probabile che sul punto di porranno problemi di legittimità dell'esercizio della delega.

2.3. La disciplina della responsabilità dei sindaci.

Un'altra norma della bozza di Codice, apparentemente destinata a risolvere profili di responsabilità civile dei sindaci, non può non attrarre l'attenzione del penalista.

Ci si riferisce all'art. 17, in particolare al comma 3, che introduce una forma di esonero della responsabilità solidale – con gli amministratori – per i sindaci (e per altri organi di controllo) che pongono in essere le attività indicate dalla stessa disposizione.

momento di apertura della procedura e quelli risultanti al momento dell'emissione della sentenza di condanna.

²⁸ V. da ultimo, Cass. sez. V, 14 luglio 2017 (dep. 22 settembre 2017) n. 43967, Rv. 271612.

²⁹ Va tenuto presente che l'effetto di aggravamento del dissesto causato dall'autofinanziamento mediante omesso versamento dell'i.v.a. è limitato, sostanzialmente, all'importo delle – pur onerose – sanzioni. Sul punto si veda, se si vuole, P. CHIARAVIGLIO, *La rilevanza dell'omesso versamento di contributi nel diritto penale del fallimento*, in *Le soc.*, 2015, p. 894 ss.

Si tratta, in sintesi, della segnalazione effettuata in favore del consiglio di amministrazione circa l'esistenza di fondanti indizi della crisi (comma 1) alla quale, in assenza di risposta oppure di adozione di idonee misure, segue una seconda segnalazione del collegio sindacale indirizzata, questa volta, all'Organismo di composizione della crisi di impresa.

La tempestiva segnalazione all'Organismo è, secondo il comma 3, *«causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo in difformità dalle prescrizioni ricevute, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione»*.

In questo caso, la bozza di Codice è perfettamente aderente alla l. n. 155/2017 che, all'art. 4 lett. f) impone al legislatore delegato di *«determinare i criteri di responsabilità del collegio sindacale in modo che, in caso di segnalazione all'organo di amministrazione e all'organismo (di composizione della crisi), non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successive alla predetta segnalazione»*.

La bozza di Codice introduce, con tutta evidenza, una causa di esclusione della responsabilità per i sindaci in solido con gli amministratori (art. 2407 comma 2 c.c.), limitatamente al mancato impedimento di eventi dannosi conseguenti a quelle azioni o omissioni dell'organo gestorio che non costituiscano diretta attuazione di decisioni assunte prima della segnalazione all'Organismo di composizione.

La norma, quindi, sottrae qualsiasi comportamento omissivo del sindaco segnalante alla sfera di rilevanza della responsabilità civile, purchè il danno sia conseguenza di decisioni assunte dopo la segnalazione.

Nei medesimi limiti, ragioni di unità e coerenza dell'ordinamento impongono che per le identiche omissioni non possa ritenersi sussistente alcuna forma di responsabilità penale. Similmente a quanto avviene, ad es., in materia di prassi ammesse in relazione al delitto di manipolazione del mercato³⁰, non è tollerabile che l'ordinamento stabilisca espressamente l'irresponsabilità civile per un determinato comportamento e, contestualmente, lo stesso fatto possa essere fonte di responsabilità penale.

Si dovrà, quindi, necessariamente ritenere che l'esonero dalla responsabilità solidale del sindaco comporti anche uno 'svincolo' dalla responsabilità penale; la natura dogmatica di questa causa di esonero sembra possa essere rintracciata nel campo delle scriminanti, anche in ragione del bilanciamento di interessi che il legislatore compie rinunciando alla minaccia della responsabilità solidale e della sanzione penale – che dovrebbe portare il sindaco a svolgere con maggior scrupolo il proprio ruolo di controllore – per favorire l'emersione il più anticipata possibile dell'eventuale stato di crisi – alla cui effettività è chiamato a dare un contributo anche il collegio sindacale tramite la segnalazione all'apposito Organismo –.

³⁰ Cfr. F. CONSULICH, *Ex facto oritur ius criminale? Le prassi di mercato ammesse, tra crisi della legge e legalità della giustificazione*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 281 ss.; E. AMATI, *La disciplina degli abusi di mercato*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006, p. 222 e A. GARGANI, *Artt. 187-bis - 187-septies*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 108.

Così come concepito, l'art. 17 comma 3 della bozza di Codice appare rispondere all'esigenza di affrancare il collegio sindacale da ogni forma di responsabilità per i fatti successivi al coinvolgimento dell'Organismo di composizione nelle dinamiche della crisi dell'impresa. Questa innovazione restringe utilmente la sfera di rischio anche penale del sindaco; non è chiaro, tuttavia, se la responsabilità sottratta ai sindaci possa essere redistribuita in capo ai componenti dell'Organismo di composizione della crisi: pur non essendo rintracciabili indicatori positivi in questo senso nella bozza di Codice, un possibile rischio di questa impostazione normativa è rappresentato proprio dall'individuazione di possibili obblighi di impedimento di eventi dannosi in capo ai soggetti che partecipano all'Organismo di composizione³¹.

2.4. Le novità di diritto sostanziale in tema di responsabilità dell'ente.

La bozza di Codice, sulla scia di quanto disposto dall'art. 13 l. n. 155/2017, dedica numerose disposizioni di adattamento della disciplina del d.lgs. n. 231/2001 al contesto della liquidazione giudiziale.

Simile intervento era quanto mai auspicabile, dato che – com'è noto – il d.lgs. n. 231/2001 non contiene previsioni in tema di fallimento della società indagata o imputata.

Dal punto di vista sostanziale, la bozza di Codice si muove principalmente lungo due direttrici.

La prima, contenuta nell'art. 335, consiste nel mantenere espressamente ferma la responsabilità da reato dell'ente in caso di liquidazione giudiziale dell'impresa gestita in forma societaria.

Questa soluzione risulta utilmente ricognitiva della giurisprudenza maggioritaria in argomento che, dopo alcune decisioni che paragonavano il fallimento alla morte del reo intesa come causa estintiva del reato, si è correttamente stabilizzata nel ritenere che la sentenza dichiarativa di fallimento non può essere considerata una causa di estinzione della responsabilità da reato e che l'ente fallito risponde tanto quanto l'ente *in bonis*³².

La seconda, invece, ha carattere innovativo ed è contenuta nell'art. 338 comma 1, ove si stabilisce che: «*Se all'esito del processo a carico dell'ente è irrogata la sanzione pecuniaria, lo Stato si insinua al passivo della liquidazione giudiziale, e il credito è ammesso con il privilegio previsto dalle disposizioni del codice di procedura penale per i crediti dipendenti da reato*».

Questa nuova disposizione avrebbe il merito di offrire uno strumento per uscire dall'attuale *impasse* rappresentata dal fatto che nel vigente sistema fallimentare non è affatto certo dove debba essere collocato il credito dello Stato corrispondente alla sanzione irrogata all'ente che fallisce durante il processo di accertamento della sua responsabilità.

³¹ V., per un accenno, il par. 2.5.

³² V., per la ricostruzione del relativo dibattito, F. ROSSI, *Fallimento, "morte" della società ed estinzione della responsabilità da reato*, in *Giur. comm.*, II, 2014, p. 241 ss.

Infatti, da un lato, simile credito non è certo anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento – sorgendo solo nel momento in cui la condanna diviene irrevocabile –, il che porta ad escludere che lo stesso possa definirsi concorsuale al pari degli altri crediti vantanti nei confronti della società condannata.

Dall'altro, però, il credito dello Stato non può essere considerato prededucibile, almeno nell'accezione dell'art. 111 comma 2 l. fall. in quanto non è sorto in occasione o in conseguenza della procedura concorsuale e non è neppure qualificato come tale da alcuna disposizione di legge³³.

L'art. 338 comma 1 della bozza di Codice avrebbe, quindi, il merito di colmare una lacuna oggi presente e di legittimare la collocazione privilegiata del credito da illecito amministrativo nell'ambito del passivo della liquidazione giudiziale.

La bozza di Codice, all'art. 338 comma 2, interviene anche sul sistema sanzionatorio della persona giuridica e introduce il divieto di applicazione della confisca nei confronti dell'ente condannato; questa scelta di politica criminale si lega – e rende effettivo nel corso di tutto il procedimento di accertamento della responsabilità, compresa la fase di condanna – il divieto di sequestro preventivo sui beni della procedura stabilito dall'art. 318 della bozza di Codice, di cui sarà dato conto in seguito³⁴.

In conclusione, gli interventi in materia di responsabilità dell'ente dal punto di vista del diritto sostanziale appaiono non di particolare momento, ma tutti estremamente opportuni nel conferire maggiori certezze al funzionamento del d.lgs. n. 231/2001 nel contesto di insolvenza dell'impresa societaria.

2.5. Ulteriori considerazioni sparse.

Un aspetto della bozza di Codice che deve essere favorevolmente valutato riguarda il mantenimento di una norma analoga all'attuale art. 217-bis l. fall.

La centralità della menzionata causa di esenzione dalla bancarotta preferenziale e semplice per i pagamenti e le operazioni in esecuzione di un piano di concordato, di un accordo di ristrutturazione, di un piano di risanamento, ecc., indipendentemente dalla sua qualificazione dogmatica, è – pur con diversa sfumatura di accenti – concordemente affermata dalla dottrina³⁵.

Per questa ragione è parso particolarmente singolare che nella prima bozza attuativa della delega, quella di fine 2017, non fosse riscontrabile una norma analoga al vigente art. 217-bis l. fall. Questa mancanza, da un lato, non sembrava derivabile dalla nuova fisionomia delle procedure concorsuali (di composizione della crisi o di

³³ Per un approfondimento di questi aspetti si veda, volendo, P. CHIARAVIGLIO, [Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico](#), in *questa Rivista*, 11 dicembre 2012, p. 6 ss.

³⁴ V. par. 3.2.

³⁵ Per una sintesi delle varie posizioni v. M. SCOLETTA, *La «specialità» della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 393 ss. e N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, p. 65 ss.

liquidazione giudiziale) che, anzi, aggiungono, a monte dell'attuale fase di soluzione concordata della crisi (accordi, piani, ecc.), un differente momento di gestione collettiva dello stato patrimoniale potenzialmente prodromico all'insolvenza (la composizione assistita della crisi) e, dall'altro, nessuna delle disposizioni della citata l. n. 155/2017 avrebbe autorizzato il Governo a sopprimere l'art. 217-*bis* l. fall. e ciò sia esplicitamente sia implicitamente, in base ai principi direttivi contenuti nell'art. 2 menzionata legge delega (anzi, l'indicazione circa la necessaria continuità delle fattispecie criminose – art. 2 comma 1 lett. a) – avrebbe deposto nel senso diametralmente opposto).

Ad ogni modo, la seconda versione della bozza di Codice ha rimediato all'omissione che, a questo punto, non può che considerarsi una svista da parte della seconda Commissione Rordorf. Nell'ottica della riforma, l'esenzione dalla bancarotta preferenziale e semplice è, quindi, affidata all'art. 340-*bis* della bozza di Codice che, nel contenuto, ricalca fedelmente la disposizione fallimentaristica oggi vigente.

Questa breve rassegna degli aspetti penalistici della prospettata riforma integrale della legge fallimentare non può non concludersi con una valutazione, necessariamente parziale e prognostica, sui possibili profili di rilevanza penale della fase di composizione assistita della crisi. Si è già sommariamente illustrata la struttura del procedimento in discussione³⁶; in questa sede occorre evidenziare come l'imprenditore ed il collegio costituente l'Organismo di composizione della crisi siano normativamente indirizzati alla ricerca di misure idonee al superamento della crisi, fra le quali spicca l'accordo stragiudiziale con – tutti o parte dei – creditori.

Quid iuris, quindi, nel momento in cui le misure adottate o l'accordo coi creditori si rivelino, *ex post*, idonee solamente a procrastinare una situazione di crisi destinata comunque a sfociare nell'insolvenza e, quindi, nella liquidazione giudiziale?

Già vi sono voci, in dottrina, che prefigurano la sindacabilità anche da parte del giudice penale degli atti avvenuti durante la composizione assistita della crisi, soprattutto quando essi configurino ipotesi di pagamenti preferenziali³⁷. E, in effetti, paiono riecheggiare le autorevoli considerazioni espresse dalla migliore dottrina in tema di bancarotta preferenziale e c.d. concordato stragiudiziale³⁸: vi potrà essere una ragionevole aspettativa di irrilevanza penale dell'atto solutorio solo in presenza del consenso scriminante dei creditori. Situazione che, tuttavia, è destinata a divenire più intricata nel momento in cui la composizione della crisi interessi solo parte del ceto creditorio, dato che il diritto alla parità di trattamento innerva rapporti fra creditori e

³⁶ V. retro nota 7.

³⁷ Cfr. A. RIMATO, *Profili di responsabilità nei sistemi di allerta*, in www.osservatorio-oci.org (sezione Paper), marzo 2018, *passim*, il quale (p. 6) ritiene che i possibili rigori giurisprudenziali saranno comunque mitigati dalla causa di non punibilità prevista dall'art. 28 della bozza di Codice. Si è già visto, però, che appare molto problematico riferire la disciplina premiale dell'art. 28 a fatti successivi all'accesso alla procedura di composizione della crisi.

³⁸ C. PEDRAZZI, *Art. 216*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Roma-Bologna, 1995, p. 126 e G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 194.

che, a rigor di logica, il consenso pienamente scriminante dovrebbe essere offerto da ciascuno di loro³⁹.

In questa situazione si innestano altri due possibili percorsi di espansione della responsabilità. Da un lato non è impossibile immaginare che, in astratto, il procedimento di composizione della crisi possa dare vita a condotte bancarottiere diverse da quelle preferenziali (ad es. dissipazione, oppure operazioni dolose): se ciò fosse concretamente possibile rimarrebbe esclusa qualsiasi funzione scriminante esercitata dall'accordo coi creditori⁴⁰. Dall'altro, il ruolo attivo dei componenti del collegio dell'Organismo di composizione della crisi – e in particolare del relatore – potrebbe lasciare spazio all'ipotesi della rilevanza concorsuale del loro comportamento, di cui sarebbe relativamente agevole identificare quantomeno il contributo causale richiesto dall'art. 110 c.p. o, eventualmente, un obbligo di impedimento dell'evento-reato rilevante ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p.

3. I rapporti tra liquidazione giudiziale e le misure penali.

La legge n. 155/2017 prende in considerazione il delicato tema delle interferenze fra il processo di liquidazione giudiziale e alcuni altri procedimenti di natura giurisdizionale che potrebbero influenzare l'attività di liquidazione dell'attivo propria della procedura concorsuale.

In particolare, quantomeno nell'interpretazione che ne ha dato la seconda Commissione Rordorf, l'art. 13 l. n. 155/2017 delega il Governo a legiferare sui rapporti fra liquidazione giudiziale e misure di prevenzione; fra liquidazione giudiziale e misure cautelari adottate nel procedimento penale e fra liquidazione giudiziale e disciplina della responsabilità da reato dell'ente, con particolare riferimento alle misure cautelari.

Come si avrà modo di vedere immediatamente, tuttavia, l'individuazione dell'esatto contenuto della delega legislativa è subordinata all'analisi di una disposizione – l'art. 13 comma 1 della l. n. 155/2017 – non particolarmente felice dal punto di vista della formulazione normativa.

3.1. Le disposizioni processuali della legge delega.

L'art. 13 l. n. 155/2017 si compone di due differenti commi.

Compatibilmente con i limiti e gli scopi del presente scritto appare utile una breve analisi dei contenuti della delega, al fine di verificare entro quali confini possa liberamente muoversi il legislatore delegato e se la bozza di Codice abbia recepito le eventuali problematiche.

³⁹ Sui creditori dissenzienti o non raggiunti dalla proposta di concordato stragiudiziale, v. nuovamente, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 127.

⁴⁰ V., ancora, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 6.

Il comma secondo dell'art. 13 appare di formulazione chiara e lineare: *«Nell'esercizio della delega (..) il Governo adotta disposizioni di coordinamento con la disciplina di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, e, in particolare, con le misure cautelari previste dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale».*

Senza timori di smentita, si può affermare che la delega, in questo caso, possiede un duplice livello. Il primo, afferente al coordinamento in generale fra disciplina della responsabilità da reato dell'ente (v. par. 2.4.) ed il secondo che riguarda, in particolare, l'introduzione di norme che stabiliscano come regola il principio di prevalenza della procedura concorsuale sulle misure cautelari adottate nei confronti dell'ente, salvo l'eccezione rappresentata da ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale.

Il primo comma dell'art. 13, invece, ha una formulazione più nebulosa: *«Nell'esercizio della delega (..) il Governo adotta disposizioni di coordinamento con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, stabilendo condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza».*

La differenza di formulazione rispetto al primo comma appare evidente. In questo caso risulta più difficile interpretare la disposizione come contenente una sorta di doppia delega finalizzata al coordinamento con le disposizioni del codice antimafia e delle misure di prevenzione e, contestualmente, all'individuazione dei criteri di prevalenza delle misure cautelari penali in senso stretto (ovviamente di natura reale: sequestro preventivo, sequestro conservativo e sequestro probatorio) rispetto al processo di liquidazione giudiziale.

Nel primo comma, infatti, vi è il gerundio *«stabilendo»* che sembra proprio riferirsi al contenuto obbligato dell'opera di *«coordinamento»* di cui al periodo immediatamente precedente; di conseguenza ad un primo sguardo potrebbe sorgere il dubbio che la legge delega imponga il coordinamento fra normativa in tema di misure di prevenzione e liquidazione giudiziale come comprendente le condizioni e ipotesi di prevalenza delle misure (i.e. sequestro e confisca) adottate nel procedimento di prevenzione rispetto alla normale attività di liquidazione giudiziale.

Per contro, è pur vero che solo un legislatore particolarmente sciatto potrebbe riferirsi alle misure irrogate ai sensi del d.lgs. n. 159/2011 con l'espressione *«sede penale»* posto che è noto che il procedimento di applicazione delle misure reali di prevenzione ha poco in comune con quello penale⁴¹.

Pertanto, in sintonia con la decisione della seconda Commissione Rordorf⁴², appare preferibile interpretare il primo comma dell'art. 13 l. n. 155/2017 come contenente – anche – una delega per regolamentare il rapporto fra misure cautelari penali in senso

⁴¹ Per una efficace sintesi della genesi delle misure reali di prevenzione e della struttura essenziale del procedimento applicativo v. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali*, Milano, 2015, p. 1 ss. e 58 ss.

⁴² Di cui viene dato conto nella Relazione illustrativa, al Titolo VIII.

proprio⁴³ e il procedimento di liquidazione giudiziale, individuando le ipotesi in cui le prime hanno la prevalenza sul secondo.

3.2. *Il rapporto tra misure cautelari adottate nel processo penale (e nel processo all'ente) e la liquidazione giudiziale.*

Come si è anticipato, la bozza di Codice si occupa, in primo luogo, degli effetti dei sequestri preventivi e conservativi sullo svolgimento dell'attività di liquidazione giudiziale, affermando il principio di prevalenza della procedura concorsuale.

In particolare, l'art. 318 comma 1 della bozza di Codice stabilisce la soccombenza del sequestro preventivo – compreso quello per equivalente, quello finalizzato a confisca obbligatoria e quello *ex art. 53 d.lgs. n. 231/2001* – rispetto alla liquidazione giudiziale, salvo che la misura cautelare abbia ad oggetto beni esclusi dall'attivo della procedura, beni intrinsecamente illeciti, beni oggetto di abuso edilizio non sanabile e beni non suscettibili di liquidazione.

Il successivo comma 3 dispone, come inedito effetto della sentenza di apertura della procedura, l'inefficacia del sequestro preventivo precedentemente adottato; l'ultimo comma, invece, si occupa dell'ipotesi del sequestro preventivo adottato dopo l'apertura della procedura, situazione che diviene oggetto di esplicito divieto.

La bozza di Codice si preoccupa di rendere effettiva l'inefficacia del sequestro anteriore alla dichiarazione di insolvenza, stabilendo, all'art. 319, che l'Autorità che procede in sede penale dichiara l'inefficacia del sequestro a richiesta del curatore e ordina il dissequestro in favore della liquidazione giudiziale.

Vi sono, poi, anche alcune norme mirate a conferire al curatore la possibilità di esperire rimedi giurisdizionali contro i sequestri preventivi eventualmente adottati nei confronti di beni compresi nell'attivo della procedura. L'art. 320 della bozza di Codice, stabilisce che il curatore è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro preventivo (*post* apertura della liquidazione)⁴⁴ nonché contro il diniego di declaratoria di inefficacia, che – come si è appena visto – il curatore può richiedere in relazione ai beni sequestrati prima dell'apertura della dichiarazione.

⁴³ Non si può omettere di notare, però, che nello stesso art. 13 l. n. 155/2017 il termine "penale" è usato in senso tecnico in almeno due occasioni. Innanzitutto, nella rubrica, posto che, nuovamente, il procedimento di prevenzione non disciplina alcuna «misura penale» e, poi, anche nel secondo comma ove si fanno salve ragioni di tutela di interessi di carattere penale che, a ben vedere, non possono che attenersi alla responsabilità della persona giuridica (sulla cui natura penale la dottrina si divide, ma che il legislatore qualifica come amministrativa).

⁴⁴ Evidente, in questo caso, il completo cambio di paradigma rispetto ai – discutibili – insegnamenti della sentenza Uniland delle Sezioni Unite (Cass. Ss. Uu., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015) n. 11170, in *questa Rivista*, 3 aprile 2015, con nota di M. RIVERDITI, [Le Sezioni unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito](#)) secondo cui il curatore non può impugnare un sequestro di beni compresi nell'attivo fallimentare perché non potrebbe agire in rappresentanza dei creditori concorsuali. In tema v., in chiave parzialmente critica, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3 p. 1 ss.

Per quanto riguarda il sequestro conservativo, la bozza di Codice si limita ad introdurre il divieto di tale misura cautelare – compresa quella adottata *ex art.* 54 d.lgs. n. 231/2001 – sui beni oggetto della liquidazione giudiziale; in questo modo rimane aperta la possibilità di un sequestro conservativo anteriore alla procedura che prevarrebbe sulle esigenze concorsuali.

La bozza di Codice, in ultimo, all'art. 321 detta un'articolata disciplina dell'ipotesi di revoca o chiusura della liquidazione giudiziale privilegiando, in sostanza, la riviviscenza del vincolo cautelare sui beni che, eventualmente, non sono stati oggetto di liquidazione.

Questa molto schematica illustrazione della disciplina prevista dalla bozza di Codice mette in luce una precisa intenzione del legislatore delegato, finalizzata a porre al riparo i beni della procedura dai rigori giurisprudenziali che, molto frequentemente, privilegiano le esigenze di sequestro e confisca a discapito dei creditori concorsuali⁴⁵, i quali finivano col divenire gli – incolpevoli – destinatari della misura⁴⁶.

Simile impostazione non appare priva di pregio, in quanto risponde alla necessità di tutela del creditore concorsuale contro le pretese dello Stato che confisca un bene in ragione della commissione di un illecito, ma, pur di eseguire il provvedimento, si rivolge contro soggetti completamente estranei al comportamento disvoluto⁴⁷; il tutto in una situazione in cui per l'autore dell'illecito è parimenti afflittivo cedere il bene allo Stato per effetto della confisca, oppure cederlo ai creditori come risultato della procedura concorsuale.

3.3. *Le novità in tema di processo all'ente: cenni.*

Oltre a quanto già visto sui rapporti fra responsabilità dell'ente e liquidazione giudiziale, nonché in relazione all'ammissione al passivo del credito derivante dall'irrogazione della sanzione pecuniaria all'ente *ex art.* 10 d.lgs. n. 231/2001, la bozza

⁴⁵ Non è possibile, in questa sede, ripercorrere l'iter giurisprudenziale che, partendo dalla sentenza Focarelli delle Sezioni Unite (Cass. Ss. UU., 24 maggio 2004 (dep. 9 luglio 2004) n. 29951, Rv. 228163) e transitando per la già menzionata sentenza Uniland, ha dato vita a orientamenti rigorosi, tra i quali spicca quello che in ragione della natura sanzionatoria della confisca obbligatoria per equivalente ritiene prevalente la misura ablatoria perché, altrimenti, vi sarebbe una 'estinzione' di fatto della sanzione irrogata (di recente, in questo senso, Cass. sez. III, 1° marzo 2016 (dep. 9 giugno 2016) n. 23907, Rv. 266940 e Cass. sez. III, 9 febbraio 2017 (dep. 7 giugno 2017) n. 28077, Rv. 270333).

⁴⁶ In questo senso v., nuovamente, la Relazione illustrativa, al Titolo VIII, Capo I, che giustifica la soluzione accolta richiamando il principio del concorso dei creditori sui beni oggetto di liquidazione giudiziale e l'art. 2740 c.c. che assegna al patrimonio del debitore la l'inderogabile destinazione a garanzia delle pretese creditorie, nonché osservando come «l'ablazione determinata dall'adozione delle misure cautelari penali reali, in caso di apertura della procedura liquidatoria concorsuale, produce i suoi effetti non riguardo agli interessi del debitore bensì sugli interessi patrimoniali dei creditori».

⁴⁷ Finendo col derogare, in tal modo, al principio della *par condicio creditorum* nell'ambito delle procedure concorsuali. In questi termini v. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1279.

di Codice si preoccupa di dettare disposizioni squisitamente processuali in relazione all'accertamento della responsabilità dell'ente.

Innanzitutto, l'art. 336 disciplina l'annotazione della notizia di illecito amministrativo nell'apposito registro, che deve essere riferita al curatore in qualità di rappresentante dell'ente e ciò in sostituzione del legale rappresentante e su impulso del curatore stesso – se l'annotazione avviene prima l'apertura della liquidazione giudiziale – oppure in via originaria – qualora l'annotazione dell'illecito sia successiva all'avvio della procedura concorsuale.

In secondo luogo, l'art. 337 della bozza di Codice prevede la possibilità per il curatore di costituirsi in giudizio nell'ambito del procedimento penale a carico dell'ente, con ciò consentendogli di esercitare le scelte processuali (patteggiamento o rito abbreviato) normalmente riservate al legale rappresentante costituito in giudizio. Ovviamente, qualora l'apertura della liquidazione avvenga nel corso del processo in un momento successivo a quello preclusivo della scelta di riti alternativi, il curatore subentrerà nel processo penale «*nello stato in cui si trova*» (art. 337 comma 2) e la costituzione del precedente rappresentante dell'ente si considera decaduta.

In ultimo la bozza di Codice si preoccupa di precisare che la mancata costituzione del curatore – originaria oppure in seguito a decadenza del legale rappresentante per dichiarazione di insolvenza a processo in corso – determina un'ipotesi di contumacia dell'ente che non impedisce la regolare prosecuzione del processo a suo carico (art. 337 comma 3).

3.4. I rapporti tra liquidazione giudiziale e procedimento di prevenzione.

L'ultimo settore interessato dalla riforma attiene i rapporti fra procedure concorsuali liquidatorie e il procedimento che porta all'irrogazione della misura del sequestro di prevenzione e della successiva confisca.

In materia occorre evidenziare che la riforma, a ben vedere, non andrebbe a colmare un vuoto normativo dato che il d.lgs. n. 159/2011, agli artt. 63, 64 e 65, già si occupa di regolare i predetti rapporti (in modo differente, come si vedrà a breve), anche per effetto di una recente modifica apportata alle citate disposizioni dalla l. 17 ottobre 2017 n. 161, sostanzialmente coeva alla legge delega n. 155/2017.

Ad ogni modo, la bozza di Codice, che all'argomento dedica gli artt. da 323 a 334, pare improntata ad un principio di prevalenza della misura di prevenzione rispetto alla gestione della liquidazione giudiziale.

Infatti, sia nel caso di sequestro posteriore all'apertura della liquidazione giudiziale, sia nell'ipotesi opposta di liquidazione giudiziale successiva al sequestro, l'adozione della misura di prevenzione determina la chiusura della procedura concorsuale, ai sensi, rispettivamente dell'art. 328 e dell'art. 327 comma 1 della bozza di Codice, e ciò anche nell'ipotesi in cui il sequestro di prevenzione non riguardi la totalità dei beni ricompresi nell'attivo della liquidazione.

L'accertamento del passivo è sempre demandato al Giudice delegato della prevenzione che, nell'ipotesi di liquidazione giudiziale successiva al sequestro, cura

anche la liquidazione dei beni e distribuisce il ricavato di quelli non sottoposti a sequestro esclusivamente ai creditori concorsuali (art. 327 commi 1 e 2 della bozza di Codice).

La scelta di prevalenza della misura di prevenzione e dei suoi riti è esplicitamente giustificata dalla seconda Commissione Rordorf in ragione del necessario coordinamento fra le varie procedure⁴⁸. In quest'ottica, sempre nella Relazione illustrativa, si evidenzia che gli art. 63, 64 e 65 del d.lgs. n. 159/2011 – come recentemente modificati dalla citata l. n. 161/2017 – prendano in considerazione le medesime ipotesi disciplinate dalla bozza di Codice, senza, però, mettere in risalto il fatto che in quel caso la scelta legislativa appariva differente. Infatti, leggendo le disposizioni del d.lgs. 159/2011 ci si accorge che la prevalenza del procedimento di prevenzione è limitata ai beni compresi nell'attivo fallimentare che sono attinti dal sequestro, sia anteriore alla dichiarazione di insolvenza (art. 63 comma 4 d.lgs. 159/2011), sia successivo all'apertura della procedura (art. 64 comma 1 d.lgs. 159/2011); inoltre la chiusura del fallimento avviene solo nelle ipotesi in cui tutti i beni dell'attivo sono sottoposti a sequestro di prevenzione (art. 63 comma 6 e 64 comma 7 d.lgs. 159/2011)⁴⁹.

In definitiva, pare vi sia una diversa impostazione legislativa di fondo che, qualora la bozza di Codice fosse approvata, suggerirebbe un intervento normativo sul Codice antimafia e delle misure di prevenzione, al fine di evitare antinomie.

Nell'intento di garantire ai creditori la partecipazione al procedimento dinnanzi al Giudice delegato della prevenzione, la bozza di Codice introduce, agli artt. 326 e 328, delle forme di pubblicità circa le tempistiche e le modalità di accertamento del passivo in quel contesto.

In ultimo, l'art. 332 della bozza di Codice prevede che le misure dell'amministrazione e del controllo giudiziario siano incompatibili con la liquidazione giudiziale e che dette misure di prevenzione cessino, su richiesta del curatore, all'apertura della procedura concorsuale. In questo caso le nuove norme sarebbero in completa sintonia con quelle vigenti, in particolare con l'art. 65 d.lgs. n. 159/2011.

4. Qualche considerazione conclusiva.

L'imminente (?) riforma della legge fallimentare sicuramente non avrà il merito di affrontare in modo sistematico anche la rimodulazione dei reati di bancarotta, ribadendo – e, forse, approfondendo – quello scollamento fra “civile” e “penale” che spesso si avverte nel settore del diritto penale dell'impresa (anche insolvente).

A fronte di questo ‘peccato originale’, la commissione Rordorf ha elaborato alcune proposte legislative che, pur non esenti da aspetti problematici, sembrano

⁴⁸ Relazione illustrativa, al Titolo VIII, Capo II.

⁴⁹ Anche prima della modifica operata dalla l. n. 161/2017, l'assetto previsto dal d.lgs. n. 159/2011, quantomeno a livello procedurale, non era completamente totalizzante in favore del rito delle misure di prevenzione; cfr. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali*, cit., p. 338 ss.

contribuire allo ‘svecchiamento’ del «*vetusto arnese*»⁵⁰ della bancarotta, almeno nei limiti in cui ciò appare funzionale a rendere maggiormente effettivi i sistemi di allerta strumentali all’emersione anticipata della crisi ed alla sua risoluzione prima che essa degradi in insolvenza (che è uno degli obiettivi dichiarati della riforma)⁵¹.

Spetterà alla sensibilità dei Tribunali penali che dovranno applicare la nuova normativa operare in modo da non vanificare gli intenti dell’intervento riformatore; fuor di metafora: la partita si giocherà sul terreno delle possibili spinte espansive della responsabilità penale connaturate al procedimento di composizione assistita della crisi. È agevole intuire che qualora i Giudici penali volessero sfruttare queste potenzialità accrescitive, il valore e l’effettività del nuovo assetto – al di là delle variazioni semantiche fallimento/liquidazione giudiziale – ne risulterebbero fortemente menomati.

⁵⁰ V. nota 12.

⁵¹ Cfr. S. DE MATTEIS, *L’allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 751 ss. e G.A. POLICARO, *La crisi d’impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 1038 ss.

ILLECITA ESPORTAZIONE DI COSE DI INTERESSE ARTISTICO: LA NOZIONE SOSTANZIALE DI BENE CULTURALE E LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE N. 124 DEL 2017

*Nota a [Cass., sez. III, 17 ottobre 2017 \(dep. 8 marzo 2018\), n. 10468,](#)
[Pres. Rosi, Est. Aceto, ric. Lo Giudice](#)*

di Antonella Massaro

Abstract. *La Corte di Cassazione, chiamata a confrontarsi con l'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004 (uscita o esportazione di beni culturali), conferma che la fattispecie in questione si applica non solo al patrimonio culturale dichiarato, ma anche a quello reale. La tutela penale, altrimenti detto, prescinde da una dichiarazione delle autorità competenti che, secondo le procedure previste dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, attesti formalmente la culturalità del bene: è invece necessario e sufficiente che il bene stesso presenti, sul piano sostanziale, un oggettivo interesse culturale.*

La pronuncia in commento prende altresì in esame le modifiche apportate dalla legge n. 124 del 2017 che, ampliando il catalogo dei beni soggetti al regime di libera circolazione e la cui uscita, dunque, non è sottoposta a necessaria autorizzazione, ha sottratto le corrispondenti condotte all'ambito di operatività dell'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, determinando una parziale abolitio criminis e la conseguente retroattività delle nuove norme più favorevoli.

SOMMARIO: 1. Le questioni affrontate dalla Corte di Cassazione. – 2. La circolazione illecita dei beni culturali: la disciplina amministrativa di riferimento. – 3. La fattispecie di uscita o esportazione illecite di cose di interesse culturale. – 4. La nozione sostanziale di bene culturale (anche) nell'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004. – 5. Le criticità derivanti da una nozione sostanziale di bene culturale. – 6. Le modifiche “più favorevoli” introdotte dalla legge n. 124 del 2017. – 7. La confisca senza condanna.

1. Le questioni affrontate dalla Corte di Cassazione.

Il rapporto tra la nozione di bene culturale elaborata “a fini amministrativi” dal d.lgs. n. 42 del 2004 e la nozione di bene culturale che fa da sfondo ai reati previsti dallo stesso *Codice dei beni culturali e del paesaggio* comporta dei problemi di coordinamento di non agevole soluzione. Se, da una parte, la tutela penale in materia di patrimonio culturale risponde allo schema delle fattispecie meramente sanzionatorie che, in quanto tali, dovrebbero dipendere pressoché integralmente dalla corrispondente normativa

extrapenale, dall'altra parte le esigenze di tutela sottese all'intero *Codice dei beni culturali e del paesaggio* e la formulazione di alcune fattispecie incriminatrici farebbero propendere per una "nozione autonoma" di bene culturale, di matrice sostanziale, valida a fini penalistici. L'alternativa, altrimenti detto, è tra la tutela penale del (solo) patrimonio culturale dichiarato, circoscritta ai beni il cui valore culturale sia stato oggetto di previa dichiarazione, e la tutela penale (anche) del patrimonio culturale reale, che si estende ai beni dotati di "intrinseco" valore culturale e che prescinde da un accertamento dello stesso ad opera delle autorità competenti¹. La pronuncia in commento, di fronte all'esigenza di perimetrare l'ambito applicativo dell'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, che punisce l'uscita o esportazione illecita di cose di interesse culturale, segue il solco tracciato da questa seconda impostazione.

La vicenda giunta all'attenzione della suprema Corte riguarda il tentativo di trasferire all'estero un quadro firmato da Carlo Carrà, di esclusiva proprietà dell'imputato e mai dichiarato formalmente di interesse culturale. I giudici di legittimità precisano che il bene giuridico tutelato dalle fattispecie contenute nel *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a partire dall'art. 174, andrebbe ravvisato «non soltanto nel patrimonio storico-artistico-ambientale dichiarato, ma anche in quello reale, ovvero in quei beni protetti in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento da parte delle autorità competenti». I giudici di legittimità, poi, offrono una prima e puntuale ricostruzione degli effetti prodotti dall'art. 1, comma 175, lett. g) della legge n. 124 del 2017 (legge annuale per il mercato e la concorrenza) che, modificando il catalogo delle cose la cui uscita è soggetta ad autorizzazione ai sensi dell'art. 65 d.lgs. n. 42 del 2004, ha inciso sull'ambito applicativo dell'art. 174: la legge del 2017, più esattamente, ha determinato una c.d. *abolitio criminis* parziale dell'art. 174, con conseguente retroattività della legge successiva più favorevole ex art. 2, secondo comma c.p.

Per un più completo inquadramento della questione, può risultare utile muovere dalla disciplina relativa alla circolazione internazionale dei beni culturali, con particolare riguardo alle disposizioni in materia di autorizzazioni la cui violazione costituisce presupposto applicativo dell'art. 174: questa premessa consentirà di ripercorrere tanto il "cuore motivazionale" della sentenza in commento, costituito dalla non necessità di previa dichiarazione di "culturalità" del bene, quanto le modifiche introdotte dal recente intervento legislativo.

2. La circolazione illecita dei beni culturali: la disciplina amministrativistica di riferimento.

Attorno alla circolazione illecita di beni culturali si è consolidato un mercato esteso e particolarmente florido, quantitativamente paragonabile, stando ad alcune

¹ F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1976, p. 64; F.C. PALAZZO, *La nozione di cosa d'arte in rapporto al principio di determinatezza della fattispecie penale*, in *La tutela penale del patrimonio artistico*, Milano, 1977, p. 236 ss.

stime, a quello relativo alle sostanze stupefacenti². Si tratta inoltre di un fenomeno criminoso che può contare su una rete organizzativa di carattere transnazionale complessa e sofisticata, richiedendo altresì conoscenze altamente specialistiche nella gestione di beni che, contrariamente a quanto avviene per gli stupefacenti o per le armi, rappresentano una “risorsa limitata” e “non rinnovabile”³. A ciò si aggiunga che una parte integrante della filiera criminale legata alla circolazione illecita di beni culturali è quella relativa alle operazioni di “lavaggio” del bene, finalizzata a una immissione dello stesso nel circuito lecito del commercio d’arte: ne deriva non solo un rapporto di stretta connessione con i reati di riciclaggio e di ricettazione⁴, ma anche l’estrema difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra il mercato legittimo e quello illegittimo, i quali finiscono per permearsi vicendevolmente⁵. La sfumata progressione che dal mercato nero passa per quello “grigio” fino ad approdare al mercato lecito⁶ rende particolarmente complesso anche l’intervento del diritto penale.

I modelli più diffusi ai quali si ispirano i legislatori penali in materia di trasferimento all’estero di beni culturali sono essenzialmente due. Il primo modello è quello del “permesso con riserva di divieto” (*Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt*), che assume quale regola la libera circolazione del bene, salve le eccezioni previste dall’ordinamento. Il secondo modello è quello del “divieto con riserva di permesso” (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*), che, per contro, muove dal principio di un generalizzato divieto di trasferimento, salvi i casi consentiti dalla legge⁷: quest’ultimo è anche lo schema che fa da sfondo alla legislazione italiana, sebbene le modifiche intervenute nell’ultimo decennio abbiano progressivamente esteso l’ambito operativo della “libera circolazione”.

Le disposizioni di riferimento sono anzitutto quelle contenute nell’art. 65 d.lgs. n. 42 del 2004, significativamente modificato dalla già citata legge n. 124 del 2017. L’art. 65 prevede al primo comma un generale divieto di uscita definitiva dal territorio nazionale dei beni culturali mobili previsti dall’art. 10, commi 1, 2 e 3. Il secondo comma

² V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, in *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un’analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 84; P.B. CAMPBELL, *The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage*, in *International Journal of Cultural Property*, 2013, p. 113.

³ P.B. CAMPBELL, *The Illicit Antiquities Trade*, cit., p. 114 ss.

⁴ Per tutti P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, a cura di A. Manna, Milano, 2005, p. 252 ss.

⁵ L. NATALI, *Patrimonio culturale e immaginazione criminologica. Panorami teorici e metodologici*, in *Circolazione dei beni culturali*, cit., p. 54 ss.; S. MANACORDA, *Conclusioni*, in *Beni culturali e sistema penale*, a cura di S. Manacorda, A. Visconti, Milano, 2013, p. 165; A.J.G. TIJHUIS, *The Trafficking Problem: A Criminological Perspective*, in *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*, a cura di S. Manacorda, D. Chappell, New York, 2007, p. 90 ss.

⁶ Sul *gray market* nella circolazione dei beni culturali V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici*, cit., p. 90; P.B. CAMPBELL, *The Illicit Antiquities Trade*, cit., p. 117; L. MASSY, *The antiquity art market: Between legality and illegality*, in *International Journal of Social Economics*, 2008, p. 729 ss.

⁷ R. MUßGNUG, *Europäischer und nationaler Kulturgüter-Schutz*, in *Aktuelle Fragen des Kulturgüterschutzes*, a cura di R. Mußnug, G. Roelleckem, Heidelberg, 1998, p. 11 ss.; G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002, p. 149; V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici*, cit., pp. 93-94.

vieta altresì l'uscita di cose mobili appartenenti a soggetti pubblici o a enti privati senza fine di lucro, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni (non più cinquanta, come avveniva prima del 2017), fino a quando non sia stata effettuata la verifica dell'interesse culturale prevista dall'articolo 12, nonché dei beni, a chiunque appartenenti, che rientrino nelle categorie di cui all'art. 10, comma 3 e che il Ministero abbia temporaneamente escluso dall'uscita perché quest'ultima risulterebbe dannosa per il patrimonio culturale.

Fuori da questi casi, l'art. 65, comma 3 stabilisce che è soggetta ad autorizzazione l'uscita definitiva dei seguenti beni: a) cose, a chiunque appartenenti, che presentino interesse culturale, siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, il cui valore, fatta eccezione per le cose di cui all'allegato A, lettera B, numero 1, sia *superiore* ad euro 13.500 (limite di valore inserito dal legislatore del 2017); b) archivi e singoli documenti, appartenenti a privati, che presentino interesse culturale; c) cose rientranti nelle categorie di cui all'articolo 11, comma 1, lettere f), g) ed h), a chiunque appartengano. L'interesse culturale cui fa riferimento la lettera a) dovrebbe intendersi come «un generico “interesse culturale” non ancora accertato e qualificato»⁸.

L'art. 65, comma 4, infine, individua i beni che sono oggetto di libera circolazione, la cui uscita non è dunque sottoposta ad autorizzazione, ma solo a particolari oneri dichiarativi da parte dell'interessato. L'originario comma 4 dell'art. 65 prevedeva che fossero soggette al regime di libera circolazione le opere di pittura, di scultura, di grafica e qualsiasi oggetto d'arte di autore vivente o la cui esecuzione non risalisse ad oltre cinquanta anni, con chiaro riferimento alle opere di arte contemporanea (art. 11, comma 1, lettera d)⁹. A questa categoria di beni, con il limite temporale però innalzato a settanta anni, l'attuale formulazione dell'art. 65, comma 4 aggiunge le cose che presentino interesse culturale, siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, il cui valore sia *inferiore* ad euro 13.500, fatta eccezione per le cose di cui all'allegato A, lettera B, numero 1 (reperti archeologici, reperti derivanti dallo smembramento di monumenti, incunaboli, manoscritti)¹⁰.

Sono individuabili, dunque, tre categorie di beni in riferimento all'uscita dal territorio nazionale: a) beni culturali assolutamente non esportabili (art. 65, commi 1 e

⁸ D. NARDELLA, *Art. 65*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2004, pp. 297-298.

⁹ Sulla circolazione delle opere d'arte contemporanea, *amplius* A. GREGORI, *Rilievi critici connessi alla circolazione di opere d'arte*, in *Il diritto dell'arte. La circolazione delle opere*, II, a cura di G. Negri-Clementi, S. Stabile, Milano, 2013, p. 214 ss.

¹⁰ L'art. 65, comma 4-bis prevede che in questi casi «l'interessato ha l'onere di comprovare al competente ufficio di esportazione, mediante dichiarazione ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che le cose da trasferire all'estero rientrino nelle ipotesi per le quali non è prevista l'autorizzazione, secondo le procedure e con le modalità stabilite con decreto ministeriale. Il competente ufficio di esportazione, qualora reputi che le cose possano rientrare tra quelle di cui all'articolo 10, comma 3, lettera d-bis), avvia il procedimento di cui all'articolo 14, che si conclude entro sessanta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione».

2); b) beni la cui uscita è sottoposta ad autorizzazione (art. 65, comma 3); c) beni liberamente esportabili (art. 65, comma 4)¹¹.

Il legislatore del 2017, intervenendo sulla disciplina in questione, ha ampliato in maniera significativa il catalogo di beni sottoposti a libera circolazione: in primo luogo, ha innalzato da cinquanta a settanta anni il limite di carattere temporale previsto dall'art. 11, comma 1, lettera d), includendo, ad oggi, le opere realizzate tra il 1948 e il 1968; in secondo luogo ha esteso il regime di libera circolazione alle opere di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, sempre che il valore delle stesse non superi i 13.500 euro, scattando in caso contrario l'obbligo di autorizzazione¹².

L'autorizzazione all'uscita, è opportuno precisarlo fin da ora, può assumere non solo la forma dell'attestato di libera circolazione, ma anche quella della licenza di esportazione. L'attestato di libera circolazione è disciplinato dall'art. 68 del *Codice* e si riferisce alle cose previste dall'art. 65, comma 3. La licenza di esportazione, invece, è relativa all'esportazione al di fuori dell'Unione europea, è prevista dall'art. 2 del Regolamento (CE) n. 116/2009 ed è richiamata dagli articoli 73 e 74 del *Codice*¹³: la licenza è sempre necessaria, qualunque ne sia il valore, per i reperti archeologici aventi più di cento anni, per gli elementi di monumenti aventi più di cento anni e per gli incunaboli e i manoscritti. Per gli altri beni, invece, il regolamento prevede precise soglie di valore, superate le quali si rende necessaria l'autorizzazione. La licenza di esportazione, come precisato anche dalla sentenza in commento, non è però alternativa all'attestato di libera circolazione, ma deve essere rilasciata contestualmente a quest'ultimo.

Il rigore della disciplina prevista dall'art. 65 è temperata dai successivi articoli 66 e 67 relativi all'uscita temporanea del bene, per i quali sembra valere l'opposto modello del permesso con riserva di divieto: l'uscita è di regola autorizzata, a meno che la stessa non comprometta l'integrità e la sicurezza del bene¹⁴.

La *ratio* dell'intera disciplina potrebbe individuarsi nell'esigenza di conservazione del patrimonio culturale nazionale. Il divieto tuttavia non opera, come invece avveniva nella precedente disciplina (art. 35, comma 1, l. n. 1089 del 1939), solo quando l'uscita «costituisca danno per il patrimonio storico e culturale nazionale»: ciò in quanto, visto il dettaglio che caratterizza l'elenco dell'art. 65, in questi casi il danno dovrebbe considerarsi presunto¹⁵.

¹¹ Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39517, in *Dejure*.

¹² Per considerazioni differenti sull'ampliamento in questione, che ha suscitato in effetti molte polemiche tra gli operatori del settore, F. GIANNINI, "Con la riforma dell'esportazione non avremo più il controllo". *Intervista ad Anna Stanzani*, in *Finestra sull'arte*, 28 aprile 2017 e ID., *Morandi? Sarebbe felice vedendo le sue opere girare per il mondo. Intervista a Leonardo Piccinini*, *ivi*, 26 aprile 2017.

¹³ R. LEONARDI, *Artt. 73 e 74*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, p. 639 ss.

¹⁴ P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, cit., p. 166.

¹⁵ P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, cit., p. 166; M. FIORILLI, *Art. 65*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. Leone, A.L. Tarasco, Padova, 2006, p. 433 ss.; Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39517, cit.

3. La fattispecie di uscita o esportazione illecite di cose di interesse culturale.

La tutela penale in materia di illecito trasferimento all'estero di beni culturali è affidata all'art. 174 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, il quale riproduce la struttura dell'art. 123 d.lgs. n. 440 del 1999 che, a sua volta, riproduceva l'art. 66 l. n. 1089 del 1939, modificato dall'art. 19 l. n. 44 del 1975 e poi sostituito dall'art. 23 l. n. 88 del 1988¹⁶.

Il primo comma dell'articolo 174 punisce le condotte di *esportazione illecita* e, più esattamente, il trasferimento all'estero di cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, nonché di quelle indicate dall'art. 11, comma 1, lettere f), g) e h)¹⁷, *senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione*.

Sono due gli elementi che caratterizzano la formulazione di questa prima fattispecie. Anzitutto, il legislatore si riferisce alle *cose* (non ai beni) di interesse culturale: sembrerebbe quindi che il reato in questione, fin dalla sua formulazione letterale, risulti "autonomo" rispetto alla nozione "formale" di bene culturale offerta dall'art. 10 *Codice*¹⁸. Già la Relazione ministeriale allo schema del *Codice dei beni culturali*, precisando il ruolo attribuito al c.d. criterio reale, chiariva che, in linea generale, l'uso dei concetti di "cosa" e "bene" all'interno del Codice rispondeva alla scelta di riservare il termine "bene" alle cose per le quali la sussistenza dell'interesse culturale fosse stata positivamente accertata, mentre il termine "cose" indicava l'oggetto preso nella sua materialità a causa del suo presumibile o possibile interesse culturale¹⁹.

In secondo luogo, diviene fondamentale nell'economia della fattispecie la presenza della clausola di illiceità speciale²⁰, rispondente allo schema dell'elemento

¹⁶ Sul rapporto tra la fattispecie attuale e la normativa precedente G. MORGANTE, *Art. 174*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, p. 73 ss.

¹⁷ Art. 11 d.lgs. n. 42 del 2004: « f) le fotografie, con relativi negativi e matrici, gli esemplari di opere cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, le documentazioni di manifestazioni, sonore o verbali, comunque realizzate, la cui produzione risalgia ad oltre venticinque anni, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera c); g) i mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni, a termini degli articoli 65, comma 3, lettera c), e 67, comma 2; h) i beni e gli strumenti di interesse per la storia della scienza e della tecnica aventi più di cinquanta anni, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera c)»

¹⁸ Si sofferma sulle "discrasie terminologiche" derivanti dal riferimento alle *cose* anziché ai *beni* G. MORGANTE, *Art. 174*, cit., p. 78. Cfr., sulla formulazione dell'art. 174 in riferimento agli artt. 2 e 11 d.lgs. n. 42 del 2004, M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro, Roma, 2017, pp. 244-245.

¹⁹ G. SEVERINI, *Artt. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 27. A conferma del fatto che non si tratti di un'opzione terminologica indifferente a fini di disciplina, l'art. 2, d.lgs. n. 62 del 2008 ha previsto la sostituzione della parola "beni" con la parola "cose" in una serie di disposizioni del *Codice dei beni culturali*, compreso, come già precisato, l'art. 65, comma 3, lettera c): sul punto L. CASINI, *La disciplina dei beni culturali dopo il d.lgs. n. 62/2008: «Erra l'uomo finché cerca»*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2008, p. 1062; A. SIMONATI, *Art. 65*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 561.

²⁰ Per una ricostruzione della categoria in questione, anche in riferimento al "nodo sistematico" rappresentato dal rapporto con gli elementi normativi, in particolare, N. LEVI, *Ancora in tema di illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, 1938, p. 367; e D. PULITANÒ, *Illiceità espressa*

positivo costruito negativamente²¹: l'esportazione deve avvenire senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione. La clausola in questione, dunque, rinvia alla disciplina prevista dagli art. 68 (in riferimento all'attestato di libera circolazione) e 74 (per quanto riguarda la licenza di esportazione)²². La fattispecie di esportazione illecita si applica non solo alle ipotesi in cui, pur rientrando il bene tra quelli la cui uscita può essere autorizzata, manchi l'attestato o la licenza, ma anche al caso di beni la cui uscita *tout court* non sia autorizzabile²³: restano invece esclusi i beni soggetti al regime di libera circolazione²⁴.

La pronuncia in commento ribadisce la rilevanza penale del tentativo *ex art.* 56 c.p.²⁵, confermando un orientamento sufficientemente consolidato²⁶. Se, convertendo in bene giuridico la *ratio* che ispira la disciplina amministrativistica di riferimento, si ritenesse che l'interesse tutelato dall'art. 174 sia l'integrità del patrimonio culturale nazionale, dovrebbe concludersi che la fattispecie in questione individui un reato di pericolo presunto²⁷. Sebbene la questione non sia affrontata *ex professo* dalla sentenza in commento, la "pacifica" configurabilità del tentativo si colloca sullo sfondo della distinzione tra reati di pericolo astratto/presunto e reati di pericolo concreto, con la conseguente applicabilità dell'art. 56 c.p. solo ai primi, che non prevedono il pericolo come elemento costitutivo di fattispecie²⁸.

ed illiceità speciale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 66 ss.; ID., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 370 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, p. 154 ss.; G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, spec. p. 48 ss.

²¹ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, p. 271 ss.

²² G. MARI, *Art. 174*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., pp. 1265-1266.

²³ S. MANACORDA, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in *Circolazione dei beni culturali*, cit., p. 13. Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39517, cit., conferma che l'art. 174 «punisce non la violazione del divieto di esportazione ma - a monte - il trasferimento all'estero di cose per le quali non sia stato ottenuto l'attestato di libera circolazione (per il trasferimento verso paesi comunitari) o la licenza di esportazione (per il trasferimento verso paesi extracomunitari) e, dunque, punisce l'esportazione non accompagnata dal provvedimento autorizzatorio di uno dei beni indicati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'"autorizzazione" possa essere in concreto rilasciata».

²⁴ V. ancora Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39517, cit., alla quale fa esplicito riferimento, proprio riguardo ai beni soggetti a regime di libera circolazione, anche la sentenza in commento.

²⁵ L'originaria versione dell'art. 66 della l. n. 1089 del 1939 equiparava, a fini sanzionatori, la consumazione al tentativo, con una scelta difficilmente conciliabile con i principi generali in materia penale: S. MOCCIA, *Riflessioni sulla tutela penale dei beni culturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1993, p. 1299.

²⁶ R. TAMIOZZO, *Art. 174*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, coordinato da R. Tamiozzo, Milano, 2005, p. 756. Cfr. Cass. pen., sez. III, 10 marzo 1998, n. 4868, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1911; Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 1995, n. 1253, *ivi*, 1996, p. 1579; Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2000, n. 2056, *ivi*, 2001, p. 266;

²⁷ Sulla generica riconducibilità dell'art. 174 allo schema dei reati di pericolo G. MARI, *Art. 174*, cit., p. 1267. Di pericolo astratto parla G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 153.

²⁸ Una ricostruzione critica della questione è offerta da G. DE FRANCESCO, *Il tentativo nei reati di pericolo. Prospettive di un dialogo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 5/2013, p. 1739 ss. L'incompatibilità del tentativo con i reati di pericolo concreto è stata di recente ribadita da Cass. pen., sez. III, 5 marzo 2014, n. 21759, in *Foro it.*, 11/2014, II, cc. 598 ss.: per più ampie indicazioni giurisprudenziali sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *Art. 56*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da G. Lattanzi, E. Lupo, II, Milano, 2013, pp. 598-599. Sulla generale incompatibilità del tentativo con i reati di pericolo, per l'eccessivo arretramento della soglia di punibilità che si determinerebbe attraverso la rilevanza penale del "pericolo di

Il secondo comma dell'art. 174 punisce, attraverso un reato omissivo proprio, il mancato rientro nel territorio dello Stato, alla scadenza del termine, di *beni* per i quali era stata autorizzata l'uscita o l'esportazione temporanea.

L'ultimo comma dell'art. 174, infine, prevede la confisca obbligatoria delle *cose*, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato.

Risulta indubbiamente peculiare, sotto il profilo terminologico, la scelta legislativa di far riferimento alle "cose" nei commi primo e terzo, inserendo invece il concetto di "beni culturali" nel secondo comma. Si tratta però di una differenza che, come affermato dalla sentenza in esame, non può vedersi attribuita una valenza decisiva, posto che sarebbe del tutto illogico concludere per la irrilevanza penale del mancato rientro delle "mere" cose culturali.

4. La nozione sostanziale di bene culturale (anche) nell'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004.

Meritano particolare attenzione le tesi prospettate dalla difesa nei motivi di ricorso. Sul piano meramente letterale-terminologico, il ricorrente faceva notare come l'art. 65, comma 3, lettera a) contenga un esplicito riferimento alle sole cose di interesse *culturale* e non anche a quelle di interesse *artistico*, con la conseguenza per cui rispetto a queste ultime non potrebbe operare la confisca obbligatoria. Sul versante più propriamente sistematico, si eccepeva che solo i beni di proprietà dello Stato e degli altri enti pubblici e privati previsti dall'art. 10, commi 1 e 2 sarebbero di per sé beni culturali, mentre per quelli che appartengono a privati sarebbe necessaria la dichiarazione di interesse culturale prevista dall'art. 13: quest'ultima avrebbe una vera e propria efficacia costitutiva della qualifica di bene culturale e, dunque, in assenza della dichiarazione, la cosa potrebbe liberamente uscire dal territorio dello Stato.

La Suprema Corte non incontra particolari difficoltà nel confutare gli assunti difensivi, anche se, mentre l'argomento testuale risulta in effetti di scarso pregio, la questione si presenta più complessa in riferimento alla coppia concettuale "bene culturale-cosa di interesse culturale".

Sul piano letterale, pare del tutto condivisibile la precisazione per cui l'aggettivo "culturale" deve considerarsi una sintesi linguistica di tutte le possibili articolazioni della culturalità: artistica, storica, archeologica, etnoantropologica, archivistica e bibliografica. Non è un caso, del resto, che nel primo comma dell'art. 174, in cui il legislatore opta per una elencazione di tipo casistico, non compaia anche l'aggettivo "culturale".

Quanto alle più ampie considerazioni di carattere sistematico, il riferimento del primo comma al generico concetto di "cose", unito alla scelta di non inserire nel testo dell'art. 174 (solo) un rinvio esplicito alle precedenti disposizioni amministrative, potrebbe valere da solo a supportare l'idea di una "indipendenza" della fattispecie penale rispetto alle definizioni amministrative: è sufficiente un rapido confronto con la

un pericolo", per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, X ed., Padova, 2017, p. 445.

tecnica di formulazione degli articoli 169, 170, 171, 172, 173 per evidenziare le peculiarità dell'art. 174. Sembrerebbe, altrimenti detto, che in riferimento alla illecita esportazione di cose di interesse culturale non siano chiaramente riconoscibili i tratti di quel "diritto penale meramente sanzionatorio" che rappresenta una delle cifre caratterizzanti della disciplina ricavabile dal d.lgs. n. 42 del 2004.

Sono ben note le criticità relative a un impiego ancillare del diritto penale rispetto a quello amministrativo, tanto sul versante del principio di sufficiente determinatezza-chiarità del testo legislativo quanto su quello della necessaria offensività. Da una parte, infatti, i continui rinvii alla disciplina di settore rischiano di generare delle «vertigini combinatorie» che sacrificano l'intelligibilità del testo e riverberano i propri effetti sul piano dell'elemento soggettivo, posto che l'oggetto del dolo finisce per sovrapporsi all'ambito di operatività dell'errore sul precetto²⁹. Dall'altra parte, il rischio sempre presente è quello di porre la sanzione penale a presidio della mera disobbedienza di precetti amministrativi: si abbandonano i più rassicuranti lidi della "tutela di beni" per navigare le insidiose correnti della "tutela di funzioni"³⁰, realizzando interventi più per "campi di materia" che per "tipo di disciplina"³¹, oltretutto mediante l'uso e l'abuso dello schema dei reati di pericolo presunto³². Si tratta però di obiezioni rispetto alle quali, come anticipato, l'art. 174 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* parrebbe sufficientemente immune.

Condividendo l'idea per cui la fattispecie in questione sarebbe posta a tutela del patrimonio culturale reale³³, la suprema Corte ritiene necessario abbandonare una nozione meramente formale a favore di una nozione sostanziale di bene culturale: «l'equazione *bene culturale* = *cosa già dichiarata di interesse culturale all'esito delle procedure*

²⁹ A. MANNA, *Introduzione al settore penalistico del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 11. Analoghe considerazioni in riferimento alla tutela penale dell'ambiente, che mostra evidenti punti di contatto con quella del patrimonio culturale, sono svolte da M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova, 1996, spec. p. 61. Per un efficace inquadramento dell'impiego del rinvio nella prospettiva delle tecniche di *drafting* legislativo, per tutti, R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, II ed., Milano, 2001, p. 146 ss. Sulle questioni relative all'oggetto del dolo nei reati "a condotta neutra" doveroso il rinvio a M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo dei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, spec. p. 58 ss.

³⁰ M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio*, cit., p. 249. Più in generale T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, spec. p. 675; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 468 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 551; R. BAJNO, *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 341; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni e o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1095.

³¹ C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 99 ss.

³² Necessario (e sufficiente in questa sede) il rinvio alle note considerazioni di M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 5-9. Con specifico riferimento alla tutela penale del patrimonio culturale mediante reati di pericolo astratto S. MOCCIA, *Riflessioni sulla tutela penale dei beni culturali*, cit., p. 1274 ss.; G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 264 ss.

³³ G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., pp. 154-155.

previste dagli artt. 12 e 14, d.lgs. n. 42 del 2004» non troverebbe riscontro alcuno, né nella lettera della legge né in argomenti di tipo sistematico. I giudici di legittimità valorizzano in proposito la formulazione dell'art. 2, comma 2 d. lgs. n. 42 del 2004 che, definendo i beni culturali, si riferisce anche alle «altre cose individuate dalla legge o in base alla legge». A ben vedere, tuttavia, la definizione “aperta” contenuta dell'art. 2, comma 2 del Codice rinvia comunque a parametri di tipo “formale”³⁴ e soprattutto, pur contribuendo a delineare la *ratio* dell'intero d.lgs. n. 42 del 2004, non può certo vedersi attribuita efficacia dirimente nell'individuazione del bene giuridico rilevante a fini penalistici (come invece sembra ritengano i giudici di legittimità).

Quel che conta per l'applicazione dell'art. 174, ad ogni modo, è che la “cosa” presenti un oggettivo interesse culturale, pur non essendo formalmente dichiarata “bene culturale”.

La premessa in questione ha trovato ampia applicazione nella giurisprudenza in materia di impossessamento illecito di beni culturali (art. 176 d.lgs. n. 42 del 2004), fattispecie che non richiederebbe, almeno quando si tratti di beni appartenenti allo Stato, il formale accertamento del c.d. interesse culturale, essendo sufficiente che la “culturalità” sia desumibile da caratteristiche oggettive del bene³⁵. La sentenza in esame, richiamando i precedenti in questione, supera il possibile ostacolo relativo al fatto che gli stessi, contrariamente al caso di specie, si riferiscano a beni appartenenti allo Stato, limitandosi ad osservare che anche per questi ultimi si rende necessaria la verifica dell'interesse culturale di cui all'art. 12. Si tratta, forse, di considerazioni che rischiano di provare troppo. Per i beni appartenenti allo Stato, quella “presunzione di culturalità” che nella legge Bottai del 1939 li distingueva dai beni appartenenti ai soggetti privati risulta, in buona sostanza, confermata³⁶ e quindi non sorprende che la tutela penale operi indipendentemente da una formale dichiarazione che accerti il carattere culturale del bene. Proprio in riferimento ai beni culturali appartenenti ai privati, per contro, emerge in tutta la sua evidenza quella duplice anima, privatistica (la proprietà) e pubblicistica (il valore culturale)³⁷, che rende necessario il complesso sistema di pesi e contrappesi elaborato dalla normativa di settore. La disciplina dei beni culturali rappresenta per propria natura una “eccezione”, in quanto deroga al principio della libera proprietà³⁸: sebbene sia innegabile il definitivo approdo ad una tutela penale diretta del bene

³⁴ Cfr. G. SEVERINI, *Artt. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 27.

³⁵ Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2006, n. 39109, in *Cass. pen.*, 12/2007, p. 4681; Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2011, n. 41070, in *Cass. pen.*, 12/2012, p. 4244; Cass. pen., sez. II, 18 luglio 2014, n. 36111, in *Cass. pen.*, 4/2015, p. 1597. *Contra* Cass. pen., sez. III, 27 maggio 2004, n. 28929, in *Cass. pen.*, 11/2005, p. 3451, con nota critica di P. CIPOLLA, P.G. FERRI, *Il recente codice dei beni culturali e la continuità normativa in tema di accertamento della culturalità del bene*.

³⁶ P. CIPOLLA, P.G. FERRI, *Il recente codice dei beni culturali*, cit., p. 3459.

³⁷ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 1976, I, p. 25.

³⁸ G. SEVERINI, *Artt. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 11, anche per ampie indicazioni bibliografiche.

culturale³⁹, sarebbe forse eccessivo concludere per la completa irrilevanza della distinzione tra “beni culturali pubblici” e “beni culturali privati”⁴⁰.

La circostanza alla quale potrebbe attribuirsi rilievo determinante è, come già precisato, la tecnica di formulazione dell’art. 174, con la conseguente possibilità di valorizzare l’argomento *a fortiori*: se si ammette che la tutela penale possa operare indipendentemente da un provvedimento formale che attesti la culturalità del bene in riferimento a fattispecie, quale quella di cui all’art. 176, che contengono un rinvio esplicito all’art. 10, *a fortiori* dovrebbe ammettersi la medesima conclusione per l’art. 174, che contiene un generico riferimento alle “cose” di interesse culturale. Non si tratta, del resto, di una conclusione irragionevole sul piano sistematico, posto che la *ratio* dell’art. 174 è quella di realizzare una tutela anticipata dell’integrità del patrimonio culturale nazionale, specie attraverso la rilevanza penale di condotte che, determinando l’uscita della “cosa” dal territorio dello Stato, renderebbero di fatto irrealizzabile una verifica volta a dichiarare la sua “formale” culturalità.

La nozione di bene culturale “reale”, necessaria a definire l’ambito operativo dell’art. 174, dunque, non incontra ostacoli insormontabili⁴¹, né sul piano letterale né su quello sistematico, rendendo più sfumata la distinzione tra la tutela penale del patrimonio culturale apprestata dal codice penale e quella rinvenibile nel d.lgs. n. 42 del 2004. Potrebbe infatti ritenersi che mentre il codice penale appresti una tutela esterna e indiretta, indipendente dalla previa dichiarazione, il codice dei beni culturali abbia introdotto una tutela diretta, “filtrata” proprio dalla dichiarazione dell’autorità competente⁴²: la tendenza, viceversa, sembra quella per cui, salve diverse ed esplicite disposizioni in senso contrario, il patrimonio culturale reale rappresenti l’oggetto privilegiato della tutela penale, complessivamente intesa.

5. Le criticità derivanti da una nozione sostanziale di bene culturale.

Non può negarsi, ad ogni modo, che dalla nozione sostanziale di bene culturale derivino evidenti criticità, ravvisabili essenzialmente sul versante della necessaria determinatezza della fattispecie e su quello dell’elemento soggettivo del reato.

³⁹ Il riferimento è alla distinzione tra un sistema di tutela penale indiretta e un sistema di tutela penale diretta evidenziata da F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, cit., pp. 58-59. Il primo sistema si fonda su un sottostante regime privatistico dei beni artistici e, attribuendo prevalenza all’interesse individuale, circoscrive la tutela penale nei limiti di una tutela della proprietà contro le offese dei terzi. La tutela diretta si fonda invece su un regime pubblicistico protettivo e, pertanto, «comporta una tutela penale diretta alla cosa dell’arte in quanto tale, per il suo intrinseco valore culturale, a prescindere dalla appartenenza privata o pubblica della cosa ed anche contro le offese del proprietario».

⁴⁰ Sulla distinzione tra il regime giuridico previsto per i beni di appartenenza pubblica e quelli di appartenenza privata, si sofferma, in una prospettiva penalistica, P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in *Beni culturali e sistema penale*, cit., p. 36 ss.

⁴¹ In senso conforme Cass. pen., sez. III, 3 novembre 2016, n. 17223, in *D. & G.*, 2017.

⁴² P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali*, cit., p. 35.

Quanto alla determinatezza, sebbene quest'ultima rappresenti forse l'articolazione della legalità penale meno valorizzata nella giurisprudenza costituzionale⁴³, è evidente che sia destinata quanto a meno a sopportare delle tensioni in presenza di una nozione di bene culturale affidata a un non meglio precisato "oggettivo interesse culturale" della cosa mobile⁴⁴.

Anche a voler ritenere superabili i dubbi sul piano del principio di determinatezza, resta il fatto che, almeno in certi casi, assumerà rilievo determinante il ruolo degli esperti intervenuti nel processo penale e chiamati a tracciare, per le cose di interesse artistico, il non sempre scontato confine tra ciò che è arte e ciò che non lo è⁴⁵. Nel caso di specie, i giudici di merito si erano confrontati con due opinioni discordanti. Da una parte, Luca Carrà, nipote dell'artista Carlo Carrà e responsabile dell'omonimo archivio, negava l'autenticità del disegno, ritenendolo non riconducibile alla mano di suo zio. Dall'altra parte, la Sovrintendenza reputava attribuibile l'opera a Carlo Carrà, valorizzando, per esempio, la presenza della sua firma sull'opera, il carattere preparatorio del disegno che conduceva ad escludere l'ipotesi del falso, le dimensioni dell'opera (80x60), la data apposta sulla stessa (1938) che risultava del tutto coerente con la dedica ("a Felice", probabilmente Felice Casonati o Felice Carena, entrambi pittori). La suprema Corte rileva come il parere della Sovrintendenza, lungi dall'essere stato acriticamente accolto da parte dei giuridici di merito, fosse stato sottoposto a un vaglio

⁴³ V. sul punto F.C. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 57. In riferimento alla "riscoperta" della determinatezza nell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, relativa alla "saga Taricco", in particolare, M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Napoli, 2017, pp. 40 e 44; M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti*, *ivi.*, p. 99; M.L. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in *Dir. fondam.*, 1/2017, pp.14-15.

⁴⁴ «In mancanza di criteri obiettivi sulla base dei quali affermare la natura di bene culturale o paesaggistico di un determinato oggetto ovvero di un determinato luogo, si rischia innanzitutto di violare il fondamentale principio di tassatività-determinatezza della fattispecie penale dal momento che la sussistenza di un interesse culturale o paesaggistico del bene offeso verrebbe fatalmente a dipendere dall'*arbitrium iudicis*»: G. MORGANTE, *Art. 174*, cit., p. 65. Anche R. LATAGLIATA, *Relazione di sintesi*, in *La tutela penale del patrimonio artistico storico ed archeologico*, Perugia, 1985, p. 180, pur ritenendo che il valore culturale di un bene costituisca non il risultato di un giudizio valutativo, ma qualcosa di ontologicamente preesistente, ammette che l'individuazione del concetto in questione risulti particolarmente delicata e complessa. V. anche F. LEMME, *Compendio di diritto dei beni culturali*, Padova, 2013, p. 15 ss. e, sia pur con specifico riferimento al falso d'arte, P. CIPOLLA, *La falsificazione di opere d'arte*, in *Giur. mer.*, 10/2013, p. 2032. Per più ampie considerazioni relative alla nozione «metagiuridica» di bene culturale C. ZUCHELLI, *Art. 13*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 151.

⁴⁵ La questione presenta tratti molto simili a quella che, in un passato recente ma ormai superato, riguardava i rapporti tra l'opera d'arte cinematografica o lo spettacolo cinematografico osceno, efficacemente sintetizzati dalla complessa (a tratti rocambolesca) vicenda giudiziaria di cui è stato protagonista il film *Ultimo tango a Parigi* di Bernardo Bertolucci. Le sentenze del "caso Ultimo tango", nonché la perizia artistica intervenuta nella seconda fase della vicenda (quella successiva alla proiezione "clandestina" del film del 1982), sono raccolti nel volume *Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale*, a cura di A. Massaro, Roma, 2013. In riferimento alla prima fase della vicenda giudiziaria si segnalano le note riflessioni di E. AMODIO, *Perizia "artistica" ed indagini demoscopiche nell'accertamento dell'osceno cinematografico*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 669 ss.

critico attento, oggettivo e razionalmente verificabile. Ad avviso degli stessi giudici di legittimità, tuttavia, «non si può nemmeno negare la particolare pregnanza di un parere proveniente da un organo pubblico qualificato e deputato a esprimersi sulla imposizione del vincolo culturale, un parere che, quando positivamente espresso, esonera il giudice dall'obbligo di rivalutarne la correttezza in assenza di elementi specifici tali da ingenerare anche solo il dubbio sul punto». Il ruolo degli “esperti qualificati”, dunque, diviene pressoché determinante⁴⁶.

Le incertezze ravvisabili in sede “oggettiva” sono destinate a riflettersi sull'elemento soggettivo del reato. Il valore culturale del bene è certamente parte integrante dell'oggetto del dolo, ma l'impressione è quella per cui la rappresentazione di questo elemento sia spesso considerato pressoché *in re ipsa*⁴⁷.

Il dolo potrebbe essere escluso da un errore che cade non solo sul carattere culturale del bene, ma anche sulle regole amministrative che disciplinano l'autorizzazione all'uscita: in quest'ultimo caso a venire in considerazione è certamente un elemento normativo giuridico, mentre l'interesse culturale individuerrebbe un elemento normativo extragiuridico⁴⁸. Sono state efficacemente evidenziate le criticità relative agli elementi normativi extragiuridici (intesi anche come elementi *wertaussfüllungsbedürftig*, “bisognosi di essere riempiti di valore”), che andrebbero tenuti ben distinti dagli elementi normativi in senso stretto. Mentre questi ultimi sarebbero quelli che possono essere compresi sul presupposto logico di una norma diversa da quella che lo contiene⁴⁹, gli elementi extragiuridici andrebbero piuttosto ricondotti al *genus* degli elementi valutativi: si tratterebbe, più esattamente, di elementi rispetto ai quali l'interprete, non disponendo di un preliminare contesto di significati di uso consolidato e universale, si trovi a definire nel corso del tempo la reale latitudine applicativa della norma che contiene l'elemento⁵⁰. L'esempio comunemente portato al riguardo è quello della “oscenità” di un atto, ma, *mutatis mutandis*, le medesime considerazioni sembra possano valere anche per la culturalità di un bene.

Le questioni classificatorie, sul piano dell'errore, potrebbero essere ridimensionate mediante una “equiparazione” di disciplina, derivante dalla (sia pur problematica) ammissibilità di una residua responsabilità per colpa anche nell'art. 47, terzo comma c.p.⁵¹: indipendentemente, quindi, dal fatto che gli elementi valutativi siano

⁴⁶ Cfr., sul ruolo dei periti chiamati ad accertare la qualifica di “cosa d'arte”, F.C. PALAZZO, *La nozione di cosa d'arte*, cit., p. 239.

⁴⁷ Sulle “scorciatoie presuntive” nei processi penali che hanno ad oggetti beni culturali, più in generale, L. LUPARIA, *La tutela penale dei beni culturali nella dimensione processuale: avvertenze e proposte nello scenario di riforma*, in *Circolazione dei beni culturali*, cit., p. 254.

⁴⁸ G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 158; G. MORGANTE, *Art. 174*, cit., p. 64.

⁴⁹ Si tratta della celeberrima definizione proposta da K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, München-Berlin, 1954, p. 157, il quale comunque distingue tra elementi normativi giuridici ed etico-sociali.

⁵⁰ L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, spec. p. 209 ss., alla quale si rinvia anche per la difficoltosa compatibilità degli elementi in questione con le istanze di necessaria determinatezza della fattispecie penale.

⁵¹ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 403.

ricondotti agli elementi normativi o a quelli descrittivi, l'errore sugli stessi escluderà il dolo, lasciando al più residuare una responsabilità per colpa. Il ricorso all'art. 47 (terzo comma) c.p. è stato però considerato inappagante, posto che l'assenza di una fattispecie di esportazione illecita colposa rischierebbe di creare pericolosi vuoti di tutela, rendendo di conseguenza preferibile il ricorso all'art. 5 c.p.⁵². Il rischio, tuttavia, è quello di incorrere in una vera e propria inversione metodologica⁵³, che può al più fornire spunti di riflessione in una prospettiva di riforma⁵⁴, ma non certo contribuire all'individuazione della disciplina applicabile.

Deve ad ogni modo precisarsi che, qualora la condotta diretta all'uscita o al trasferimento del bene sia connotata da elementi di "clandestinità", almeno nella forma della dissimulazione, risulterà indubbiamente più agevole pervenire alla prova del dolo, sdrammatizzando almeno in parte le delicate questioni che si pongono in tema di accertamento⁵⁵.

6. Le modifiche "più favorevoli" introdotte dalla legge n. 124 del 2017.

Come anticipato, la legge n. 214 del 2017 ha, tra l'altro, ampliato l'ambito delle cose di interesse culturale la cui uscita non è più soggetta ad autorizzazione, includendovi le opere di autore non più vivente, la cui esecuzione risalgia a oltre settanta anni e il valore risulti inferiore a 13.500 euro, a meno che non si tratti, indipendentemente dal loro valore, di reperti archeologici, reperti derivanti dallo smembramento di monumenti, incunaboli e manoscritti.

Si tratta di modifiche che producono evidenti effetti sull'ambito applicativo dell'art. 174 d.lgs., determinando, in particolare, una c.d. *abolitio criminis* parziale per le ipotesi in cui il trasferimento all'estero abbia ad oggetto beni considerati di non rilevante valore secondo i nuovi criteri introdotti dal legislatore: *ex* art. 2, secondo comma c.p., dunque, le nuove norme si applicano retroattivamente in quanto più favorevoli.

La pronuncia in esame, chiamata a confrontarsi con la nuova disciplina, giunge all'enunciazione del seguente principio di diritto: «il trasferimento all'estero di cose di interesse culturale di non eccezionale rilevanza di cui all'art. 65, comma 3, lett. a), d. lgs. n. 42 del 2004, diverse da quelle di cui all'allegato A, lettera B n. 1, e di valore pari o

⁵² G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 159. Anche G. MORGANTE, *Art. 174*, cit., p. 65 evidenzia la pericolosa breccia che si aprirebbe nel sistema delineato dal *Codice dei beni culturali* se si ammettesse l'operatività dell'art. 47, terzo comma c.p. nelle ipotesi in cui il soggetto si limiti ad addurre l'ignoranza del valore culturale del bene, ragion per cui il legislatore ha fatto ricorso a fattispecie prevalentemente contravvenzionali. Sulle criticità che si registrerebbero anche nella fattispecie colpose in ordine alla conoscibilità del valore culturale del bene P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali*, cit., p. 41.

⁵³ V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici*, cit., p. 95.

⁵⁴ Per considerazioni *de iure condendo* relative all'elemento soggettivo, in particolare, C. SOTIS, *La tutela penale dei beni culturali mobili. Osservazioni in prospettiva de iure condendo*, in *Circolazione dei beni culturali mobili*, cit., p. 133 ss.

⁵⁵ Cfr. V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici*, cit., p. 95.

inferiore ad € 13.500,00, non integra il reato di cui all'art. 174, comma 1, d.lgs. n. 42 del 2004. Le modifiche introdotte dall'art. 175, comma 1, lett. g), nn. 1 e 2, legge 4 agosto 2017, n. 124, in quanto incidono sulla struttura del reato di cui all'art. 174, d. lgs. n. 42 del 2004, restringendone l'ambito applicativo, si applicano anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore».

Nel caso di specie, del disegno attribuito a Carlo Carrà, risalente a oltre settanta anni prima del fatto, non era stato accertato anche il valore, posto che il parametro risultava irrilevante sulla base della disciplina precedente al 2017. Si sarebbe dunque profilato lo scenario dell'annullamento con rinvio per l'accertamento del valore dell'opera, ma l'intervenuta prescrizione comporta che i giudici di legittimità annullino senza rinvio per estinzione del reato, non essendo consentito un rinvio "meramente esplorativo" al giudice di merito⁵⁶.

7. La confisca senza condanna.

L'intervenuta prescrizione, tuttavia, non consente anche di procedere alla restituzione del bene confiscato. La confisca obbligatoria prevista dall'art. 174, comma 3, ad avviso della giurisprudenza di legittimità, ben potrebbe consistere in una "confisca senza condanna", applicabile nonostante l'intervenuta prescrizione del reato⁵⁷. Resta ovviamente la possibilità di rivolgersi al giudice dell'esecuzione per ottenere la restituzione dell'opera, chiedendo, in particolare, di accertare il valore della stessa.

La Corte di cassazione, confermando un noto precedente di qualche anno fa⁵⁸, precisa che in questa ipotesi non potrebbero trovare applicazione i principi affermati

⁵⁶ V. sul punto Cass. pen., sez. un., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano, in *Cass. pen.*, 11/2003, p. 3328 ss., con nota di T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni unite*: «la Corte di cassazione è chiamata a decidere sulla base dell'accertamento compiuto dal giudice di merito e contenuto nella sua sentenza. Se nelle more tra la pronuncia della decisione impugnata e la trattazione del ricorso è intervenuta un'abolizione parziale è alla decisione impugnata che la Corte di cassazione deve fare riferimento per stabilire se gli elementi richiesti dalla nuova legge avevano o meno formato oggetto dell'accertamento giudiziale, e in caso affermativo su di essi deve esercitare il suo giudizio; ma se quegli elementi non hanno formato oggetto di accertamento e la Corte di cassazione si trova in presenza di un fatto che, per come è stato accertato dal giudice di merito, rientra nell'ambito dell'abolizione, e dunque non è più previsto come reato, non può che trarne le conseguenze imposte dagli artt. 129 e 620 comma 1 lett. a) c.p.p. Un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito. È vero che il sistema processuale deve adattarsi per fare fronte alle sopravvenienze legislative e che specifiche regole di adattamento nel giudizio di cassazione possono essere ravvisate negli artt. 609 comma 2 e 619 comma 3 c.p.p., ma è anche vero che la Corte di cassazione, posta di fronte a una sentenza di condanna per un fatto che nei termini in cui è stato accertato viene a risultare non più previsto come reato, non può sottrarsi alla regola dell'art. 129 c.p.p. adducendo il dubbio che ulteriori accertamenti da parte del giudice di rinvio potrebbero condurre a conclusioni diverse».

⁵⁷ Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2017, n. 9156, in *D&G*, 2017; Cass. pen., sez. III, 4 novembre 2009, n. 49438, in *Dejure*.

⁵⁸ Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2015, n. 42458, in *Cass. pen.*, 11/2016, p. 4176, con nota di F. VIGLIONE, *Prescrizione del reato e confisca dei beni culturali, sanzione penale o misura amministrativa?* e in questa *Rivista*, 23 novembre 2015, con nota di R. MUZZICA, [Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?](#).V.

dalla sentenza *Varvara* della Corte EDU in riferimento alla confisca urbanistica. Nella sentenza richiamata, il giudice interno si era mostrato “più realista del re”⁵⁹, riferendosi *ad abundantiam* e in maniera non del tutto pertinente all’art. 7 CEDU. La Corte di cassazione, infatti, muoveva dal presupposto per cui la confisca dell’art. 174, comma 3 d.lgs. n. 42 del 2004 non avesse una funzione sanzionatoria, ma individuasse una misura recuperatoria di carattere amministrativo⁶⁰. La nota vicenda interpretativa sviluppata attorno alla confisca urbanistica (vicenda non ancora conclusasi, visto che si protrae l’attesa per la pronuncia della Grande Camera relativa al caso *Hotel Promotion*⁶¹), trova la sua premessa logico-giuridica nel fatto che, ad avviso della Corte europea, alla confisca in questione deve attribuirsi una natura “sostanzialmente penale”⁶²: da ciò deriva non solo che la “confisca-pena” presupponga un giudizio di responsabilità formulato in riferimento tanto all’elemento oggettivo quanto a quello soggettivo del reato, ma anche (come necessaria conseguenza) che la stessa possa essere applicata solo a seguito di una condanna dell’imputato. La Corte costituzionale, con la celeberrima sentenza n. 49 del 2015⁶³, ha ritenuto ammissibile che la “confisca-pena” resti sottoposta a uno statuto differente rispetto alle altre sanzioni penali e che, in particolare, possa applicarsi anche in assenza di una sentenza di condanna “in senso stretto”. Il Giudice delle Leggi ha precisato che il concetto di “condanna”, individuato dalla Corte europea quale necessario presupposto dell’applicazione di una “pena CEDU”, non vada inteso in un’accezione meramente formale, ma, piuttosto, valorizzando la sostanza della pronuncia che di volta in volta viene in considerazione. Alla nozione sostanziale di pena fa da *pendant* una nozione altrettanto sostanziale di condanna: la sentenza che accerta la

anche, sia pur in riferimento alla precedente disciplina, P. CIPOLLA, *Sulla obbligatorietà della confisca di beni culturali appartenenti allo Stato e illecitamente esportati*, in *Giur. mer.*, 9/2011, p. 2197 ss.

⁵⁹ Così R. MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione*, cit., p. 5.

⁶⁰ Articolate riflessioni sulla natura giuridica della confisca prevista dall’art. 174, comma 3 del d. lgs. n. 42 del 2004, con le relative conseguenze sul piano della disciplina applicabile, sono svolte da M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio*, cit., pp. 252-253.

⁶¹ G. CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza “Varvara”?*, in *Arch. pen. web*, 2/2015. P. 1 ss.

⁶² Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, in questa Rivista, 16 maggio 2012, con nota di L. BEDUSCHI, [Confisca degli “ecomostri” di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l’Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione](#); Corte EDU, sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09 (con la eloquente *Opinione in parte concordante, in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque*), in questa Rivista, 5 novembre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 Cedu](#); V. MANES, [La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in questa Rivista, 13 aprile 2015. Sulla svolta sostanzialistico-funzionale impressa dalla nozione autonoma di materia penale elaborata dalla Corte EDU, di recente e per tutti, V. MANES, *Problemi e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2017, p. 988 ss.

⁶³ Per eterogenee valutazioni della sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale v. F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 339 ss.; O. DI GIOVINE, [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), *ivi*, p. 11 ss.; D. PULITANÒ, [Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015](#), *ivi*, p. 318 ss.; L.V. LO GIUDICE, [Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controllimiti](#), in questa Rivista, fasc. 4/2017, p. 239 ss.

prescrizione di un reato, in effetti, «non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità», che anzi si rende necessario qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica⁶⁴. L'accertamento in questione ben potrebbe essere considerato sufficiente ai fini dell'applicazione di una "pena CEDU", senza che dalla sentenza *Varvara* sia possibile ricavare il (differente) principio di diritto per cui l'applicazione della confisca urbanistica debba necessariamente seguire a una sentenza "formalmente" di condanna⁶⁵.

Non del tutto pertinente si rivela dunque il riferimento ai principi della sentenza *Varvara* per la confisca di cui all'art. 174, comma 3 d.lgs. n. 42 del 2004, oltretutto escludendo che in questo caso possa ipotizzarsi «una lesione del diritto alla proprietà privata, vertendosi al cospetto di beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato». Anzitutto, come già precisato, non sembra in discussione la natura "non penale" della misura in questione. In secondo luogo, anche a voler ipotizzare una sua natura penale, resta il fatto che nel caso oggetto della presente pronuncia la soglia del sostanziale accertamento della responsabilità richiesto dalla Corte costituzionale risulterebbe ampiamente superata.

Si rende necessario segnalare la recente introduzione dell'art. 578-bis c.p.p. da parte del d.lgs. n. 21 del 2018, di attuazione della delega in materia di riserva di codice. L'art. 578-bis c.p.p., rubricato *Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione*, stabilisce che «quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». La "confisca nonostante la prescrizione", dunque, potrebbe trovare applicazione solo quando sia stata emessa almeno una sentenza di condanna in primo grado, con ciò resolvendo per via legislativa le incertezze mostrate al riguardo dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁶.

Alle confische previste da altre disposizioni di legge cui fa riferimento l'art. 578-bis c.p.p. dovrebbe ricondursi anche quella di cui all'art. 174, comma 3 d. lgs. n. 42 del 2004 e, più in generale, le forme di confisca che non abbiano natura sostanzialmente

⁶⁴ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 5 del *Considerato in diritto*. Si tratta di osservazioni che si pongono a valle di un più ampio percorso giurisprudenziale: v., in particolare, sui poteri cognitivi del giudice in presenza di una causa di estinzione del reato, Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2008, n. 38834, De Maio, in *Cass. pen.*, 4/2009, p. 1392, con nota di P. IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni unite*; con più specifico riguardo al superamento del "giudicato formale" come presupposto della confisca, Cass. pen., sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756, Ciancimino, in *Dejure*, secondo cui l'estinzione del reato non preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo ex art. 240, secondo comma, n. 1 c.p., poiché il riferimento alla condanna non evoca la categoria del giudicato formale, ma postula unicamente la necessità di un accertamento incidentale equivalente rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità, a prescindere dalla formula con la quale il giudizio è formalmente definito.

⁶⁵ Il concetto di "condanna in senso sostanziale" è stato accolto da Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, in *Arch. pen. web*, 2/2015, con nota di G. CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*.

⁶⁶ Si rinvia sul punto a A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le ricadute in tema di riserva di codice nella materia penale*, in *Arch. pen. web*, 2018, p. 1 ss.

penale. Il legislatore ha quindi operato nel senso di un “livellamento delle garanzie”: il minimo comun denominatore è la nozione di condanna in senso sostanziale, il presupposto applicativo è rappresentato dal *nomen iuris* “confisca”, il risultato è la parificazione della disciplina prevista per le confische “sostanzialmente penali” e quelle “amministrative”.

Nell’epoca nel *nullum crimen sine confiscatione*⁶⁷ sembrava fisiologico approdare al principio del “nessuna confisca senza condanna”, ma serviva una condanna in senso sostanziale per evitare la scure della prescrizione e assicurare che (almeno) la confisca potesse salvarsi dall’impietoso fluire del tempo.

⁶⁷ V. MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, p. 1259 ss.

DAL CODICE PENALE “SCHEUMORFICO” ALLE *PLAYLIST*. CONSIDERAZIONI INATTUALI SUL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI CODICE

di Michele Papa

SOMMARIO: 1. Che cos'è lo scheumorfismo? – 2. La natura metaforica dello scheumorfismo. – 3. La riforma Orlando e la riserva di codice: il d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21. – 4. Riserva di codice e principio rieducativo: la costruzione del codice come “città ideale” del diritto penale è davvero un indispensabile strumento perché si realizzi la rieducazione del condannato? – 5. Dal codice come “città-ideale” al codice come “centro di accoglienza”: sta nascendo un oggetto scheumorfico? – 6. Riserva di codice e decodificazione. – 7. L'attuazione della riserva di codice nel decreto legislativo 21 del 2018. – 7.1. La proclamazione del principio della riserva di codice nel nuovo art. 3 bis c.p. – 7.2. Il trasferimento di fattispecie incriminatrici dalle leggi speciali al codice. – 8. Bisogna rassegnarsi al fatto che il codice sia diventato un oggetto scheumorfico? – 9. Un passo indietro: di che materiale era fatto il codice penale tradizionale? Dobbiamo ancora subire il condizionamento (epistemologico e ideologico) del codice come oggetto cartaceo? – 10. Preliminari per una nuova riflessione sulle modalità organizzative della legislazione penale. – 11. Oltre il modello della città-ideale: organizzare e sistematizzare la legislazione come “villaggio globale”. – 11.1. Il *network*. – 11.2. Dal *network* alle *playlist*.

1. Che cos'è lo scheumorfismo?

Vorrei tranquillizzare subito il lettore: “scheumorfico” è parola inconsueta, di cui molti sono autorizzati a non conoscere il significato. È un neologismo (con un doppio etimo greco¹) apparso, qui da noi, abbastanza di recente²; evoca qualcosa di nuovo, anzi... d'antico: lo “scheumorfismo” è il fenomeno per cui la forma, la struttura fisica di un oggetto viene “copiata” e poi usata nella elaborazione di un altro oggetto; un oggetto diverso e, per lo più, cronologicamente successivo. Qualche immagine farà immediata chiarezza:

¹ Il termine scheumorfismo si ricollega, infatti, da un lato alla parola “*skeuos*” (σκεῦος), che vuol dire vaso, recipiente, contenitore, guscio (*skeuos* è talora addirittura il corpo, inteso come “contenitore dell'anima”); dall'altro, a “*morphé*” (μορφή), che, come si sa, è la forma.

² Il lemma non risulta ancora presente nei principali dizionari della lingua italiana. Esiste tuttavia una breve voce di Wikipedia (<https://it.wikipedia.org/wiki/Scheumorfismo>). Nella lingua inglese, l'uso del termine “*skeuomorph*” è più diffuso e risalente, essendo stato introdotto, nella letteratura sull'arte decorativa, sin dalla fine del secolo XIX.

Rimando, per gli essenziali riferimenti, a <https://en.wikipedia.org/wiki/Skeuomorph>.



La struttura fisica del legno cessa, nei fogli di *linoleum*, di essere vera materia (con la sua consistenza e struttura) e diviene, coi suoi tratti morfologici, un “disegno” della plastica. Lo stesso può dirsi per la forma della tradizionale caffettiera “*Moka express*” rispetto alla più moderna macchina del caffè elettrica; e così per la sagoma del naso che caratterizza il sostegno porta-occhiali. Tutti questi sono appunto “oggetti scheumorfici”.

Come si può cogliere nel confronto tra gli oggetti richiamati, l’uso della forma “scheumorfica” può collegarsi con maggiore o minore “pertinenza” all’oggetto che la riceve. Alcune volte, come negli esempi qui richiamati, la pertinenza è intensa: il richiamo morfologico si collega cioè ad una chiara analogia funzionale tra l’oggetto originario (il parquet in legno, la *Moka*, il naso) e quello su cui viene traslata la forma. Altre volte, il legame è più tenue: sino a evaporare laddove la forma scheumorfica abbia funzione meramente decorativa.

Nella storia dell’arte, l’uso di forme scheumorfiche è noto sin dall’antichità: dal richiamo di finti ornamenti metallici nelle ceramiche minoiche, ai fregi marmorei che nei templi greci erano mutuati dalle forme dei precedenti templi in legno. Innumerevoli gli esempi nell’arte figurativa:



Figura 1 Hieronymus Bosch, L' "uomo albero", particolare del Giardino delle delizie (1480 circa); Figura 2 Giuseppe Archimboldo, L'imperatore Rodolfo II vestito da Vertumno, (1591); Figura 3 Composizione dell'artista contemporaneo Diego Cusano.

2. La natura metaforica dello scheumorfismo.

Il fenomeno dello scheumorfismo ha natura essenzialmente metaforica. Esso determina infatti una trasposizione simbolica di significato. La venatura del legno si trasforma da oggetto in simbolo. Così pure, negli esempi sopra citati, la forma della *Moka* o quella del naso.

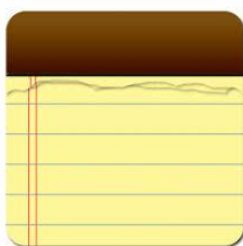
Proprio per tale sua caratteristica essenziale, lo scheumorfismo è molto più diffuso, e antico, di quanto lo sia il neologismo che lo denota.

Non sorprende dunque constatare come lo scheumorfismo investa in proporzioni veramente eclatanti il mondo digitale e informatico. L'uso di icone scheumorfiche è stata a lungo, e continua in buona misura ad essere, la caratteristica stilistica dell'interfaccia Apple. Da Apple, lo scheumorfismo è da tempo transitato, pur con diversa intensità, ad altri ambienti, quali ad esempio Windows o Google.

È vita di tutti i giorni: quando vogliamo cancellare un file lo gettiamo nel "cestino", utilizzando l'apposita icona; una icona, appunto, "scheumorfica".



Le figura scheumorfiche di uso quotidiano sono, nel mondo digitale, innumerevoli:



Le forma e la struttura dei vecchi *block notes* cartacei, della tradizionale libreria in legno, del disco con cui si "faceva il numero" negli antichi telefoni, diventano l'interfaccia (un'icona o qualcosa di più complesso) che ci consente di svolgere, nel mondo informatico, operazioni equivalenti (più o meno...) a quelle che un tempo si svolgevano nel mondo materiale.

Non è questa, ovviamente, la sede per approfondire in termini generali il tema dello scheumorfismo, discutendo ad esempio la questione dei suoi rapporti con la metafora; oppure i suoi alterni destini nell'estetica del design, ove le icone scheumorfiche (tradizionalmente usate, come si diceva, dai sistemi Apple) si

contrappongono, recentemente, al c.d. “flat design” (sviluppato da Microsoft a partire da Windows 8, e in parte seguito anche dalle più recenti interfacce Apple), cioè a stili che utilizzano immagini più minimaliste, stilizzate, astratte.



Accontentiamoci di aver richiamato un fenomeno semiotico che nella nostra quotidianità è veramente pervasivo. E sottolineiamo innanzitutto tre ordini di considerazioni:

A) Innanzitutto, bisogna rilevare come, e in specie nella realtà digitale, lo scheumorfismo non sia solo recupero *ornamentale* di una forma già nota (come accade in talune espressioni dell’arte figurativa). Assai spesso il recupero della vecchia forma svolge pure, se non soprattutto, una *funzione che potremmo dire “cognitiva”*³.

Come nel caso della metafora, l’uso semiotico di “un qualcosa” al posto di “qualcos’altro” (“sei il sole della mia vita”; “le spighe di grano ondeggiavano”; “il leone è il re della foresta”) non ha dunque solo una funzione ornamentale, retorica, di abbellimento (del discorso o dell’oggetto). Ma serve per comprendere meglio qualcosa. Per relazionarsi con un oggetto o un concetto che, ad esempio per la sua novità, facciamo fatica a mettere a fuoco o a gestire.

Come la metafora, lo scheumorfismo può avere, dunque, una *funzione cognitiva*: può aiutarci a capire meglio la cosa (o il concetto) che chiamiamo con il nome di un’altra cosa (o di un altro concetto). Talora, come si diceva, lo scheumorfismo può aiutarci ad interagire con qualcosa di nuovo, che comprendiamo e governiamo meglio usando una forma (anche solo la forma-nome) diversa, ma nota, familiare.

La odierna fortuna dello scheumorfismo è dunque dovuta non solo alle sue risorse stilistico-ornamentali (di cui anzi -pensiamo al “finto legno” del *linoleum*- si può dubitare); ma piuttosto al fatto che, di fronte ad oggetti e operazioni nuovi, di cui non conosciamo la meccanica e la precisa modalità di funzionamento, chiamiamo in soccorso le forme (o i concetti, o i nomi) del vecchio mondo materiale. “Copiamo” e riutilizziamo queste forme in versione ornamentale, ma anche – questo è il punto – in funzione

³ Sul potere cognitivo della metafora, si veda il fondamentale lavoro di G. LAKOFF e M. JOHNSON, *Metafora e vita quotidiana*, (1980), Milano, 1998, spec. 21 ss. Tali autori sviluppano l’idea che la metafora sia qualcosa di ben più importante che un mero ornamento del discorso, un artificio retorico. La metafora è, piuttosto, un meccanismo fondamentale del linguaggio quotidiano, e, soprattutto, del nostro stesso orientamento cognitivo: è difatti praticamente impossibile pensare senza far uso di meccanismi metaforici. Sull’argomento, rinvio anche a M. PAPA, *Fantastic Voyage, Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 38 s., 141.

cognitiva. Le vecchie forme, recuperate e riciclate, sono strumenti di un utile, forse indispensabile, *mediazione*; nel caso del mondo digitale, sono “interfacce amiche”, che, richiamando il mondo cosale, fanno da ponte tra noi e un nuovo mondo informatico la cui struttura profonda ci è ignota.

Insomma, pochi di noi sanno come davvero si produce, nel computer, la cancellazione di un file, ma tutti comprendiamo l’analogia scheumorfica; dunque, quando ci vogliamo sbarazzare di “documento”, lo trasciniamo – senza troppo pensare – nel “cestino”.

B) Vero ciò, occorre subito sottolineare un’altra importantissima circostanza: come nel caso delle metafore, le immagini scheumorfiche *non vanno prese alla lettera*.

La trasposizione simbolica non implica una equivalenza vera: nessuna metafora vale al 100%; e così lo scheumorfismo. Le spighe del grano “ondeggiano”, ma non c’è mai rischio di *tsunami*; al “re della foresta” non si applica il divieto di matrimonio morganatico. Parimenti, i *files* “cestinati” sembrano sì fogli appallottolati, ma nessuno penserebbe di svuotare il “cestino” nei cassonetti per la raccolta differenziata della carta; e se ci trovassimo d’inverno in una gelida soffitta (tipo quella di *Bohème*), non potremmo mai pensare di utilizzare i *files* cestinati per accendere un fuoco e scaldarci (in attesa che venga Mimi).

È una precisazione forse ovvia, ma, ripetiamo, non bisogna rimuovere dalla nostra attenzione questo limite (che è anche la ricchezza) della metafora: un conto è usare ancora, per comodità o per scelta estetica, le forme del vecchio mondo per operare nel nuovo; altra cosa è ignorare o negare la radicale diversità del nuovo in cui interagiamo.

C) Quanto si è appena detto ha delle immediate conseguenze. L’oggetto scheumorfico si avvantaggia certamente delle risorse cognitive (ed estetiche) dovute all’uso metaforico della vecchia forma; al tempo stesso, tuttavia, ne viene anche “danneggiato”; esso risente cioè dei limiti cognitivi (ed estetici) dipendenti proprio dalla metafora su cui si appoggia. In altre parole: se è vero che la forma nota (ad esempio, il cestino, o la calcolatrice) giova, in prima battuta, nell’interazione cognitiva con una realtà inedita (la distruzione di un file, ovvero un calcolo da effettuarsi tramite il software di un computer), è anche vero che la forma nota, proprio perché concernente un altro, più vecchio, oggetto, può divenire anche una prigione: l’interazione con il “nuovo” sarà difatti condizionata fortemente dal “vecchio”. Insomma, la cognizione del nuovo sarà marcatamente “conservatrice”, tenderà a sottovalutarne, a sottoutilizzarne, a mortificarne le potenzialità (funzionali, estetiche etc.).

Riprendiamo i nostri esempi di scheumorfismo: se interagiamo con i nuovi materiali plastici (ad esempio, il *linoleum* per pavimenti) attraverso lo schema cognitivo dei parquet in legno, ci troveremo limitati da tale schema. Finiremo per non comprendere appieno le inedite caratteristiche (impermeabilità, resistenza etc.) dei nuovi materiali; finiremo per non sfruttare le loro potenzialità, anche estetiche: il *linoleum* è molto più che “finto legno”.

Questi rilievi sono ancor più veri nel contesto digitale, ove le forme scheumorfiche (si pensi al “cestino”, o alla “calcolatrice” scheumorfici) possono

veramente mortificare le potenzialità del nuovo strumento: la “distruzione” di un file potrebbe risultare, nel contesto informatico, operazione molto più complessa, graduale, discreta, rispetto alla “cestinazione” del cartaceo; e ciò potrebbe interessarci (ad esempio, il file “cestinato” si può generalmente recuperare, il foglio appallottolato e cestinato no). Ancora: le operazioni effettuate tramite il software del computer potrebbero offrirci possibilità di calcolo ed elaborazione dati molto più complesse e fruttuose rispetto alle operazioni che riusciamo ad impostare tramite l’uso scheumorfico dei pulsanti delle vecchie calcolatrici.

Insomma, un uso eccessivo di oggetti scheumorfici può essere limitante e controproducente: c’è il rischio di rimanere in una condizione di ignoranza rispetto alla inedita realtà del nuovo; e di rinunciare a priori ad utilizzarne al meglio le spesso dirompenti potenzialità.

Fermiamoci per ora qui e passiamo all’attualità giuridica. Sullo scheumorfismo, e sulle sue possibili proiezioni penalistiche, torneremo tra qualche pagina.

3. La riforma Orlando e la riserva di codice: il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21.

Nella Gazzetta Ufficiale n. 63 del 22 marzo 2018 è stato pubblicato il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, *“Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell’art. 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”*⁴. Il decreto, entrato in vigore dal 6 aprile 2018 ed accompagnato da una articolata Relazione illustrativa⁵, dà attuazione ad una previsione della legge delega con cui è stata varata, lo scorso anno, la c.d. “Riforma Orlando”. Viene introdotto, nel codice penale, un nuovo art. 3 bis, secondo il quale *“Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia.”* Oltre a questa novità, il decreto 21 del 2018 provvede direttamente a spostare dentro il codice una serie di fattispecie incriminatrici già dislocate all’interno di varie leggi complementari.

La pubblicazione del decreto che introduce la riserva di codice rappresenta certamente un traguardo nell’azione politica promossa dal governo Gentiloni nell’ambito della giustizia penale⁶. Era un frutto, d’altro canto, tanto zuccheroso quanto di facile raccolta: politicamente non problematico; lontano dal dibattito delle persone comuni; difficilmente strumentalizzabile in campagna elettorale;

⁴ Sul decreto legislativo 21 del 2018, segnalò, M. DONINI, *L’art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 429 ss.; nonché S. BERNARDI, [Il nuovo principio della “riserva di codice” e le modifiche al codice penale](#), in questa Rivista, 9 aprile 2018.

⁵ La Relazione è consultabile sul sito del Ministero della giustizia, per il link si rimanda alla scheda di S. Bernardi citata supra, nota 3. Il testo del decreto legislativo è stato redatto utilizzando lo studio sviluppato da una Commissione istituita presso il Ministero della giustizia e presieduta dal magistrato Gennaro Maresca. Dettagli sulla Commissione in: M. DONINI, *L’art. 3 bis*, cit., 431 nota 11.

⁶ L’importanza di questa parte della riforma è stata segnalata dal ministro Andrea Orlando nell’articolo *Riserva di codice. L’importanza di un principio che guarda al futuro*, ne *Il Manifesto* del 23 luglio 2017.

probabilmente compatibile con il potere decisionale di chi è in carica per gli “affari correnti”.

Un frutto, dobbiamo dirlo, ben diverso da quelli, politicamente ed elettoralmente “avvelenati”, che stavano appesi a un altro ramo della riforma Orlando. Il più controverso: la riforma dell’ordinamento penitenziario⁷; ma anche l’altro, tutt’altro che marginale: l’estensione della perseguibilità a querela. Anche il decreto legislativo sulla perseguibilità a querela ha visto, negli ultimi giorni, la luce (si tratta del decreto legislativo n. 36 del 10 aprile 2018); ed è un peccato, perché la modestia delle novità delude chi sperava in una importante occasione deflattiva, peraltro sinergica rispetto alla introduzione del nuovo istituto della estinzione per condotte riparatorie, di cui all’art. 162 *ter* c.p. Tale nuova causa di estinzione difatti presuppone la perseguibilità a querela del reato cui si applica.

L’angustia degli spazi di manovra, determinatosi a fronte della campagna elettorale e poi del mutato orizzonte politico, avrebbe consigliato, nel caso della perseguibilità a querela, di lasciare la mela sull’albero, non affossando le importanti potenzialità della riforma (che ad esempio, avrebbe potuto comprendere, come raccomandato dalla Commissione giustizia della Camera in data 6 dicembre 2017, l’iper-inflattivo reato di lesioni stradali ex art. 590 *bis* comma 1 c.p.), e rinviando l’esercizio della delega ad un governo davvero responsabile sul piano politico.

Ricordiamo che le decisioni finali concernenti la perseguibilità a querela sono state prese dal governo Gentiloni, teoricamente in carica per i soli affari correnti, il 21 marzo 2018: a Camere sciolte e ad elezioni politiche già celebrate. Che tale modo di procedere sia pienamente legittimo dal punto di vista del diritto costituzionale è quantomeno dubbio⁸; ma una questione è chiara anche al cittadino comune: *chi risponde politicamente* per scelte così significative assunte il 21 marzo 2018? Scelte assunte – questo lo aggiungiamo da giuristi – disattendendo le indicazioni formulate dalla Commissione giustizia della Camera nel dicembre 2017 e senza riceverne, al termine della procedura, il parere finale. Ricordiamo, infine, che l’approvazione del decreto sulla perseguibilità a querela ha avuto luogo prima che cominciasse ad operare (23 marzo 2018) la *Commissione speciale per l’esame degli atti urgenti presentati dal governo*, istituita nella nuova legislatura proprio per far fronte ai problemi della lunga e sofferta transizione istituzionale.

⁷ Per tutti, G. GIOSTRA, [La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione](#), in questa Rivista, 9 aprile 2018.

⁸ Sul punto, si veda E. CATELANI, *I poteri normativi del Governo dopo lo scioglimento delle Camere e prima della formazione di un nuovo governo fra prassi e direttive: il caso della legge delega n. 103 del 2017*, in corso di pubblicazione in Arch. pen., 2/2018.

4. Riserva di codice e principio rieducativo: la costruzione del codice come “città ideale” del diritto penale è davvero un indispensabile strumento perché si realizzi la rieducazione del condannato?

Nella legge delega della riforma Orlando (l. n. 103/2017), il principio della riserva di codice compare all'art. 85, lett q), una norma dedicata alla riforma dell'ordinamento penitenziario. La riserva di codice, di cui si dispone l'attuazione *tendenziale*, viene collegata all'*esigenza di assicurare una migliore conoscenza dei precetti* e dunque l'effettività della *funzione rieducativa* della pena. La riserva costituirebbe, addirittura, presupposto indispensabile perché l'ordinamento penitenziario possa risultare conforme ai principi costituzionali: di qui l'indicazione di inserire nel codice *“tutte le fattispecie criminosi previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato”*.

È una prosa un po' enfatica, pur giustificabile nel quadro di una legge delega. Ci sono indubbiamente “echi bricoliani”⁹; ma il rischio è ormai quello che l'insegnamento del grande Maestro bolognese, Franco Bricola, ridotto in pillole ed evocato a spizzichi nei contesti più disparati, diventi come la sinfonia n. 40 di Mozart: un capolavoro che suonerie e musiche telefoniche d'attesa hanno ridotto ad un consunto *refrain*.

Ma al di là dello stile: fondare il principio della riserva di codice su di un nesso così stretto con la rieducazione del condannato non convince.

Che il nesso tra la centralità del codice e la rieducazione del reo sia alquanto lasco è dimostrato, sul piano empirico, dall'esperienza dei sistemi penali che un codice non ce l'hanno (ad esempio l'Inghilterra, il sistema federale USA, molti sistemi australiani), sistemi che hanno per primi creduto nella rieducazione, implementandola seriamente per decenni. Sempre ragionando sul piano empirico/intuitivo, ci si può chiedere, per altro verso, se davvero, in assenza della riserva di codice, un condannato per traffico di stupefacenti non possa rendersi conto dell'ingiusto che sta dietro al suo reato e dei diversi valori verso cui deve ri-orientare la sua vita. E quanto all'evasore fiscale: neanche per lui c'è speranza di rieducazione se i reati tributari non vengono portati dentro il codice?

Certo, a tutti piace pensare che il peggior dei delinquenti, contemplando il diritto penale splendidamente racchiuso nel prisma cristallino di un codice, possa, come per miracolo, convertirsi al Bene. E che dunque proprio per costoro, per i condannati, valga la pena costruire il diritto penale come codice e solo come codice. Un codice che, sulla scia della migliore tradizione illuministica, si ponga come sintesi mirabile, come “città ideale” del diritto penale: perfettamente costruito e perciò capace di indicare, con

⁹ Così, M. DONINI, L'art. 3 bis c.p., cit., 444.

i suoi contenuti e con la sua struttura, i valori fondamentali della società e le più gravi modalità della loro lesione¹⁰.

Realisticamente, tuttavia, un percorso complesso come quello della rieducazione difficilmente si compie grazie alle epifanie che illuminano il condannato quando cade in estasi davanti al codice penale “città ideale”.

Si può concedere che la funzione rieducativa sia collegata alla determinatezza delle fattispecie incriminatrice e alla riconoscibilità dei valori ad essa sottesi, ma vincolare la rieducazione alla riserva di codice pare eccessivo. Si tratta, nella migliore delle ipotesi, di una immagine poetica, della metafora di un rapporto politico: lo Stato “buono” mostra al condannato il codice, la “città ideale” ove sono mirabilmente sintetizzati i valori e regole alla cui stregua rieducarsi.

Nella peggiore delle ipotesi, invece, questo nesso così stretto tra riserva di codice e rieducazione è il segno di un credo rieducativo semplicistico, riduttivo; poco dialogico nel suo mostrare al condannato un mondo di valori predefiniti, unilateralmente professati, astratti, cartacei e dunque privi di vita. Un mondo di valori “*on the books*”: perfetto e alienante, verosimile ma non vero. Pensare che il codice possa costituire il “sussidiario” da adottare nelle aule dove, in carcere, si insegna “rieducazione”, vuol dire concepire la “rieducazione” secondo modelli scolastici di sapore ottocentesco.

Nel proporre la riserva di codice come *essenziale strumento della rieducazione* c'è, addirittura, al di là delle intenzioni della legge delega (che sono probabilmente solo retoriche), qualcosa di sottilmente autoritario. D'altronde, le città-ideali, immaginate dai filosofi (da Platone a Tommaso Campanella) o dagli architetti-urbanisti (molti gli esempi: dall'egizia El Lahun alla greca Thurii, dalle cinquecentesche Pienza, Sabbioneta, Palmanova, Terra del Sole, alle città simbolo del razionalismo fascista, come Littoria, e poi all'ancora, più di recente, Zingonia, diretta proiezione ideologica del “boom” italiano) hanno sempre qualcosa di autoritario¹¹. E sono insidiosamente autoritarie, a ben vedere, anche le città ideali rappresentate nell'iconografia rinascimentale.

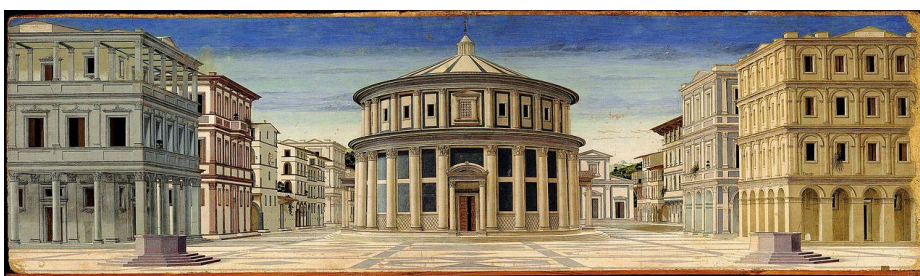


Figura 4 Questo celebre dipinto della “città ideale”, conservato al museo del Palazzo ducale di Urbino, è stato talora attribuito a Piero della Francesca. Oggi si tende tuttavia ad ammettere che l'autore sia anonimo.

¹⁰ Nel dibattito sulla codificazione/decodificazione le metafore urbanistiche non sono nuove: già Fiandaca aveva parlato, anni fa, del codice come “centro storico” contrapposto alle periferie delle leggi speciali. Con particolare efficacia, F. Mantovani ha assimilato queste ultime alle *favelas* delle metropoli brasiliane.

¹¹ È un giudizio forse un po' drastico, ma una decisa motivazione ideologica (morale, religiosa, o politica) è sempre alla base dei singoli progetti di città ideale. Sul tema della città ideale, specie rinascimentale, per tutti, *La città ideale nel Rinascimento*, a cura di Gianni Carlo Sciolla, Torino, 1985, spec.

Lo sono perché lo spazio stesso è rappresentato in modo assertivo e ideologico. Lo spazio è rappresentato secondo i canoni della c.d. prospettiva scientifica o lineare (quella nata nel Rinascimento appunto), che rende l'“effetto di realtà” assumendo per la fuga delle linee un punto di vista unico, centrico, monopolistico ed apparentemente esterno al dipinto. La scelta non è priva di conseguenze, e difatti si è da tempo constatato come anche la “prospettiva lineare” sia una forma di rappresentazione dello spazio *fortemente simbolica*¹². Simbolica perché in quella rappresentazione apparentemente oggettiva e fotografica c'è una imposizione ideologica di significato, c'è una scelta “autoritaria” di senso; c'è, ma è nascosta, con sapienza, dietro la forza soggiogante della verosimiglianza e della razionalità.

Di fronte alla rappresentazione prospettica rinascimentale, l'osservatore si trasforma – come è stato acutamente osservato – da persona vivente in uno “*spettatore paralizzato, come avvelenato dal curaro*”¹³.

Lo stesso si potrebbe dire, *mutatis mutandis*, per chi osserva la scenografia della forma-codice, contemplando, senza alcun possibile dialogo, la perfezione stucchevole di una “città ideale”.

Intendiamoci: che il codice penale possa svolgere, nel comunicare i precetti penali *alla comunità generale*, una funzione assertiva, imperativa e ideologica è del tutto normale¹⁴. La forza soggiogante di tale comunicazione è, dal punto di vista preventivo, perfino da auspicare. Ma che questo tipo di comunicazione costituisca una condizione essenziale perché si realizzi la rieducazione del condannato pare essere, per le ragioni dette, fortemente discutibile. Obiettivi e metodi della rieducazione sono, come abbiamo sottolineato, sociologicamente e psicologicamente molto più complessi.

Non credo corrisponda ai valori fondanti del principio rieducativo immaginare che il condannato sia oggetto di un trattamento che lo riduca a “spettatore paralizzato dal curaro”, cui non resta che contemplare passivamente la raffigurazione perfetta del diritto penale offerta dal codice “città-ideale”.

¹² Fondamentale, E. PANOFKY, *La prospettiva come “forma simbolica” e altri scritti*, trad. it, Milano 1961. Ulteriori riferimenti in, M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 27.

¹³ Riporto qui una efficacissima espressione usata dallo scienziato e filosofo russo P. FLORESKIJ, nel suo saggio del 1919 *La prospettiva rovesciata*, pubblicato in italiano in, *La prospettiva rovesciata e altri scritti*, a cura di N. Misler, Roma, 1990, 83.

¹⁴ La forma-codice, è noto, svolge il suo ruolo fondamentale sia nel rapporto con la comunità generale, sia in quello con chi è tenuto ad *applicare* il diritto penale: polizia, pubblici ministeri, i giudici etc. Si indirizza alla comunità generale per orientarne, culturalmente e tramite deterrenza, i comportamenti; si indirizza agli altri soggetti qualificati per condizionare il processo di applicazione-interpretazione del diritto penale. Tutto ciò in via preventiva, o al più nel processo. Ma, a cose fatte, a reato eseguito e a condanna pronunciata, è difficile ipotizzare che, per la rieducazione del reo, sia indispensabile che l'universo legislativo penale venga tutto stipato all'interno della forma-codice.

5. Dal codice come “città ideale” al codice come “centro di accoglienza”: sta nascendo un oggetto scheumorfico?

Vere le preoccupazioni profilate, pare tuttavia si possa stare, oggi e in Italia, abbastanza tranquilli. Il codice a favore del quale la legge delega ha introdotto il principio della riserva ha poco a che vedere con la perfezione architettonica e le scientifiche geometrie delle “città-ideali” immaginate nel Rinascimento. Nei suoi oltre ottanta anni di vigenza, lo sappiamo bene, il codice Rocco è diventato un luogo di norme stratificate e incoerenti; eterogeneo nello stile e disordinato nei contenuti (e massimamente nei livelli sanzionatori). Insomma, credo siano in pochi coloro che, guardandolo, rimangono “paralizzati, come fossero avvelenati dal curaro”.

Il decreto legislativo 21 del 2018 non fa che accelerare la trasformazione di un modello. Non più da tempo “città ideale” del diritto penale, il codice assume sempre più le sembianze di un “centro di accoglienza”: uno spazio destinato a raccogliere migranti di ogni etnia e provenienza geografica; fuor di metafora: un contenitore di reati del tipo più disparato: siano essi di nuova creazione o in arrivo dagli angoli più remoti della galassia *extra codicem*. Di fronte a queste linee evolutive, che rivelano movimenti assai profondi nelle modalità organizzative del materiale normativo, viene da chiedersi – direi: serenamente – se l’espressione “codice penale” possa essere ancora utilizzata in senso proprio e letterale. Se dunque, quando di parla di “riserva di codice”, si intenda quello che avrebbero inteso i penalisti di qualche decennio fa.

L’impressione è che le cose siano davvero molto cambiate e che ci si stia avviando ad usare il termine “codice” non in senso proprio, ma metaforico. *Intelligenti pauca*: il lettore ha già capito dove andremo a parare. Dobbiamo prendere atto che il c.d. “codice penale” è ormai diventato.... un oggetto scheumorfico?

6. Riserva di codice e decodificazione.

Ma andiamo per gradi. E torniamo alla riserva di codice: un principio di cui si parla oggi¹⁵, sulla scia di un dibattito risalente¹⁶. Si ricorderà che il riconoscimento di un

¹⁵ In argomento, da ultimo, M. DONINI, *L’art. 3 bis c.p., cit.*, e S. BERNARDI, *Il nuovo principio della riserva di codice*, cit.; F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2016, spec. 59 ss. Il tema della riserva di codice offre lo spunto iniziale con cui si apre il recente e interessantissimo saggio di C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss. SOTIS torna poi sull’argomento nel prosieguo del lavoro, sostenendo i benefici effetti che la nomina dei reati potrebbe sortire anche rispetto alla implementazione della riserva di codice e comunque alla riorganizzazione del rapporto tra codice e leggi complementari: ivi, 1371 ss.

V. anche AA.VV., *Gli Ottant’anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni – G. Insolera, Bologna, 2012, in particolare i contributi di A. CADOPPI, *Il crepuscolo del codice. Gli Ottant’anni del codice Rocco alla luce dell’esperienza comparatistica*, ivi, 83 ss; G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, ivi, 207 ss. e F. PALAZZO, *Requiem per il codice penale? (scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, ivi, 39 ss.

¹⁶ Quanto al dibattito sviluppatosi a partire dalle fine degli anni Novanta, riferimenti essenziali sono: L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le*

analogo principio era prevista dal progetto di riforma costituzionale della c.d. Bicamerale D'Alema operante nella XIII legislatura¹⁷. La questione della riserva di codice si colloca, d'altronde, nell'ormai pluridecennale dibattito sulla c.d. decodificazione penale¹⁸.

La questione si pone, come noto, a partire dagli anni '50-'60 del Novecento, quando inizia il "big bang" della parte speciale del codice penale, con la progressiva dispersione delle norme incriminatrici nel cosmo delle leggi speciali *extra codicem*¹⁹. Di fronte a tale fenomeno, maturano, e si sono ormai consolidate, varie opinioni. Per semplicità, possiamo qui ridurle a due fondamentali orientamenti: da un lato, quello di coloro che, biasimando il legislatore delle leggi speciali, difendono ad oltranza il valore della forma-codice, continuando ad indicarla come insostituibile garanzia di razionalità e conoscibilità del diritto penale²⁰. Dall'altra parte, quella di chi, non contestando l'obiettivo disfunzionalità della decodificazione penale, si interroga sulle sue cause profonde, rilevando come il fenomeno non possa essere ricondotto unicamente alla incuria e sciatteria del legislatore²¹. La decodificazione, si sostiene, è dovuta alla crisi della fattispecie incriminatrice "classica", crisi a sua volta dipendente dalla crescente complessità delle società contemporanee. La vita contemporanea è caratterizzata da trasformazioni inedite, che vanno dalla crescente "artificiosità" di molti settori della vita

garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro, Padova, 2001, 27 ss.; C.F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi - G. Palombarini, Roma, 2002, 99 ss.; S. SENESE, *La riserva di codice*, ivi, 79 ss.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 142; N. MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su "Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale"*, in *Crit. dir.*, 1998, 155 ss. C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1011 ss.

Il principio della riserva di codice è legato, come noto, anche al dibattito sul c.d. "diritto penale minimo", particolarmente vivo verso la fine degli anni Novanta. Per tutti, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo*, a cura di A. BARATTA (numero monografico di *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985), Napoli, 1986.

¹⁷ Il testo approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali prevedeva all'art. 129 della Costituzione che «Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale. Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività. Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo. Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono».

¹⁸ Per aggiornati riferimenti bibliografici in argomento, M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p.*, cit., 420 ss.; AA. VV., *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, cit.; V. anche, M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 105 ss.; F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3° ed., Torino, 2013, 53 ss., 251 ss.

¹⁹ Per tale terminologia e per una analisi del fenomeno, rinvio a M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 105 ss.; con riferimento alle esperienze straniere, il tema della decodificazione fu affrontato già a partire dall'inizio di questo secolo nel volume, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, a cura di M. Donini, Padova, 2000; *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Milano, 2003; V. anche, F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3° ed., Torino, 2013, 251 ss.

²⁰ Per tutti, F. MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della ricodificazione*, in *Arch. Giur.*, 1994, 263 ss.

²¹ V., per tutti, i fondamentali lavori di G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, cit. 142 ss.; F. PALAZZO, *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 271 ss.; C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1223 ss.

economica e sociale, alla smaterializzazione dei rapporti, alla proliferazione quantitativa e qualitativa degli interessi meritevoli di tutela.

Tutto ciò comporta, tra l'altro, la difficoltà di forgiare nuove fattispecie, scolpendole iconicamente come si fece con gli antichi reati. In un mondo in cui, per così dire, scarseggia ormai la materia (molti dei nostri rapporti sono ormai smaterializzati), occorre pure costantemente bilanciare una serie variegata di interessi in conflitto²². Questo bilanciamento non riesce a trovare un assetto accettabile se non facendo riferimento ad una regolazione disciplinare, ad una procedimentalizzazione delle questioni, operata in gran misura dalla legislazione extrapenale che tali interessi individua, pesa, modula, ordina in un certo rapporto. Con riferimento all'ambiente, ad esempio, come contemperare le ragioni del diritto d'impresa, del diritto al lavoro, della tutela della salute, della tutela del paesaggio, di quella dell'ecosistema etc.? L'unica via per comporre un conflitto altrimenti ingestibile è quella di prevedere una disciplina amministrativa che contemperi i vari interessi in gioco, trovando, proprio attraverso un procedimento, il difficile punto di equilibrio tra i beni in conflitto.

Peraltro il fenomeno è in continua evoluzione. Si è sottolineato, recentemente, come si siano sviluppate, negli ultimi tempi, due nuove direzioni della decodificazione: da un lato quella collegata alle reti di norme multilivello (locali, nazionali, sovranazionali); dall'altro quella "ermeneutica"²³. La "decodificazione ermeneutica" deriva dal sovrapporsi, al tradizionale "codice-decalogo", di una magmatica glossa giurisprudenziale, che, grazie soprattutto alle sentenze della corte di cassazione a sezioni unite, trasforma il codice tradizionale in una sorta di codice-enciclopedia²⁴. Si tratta di una prospettiva d'analisi molto interessante ed acuta, anche perché collegata, da un lato, al ruolo della "casistica" nel sistema delle fonti, dall'altro ad un tema oggi di grande attualità e cioè quello del precedente vincolante²⁵. Pure su quest'ultimo incide, peraltro, la riforma Orlando, che ha modificato l'art. 618 c.p.p., stabilendo il vincolo delle sezioni unite sulle sezioni semplici.

Si tratta di verificare, tuttavia, se le tematiche della "decodificazione ermeneutica" appartengano davvero al tema specifico della *decodificazione* o non riguardino piuttosto la più generale questione delle fonti del diritto penale.

Resta il fatto che, se quanto sostenuto in merito alla natura non contingente della decodificazione ha un minimo di fondatezza, non sembra agevole invertire con un tratto di penna, sia pure quella virtuosa del più competente dei legislatori, un processo storico complesso e travolgente. Forzare la ricodificazione penale, obbligare il legislatore a trasferire di nuovo tutto dentro le mura del codice, vuol dire voler mettere indietro le lancette della storia, negando la novità e unicità del nostro tempo.

²² Rimandiamo ancora a M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 105 ss.

²³ M. DONINI, L'art. 3 bis c.p., cit., 443.

²⁴ M. DONINI, op. cit., 443.

²⁵ Da ultimo, G. FIDELBO, [Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto](#), in questa *Rivista*, 29 gennaio 2018, e bibliografia ivi riportata, spec. p. 2 nota 2. Sul tema, ricordo per tutti, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità penale*, 2° ed., Torino, 2014, spec. 303 ss.

Il conflitto tra l'inarrestabile *trend* della decodificazione e il tentativo di riportare il diritto penale dentro il codice penale è, insomma, forte e irrisolvibile. Lo è tuttavia nella misura in cui, quando si parla di codice penale, si abbia in mente, più o meno, il modello illuministico di codice penale: quella "città-ideale" del diritto penale che, almeno come modello teorico, conosciamo da duecento anni in qua: un corpo legislativo tendenzialmente esaustivo, razionale, sistematico, omogeneo nello stile, architettonicamente coerente e quantitativamente contenuto.

Ma se per "codice penale" dobbiamo ormai intendere qualcos'altro; se il classico modello di codice è già morto, e anziché alla città ideale si pensa al codice come una sorta di "*centro di accoglienza*", allora il progetto che sta dietro il principio della riserva diviene, paradossalmente, fattibile²⁶. Fattibile: stipare tutto dentro il "codice" è qualcosa che certamente si può fare. Resta da vedere quanto risulti utile e politicamente condivisibile. Che senso ha la riserva di codice quando il "codice" non è più il codice inteso come modello di legislazione razionale, sistematico, architettonicamente coerente?

Ripetiamo: se davvero si pensa di poter forzare tutte le nuove leggi penali ad entrare dentro il codice; e se da subito si prefigura – come fa il decreto 21/2018 – un significativo "rastrellamento" di fattispecie, da traferire dalle leggi speciali al codice; allora vuol dire che si sta utilizzando il termine "codice" pensando a qualcosa di nuovo. Il termine "codice" non è più adoperato in senso proprio, letterale, alludendo cioè ad una ben strutturata, armonica, razionale forma organizzativa della legislazione. Siamo passati ad un uso metaforico, scheumorfico, della parola. Il nome e la forma del codice penale sono diventati, cioè da oggetto, simbolo; ornamento, predicato di qualcosa d'altro. Ciò che chiamiamo codice è in realtà una interfaccia semiotica che serve per riferirsi a qualcosa di completamente diverso, qualcosa che vogliamo denominare e gestire con i nomi e le forme del vecchio mondo.

Nel caso del diritto penale, questo "qualcosa" di nuovo è l'agglomerato caotico di norme che, appunto, ha preso e prenderà sempre di più solidamente il posto del codice che conosceamo. Un insieme di norme informi ed eterogeneo: privo di struttura, disarmonico nello stile, architettonicamente inguardabile; al suo interno vi sono precetti tipologicamente diversi, tra loro slegati; redatti con la stessa consonanza linguistica con cui gli uomini parlavano nei giorni di un'altra celebre "città-ideale": la torre di Babele.

Insomma, la "forma-codice" è diventata come la forma del "finto legno" stampata sui rotoli di *linoleum*; come la "Moka", dietro la cui sagoma si nasconde la nuova macchina elettrica a cialde; come il "cestino" che troviamo sul desktop del

²⁶ Come nota F. PALAZZO (*La riforma penale alza il tiro?*), cit., 60: "[...]l'ampiezza dell'elenco delle materie le cui fattispecie incriminatrici dovrebbero traslocare nel codice lascia intravedere il pericolo che quest'ultimo assuma proporzioni mostruose: carattere, questo, che insieme agli insopprimibili collegamenti delle novelle fattispecie codicistiche con la disciplina di provenienza, finirà per rendere il codice di difficile consultazione, costringendo il "lettore" a faticose ricerche e ad acrobatici salti tra codice e legislazione di provenienza. Purtroppo gli strumenti per realizzare l'apprezzabile proposito manifestato con questa delega sono assai più complessi e impegnativi di quanto il legislatore delegante mostra di credere". M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p.*, cit., 435 ss., pur favorevole alla riserva di codice, paventa la possibile costruzione di un "libro-ripostiglio", destinato a raccogliere, nel codice penale, dove raggruppare norme ogni sparse e raccoglietiche.

computer. Sono icone scheumorfiche: *simboli e non più oggetti*. Un agglomerato caotico di norme può essere chiamato codice; ma è *codice* nella stessa misura in cui è *legno* il finto legno stampato sul *linoleum*; oppure è una *Moka* quella macchina elettrica a cialde che pesa 5 kg; o è *cestino* il “cestino” dove spostiamo, sul desktop del computer, i *files* che vogliamo cancellare.

Conoscevamo una forma, un materiale, un concetto; ne facciamo ora un uso “scheumorfico”: sono ormai solo metafore, asservite al compito di gestire qualcosa di nuovo che con quel vecchio mondo ha poco a che fare. Ciò che possiamo intuire, riguardo al nuovo agglomerato di norme che ancora chiamiamo (scheumorficamente) “codice”, è che, proprio come il *linoleum*, il suo materiale normativo può essere prodotto “al taglio” e senza limiti di metraggio.

Ma forse questa nostra metafora, al di là del suo colore, esprime solo la parte più vecchia e nota del problema. Ne ripareremo tra qualche pagina.

7. L’attuazione della riserva di codice nel decreto legislativo 21 del 2018.

7.1. La proclamazione del principio della riserva di codice nel nuovo art. 3 bis c.p.

È tempo di vedere più da vicino che cosa prevede il decreto 21 del 2018. Il provvedimento si compone di 9 articoli. Il primo introduce espressamente nel codice penale un nuovo articolo 3 bis, dedicato appunto alla riserva di codice. Secondo tale norma: *“Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia.”*

A differenza della soluzione proposta a suo tempo dalla Commissione Bicamerale D’Alema, non si tratta dunque di un vincolo costituzionale, cioè di un vincolo destinato a condizionare davvero il legislatore. Il principio viene, in sostanza, meramente professato: a livello di legge ordinaria.

Nonostante la nobiltà dei propositi, la scelta di affidare al codice penale il principio della riserva di codice sa di “restaurazione”, ha qualcosa di “reazionario”. Come al Congresso di Vienna del 1815, il legislatore prova a “rimettere sul trono” un vecchio monarca: con l’art. 3 bis il codice penale viene investito di un ruolo costituzionale. È una cosa che sa di “prima della rivoluzione” (costituzionale) del 1948; sa del tempo in cui, mancando una Costituzione rigida, era la parte generale del codice (che nel nostro caso è quella del codice Rocco e che comunque può sempre essere plasmata dalla maggioranza parlamentare di turno) a fungere da catalogo dei principi fondamentali.

Quale potrà essere, nella realtà effettuale delle cose, il condizionamento che il nuovo art. 3 bis c.p. eserciterà sul futuro legislatore è difficile dirlo: si tratta di verificare se gli intenti comunicativo-simbolici della norma siano in grado di alterare la tradizionale gerarchia delle fonti. Secondo la Relazione illustrativa, la previsione dell’art. 3 bis c.p. sancirebbe un principio «di cui il futuro legislatore dovrà necessariamente

tenere conto, spiegando le ragioni del suo eventuale mancato rispetto»; ed è ferma la convinzione che si tratti di una «norma di indirizzo, di sicuro rilievo, in grado di incidere sulla produzione legislativa futura in materia penale».

Non so su cosa riposi un tale ottimismo circa la cogenza effettiva di una fonte, la legge ordinaria, che per il nostro legislatore (che ha sopra di sé solo una costituzione rigida), non dovrebbe essere altro che *soft law*. Ma considerando che chi fa le leggi procede spesso – per dirla con Baudelaire – “à travers des forêts de symbols”, non si può escludere che funzioni: vedremo.

7.2. Il trasferimento di fattispecie incriminatrici dalle leggi speciali al codice.

Passiamo adesso alla parte, per così dire, “performativa” del decreto legislativo n. 21/2018 cioè a quella che trasferisce sin da subito alcune fattispecie vigenti dalle leggi speciali al codice. Si tratta di quattro complessi articoli (artt. 2-5). Ad essi si collega l’art. 7 che stabilisce la contestuale abrogazione del testo delle leggi speciali corrispondente ai reati che vengono divelti e trasportati nel codice. È una previsione importante, che determina la traslazione fisica delle norme in questione: i reati elencati si spostano, armi e bagagli, dalle leggi speciali al codice e nella prima non rimane più nulla di loro. Ciò esclude che da noi possa verificarsi la soluzione francese, che ammette la contemporanea, effettiva, ubiquità delle norme incriminatrici. In Francia, una fattispecie incriminatrice può essere presente, veramente presente, in più testi normativi²⁷.

Va infine menzionato l’art. 6, che si occupa di un importante fenomeno migratorio di parte generale: vengono condotte dentro al codice una pletera di norme sulla confisca disseminate nelle leggi speciali.

Considerando complessivamente la pianificazione di questa significativa migrazione di fattispecie, occorre dare atto le scelte sono state elaborate in modo meditato e tenendo presenti criteri rigorosi, di cui si è tentata una puntuale applicazione.

Essa ha portato immediatamente ad escludere dal trasferimento ampi settori della legislazione speciale, quali la materia della circolazione stradale, della sicurezza sul lavoro, delle armi, della prostituzione, della tutela dell’ambiente, del gioco e scommesse. Le considerazioni che hanno guidato la scelta non dare attuazione massiva alla legge delega appaiono sagge e convincenti. Si capisce che chi ha scritto materialmente il decreto sa quanto le deportazioni delle norme siano problematiche. Ciò pare confermato anche nella Relazione tecnica, che si premura di dar conto di un mancato “*aliud agere*” a cui il lettore neppure penserebbe: apprendiamo che è stata considerata anche l’“opzione zero”, cioè l’opzione di un non intervento, di stop totale

²⁷ Nel sistema francese, come noto, è prevista e diffusamente applicata la codificazione c.d. “a diritto costante”. Si tratta di una modalità organizzativa della legislazione alla cui stregua le medesime fattispecie possono comparire in più testi normativi: da un lato c’è il “*code pilot*” e dall’altro un “*code suiveur*”. Per tutti, R. CABRILLAC, *Les enjeux de la codification en France*, in *Les Cahiers de droit*, 2005, 533 ss. V. anche, V. DERVIEUX, *Dall’inflazione penale ai testi unici. L’esempio francese*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 169 ss.

alla migrazione di norme vigenti dalle leggi speciali al codice; leggiamo tuttavia che tale opzione è stata scartata... per la necessità di dare comunque attuazione alla legge delega e al perseguimento degli obiettivi di razionalizzazione promossi dalla stessa.

Non intendo soffermarmi nel dettaglio sulle varie fattispecie oggetto della traslazione. Basterà richiamarne qualcuna a titolo esemplificativo. Per una illustrazione analitica dell'elenco completo si rimanda alla Relazione illustrativa e, ovviamente, ai lavori scientifici dedicati ad una analisi puntuale della riforma.

Iniziamo dai reati a tutela della persona.

a) Il primo tra i reati trasferiti è il “Sequestro di persona a scopo di coazione”, già previsto dalla l. del 1985, legge con cui il nostro ordinamento ha recepito la convenzione di New York sulla presa di ostaggi. Sequestro a scopo di coazione entra nel codice come art. 289 ter. La sua prosa ha uno stile inconsueto; è una lingua scomposta e incerta. La norma punisce chiunque “sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica od una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione”.

Concetti come il “tenere in potere”; minacciare di “ferire” (e perché non di percuotere?); “compiere un qualsiasi atto o astenersene” sono parte di una prosa ancora semilavorata, come può essere quella delle convenzioni internazionali. Destinate a mettere d'accordo gli interlocutori più disparati, le convenzioni propongono testi che vanno raffinati nel momento della ricezione all'interno dei sistemi nazionali. Quasto non è successo, evidentemente, nel caso della convenzione sulla presa di ostaggi; ma sinché la fattispecie di sequestro dimorava nelle borgate *extra codicem*, quel tratto un po' burino passava inosservato. Ora che vive nel codice, il nuovo art. 289 ter c.p. palesa una chiara differenza di stile rispetto ai vicini di casa.

b) C'è poi il nuovo art. 586 bis: “Utilizzo o somministrazione di farmaci o altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche di atleti”. È una fattispecie presa dalla l. n. 376 del 2000, relativa alla *Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*.

In nuovo articolo si compone di quasi 500 parole²⁸. 500 parole sono, più o meno, la metà di un canto della Divina Commedia. Ebbene, nel nuovo art. 586 bis c.p. troviamo

²⁸ «Art. 586-bis (Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti). - Salvo che il fatto costituisca più grave reato, È punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

La pena di cui al primo comma si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si

500 parole strappate al paese natio, la legge 376 del 2000, e riversate nel cuore del codice penale. Siamo nella zona più elegante ed esclusiva della “città-ideale” (fossimo a Roma saremmo dalle parti di via Panama). Le 500 parole della nuova fattispecie trovano, come vicino di casa, l’art. 586 (morte come conseguenze di altro delitto), una norma asciutta e aristocratica, nota per la sua assidua presenza nei salotti dell’alta dogmatica. Con il suo profluvio di parole, il nuovo 586 bis, sembra invece un *habitué* dei *talk show* sportivi: parla con linguaggio da bar, discute del campione dopato, biasima gli apparati collusi e compiacenti.

c) Sempre in virtù dell’art 2 del decreto 21/2018 è inserito nel Titolo XII del codice penale un nuovo Capo I bis denominato: Dei delitti contro la maternità. Vengono qui accolti, in arrivo dalla l. 194 del 1978 i nuovi artt. 593 bis e ter, rispettivamente rubricati come *Interruzione colposa di gravidanza* e *Interruzione di gravidanza non consensuale*.

La migrazione sembrerebbe in questo caso aver senso, da momento che tali reati possiedono una tipicità autonoma, che prescinde dal procedimento che disciplina, nella legge 194, l’interruzione lecita della gravidanza. Sono, quelle dei nuovi artt. 593 bis e ter, condotte lesive indipendenti dall’osservanza delle procedure tramite cui si accede all’interruzione.

Resta tuttavia una perplessità di fondo, concernente proprio il ritorno dei reati di aborto all’interno del codice e dunque la possibile assimilazione tra il bene giuridico vita/integrità fisica tutelato nel Capo I e quello facente capo alla donna in gravidanza e al “prodotto del concepimento” che dentro di lei cresce. Inoltre, i reati in questione

sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell’organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche.

La pena di cui al primo e secondo comma È aumentata:

- a) se dal fatto deriva un danno per la salute;
- b) se il fatto È commesso nei confronti di un minorenne;
- c) se il fatto È commesso da un componente o da un dipendente del Comitato olimpico nazionale italiano ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un’associazione o di un ente riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

Se il fatto È commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l’interdizione temporanea dall’esercizio della professione.

Nel caso previsto dal terzo comma, lettera c), alla condanna consegue l’interdizione permanente dagli uffici direttivi del Comitato olimpico nazionale italiano, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

Con la sentenza di condanna È sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato.

Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell’organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull’uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, È punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5.164 a euro 77.468».

vengono scardinati da un complesso normativo, quello della legge 194, che aprì all'interruzione della gravidanza con una svolta liberalizzatrice che relegava in posizione marginale le residue ipotesi di illecito penale. Da lì scardinati e portati in un contesto ambientale totalmente illecito, quello dei reati contro la vita e l'incolumità, i reati degli artt. 593 bis e ter potrebbero colorarsi di un disvalore assai più inteso e grave rispetto al disegno originario del legislatore del 1978.

d) Problematico pare essere anche l'inserimento al capo III del titolo XII, dopo l'art. 604 c.p. di una intera nuova sezione, la I bis, dedicata ai Delitti contro l'uguaglianza. Vengono qui raccolte fattispecie provenienti dalla 654 del 1975 con cui l'Italia ha ratificato la Convenzione ONU contro il razzismo del 1966, così come modificata e integrata sia dalla c.d. legge Mancino del 1993 (l. n. 205/1993) sia dalla c.d. legge sul negazionismo, del 2016 (l.n. 115/2016). La sezione I bis si compone dell'art. 604 bis, "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa"²⁹ e l'art. 604 ter, che contiene una analoga circostanza aggravante. I problemi di questa innovazione riguardano, innanzitutto, la natura della nuova oggettività giuridica creata: l'"uguaglianza", bene di per sé onnicomprensivo, con cui si cerca di dare una risposta ad un dibattito molto problematico che aveva visto in primo piano la questione concernente l'offesa alla "dignità delle vittime". Criticabile pure la collocazione della nuova sezione I bis nel quadro dei delitti del Capo III, "delitti contro la libertà individuale", ove compaiono fattispecie radicalmente diverse dai reati di opinione: ad esempio, la riduzione in schiavitù, la tratta e il sequestro di persona.

²⁹ Art. 604-bis (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa). - Salvo che il fatto costituisca più grave reato, È punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, È punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

8. Bisogna rassegnarsi al fatto che il codice sia diventato un oggetto scheumorfico?

Potremmo continuare, ma come s'è detto, non ci proponiamo qui una analisi di dettaglio dei singoli reati che il decreto 21/2018 ha trasferito dalle leggi speciali al codice penale.

Proviamo, piuttosto, a formulare qualche considerazione di sintesi, propedeutica allo sviluppo delle nostre riflessioni.

Per le ragioni che abbiamo cercato di esporre, il principio della riserva di codice pare indirizzarsi ad un agglomerato di norme che "codice" in senso proprio più non è. Deportando nel codice alcune fattispecie prima collocate nelle leggi speciali, il decreto 21/2018 finisce per accentuare la trasformazione del codice stesso, che da "*città ideale*" del diritto penale diviene un mero "*centro di accoglienza*" per reati migranti.

Vero tutto ciò, potremmo limitarci a concludere che la "forma codice" è diventata una forma scheumorfica; in altre parole: dietro al nome "codice", c'è un qualcosa di radicalmente nuovo e diverso. Il legno pregiato è diventato un disegno stampato sulla plastica del *linoleum*. Quello che chiamiamo "codice penale" è solo una forma scheumorfica, un simbolo, una icona da cliccare: dietro quel nome, dietro quella interfaccia "amica", troviamo un aggregato di norme che col tradizionale modello illuministico ha poco a che fare.

Si tratta di capire se le premesse politico-ideologiche che stanno dietro all'idea tradizionale di codice possano dirsi soddisfatte da questo "aggiustamento" semiotico. Possiamo rallegrarci della trasformazione del codice penale in "oggetto scheumorfico"? La risposta negativa a me sembra evidente. Nascosto dietro la forma scheumorfica c'è un ripostiglio ove si stipa di tutto: un ammasso senza struttura di norme malamente collegate e stilisticamente eterogenee.

9. Un passo indietro: di che materiale era fatto il codice penale tradizionale? Dobbiamo ancora subire il condizionamento (epistemologico e ideologico) del codice come oggetto cartaceo?

Vorrei dunque sviluppare qualche considerazione ulteriore che vada oltre la triste conclusione secondo cui il codice sarebbe diventato ormai un oggetto scheumorfico.

Parto da una constatazione ovvia: la forma codice, così come tradizionalmente intesa, è figlia di una serie di opzioni ideologiche e politiche sviluppate a partire dalla svolta illuminista della seconda metà del Settecento.

Ma, ci si può chiedere, cos'era allora e cosa è stato per tanto tempo l'oggetto-codice? Su quale oggetto fisico, con riferimento a quale "cosa", a quale referente materiale, è stata costruita l'ideologia della codificazione?

Ebbene, il codice era allora, e lo sarebbe stato per secoli, un libro; un libro ovviamente cartaceo, un volume, anzi un volumetto, composto da fogli stabilmente rilegati; e contenente un testo. Tale testo, a sua volta, contemplava, e contempla, una selezione ragionata e organizzata di norme. Nel tradizionale codice cartaceo, tali norme erano, e sono, stabilmente incastonate in una precisa posizione fisica del testo.

Le norme del codice sono collocate in una struttura: assumono, al suo interno, una collocazione topografica fissa, che è quella ove il legislatore le ha inchiodate. Il furto, art. 624 c.p., sta prima del furto domiciliare (624 bis c.p.), cui segue il furto aggravato (art. 625 c.p.). Poco più in là c'è l'estorsione, e poi la truffa e così via. Sappiamo che la struttura sistematica è costruita attorno ai beni giuridici: ciascun bene costituisce il centro di una sottostruttura, un "quartiere", ove abitano, e non a caso, le fattispecie incriminatrici deputate alla sua tutela. Le fattispecie sono inserite in una rete che configura relazioni di maggiore o minore prossimità; e queste relazioni sono fortemente condizionate sia dalla incastonatura della singola norma, sia dalla sottostruttura, dal "quartiere", dove essa è, assieme ad altre norme, collocata. Sappiamo inoltre che fuori da questa "città ideale", ci sono le periferie caotiche e spesso le *favelas*, le *banlieues* delle leggi speciali.

Nel codice, ma lo stesso potrebbe dirsi per le leggi speciali, le norme abitano in luoghi precisi, con indirizzo e numero civico. Abitano solo ed esclusivamente nel luogo di loro, come dire, "ufficiale residenza". Sia esso l'art. 999 del codice penale o l'art. 888 della legge speciale n. 777. Una norma può stare solo ed esclusivamente in un luogo. L'ubiquità delle norme non è neppure immaginabile.

Ciò non vuol dire, ovviamente, che il codice cartaceo sia un testo assolutamente sequenziale; e che vada letto come un romanzo giallo, di cui non possiamo saltare neanche un rigo. Al contrario, anche il codice tradizionale è, in qualche misura, un *ipertesto*. La sua modalità abituale di lettura è difatti la "consultazione", una attività che comporta, lo sappiamo bene, la possibilità di "saltare" da una norma all'altra: in ragione di un rinvio o per scelta.

Nonostante questa sua caratteristica, tuttavia, il codice rimane un documento condizionato dalla sua fisicità, dalla sua struttura testuale rigida. Difatti, pur potendo il lettore "saltare" da un luogo all'altro, la *distanza e la difficoltà del salto* sono pregne di significato. Se si salta dal reato di furto ad una contravvenzione concernente il possesso ingiustificato di valori, oppure alla detenzione di armi o di sostanze stupefacenti, la misura del salto peserà eccome, potendosi sostenere, in caso di grandi balzi tra norme lontane (topograficamente e per bene tutelato), che non vi sono i presupposti per una interpretazione sintonica delle medesime parole, ad esempio del termine "detenzione".

10. Preliminari per una nuova riflessione sulle modalità organizzative della legislazione penale.

Riflettendo oggi sul principio della riserva di codice, e più in generale sulla forma codice, non possiamo trascurare il condizionamento dovuto, nei secoli passati, alla configurazione materiale dell'oggetto-codice. L'interazione con questo oggetto materiale ha costituito, per tanto tempo, un dato esperienziale di primaria importanza. Così importante da condizionare la stessa ideologia della codificazione. D'altra parte, proprio gli studi sulla metafora hanno dimostrato, su di un piano generale, l'estrema

rilevanza che l'interazione corporea con il mondo assume nello sviluppo delle strutture del pensiero e delle categorie concettuali³⁰.

Quando si è sviluppata l'idea tradizionale di codice, il condizionamento derivante dalla natura cosale, materiale, fisicamente rigida, strutturata, dell'*oggetto codice* fu decisiva. Allo stesso modo in cui, tre secoli prima, la città-ideale rinascimentale fu ideata e progettata avendo come riferimento lo spazio fisico *urbano* e non, ad esempio, le valli dell'Arcadia o l'eterea, informe, bellezza della "*civitas dei*".

Se tutto ciò ha un minimo di plausibilità, allora dovremmo tenerne conto anche nel dibattito sulla riserva di codice e sui futuribili della forma-codice nella società contemporanea. L'oggetto-codice che avevano in mente gli illuministi, quell'utilissimo piccolo librettino rilegato, che tutti noi usavamo sino a qualche anno fa, è in via di estinzione e comunque non è più diffuso come un tempo. Come oggetto, ripeto: *come oggetto*, non è più necessario; non è più utile. Come i nastri musicali o le videocassette VHS.

Le norme (anche quelle penali, ovviamente) sono "dati"; dati che possono essere gestiti con programmi informatici o addirittura con "applicazioni" scaricabili sui nostri *smartphone*. Nelle classi in cui insegno diritto penale, constato ormai da qualche anno che gli studenti il codice penale cartaceo non ce l'hanno; non lo comprano più; alcuni, forse, un codice non l'hanno mai neppure avuto tra le mani. Presto il codice cartaceo non sapranno più neanche usarlo, come già non saprebbero usare i telefoni a disco. Già oggi infatti, con la più semplice ed economica delle "applicazioni", scaricabile in rete, è possibile avere il testo del codice, e di molte leggi speciali (il numero dipende dalla qualità e dal costo dell'applicazione) a diretta portata sullo schermo degli *smartphones*.

Avendo tutto il materiale legislativo a diretta disposizione, è possibile scomporre e riaggregare le norme del codice penale, ma anche delle leggi penali speciali, secondo la modalità che più ci aggrada. Questo processo si chiama, come noto, "*sorting*" e consiste nell'ordinare dei dati secondo la loro sequenza o secondo una o più loro proprietà. Possiamo richiamare tutte le norme dove compare la parola "profitto", o "danno"; oppure "possesso", o "cagiona"; e farci sul momento, "in casa" e a secondo dei bisogni, il nostro "*instant-code*".

È verosimile pensare che tutto ciò non produca alcuna conseguenza sull'ideologia della forma codice?

Non credo. Sarebbe come pensare alla musica, immaginando che i brani siano ancora incardinati nelle sequenze rigide delle audiocassette o dei *Long playing* in vinile. Nella produzione dei Beatles, la canzone "*Help!*" stava – era il 1965 – nello stesso disco di "*Yesterday*"; ma oggi? Dove sta l'una e dove sta l'altra? Nessuno lo sa: sono come amanti che si sono perduti. Oggi, ciascuno di noi può fare, da solo, una o cento "*playlist*", riversandovi migliaia di canzoni e ordinandole nel modo che più aggrada (per rilassarsi, per correre, per condividere una serata). Oggi "*Help!*" non sta più vicino a *Yesterday* di

³⁰ L'approfondimento di questo nesso tra la struttura metaforica del pensiero e le fondamentali esperienze corporee, è centrale nello studio di G. LAKOFF e M. JOHNSON, citato *retro* alla nota 3.

quanto non stia vicina alla “marcia funebre” dell’Eroica di Beethoven o a “Ni**as in Paris” dei rappers Jay-Z e Kanye West.

Quando i dati si liberano dalla struttura rigida ove giacevano inchiodati, non c’è più alcun ordine; o meglio: l’ordine possiamo/dobbiamo deciderlo noi: con un atto di volontà. Ascolterò sempre la quarta sinfonia di Brahms, nell’ordine pensato dal suo compositore: come fosse la sera del 25 ottobre 1885 e stessi seduto in platea, nel teatro di Meiningen, durante la prima esecuzione diretta da Johannes in persona. Non romperò mai la meravigliosa sequenza di quei movimenti. Ma tutto questo non è più un destino: oggi è una scelta.

11. Oltre il modello della città ideale: organizzare e sistematizzare la legislazione come “villaggio globale”.

Discutere sul principio della riserva di codice dà oggi l’opportunità di tornare a riflettere sulla forma-codice. Nessuno contesta il valore, etico e pratico, di una legislazione sistematica, razionale, stilisticamente omogenea. Quello che merita una nuova riflessione è la proficuità del concepire questo progetto avendo ancora come riferimento la tradizionale configurazione fisica del codice: un piccolo testo stampato su fogli di carta rilegati. Un testo che sta *tutto assieme* in un *luogo* geografico del sistema giuridico: una piccola e nobile “città-ideale” circondata da anarchiche *banlieues* “dove neanche la polizia può entrare”.

È ancora fecondo pensare alle forme organizzative del diritto penale secondo questi modelli? Non credo. Difatti, non essendoci più una realtà fisica che vincola la struttura e la posizione delle norme, corriamo il rischio di rimanere intrappolati entro quella che non è altro che una *rappresentazione metaforica* del mondo normativo (penale, ma anche extrapenale). Come Dante tra le bolge dell’*Inferno*, finiamo per essere condizionati da una “realtà” la cui forma e la cui struttura materiale sono, a ben vedere, solo frutto della nostra immaginazione.

Le conseguenze sono rilevanti, dal momento che, nel diritto penale, è proprio sulla base di una geografia (ormai) immaginaria, che viene costruita la strategia della “*reconquista*”. Strategia di cui la riserva di codice è la più eclatante espressione. Si immagina cioè che da questa unica, nobile, “città-ideale”, appunto il codice, possa partire la riscossa che porti a liberare i territori “senza legge” che stanno fuori della città. E che, nel frattempo, la città-ideale possa accogliere, dentro le sue mura, ogni sorta di profugo o migrante.

Difficile pensare che tale strategia possa avere successo. Sarebbe come credere che Roma possa muovere, oggi, alla riconquista del suo Impero; accogliendo e “romanizzando”, nel contempo, sterminate moltitudini di barbari entro le sue mura. Non può succedere; e non è colpa di Roma. Semplicemente, nel mondo contemporaneo, le cose non vanno così: nessuna città, per quanto grande e nobile, può conquistare, oggi, il mondo da sola.

Torniamo al diritto penale. Si può davvero pensare che nella società post-moderna del XXI secolo il progetto riorganizzativo della legislazione penale possa

puntare unicamente, come fossimo nel mondo antico, sulla “riscossa” di una sola città, cioè della tradizionale forma-codice? Possiamo immaginare che solo a questa piccola e nobile città-ideale lo *Spirito della storia* abbia concesso il dono della razionalità, sistematicità e armonie delle forme?

La risposta a nostro avviso è negativa.

Un progetto di riorganizzazione e razionalizzazione del sistema del diritto penale non può che essere, oggi, globale, policentrico, a rete³¹. E riguardare probabilmente l'intero sistema legislativo.

Come procedere è difficilissimo a dirsi, anche perché il problema delle forme organizzative della legislazione si lega sempre a quello dei contenuti normativi e delle tecniche di redazione delle singole norme, problemi questi ultimi che non possiamo qui neanche sfiorare. Il fatto incoraggiante è che oggi disponiamo di strumenti informatici attraverso i quali possiamo provare a concepire e strutturare in modo razionale, accessibile, l'intero “villaggio globale” del diritto, e del diritto penale in particolare³². Le norme penali sono suscettibili di costituire *base di dati*, la cui struttura non è condizionata da alcun predeterminato assetto fisico, materiale. Nel mondo digitale, nessuna norma è inchiodata ad un luogo, nessuna è confinata ineluttabilmente in una determinata “residenza anagrafica”³³. La materia è fluida ed è solo chi organizza dati a stabilire le regole della loro gestione.

Un ovvio scrupolo metodologico impone di rimandare ad altra sede lo sviluppo di queste elementari premesse. Mi limiterò dunque a proporre un paio di riflessioni, assolutamente embrionali e interlocutorie rispetto ad una più meditata trattazione dell'argomento.

11.1. Il network.

Innanzitutto, possiamo ipotizzare che la “base di dati”, costituita dall'insieme del materiale legislativo, in particolare di quello penale, debba necessariamente possedere una struttura, una rete: un *network* le cui regole disciplinino le relazioni tra i dati, cioè tra le norme. Neppure nell'era digitale, infatti, è pensabile che la legislazione possa configurarsi come un insieme senza struttura, un *data base* in cui le norme esistano solo individualmente, slegate come coriandoli dentro un sacchetto.

³¹ Per una interessante proposta incentrata su di una “moderna” nozione di codificazione “piramidale”, che si sviluppa nella sequenza Costituzione-codice penale-leggi complementari, v. L. FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello “policentrico” a un modello “piramidale”*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 300 ss.

³² Vorrei ricordare, con riferimento alla gestione delle leggi penali *extra codicem*, il lavoro di M. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 39 ss.

³³ D'altra parte, questa circostanza è già tenuta in conto nel sistema francese, ove, è prevista e diffusamente applicata la codificazione c.d. “a diritto costante”, in cui le fattispecie compaiono in più testi normativi: da un lato un “code pilot” e dall'altro un “code suiveur”. Per tutti, R. CABRILLAC, *Les enjeux de la codification en France*, in *Les Cahiers de droit*, 2005, 533 ss. V. anche, V. DERVIEUX, *Dall'inflazione penale ai testi unici. L'esempio francese*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 169 ss.

La base di dati deve essere, dunque, strutturata in un *network*. È necessaria una rete, ove alcune regole di connessione tra norme diano un ordine, anche elementare, al sistema³⁴.

Possiamo ipotizzare regole fondate sulla gerarchia, sulla datazione, ma soprattutto sulla natura di alcune relazioni tra norme: regole, dunque, sul concorso e conflitto di norme; rinvii e clausole di riserva; regole concernenti l'interazione tra norme di parte generale e di parte speciale; regole che istituiscano "connessioni forti" tra norme, costituendo "sotto-reti" basate su specifici criteri di *sorting*, quali l'omogeneità del bene giuridico o un comune scopo di tutela (lotta alla criminalità organizzata, alla corruzione, al terrorismo etc.). Si può pensare, ovviamente, che tali sotto-reti connettano norme penali e norme extrapenali (amministrative, civili, processuali). Altrove le abbiamo chiamate "galassie nane"³⁵

È appena il caso di ripetere che la presenza di una regolazione del *network* non implica che il modello complessivo assuma un'unica rigida fisionomia, ben potendo i dati essere collegati in base a molteplici regole di connessione.

La creazione e la regolazione di un vero e proprio *network* legislativo, in particolare di quello comprendente la legislazione penale, è impresa straordinariamente complessa, ma non impossibile.

Quanto alla competenza a regolare il *network*, si può pensare ad un ruolo assolutamente primario del legislatore. E ciò nel solco del processo di sottoposizione alla riserva di legge che caratterizza, ormai da oltre un secolo, anche i principi e le regole di parte generale. Non si può escludere, tuttavia, che, così come avviene oggi con riferimento ad una parte significativa delle meta-regole del sistema penale (si pensi, ad esempio, ai criteri risolutivi del concorso apparente di norme diversi dalla specialità ex art. 15 c.p.) possano svolgere un ruolo significativo sia il formante dottrinario che quello giurisprudenziale.

11.2. Dal network alle playlist.

Una volta stabilite le regole fondamentali del *network*, si può ipotizzare che qualunque utente possa estrarre dal *network* le più svariate liste di norme. Queste "playlist" di norme sono formate, di volta in volta, in base a precise chiavi di selezione. Le abbiamo chiamate "playlist", immaginandole analoghe a quelle che formiamo per i brani musicali o i video, ma, volendo, potremmo anche usare espressioni come: "instant-codes", "snapchat codes" o "codici on demand".

Le playlist sono, essenzialmente, strumenti di consultazione della legislazione.

³⁴ Non stiamo qui parlando, ovviamente, della *produzione* delle norme penali (che nessuno vuole qui mettere in discussione e sottrarre alla competenza legislativa). La regolazione del *network* è dunque indipendente dalla generazione della base dei dati, cioè dall'attività di *law making* concernente, ad esempio, singole fattispecie incriminatrici. Quando parliamo del *network*, alludiamo esclusivamente alle regole di *sistema*, alla disciplina delle relazioni tra norme.

³⁵ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 115 ss.

Non sono soggette, cioè, a differenza dal *network*, ad alcuna disciplina regolativa. Ciascun utente del sistema può formare le *playlist* a suo piacere. Così come oggi ogni interprete è libero di ipotizzare connessioni significative tra le norme più disparate del sistema. Resta il fatto, tuttavia, che al di là dei meri giochi combinatori, le *playlist* vengono formate, verosimilmente, al fine di elaborare una argomentazione da spendere in giudizio o comunque all'indirizzo di un interlocutore: sia esso il giudice, una controparte, ovvero, nel caso della dottrina, la comunità scientifica.

Le chiavi di ricerca consentono ovviamente di elaborare liste comprensive sia di norme penali che extrapenali. Per le ragioni dette sopra, la selezione non è aprioristicamente condizionata dalla posizione fisica delle norme all'interno di un testo cartaceo. Non ci sono insomma norme "più vicine" ad altre, a meno che, la vicinanza o altro tipo di connessione non siano creata da una delle sopramenzionate "regole del *network*". Le regole del *network*, infatti, come segnalato, possono disciplinare autoritativamente alcune relazioni tra norme e da tali regole l'interprete non può prescindere. Una *playlist* che raccogliesse, ad esempio, solo norme di parte speciale, ignorando quelle di parte generale che il regolatore del *network* ha invece sancito essere rilevanti (in tema di delitto tentato, di concorso di persone etc.), sarebbe sempre una *playlist* incompleta. L'interprete sarà liberissimo di formarla, a suo uso e consumo, ma non potrà mai argomentare utilmente in giudizio postulando l'irrilevanza di ciò che manca nella lista.

L'estrazione della *playlist* non sarebbe, insomma, attività diversa da quella che è già possibile oggi utilizzando le varie banche dati giuridiche. In concreto, come si accennava, possiamo ipotizzare di selezionare *playlist* contenenti norme in cui compaiano determinate parole testuali, quali "profitto", "cagiona", "detiene" etc. Ovvero, *playlist* concernenti reati lesivi di uno stesso bene giuridico: l'incolumità personale, il patrimonio, l'amministrazione della giustizia etc. *Playlist* di norme accomunate dalla identità di materia (lotta alla criminalità organizzata, alla corruzione etc.) e così via.

Starà al giudice, ovviamente, valutare la plausibilità di ogni *playlist*, o meglio: la plausibilità dell'argomentazione formulata postulando la significatività della *playlist* stessa. Se, ad esempio, l'omogeneità del bene tutelato sarà probabilmente accolta come fondante la persuasività di una *playlist* che comprende furto e appropriazione indebita e dell'argomentazione che interpreta la seconda fattispecie alla luce della prima, più controverso potrà essere il valore delle liste basate su parole testuali. Non è detto infatti che l'identità del termine (ad esempio, "profitto", o "detiene") sia risolutiva. La natura topica di ciascuna fattispecie potrebbe infatti suggerire, per ciascuna, una differente interpretazione della parola. Quando il contesto e le modalità di tutela sono diverse, infatti, il criterio della omogeneità semantica del singolo termine può venir meno: la "detenzione" che caratterizza la condotta del soggetto passivo del furto, ad esempio, non è necessariamente quella di chi detiene illecitamente prodotti industriali con i marchi contraffatti.

Le *playlist*, come dicevamo, possono essere formate in base ai criteri più disparati. Anche le *playlist* apparentemente senza senso, ad esempio quelle che raccogliessero norme il cui *nomen iuris* inizia con la medesima lettera dell'alfabeto (*Abbandono di*



5/2018

*incapace, Abigeato, Aborto; Associazione per delinquere, Attentato agli impianti di pubblica utilità, etc.; oppure: Calunnia, Caporalato, Circonvenzione di incapaci, Corruzione di minorenne etc.), potrebbero avere una utilità rispetto alle esigenze di rapida consultazione³⁶. Non si può escludere, inoltre, che l'acume degli interpreti porti alla scoperta di nessi – occulti ma significativi – tra norme in apparenza non connesse; che dunque si sviluppi una sorta di sapienza esoterica nel leggere, e ricostruire attraverso *playlist*, la trama nascosta del tessuto legislativo.*

Ci fermiamo qui. Sappiamo benissimo che gli argomenti di cui si è brevemente parlato vanno esplorati con appropriata metodologia scientifica. E poi meditati con prudenza.

³⁶ L'ordine alfabetico è il criterio adottato, ad esempio, dallo U.S. code, la raccolta della legislazione federale statunitense, ove nel Title 18, dove sono "codificati" in quella sequenza i reati federali.

L'ESTENSIONE DELLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO AGLI ENTI AL VAGLIO DELLA CASSAZIONE

Nota a [Cass., Sez. III, sent. 17 novembre 2017 \(dep. 28 febbraio 2018\) n. 9072, Pres. Ramacci, Est. Socci, ric. P.G. c. Ficule Lucas & C. s.a.s.](#)

di Paolo Cirillo

Abstract. Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione affronta il controverso rapporto tra la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e la responsabilità “da reato” degli enti ex d.lgs. 231/2001.

In assenza di indicazioni legislative, le strade in astratto percorribili sono essenzialmente due: quella, coerente con il canone ermeneutico “classico” dell’interpretazione letterale, dell’estensione dell’art. 131 bis c.p. all’ente e quella opposta – sfavorevole per la persona giuridica – che muove da un approccio esegetico di tipo teleologico.

Nella sentenza in commento, la S.C., optando per quest’ultima soluzione ermeneutica, dimostra di voler accordare una tutela preferenziale all’esigenza di difesa sociale di fronte alla “criminalità del profitto”. Tuttavia, inevitabilmente, un’analisi di tipo polidimensionale, che contemperi tutti i profili dell’attività interpretativa, suggerisce che si tratta di un’interpretazione analogica “in malam partem”.

La querelle – ricca di ricadute problematiche teoriche e pratiche – è quindi ancora tutta aperta e, mentre si aspetta la risoluzione legislativa, la questione potrebbe essere riproposta e – magari – dare anche adito ad una pronuncia risolutiva delle Sezioni Unite.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *quaestio iuris*. – 3. La lettura fedele al dato normativo. – 4. La lettura teleologicamente orientata. – 4.1. Le peculiarità della sentenza ex art. 131 bis c.p. – 4.2. La *ratio* dell’art. 8 d.lgs. 231/2001 e l’accertamento “autonomo” della responsabilità dell’ente. – 5. Un’applicazione analogica “in malam partem”: tra cause di non punibilità e cause di estinzione del reato. – 6. Una (ennesima) conferma della natura sostanzialmente penale della responsabilità da reato degli enti? – 7. Rilievi conclusivi: prospettive *de jure condendo*.

1. Premessa.

Fino a meno di venti anni fa alla domanda se una persona giuridica potesse essere considerata responsabile per il diritto penale si rispondeva – semplicisticamente – in maniera negativa. Tant’è vero che il principio, sintetizzato nel brocardo “*societas delinquere non potest*” e confermato dalla conformazione antropocentrica e

antropomorfa del nostro codice penale¹, fu assunto a “mitologia giuridica della modernità”².

Il principale sbarramento era rappresentato dall’art. 27 Cost. che, consacrando la natura personale della responsabilità penale, postula(va) un coefficiente di partecipazione psichica in capo all’autore, il solo in grado di giustificare una risposta sanzionatoria con finalità rieducativa: il che – si è a lungo ritenuto – non sarebbe ipotizzabile con riguardo ad un ente³.

Com’è noto, le cose sono cambiate radicalmente – e improvvisamente – quando, per una convergenza di formanti interni ed esterni⁴, con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 irrompe nel nostro ordinamento una nuova formula di responsabilità a carico degli enti, prudentemente definita “amministrativa dipendente da reato”⁵. L’obiettivo dichiarato e perseguito dal legislatore è indubbio: apprestare un presidio forte contro la sempre più imperante tentazione di commettere reati che siano frutto della politica d’impresa, superando la considerazione della persona fisica come capro espiatorio.

¹ Per la visione antropomorfa che esprime la legislazione penale moderna v. E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 29. L’autore rileva come il nostro codice penale abbia costruito le caratteristiche strutturali dell’imputazione penale così come il catalogo delle sanzioni mettendo al centro l’uomo-persona fisica.

² Così P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001, il quale, nell’analizzare criticamente le nozioni e i principi fondanti della civiltà giuridica moderna con l’obiettivo di contribuire ad una coscienza più vigile del giurista contemporaneo, denuncia coraggiosamente semplicismi e mitologie: tra questi anche il principio per cui “*societas delinquere non potest*”, affermato in maniera apodittica e senza che sia mai stato discusso criticamente.

³ Cfr., *ex multis*, A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988 XXXIX, 1296 che paventa il rischio di una responsabilità per fatto del terzo.

⁴ V. R. GAROFALI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Nel diritto Editore, ed. XIV, 377 ss. L’autore rileva come la riforma sia stata il frutto di diversi *inputs*. Innanzitutto, fattori interni legati allo sviluppo a livello criminologico dell’analisi della criminalità d’impresa (c.d. dei “colletti bianchi”) hanno permesso di osservare come la delinquenza societaria sia realizzata, in una sorta di effetto criminogeno e di annientamento dei freni inibitori, sulla scorta di scelte generali di organizzazione o di politica dell’impresa, più che su iniziativa individuale della singola persona-fisica. In secondo luogo, hanno aiutato il nostro legislatore fattori esterni-comparatistici: nei paesi di *Common law* da oltre un secolo esistono forme di responsabilità diretta delle persone giuridiche, e le porte in questo senso sono aperte anche in ordinamenti a noi culturalmente più vicini come accade nei moderni codici penali di Francia e Portogallo. Determinate è stato, poi, il formante comunitario/internazionale: l’Italia tra il 1994 e il 1999 aveva sottoscritto diverse convenzioni sia a livello UE che internazionale in cui si era impegnata a introdurre sanzioni dirette nei confronti delle persone giuridiche così da evitare fenomeni di “*forum shopping*” e garantire la libertà di circolazione delle persone e delle merci nel mercato unico europeo. Invero il d.lgs. 231/2001 ha dato attuazione alla legge del 29 settembre 2000, n. 330 di ratifica ed esecuzione di alcune convenzioni internazionali relative alla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, dei funzionari degli Stati membri dell’Unione europea e alla tutela delle finanze comunitarie.

⁵ Nonostante la giovane età della normativa la letteratura in argomento è ampia. V., *ex multis*, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in Grosso – Padovani – Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 995; G. MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1192; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una “truffa delle etichette” davvero innocua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 879.

Ebbene, una volta sdoganata, si è negli ultimi anni sempre più consolidata la non tollerabilità del “costo” dell’irresponsabilità degli enti per i reati in cui questi sono direttamente coinvolti, ed anzi che molto spesso “impongono” o avallano⁶. Non solo il modello di disciplina inizialmente introdotto è stato via via integrato con la progressiva estensione da parte del legislatore del novero dei reati “presupposto”; ma lo spettro delle ipotesi di responsabilità delle persone giuridiche è stato surrettiziamente esteso, talvolta, anche tramite il contributo giurisprudenziale.

In questa direzione, in cui, in passato, si era già incanalata la nota e controversa decisione (poi smentita dalla stessa S.C.) che aveva esteso il raggio di azione del d.lgs. n. 231/2001 alle ditte individuali⁷, si muove oggi la Corte di Cassazione nella sentenza in commento: nell’affrontare il rapporto – ricco di implicazioni teoriche oltre che pratiche – tra la responsabilità da reato degli enti e l’istituto di nuovo conio della particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.*, essa sgancia la responsabilità del soggetto collettivo dalla punibilità in concreto della persona fisica che ha commesso il reato nell’interesse o vantaggio dell’ente, anche – e questo è il vero *punctum dolens* – al di là della lettera della legge.

2. La *quaestio iuris*.

La terza Sezione Penale della Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi su una questione di “puro diritto”, riguardante la sussistenza della responsabilità dell’ente, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in un’ipotesi in cui era stata emessa una sentenza di non punibilità per particolare tenuità del fatto nei confronti degli amministratori dell’ente stesso.

Nella vicenda *de qua* il Tribunale aveva dichiarato non punibili *ex art. 131 bis c.p.* i legali rappresentanti di una società in accomandita semplice imputati di una gestione di rifiuti non autorizzata (ai sensi dell’art. 256, comma 1 del d.lgs. n. 152/2006), e aveva escluso automaticamente la responsabilità della società per l’illecito amministrativo contestato in dipendenza del reato suddetto, perché lo stesso non sussiste.

La Procura Generale presso la Corte di Appello territorialmente competente aveva proposto ricorso per cassazione, lamentando violazione di legge con riferimento agli artt. 8 e 66 del d.lgs. n. 231/2001; riteneva che la non punibilità delle persone fisiche *ex art. 131 bis c.p.* fosse del tutto irrilevante ai fini dell’applicazione delle sanzioni all’ente – che dunque non sono da escludere *ipso jure* – giacché “la particolare tenuità del fatto comporta la sussistenza del reato e la sua riconducibilità agli imputati”.

⁶ Invero, F. BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, 951 ss aveva già messo in discussione il principio dell’irresponsabilità degli enti, nel momento storico di grande fibrillazione sociale corrispondente alla fine degli anni ’60 in riferimento alle grandi società commerciali. In quel caso ostacolo “insormontabile” fu l’art. 27, comma 1 e 3, Cost.

⁷ Il riferimento è a Cass. pen., sez. III, 15.12.2010 (dep. 20.4.2011), n. 15657, Pres. Ferrua, Est. Grillo con nota di G. AMARELLI, [L’indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d.lgs. 231/2001](#), in questa *Rivista*, 5 luglio 2011.

La Corte di Cassazione, chiamata a chiarire la questione, rileva preliminarmente che il problema non trova una soluzione espressa; invero, la materia non è regolata dal punto di vista normativo, poiché il d.lgs. 231/2001 non considera l'art. 131 *bis* c.p., entrato in vigore solo nel 2015 senza che a ciò sia seguito alcun intervento di aggiornamento.

La problematica, considerata dalla Corte “di puro diritto”, lungi dall’aver un carattere esclusivamente teorico, ha importanti ricadute pratiche. Dalla sua soluzione dipende la punibilità o meno dell’ente per i reati commessi nel suo interesse da persone fisiche non punite *ex art.* 131 *bis* c.p. Di conseguenza, la questione incide sulla tenuta della *ratio* del sistema di responsabilità delineato nel 2001, quale l’esigenza di tutelare interessi rilevanti, messi in pericolo dalle attività poste in essere in maniera sempre più “personalizzata” dagli attori dell’economia moderna⁸.

La rilevanza del problema è particolarmente evidente soprattutto se si pensa che, effettivamente, numerosi “reati-presupposto” rientrano nei limiti edittali previsti dall’art. 131 *bis* c.p. (fino a cinque anni di reclusione): dai reati societari alla corruzione per l’esercizio della funzione; dall’accesso abusivo a un sistema informatico (non aggravato) alle frodi in commercio; dalle violazioni del diritto d’autore alle false comunicazioni sociali.

Tra l’altro, l’ammissibilità dell’istituto – di recente riconosciuta in giurisprudenza⁹ – anche rispetto ai reati per i quali sono previste soglie di punibilità ne allarga notevolmente il raggio d’azione: si pensi, tra i “reati-presupposto”, a taluni reati ambientali. D’altro lato, la non punibilità per particolare tenuità del fatto ben si concilia, nei suoi presupposti, con le ipotesi in questione in cui gli autori materiali dell’illecito – c.d. “colletti bianchi” – facilmente integrano il requisito “della non abitudine del comportamento”.

Ebbene, su diverse – e scarse – argomentazioni, andando oltre il dato legislativo, gli Ermellini giungono a condividere la conclusione della pubblica accusa e annullano con rinvio la sentenza impugnata. Si nega, così, qualsiasi automatismo tra l’eventuale dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto di reato e la responsabilità dell’ente: il giudice, anche quando concede all’imputato-persona fisica il beneficio dell’art. 131 *bis* c.p., dovrà procedere all’accertamento autonomo della responsabilità della persona giuridica.

⁸ Per la *ratio* della responsabilità delle persone giuridiche intesa in questi termini cfr. G. NARONTE, *L’erba del vicino è sempre più verde? Brevi note sulla responsabilità delle persone giuridiche nel nuovo codice penale spagnolo*, 2000, in www.dirittoediritti.it, 4 ss.

⁹ Cass., Sez. Un., 6 aprile 2016, n. 13681, *Tushaj*, con nota di G. AMARELLI, *Le Sezioni unite estendono l’ambito di operatività dell’art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità* in *Dir. pen. proc.*, 6, 2016. Per le Sezioni unite, nei limiti indicati nel comma 1 dell’art. 131 *bis* c.p., «non si dà tipologia di reato per la quale [...] sia inibita ontologicamente l’applicazione del nuovo istituto», essendo possibile procedere alla valutazione della concreta manifestazione di tutte le componenti del fatto illecito (offesa, condotta, colpevolezza ed ogni altro elemento significativo) pure nei reati con soglie di punibilità, senza offesa, di disobbedienza, o comunque poveri di tratti descrittivi, contrassegnati magari da una mera omissione o da un rifiuto».

3. La lettura fedele al dato normativo.

In assenza di indicazioni legislative, la Corte chiarisce che le strade in astratto percorribili sono essenzialmente due: quella – favorevole per la persona giuridica – dell'estensione dell'art. 131 *bis* c.p. all'ente e quella opposta, sfavorevole.

Una prima ricostruzione, imboccata nel caso in esame dal Tribunale, è quella secondo cui la responsabilità dell'ente a titolo di illecito amministrativo dipendente da reato dovrebbe essere esclusa in quanto troverebbe applicazione, anche in riferimento alle persone giuridiche, l'art. 131 *bis* c.p.

Tale indirizzo si fonda su un approccio ermeneutico di tipo “classico” che segue la regola fissata in generale dall'art. 12 delle Preleggi – valevole anche per il diritto penale – in base alla quale è necessario tenere conto, nella interpretazione delle norme, del significato lessicale dei termini utilizzati dal legislatore¹⁰. Valorizzandosi il testo ed il carattere vincolante della lettera della legge, l'interpretazione letterale si presenta coerente con i principi ordinanti del diritto penale costituzionalmente orientato: primo fra tutti la legalità formale nella duplice accezione della precisione-determinatezza della condotta punibile e del divieto di analogia *in malam partem* in materia penale di cui all'art. 25, comma 2 Cost.

Il principale argomento a sostegno di questa impostazione è, infatti, rappresentato da una lettura fedele alla *littera legis* del disposto dell'art. 8 d.lgs. 231/2001. Tale norma – di particolare rilievo – introduce il principio dell'“autonomia” della responsabilità dell'ente, nel senso che quest'ultimo, in determinate ipotesi, risponde anche a prescindere dalla punibilità in concreto dell'autore materiale del fatto di reato.

Si tratta di una vistosa deroga al meccanismo del *simultaneus processus* sancito dall'art. 38 d.lgs. 231/2001, che vede, per ragioni di economia, ma anche per la necessità di far fronte alla complessità dell'accertamento, le vicende processuali delle persone fisiche e quelle dell'ente strettamente correlate¹¹.

Su questa premessa è evidente che l'art. 8 assume un'importanza fondamentale. La sua funzione politico-criminale, intimamente legata alla *ratio* che sta alla base del sistema della responsabilità da reato degli enti, è, infatti, individuabile nell'esigenza di evitare un automatico effetto esimente per la *societas* in relazione alla oggettiva realizzazione di un fatto tipico, cioè della lesione di un bene giuridico che le può essere comunque rimproverata¹².

Da ciò la previsione normativa, differendo dai criteri di attribuzione di responsabilità accessoria legata al reato, anche per coerenza al principio di personalità,

¹⁰ Questo canone ermeneutico “classico” è sostenuto nella manualistica contemporanea da C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3 ed., 2009, 66 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 4 ed., 2012, 57 ss. Ne evidenzia il ruolo fondamentale in materia penale S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

¹¹ In tal senso v. F. VIGNOLI, *Societas puniri potest*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 903. L'Autore, in virtù del principio del meccanismo suddetto, parla di responsabilità “a rimbalzo” della persona giuridica rispetto a quella della persona fisica.

¹² V. M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in G. Canzio – L.D. Di Cerqua – L. Luparia, (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2014.

non costituisce la responsabilità dell'ente come mero *pendant* del giudizio di colpevolezza dell'autore: non è, infatti, necessario che all'irrogazione delle sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001 si accompagni una parallela sentenza di condanna nei confronti di chi ha commesso il fatto di reato¹³.

In altri termini, proprio l'autonomia della responsabilità – insieme alla prevista possibilità di liberarsi dall'addebito dimostrando di essersi dotati di quelle misure adeguate a impedire la commissione di reati – contraddistinguerebbe il nucleo essenziale del nostro sistema di responsabilità degli enti e lo fonderebbe in termini garantisti, fuggendo dal paradigma di responsabilità oggettiva, frequente in altri ordinamenti giuridici (Paesi di *Common law*, Francia etc.): si tratta di una responsabilità colpevole costruita sul canone della c.d. "colpa d'organizzazione"¹⁴.

Sennonché, il ruolo sistematico peculiare rivestito dal principio di autonomia ha fatto sì che il legislatore lo abbia circoscritto a ipotesi limitate, elencate tassativamente e le sole in grado di far rispondere l'ente a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche autrici dei "reati-presupposto".

Più precisamente, il comma 1 lett. *a* dell'art. 8 lascia sussistere la responsabilità dell'ente non solo nel caso – dal sapore più teorico che pratico – dell'autore non imputabile, ma anche in quello della mancata identificazione della persona fisica. Quest'ultimo è un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa e, infatti, rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti¹⁵: nell'ottica di un funzionalismo repressivo – o se si preferisce di prevenzione generale¹⁶ – l'obiettivo è fronteggiare la

¹³ Per una lettura del principio di autonomia della responsabilità degli enti come fondante una responsabilità colpevole per gli enti cfr. E. MANCUSO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2007.

¹⁴ Sulla colpevolezza d'organizzazione v. F. MUCCIARELLI, *Gli illeciti di abuso di mercato, la responsabilità dell'ente e l'informazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 2008, 824 ss e nt. 2, 828 ss., 830 ss. e nt. 13; O. DIGIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2010, 45, 136-137; C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI, R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University press, Bologna, 2013, 165; A. TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 490 ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, 393 ss. Per la genesi di tale concetto v. K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 615 ss; E.J. LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in *ZStW*, 1994, 683 ss. Un'analisi della "colpa d'organizzazione" si può apprezzare anche in: C. GOMEZ-JARA DIEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005, 184-192.

¹⁵ In questo senso la Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 231/2001 la quale fa riferimento ai casi di "imputazione soggettivamente alternativa".

¹⁶ Sul piano dell'accertamento processuale le ricadute dell'istituto si traducono in un alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa che si accinge a perseguire un *corporate crime*: nelle ipotesi in cui non si ha un'adeguata piattaforma probatoria nei confronti delle persone fisiche sospettate del reato, si potrà contestare l'illecito "amministrativo" alla sola persona giuridica e, per questa via, incrementare le probabilità di ottenere una sentenza di condanna per il medesimo fatto storico. Sul punto cfr. A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FLORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, Padova, 2008; E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1516; G. FIDELBO, *Introduzione di un sistema di responsabilità penale (o amministrativa) delle persone giuridiche e ricadute sul piano processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 3283.

“criminalità del profitto” anche quando per la complessità dell’assetto organizzativo interno non sia possibile ascrivere la responsabilità penale per un accertato fatto di reato in capo ad un determinato soggetto¹⁷.

Le sanzioni all’ente vanno altresì applicate, ai sensi dell’art. 8 comma 1 lett. *b*, nel caso in cui il reato sussiste, ma subisce una vicenda estintiva: si pensi all’utile decorso del termine di sospensione condizionale della pena, alla morte del reo prima della condanna ovvero alla prescrizione. Si sostiene che le cause di estinzione, non escludendo la sussistenza del reato, non interferiscono in alcun modo sulle vicende punitive dell’ente. L’unica eccezione meritevole è stata legislativamente rinvenuta nell’amnistia (propria), in presenza della quale, per le valutazioni politiche sottese al relativo provvedimento, non potrà procedersi neanche nei confronti dell’ente.

Tornando al caso in esame, la disciplina segnata dall’art. 8 del predetto decreto prevede che soltanto le cause di estinzione non escludono la responsabilità da reato dell’ente con conseguente prosecuzione del procedimento penale nei suoi confronti; non anche il diverso – per natura e disciplina – istituto, in cui rientra l’art. 131 *bis* c.p., delle cause di non punibilità.

Dunque, secondo questa prima opzione ermeneutica, fedele al dato normativo, e supportata da tempo da una parte della dottrina¹⁸ oltre che dalle linee guida della Procura di Palermo¹⁹, il principio dell’autonomia della responsabilità degli enti non potrebbe trovare applicazione nell’ipotesi dell’amministratore dichiarato non punibile *ex art. 131 bis* c.p., poiché tale istituto non è richiamato dall’art. 8.

Ne deriva che l’uscita dal procedimento penale della persona fisica dichiarata non punibile per particolare tenuità del fatto si accompagna, nel caso di reati rientranti nel catalogo dei “reati-presupposto”, ad una parallela non punibilità dell’ente a titolo di illecito amministrativo “da reato”: insomma, il nuovo istituto dell’art. 131 *bis* c.p., “salvando” la persona fisica, estenderebbe i suoi effetti e “salverebbe” anche la persona giuridica.

4. La lettura teleologicamente orientata.

L’impostazione appena descritta, secondo altro orientamento, a cui – come anticipato – aderisce la Terza Sezione della Corte di Cassazione nella sentenza in commento, non sarebbe plausibile. In questa diversa prospettiva la non punibilità delle

¹⁷ Recentemente la Cassazione aveva avuto modo di pronunciarsi sull’ambito di applicazione della norma: v. Cass. pen., sez. V, 4.4.2013 (dep. 9/5/2013), n. 1091 con nota di A. BERNASCONI, *La Cassazione avvalorata il principio dell’autonomia degli enti*, in www.adov231.it, 19 giugno 2013. Si ritiene che anche l’epilogo processuale dell’assoluzione della persona fisica per non aver commesso il fatto rientri nei casi di mancata identificazione dell’autore del reato *ex art. 8*, comma 1 lett. *a*): l’ente può dunque essere condannato per l’illecito dipendente dallo stesso fatto per il quale l’accusato è stato proscioltto con la suddetta formula.

¹⁸ P. CORSO, *Responsabilità dell’ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, in *Quotidiano IPSOA*, 24 marzo 2015.

¹⁹ Per un’analisi delle linee guida della Procura di Palermo si veda G. ALBERTI, [Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee guida della Procura di Palermo](#), in questa *Rivista*, 2 luglio 2015.

persone fisiche per particolare tenuità del fatto non esclude la responsabilità dell'ente e non lo salva dalle sanzioni; fermo restando che spetterà, poi, al giudice verificare in modo autonomo il coinvolgimento della persona giuridica nel cui interesse il reato è stato commesso.

A tali conclusioni non si approda mediante un'interpretazione letterale dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 bensì sulla base di una sua ricostruzione in chiave teleologica, mettendone in risalto la *ratio* ispiratrice. Se il criterio semantico riflette le esigenze di garantismo individuale sottese al principio di legalità formale, tale diverso modello di interpretazione, di recente sostenuto da una parte della penalistica contemporanea, è compatibile con una legalità intesa in un'accezione moderna "ibrida": è, infatti, aperto alla dimensione presente e futura della norma, da valorizzare concentrando l'attenzione sulla sua funzione politico-criminale²⁰.

Sul dato che un'ermeneutica meramente legalistica può condurre a soluzioni conformi alla *littera legis* ma distoniche rispetto alle sue ragioni giustificatrici si dà rilevanza, nel momento giudiziario-interpretativo, ad esigenze di difesa sociale e a valutazioni di opportunità politico-criminale. Con tale canone, agendo *supplendi causa* all'inerzia del legislatore, si cercano, cioè, di sviluppare tutte le potenzialità di disciplina insiste nella fattispecie, includendo nella loro sfera di operatività anche fatti nuovi che non potevano costituire oggetto di previsione da parte dei compilatori della norma: per dirla con *Radbruch*, la legge, una volta emanata, sarebbe paragonabile ad "una nave che giunta in alto mare cerca, sotto la guida del capitano, la propria rotta".

Muovendo da questo angolo visuale, ragioni di equità spingono i sostenitori della tesi in esame a ritenere che non possa escludersi la responsabilità dell'ente in presenza di un reato non punibile perché sarebbe irragionevole una scelta legislativa che da una parte consideri l'ente responsabile quando il reato è estinto – con l'unica eccezione dell'amnistia – e dall'altra escluda la responsabilità nel caso di reato accertato ma non punibile, come nell'ipotesi dell'art. 131 *bis* c.p.²¹.

La Corte, nel preferire questa soluzione ermeneutica, fonda il suo ragionamento – per la verità piuttosto scarno – sulle peculiarità della natura del proscioglimento per particolare tenuità del fatto. Sono proprio queste specificità che, alla luce delle ragioni che hanno indotto il legislatore del 2001 a sancire l'autonomia della responsabilità da reato degli enti, legittimerebbero, pur in assenza di un preciso disposto normativo in tal senso, l'art. 131 *bis* c.p. a rientrare nel raggio d'azione dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, così da non salvare – almeno in astratto – l'ente dalle sanzioni.

²⁰ Aperto ad un modello ermeneutico di questo tipo e critico rispetto ai criteri di interpretazione "classici" è M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011. In termini problematico/critici sull'argomento si vedano F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006; V. MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2010; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 63 ss. Quest'ultimo Autore osserva come un'impostazione di questo tipo non possa essere condivisa poiché approda ad esiti inaccettabili, rendendo evanescenti – se non del tutto nulli – i confini tra l'interpretazione estensiva e l'analogia.

²¹ E. PIRGU, [Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato \(presupposto\) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001](#), in questa *Rivista*, 5 aprile 2018.

4.1. Le peculiarità della sentenza ex art. 131 bis c.p.

In particolare, la Cassazione sostiene che la sentenza di applicazione della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. produca effetti solo sotto il profilo sanzionatorio - la non punibilità - ma non coinvolga il reato, che rimane intatto. In questo senso si allinea alla impostazione dominante in dottrina e giurisprudenza circa la natura giuridica dell'istituto di recente introduzione²².

La collocazione sistematica in un Titolo apposito – il Titolo V del Libro I, distante da quello del reato –, la terminologia utilizzata che, non facendo riferimento a fenomeni estintivi, impiega espressamente le locuzioni di “reato” ed “autore” ed, infine, l’aspetto sostanziale, vale a dire i suoi presupposti applicativi che richiedono una pluralità di requisiti oggettivi e soggettivi, hanno contribuito in modo dirimente a far ritenere che l’art. 131 bis c.p. presupponga per la sua applicazione un fatto tipico, offensivo e rimproverabile e, dunque, un reato completo di tutti i suoi elementi (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza)²³. Questo, però, risulta, all’esito di un giudizio ad ampio spettro inclusivo tanto del disvalore d’evento, quanto del disvalore d’azione, nonché di altre componenti ulteriori soggettive legate alla non abitudine del comportamento, inidoneo a fondare l’irrogazione di una sanzione penale²⁴.

Allora, l’art. 131 bis c.p. non configura né una causa di estinzione – al contrario di quanto disposto dall’art. 28 d.p.r. n. 448/1988 – né di esclusione del reato²⁵: essa ha i

²² L’introduzione dell’art. 131 bis c.p. nella parte generale del codice penale risale al d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, emanato in attuazione di una delle diverse deleghe contenute nella l. 28 aprile 2014, n. 67. La riforma cerca, per i reati c.d. “bagatellari non autonomi”, di garantire, nel lungo periodo, l’attuazione dei principi di *extrema ratio*, sussidiarietà-necessità e frammentarietà del diritto penale e di risolvere, nel breve periodo, i problemi del sovraffollamento carcerario censurati dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU. Cfr. V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Diritti & Giurisdizione*, 2015, 3, 24.

²³ Diversamente sarebbe stato un mero doppione dell’art. 49, comma 2 c.p. che, invece, ha funzioni e caratteristiche ben diverse, prevedendo la non punibilità per mancanza di offensività della condotta e, dunque, per difetto di tipicità. Sul rapporto tra art. 131 bis c.p. e art. 49, co. 2 c.p. e sulle irragionevolezza del 49, comma 4 c.p., cfr. G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 399 ss. La differenza tra i due istituti è stata confermata anche in giurisprudenza: v. Cass., Sez. Un., 6 aprile 2016, n. 13681, *Tushaj*, con nota di G. AMARELLI, *Le Sezioni unite estendono l’ambito di operatività dell’art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità* in, *Dir. pen. proc.*, 6, 2016 e Cass., Sez. Un., u.p. 22 giugno 2017, Pres. Canzio, Rel. Vessicelli sulla non applicabilità dell’art. 131 bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace (art. 34 d.lgs. 274/2000).

²⁴ L’art. 131 bis c.p. consente, nei reati che rientrano nel suo ambito di applicazione, di escludere la punibilità quando, per le modalità della condotta e per l’esiguità del danno o del pericolo, l’offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale (c.d. indici-requisiti). Per l’analisi di questa nuova causa di non punibilità v., *ex multis*, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al diritto*, 4 aprile 2015, 1 ss e R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 660.

²⁵ Come è noto, le cause di esclusione degli elementi costitutivi del reato sono contenute tutte in altro comparto del codice penale, il Titolo III del Libro I intitolato “Del reato”, che raccoglie sia le ipotesi che incidono sulla tipicità (artt. 45-49 c.p.), sia quelle che incidono sull’antigiuridicità (artt. 50-54 c.p.) e sulla

tratti propri di una “causa di non punibilità in senso stretto di carattere sostanziale”²⁶. La rinuncia alla pena, infatti, presuppone un comportamento perfettamente conforme a quello descritto dalla norma generale e astratta sia sul versante della c.d. tipicità apparente, che di quella sostanziale, e discende da una valutazione, in merito all’opportunità o meritevolezza di pena, di un fatto già tipico, antiggiuridico e colpevole alla luce dei principi di politica criminale dell’*extrema ratio* e della funzione rieducativa della pena²⁷.

Nella sentenza in commento la Corte, spingendosi ancora più avanti, arriva a ritenere che la decisione con cui è dichiarata la non punibilità per particolare tenuità del fatto, pur senza poter essere qualificata come una condanna, “esprime un’affermazione di responsabilità”, e pertanto non può assimilarsi neppure ad una vera e propria sentenza di assoluzione: il reato nella sua esistenza, sia storica che giuridica, è confermato. Si tratterebbe piuttosto di una “cripto-condanna”²⁸.

A supporto di tali affermazioni si evidenzia che la sentenza *ex art. 131 bis c.p.* produce comunque in capo all’imputato conseguenze pregiudizievoli: deve essere iscritta, al pari delle sentenze di condanna, nel casellario giudiziale, oltre al fatto che, ai sensi dell’art. 651 *bis* c.p.p., ha effetto di giudicato, quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso, nel giudizio civile e amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno.

4.2. La ratio dell’art. 8 d.lgs. 231/2001 e l’accertamento “autonomo” della responsabilità dell’ente.

Come anticipato, ricostruita in questo modo la natura della sentenza con cui si dichiara la non punibilità di un soggetto per particolare tenuità del fatto, la Cassazione

colpevolezza (artt. 54, co. 3, 59, co. 4 e 88 ss). Per questa ricostruzione sistematica cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet Giuridica, 2016.

²⁶ Giova ricordare che esse si considerano mere cause di esclusione della pena se si parte dal presupposto a livello di teoria generale del reato che la punibilità sia un aspetto esterno della struttura dell’illecito penale ed inerente solo all’irrogazione in concreto delle sanzioni editualmente minacciate. Se, invece, si muove da una teoria tetrapartita che considera la punibilità un quarto elemento costitutivo dell’illecito penale sarebbero vere e proprie cause di esclusione del reato: per questa tesi cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2015, V ed., 375 ss. C’è da dire che, però, proprio la sede sistematica e la terminologia utilizzata per la nuova causa di non punibilità confermerebbero l’estraneità della punibilità rispetto alla struttura del reato.

²⁷ Per tale ricostruzione dommatica dell’art. 131 *bis* c.p. cfr. C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517 e P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in www.archiviopenale.it, 2, 2015, 1 ss. In giurisprudenza v. Cass., Sez. Un., 6 aprile 2016, nn. 13681 e 13682; la prima con nota di G. AMARELLI, *Le Sezioni unite estendono l’ambito di operatività dell’art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità* in, *Dir. pen. proc.*, 6, 2016; Cass., Sez. III, 8 aprile 2015 (dep. 15.4.2015), n. 15449, con nota di G.L. GATTA, [Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di punibilità per particolare tenuità del fatto](#), in questa *Rivista*, 22 aprile 2015.

²⁸ In dottrina il termine – sulla cui ammissibilità nel nostro ordinamento ci sarebbe da discutere – è utilizzato, seppure per la sentenza di proscioglimento dibattimentale, da F. PICCIONI, *Per gli avvocati “armi spuntate” nella strategia*, in *Guida al diritto*, 2015, n. 15, 43 ss.

sostiene che essa possa a buon diritto rientrare nel campo di applicazione dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 e non escludere – in astratto – la responsabilità dell'ente. Ciò anche se l'art. 131 *bis* c.p. non è espressamente richiamato dal disposto normativo; infatti, le specificità che lo caratterizzano ben si concilierebbero con la *ratio* che sta alla base della lettera della legge.

Gli Ermellini, dunque, valorizzano la funzione che ha portato il legislatore a introdurre il principio dell'autonomia della responsabilità degli enti, da ravvisare nella necessità di colpire la "criminalità del profitto" e comminare sanzioni alla *societas* in tutti quei casi in cui, pur sfuggendo alla punibilità la persona fisica per "cause personali", il fatto di reato, e dunque l'offesa al bene giuridico protetto, sia stato realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Se così è – ritengono i giudici – essa sarebbe del tutto frustrata nel caso in cui si ritenga che esclusivamente le cause di estinzione del reato – oltre a quelle riguardanti il soggetto attivo – possano legittimare la responsabilità degli enti a prescindere da quella delle persone fisiche che hanno commesso il "reato-presupposto", perché le sole ad essere espressamente richiamate dall'art. 8. Anche le cause di non punibilità, come l'art. 131 *bis* c.p., non dovrebbero escludere – almeno in astratto – la responsabilità degli enti, non sulla base del dato letterale bensì della *ratio* dell'art. 8: esse, infatti, pur non essendo in alcun modo menzionate dalla lettera della legge, presuppongono, stante lo specifico inquadramento dommatico, l'accertamento di un reato, ritenuto poi in concreto non punibile per ragioni di opportunità politico-criminale.

A favore di questa interpretazione accolta dalla Suprema Corte militerebbe anche un passo della Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, in cui è affermato a chiare lettere che "le cause di estinzione della pena, al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, dalle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato".

Nello specifico i Giudici di Legittimità hanno assimilato la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto alla declaratoria di prescrizione del reato: anche quest'ultima può implicare il riconoscimento di un illecito penale e, pur in assenza di pena per la persona fisica, non escludere la responsabilità dell'ente.

In proposito, la Cassazione precisa, come aveva già puntualizzato in riferimento alle ipotesi di prescrizione²⁹, che l'art. 8 d.lgs. 231/2001, nella misura in cui riconosce l'autonomia della responsabilità degli enti rispetto a quella delle persone fisiche, non legittima un'automatica responsabilità della persona giuridica; questa deve essere accertata in concreto e "non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato" nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso.

Ne deriva che è vero che la sentenza di applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. pronunciata nei confronti della persona fisica non esclude la responsabilità dell'ente; tuttavia, nel chiaro disposto della norma – art. 651 c.p.p. – che ne limita l'efficacia al

²⁹ Cass., sez. VI, n. 21192 del 25/01/2013 (dep. 17/05/2013), Barla e altri.

giudizio civile e amministrativo, essa non può avere una diretta incidenza di giudicato nel relativo procedimento penale *ex d.lgs. 231/2001*, né in senso favorevole né in senso sfavorevole alla persona giuridica. Il giudice, anche in questo caso, dovrà dunque procedere all'accertamento autonomo della responsabilità dell'ente nel cui interesse e nel cui vantaggio il reato, la cui sussistenza è da verificare in concreto, è stato commesso.

Altrimenti – ammonisce la Corte – si registrerebbe un'autentica violazione del diritto di difesa della persona giuridica.

5. Un'applicazione analogica “*in malam partem*”: tra cause di non punibilità e cause di estinzione del reato.

Si è visto che per la Suprema Corte, anche in mancanza di un preciso dettato normativo, l'assoluzione degli autori della condotta delittuosa per particolare tenuità del fatto di reato non comporta l'esclusione di responsabilità della società, che – previo accertamento in concreto – potrebbe rimanere soggetta all'applicazione delle sanzioni previste.

Ebbene, la soluzione adottata nella sentenza in commento presenta diversi profili critici.

In primo luogo è la qualificazione come “cripto-condanna” della sentenza che applica l'art. 131 *bis* c.p. a destare preoccupazioni. Sull'ammissibilità di tale istituto nel nostro ordinamento si potrebbero, infatti, nutrire diverse riserve data la difficile compatibilità dello stesso con i principi di un diritto penale *Magna Charta libertatum*, che caratterizzano – o almeno dovrebbero caratterizzare – l'ordinamento italiano: a vacillare sarebbe non solo il principio di “presunzione di non colpevolezza” fino a condanna definitiva che, dalle teorizzazioni di *Montesquieu*, informa in chiave garantista il nostro sistema criminale, ma l'intera concezione costituzionalmente orientata di reato che trova il suo fondamento nella funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, 1 e 3 comma Cost.

L'aspetto più problematico della decisione è comunque da ravvisare nell'assimilazione operata dalla Corte tra cause di non punibilità in senso stretto e cause di estinzione del reato, essendo le prime state applicate in riferimento ad un istituto che per legge è limitato solo alle seconde, sulla base di un'asserita identità di *ratio*.

Tale opzione ermeneutica risulta poco rispettosa del principio di stretta legalità penalistica, approdando, mediante una vera e propria applicazione analogica *in malam partem*, ad un esito sfavorevole per la persona giuridica. A questa valutazione conduce innanzitutto un'interpretazione letterale della norma, giacché la conclusione a cui approdano i Giudici di legittimità non risulta fondata su una (legittima) dilatazione del campo semantico e del significato letterale dei singoli termini utilizzati dal legislatore nella disposizione di riferimento.

In proposito, vi è da rilevare che l'area della non punibilità è nel nostro ordinamento giuridico penale estremamente ampia ed eterogenea, contemplando tutte le situazioni – diverse per presupposti, struttura e funzione politico-criminale – in

presenza delle quali la punibilità è, per determinati soggetti, paralizzata³⁰. La mancanza di sistematicità di tale categoria si spiega con la circostanza per cui il legislatore, consapevole delle difficoltà di definire le varie cause di non punibilità, ha preferito non prendere posizione sulla loro specifica qualificazione dogmatica all'interno della teoria del reato: si è, piuttosto, limitato a parlare genericamente di "circostanze che escludono la pena" (art. 59 c.p.) o, in altri casi, a qualificare determinati soggetti o comportamenti come "non punibili".

L'unica eccezione – se si esclude il riferimento legislativo alle cause di esclusione dell'imputabilità³¹ – è rappresentato proprio dalle "cause di estinzione del reato e della pena": si tratta di situazioni tra loro eterogenee (ad esempio, morte del reo, amnistia, prescrizione), successive al fatto di reato già commesso, e che riflettono ragioni estranee o configgenti rispetto alle esigenze di tutela penale del bene protetto³².

Esse sono una *species* autonoma e peculiare delle cause di non punibilità, le uniche che, oltre ad avere dedicato un apposito titolo del codice – il titolo VII – che ne detta una disciplina specifica, sono individuate *nominatim* dal legislatore; quindi, per essere considerata come tale un'ipotesi di non punibilità di nuova formulazione o deve essere inserita formalmente nel relativo titolo, oppure anche altrove purché, però, sia definita esplicitamente come causa di estinzione del reato e della pena³³.

Quanto alle altre ipotesi da cui pure scaturisce l'effetto di escludere l'applicabilità della pena, è stato compito della dottrina, in mancanza d'indicazione legislativa, definirne le specificità e registrare la differente rilevanza con cui esse si presentano nel sistema delle valutazioni dell'ordinamento giuridico.

Tra le categorie dogmatiche elaborate vi è anche quella delle "cause di non punibilità in senso stretto"³⁴, la cui ragion d'essere consisterebbe in valutazioni di opportunità circa la necessità o la meritevolezza di pena, avuto anche riguardo all'esigenza di salvaguardare contro-interessi altrimenti lesi da un'applicazione della pena nel caso concreto. In queste si fa rientrare, come già illustrato, il nuovo istituto dell'art. 131 *bis* c.p.

Ora, l'art. 8 d.lgs. 231/2001 elenca in modo tassativo le ipotesi in cui la responsabilità dell'ente sussiste a prescindere da quella dell'autore materiale del fatto

³⁰ Sulla genericità dell'area della "non punibilità" cfr. P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in Grosso-Padovani-Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, II, 291 ss e G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016. Sulla punibilità come categoria dogmatica v. G. COCCO, [La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato](#), in questa *Rivista*, 26 marzo 2014.

³¹ Esse non paralizzano *tout court* la punibilità ben potendosi applicare al non imputabile misure di sicurezza. Cfr. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II, 1982, 259; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 669 ss.

³² In argomento cfr. L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. 1, Torino, 2000, 272.

³³ Per distinguere le diverse ipotesi di non punibilità v. G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezze del lavoro*, Napoli, 2008, 23 ss.

³⁴ Sulle problematichità di questa categoria dogmatica v. C. ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena*, in S. MOCCIA (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996, 111 ss; A. CAVALIERE, *L'errore sulle scusanti nella teoria dell'illecito penale*, Napoli, 2000.

commesso a suo vantaggio. Si tratta di tre casi: tra di essi vi sono le cause di estinzione, non anche quelle di non punibilità. Ne deriva che alla non punibilità *ex art. 131 bis c.p.*, non qualificabile causa estintiva – non fosse altro che per il mancato impiego all’interno del testo che lo disciplina di locuzioni esplicite in tal senso³⁵ – non è possibile estendere la disciplina specifica espressamente riservata dal legislatore ad una diversa e peculiare categoria, le cui ipotesi esplicative rappresentano un *numerus clausus*: esemplificativamente, in materia di concorso eventuale di persone nel reato la regola dell’efficacia personale delle cause di estinzione dettata dall’art. 182 c.p. non è applicabile all’art. 131 *bis* c.p., che resta soggetto al disposto dell’art. 119 c.p.

Già in questi termini la soluzione seguita dalla Cassazione con la sentenza annotata sembra comportare non una mera interpretazione estensiva ma una vera e propria applicazione analogica dell’art. 8 d.lgs. 231/2001, con effetti *in malam partem* per la persona giuridica: si estende una disciplina prevista in ipotesi tassative a situazioni analoghe ma non legislativamente contemplate.

Sennonché, non è solo il criterio semantico ad indurre ad una valutazione simile sulla soluzione offerta dagli Ermellini. Volendo affrontare la questione, non da una prospettiva ristretta di tipo monodimensionale, bensì da una più completa e profonda di tipo polidimensionale, che contemperi insieme tutti i profili in cui si declina l’attività interpretativa, si arriva, valorizzando argomenti logico-sistematici, alla medesima conclusione³⁶.

Infatti, il concetto di reato usato nel sottosistema delineato dal d.lgs. 231/2001 si fonda su di una nozione di soggetto attivo giuridicamente e patrimonialmente autonoma rispetto a quella di persona fisica autore materiale dei comportamenti penalmente rilevanti: l’ente. Ad esso la responsabilità si ascrive sulla base di criteri di imputazione oggettivi e soggettivi, normativamente individuati agli artt. 5, 6 e 7, diversi da quelli previsti dal codice penale. Ciò si desume anche dall’art. 8 del decreto che, nel sancire il principio dell’autonomia della responsabilità delle persone giuridiche, fa riferimento alle ipotesi di soggetti non identificati e, a buon diritto, alle cause di estinzione, da cui, dunque, prescinde il concetto di reato ai sensi del d.lgs. 231/2001. Queste ultime *ex art. 182 c.p.* hanno sempre, salvo casi di espressa previsione di legge contraria – in realtà inesistenti –, valenza soggettiva e, dunque, non si estendono ad eventuali concorrenti. Lo stesso non si può dire per la diversa categoria delle cause di non punibilità, il cui carattere – oggettivo o soggettivo – è affidato all’accertamento dei giudici dei casi concreti.

Quindi, solo le cause di estinzione – in ragione della loro tendenziale natura strettamente soggettiva – possono legittimare il venir meno dell’inscindibilità tra la responsabilità della persona giuridica e quella della persona fisica e giustificare, all’esito

³⁵ Al contrario, l’art. 28 d.p.r. n. 448/1988, nel disciplinare l’istituto corrispettivo nell’ambito del processo minorile, lo denomina espressamente come causa estintiva.

³⁶ Per un’analisi dei principali canoni ermeneutici utilizzabili in ambito penale v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6 ed., Bologna, 2009, 118. L’importanza del criterio sistematico è evidenziata da V. MAIELLO, *La corruzione*, cit., 959, il quale nota che “l’interpretazione della legge penale è interpretazione ragionevole del sistema nel suo complesso, anziché dei soli testi delle singole disposizioni”.

di un accertamento autonomo, l'irrogazione delle sanzioni all'ente. Ciò non può valere anche per la sentenza di applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. che, così come tutte le altre cause di esenzione da pena non indicate perché non rientranti nelle ragioni che giustificano la disposizione, deve seguire la disciplina "ordinaria".

In altre parole, la non punibilità per motivi differenti da quelli a cui fa riferimento l'art. 8 d.lgs. 231/2001, nel salvare la persona fisica, salva anche la persona giuridica che, dunque, non potrà essere in alcun modo riconosciuta responsabile "penalmente".

Insomma, anche allargando l'angolo visuale al di là del mero dato letterale, sembra confermata la maggiore ragionevolezza e coerenza dell'indirizzo interpretativo che ammette – sia pure con le dovute cautele – l'estensione dell'art. 131 *bis* c.p. all'ente, restringendosi i margini per accogliere quello contrapposto, avallato nella sentenza in commento.

È vero che con la propria ricostruzione i Giudici di legittimità hanno voluto accordare, a dispetto della lettera della legge, una tutela preferenziale all'esigenza di reprimere i reati che siano espressione della politica d'impresa: si è insomma cercato di evitare che possa andare esente da pena, oltre la persona fisica, anche l'ente in casi in cui un reato, e quindi la lesione al bene giuridico protetto – spesso di notevole rilevanza come l'ambiente nel caso in esame –, sia stato commesso da parte degli attori dell'economia moderna.

Tuttavia, è altrettanto indubbio che tale opzione di politica-criminale, di cui si è fatta carico la giurisprudenza, al di là della condivisibilità o meno delle ragioni di opportunità che ne stanno alla base, stride con il fondamentale principio di legalità, cardine del nostro sistema, perché, ampliando il significato letterale della disposizione al di là di quanto consentito dal criterio logico-sistematico, conduce ad un'interpretazione analogica *in malam partem*.

E questa è sicuramente vietata: sia che si consideri il sistema delineato nel d.lgs. 231/2001 avente natura penale, essendo il divieto previsto espressamente in sede costituzionale, sia che lo si consideri di natura amministrativa, poiché l'art. 2 del predetto decreto enuncia il principio di legalità degli illeciti e delle sanzioni previsti per gli enti collettivi e, implicitamente, quindi, anche il divieto di analogia.

6. Una (ennesima) conferma della natura sostanzialmente penale della responsabilità da reato degli enti?

In proposito, giusto un cenno va fatto ad un aspetto interessante che emerge da un'attenta lettura della sentenza in commento. È significativo notare, infatti, che essa sembra optare, nella motivazione e nella soluzione ermeneutica adottata, per una qualificazione in termini penalistici della responsabilità da reato degli enti delineata dal d.lgs. 231/2001.

Non si vuole riprodurre in questa sede la complessità delle diverse e vivaci impostazioni³⁷ che si sono susseguite sul punto. È sufficiente rammentare che tra chi optava per la natura amministrativa della responsabilità, valorizzando il dato linguistico dell'illecito e delle relative sanzioni, e chi, invece, ravvisando nella disciplina predisposta una sorta di "frode delle etichette", suggeriva un volto penalistico per la responsabilità dell'ente³⁸, puntando sullo stretto aggancio alla commissione di un fatto di reato oltre che alla sede processuale penale del suo accertamento, la Corte di Cassazione, in seguito ad un iniziale atteggiamento oscillante, ha, a Sezioni Unite nel 2014, tentato di risolvere la questione³⁹.

Dopo aver sostenuto che si tratterebbe di un "*tertium genus*"⁴⁰, né propriamente penalistico né propriamente amministrativo, ove il presupposto è dato dalla commissione di un fatto di reato, ha affermato che, data la continuità del nuovo modello di responsabilità con il sistema criminale, è necessario valutarne la corrispondenza alla luce dei principi *stricto sensu* penalistici: con ciò, in sostanza avvallando, con una palese contraddizione intrinseca rispetto alle sue stesse premesse, la tesi della sua natura penale.

La questione non è meramente teorica perché dalla natura giuridica che si attribuisce a questo nuovo tipo di responsabilità discendono conseguenze rilevanti sul piano pratico⁴¹. Una fra tutte: la giustiziabilità in questo settore dei principi costituzionali di marca penalistica. Solo se si ritiene che sia un sistema autenticamente penale i principi garantisti enunciati dalla nostra Carta Fondamentale potranno trovare applicazione, così da divenire il termine con cui valutare la compatibilità delle norme contenute nel decreto.

Ora, la sentenza in commento, pur non prendendo espressamente posizione sulla *querelle* e mantenendosi nel riferirsi alla responsabilità degli enti fedele alla prudente locuzione "amministrativa da reato", pare confermarne, nella soluzione ermeneutica

³⁷ Per una più attenta disamina delle diverse tesi sul tappeto sia consentito rinviare a G. DE SIMONE, [La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri oggettivi d'imputazione](#), in questa *Rivista*, 26 ottobre 2012; ID., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Pisa, 2012, 1-466.

³⁸ Per la tesi penalistica, *ex multis*, cfr. V. MAIELLO, *La natura*, cit.; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, in *Dir. giust.*, 2001, 8 e G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1398. Spostando lo spettro d'indagine verso l'"Europa dei diritti", dirimente per questa impostazione potrebbe risultare l'applicazione dei c.d. "*Engel Criteria*" elaborati dalla Corte di Strasburgo per individuare la "materia penale" convenzionale.

³⁹ Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, *Thyssenkrupp*.

⁴⁰ In questo senso si era espressa anche Cass., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, in *Dir. e gius.*, 2006. In dottrina per la tesi del "*tertium genus*" cfr. G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo da reato: nuovi criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in AA.VV. (a cura di Garuti), *Enti e responsabilità da reato*, Utet giuridica, 2010.

⁴¹ Sottolinea la sostanziale sterilità ed inutilità del dibattito D. PULITANÒ, *Criteri di imputazione all'ente della responsabilità "da reato"*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2007, 25 ss.

offerta, quella natura penale che si nascondeva anche nella motivazione della sentenza a Sezioni Unite del 2014.

Invero, valorizzando il principio di autonomia di questa responsabilità e ammettendo, anche oltre la lettera della legge, che l'ente possa essere soggetto a sanzioni indipendentemente dalla sorte che tocca alla persona fisica, la Cassazione finisce per legittimare la prosecuzione del procedimento solo per l'accertamento della responsabilità dell'ente⁴². E – questo è il punto – appare inverosimile che la complessa macchina del processo penale, con i suoi costi e le sue garanzie, vada avanti esclusivamente per accertare una responsabilità amministrativa.

È una regola mai accettata nel nostro sistema: anche in riferimento alla connessione tra illeciti penali ed amministrativi *ex l. 689/81*, se viene meno il reato si esclude anche la competenza del giudice penale. Non è, infatti, immaginabile che un procedimento di questo tipo possa attivarsi per comminare sanzioni meramente amministrative.

Dunque, nel momento in cui i giudici estendono la portata dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 al di là del dato normativo e richiedono, non solo nei casi tassativamente indicati, ma anche in presenza della non punibilità per particolare tenuità del fatto dell'autore materiale dell'illecito penale, un autonomo accertamento della responsabilità "amministrativa" da reato, da effettuare nell'ambito del processo penale, stanno implicitamente confermando che si tratta di una responsabilità di tipo penale con tutte le conseguenze pratico-applicative che ne derivano.

7. Rilievi conclusivi: prospettive *de jure condendo*.

Si è già detto che la principale riserva critica che va mossa alla sentenza in commento attiene all'applicazione analogica *in malam partem* – per la persona giuridica – a cui approda la Corte mediante l'estensione del principio di autonomia della responsabilità degli enti rispetto a quella delle persone fisiche autrici dei "reati-presupposto", al di là dei casi espressamente previsti in via legislativa.

In particolare, è il ragionamento che sta alla base di quest'ampliamento del raggio di azione della norma a meritare censura. Vale la pena ribadirlo: l'art. 131 *bis* c.p., anche se non espressamente menzionato dalla norma come ipotesi legittimante il venir meno dell'inscindibilità delle responsabilità, non esclude le sanzioni per l'ente perché, in maniera analoga ad alcune cause di estinzione del reato, come la prescrizione, che, non escludendo la sussistenza del reato, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, presuppone un reato accertato anche se in concreto non punibile.

Nella misura in cui associa la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto alle cause di estinzione del reato e estende alla prima la disciplina tipica fissata per

⁴² In questa direzione l'art. 34 d.lgs. 231/2001 rimarca ulteriormente che il giudice competente ad accertare questa responsabilità è il giudice penale e le regole quelle del codice di procedura penale.

legge per le seconde, la Corte mostra poco rispetto per il principio di legalità. Invero, si tratta, come già visto, di due istituti diversi per presupposti, struttura e funzione politico-criminale.

Evidentemente, le ragioni che stanno alla base di questa scelta ermeneutica sono legate all'esigenza di colpire in modo incisivo la "criminalità del profitto" che si manifesta mediante la commissione di sempre più numerosi reati, espressione della c.d. politica d'impresa. Salvare l'ente dalle sanzioni, in quest'ottica di "prevenzione generale", avrebbe rischiato di infirmare la *ratio* che sta alla base del sistema delineato nel 2001 e che risulta ulteriormente rafforzata dalla previsione dell'art. 8. Insomma, non punire, oltre alle persone fisiche già dichiarate non punibili *ex art. 131 bis c.p.*, neppure la persona giuridica per il reato commesso a suo vantaggio o nel suo interesse, non avrebbe consentito adeguata tutela al bene protetto leso, nel caso specifico l'ambiente: un costo che la Cassazione non si è sentita di assumere.

Ma ciò, al di là dalla dubbia condivisibilità sul piano dell'opportunità politico-criminale, non è in alcun modo sufficiente a rendere l'operazione interpretativa operata accettabile in un sistema come il nostro, imperniato sulla legalità, sancita come fondamentale non solo a livello nazionale, ma anche – e in maniera sempre più forte – sul piano sovranazionale e comunitario⁴³.

Se la Corte, com'è chiaro dalla motivazione della sentenza, riteneva irragionevole l'esclusione dell'art. 131 *bis* c.p. dal campo di applicazione dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 aveva a disposizione un'arma ben precisa: quella della questione di legittimità costituzionale del predetto articolo per violazione con il principio di uguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. nella parte in cui non considera tra i casi dell'autonomia della responsabilità dell'ente anche quello della particolare tenuità del fatto.

Si sarebbe così avuta una risposta del Supremo Organo di garanzia costituzionale che – magari anche con una sentenza interpretativa di rigetto – avrebbe potuto porre fine alla controversa questione. Si sarebbe rimasti nell'alveo della legalità e dei valori costituzionali, senza arrivare alle storture ermeneutiche che mediante un'interpretazione teleologica/analogica della norma, di problematica compatibilità con un sistema penale dell'*extrema ratio* e della frammentarietà, hanno cercato di colmare – veri o presunti – vuoti di tutela.

Vi è da dire che, comunque, la questione è particolarmente problematica perché anche se si fosse seguita la – più razionale – impostazione fedele al dato normativo e si fosse ritenuto applicabile l'art. 131 *bis* c.p. agli enti, in questo modo salvati dalle sanzioni, ci si sarebbe scontrati con l'ostacolo rappresentato dalla circostanza per cui l'istituto della particolare tenuità del fatto è stato legislativamente pensato per la persona fisica: gli indici-requisiti che ne giustificano l'operatività – dalla "modalità della condotta" al

⁴³ Tali discrasie interpretative diventano ancora più intollerabili nel nostro sistema nella misura in cui il principio di legalità è enunciato a livello convenzionale nell'art. 7 CEDU e nelle decisioni giurisprudenziali della Corte EDU volte a chiarirne il significato, nella declinazione della prevedibilità (*predictability*) e conoscibilità (*accessibility*). Cfr. V. Zagrebelsky – V. Manes (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

riferimento all'art. 133 c.p., dalla "non abitudine del comportamento" ai motivi e alle condizioni del co. 2⁴⁴ – risultano poco modellabili con le caratteristiche delle persone giuridiche.

Con ciò non si vuole sostenere un'incompatibilità ontologica dell'istituto con gli enti perché sarebbe un ostacolo pur sempre superabile in una prospettiva *de jure condendo*. Piuttosto, si deve considerare che l'art. 131 *bis* c.p. non configura una causa di esclusione della punibilità puramente oggettiva, ma al contrario di carattere soggettivo (o misto), esigendo il compimento di valutazioni che investono la figura del singolo soggetto con riferimento al quale ne sia vagliata l'applicabilità⁴⁵.

Dunque, essendo la particolare tenuità del fatto normativamente incentrata su un giudizio complessivo di carattere individualizzante, così come deve essere valutata dal giudice *ex art.* 119, 1 comma c.p. la sussistenza di tutti i suoi presupposti applicativi con riferimento a ciascuno dei concorrenti nel reato, sarebbe altrettanto necessaria una sua (ri)verificabilità in concreto anche per la persona giuridica, non essendo sufficiente la dichiarazione di non punibilità intervenuta a vantaggio della persona fisica. In altri termini, la sussistenza dell'art. 131 *bis* c.p. dovrebbe essere accertata in concreto rispetto al soggetto collettivo e in questo senso si dovrebbe tenere conto anche del profilo soggettivo della "non abitudine".

E ciò a maggior ragione se si ritiene, com'è stato autorevolmente rilevato, che l'art. 5 d.lgs. 231/2001, nell'individuare il c.d. criterio di imputazione oggettiva per l'ascrizione della responsabilità all'ente, dia vita ad una "fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso di persone fisiche e giuridiche nello stesso reato"⁴⁶.

⁴⁴ Il secondo comma dell'art. 131-*bis* indica quelle che sono le offese che non possono essere ritenute di particolare tenuità: "quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona". Anche ciò conferma come l'istituto sia stato pensato sul modello della sola persona fisica.

⁴⁵ La natura giuridica del nuovo istituto ha una fisionomia non facilmente identificabile, ibridandosi al suo interno aspetti oggettivi e aspetti soggettivi. Tuttavia, sul dato che il 131 *bis* c.p. richiede che, tra gli altri elementi, siano considerati le modalità della condotta, l'intensità del dolo e il grado della colpa – in virtù del rinvio operato dalla norma ai criteri di cui all'art. 133, comma 1 c.p. – e l'abitudine del comportamento, si ritiene che nelle ipotesi di concorso di persone nel reato tale causa di esclusione della punibilità debba essere considerata, ai sensi dell'art. 119, comma 1 c.p., quale 'circostanza soggettiva' che può applicarsi solo a coloro tra i concorrenti cui essa, in concreto, si riferisce. Cfr. S. SANTINI, [Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato](#), in questa *Rivista*, fasc. 6/2017, 308 ss. In questo senso si è orientata anche la giurisprudenza, in particolare di merito: Trib. Milano, 9 aprile 2015, n. 3937, giud. Tremolada; Trib. Milano, 9 aprile 2015, n. 3936, giud. Tremolada; Trib. Milano, 16 aprile 2015, n. 4195, giud. Tremolada; queste sentenze si possono apprezzare in G. ALBERTI, [La particolare tenuità del fatto \(art. 131 bis\): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano](#), in questa *Rivista*, 21 maggio 2015.

⁴⁶ Questa impostazione è stata seguita fin dall'inizio da C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri ipotest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 24 ss; ID., *La società punita*, cit., 1534 ss. Anche la giurisprudenza di legittimità sembra essersi orientata in tal senso: Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7, Impregilo.

Applicare automaticamente l'art. 131 *bis* c.p. all'ente, pur presentando il non trascurabile vantaggio di impedire il proseguimento di un procedimento penale nei confronti del soggetto collettivo in ordine ad un fatto già reputato non punibile per l'autore materiale, potrebbe, infatti, produrre effetti scarsamente ragionevoli, giacché si estenderebbe la non punibilità anche ad un soggetto privo degli elementi richiesti dall'art. 131 *bis* c.p., come, ad esempio, l'ente nel cui interesse o vantaggio siano già stati commessi in precedenza reati della stessa indole.

Senonché, è probabile che la (ri)verifica in riferimento all'ente dei requisiti previsti dall'art. 131 *bis* c.p. – tra tutti, quello dell'intensità del dolo e del grado della colpa, nonché quello della “non abitudine” – possa comportare difficoltà interpretative che, allo stato, dovrebbero essere risolte dai giudici dei diversi casi concreti.

La verità è che la soluzione migliore sarebbe quella dell'intervento del legislatore che introduca una disposizione esplicita nel d.lgs. 231/2001 di coordinamento con l'art. 131 *bis* c.p., così da inserirlo o – definitivamente – ritenerlo inoperante in relazione al principio dell'autonomia della responsabilità degli enti: senza che, in questi casi, la possibilità di irrogare sanzioni all'ente a prescindere dalla punibilità della persona fisica sia arbitrariamente lasciata al potere discrezionale giudiziario. In questo senso è la stessa Cassazione a notare come l'art. 8 d.lgs. 231/2001 non faccia riferimento all'art. 131 *bis* c.p. poiché “la relativa disciplina è intervenuta dopo” senza nessun aggiornamento.

In attesa dell'intervento legislativo, quel che è certo è che la particolare tenuità del danno, se rende dubbia l'esclusione o meno della punibilità dell'ente, è a chiare lettere menzionata nel d.lgs. 231/2001 come circostanza attenuante: ai sensi dell'art. 12 co. 1, lett. *b*) si può ridurre la sanzione pecuniaria per l'ente nel caso in cui si accerti che “il danno patrimoniale cagionato sia di particolare tenuità”.

Nel caso in esame, conclusosi con il rinvio al giudice di merito, neppure questa circostanza potrà trovare applicazione: si tratta di reato ambientale (gestione di rifiuti non autorizzata) che non produce un danno patrimoniale *stricto sensu* inteso, a meno che non si consideri tale categoria in un'accezione amplissima, ma poco fedele al tenore letterale della legge. Così, nella vicenda di cui ci si occupa, la declaratoria di non punibilità ottenuta dalle persone fisiche non potrà rilevare ai fini della attenuazione dalle sanzioni pecuniarie per l'ente.

Insomma, lo scenario di questa *querelle* – ricca di ricadute problematiche teoriche e pratiche – è ancora tutto aperto e, mentre si aspetta la risoluzione legislativa, la questione potrebbe essere riproposta e – magari – dare anche adito ad una pronuncia delle Sezioni Unite. Soprattutto se si considera che sempre più numerosi sono i “reati-presupposto” per i quali trova applicazione l'art. 131 *bis* c.p., a maggior ragione dopo l'ammissibilità di tale istituto agli illeciti penali con soglie di punibilità.

LA CLASSIFICAZIONE DEI RIFIUTI CON “CODICE SPECCHIO”

Dalla Commissione europea un contributo di chiarezza

di Alberto Galanti

Abstract: *Il contributo, nell’analizzare le linee guida predisposte dalla Commissione UE in materia di classificazione dei rifiuti, intende fornire un contributo di chiarezza su un tema, quello della corretta classificazione dei rifiuti con “codice specchio”, su cui la dottrina appare fortemente divisa e che attualmente è rimesso alla interpretazione della corte di Giustizia dell’Unione europea.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La classificazione dei rifiuti. – 3. Segue: La tesi della certezza. – 4. Segue: quali analisi effettuare. – 5. La tesi della probabilità. – 6. La tesi della “certezza scientifica”. – 7. La modifica del 2014 all’allegato della parte IV del testo unico dell’ambiente. – 8. La nuova normativa europea. – 9. Il diritto europeo armonizzato. – 10. La posizione della giurisprudenza di legittimità. – 11. La posizione del MATTM e il parere del Consiglio di Stato. – 12. Il “decreto Mezzogiorno”. – 13. L’interpretazione della normativa europea fornita da ISPRA. – 14. La classificazione dei rifiuti secondo la Commissione europea. – 15. Segue: campionamento e analisi. – 15.1. Segue: lo scenario realistico più sfavorevole. – 15.2. Segue: il principio di precauzione nella giurisprudenza nazionale. – 16. Le “voci generiche”. – 17. Segue: la presenza di POP. – 18. l’applicazione della normativa sulle discariche come normativa speciale. – 19. Conclusioni.

1. Introduzione.

La questione della classificazione dei rifiuti connotati dai c.d. “codici specchio” ha ormai da tempo abbandonato i toni della disputa dottrinale per trasformarsi in una vera e propria “guerra di religione” in cui si contendono il campo due opposte tesi, semplicisticamente denominate “teoria della probabilità” (secondo cui la c.d. caratterizzazione analitica dovrebbe riguardare solo le sostanze ritenute “pertinenti”, selezionate dal produttore) e “teoria della certezza” (secondo cui sarebbe sempre necessaria la conoscenza precisa della composizione del rifiuto per escluderne la natura pericolosa).

La vicenda è salita al calor bianco nel preciso momento in cui la Corte di Cassazione, con ordinanza del 27 luglio 2017 n. 37460, ha sollevato questione di pregiudizialità europea dinanzi alla Corte di Giustizia UE, affinché dirimesse i seguenti dubbi interpretativi:

“a) Se l’allegato alla Decisione 2014/955/UE ed il Regolamento UE n. 1357/2014 vadano o meno interpretati, con riferimento alla classificazione dei rifiuti con voci speculari, nel senso che il produttore del rifiuto, quando non ne è nota la composizione, debba procedere alla previa caratterizzazione ed in quali eventuali limiti;

b) Se la ricerca delle sostanze pericolose debba essere fatta in base a metodiche uniformi predeterminate;

c) Se la ricerca delle sostanze pericolose debba basarsi su una verifica accurata e rappresentativa che tenga conto della composizione del rifiuto, se già nota o individuata in fase di caratterizzazione, o se invece la ricerca delle sostanze pericolose possa essere effettuata secondo criteri probabilistici considerando quelle che potrebbero essere ragionevolmente presenti nel rifiuto;

d) Se, nel dubbio o nell’impossibilità di provvedere con certezza all’individuazione della presenza o meno delle sostanze pericolose nel rifiuto, questo debba o meno essere comunque classificato e trattato come rifiuto pericoloso in applicazione del principio di precauzione”.

Subito dopo la pronuncia, fondata sulla (a parere di chi scrive) condivisibile pretesa di ottenere da parte della Corte di Giustizia delle indicazioni che consentano di superare la ormai decennale disputa che sul tema si fa sempre più accesa, si è scatenata una vera e propria battaglia che ha visto i sostenitori della tesi c.d. “probabilistica” attaccare a testa bassa la Suprema Corte, rea, secondo l’impostazione caldeggiata, di aver fatto esplicito richiamo al principio di precauzione espresso dall’art. 191 del Trattato UE, sostenendo che da ciò discenderebbe l’obbligo di una caratterizzazione analitica dei rifiuti spinta fino al 99,9% dei componenti del rifiuto¹ al fine di escluderne la natura pericolosa. Affermazione che detta dottrina reitera nelle conclusioni, quando attribuisce al Supremo Collegio una *“preferenza per la tesi (dottrinale) della presunzione assoluta di pericolosità dei rifiuti con voce a specchio, in difetto di prova analitica, da estendere al 99% dei suoi componenti e per tutte le sostanze pericolose”*.

In realtà, tale tesi non è in alcun punto della pronuncia sposata dalla Suprema Corte, che si limita a propendere per la tesi che richiede una conoscenza esaustiva del contenuto del rifiuto sulla base delle indicazioni fornite dalla normativa vigente. Si ha piuttosto l’impressione che lo scopo ultimo della diatriba sia piuttosto alzare i toni dello scontro, attribuendo alle parole della Corte di Cassazione un furore draconiano che in realtà non possiede, al fine di forzare la mano alla Corte di Giustizia UE.

Ad ogni buon conto, a fornire un contributo di chiarezza è di recente intervenuta la Commissione UE, emanando una *“Comunicazione della Commissione - Orientamenti tecnici sulla classificazione dei rifiuti (2018/C 124/01)”*, pubblicata il 9 aprile 2018 sulla Gazzetta UE (C 124/134), la quale, pur precisando che essa *“fornisce chiarimenti in conformità alla normativa UE esistente e tenendo conto degli orientamenti sulla classificazione dei rifiuti messi a disposizione dai vari Stati membri dell’UE”* e che *“gli orientamenti forniti*

¹ F. GIAMPIETRO, *Rifiuti con codice a specchio: i quesiti alla Corte di Giustizia e la disciplina speciale sullo smaltimento dei rifiuti urbani*, pubblicata sul sito *Ambiente Sviluppo*, n. 1/2018, pag. 6: *“non sembra pertinente il richiamo (ritenuto equivalente) al principio comunitario di precauzione, invocato dal Supremo Collegio a fondamento del preteso obbligo probatorio, gravante sul produttore e/o detentore del rifiuto, attraverso la c.d. prova esaustiva ovvero la prova analitica del 99,9% dei componenti del rifiuto, al fine di escluderne la pericolosità”*.

nella presente comunicazione non pregiudicano l'interpretazione che può essere data dalla Corte di giustizia dell'Unione europea", costituisce comunque un importante contributo ermeneutico e pratico, soprattutto nello specifico tema oggetto di interesse, che potrebbe anche orientare la Corte UE nella sua decisione.

Prima di analizzare i contenuti del documento, occorre effettuare tuttavia una cronistoria della vicenda, che dia contezza delle opposte tesi che si contendono il campo e del complesso *iter* normativo che ha caratterizzato la materia.

2. La classificazione dei rifiuti.

Come è noto, il D. lgs. 152/2006 (art. 183) definisce come "rifiuto" qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi". I rifiuti sono classificati (art. 184), in base all'origine, in rifiuti "urbani" e rifiuti "speciali" e, secondo le caratteristiche di pericolosità, in rifiuti "non pericolosi" e rifiuti "pericolosi".

I rifiuti sono classificati sulla base del Catalogo Europeo dei rifiuti (CER). Detto catalogo contiene un elenco esaustivo dei rifiuti. Ad ogni rifiuto è infatti assegnato un codice (codice CER) composto da tre coppie di numeri:

- 1) la prima coppia di numeri indica il capitolo, ossia la famiglia di attività da cui proviene il rifiuto (p.e., 19: rifiuti prodotti da impianti di trattamento dei rifiuti, impianti di trattamento delle acque reflue fuori sito, nonché della potabilizzazione dell'acqua e della sua preparazione per uso industriale);
- 2) la seconda coppia di numeri indica il sottocapitolo, ed individua, all'interno della famiglia di attività del capitolo, una particolare attività produttiva nell'ambito della famiglia (p.e., 1912: rifiuti prodotti dal trattamento meccanico dei rifiuti (ad esempio selezione, triturazione, compattazione, riduzione in pellet) non specificati altrimenti);
- 3) la terza coppia di cifre indica una particolare tipologia di rifiuto originata dalla specifica attività industriale individuata con la seconda coppia di cifre (ad esempio 191211* - altri rifiuti (compresi materiali misti) prodotti dal trattamento meccanico dei rifiuti, contenenti sostanze pericolose).

I codici erano inseriti all'interno dell'Elenco dei rifiuti istituito dall'Unione europea con la decisione 2000/532/Ce. L'elenco è stato trasposto in Italia nel D. lgs. n. 152/2006 (recante "Norme in materia ambientale"), in allegato alla parte quarta, allegato D. Si vedrà in appresso come la normativa sia recentemente cambiata, ma il catalogo è rimasto sostanzialmente invariato. La procedura di corretta classificazione dei rifiuti era indicata al punto 3 dell'allegato alla predetta decisione 2000/532/CE, la quale imponeva al produttore del rifiuto l'onere di classificarlo correttamente, e soprattutto l'onere di classificarlo, mediante l'attribuzione del codice CER, come rifiuto pericoloso o non pericoloso.

Nell'attuale sistema di classificazione sussistono sostanzialmente tre diversi tipi di rifiuti.

Esistono rifiuti pericolosi ai sensi della Direttiva 91/689/CEE relativa ai rifiuti pericolosi, che sono SEMPRE pericolosi e sono contrassegnati da un asterisco (*). Nella

nomenclatura europea sono detti “AH” (*absolute hazardous*). Esistono poi rifiuti che, per loro provenienza, sono sempre NON pericolosi (“ANH”, o *absolute non hazardous*). In questi due casi si parla di codici "assoluti". Tuttavia, non bisogna lasciarsi trarre in inganno dalla tesi secondo cui un rifiuto classificato come non pericoloso, come l'urbano indifferenziato, non potrebbe mai, in esito ad un processo di trattamento, essere considerato pericoloso. Tale argomentazione, si risolve infatti in uno pseudo-sillogismo, poiché confonde i due criteri di classificazione, ossia quello basato sull'origine, e quello basato sulla presenza di sostanze pericolose. A tal fine basti ricordare che al termine del trattamento il rifiuto cessa di essere urbano e diventa speciale, la cui pericolosità va valutata ai sensi della Decisione citata, come si vedrà *infra*.

Esistono infine rifiuti che possono essere SIA pericolosi CHE non pericolosi, a seconda che le sostanze pericolose ivi contenute raggiungano o meno determinate concentrazioni, indicate all'allegato della Dir. 91/689/CEE del Consiglio. Quando in seno al catasto europeo dei rifiuti un rifiuto viene abbinato a due diversi codici, l'uno pericoloso, l'altro non pericoloso, detto codice si dice "specchio" (*mirror entry*). Ciò significa che in tale ultimo caso il medesimo rifiuto può, a seconda dei casi, ossia delle sostanze contenute, essere qualificato sia come pericoloso sia come non pericoloso.

Classificare un rifiuto come pericoloso o non pericoloso determina riflessi importanti, posto che a seguito della classificazione del rifiuto come pericoloso varia il regime autorizzativo, varia la destinazione finale del rifiuto, varia la sanzione prevista per il caso di gestione abusiva; varia, soprattutto, il costo di smaltimento.

3. Segue: La tesi della certezza.

Secondo la tesi più restrittiva il rifiuto con codice specchio è sempre classificato, *ab origine*, come pericoloso. Tuttavia, il produttore del medesimo, ha una opportunità, che può decidere o meno di sfruttare, ossia quella di "declassificare" il rifiuto in non pericoloso.

Per fare ciò, il produttore dovrebbe avere una conoscenza completa della composizione del rifiuto, tale da escludere la presenza di sostanze pericolose. Il produttore, quindi, non gli organi di controllo. Tale asserzione non è apodittica, ma si basa su dati testuali, ossia sullo stesso elenco europeo dei rifiuti. Si prenda ad esempio il caso del percolato di discarica:

- 190702* - percolato di discarica, contenente sostanze pericolose
- 190703 - percolato di discarica, diverso da quello di cui alla voce 19 07 02

Oppure, proprio i rifiuti derivanti dal trattamento di altri rifiuti:

- 191211* - altri rifiuti (compresi materiali misti) prodotti dal trattamento meccanico dei rifiuti, contenenti sostanze pericolose;
- 191212 - altri rifiuti (compresi materiali misti) prodotti dal trattamento meccanico dei rifiuti, diversi da quelli di cui alla voce 191211.

In questi e in tutti gli altri casi in cui la normativa prevede un codice a specchio, viene indicato per primo il rifiuto contenente sostanze pericolose, e, solo

immediatamente dopo, quello non pericoloso che, si badi bene, viene definito come *"diverso da quello di cui alla voce..."*, ossia il pericoloso.

Ma quale rifiuto può essere "diverso" da un rifiuto pericoloso? Solo un rifiuto NON contenente sostanze incluse nelle classi di pericolo, e l'unico modo per stabilire se tale rifiuto NON contiene le sostanze incluse nelle classi di pericolo è conoscerne la composizione e, se essa non è nota né può essere conosciuta (con le modalità che si diranno in appresso), effettuare analisi complete dello stesso.

Qualora il produttore non ritenga conveniente eseguire tutte le batterie analitiche necessarie ad una corretta caratterizzazione del rifiuto, potrebbe scegliere di classificare lo stesso come pericoloso.

Giova sottolineare che quando a seguito di un processo di trattamento o pretrattamento del rifiuto viene prodotto un nuovo rifiuto, incombe sul (nuovo) produttore l'onere di nuova classificazione².

4. Segue: quali analisi effettuare.

Autorevole dottrina³ aderente alla tesi in esame, nel premettere che per stabilire se nel rifiuto sono presenti o meno sostanze pericolose occorre prima determinare la composizione del rifiuto stesso, precisa che la procedura analitica da adottare è facilmente reperibile in tutti i manuali di chimica e prevede non solo i passaggi che devono essere eseguiti, ma anche la loro successione, al fine di individuare i vari composti contenuti sulla base delle specifiche proprietà derivanti dalla loro struttura e dai gruppi funzionali che li caratterizzano. Applicando tale metodica sarà perciò necessario prima separare i gruppi di sostanze costituenti la miscela sulla base dei loro gruppi funzionali per poi identificare, una per una, le singole sostanze che li costituiscono⁴.

² A tal proposito, il Consiglio di Stato, sentenza n. 5252/2014, ha stabilito che *"gli stabilimenti per la tritovagliatura e l'imballaggio dei rifiuti (STIR) di che trattasi effettuano sui rifiuti urbani indifferenziati un trattamento meccanico di triturazione, vagliatura primaria e vagliatura secondaria con deferizzazione magnetica dei sopravvagli primario e secondario, in taluni casi accompagnata dalla stabilizzazione aerobica della frazione umida tritovagliata e in un caso dalla separazione balistica sul sovrullo secondario. In considerazione del trattamento effettuato negli STIR, gli stessi si configurano come nuovi produttori di rifiuti che, per natura e composizione, risultano diversi dal rifiuto urbano in entrata"*, con l'ulteriore conseguenza che *"il codice 19 può perciò essere legittimamente assegnato ai rifiuti prodotti dagli impianti di trattamento dei rifiuti della Campania, ma la frazione umida tritovagliata con codice 191212 deve essere sottoposta ad ulteriore trattamento per essere conferita in discarica ai sensi della normativa comunitaria e nazionale vigente (Direttiva 1999/31/CE e D.lgs 36/03). Fermo restando che l'assegnazione del codice 191212, trattandosi di una voce specchio, può essere effettuata solo dopo idonea caratterizzazione del rifiuto che ne escluda la natura pericolosa"*.

³ G. AMENDOLA – M. SANNA: *Codici a specchio: basta confusione, facciamo chiarezza*, pubblicato sul sito www.industrieambiente.it, 2017, pag. 5;

⁴ G. AMENDOLA – M. SANNA: *Codici a specchio: basta confusione, facciamo chiarezza*, cit., pag. 6: *"Per la separazione dei diversi gruppi di sostanze, sfruttando le loro differenze di volatilità e solubilità nei diversi solventi, si ricorrerà a metodi chimici e fisici. Su questi criteri si basa appunto la sistematica di Staudinger, messa a punto negli anni '30 del secolo scorso e ripresa successivamente dai vari manuali, che naturalmente potrà essere adattata impiegando le moderne strumentazioni. Separate le diverse classi di sostanze presenti (quali, ad esempio, le ammine, le ammidi, i fenoli, le*

Solo una volta avvenuto il riconoscimento delle sostanze si potrà passare al loro dosaggio quantitativo, utilizzando anche in questo caso i moderni metodi strumentali⁵.

5. La tesi della probabilità.

Opposta dottrina⁶ e financo l'Ordine di Chimici, in un "parere *pro veritate*" reso il 12 febbraio 2017, sostengono invece che le analisi andrebbero limitate ad alcuni set analitici ricavati da una verifica della presumibile composizione del rifiuto.

Si legge in particolare dal parere dell'Ordine dei chimici (che riporta in premessa come materiale di studio esclusivamente dottrina e giurisprudenza favorevole alla tesi caldeggiata) che sarebbe sufficiente *"prendere in considerazione la ricerca di tutte quelle sostanze pericolose considerate ubiquitarie, o, comunque, molto comuni, oltreché di tutte le eventuali sostanze specifiche, pertinenti con il processo di produzione del rifiuto, risultanti a valle dei processi logici di valutazione che il Chimico deve aver potuto/dovuto effettuare"*⁸.

Tale tesi, inoltre, critica serratamente la c.d. "teoria della certezza" sotto numerosi profili⁹:

"a) la lettera e lo spirito della normativa comunitaria, innanzi citata, sui codici a specchio – direttamente vincolante in Italia – non fa mai riferimento a presunzioni di pericolosità del tipo sopra indicato né tanto meno all'onere di una prova "esaustiva" (a carico del produttore e del detentore) su tutte le sostanze pericolose, che possono essere presenti in un rifiuto né detta criteri metodologici vincolanti per la ricerca delle sostanze pericolose.

b) non risulta scientificamente possibile imporre un onere probatorio (prova esaustiva) sul rifiuto de quo, pur nell'esercizio di elevate competenze del chimico o del Laboratorio riconosciuto, come è stato sottolineato da più parti;

c) sotto il profilo strettamente amministrativo e, soprattutto, penale non è consentito invertire l'onere della prova a carico del gestore del rifiuto, in specie, quando l'obbligo da adempiere (prova liberatoria "esaustiva") non sia definito in termini certi e univoci nella norma incriminatrice.

aldeidi, i nitro composti, ecc.), si procederà al loro riconoscimento utilizzando i metodi strumentali attualmente disponibili".

⁵ Secondo la stessa dottrina (*ibidem*, pag. 7), per quanto riguarda i rifiuti di natura inorganica, specie se costituiti da composti contenenti metalli, rilevati inizialmente in modo qualitativo come parametri specifici, (ad esempio come composti del rame) da essi sarà possibile poi, ricavare stechiometricamente i singoli composti che possono costituirli, che poi riconosciuti analiticamente, possono essere dosati.

⁶ S. MAGLIA: *I rifiuti pericolosi e le voci a specchio: come classificarli correttamente?*, pubblica sulla Rivista on line *Lexambiente*, 28 febbraio 2014, non impaginato, il quale precisa che *"in caso di voci a specchio per verificare la pericolosità di un rifiuto non è ovviamente necessario verificare analiticamente la presenza di tutte le migliaia di sostanze pericolose esistenti e determinarne la concentrazione, ma deve essere indagata la presenza delle sostanze che con più elevato livello di probabilità potrebbero essere presenti nel rifiuto e, con riferimento a quelle, verificare il superamento dei limiti di concentrazione, ove previsti"*.

⁷ P. FIMIANI, *La classificazione dei rifiuti dopo la novità della legge 125/2015*, in *Rifiuti* n. 231, agosto-settembre 2015;

⁸ Parere dell'ordine dei Chimici del Lazio, Umbria, Abruzzo e Molise, citato, pag. 6.

⁹ F. GIAMPIETRO, *Classificazione dei rifiuti con i codici "a specchio": l'ordinanza della Cassazione 27 luglio 2017, n. 37460*, sul sito *Ambiente & Sviluppo* n. 11/2017, pag. 699.

d) resta, in ogni caso, indiscutibile che, per la nota prevalenza della fonte comunitaria, a partire dal 1° giugno 2015 (data di entrata in vigore del Regolamento (Ue) 1357/2014 e della Decisione 2014/955 Ue, citati) i criteri sullo svolgimento delle analisi e della ricerca sulla natura del rifiuto vanno riferiti al caso specifico, vale a dire, devono essere “opportuni”, “proporzionati” e “pertinenti” nell’ambito di una “attività a contenuto valutativo”, che costituisce esercizio di discrezionalità tecnica”.

La tesi, che sembrerebbe avvalorata a una prima lettura della nuova disciplina comunitaria (su cui *infra*) è a sua volta contrastata dai fautori dell’opposta teoria¹⁰, secondo cui tale procedura si risolverebbe in una sorta di “lotteria” per quanto concerne la scelta delle sostanze da analizzare, spesso sulla base di kit analitici preconfezionati¹¹.

Come appare evidente, i termini della disputa sono decisamente accesi.

6. La tesi della “certezza scientifica”.

In una sorta di regione intermedia si trova quella che potremmo chiamare tesi della “certezza scientifica”¹².

I sostenitori di tale approccio, sottolineano che “alla base dell’orientamento probabilistico vi deve essere la conoscenza del rifiuto, se questa non ci fosse mancherebbero i presupposti per scegliere logicamente le sostanze pericolose presenti e quindi non sarebbe possibile alcuna scelta razionale” risolvendosi la scelta delle sostanze da ricercare e la conseguente classificazione in una “lotteria” in cui la “probabilità” non sarebbe quella riguardante la presenza o meno delle sostanze ma quella di “indovinarle”, così, almeno prima facie, avvicinandosi alla tesi della certezza.

¹⁰ G. AMENDOLA – M. SANNA, *Codici a specchio: basta confusione, facciamo chiarezza*, cit.

¹¹ G. AMENDOLA – M. SANNA, *Codici a specchio: basta confusione, facciamo chiarezza*, cit., pag. 4: “la procedura da utilizzare per determinare la composizione di un rifiuto è mutuata da quella seguita nelle analisi chimico cliniche, ad esempio quelle del sangue o delle urine. L’obiettivo di tali analisi è però solo quello di stabilire la concentrazione di determinati parametri individuati a priori per pervenire ad una specifica diagnosi; esse non sono quindi finalizzate a conoscere la composizione di un determinato campione di urina o di sangue ma solo alla determinazione di parametri prefissati. Lo scopo di queste analisi è perciò del tutto opposto a quello che si persegue nell’analisi di un rifiuto in cui non sono prefissate le sostanze da ricercare che rappresentano invece proprio le incognite da rilevare. In altri termini, la metodologia solitamente impiegata nella caratterizzazione di un rifiuto ai fini della sua classificazione è quella di individuare la sua composizione verificando se determinati composti, scelti spesso a caso o sulla base degli standard preconfezionati disponibili nel laboratorio di analisi, siano presenti o meno nel rifiuto. In questo modo, però, una analisi finalizzata a determinare la composizione di un rifiuto di fatto si trasforma in una sorta di lotteria. Infatti la individuazione delle sostanze presenti nel rifiuto, considerato che il numero di quelle impiegate come standard è comunque esiguo rispetto alle sostanze che possono essere presenti e considerata anche la assoluta ignoranza della composizione del rifiuto, con tale metodica risulta abbastanza difficile se non impossibile. Tanto più che i pacchetti preconfezionati di sostanze standard in commercio non sono certo riferibili ad un particolare tipo di rifiuto, anzi costituiscono essi stessi un fattore limitante dell’analisi da eseguire perché spesso possono divenire di fatto la motivazione dei parametri scelti da dosare”.

¹² W. FORMENTON – M. FARINA – G. SALGHINI – L. TONELLO – F. ALBRIZIO, *Codici a specchio: fra certezza scientifica e verità*, in *Lexambiente*, 7 luglio 2017, non impaginata. Su una posizione che, seppur vicina agli autori dianzi citati, non è del tutto chiara, è invece M. FRANCO, *Codici a specchio: nasce il partito della “incertezza” scientifica*, in *Lexambiente*, 19 luglio 2017, non impaginata.

E tuttavia criticano i sostenitori della suddetta tesi in quanto la conoscenza della composizione del rifiuto al 100% sarebbe *“impossibile da rispettare scientificamente, essendo sottesa a una credenza metafisica come quella del moto perpetuo”*, in ragione della inevitabile presenza di incertezze di misura e di possibili incertezze di campionamento.

Concludono gli autori affermando che *“se con la parola “certezza” gli autori dell’articolo intendessero la “certezza scientifica” cioè una certezza che si avvicina alla verità, senza mai raggiungerla, allora la differenza fra i due orientamenti sarebbe solo una questione nominale, e anche noi, proclamati probabilisti, ma non lo siamo nel senso della lotteria, non avremmo difficoltà a iscriverci al partito della certezza (scientifica). Se con il termine “dimostrare in concreto” s’intende la dimostrazione con certezza scientifica, allora la dimostrazione della non pericolosità di un rifiuto si può fare dimostrando di avere ben applicato la conoscenza del rifiuto oltre che con le analisi chimiche, che si integrano vicendevolmente. Ovviamente una classificazione effettuata scientificamente ha validità sino a che non si dimostrerà il contrario, cioè, come è prassi nel metodo scientifico, deve essere concessa l’inversione dell’onere della prova”*.

In tale visione, *“solo nel caso che il rifiuto non sia conosciuto, allora la scelta delle sostanze da controllare sarebbe aleatoria e solo in tal caso si potrebbe parlare di “lotteria” se fossero controllate solo alcune sostanze e non altre. Infatti, ben diversa è la situazione in cui si deve operare con rifiuti di provenienza ignota. Secondo gli autori menzionati, la caratterizzazione di un rifiuto dovrebbe procedere con una metodologia di separazione delle sostanze organiche. Su questo punto siamo perfettamente d’accordo perché il rifiuto ha una provenienza sconosciuta.*

Secondo gli Autori citati in questo caso il detentore del rifiuto, a fronte dei costi elevati per la caratterizzazione del rifiuto sconosciuto, potrà sempre propendere di classificare il rifiuto come pericoloso evitando quindi la costosa caratterizzazione.

Anche i più noti sostenitori della tesi della certezza sembrano convergere verso le medesime posizioni, affermando che *“nel caso si abbia perfetta conoscenza delle componenti di un rifiuto e quindi anche delle caratteristiche di pericolo del rifiuto, sarà del tutto superfluo procedere ad una analisi chimica per rilevare sostanze che in base all’origine del rifiuto è certo che non sono presenti”*¹³.

A ben vedere, le distanze tra le varie posizioni potrebbero sembrare, in linea strettamente teorica, più ideologiche che reali, ma se si va a scendere nel concreto, si capiranno i motivi che sono alla base del contendere, che sono sostanzialmente due:

1) Come classificare i rifiuti (con codice specchio) derivanti dal trattamento dei rifiuti solidi urbani, la cui composizione è sconosciuta;

¹³ G. AMENDOLA – M. SANNA, *Codici a specchio: cresce il partito della certezza (scientifica)*, in *Lexambiente*, 11 luglio 2017, non impaginato, i quali precisano: *“l’incertezza sia insita in ogni misura è un dato scontato indipendentemente dalla grandezza misurata, dell’unità di misura impiegata e del valore rilevato, sia esso il 100% o 100 mg/l o 100 g. Questa misura sarà sempre affetta da una incertezza e quindi, quando si esprime in modo astratto un valore, appare del tutto superfluo sottolineare anche la incertezza del medesimo... è però anche evidente che perché vi sia una incertezza nella misura vi dovrà essere la misura stessa. Perciò se si deve conoscere la composizione di un rifiuto è prima di tutto necessario che si proceda alla individuazione ed alla misura delle sostanze in esso contenute. Se si rinuncia a priori a tale misura e ci si attesta sulla conoscenza del 50 % della sua composizione non si potrà certo sostenere che il residuo 50% è costituito dalla incertezza della misura. Misura che per altro non è stata effettuata, cercando di colmare la mancanza di conoscenza del residuo incognito e delle sostanze che lo potrebbero costituire solo con ipotesi e supposizioni (la famosa “lotteria”)”*.

2) Se, in questo caso, grava in capo all'accusa dimostrarne la pericolosità ovvero al produttore escluderla.

7. La modifica del 2014 all'allegato della parte IV del testo unico dell'ambiente.

La tematica sembrava risolta con la modifica normativa all'allegato del testo unico ambientale apportata nell'estate del 2014.

La legge 116/2014, di conversione del c.d. "D.L. ambiente" (n. 91/2014), aveva infatti modificato l'allegato alla parte V del codice dell'ambiente, introducendo una serie di norme sulla classificazione dei rifiuti¹⁴; opportunamente, a parere di chi scrive, si

¹⁴ L'art. 13, comma 5, lett. b-bis della nuova legge stabiliva, infatti che:

"all'allegato D alla parte IV è premessa la seguente disposizione:

«Classificazione dei rifiuti:

1. La classificazione dei rifiuti è effettuata dal produttore assegnando ad essi il competente codice CER, applicando le disposizioni contenute nella decisione 2000/532/CE.

2. Se un rifiuto è classificato con codice CER pericoloso "assoluto", esso è pericoloso senza alcuna ulteriore specificazione.

Le proprietà di pericolo, definite da H1 ad H15, possedute dal rifiuto, devono essere determinate al fine di procedere alla sua gestione.

3. Se un rifiuto è classificato con codice CER non pericoloso "assoluto", esso è non pericoloso senza ulteriore specificazione.

4. Se un rifiuto è classificato con codici CER speculari, uno pericoloso ed uno non pericoloso, per stabilire se il rifiuto è pericoloso o non pericoloso debbono essere determinate le proprietà di pericolo che esso possiede.

Le indagini da svolgere per determinare le proprietà di pericolo che un rifiuto possiede sono le seguenti:

a) individuare i composti presenti nel rifiuto attraverso: la scheda informativa del produttore; la conoscenza del processo chimico; il campionamento e l'analisi del rifiuto;

b) determinare i pericoli connessi a tali composti attraverso: la normativa europea sulla etichettatura delle sostanze e dei preparati pericolosi; le fonti informative europee ed internazionali; la scheda di sicurezza dei prodotti da cui deriva il rifiuto;

c) stabilire se le concentrazioni dei composti contenuti comportino che il rifiuto presenti delle caratteristiche di pericolo mediante comparazione delle concentrazioni rilevate all'analisi chimica con il limite soglia per le frasi di rischio specifiche dei componenti, ovvero effettuazione dei test per verificare se il rifiuto ha determinate proprietà di pericolo.

5. Se i componenti di un rifiuto sono rilevati dalle analisi chimiche solo in modo aspecifico, e non sono perciò noti i composti specifici che lo costituiscono, per individuare le caratteristiche di pericolo del rifiuto devono essere presi come riferimento i composti peggiori, in applicazione del principio di precauzione.

6. Quando le sostanze presenti in un rifiuto non sono note o non sono determinate con le modalità stabilite nei commi precedenti, ovvero le caratteristiche di pericolo non possono essere determinate, il rifiuto si classifica come pericoloso.

7. La classificazione in ogni caso avviene prima che il rifiuto sia allontanato dal luogo di produzione».

5-bis. Le disposizioni di cui alla lettera b-bis) del comma 5 si applicano decorsi centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

Tale disposizione creava un problema di diritto transitorio. La chiosa della disposizione potrebbe far pensare che la disposizione introdotta abbia un contenuto innovativo. In realtà, così non è, sol che si consideri che il testo introdotto segue in modo praticamente pedissequo le istruzioni operative predisposte dalle Agenzie di protezione dell'ambiente britanniche (che di seguito si vedranno), a testimonianza della natura meramente esplicativa di un obbligo scaturente dalla disciplina europea e segnatamente dall'applicazione del principio di precauzione.

citava testualmente l'applicazione del principio di precauzione anche in tale campo e si chiariva che nei rifiuti caratterizzati dal c.d. "codice a specchio", quando non è nota la composizione del rifiuto, esso va classificato secondo la peggiore delle ipotesi possibili, e comunque pericoloso.

Tale normativa, subito criticata aspramente dai sostenitori della teoria della probabilità, in realtà non sposava la tesi dell'obbligo di caratterizzazione analitica "spinta". Anzi, al contrario, indicava al produttore del rifiuto una serie di elementi, oltre a quello dell'analisi chimica, da cui poter ritrarre la composizione dello stesso, quale la scheda tecnica del prodotto e la conoscenza del processo chimico.

Ma allora perché tutto quel clamore?

Verosimilmente perché alcuni rifiuti non derivano da processi industriali in cui sono noti i prodotti di partenza e i processi utilizzati, non esiste una scheda del produttore da cui trarre informazioni sulla composizione del rifiuto e sulle sostanze in esso presenti, sicché, in tali casi, l'unico modo per conoscere la composizione chimica del rifiuto sarebbe quello analitico "spinto". È il caso, come si è accennato, dei rifiuti derivanti dal trattamento dei rifiuti solidi urbani.

8. La nuova normativa europea.

Il Regolamento n. 1357/2014 della Commissione UE del 18 dicembre 2014, sostituisce l'allegato III della Direttiva 2008/98/CE (c.d. "direttiva rifiuti") inserendo le nuove classi di pericolo (in linea di massima uguali alle precedenti H1-H15), denominate da HP1 a HP15. Esso non contiene alcuna indicazione in merito alle modalità di classificazione dei rifiuti.

La Decisione 2014/955/CE, che modifica la decisione 2000/532/CE relativa all'elenco dei rifiuti ai sensi della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, riporta in allegato, alla Sezione "valutazione e classificazione", i seguenti principi.

Ai presenti fini la parte di precipuo interesse è quella per cui "l'iscrizione di una voce nell'elenco armonizzato di rifiuti contrassegnata come pericolosa, con un riferimento specifico o generico a «sostanze pericolose», è opportuna solo quando questo rifiuto contiene sostanze pericolose pertinenti che determinano nel rifiuto una o più delle caratteristiche di pericolo da HP 1 a HP 8 e/o da HP 10 a HP 15 di cui all'allegato III della direttiva 2008/98/CE.

Precisa altresì la norma comunitaria che la caratteristica di pericolo può essere valutata in due modi:

- 1) utilizzando la concentrazione di sostanze nei rifiuti;
- 2) eseguendo una prova.

Dopo la valutazione delle caratteristiche di pericolo di un tipo di rifiuti in base a questo metodo, si assegnerà l'adeguata voce di pericolosità o non pericolosità dall'elenco dei rifiuti.

Tutte le altre voci dell'elenco armonizzato di rifiuti sono considerate rifiuti non pericolosi¹⁵.

La precedente Decisione 2000/532/CE, al paragrafo 6 dell'allegato (sostituito dalla nuova Decisione) stabiliva solamente che *“se un rifiuto è identificato come pericoloso mediante riferimento specifico o generico a sostanze pericolose, esso è classificato come pericoloso solo se le sostanze raggiungono determinate concentrazioni (ad esempio percentuale rispetto al peso), tali da conferire al rifiuto in questione una o più delle proprietà di cui all'allegato III della direttiva 91/689/CEE del Consiglio. Per le caratteristiche da H3 a H8, H10 e H11 si applica l'articolo 2 della presente decisione. Per le caratteristiche H1, H2, H9, H12, H13 e H14 l'articolo 2 della presente decisione non prevede al momento alcuna specifica”*.

I fautori della teoria probabilistica rinverrebbero la conferma della correttezza dell'approccio metodologico seguito sulla presenza dei nuovi aggettivi “opportuno” e “pertinente” che compaiono nella traduzione italiana della Decisione. In particolare, l'aggettivo “pertinente” andrebbe letto nel senso di consentire di limitare le analisi ai (soli) composti *“che si presuppone siano presenti nel rifiuto in base al processo produttivo dal quale scaturisce”*¹⁶.

Come è tuttavia stato analizzato in dottrina¹⁷, mentre la versione italiana della decisione stabilisce che “l'iscrizione di una voce nell'elenco armonizzato di rifiuti contrassegnata come pericolosa, con un riferimento specifico o generico a “sostanze pericolose”, è opportuna solo quando questo rifiuto contiene sostanze pericolose pertinenti che determinano nel rifiuto una o più del/e caratteristiche di pericolo da HP 1 a HP 8 e/o da HP 10 a HP 15...”, nella versione originale francese si legge (invece): *“Une référence spécifique ou générale à des «substances dangereuses» n'est appropriée pour un déchet marqué comme dangereux figurant sur la liste harmonisée des déchets que si ce déchet contient les substances dangereuses correspondantes qui lui confèrent une ou plusieurs des propriétés dangereuses...”*.

“Approprié” è sinonimo di “bien choisi” “convenable”, traducibile con “adeguata”, “appropriata”, “pour un déchet marqué comme dangereux” con “ad un rifiuto contrassegnato come pericoloso”.

¹⁵ Secondo la norma richiamata, inoltre:

— I rifiuti contenenti dibenzo-p-diossine e i dibenzofurani policlorurati (PCDD/PCDF), DDT (1,1,1-tricloro-2,2-bis(4-clorofenil)etano), clordano, esaclorocicloesani (compreso il lindano), dieldrin, endrin, epacloro, esaclorobenzene, clordecone, aldrin, pentaclorobenzene, mirex, toxafene esabromobifenile e/o PCB in quantità superiori ai limiti di concentrazione di cui all'allegato IV del regolamento (CE) n. 850/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (1) devono essere classificati come pericolosi.

— I limiti di concentrazione di cui all'allegato III della direttiva 2008/98/CE non sono applicabili alle leghe di metalli puri in forma massiva (non contaminati da sostanze pericolose). I residui di leghe sono considerati rifiuti pericolosi sono specificamente menzionati nel presente elenco e contrassegnati con un asterisco (*).

— Se del caso, al momento di stabilire le caratteristiche di pericolo dei rifiuti si possono prendere in considerazione le seguenti note contenute nell'allegato VI del regolamento (CE) n. 1272/2008: — 1.1.3.1. Note relative all'identificazione, alla classificazione e all'etichettatura delle sostanze: note B, D, F, J, L, M, P, Q, R, e U. — 1.1.3.2. Note relative alla classificazione e all'etichettatura delle miscele: note 1, 2, 3 e 5.

¹⁶ S. MAGLIA, *I rifiuti pericolosi e le voci a specchio: come classificarli correttamente?*, cit., non impugnato.

¹⁷ G. GALASSI, *La classificazione delle voci a specchio e il criterio dell'eshaustività delle analisi: dallo scontro in dottrina alla soluzione del decreto Mezzogiorno*, in www.ambientelagaledigesta.it, maggio/giugno 2017, pag. 454 ss.

Nel testo base inglese si legge: "An entry in the harmonised list of wastes marked as hazardous, having a specific or general reference to hazardous substances, is only appropriate to a waste to display one or more of the hazardous properties HP 1 to HP 8 and/or HP 10 to HP 15...", cioè "appropriata ad un rifiuto".

La medesima dottrina sottolinea inoltre che in entrambi i testi "appropriée" o "appropriate" sono seguiti da una specificazione ulteriore ("pour un déchet" o "to a waste") ove si utilizza l'articolo indeterminativo (e non l'articolo determinativo, che si riferirebbe al rifiuto specifico del caso concreto), del tutto omessa nella traduzione italiana e che sembra conferire una valenza generica alla locuzione¹⁸.

Inoltre, come visto l'aggettivo "pertinente" è stato interpretato, secondo la tesi probabilistica, nel senso di "relativo al processo produttivo da cui vengono generati i rifiuti"¹⁹.

Tuttavia²⁰, nel testo francese si legge: "les substances dangereuses correspondantes qui lui confèrent une ou plusieurs des propriétés dangereuses", cioè: "le sostanze pericolose corrispondenti", "relative", che conferiscono al rifiuto una o più caratteristiche di pericolo". Nel testo inglese ugualmente si legge: "when that waste contains relevant hazardous substances that cause the waste to display one or more of the hazardous properties HP 1 to HP 8 and/or HP 10 to HP 15 as listed in Annex III to Directive 2008/98", cioè quando tale rifiuto contenga sostanze pericolose "pertinenti", "relative", che "determinano nel rifiuto una o più delle caratteristiche di pericolo".

Dalla lettura dei testi originali non emergono, pertanto, i riferimenti né al parametro di opportunità né della pertinenza delle analisi al processo produttivo. Anzi, "pertinenti" (*rectius*: "rilevanti") non è affatto riferito al processo produttivo da cui vengono generati i rifiuti ma alle proprietà di pericolo ("corrispondenti") elencate subito appresso dalla disposizione in esame; tanto è vero che il testo inglese elimina addirittura questo aggettivo. Quindi la normativa europea, nei testi fidefacenti, non sembrerebbe attribuire alcuna "discrezionalità tecnica" né al produttore né al chimico che effettua le analisi, al contrario della traduzione italiana della decisione (lingua che come è noto non è fidefacente), ove compaiono i due aggettivi, "opportuno" e "pertinente".

Insomma, un bel ginepraio in cui, come sovente avviene, gli esegeti italiani sono chiamati a districarsi.

¹⁸ Si sottolinea anche come nella traduzione tedesca non troviamo affatto l'aggettivo in questione, ma si dice semplicemente "Bin Abfall wird nur dann in das harmonisierte Verzeichnis der als gefährlich eingestuften Abfälle mit einem spezifischen oder allgemeinen Verweis auf gefährliche Stoffe "aufgenommen Wenn..." ("un rifiuto verrà iscritto nell'elenco armonizzato di sostanze classificate come rifiuti pericolosi solo quando..."). Se tale aggettivo avesse una valenza così decisiva, difficilmente il traduttore tedesco, notoriamente pignolo, lo avrebbe ommesso.

¹⁹ Così S. MAGLIA, cit.: "le analisi per essere ritenute sufficientemente esaustive devono essere effettuate con lo stesso criterio utilizzato per la classificazione, ovvero quello che prende in considerazione il ciclo produttivo".

²⁰ Così ancora G. GALASSI, *La classificazione delle voci a specchio e il criterio dell'eshaustività delle analisi: dallo scontro in dottrina alla soluzione del decreto Mezzogiorno*, pag. cit.

9. Il diritto europeo armonizzato.

Fortunatamente, la normativa europea in materia di classificazione dei rifiuti è armonizzata, per cui le stesse regole vigono in tutti i Paesi dell'Unione. Non appare pertanto ultroneo verificare come gli altri Paesi UE regolano la materia.

Il vademecum²¹ ("Rifiuti pericolosi – Interpretazione della definizione e classificazione dei rifiuti pericolosi". 2013) delle Agenzie di Protezione per l'Ambiente del Regno Unito (Inghilterra, Irlanda, Galles e Scozia), che non ha valenza normativa ma contiene delle linee guida esplicative della vigente normativa, costituisce elemento di sicuro spessore a livello ermeneutico, posta l'autorevole provenienza, parla chiaro.

Si riporta fedelmente quanto tradotto.

“In caso di voci a specchio, se le sostanze contenute nel rifiuto non sono note o non possono essere determinate, esso deve essere classificato come pericoloso.

I gestori di rifiuti hanno il dovere di determinare se un rifiuto avente voce speculare è pericoloso o meno. Al fine di determinare se una voce speculare rappresenta un rifiuto pericoloso o meno, dovete conoscerne la composizione. Esistono tre modi per determinare la composizione di un rifiuto:

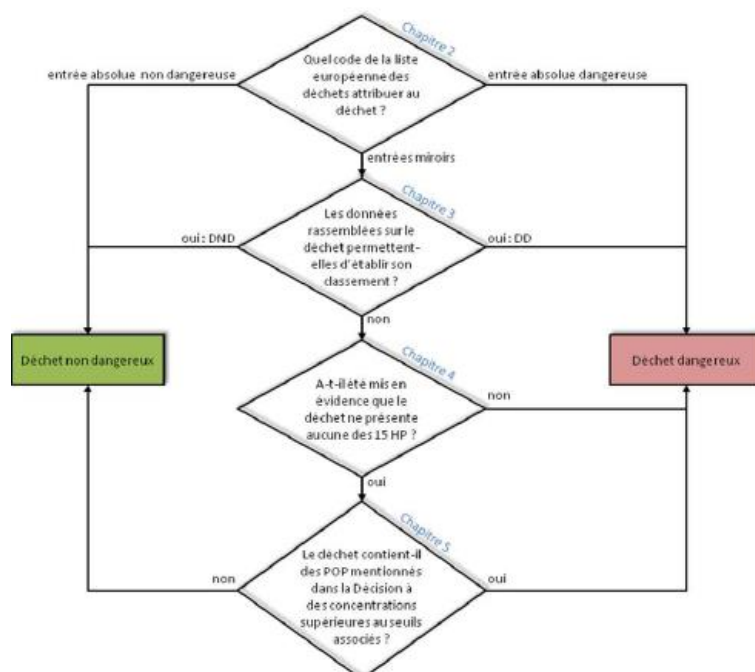
- *Scheda informativa del produttore come ad esempio il foglio contenente i dati di sicurezza (FDS). Se la composizione è stata alterata durante lo stoccaggio o l'impiego non sarebbe appropriato affidarsi completamente a tale informazione. È importante che leggete l'Allegato B prima di usare un FDS per la valutazione del rifiuto.*
- *Conoscere integralmente la composizione chimica di un processo così che la composizione del rifiuto sia ben compresa, oppure*
- *Prelevare campioni ed analizzare il rifiuto per determinarne la composizione.*

Le analisi chimiche (in particolar modo in caso di sostanze inorganiche) non sempre individuano i componenti specifici ma possono individuare solamente singoli anioni e cationi. In detti casi, il gestore dei rifiuti potrebbe aver bisogno di determinare quali esatte sostanze sono presumibilmente presenti, sia mediante ulteriore analisi sia mediante l'applicazione di conoscenza del processo/attività che ha prodotto il rifiuto. In caso di qualsiasi dubbio, la presenza della sostanza peggiore dovrebbe essere presa in considerazione (e ciò, aggiunge chi scrive, in applicazione del principio di precauzione).

Ed ancora: “Se nessuna delle sostanze contenute nel rifiuto ha delle frasi di rischio (o classi di pericolo. N.d.T.) il rifiuto non è da ritenersi pericoloso e la voce speculare di rifiuto non pericoloso può essere attribuita a tale rifiuto. Se una qualunque sostanza ha delle frasi di rischio (o classi di pericolo. N.d.T.) dovete passare alla fase 5. Qualora il gestore conosce i componenti ma non può decidere quali specifiche sostanze sono presenti, deve identificare il peggior caso di componente(i) per ognuno dei componenti e valutare il rifiuto di conseguenza. Il caso del peggior componente deve essere determinato per ciascuna proprietà pericolosa e la sostanza, o insieme di sostanze, che ragionevolmente potrebbero esistere all'interno del rifiuto e che probabilmente deriverebbero dall'applicazione di tale proprietà pericolosa”.

²¹ La traduzione è di chi scrive.

Parimenti, l'INERIS ("Institut national de l'environnement industriel et des risques", ente pubblico creato nel 1990), nel manuale operativo per la classificazione dei rifiuti pericolosi ("Guide d'application pour la caractérisation en dangerosité") riproduce il manuale europeo e britannico (pag. 9):



Anche nella sezione relative alle classi di pericolo HP 4, HP5, HP6, HP7, HP 8, HP 10, HP 11, HP 13 e HP14 si legge che "Cette section regroupe des propriétés de danger dont l'évaluation repose sur la connaissance en substances du déchet", ossia si richiede la conoscenza della composizione del rifiuto. Segue un grafico che mostra chiaramente come se non è nota la composizione del rifiuto, esso va direttamente classificato come pericoloso:



Non vi è dubbio quindi che gli altri Paesi europei richiedano una precisa conoscenza della composizione del rifiuto, ricavabile da fonti diverse.

10. La posizione della giurisprudenza di legittimità.

Con riferimento al soggetto gravato dell'onere di caratterizzare i rifiuti, è chiara Cass., Sez. 3, Sentenza n. 37559 del 07/05/2008, a mente della quale *"in tema di gestione dei rifiuti, è configurabile la responsabilità del gestore della discarica per l'accettazione e la ricezione di rifiuti in violazione delle prescrizioni autorizzative e dei requisiti d'ammissibilità previsti dal D.M. 3 agosto 2005 (recante "Definizione dei criteri d'ammissibilità dei rifiuti in discarica"), in quanto grava su costui l'obbligo di verificare la caratterizzazione dei rifiuti effettuata dai produttori o dai detentori che li conferiscono al fine di determinare l'ammissibilità dei rifiuti stessi"*.

Analogamente, una nota dell'ISPRA, il massimo organo di controllo in materia ambientale, dettata in materia di trattamento a calce dei fanghi di depurazione, espressamente afferma quanto segue: *"Ulteriore punto di criticità è rappresentato dalla assenza di indagini atte ad escludere la pericolosità del rifiuto. Si sottolinea che la normativa pone in capo al produttore del rifiuto la responsabilità della corretta classificazione dello stesso. Nel caso in esame, ai fini della valutazione della pericolosità si impone una doppia verifica. In primo luogo, essendo il codice CER proposto dalla società ... per il rifiuto in uscita dal trattamento una voce "a specchio", è necessario determinare analiticamente la concentrazione di sostanze pericolose nel rifiuto stesso"*.

La nota sentenza della Cassazione, Sez. III, n. 46897 del 9 novembre 2016 (in proc. Arduini) ha affrontato il tema con dovizia argomentativa, affermando che: *"la classificazione di un rifiuto identificato da un "codice a specchio", e la conseguente attribuzione del codice (pericoloso/non pericoloso) compete al produttore/detentore del rifiuto; ne consegue che, dinanzi ad un rifiuto con codice "a specchio", il detentore sarà obbligato ad eseguire le analisi (chimiche, microbiologiche, ecc.) necessarie per accertare l'eventuale presenza di sostanze pericolose, e l'eventuale superamento delle soglie di concentrazione; solo allorquando venga accertato, in concreto, l'assenza, o il mancato superamento delle soglie, di sostanze pericolose, il rifiuto con codice "a specchio" potrà essere classificato come non pericoloso. Aderendo alla diversa prospettiva dedotta dal ricorrente, invece, ne deriverebbe che il detentore di un rifiuto con codice "a specchio" potrebbe classificarlo come non pericoloso, e di conseguenza gestirlo come tale, in assenza di analisi adeguate; ma tale interpretazione, oltre ad essere in contrasto con gli obblighi di legge, è evidentemente eccentrica rispetto all'intero sistema normativo che disciplina la gestione del ciclo dei rifiuti, ed al principio di precauzione ad esso sotteso".* Conclude, la Corte, affermando che *"pertanto, compete al detentore del rifiuto dimostrare in concreto che, tra i due codici "a specchio", il rifiuto vada classificato come non pericoloso, previa caratterizzazione dello stesso; in mancanza, il rifiuto va classificato come pericoloso (art 1, comma 6, Alleg. D)"*.

La Cassazione, pertanto, sembrava aver sposato la tesi della "certezza", imponendo sul produttore un onere di caratterizzazione completa per poter "declassificare" il rifiuto come non pericoloso.

11. La posizione del MATTM e il parere del Consiglio di Stato.

Con nota n. 11845 del 28/09/2015 il Ministero dell'Ambiente ha fornito chiarimenti interpretativi sul nuovo regime di classificazione dei rifiuti introdotto dalla Decisione e dal Regolamento, confermandone la *"piena ed integrale applicazione nel nostro ordinamento giuridico"*, specificando altresì che dal 1° giugno 2015 gli allegati D ed I del D. Lgs 152/2006 (cfr. allegati II e III) sono inapplicabili - se in contrasto con le suddette disposizioni dell'UE - ed è necessario provvedere ad una riclassificazione dei rifiuti con cosiddetto *"codice a specchio"*, i quali potrebbero passare quindi da pericolosi a non pericolosi o viceversa, e che per quanto riguarda l'allegato D del D. Lgs 152/2006 continuano ad essere applicati i punti 6 e 7 del paragrafo *"Introduzione"*, in quanto recepimento di una disposizione comunitaria introdotta con l'articolo 7, paragrafi 2 e 3 della direttiva 2008/98/CE, ancora vigente nel quadro normativo comunitario e non modificata dalle suddette disposizioni.

Tuttavia, non veniva in alcun modo chiarito in cosa la nuova normativa avrebbe differito da quella ritenuta incompatibile, sì da ritenersi implicitamente abrogata per nuova disciplina dell'intera materia.

Sembra quindi che il Ministero si sia affidato ai fautori della teoria probabilistica senza dubbio né spiegazione alcuna²². E, purtuttavia, alla luce dell'analisi comparata con

²² Va dato cenno anche al parere reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva all'adunanza del 7 maggio 2015 (proc. N. 1480/2015); si tratta del parere preventivo sullo *"Schema di decreto ministeriale recante modifica agli allegati D e I alla parte IV del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, riguardanti rispettivamente "Classificazione dei rifiuti" e "Caratteristiche di pericolo per i rifiuti"*. Sembra opportuno riportare il passo di interesse. *"Occorre, però, tener conto del fatto che, con la lett. b-bis) del co. 5 dell'art. 13 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, è stato di nuovo riportato alla fonte di rango primario l'intero preambolo, intitolato "Classificazione dei rifiuti", dall'all. D alla parte IV del d.lgs. n. 152 del 2006, sicché risulta assai dubbio che tale evento consenta, poi, di ricondurre alla materia delegificata quanto è stato introdotto con la suddetta lett. b-bis) dell'art. 13, co. 5, d.lgs. n. 91 del 2014, che si configura, cioè, come una disposizione introdotta con legge (o atto equiparato) successiva ad una precedente delegificazione. Su questo punto l'Amministrazione non fornisce adeguate spiegazioni, limitandosi ad affermare, nell'analisi tecnico-normativa, che "non sono previste rilegificazioni delle norme delegificate"; essa non tiene conto, però, delle rilegificazioni già intervenute. Ma, in realtà, nel caso di specie, non sembra essersi verificata una sostituzione con regolamento, sia pure in delegificazione, di norme rilegificate – il che appare di assai dubbia legittimità –, quanto piuttosto il mero accertamento che nella normativa nazionale il testo dell'allegato D e dell'allegato I della IV parte non è più quello risultante dalla vecchia formulazione del d.lgs. n. 152 del 2006, ma quello risultante dalla normativa comunitaria direttamente efficace nel nostro ordinamento...[omissis]... il decreto ministeriale in oggetto, per la parte in cui incide sulla materia rilegificata con il suddetto d.l. n. 91 del 2014 appare come meramente ricognitivo dello stato della normazione, vista ormai l'avvenuta abrogazione ad opera della normativa dell'U.E. immediatamente efficace all'interno dell'ordinamento italiano. Del resto, la prossima entrata in vigore della normativa europea succitata, modificativa, peraltro, della direttiva n. 2008/98/CE, giustifica che l'Amministrazione si dia carico di correggere con efficacia di mero accertamento, il complesso delle norme vigenti, cui operatori e cittadini devono dare applicazione, senza con ciò introdurre modificazioni. Sicché la parte codificata della normativa italiana, il cui contrasto con i recenti provvedimenti normativi dell'Unione potrebbe indurre in pericolose confusioni quanti sono chiamati ad applicarla, ben può essere modificato a fini di certezza e migliore conoscenza del diritto vigente. Conseguentemente il d.m. non può contenere – come si vedrà in seguito – norme che si discostino anche minimamente da quelle che in sede europea sono state varate con il regolamento n. 1357/2014 e con la Decisione n. 2014/955/UE. Solo seguendo tale ragionamento ed in questi ristretti limiti può eccezionalmente consentirsi sulla legittimità del d.m., sul quale è stato richiesto il parere di competenza. Di qui la particolare valenza delle osservazioni*

la normativa tecnica vigente in altri Paesi dell'Unione, la normativa italiana appariva *ictu oculi* perfettamente ad essa sovrapponibile. Se pertanto poteva in linea astratta convenirsi con l'opportunità di abrogare l'allegato alla parte IV del TUA inserito nel 2014, è semmai non già per contrarietà alla normativa europea, ma per una sua sopravvenuta superfluità.

Se infatti può condividersi il pensiero di chi sostiene ²³che *“per una corretta valutazione analitica devono essere disponibili tutte le possibili informazioni utili a descrivere le condizioni e le caratteristiche del rifiuto da cui ha avuto origine il campione (luogo, tipo di stoccaggio, contenitore, quantità, stato fisico, caratteristiche organolettiche, distribuzione-rifiuto monolitico o granulare, granulometria, grado di omogeneità)”* ... inoltre altrettanto importante avere tutte le informazioni disponibili sull'origine del rifiuto, per indirizzare la scelta dei parametri da ricercare, individuando, quando possibile, protocolli analitici minimi, ma significativi”, va altresì sottolineato, in uno con la più accorta dottrina²⁴, che *“spesso i rifiuti non derivano da un processo produttivo in senso proprio ma da processi di combustione o di trattamento termico, da processi di degradazione e lisciviazione o comunque per alterazione incontrollata di un materiale. In questi casi, le sostanze che li costituiscono sono del tutto ignote e non ipotizzabili”*.

In tutti questi casi, è la stessa normativa europea a pretendere una precisa conoscenza della composizione del rifiuto, e su tale assunto anche i sostenitori della c.d. “tesi della certezza scientifica” sembrano convenire.

12. Il “decreto Mezzogiorno”.

L'art. 9 del decreto legge 20 giugno 2017, n. 91 (Disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno, entrata in vigore il 21/06/2017, rubricato “Misure urgenti ambientali in materia di classificazione dei rifiuti”, ha sostituito i numeri da 1 a 7 della premessa dell'allegato D alla parte IV del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, con la frase seguente: «1. La classificazione dei rifiuti è effettuata dal produttore assegnando ad essi il competente codice CER ed applicando le disposizioni contenute nella decisione 2014/955/UE e nel regolamento (UE) n. 1357/2014 della Commissione, del 18 dicembre 2014».

che seguono, nelle parti in cui esprimono dubbi sulla conformità delle disposizioni proposte a quelle introdotte con i due atti normativi dell'U.E.”.

Il parere, pertanto, fonda la legittimità dell'intervento abrogativo alla luce di una presunta incompatibilità della normativa italiana previgente con la nuova disciplina europea. Incompatibilità che come si è visto non è in alcun modo spiegata.

²³ C. GRAMELLINI – L. BILLI – A. BOTTI, Arpa Emilia-Romagna, *L'estrema variabilità dei campioni e delle matrici oggetto di verifica, una normativa in molti casi incoerente e incompleta rendono spesso l'analisi dei rifiuti particolarmente complessa. Le criticità da affrontare per l'ente di controllo possono essere risolte avendo a disposizione informazioni esaustive e campioni mirati*, pubblicato su *Ecoscienza*, 5-6/2011, pag. 87.

²⁴ G. AMENDOLA, *Voci a specchio: l'Ordine dei Chimici critica la Cassazione per distorta interpretazione della legge*, pubblicato sul sito *Industrieambiente*, 2017, pag. 9.

Tale disposizione, in realtà, sarebbe perfettamente inutile in quanto sia i Regolamenti che le Decisioni dell'Unione europea sono direttamente e immediatamente applicabili negli ordinamenti nazionali senza bisogno alcuno di recepimento.

Evidentemente, il vero scopo della legge era un altro: quello di abrogare, sulla spinta dei fautori della "tesi probabilistica" (già ispiratori del regolamento di delegificazione), la disciplina entrata a regime nel 2014, come emerge chiaramente dalla relazione illustrativa del provvedimento: *"La norma presenta carattere di necessità e urgenza in quanto interviene su alcune disposizioni della disciplina nazionale in materia di classificazione dei rifiuti che presentano profili di criticità tali da compromettere l'intero funzionamento del sistema di gestione dei rifiuti a livello nazionale e, in particolare, nel Mezzogiorno d'Italia"*.

In realtà tale disposizione, inserita in un decreto legge ad oggetto specifico, trovava applicazione in tutto il Paese, e l'inciso "in particolare nel Mezzogiorno d'Italia" appare totalmente fuori luogo e volto esclusivamente a dare una parvenza di costituzionalità ad una norma che, al contrario, appare decisamente "intrusa" nel corpo del provvedimento²⁵, in quanto concernente una disciplina, quella della classificazione dei rifiuti, del tutto avulsa dal tema del rilancio del Mezzogiorno.

Inoltre, la sostanziale abrogazione della norma, a regime ormai da tre anni, non poteva certo rivestire quei requisiti di "straordinaria necessità ed urgenza" richiesti dall'articolo 77 Cost.

Emergono quindi seri dubbi sulla costituzionalità dell'intervento normativo. Ma tant'è.

13. L'interpretazione della normativa europea fornita da ISPRA.

Per concludere l'esposizione delle opinioni espresse sul punto da Enti istituzionali, con nota 5 giugno 2015 n. 24707, l'ISPRA, Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale, ha fornito un parere in ordine alla corretta classificazione dei rifiuti prodotti all'interno di uno stabilimento rifiuti del Lazio, identificati con il codice 191212 (rifiuti derivanti dal trattamento meccanico dei rifiuti, diversi da quelli di cui al codice 191211*).

Secondo ISPRA, *"La norma pone in capo al produttore la responsabilità della corretta classificazione del rifiuto prodotto sulla base dell'origine e della composizione dello stesso. ... [omissis] ... Per effettuare la classificazione dei propri rifiuti il produttore deve quindi selezionare i parametri da analizzare, partendo dalla conoscenza del processo che ha generato il rifiuto ed individuare le sostanze pericolose pertinenti la cui concentrazione deve essere valutata al fine di escludere la pericolosità del proprio rifiuto."*

La parte più interessante del parere è quella secondo cui i referti analitici relativi ai rifiuti devono necessariamente essere accompagnati da *"una relazione tecnica esaustiva"*

²⁵ Nell'accezione fornita dalla Corte Costituzionale con sentenza 32/2014 (che riguardava in realtà la legge di conversione di una decreto legge, ma esprime un principio generale).

che consenta di conoscere le caratteristiche del rifiuto in ingresso all'impianto, le fasi di processo, i flussi e le caratteristiche dei rifiuti e/o materiali prodotti"

Detta relazione, secondo ISPRA, *"risulta indispensabile per escludere eventuali elementi di pericolosità del rifiuto qualora lo stesso sia identificato da una voce specchio dell'elenco europeo dei rifiuti. Pertanto, classificare il rifiuto utilizzando solo i risultati di referti analitici, riferiti chiaramente ad un numero parziale di parametri non costituisce un approccio metodologico corretto"*.

ISPRA, quindi, adotta una soluzione interpretativa intermedia, e per certi versi pilatesca, ma che, pur non risolvendo i nodi della questione, non va totalmente nella direzione sbagliata.

14. La classificazione dei rifiuti secondo la Commissione europea.

Terminato questo lungo ma necessario *excursus*, è il momento di analizzare i contenuti del documento in oggetto. Sullo specifico punto della classificazione dei rifiuti, la Comunicazione precisa che:

"L'assegnazione di una voce specifica è effettuata seguendo la procedura per l'uso dell'elenco dei rifiuti. Tale procedura stabilisce un ordine di precedenza per i capitoli. Una versione commentata dell'elenco dei rifiuti e la procedura per il suo uso sono riportate nell'allegato 1.

Qualsiasi rifiuto che può essere identificato da una voce contrassegnata da un asterisco () va considerato pericoloso. I rifiuti definiti da tutte le altre voci sono considerati non pericolosi.*

Al fine di completare la fase 2 e identificare la voce o le voci applicabili dell'elenco dei rifiuti,

— è necessario valutare la voce o le voci appropriate dell'elenco dei rifiuti per i rifiuti in questione, tenendo conto che potrebbero essere state introdotte nella legislazione nazionale voci specifiche a livello di Stati membri sulla base dell'articolo 7, paragrafi 2 o 3, della direttiva quadro sui rifiuti;

— successivamente è necessario valutare a quale delle seguenti tipologie di voci debbano essere assegnati i rifiuti in esame:

— voce di pericolo assoluto (AH, Absolute Hazardous, contrassegnata da un asterisco ()): i rifiuti assegnati a voci AH non possono essere assegnati a voci di non pericolo e sono considerati pericolosi senza ulteriore valutazione.*

Qualora un rifiuto sia assegnato a una voce AH, è classificato come pericoloso e non occorrono ulteriori valutazioni per decidere se debba essere classificato come pericoloso. Tuttavia, sarà necessario procedere con le fasi 3-5 (cfr. capitolo 3.2) al fine di determinare quali siano le caratteristiche di pericolo presentate dal rifiuto in questione, in quanto tali informazioni possono essere necessarie per adempiere le disposizioni di cui all'articolo 19, della direttiva quadro relativa ai rifiuti,

concernente la corretta etichettatura dei rifiuti pericolosi (ad esempio per compilare un documento di accompagnamento per i movimenti di rifiuti). Per informazioni sulle voci AH che non presentano caratteristiche di pericolo, cfr. il riquadro 1 dell'allegato 1, della sezione 1.1;

— voce di non pericolo assoluto (ANH) i rifiuti assegnati a voci ANH non possono essere assegnati a voci di pericolo e devono essere classificati come non pericolosi senza ulteriore valutazione.

Qualora un rifiuto sia assegnato a una voce ANH, lo stesso è classificato come non pericoloso e non occorrono ulteriori valutazioni per decidere se detto rifiuto debba essere classificato come non pericoloso. Per informazioni sulle voci ANH che presentano caratteristiche di pericolo, cfr. il riquadro 1 dell'allegato 1, della sezione 1.1;

— voce specchio Le «voci specchio» possono essere definite come due o più voci correlate, una delle quali è pericolosa e l'altra no. A differenza delle voci AH o ANH, se un rifiuto viene assegnato a un gruppo di voci alternative, occorre intraprendere una valutazione più approfondita ai fini dell'assegnazione. Le voci alternative sono costituite almeno dalle voci riportate in appresso. — voce specchio di pericolo (MH) (contrassegnata da un asterisco (*));

— voce specchio di non pericolo (MNH)

Qualora sia possibile scegliere tra assegnare una voce MH o una voce MNH, è necessario procedere con le fasi da 3 a 5 (cfr. capitolo 3.2) del processo di classificazione in maniera da determinare, sulla base dei risultati di tali indagini, se assegnare una voce MH o una voce MNH".

La tabella 2 dell'Allegato I contiene una descrizione più precisa:

Le «voci specchio» possono essere definite come due o più voci correlate, una delle quali è pericolosa e l'altra no. Talvolta un membro di una voce specchio può corrispondere a diverse possibili voci alternative correlate.

A differenza delle voci AH o ANH, se un rifiuto viene assegnato a un gruppo di voci alternative, occorre intraprendere una valutazione più approfondita ai fini dell'assegnazione. Le voci alternative sono costituite almeno dalle voci riportate in appresso. — Voce specchio di pericolo (MH) Le voci MH sono contrassegnate in arancione nell'elenco dei rifiuti commentato (cfr. Tabella 3 nella sezione 1.2.1).

— Voce specchio di non pericolo (MNH) Le voci MNH sono contrassegnate in blu scuro nell'elenco dei rifiuti commentato (cfr. Tabella 3 nella sezione 1.2.1).

Le voci specchio possono essere suddivise nelle seguenti sottocategorie.

— La decisione tra voce alternativa MH o MNH è determinata da un riferimento generale a sostanze pericolose, ad esempio:

10 12 09* rifiuti solidi prodotti dal trattamento dei fumi, contenenti sostanze pericolose MH

10 12 10 rifiuti solidi prodotti dal trattamento dei fumi, diversi da quelli di cui alla voce 10 12 09 MNH

— La decisione tra voce alternativa MH o MNH è determinata da un riferimento specifico a sostanze pericolose particolari, ad esempio:

16 01 11* pastiglie per freni, contenenti amianto MH

16 01 12 pastiglie per freni, diverse da quelle di cui alla voce 16 01 11 MNH

— Per voci che fanno riferimento a più voci, l'assegnazione di una voce specifica può dipendere dall'origine o da talune proprietà dei rifiuti in questione e dalle sostanze pericolose potenzialmente contenute, ad esempio:

17 06 01* materiali isolanti, contenenti amianto MH

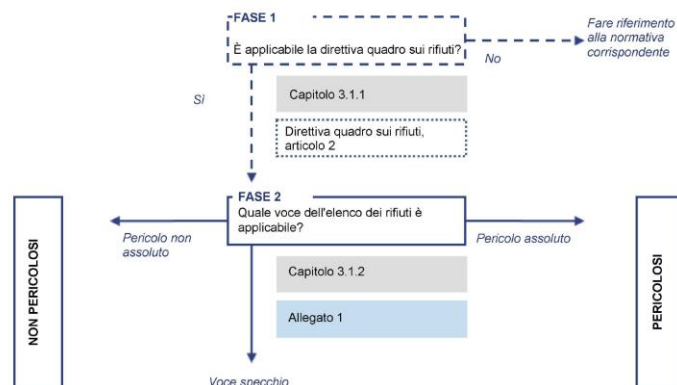
17 06 03* altri materiali isolanti contenenti o costituiti da sostanze pericolose MH

17 06 04 materiali isolanti, diversi da quelli di cui alle voci 17 06 01 e 17 06 03 MNH

Spesso, ma non necessariamente, voci specchio corrispondenti tra di loro possono essere riconosciute tramite la presenza nella loro descrizione della formulazione «diversi/e da quelli/e di cui alla voce...» tra voci MH e MNH. *Qualora sia possibile assegnare un rifiuto a una voce MH o a una voce MNH, è necessario procedere con le fasi da 3 a 5 (cfr. capitolo 3.2) del processo di classificazione al fine di determinare presenza e tenore di sostanze pericolose in concentrazioni significative oppure al fine di determinare se il rifiuto in questione presenta direttamente le caratteristiche di pericolo, in maniera da assegnare correttamente la voce MH o la voce MNH al flusso di rifiuti in esame*”.

È evidente che quando la caratteristica di pericolo è indicata con riferimento ad una sostanza o un composto specifico, per escludere la classificazione del rifiuto come MH sarà sufficiente escludere la presenza di quella sostanza o composto; laddove, al contrario, il riferimento è generico a “sostanze pericolose”, la soluzione del problema diventa più ardua.

Il documento quindi procede con l'enucleazione del procedimento di corretta classificazione del rifiuto, che viene poi esemplificato in diagrammi di flusso. Il primo si arresta *in limine* ai codici specchio:



Quanto ai codici specchio, lo studio non si cura di stabilire se un rifiuto è presuntivamente pericoloso o non pericoloso, ma si limita ad indicare l'obbligo di rispettare precisi passaggi procedurali:

“Assegnazione di una voce MH o MNH

Per scegliere una voce specchio appropriata, fare riferimento ai capitoli che seguono. Si possono utilizzare questi capitoli anche per stabilire le caratteristiche di pericolo di un rifiuto associate a una voce AH, in quanto tali informazioni possono essere necessarie per adempiere le disposizioni di cui all'articolo 19 della direttiva sui rifiuti, concernente la corretta etichettatura dei rifiuti pericolosi (ad esempio per compilare un documento di accompagnamento per i movimenti di rifiuti). Dopo aver completato le fasi da 3 a 5, si saprà infine se i rifiuti in esame contengono componenti pericolosi e presentano una o più caratteristiche di pericolo (da HP1 a HP15) e/o contengono eventuali POP pertinenti. Di conseguenza sarà possibile decidere se i rifiuti sono pericolosi o meno. Il diagramma di flusso che segue illustra le fasi necessarie e rimanda ai capitoli successivi (e ai rispettivi allegati per ulteriori dettagli).

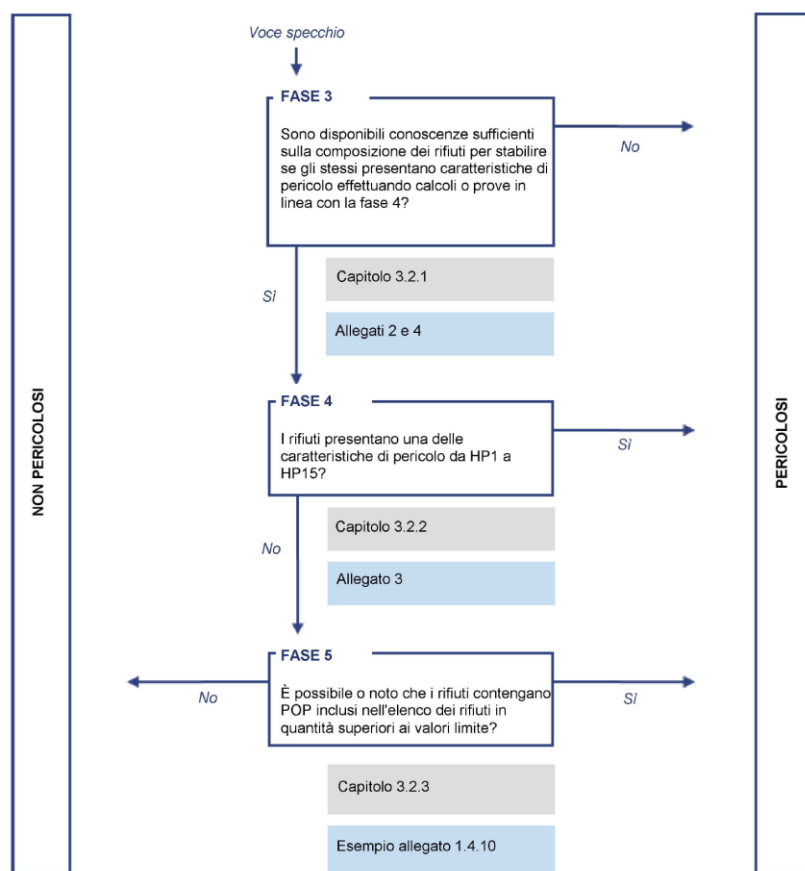


Figura 3: Diagramma di flusso per determinare se è necessario assegnare una voce MH o una voce MNH

L'impostazione è chiara: se non sono disponibili conoscenze sufficienti sulla composizione dei rifiuti per sapere se i rifiuti possiedono le caratteristiche di pericolo da HP1 a HP15 il rifiuto va classificato come pericoloso, altrimenti si passa alla fase successiva.

Se nella fase successiva si accerta che il rifiuto possiede le caratteristiche di pericolo suddette il rifiuto va classificato come pericoloso, altrimenti si passa alla fase successiva, ossia la verifica della presenza di POP.

Il diagramma di flusso dianzi evidenziato viene successivamente spiegato al par. 3.2.1:

“3.2.1. Fase 3: Sono disponibili conoscenze sufficienti sulla composizione dei rifiuti per stabilire se gli stessi presentano caratteristiche di pericolo effettuando calcoli o prove in linea con la fase 4?”

L'ottenimento di informazioni sufficienti sulla presenza e sul tenore di sostanze pericolose nei rifiuti costituisce una fase importante della classificazione dei rifiuti al fine di poter stabilire se gli stessi possono presentare caratteristiche di pericolo da HP1 a HP15. A tale fine sono necessarie talune informazioni sulla composizione dei rifiuti, indipendentemente dal metodo scelto per assegnare le caratteristiche di pericolo (calcolo o prove) come descritto nella fase 4.

Esistono modi diversi per raccogliere informazioni sulla composizione pertinente dei rifiuti, sulle sostanze pericolose presenti e sulle potenziali caratteristiche di pericolo presentate dagli stessi:

- informazioni sulla chimica/sul processo di fabbricazione che «generano rifiuti» e sulle relative sostanze in ingresso e intermedie, inclusi i pareri di esperti (fonti utili possono essere relazioni BREF, manuali dei processi industriali, descrizioni dei processi ed elenchi di materiali di ingresso forniti dal produttore, ecc.²⁶);
- informazioni fornite dal produttore originario della sostanza o dell'oggetto prima che questi diventassero rifiuti, ad esempio schede di dati di sicurezza, etichetta del prodotto o schede di prodotto (per maggiori dettagli cfr. allegato 2);
- banche dati sulle analisi dei rifiuti disponibili a livello di Stati membri;
- campionamento e analisi chimica dei rifiuti (cfr. allegato 4).

²⁶ A pag. 86 del documento viene specificato che tali fonti informative supplementari possono essere costituite da:

- documenti «BREF»;
- manuali dei processi industriali;
- quaderni di settore (*Sector notebook*) dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente degli Stati Uniti;
- informazioni su processi e sostanze fornite dal produttore del rifiuto (descrizioni dei processi);
- banche dati sulla composizione tipica di taluni rifiuti.

Ad esempio, per i rifiuti solidi urbani potrebbero costituire utile fonte informative le analisi merceologiche dei rifiuti su base regionale e provinciale, ove eseguite con cadenza sufficiente e svolte in maniera esaustiva.

Una volta raccolte le informazioni sulla composizione dei rifiuti, è possibile valutare se le sostanze identificate sono classificate come pericolose, ossia se alle stesse è assegnato un codice di indicazione di pericolo (cfr. Riquadro 12).

Al fine di determinare se le sostanze contenute sono classificate come pericolose e per saperne di più sulle classi e sulle categorie di pericolo specifiche attribuite alle sostanze a norma del regolamento CLP²⁷, fare riferimento agli orientamenti forniti nell'allegato 2.

Codici delle indicazioni di pericolo		
Se le sostanze identificate come componenti dei rifiuti pertinenti sono considerate sostanze pericolose è un aspetto che deve essere valutato in conformità con i criteri di cui al regolamento CLP. Per conoscere strumenti informativi utili da utilizzare in tale contesto consultare l'allegato 2 del presente documento.		
Si noti che, ai sensi del regolamento CLP, vengono introdotte «indicazioni di pericolo» definite come segue:		
<i>indicazione di pericolo: frase attribuita a una classe e categoria di pericolo che descrive la natura del pericolo di una sostanza o miscela pericolosa e, se del caso, il grado di pericolo;</i>		
Un esempio per un codice di indicazione di pericolo e di classe e categoria di pericolo attribuiti a partire dalla tabella 3.1 della parte 3 dell'allegato VI del regolamento CLP è riportato qui di seguito.		
Indicazione di pericolo:	Descrizione:	Classe e categoria di pericolo
H330	Letale se inalato	Acute Tox. 2
In questo esempio la prima cifra dopo la «H» rappresenta la categorizzazione del pericolo (2 - pericoli fisici; 3 pericoli per la salute; 4 - pericoli per l'ambiente), mentre la seconda e la terza cifra sono numeri consecutivi che raggruppano i codici di pericolo. Informazioni in merito ai codici di indicazione di pericolo attribuiti alle sostanze sono riportate nell'allegato 2.		

Riquadro 12: Osservazione sui criteri CLP: Codici di indicazione di pericolo

Codici di indicazione di pericolo

Si noti che qualora si prenda in considerazione lo svolgimento di prove dirette sulle caratteristiche di pericolo (come avviene solitamente per le caratteristiche di pericolo fisico, cfr. fase 4), potrebbe non essere necessario effettuare l'analisi chimica dei rifiuti in esame. Infatti altre fonti di informazione menzionate in precedenza possono già indicare se sia ragionevole svolgere una prova diretta mirata su determinate caratteristiche di pericolo.

²⁷ Il regolamento CLP (Classification, Labelling and Packaging) è il regolamento europeo n. 1272/2008, grazie al quale il sistema di classificazione europeo relativo alla classificazione, etichettatura e imballaggio delle sostanze chimiche (e delle loro miscele) è stato allineato al sistema mondiale armonizzato di classificazione ed etichettatura delle sostanze chimiche, al fine di armonizzare i criteri per la classificazione delle sostanze e delle miscele e le norme relative all'etichettatura e all'imballaggio delle sostanze e delle miscele pericolose. Il Regolamento conosce quattro tipi diversi di pericolosità:

- 1) pericolo chimico-fisico
- 2) pericolo per la salute umana
- 3) pericolo per l'ambiente
- 4) ulteriori pericoli.

Se si prende in considerazione la possibilità di realizzare un campionamento e un'analisi chimica dei rifiuti in esame al fine di determinarne la composizione chimica (ad esempio per applicare l'approccio di calcolo nella valutazione delle caratteristiche di pericolo come descritto nella fase 4), fare riferimento all'allegato 4.

Coloro che classificano i rifiuti sono tenuti ad adottare tutte le misure ragionevoli per determinare la composizione e le caratteristiche di pericolo dei rifiuti prima di raggiungere questo punto. Infine, se le informazioni raccolte sulla composizione dei rifiuti (tenendo conto di tutte le opzioni di cui sopra) non consentono di trarre conclusioni o valutare le caratteristiche di pericolo presentate dai rifiuti, né mediante calcolo, né mediante l'esecuzione di prove sui rifiuti in linea con la seguente fase 4, l'operatore prende in considerazione la possibilità di classificare i rifiuti come pericolosi (se necessario previa consultazione con l'autorità competente)".

Pertanto, secondo il procedimento indicato nel documento, nel caso di rifiuti connotati da codice specchio il primo gradino è costituito dall'ottenere informazioni sulla composizione del rifiuto e sulla presenza di sostanze pericolose al suo interno, informazioni che possono essere desunte, esattamente come prevedeva la L. 116/2014, dalla scheda tecnica del rifiuto, dal suo processo produttivo, da prove dirette o da analisi chimiche. Se, proceduto a svolgere tutte le operazioni di cui sopra, non è possibile *"valutare le caratteristiche di pericolo presentate dai rifiuti"*, il rifiuto va classificato come pericoloso.

Se, invece, le operazioni di cui sopra consentono di valutare la pericolosità dei suoi componenti, il passo successivo è costituito dal verificare se per effetto della presenza di tali sostanze il rifiuto presenti una delle caratteristiche di pericolo da HP1 a HP15.

Ad esempio, per valutare la sussistenza della caratteristica di pericolo HP1, potranno essere presi in considerazione i CLP da H200 a H241 (pag. 87 del documento).

Per capire se in relazione alle sostanze pericolose presenti il rifiuto presenti taluna delle classi di pericolo, il documento indica due metodi: analisi o prove dirette:

"Una volta completata la fase 3, si dovrebbe disporre di informazioni sufficienti sulla composizione pertinente dei rifiuti in esame. Ciò significa che si dispone di conoscenze sufficienti in merito alle sostanze pericolose contenute nei rifiuti e alla loro classificazione (ad esempio se alle stesse sono attribuiti codici di indicazione di pericolo pertinenti a norma del regolamento CLP) tali per cui sia possibile applicare almeno uno dei seguenti metodi atti a determinare se i rifiuti presentano caratteristiche di pericolo:

— calcolo per stabilire se le sostanze presenti nei rifiuti in esame presentano valori uguali o superiori ai limiti di soglia basati sui codici di indicazione di pericolo (che dipendono individualmente dalle proprietà da HP4 a HP14, cfr. allegato 3);



5/2018

— **prove** atte a stabilire se i rifiuti presentano caratteristiche di pericolo o no.

L'allegato 3 fornisce una descrizione dettagliata e orientamenti sulle modalità di valutazione delle singole caratteristiche di pericolo da HP1 a HP15, tramite calcolo o prove.”

La Commissione aggiunge anche che:

“Va notato che, sebbene siano disponibili metodi di prova diretti per alcune caratteristiche di pericolo come descritto nella fase 4, detti metodi non sono disponibili per tutte le caratteristiche di pericolo. Di conseguenza le prove dirette non possono essere utilizzate per classificare con assoluta certezza come non pericoloso un rifiuto di composizione sconosciuta”.

Pertanto, in caso di rifiuto di composizione sconosciuta, non potrà essere utilizzato lo strumento della “prova diretta”, ma solo quello della determinazione analitica.

Appare quindi evidente che la ricerca della composizione del rifiuto e delle sostanze pericolose eventualmente presenti costituisce un primo gradino, in cui si può fare riferimento a tutti i fattori anzidetti, mentre, una volta conosciuta la composizione del rifiuto, si procederà ad analisi o prove al fine di valutare la presenza delle classi di pericolo.

15. Segue: campionamento e analisi.

L'allegato 4 (Campionamento e analisi chimica dei rifiuti) precisa che *“in molti casi, saranno disponibili informazioni sufficienti sui rifiuti in questione tali da non rendere necessario svolgere un campionamento, analisi chimiche e test (cfr. allegato 2 per altre fonti di informazione rispetto al campionamento e alle analisi chimiche dei rifiuti)”*.

Ciò significa che, caso per caso, occorrerà valutare se la c.d. “analisi tecnica” del rifiuto da parte del produttore sia sufficiente per la sua classificazione, ovvero sia necessario procedere ad analisi. Il punto 4.1. dell'Allegato contiene indicazioni precise sulle metodiche di campionamento.

Una volta completata la procedura descritta, si dovrebbe disporre di informazioni sufficienti sulla composizione pertinente dei rifiuti in esame.

In presenza di talune delle classi di pericolo da HP1 a HP15, sarà quindi possibile applicare almeno uno dei seguenti metodi atti a determinare se i rifiuti presentano caratteristiche di pericolo, ossia “calcolo” (sulla base di analisi) o “prove”, con la precisazione che laddove una caratteristica di pericolo di un rifiuto è stata valutata sia mediante una prova che utilizzando le concentrazioni di sostanze pericolose come indicato nell'allegato III della direttiva 2008/98/CE, prevalgono i risultati della prova.

Il punto 4.2. dell'allegato 4, dedicato alle analisi, precisa in proposito che

“4.2. *Analisi chimiche dei rifiuti.* Come già indicato nel capitolo 3.2.1 («Fase 3»), in taluni casi le informazioni derivate ad esempio da una scheda di dati di sicurezza di un prodotto che diventa un rifiuto, da etichette conformi al sistema globale armonizzato, dalla conoscenza del processo di «generazione del rifiuto» e da altre banche dati non sono sufficienti per consentire una valutazione delle caratteristiche di pericolo dei rifiuti in questione. Dato che disporre di conoscenze sufficienti sulla composizione dei rifiuti è un presupposto per poter utilizzare l'approccio di calcolo descritto nel capitolo 3.2.2 («Fase 4»), può essere necessaria un'analisi chimica dei rifiuti in questione”.

Il paragrafo, dopo avere accennato ad alcune metodologie analitiche, prosegue affermando che:

“Le informazioni desunte dalle analisi chimiche dei rifiuti che possono essere utilizzate per la classificazione dei rifiuti dovrebbero essere dati relativi alla composizione. Solitamente i risultati delle prove di lisciviazione – come vengono spesso ottenuti dai risultati di laboratorio nel quadro della verifica del rispetto dei criteri di ammissione dei rifiuti fissati dalla direttiva sulle discariche di rifiuti – non sono utili per la classificazione dei pericoli presentati dai rifiuti. L'unica deroga a questo principio può essere il caso della valutazione della caratteristica HP 15. In particolare, ciò significa che, ad esempio se un rifiuto non soddisfa i criteri di ammissione per i rifiuti inerti di cui alla direttiva sulle discariche di rifiuti, non sarà automaticamente pericoloso o rispettivamente non pericoloso. I risultati dei criteri di ammissione dei rifiuti non dovrebbero essere utilizzati come unica fonte di informazioni per la classificazione dei rifiuti pericolosi.

In effetti un'analisi dei criteri di ammissione dei rifiuti è necessaria soltanto se:

- 1) il trattamento scelto è lo smaltimento in una discarica; e
- 2) la categoria di discarica precedentemente definita tramite una classificazione come pericoloso o non pericoloso richiede una verifica numerica dei criteri di ammissione dei rifiuti.

Tuttavia, le sostanze presenti in un percolato possono offrire qualche spunto in merito ai componenti dei rifiuti originari.

Quanto sopra richiamato rende evidente che, secondo l'approccio seguito dalla commissione, al di là di posizioni di “arrocco dogmatico” tipiche della dottrina italiana, ciò che davvero conta è la reale conoscenza della composizione del rifiuto: non importa se sia desumibile dalla analisi tecnica o chimica, ciò che conta è che si conosca la composizione del rifiuto prima della sua classificazione, tanto che il documento precisa che “*le informazioni desunte dalle analisi chimiche dei rifiuti che possono essere utilizzate per la classificazione dei rifiuti dovrebbero essere dati relativi alla composizione*”.

Solitamente, secondo la Commissione, i risultati delle prove di lisciviazione – come vengono spesso ottenuti dai risultati di laboratorio nel quadro della verifica del rispetto dei criteri di ammissione dei rifiuti fissati dalla direttiva sulle discariche di rifiuti – non sono utili per la classificazione dei pericoli presentati dai rifiuti. L'unica deroga a questo principio può essere il caso della valutazione della caratteristica HP 15. In particolare, ciò significa che, ad esempio se un rifiuto non soddisfa i criteri di ammissione per i rifiuti inerti di cui alla direttiva sulle discariche di rifiuti, non sarà automaticamente pericoloso o rispettivamente non pericoloso.

15.1. Segue: lo scenario realistico più sfavorevole.

Una particolare attenzione viene riservata anche alle sostanze inorganiche, con riferimento alle quali solitamente le analisi chimiche non forniscono informazioni sui composti chimici specifici presenti all'interno di un rifiuto, bensì consentono soltanto l'identificazione di cationi e anioni.

Rileva la Commissione al punto 4.2.1. dell'Allegato IV che solitamente utilizzando tecniche analitiche convenzionali non è possibile né definire la composizione molecolare né trarre altre considerazioni, quali l'identificazione di forme mineralogiche. Si illustrano in appresso alcuni metodi possibili che si possono applicare per superare questo ostacolo:

“Sostanze relative allo «scenario realistico più sfavorevole»

Nel probabile caso in cui il detentore del rifiuto disponga di qualche conoscenza in merito agli elementi del rifiuto ma non alle sostanze presenti nello stesso, si suggerisce di utilizzare il concetto di determinazione delle sostanze secondo uno scenario realistico corrispondente allo «scenario realistico più sfavorevole» per ciascun elemento identificato. Tali sostanze relative allo scenario realistico più sfavorevole dovrebbero essere determinate per ciascuna caratteristica di pericolo e successivamente dovrebbero essere utilizzate per la valutazione delle caratteristiche di pericolo.

Le sostanze relative allo scenario realistico più sfavorevole dovrebbero essere determinate tenendo conto delle sostanze che potrebbero essere ragionevolmente presenti nei rifiuti (ad esempio in base alle sostanze utilizzate nel processo di generazione dei rifiuti in esame e alla chimica associata)”.

Il documento precisa anche che l'accezione del termine «ragionevolmente» è spiegata nel documento di orientamento del Regno Unito come segue: *«ragionevolmente significa che le sostanze non possono essere presenti all'interno dei rifiuti perché, ad esempio, possono essere escluse le loro proprietà fisiche e chimiche»*.

15.2. Segue: il principio di precauzione nella giurisprudenza nazionale.

Il criterio dello «scenario realistico più sfavorevole»²⁸ costituisce diretta esplicitazione del “principio di precauzione”, espresso all’art. 191 del Trattato UE²⁹, il quale trae ispirazione dal principio elaborato dal filosofo statunitense John Rawls, secondo il quale “ogni scelta da compiersi in condizioni di incertezza va valutata in base alla peggiore delle sue possibili applicazioni” (c.d. “maximin rule”³⁰).

Come è stato rilevato in dottrina³¹, una definizione precisa del principio può essere ricavata dalle considerazioni svolte nella Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione, COM (2000) 1 febbraio 2002³² la quale precisa che il principio «comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull’ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto». La stessa dottrina sottolinea come la consacrazione del principio a livello internazionale viene di solito individuata nell’art. 15 della Dichiarazione approvata a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull’Ambiente e lo Sviluppo, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, in base alla quale «al fine di proteggere l’ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l’assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l’adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale»³³.

²⁸ Tale disposizione era espressamente prevista dal comma 5 dell’Allegato D alla parte IV del D. lgs. 152/2006, come inserito dalla L. 116/2014 (“Se i componenti di un rifiuto sono rilevati dalle analisi chimiche solo in modo aspecifico, e non sono perciò noti i composti specifici che lo costituiscono, per individuare le caratteristiche di pericolo del rifiuto devono essere presi come riferimento i composti peggiori, in applicazione del principio di precauzione”), come visto dianzi abrogato dal decreto legge 20 giugno 2017 n. 91.

²⁹ Il comma 2 della norma, già articolo 174 nella precedente versione, stabilisce che “la politica dell’Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell’Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga””.

³⁰ Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, tr. it.: *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2008, citato anche da D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della cassazione*, in questa *Rivista*, 21 luglio 2011, pag. 10.

In senso critico rispetto alla interpretazione qui fornita del principio di precauzione anche A. MASSARO *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole? Funzioni e limiti del principio di precauzione de iure condito e condendo* in questa *Rivista*, 9 maggio 2011, nonché C. RUGA RIVA: “Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica”, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini – Paliero, Milano, 2006, pag. 1749, il quale dubita “che la realtà normativa (comunitaria e nazionale) ispirata al principio di precauzione possa legittimamente produrre una qualche influenza sul giudizio penale”.

³¹ A. MASSARO, cit., pag. 1 in nota 2.

³² Consultabile su http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/l32042_it.htm

³³ L’Autore, sul punto, rinvia a T. TREVES, *Il diritto dell’ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, p. 578-579.

Esso è anche codificato in varie legislazioni speciali di derivazione comunitaria³⁴, tra cui il D. Lgs. N. 152/2006 (testo unico ambientale), 3-ter. (Principio dell'azione ambientale), secondo cui *"la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio «chi inquina paga» che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee [attuale 191, NDR], regolano la politica della comunità in materia ambientale"*, nonché dall'art. 301 (Attuazione del principio di precauzione).

L'art. 3-ter, come visto, si indirizza agli enti pubblici e privati, nonché alle persone fisiche e giuridiche. La diretta applicabilità del principio di precauzione nell'ordinamento nazionale, con portata "bidirezionale" (ossia proiettata sia verso la pubblica amministrazione che verso il privato) sembra confermata da una granitica giurisprudenza amministrativa e penale.

Sul versante della giustizia amministrativa (che, sindacando gli atti della p.a., si incentra ovviamente sull'operato di quest'ultima), numerose pronunce ne hanno affermato la natura di canone che deve ispirare l'azione dell'autorità amministrativa³⁵.

³⁴ Tra cui si segnalano:

- l'art. 1 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici;
- l'art. 1 del D. lgs. 24 aprile 2001, n. 212, emanato in attuazione delle Direttive 98/95/CE e 98/96/CE, in materia di "commercializzazione dei prodotti sementieri, catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole e relativi controlli";
- l'art. 1 del D. lgs. 8 luglio 2003, n. 224, emanato in attuazione della direttiva comunitaria 2001/18/CE in materia di emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati;
- L'art. 107, comma 4, del Decreto legislativo, 06/09/2005 n° 206, G.U. 08/10/2005, recante il "codice del consumo".

³⁵ Sul punto si richiamano:

- TAR Campania, Napoli, Sez. V - 14 luglio 2011, n. 3825: *"Il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente e, se si pone come complementare al principio di prevenzione, si caratterizza anche per una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche previste, una tutela dunque che non impone un monitoraggio dell'attività a farsi al fine di prevenire i danni, ma esige di verificare preventivamente che l'attività non danneggi l'uomo o l'ambiente. Tale principio trova attuazione facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli interessi economici (TAR. Lombardia, Brescia, n. 304 del 2005 nonché, da ultimo, TRGA Trentino-Alto Adige, TN, 8 luglio 2010 n.171) e riceve applicazione in tutti quei settori ad elevato livello di protezione, ciò indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano (Corte di Giustizia CE, 26.10.2002 TI32; sentenza 14 luglio 1998, causa C-248/95; sentenza 3 dicembre 1998, causa C-67/97, Bluhme; Cons. Stato, VI, 5.12.2002, n.6657; TAR. Lombardia, Brescia, II.4.2005, n.304. Preso Fiorentino, Est. Nunziata -E.C. (avv. Cacciapuoti) C. ASL Caserta (avv. Barone) e altro (n. c.).*
- TAR Puglia, Lecce, Sez. I - 14 luglio 2011, n. 1341 *"L'applicazione del principio di precauzione comporta, in concreto, che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione precoce, anticipatoria rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche. E' evidente, peraltro, che la portata del principio in esame può riguardare la produzione normativa in materia ambientale o l'adozione di atti generali ovvero, ancora, l'adozione di misure cautelari, ossia tutti i casi in cui l'ordinamento non preveda già parametri atti a proteggere l'ambiente dai danni poco conosciuti, anche solo potenziali (cfr. sul punto, ex ultimis, T.A.R. Piemonte, I, 3.5.2010 n.2294 : "Dal principio di precauzione (art. 3 ter*

Ma la giurisprudenza penale (che si occupa della responsabilità penale "personale" e di quella degli "enti" ex d. lgs. 231/2001) ha anche stabilito che ciò che vale "a monte", ossia sul versante dell'amministratore pubblico, vale anche a valle, sul versante del privato. Ovviamente, nel settore penale l'evoluzione è più lenta, anche se la giurisprudenza sta estendendo sempre più l'area del penalmente rilevante alla luce proprio del principio in esame in funzione di un più elevato livello di tutela ambientale.

A tal proposito, la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 4675 del 17/5/2006 (relativa al polo petrolchimico di Porto Marghera) ha chiarito che l'agente gravato da una posizione di garanzia ha un obbligo *"di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune ed anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma"* e che nel contenuto di prevedibilità di siffatti rischi e dei potenziali sviluppi lesivi *"... rientri anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni, sia pure indistinta ma potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione"*.

Secondo Cassazione, sentenza n. 40330/2006, *"giova inoltre segnalare l'irrelevanza, per integrare il delitto in contestazione, dell'eventuale coesistenza di altri fattori inquinanti, insistenti nella medesima località, affermando esplicitamente la Corte come tale evenienza imponga una cautela maggiore della previsione: "A fronte di ciò il fatto, evidenziato in ricorso, che nella piana di Acerra insistessero "centinaia" di altre "industrie insalubri", non è argomento escludente né attenuante la responsabilità. Da tale circostanza assertivamente notoria sarebbe disceso, al contrario, in ragione del principio di precauzione³⁶, un obbligo d'ancora maggiore cautela e di più rigorosa osservanza in termini di legalità delle prescrizioni in materia di raccolta, trasporto, trattamento e smaltimento dei rifiuti"*.

In terzo luogo, la sentenza sul caso del Sarno (Cassazione Penale, Sez. 4, 3 maggio 2010, n. 16761), che sembrerebbe avere fatto una applicazione interessante del principio di precauzione, nell'accezione anzidetta dello "scenario più sfavorevole": *"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. Non è conforme alla condotta esigibile dall'agente modello il comportamento di chi dà per scontata (in mancanza di alcun elemento di conferma) l'ipotesi che un fenomeno ripetitivo si verifichi nelle stesse dimensioni e con le stesse caratteristiche di gravità di quelli già verificatisi negli anni*

d.lgs. n. 152/2006) deriva l'esigenza di un'azione ambientale consapevole e capace di svolgere un ruolo teso alla salvaguardia dell'ecosistema in funzione preventiva, anche quando non sussistono evidenze scientifiche conclamate che illustrino la certa riconducibilità di un effetto devastante per l'ambiente ad una determinata causa umana".

³⁶ È stato rilevato in dottrina a proposito dei reati di disastro (E. ROSI, [Brevi note in tema di "disastro" ambientale. Per una effettiva tutela dell'ambiente è necessaria la sincronia degli strumenti giuridici vigenti](#), in questa Rivista, 16 aprile 2015, pag. 1), che il significato linguistico del termine "disastro" *"include, quindi, eventi della natura che siano "prodotti" o siano "causati" dall'uomo, dovendosi tale eniadi considerare non solo in riferimento ad una condotta attiva, ossia in riferimento alla produzione di un fatto considerevolmente dannoso o pericoloso, ma anche ad una condotta omissiva, ossia al mancato impedimento di tale fatto, posto in essere dal titolare della c.d. posizione di garanzia, figura che in materia ambientale deve essere declinata quale posizione specifica del soggetto, tenuto normativamente al rispetto del principio di precauzione rispetto a quel determinato fatto inquinante"*.

precedenti. tanto più che anche il livello di gravità di questi precedenti fenomeni non era stato identico”.

Come è evidente, le indicazioni fornite dalla più recente giurisprudenza di legittimità sono nel senso di intendere il principio di precauzione come una sorta di Giano bifronte, proiettato da un lato verso i pubblici poteri, tenuti ad applicarlo sia in via amministrativa che legislativa, dall'altro verso il privato, che nello svolgere il suo lavoro di libero imprenditore deve comunque calibrare la sua attività, sia pur nel rispetto del principio di proporzionalità, in modo da escludere il pericolo potenziale insito nella sua azione. Nel concreto ciò significherebbe che il produttore del rifiuto, anche solo a fronte di un potenziale dubbio in ordine all'interpretazione di una norma posta a tutela dell'ambiente, in ossequio al principio di precauzione dovrebbe indirizzare la sua scelta consapevole nella direzione più rigorosa.

Si evidenzia da ultimo che molta dottrina critica l'utilizzo nel settore penale del principio di precauzione, sostenendo che lo stesso sarebbe contrario ai principi di legalità e tassatività della norma penale³⁷. Va peraltro evidenziato che tali critiche si riferiscono all'utilizzazione del principio di precauzione in seno alla tematica del nesso di causalità³⁸, ovvero della prevedibilità dell'evento (analisi tipica dell'accertamento della colpa), che effettivamente determina un passaggio dal diritto penale del "pericolo" al diritto penale del "rischio", laddove il caso che qui occupa concerne esclusivamente l'utilizzo del principio in esame quale canone ermeneutico da applicare laddove si debba scegliere tra due possibili interpretazioni della legge (nazionale di derivazione) comunitaria, a tutto vantaggio di quella più restrittiva.

16. Le “voci generiche”.

Tornando al testo in esame, la Commissione parla anche delle c.d. “voci generiche”, precisando quanto segue:

“Voci generiche

Non è necessaria alcuna ulteriore speciazione in relazione agli elementi individuati per quegli elementi che presentano una «voce generica» nell'elenco delle classificazioni armonizzate di cui alla tabella 3 della parte 3 dell'allegato VI del regolamento CLP. Tuttavia le note relative alla classificazione e all'etichettatura delle miscele di cui al capitolo 1.1.3.2 dell'allegato VI del regolamento CLP possono essere prese in

³⁷ D. CASTRONUOVO, [*Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della cassazione*](#), in questa *Rivista*, 2011, pag. 7, il quale afferma che “le categorie della causalità, della colpa e dello stesso pericolo concreto sono ritenute generalmente irriducibili alla logica precauzionale”.

³⁸ In tal senso anche C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, cit., 1749, secondo cui il principio di precauzione “non gioca alcun ruolo nell'interpretazione del nesso di causalità e del pericolo concreto”.

considerazione qualora si tratti di stabilire le caratteristiche di pericolo dei rifiuti sulla base di «voci generiche».”.

Segue un elenco delle voci, tra cui le più rilevanti concernono i composti del piombo, dell'arsenico, del mercurio, del cadmio e altre sostanze pericolose.

17. Segue: la presenza di POP.

L'ultimo *step* della procedura di classificazione consiste nel determinare se i rifiuti contengano uno qualsiasi dei POP indicati nell'allegato dell'elenco dei rifiuti e in particolare se il tenore specifico di POP superi i valori limite pertinenti del regolamento POP. Nel caso in cui i rifiuti non contengano POP pertinenti o il loro tenore di POP sia inferiore ai limiti di concentrazione, viene attribuita la voce MNH; altrimenti viene attribuita la voce MH.

Ma cosa sono i POP?

Il termine è l'acronimo della locuzione inglese di “inquinanti organici persistenti”, o “*persistent organic pollutant*”. Essi sono disciplinati dal Regolamento (CE) 850/2004 (c.d. “Regolamento POP”), il quale ha tra i suoi obiettivi quello di proteggere l'ambiente e la salute umana da talune sostanze specifiche che vengono trasportate attraverso le frontiere internazionali e depositate lontano dal luogo di emissione, persistono nell'ambiente e possono essere soggette a bioaccumulo negli organismi viventi.

L'ambito di applicazione del regolamento è limitato alle sostanze elencate negli allegati del regolamento. A norma dell'articolo 7 del regolamento POP, i rifiuti costituiti da POP, contenenti o contaminati con gli stessi in concentrazioni superiori a determinati valori limite (limite di concentrazione di cui all'articolo 7, paragrafo 4, lettera a), ossia un «basso tenore di POP»), devono essere smaltiti o recuperati con tempestività e conformemente alle disposizioni del regolamento POP in modo da garantire che il contenuto di inquinanti organici persistenti sia distrutto o trasformato irreversibilmente affinché i rifiuti residui e i rilasci non presentino alcuna caratteristica degli inquinanti organici persistenti.

Secondo la Commissione le operazioni di smaltimento o recupero che possono portare al recupero, al riciclaggio, alla rigenerazione o al reimpiego dei POP sono vietate.

Al punto 2.1.8 il documento precisa che:

La classificazione delle voci specchio, come modificata dalla decisione 2014/955/UE della Commissione, deve tener conto dell'esistenza di taluni POP. I rifiuti contenenti taluni POP (come indicato nell'allegato dell'elenco dei rifiuti (punto 2, terzo trattino), in quantità superiori alle soglie pertinenti del regolamento sui POP, sono considerati pericolosi senza ulteriori considerazioni (cfr. l'esempio di cui all'allegato 1, sezione 1.4.2010).

Si noti che:

- la presenza dei POP elencati negli allegati del regolamento POP, diversi da quelli specificamente menzionati nell'allegato dell'elenco dei rifiuti (punto 2, terzo trattino), anche in concentrazioni superiori ai valori limite stabiliti nell'allegato IV del regolamento POP, non portano automaticamente alla classificazione di un rifiuto come pericoloso. La classificazione dipende infatti dalla classificazione del pericolo della sostanza e deve essere valutata applicando le norme generali di cui all'allegato III della direttiva quadro sui rifiuti applicabile ai codici da HP1 a HP15;
- questo impatto sulla classificazione è indipendente e prescinde da tutti gli obblighi previsti per i produttori e i detentori di rifiuti POP a norma del regolamento POP³⁹.

Osserva da ultimo il documento che per i rifiuti classificati soltanto come pericolosi in ragione del loro tenore di POP può essere difficile compilare documenti di accompagnamento, in quanto normalmente devono essere registrate e comunicate le caratteristiche di pericolo HP da 1 a 15. Ciò potrebbe creare problemi operativi nella compilazione dei FIR (formulari di identificazione dei rifiuti che debbono sempre accompagnare gli stessi)

L'Allegato I contiene numerose informazioni sui POP.

1.4.10. Rifiuti contenenti inquinanti organici persistenti

L'esempio seguente fornisce orientamenti generali sulla classificazione dei rifiuti contenenti inquinanti organici persistenti.

Informazioni generali

Gli inquinanti organici persistenti (POP) sono sostanze chimiche organiche. Possiedono una particolare combinazione di proprietà fisiche e chimiche tali che, una volta rilasciati nell'ambiente, vi persistono a lungo, si diffondono ampiamente in tutto l'ambiente, si accumulano nel tessuto adiposo degli organismi viventi compresi gli esseri umani e sono tossici sia per gli esseri umani sia per la fauna selvatica.

Origine principale

I POP sono un gruppo di sostanze diverse o gruppi di sostanze aventi origine diversa. Molti POP sono o sono stati intenzionalmente prodotti come pesticidi o prodotti chimici industriali utilizzati per molteplici

³⁹ La Commissione, sui POP, rappresenta anche che "I rifiuti che rientrano negli obblighi di cui all'articolo 7 del regolamento POP poiché contengono inquinanti organici persistenti in concentrazioni superiori al valore limite non costituiscono necessariamente un rifiuto pericoloso. Ad esempio un rifiuto contenente pentaBDE (principale utilizzo storico in schiume PUR flessibili per applicazioni automobilistiche e di tappezzeria) in una concentrazione pari al 5 % dovrebbe essere trattato in conformità con l'articolo 7 del regolamento POP (limite di concentrazione per la somma di POP-BDE pari a 0,1 %), tuttavia non si tratta di un rifiuto pericoloso (valore limite per il pentaBDE 10 %). Si noti che tutti gli obblighi in capo ai produttori o ai detentori di rifiuti derivanti dal regolamento POP devono essere soddisfatti indipendentemente dal fatto che la classificazione dei rifiuti in linea con l'elenco dei rifiuti faccia sì che detti rifiuti siano considerati essere pericolosi o meno".

applicazioni tecniche o agricole. Altri POP sono prodotti involontariamente come sottoprodotto, ad esempio durante i processi di fabbricazione o di incenerimento.

Aspetti da considerare per la classificazione dei rifiuti

La convenzione di Stoccolma sui POP e il protocollo sugli inquinanti organici persistenti della convenzione regionale dell'UNECE sull'inquinamento atmosferico transfrontaliero a grande distanza (CLRTAP) sono strumenti internazionali, i cui elenchi di sostanze POP vengono modificati di continuo. Non appena nuove sostanze/nuovi gruppi di sostanze sono classificati nel contesto della convenzione come POP, gli stessi vengono successivamente inclusi nel regolamento POP. Le disposizioni specifiche relative ai rifiuti in materia di POP sono stabilite nel suddetto regolamento POP.

A norma dell'articolo 7, i rifiuti costituiti da POP, contenenti o contaminati con gli stessi in concentrazioni superiori a determinati valori limite (limite di concentrazione di cui all'articolo 7, paragrafo 4, lettera a): il valore limite di un «basso tenore di POP»), devono essere smaltiti o recuperati con tempestività e conformemente alle disposizioni del regolamento POP in modo da garantire che il contenuto di inquinanti organici persistenti sia distrutto o trasformato irreversibilmente affinché i rifiuti residui e i rilasci non presentino alcuna caratteristica degli inquinanti organici persistenti.

Secondo la Commissione, le operazioni di smaltimento o recupero che possono portare al recupero, al riciclaggio, alla rigenerazione o al reimpiego dei POP sono vietate. Nel caso delle voci specchio, precisa quanto segue:

«I rifiuti contenenti dibenzo-p-diossine e i dibenzofurani policlorurati (PCDD/PCDF), DDT (1,1,1-tricloro-2,2-bis(4-clorofenil) etano), clordano, esaclorocicloesani (compreso il lindano), dieldrin, endrin, eptacloro, esaclorobenzene, clordecone, aldrin, pentaclorobenzene, mirex, toxafene esabromobifenile e/o PCB in quantità superiori ai limiti di concentrazione di cui all'allegato IV del regolamento (CE) n. 850/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio devono essere classificati come pericolosi».

Di conseguenza i rifiuti contenenti POP citati nell'elenco dei rifiuti (punto 2, terzo trattino) in concentrazioni superiori ai valori limite stabiliti nel regolamento POP (cfr. Tabella 7) sono classificati come pericolosi. Per i rifiuti contenenti altri POP, la pericolosità dovrebbe essere valutata applicando i limiti di concentrazione inclusi nell'allegato III della direttiva quadro sui rifiuti.

Pertanto, in occasione della classificazione del rifiuto, oltre alle classi di pericolo dovrà essere anche esclusa la presenza dei POP in concentrazioni superiori a quelle previste dal relativo Regolamento.

18. l'applicazione della normativa sulle discariche come normativa speciale.

L'ultima tesi elaborata da coloro che resistono strenuamente all'idea che la composizione dei rifiuti debba essere conosciuta è quella secondo cui la normativa relativa ai requisiti che i rifiuti debbono possedere per il conferimento in discarica costituirebbe normativa speciale rispetto a quella relativa alla classificazione dei rifiuti. Commentando l'ordinanza con cui la Corte di Cassazione ha rimesso gli atti alla Corte di Giustizia UE, la precitata dottrina⁴⁰ (non certo disinteressata alle sorti del giudizio in quanto rappresentante di uno degli indagati), ha infatti affermato che *"nei quesiti, sottoposti alla decisione del Giudice comunitario, la Cassazione ha ommesso qualunque riferimento alla normativa nazionale e comunitaria speciale, in tema di smaltimento in discarica di rifiuti urbani, previo trattamento dei medesimi"*.

In particolare, si sostiene che il D.M. 27 settembre 2010 relativo ai criteri di ammissibilità dei rifiuti in discarica, in attuazione dell'art. 7, comma 5 del D.Lgs. n. 36/2003, e in particolare l'art. 6, comma 1, lett. a) del D.M. 27 settembre 2010, come modificato dal D.M. 24 giugno 2015 (21), sarebbe "stato interpretato, in dottrina⁴¹, nel senso che esso:

- 1) consentirebbe lo smaltimento nelle discariche per rifiuti non pericolosi dei rifiuti urbani "senza caratterizzazione analitica", in quanto inclusi nel codice 20;
- 2) i medesimi rifiuti sono ammessi in discariche dello stesso tipo "se risultano conformi a quanto previsto dall'art. 7 del decreto legislativo n. 36 del 2003"; vale a dire: se sono stati preventivamente trattati".

La tesi, a sommosso avviso di chi scrive, è errata per due ordini di ragioni, la prima di ordine logico, la seconda di diritto positivo.

Quanto al primo aspetto, occorre rilevare che il D.M. 27 settembre 2010, all'articolo 1, espressamente stabilisce che *"i rifiuti sono ammessi in discarica, esclusivamente, se risultano conformi ai criteri di ammissibilità della corrispondente categoria di discarica secondo quanto stabilito dal presente decreto"*, precisando che *"per accertare l'ammissibilità dei rifiuti nelle discariche sono impiegati i metodi di campionamento e analisi di cui all'allegato 3 del presente decreto"*.

L'articolo 2 precisa che *"al fine di determinare l'ammissibilità dei rifiuti in ciascuna categoria di discarica, così come definite dall'art. 4 del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36, il produttore dei rifiuti è tenuto ad effettuare la caratterizzazione di base di ciascun tipologia di rifiuti conferiti in discarica"*, la quale determina le caratteristiche dei rifiuti attraverso la raccolta di tutte le informazioni necessarie per lo smaltimento finale in condizioni di sicurezza. Essa è obbligatoria per qualsiasi tipo di rifiuto ed è effettuata nel rispetto delle prescrizioni stabilite nell'allegato 1 del medesimo decreto.

⁴⁰ F. GIAMPIETRO, *Rifiuti con codice a specchio: i quesiti alla Corte di Giustizia e la disciplina speciale sullo smaltimento dei rifiuti urbani*, cit., pag. 5;

⁴¹ Si tratta di L. GIAMPIETRO – A. POERIO, *L'applicazione della normativa sui codici a specchio ai rifiuti da trattamento di rifiuti: il salomonico D.L. n. 91/2017*, in *Rivista DGA*, 2017, 7, p. 495 ss., e, degli stessi Autori, *Rifiuti con voce a specchio: esclusa la presunzione di pericolosità*, in nota a Corte d'Appello di Roma n. 6682/2011 e a Tribunale di Tivoli n. 652/2012", nella medesima *Rivista*, 2012, 10, p. 829 ss.

Di particolare interesse è il comma 5 dell'articolo 2, secondo il quale *“al produttore dei rifiuti o, in caso di non determinabilità del produttore, al gestore ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera o) del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36, spetta la responsabilità di garantire che le informazioni fornite per la caratterizzazione siano corrette”*.

Tale disposizione è particolarmente significativa in quanto la classificazione dei rifiuti (e il conseguente obbligo di conoscenza della composizione degli stessi) viene effettuata dal produttore, mentre la caratterizzazione di base può essere eseguita da colui che deve eseguire lo smaltimento in discarica.

Ed infatti, dopo la caratterizzazione di base (art. 3), i rifiuti sono successivamente sottoposti alla *“verifica di conformità”*, volta a stabilire se essi possiedono le caratteristiche della relativa categoria e se soddisfano i criteri di ammissibilità previsti dal presente decreto. La verifica è effettuata dal gestore sulla base dei dati forniti dal produttore in esito alla fase di caratterizzazione.

L'articolo 6 stabilisce quali rifiuti possano essere smaltiti in discariche per rifiuti non pericolosi senza obbligo di caratterizzazione. Tra essi spiccano quelli indicati alla lettera a), ossia i *“i rifiuti urbani di cui all'art. 2, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36 classificati come non pericolosi nel capitolo 20 dell'elenco europeo dei rifiuti”*.

Tale parte della disposizione deve ritenersi, ad oggi, non più vigente.

Ed infatti, da un lato, occorre ricordare che l'articolo 2 del decreto legislativo n. 36/2003 (Attuazione della direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti) definisce invece *“trattamento”* come *“i processi fisici, termici, chimici o biologici, incluse le operazioni di cernita, che modificano le caratteristiche dei rifiuti, allo scopo di ridurne il volume o la natura pericolosa, di facilitarne il trasporto, di agevolare il recupero o di favorirne lo smaltimento in condizioni di sicurezza”* e che il successivo articolo 7 del D. lgs. 36/2003 precisa in modo chiaro che *“i rifiuti possono essere collocati in discarica solo dopo trattamento”*.

Secondo quello che era il testo originario della direttiva, pertanto, soddisfacevano all'obbligo di trattamento prima dell'abbancamento in discarica sia impianti che effettuassero un trattamento di tipo meccanico, ossia fisico, che impianti che effettuassero un trattamento di tipo meccanico-biologico, ossia fisico e chimico.

Tuttavia, a seguito della procedura di infrazione avviata contro l'Italia proprio con riferimento alla mancata stabilizzazione della frazione organica o sottovaglio, il Ministero dell'ambiente, con la c.d. *“circolare Orlando”* del 6 agosto del 2013 (prot. n. 0042442/GAB), anticipando le conclusioni della procedura di infrazione comunitaria avviata nei confronti della discarica di Malagrotta e delle altre discariche del Lazio⁴², ha previsto l'obbligo, ulteriore rispetto a quello sancito dal decreto 36/2003, di effettuare una c.d. *“stabilizzazione”* del sottovaglio, ossia della frazione umida.

Parallelamente, sul versante della giustizia amministrativa, il Consiglio di Stato (sentenza n. 5252/2014) ha affermato che quando dal trattamento di un rifiuto scaturisca un nuovo rifiuto, la classificazione di quest'ultimo va effettuata dall'ultimo produttore⁴³.

⁴² sentenza Corte di Giustizia UE 15 ottobre 2014 in proc. C-323/13.

⁴³ Si legge in particolare che *“gli stabilimenti per la tritovagliatura e l'imballaggio dei rifiuti (STIR) di che trattasi effettuano sui rifiuti urbani indifferenziati un trattamento meccanico di triturazione, vagliatura primaria e vagliatura secondaria con deferrizzazione magnetica dei sopravagli primario e secondario, in taluni casi accompagnata dalla*

L'assetto normativo quindi prevede che i rifiuti solidi urbani non possano essere conferiti in discarica se non dopo previo trattamento e stabilizzazione della frazione organica; se per effetto del trattamento essi diventano un nuovo rifiuto speciale, assumendo il codice della famiglia 19 del CER, essi ovviamente non saranno più rifiuti urbani ma speciali, e quindi alla disciplina ad essi relativa.

È di tutta evidenza che, in questo caso, il soggetto che ha effettuato il trattamento sarà anche il nuovo produttore del rifiuto, tenuto alla sua classificazione. E infatti, la classificazione di un rifiuto e la conseguente attribuzione del codice sono effettuate dal produttore/detentore del rifiuto, il quale va identificato (183 comma 1 lett. F) del D. lgs. 152/2006) nel *“soggetto la cui attività produce rifiuti e il soggetto al quale sia giuridicamente riferibile detta produzione (produttore iniziale) o chiunque effettui operazioni di pretrattamento, di miscelazione o altre operazioni che hanno modificato la natura o la composizione di detti rifiuti (nuovo produttore)”*.

La pronuncia parla anche dei codici speculari, affermando che *“l'assegnazione del codice 191212, trattandosi di una voce specchio, può essere effettuata solo dopo idonea caratterizzazione del rifiuto che ne escluda la natura pericolosa”*. Anche i giudici di Palazzo Spada, pertanto, si collocano sulla medesima linea della Corte di Cassazione.

Tirando le fila, l'attribuzione del codice CER ad un rifiuto, e quindi la sua classificazione, costituisce una sorta di *“anagrafe”* dello stesso, che gli attribuisce una identità al momento della *“nascita”*: tale attività non può che competere al produttore del rifiuto medesimo, che ne conosce caratteristiche e processo di produzione.

Viceversa, il conferimento a discarica è una sorta di *“certificato di morte”* del rifiuto, ossia concerne il suo destino finale.

Appare quindi evidente che, sia cronologicamente che logicamente, si tratta di due fasi diverse e successive, e di obblighi che incombono eventualmente su soggetti giuridici diversi.

Addurre quindi una valenza *“speciale”* e derogatoria alle norme contenute nel D.M. 27.09.2010 rispetto alla normativa generale sulla classificazione dei rifiuti non appare corretto, in quanto le due discipline hanno oggetto e finalità diverse.

Né, del resto, si potrebbe ritenere che il termine *“caratterizzazione”*, utilizzato dalla S.C. nell'ordinanza di rimessione, possa essere confuso con la *“caratterizzazione di base”* di cui al D.M. 29 settembre 2010, in quanto chiaramente utilizzato dal Supremo Collegio in senso generico come sinonimo di *“mappatura analitica”* del rifiuto.

Il diritto positivo conferma quanto sopra esposto.

Ed infatti, la Comunicazione della Commissione in parola, espressamente stabilisce al punto 1.2.4. che *“la direttiva sulle discariche contiene norme in materia di gestione,*

stabilizzazione aerobica della frazione umida tritovagliata e in un caso dalla separazione balistica sul sovrallavo secondario. In considerazione del trattamento effettuato negli STIR, gli stessi si configurano come nuovi produttori di rifiuti che, per natura e composizione, risultano diversi dal rifiuto urbano in entrata”, con l'ulteriore conseguenza che “il codice 19 può perciò essere legittimamente assegnato ai rifiuti prodotti dagli impianti di trattamento dei rifiuti della Campania, ma la frazione umida tritovagliata con codice 191212 deve essere sottoposta ad ulteriore trattamento per essere conferita in discarica ai sensi della normativa comunitaria e nazionale vigente (Direttiva 1999/31/CE e DLgs 36/03).

condizioni di autorizzazione, chiusura e gestione successiva alla chiusura di discariche. La decisione 2003/33/CE del Consiglio specifica i criteri di ammissibilità dei rifiuti per le diverse categorie di discarica riconosciute dalla direttiva sulle discariche. Le analisi effettuate nel quadro dei criteri di ammissione dei rifiuti non possono in genere essere utilizzate per la classificazione dei rifiuti a norma dell'elenco dei rifiuti", precisando ancora che "la classificazione dei rifiuti come pericolosi o meno, in conformità con i principi stabiliti dalla direttiva quadro sui rifiuti e dall'elenco dei rifiuti, non deve essere confusa con la valutazione dei rifiuti al fine di determinarne la conformità rispetto ai criteri di ammissione dei rifiuti di cui all'allegato II della direttiva sulle discariche e alle disposizioni della decisione 2003/33/CE del Consiglio (decisione sui criteri di ammissione dei rifiuti)".

Nell'allegato IV si precisa infine che "i risultati dei criteri di ammissione dei rifiuti non dovrebbero essere utilizzati come unica fonte di informazioni per la classificazione dei rifiuti pericolosi. In effetti un'analisi dei criteri di ammissione dei rifiuti è necessaria soltanto se 1) il trattamento scelto è lo smaltimento in una discarica e 2) la categoria di discarica precedentemente definita tramite una classificazione come pericoloso o non pericoloso richiede una verifica numerica dei criteri di ammissione dei rifiuti. Tuttavia, le sostanze presenti in un percolato possono offrire qualche spunto in merito ai componenti dei rifiuti originari".

Ciò a conferma della posizione dottrinale dianzi esposta.

19. Conclusioni.

Dalla lettura del testo della Commissione appare evidente che, al di là delle prese di posizione ideologiche, ciò che davvero conta ai fini della corretta classificazione del rifiuto, è che sia conosciuta la sua composizione.

Ed infatti la normativa europea affronta il tema in esame con un approccio molto più concreto che dogmatico, richiedendo che prima di procedere alla classificazione di un rifiuto il produttore sia in condizione, attraverso tutta una serie di *step*, di farlo *causa cognita*, ossia conoscendo la composizione dello stesso in relazione al tipo di rifiuto e al processo produttivo, al fine di conoscere le sostanze pericolose in esso contenuto e quindi verificare, attraverso analisi o prove dirette, la presenza della classi di pericolo previste dalla normativa e infine escludere la presenza di POP.

Nel primo gradino, il produttore del rifiuto potrà escludere tutte quelle sostanze e quei composti che, "ragionevolmente", non dovrebbero essere presenti nel rifiuto stesso, sulla base della conoscenza dell'origine del rifiuto e del processo che lo ha prodotto.

Occorre tuttavia che il procedimento di selezione delle sostanze analizzate, e il percorso logico e tecnico a tal fine utilizzato, risulti da una esaustiva relazione, contenente il percorso seguito e il motivo delle scelte operate, e che deve costituire una sorta di "linea guida" per il laboratorio di analisi, e che potrà ovviamente essere oggetto di censura nelle sedi competenti ove risulti falso o incompleto. A tal fine giova rammentare che il documento della Commissione UE precisa che "l'identificazione della voce più appropriata è una fase importante nella classificazione dei rifiuti e richiede una solida e onesta capacità di giudizio da parte dell'operatore, basata sulla sua conoscenza dell'origine del

rifiuto e del processo che l'ha generato, nonché della sua composizione potenziale", in ciò responsabilizzando il produttore nella fase di classificazione del rifiuto.

Ma se la composizione del rifiuto è sconosciuta, e non vi sono elementi in grado di supplire a questo *deficit* di conoscenza, non vi è alternativa alla mappatura analitica completa o alla classificazione del rifiuto come pericoloso⁴⁴.

Va da sé che ad analoghe conclusioni si debba pervenire nel caso in cui il produttore, surrettiziamente, utilizzi strumenti o metodologie inidonei alla conoscenza della composizione del rifiuto, al fine di assolvere solo formalmente all'obbligo prescritto dalla legge.

In tali casi non di "inversione dell'onere" della prova deve parlarsi, ma di corretta applicazione dei principi stabiliti dall'Unione europea.

Tra la "teoria della certezza" e la "teoria della probabilità", per usare un lessico caro ai commentatori, si può dire che il normatore europeo abbia scelto una terza via, che potremmo definire "teoria della certezza attenuata".

⁴⁴ Il problema maggiore si porrà, in concreto, proprio in riferimento ai rifiuti che derivano dal trattamento di rifiuti urbani, in quanto:

- 1) Trattasi di un nuovo rifiuto speciale diverso da quello urbano, per cui il criterio dell'origine non può essere applicato;
- 2) Non si posseggono notizie in ordine alla sua composizione;
- 3) La c.d. "analisi tecnica" non consente, da sola, di classificare il rifiuto.

PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO: LA CORTE COSTITUZIONALE SALVA L'INDICE-REQUISITO DELLA NON ABITUALITÀ

Nota a [Corte cost., ord. 10 ottobre 2017 \(dep. 21 dicembre 2017\), n. 279, Pres. Grossi, Rel. Lattanzi](#)

di Grazia Ballo

Abstract. *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131 bis c.p., è prevista per i soli comportamenti che non risultino abituali. Da ciò deriva l'inapplicabilità dell'esimente a condotte che, pur cagionando un danno patrimoniale di particolare tenuità (tale da legittimare il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4 c.p.), vengono poste in essere da soggetti gravati da precedenti penali. La Corte costituzionale, con l'ordinanza in epigrafe, ha escluso che tale limitazione sia irragionevole, sostenendone la compatibilità con i principi costituzionali asseritamente violati e chiarendone la ratio ispiratrice. Il presente contributo intende dimostrare come i dubbi sulla costituzionalità dei parametri utilizzati dall'art. 131 bis c.p. siano spesso più paventati che reali, pur residuando profili la cui ambiguità non può essere sottaciuta.*

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. La non abitudine quale presupposto applicativo dell'esimente. – 2.1. Surretizia apertura ad un diritto penale dell'autore? – 2.2. Compatibilità con il dettato costituzionale. – 3. Fondamento della non punibilità per particolare tenuità del fatto. – 4. Questioni di legittimità connesse. – 4.1. Esclusione del giudizio di bilanciamento delle circostanze. – 4.2. Irrilevanza delle circostanze attenuanti comuni; rapporto tra tenuità 'attenuante' e tenuità esimente. – 5. Profili problematici. Conclusioni.

1. La questione.

Con l'ordinanza in commento la Corte costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale ordinario di Padova relative all'art. 1, comma 1, lettera m), della legge n. 67/2014 (*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*) e, per effetto derivato, all'art. 131 bis c.p. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*).

L'art. 131 bis c.p. subordina, com'è noto, la non punibilità di un fatto di reato alla presenza di indici consistenti nell'esiguità del danno e nella non abitudine del

comportamento, oltre all'assenza di altri fattori ostativi alla concessione dell'esimente che nella pronuncia in esame non vengono in rilievo (pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena). Il legislatore ha introdotto, mediante il riferimento alla non abitudine, un sindacato di meritevolezza soggettiva quale presupposto generale di non punibilità, anche rispetto a fatti che, alla luce di una valutazione in concreto, risultano connotati da una tenue portata lesiva, confermando così l'irriducibilità della nuova causa di non punibilità al solo piano oggettivo dell'offensività ed il suo aggancio ad una valutazione complessiva del fatto di reato e della condotta anteatta del suo autore.

In siffatta tensione si inserisce la vicenda in contestazione nel giudizio *a quo*, nell'ambito del quale l'imputata G.F. era stata citata a giudizio per rispondere del reato di cui agli artt. 624 e 625, numeri 5) e 7), c.p. per essersi impossessata, al fine di trarne profitto per sé o per altri, di uno spolverino del valore di euro 45,00 con l'aggravante di aver agito su cose esposte alla pubblica fede ed in concorso con due soggetti ignoti, con recidiva reiterata specifica ed infraquinquennale. All'esito dell'istruttoria dibattimentale il reato contestato era stato ritenuto integrato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi ed aggravato come in contestazione (per la pluralità degli agenti *ex* art. 625, co. 5, c.p.) ma, in considerazione dell'esiguo valore del bene sottratto, veniva ritenuto dal Tribunale rimettente quale fatto di particolare tenuità. E tuttavia ostavano ad una pronuncia di non punibilità il riconoscimento della contestata recidiva aggravata (sintomo di un'abitudine del comportamento), nonché l'esclusione del bilanciamento delle aggravanti con l'attenuante riconoscibile nel caso di specie (art. 62, n. 4 c.p.), il che comportava il superamento dei limiti edittali previsti dall'art. 131 *bis* c.p.

La vicenda rivelerebbe, ad avviso del Tribunale di Padova, vari profili di incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, lettera m) della legge 67/2014 e dell'art. 131 *bis* c.p. che di detta delega è il prodotto. Ciò in quanto il requisito della non abitudine si porrebbe in aperto contrasto con più disposizioni costituzionali, violando i principi di uguaglianza e di offensività (artt. 3 e 25 Cost.), letti in complementarietà teleologica rispetto alla finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

La Corte costituzionale ha ritenuto manifestamente infondata la suddetta censura ed ha rigettato, per l'effetto, le due ulteriori questioni di legittimità costituzionale alla prima connesse, perché manifestamente inammissibili.

2. La non abitudine quale presupposto applicativo dell'esimente.

Le censure mosse dal Tribunale rimettente con ordinanza del 6 aprile 2016 (r.o. n. 106 del 2016) riguardano, in via principale, i commi 1 e 3 dell'art. 131 *bis* c.p., nella parte in cui prevedono quale requisito applicativo dell'esimente la non abitudine della condotta.

In particolare, il primo comma incardina il giudizio della particolare tenuità del fatto su due indici-criteri, costituiti dalla non abitudine del comportamento e dalla particolare tenuità dell'offesa, da apprezzare alla luce delle modalità della condotta e della esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133 c.p. Tale rinvio

chiarisce l'ampiezza del giudizio richiesto ai fini dell'operatività dell'istituto in questione: un giudizio che prenda in considerazione il fatto di reato nella sua interezza, tenendo conto della condotta, del danno/pericolo e dell'elemento soggettivo.

Siffatto indice-criterio viene, nella formulazione legislativa, preferito a quello più selettivo della "occasionalità" della condotta, impiegato nelle omologhe ipotesi di particolare tenuità del fatto di cui agli art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e 34 d. lg. n. 274 del 2000. Tale scelta terminologica è piena di significato, nella misura in cui sembra essere rivolta a che *"la presenza di un precedente giudiziario non sia di per sé sola ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto"*¹.

L'elasticità e vaghezza di questo parametro sono state bilanciate dalla precisazione, in positivo, di cui al comma 3 dell'art. 131 *bis* c.p., ove sono elencate tre tipologie di situazioni presuntivamente abituali e, dunque, ostative alla declaratoria di non punibilità per tenuità e, cioè, casi di delinquenza abituale, professionale o per tendenza dell'autore o quando questi abbia commesso più reati della stessa indole (come nel caso in cui sia dichiarato recidivo reiterato e specifico), anche quando ciascun fatto singolarmente considerato sia di particolare tenuità, e qualora le condotte siano plurime, abituali e reiterate².

Nelle prime significative pronunce sul punto si è precisato che ai fini dell'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. il concetto di abitudine debba essere considerato indipendente dalle categorie classiche della condanna e della recidiva e debba essere, altresì, ricostruito alla luce della *ratio* della riforma di escludere dall'ambito della particolare tenuità le cosiddette condotte "seriali" a prescindere da precedenti sentenze definitive.

2.1. Surrettizia apertura ad un diritto penale dell'autore?

Ebbene, il requisito della non abitudine della condotta così delineato confliggerebbe, ad avviso del rimettente, con tre disposizioni costituzionali, della cui trattazione l'ordinanza si occupa separatamente.

¹ Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs n. 28 del 2015.

² Quanto all'operatività della norma rispetto al reato permanente e al concorso formale di reati, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 47039/2015, distinguendo l'ipotesi del reato permanente da quella del reato continuato, ha ritenuto abituale la condotta unicamente nell'ipotesi della continuazione; tale conclusione non è tuttavia unanimemente condivisa, registrandosi un opposto orientamento della giurisprudenza di merito che valorizza l'autonomia dei diversi reati avvinati dal vincolo della continuazione. Nel diverso caso di reato permanente, invece, vi è maggiore condivisione della tesi secondo la quale la condotta persistente, caratterizzata dalla protrazione nel tempo dell'offesa al bene giuridico protetto, non è di per sé ostativa alla concessione del beneficio qualora sia soddisfatto il criterio della particolare tenuità dell'offesa. Nella medesima pronuncia, la Suprema Corte ha chiarito che la preclusione dell'abitudine del comportamento non opera nel concorso formale di reati, caratterizzato da una unicità di azione od omissione, che in quanto tale si pone in termini strutturalmente antitetici rispetto alla nozione di "condotte plurime, abituali e reiterate", mentre potrebbe rilevare rispetto ai "reati della stessa indole".

Viene in rilievo, in primo luogo, la violazione dell'art. 3 Cost. Le norme censurate, invero, subordinando l'esclusione della punibilità ad un elemento squisitamente soggettivo di valenza paritetica rispetto al requisito patrimoniale, sarebbero idonee ad ingenerare irragionevoli disparità di trattamento, nella misura in cui a parità di disvalore della condotta, si legittima una *"sensibilità punitiva diversa a seconda del tipo di autore"*³.

Se è vero che l'operatività dell'art. 131 bis c.p. è ancorata al mediocre valore del danno da reato, nessuno spazio dovrebbe pertanto residuare a favore di valutazioni di meritevolezza soggettiva che assumerebbero un carattere premiale inevitabilmente disparitario. Le censure del rimettente si fondano sull'inammissibilità di un diritto penale a geometrie variabili, che escluda la punibilità del fatto su basi che trascendono dall'effettiva lesività dell'evento di danno.

Per siffatta via il Giudice *a quo* paventa un surrettizio riconoscimento di un sistema imperniato sul tipo di autore, così segnando una regressione rispetto alle conquiste di un diritto penale moderno di matrice liberale. Ciò conseguirebbe all'introduzione di ciò che il Tribunale definisce una *"presunzione assoluta di maggiore pericolosità del reo"* basata sul suo *status* di recidivo, conferendo una più intensa carica di disvalore sulla sola base del casellario giudiziale dell'autore.

A conforto della suddetta argomentazione è richiamata la giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva la quale, con tre rilevanti pronunce⁴, ha sancito l'illegittimità degli automatismi sanzionatori in grado di inasprire sensibilmente il trattamento del reo, in ragione del solo *status* di recidivo reiterato. Il richiamo è soprattutto a quanto affermato nella sentenza del 2012 resa in merito all'illegittimità del divieto di bilanciamento tra l'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/90 (oggi non più circostanza attenuante, ma autonoma ipotesi delittuosa) e l'art. 99, co. 4 c.p., laddove indirizzava la commisurazione della pena verso *"un'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato"*⁵. Lo scrutinio circa la tenuità del fatto verrebbe, pertanto, assorbito nella mera valutazione della componente autoriale dell'illecito, con le relative ricadute in punto di uguaglianza del trattamento sanzionatorio.

Al contempo le norme tacciate di incostituzionalità entrerebbero in contrasto con l'espresso richiamo di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. al *"fatto commesso"* quale fondamento dell'incriminazione, che attribuisce rilievo fondamentale all'azione delittuosa per il suo obiettivo disvalore e non solo in quanto manifestazione sintomatologica di pericolosità sociale.

Tale conclusione è, ad avviso del Giudice di *primae curae*, obbligata alla luce dell'ormai compiuto processo di costituzionalizzazione del principio di offensività, in questa sede inteso nella sua dimensione astratta, quale canone di incriminazione che presiede alle scelte politico-criminali del legislatore. A tal fine viene espressamente richiamata una delle (in verità sporadiche) ipotesi in cui la Corte ha condiviso la prospettata questione di costituzionalità dichiarando l'illegittimità della norma per

³ Tribunale ordinario di Padova, ordinanza del 6 aprile 2016 (r.o. n. 106 del 2016).

⁴ Corte cost., sentenze n. 251/2012 e nn. 105 e 106/2014.

⁵ Corte cost., sent. 5 novembre 2012, n. 251.

rilevato contrasto con il principio di offensività. In quella sede il Giudice aveva rilevato il contrasto della cd. aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11 *bis*, c.p.) con il principio di offensività oltre che con quello di eguaglianza, in quanto *“il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l’illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali del soggetto che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto di reato”*⁶.

Le suddette incongruenze si riflettono, sul piano sanzionatorio, sulla violazione del principio di proporzionalità della pena ex art. 27, co. 3, Cost. nella sua duplice valenza di principio fondativo dell’incriminazione e di suo limite invalicabile. Le plurime funzioni assolute dalla pena nella fase dell’apposizione legislativa della norma⁷, verrebbero infatti frustrate tanto in un’ottica proporzionale, quanto soprattutto rieducativa. La punizione discendente da un fatto oggettivamente privo di offensività esporrebbe il condannato ad una pena da un lato *“sproporzionata ex se alla gravità del reato commesso”*, dall’altro inidonea al perseguimento del tendenziale fine della risocializzazione del reo. Essa sarebbe non solo inefficace ma anche controproducente, in quanto irrogata in risposta ad una condotta il cui disvalore resta sconosciuto al suo autore, rendendo pressoché impossibile un’effettiva resipiscenza dello stesso.

I suddetti rilievi ostano, ad avviso del Tribunale rimettente, a qualsivoglia interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata delle norme in questione, così giustificandosi la necessità dello scrutinio incidentale ad opera del Giudice delle leggi.

2.2. Compatibilità con il dettato costituzionale.

Riconosciuta la rilevanza e l’ammissibilità della questione sollevata in via prioritaria dal Tribunale di Padova, la Corte ne dichiara tuttavia la manifesta infondatezza. Ciò sulla base di un’argomentazione che, muovendo da una stringata ricostruzione del fondamento della causa di non punibilità introdotta dall’art. 131 *bis* c.p., ripercorre gli snodi argomentativi dell’ordinanza di remissione, respingendone puntualmente le censure.

Infondata è, in primo luogo, l’asserita violazione dell’art. 3 Cost. derivante dal diverso trattamento sanzionatorio riservato a fatti materialmente uguali. Ed invero, a fondamento di siffatta scelta legislativa vi è, ad avviso della Corte, l’assunto che il trattamento diverso corrisponde a situazioni giuridiche diverse, proprio in ragione delle ineguali condizioni soggettive. A fronte, cioè, di dati soggettivi diversi è giustificato (se non addirittura dovuto) un trattamento sanzionatorio differente di fatti analoghi.

A tal proposito la Consulta non ritiene pertinente il richiamo del Tribunale rimettente alle già menzionate declaratorie di incostituzionalità in tema di bilanciamento tra la recidiva reiterata (art. 99, co. 4 c.p.) e singole circostanze attenuanti. Ciò in quanto tali sentenze riguardavano particolari ipotesi nelle quali il suddetto divieto di

⁶ Corte cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249.

⁷ Il riferimento è alle teorie cd. eclettico-dialettiche della pena che, muovendo dalla cd. polifunzionalità della pena, costruiscono relazioni funzionali tra le varie fasi dell’articolazione dinamica della sanzione penale.

bilanciamento incideva su circostanze attenuanti “*indicative di una diversità materiale del fatto*”, rispetto alla quale risultava del tutto ingiustificata la previsione di un pari trattamento sanzionatorio. A fronte della parità di un trattamento sanzionatorio per fatti oggettivamente diversi, la violazione del principio di uguaglianza è evidente. In siffatte ipotesi si assisteva, infatti, ad un totale annichilimento dell’offensività del fatto a favore di un’indebita enfattizzazione della componente soggettiva.

Vero non è, tuttavia, il contrario: ben può esservi una differente dosimetria sanzionatoria calibrata sul profilo soggettivo del reo. Ciò in quanto la valorizzazione della condotta del reo non implica una corrispondente mortificazione della materialità ed offensività del *fatto commesso*, in un’ottica che integra (e non oblitera) lo scrutinio imposto dall’art. 25, co. 2, Cost. Inconsistente è dunque l’argomentazione dell’ordinanza di remissione riguardo la paventata “dissoluzione” del disvalore penale del fatto in una valutazione unicamente psicologica, con conseguente insussistenza di una violazione della relativa disposizione costituzionale.

Del resto alla stessa *ratio* risultano ispirati vari istituti vigenti nel nostro ordinamento, sulla cui legittimità non si dubita. Tali sono il requisito dell’occasionalità del fatto previsto in simili fattispecie nel giudizio davanti al giudice di pace (art. 34, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) ed in quello davanti al tribunale per i minorenni (art. 27, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448); la disciplina della sospensione condizionale della pena, la cui concessione è subordinata ad una prognosi positiva circa la futura condotta del reo, e non concedibile ove l’imputato sia gravato da “precedente condanna a pena detentiva per delitto” (art. 164 c.p.). Allo stesso modo, conclude la Corte, se la condotta del reo assume rilievo centrale nella determinazione della pena (alla luce degli indici di commisurazione di cui all’art. 133 c.p.) e nella contestazione di una circostanza aggravante (recidiva), analogamente può rilevare per determinare la punibilità di un fatto costituente reato, seppur di particolare tenuità.

Parimenti priva di fondamento risulta la censura mossa in punto di idoneità della pena ad assolvere al tendenziale fine di cui all’art. 27, co. 3, Cost. Ed invero, la Corte afferma gli esiti paradossali che conseguirebbero all’applicazione della causa di non punibilità in esame anche quando il comportamento illecito dell’agente risulti connotato da abitudine. Da un lato, verrebbe infatti a determinarsi una “zona franca” idonea a garantire l’impunità per tutte le analoghe condotte eventualmente commesse in futuro, dall’altro, si neutralizzerebbero le esigenze di prevenzione speciale immanenti alla pena. Alcun deterrente verso la commissione di nuovi reati può, infatti, derivare dall’applicazione di una causa di non punibilità a soggetti dalla evidente proclività a delinquere. Al contempo tale abitudine, sintomatica di un profilo soggettivo dedito a devianza criminale, comporta la consapevolezza del disvalore penale delle condotte tenute, con conseguente efficacia (quantomeno potenziale) del processo di risocializzazione cui la pena è preordinata.

3. Fondamento della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

L'argomentazione della Corte muove dalla premessa, ormai pacifica sia in giurisprudenza che in dottrina, della duplice *ratio* ispiratrice della riforma del 2015⁸. L'obiettivo perseguito dal legislatore è, al contempo, di natura sostanziale e processuale⁹. Sotto il primo profilo la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. ha la funzione precipua di rafforzare la natura di *extrema ratio*¹⁰ del diritto penale facendo leva sul tasso di offensività marginale e residuale di fatti costituenti reato, fornendo una risposta alle istanze di riduzione del penalmente rilevante emerse in considerazione della continua espansione ipertrofica della legislazione penale¹¹. Il nuovo istituto risponde, difatti, alla necessità di garantire il carattere frammentario del diritto penale, circoscrivendo l'area del penalmente rilevante attraverso una valutazione complessa, operata dal giudice, avente ad oggetto le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo. L'istituto in esame attua, altresì, il principio di proporzionalità e ragionevolezza delle pene nella misura in cui inibisce la punibilità di condotte che, per le loro caratteristiche storico/personali, sono caratterizzate da un disvalore così esiguo da far apparire sproporzionata, e perciò irragionevole, l'irrogazione della pena¹². Così inteso, l'art. 131 *bis* c.p. risulta allora funzionale a garantire una più efficace implementazione della funzione rieducativa della pena, dal punto di vista tanto general- quanto special-preventivo.

Ciò si traduce, sul versante processuale, in una finalità di deflazione dell'ingente contenzioso gravante sul ruolo dei giudici di merito, la quale dovrebbe favorire l'ottimizzazione delle risorse dell'apparato giudiziario con concentrazione di quest'ultimo sui fatti di maggiore allarme sociale e con la riduzione dei tempi e dei costi dei processi penali, nonché con l'attenuazione dell'impatto psicologico di questi ultimi sugli autori dei reati¹³. Siffatta funzione deflattiva, per quanto rilevante, non va tuttavia enfatizzata, costituendo una conseguenza solo riflessa e secondaria della causa di non punibilità in esame, i cui obiettivi principali e presupposti teorici di legittimazione risiedono pur sempre sul piano sostanziale. A voler considerare altrimenti, non si

⁸ Gli obiettivi della riforma sono ben ricostruiti da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1693 ss.

⁹ V. MAIELLO parla a tal proposito di connotazione "incipiente" dell'istituto (in *La particolare tenuità del fatto. Intervento*, in *Diritti & Giurisprudenza*, 2015, n. 3, p. 22).

¹⁰ Sulla sussidiarietà secondaria e sulla opportunità di attuare la riduzione del sistema penale attraverso meccanismi di degradazione giudiziale, v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

¹¹ Sul punto, ampiamente, C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 3 ss. In particolare, sulla distinzione tra dimensione "orizzontale" e "verticale" dell'ipertrofia, la prima consistente nell'allargamento per mano del legislatore del numero di reati, la seconda - quella presa in considerazione in questa sede - nella diffusione statistica di reati che si contraddistinguono per la particolare tenuità del fatto concreto, v. R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1476.

¹² F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, pp. 23 ss.

¹³ Così Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 28 del 2015.

comprenderebbe la scelta del legislatore di costruire l'istituto in chiave sostanzialistica e non di condizione di procedibilità.

Infine, nelle intenzioni del legislatore, la nuova causa di non punibilità dovrebbe soddisfare anche istanze connesse al sovraffollamento carcerario segnalati dalla nota sentenza cd. Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴, che ha visto l'Italia condannata per violazione dell'art. 3 CEDU a causa delle inumane condizioni in cui si trovavano i detenuti negli istituti penitenziari. Tale obiettivo, al contempo, sembra rilevare solo sul piano programmatico, piuttosto che sulle reali capacità di incidenza sulla popolazione detenuta, in considerazione della fascia di reati nei cui confronti opera l'art. 131 *bis* c.p. rispetto alla quale i tanti istituti premiali preesistenti già inibiscono, di fatto, l'effettiva applicazione delle pene detentive comminate¹⁵.

Le indicate esigenze sottese all'introduzione della causa di non punibilità, unitamente ad argomenti sistematici e strutturali, hanno contribuito a risolvere la questione circa la sua natura giuridica ed a definire i rapporti con la diversa figura del reato impossibile (art. 49, co. 2, c.p.).

A deporre per una ricostruzione dell'art. 131 *bis* c.p. in termini sostanziali è, in primo luogo, la sua collocazione sistematica nel rinnovato Titolo V rinomato "*Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed estinzione della pena*"¹⁶. In una diversa sede, cioè, rispetto alle cause di esclusione degli elementi costitutivi e di quelle estintive del reato. È, inoltre, da escludere che la tenuità del fatto costituisca una condizione di improcedibilità, stante, da un lato, l'assenza di un'opzione legislativa in tal senso e, dall'altro, le notevoli differenze in punto di disciplina tra i due istituti. Ed invero, la distanza dalla categoria delle condizioni di procedibilità è evidenziata dalla complessiva disciplina del nuovo istituto e, soprattutto, dalle disposizioni relative al contesto entro cui è possibile fare luogo al proscioglimento; la nuova causa di non punibilità non è, infatti, connessa alla mancanza di interesse della persona offesa alla persecuzione del reato, né è in grado di impedire il regolare instaurarsi del processo e l'adozione di qualsiasi pronuncia di merito sulla regiudicanda, imponendo già nella fase delle indagini preliminari l'adozione del decreto di archiviazione, oppure in qualsiasi stato e grado del procedimento la pronuncia di una sentenza ai sensi dell'art. 129, co. 1, c.p.p. che costati la situazione di improcedibilità. Al

¹⁴ C. eur. dir. uomo, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ricorsi n. 43517/09 e altri; F. VIGANÒ, [Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#), in *questa Rivista*, 9 gennaio 2013.

¹⁵ Per ridurre immediatamente il numero dei detenuti ed il problema del sovraffollamento, prima della l. n. 67 del 2014, si è provveduto all'adozione di tre decreti-legge emanati tra il luglio 2013 ed il giugno 2014: il d.l. 1° luglio 2013, n. 78 (convertito con modificazioni con l. 9 agosto 2013, n. 94) sulla liberazione anticipata e sui limiti per la concessione dei benefici penitenziari; il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito con modificazioni con l. 21 febbraio 2014, n. 10) sui limiti alla concessione dell'affidamento in prova e sull'esecuzione domiciliare delle pene detentive brevi non superiori ai diciotto mesi; il d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (convertito con modificazioni con l. 11 agosto 2014, n. 117) sulla custodia cautelare in carcere e sui rimedi compensativi per la detenzione inumana.

¹⁶ Sull'importanza della collocazione sistematica ai fini del corretto inquadramento della particolare tenuità del fatto C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, p. 518.

contrario, presuppone un apprezzamento sulla sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato, nonché di quelli della speciale causa di non punibilità e produce, inoltre, effetti sul versante delle conseguenze civilistiche e del casellario giudiziale¹⁷.

Tale conclusione sembra corroborata dal raffronto con entrambi i precedenti a cui esso si ispira, vale a dire l'ibrido istituto dell'irrelevanza penale del fatto di cui all'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e, soprattutto, la causa di non punibilità per particolare tenuità contemplata dall'art. 34 d. lg. n. 274 del 2000, espressamente denominata dal legislatore causa di esclusione della procedibilità e subordinata alla mancata opposizione della persona offesa e dell'imputato¹⁸. Ove il legislatore avesse inteso introdurre anche in questa occasione una nuova condizione di procedibilità, lo avrebbe fatto così qualificandola esplicitamente¹⁹. Tale soluzione topografica, lungi dallo svolgere una mera funzione sistematico-classificatoria, segnala l'inquadramento dogmatico dell'istituto nel novero delle cause di non punibilità in senso stretto, che accede ad un reato già perfetto nei suoi elementi costitutivi.

Da ultimo, la conferma della natura sostanziale della nuova ipotesi di non punibilità si ricava da una fondamentale sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2016, che ne ha sancito l'applicabilità retroattiva ai sensi dell'art. 2, co 4, c.p.²⁰. Esclusa la soggezione alla regola prevista in materia processuale del *tempus regit actum*, la Suprema Corte ha ribadito che *"il nuovo istituto è esplicitamente, indiscutibilmente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce dunque figura di diritto penale sostanziale"*²¹.

A ben vedere, resta tuttavia aperta la questione dell'inquadramento dell'istituto in esame in una delle categorie in cui si articola l'amplissima macro-area della non punibilità²². Tale questione, lungi dall'esaurire la propria rilevanza sul piano meramente dogmatico, è foriera di importanti conseguenze in punto di disciplina in tema di analogia, errore, concorso di persone. Anche a quest'ultimo riguardo, sembra profilarsi una tendenziale uniformità di analisi. Esclusa la riconducibilità dell'art. 131 *bis* c.p. sia alle cause di esclusione della tipicità e dell'antigiuridicità - tutte, com'è noto, ubicate nella ben diversa *sedes* del titolo III del libro I del codice penale intitolato "Del reato" negli art. 45 e ss. e caratterizzate dall'assenza di un elemento costitutivo essenziale del reato -, sia alle cause estintive del reato - che costituiscono l'unico sotto-gruppo delle ipotesi di non punibilità individuate espressamente e tassativamente dal legislatore con un criterio nominalistico-formale (la collocazione nel titolo VII del libro I del codice penale denominato "Cause di estinzione del reato e della pena", oppure l'esplicita denominazione di causa estintiva in casi diversi come quello dell'art. 28 d.P.R. n. 448 del

¹⁷ C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015, pp. 14 ss.

¹⁸ C. SANTORIELLO, *op. cit.*, pp. 19 ss.

¹⁹ Corte costituzionale, sent. 3 marzo 2015, n. 25.

²⁰ Cass., Sez. Un., 6 aprile 2016, n. 13681, Tushaj, cit.; nonché Cass. 22 settembre 2016, n. 43854.

²¹ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. proc.*, 2015.

²² Sulla genericità di questa categoria v. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1997, § 23.6, 897; ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ed. it. a cura di Moccia, Napoli, 1996, p. 111.

1988²³) - si sostiene l'appartenenza alle cosiddette cause di non punibilità in senso stretto, vale a dire a quelle ipotesi di esclusione della pena riferibili a reati completi degli elementi costitutivi ed incentrate su mere valutazioni legali di opportunità politico-criminale. Questa impostazione trova riscontro nell'art. 651bis c.p.p. ai sensi del quale la *"sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale"*, nonché nell'art. 3, co. 1, lett. f del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, che prevede l'iscrizione nel casellario giudiziale del decreto di archiviazione e delle sentenze di proscioglimento *ex art. 131 bis c.p.*²⁴. Solo un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, rispetto al quale si è svolta una verifica di responsabilità, seppur non approfondita, può generare conseguenze sul piano civilistico e su quello della sua "tracciabilità" giudiziaria tramite la menzione nel casellario giudiziale. In caso di proscioglimento per mancanza di tipicità o di antigiuridicità il fatto non potrebbe determinare quel genere di effetti giuridici. Si tratta, dunque, di una speciale causa di non punibilità per quelle condotte che, pur integrando gli estremi del fatto tipico, antigiuridico e colpevole, appaiono non meritevoli di tutela per ragioni di opportunità politico-criminale²⁵.

Risulta, allora, evidente la distanza tanto strutturale che concettuale rispetto all'istituto di cui all'art. 49, co. 2, c.p. che, invece, postula la mancanza *ab origine* di una portata lesiva del bene giuridico protetto, per inidoneità dell'azione o per inesistenza dell'oggetto. A difettare è, nel reato impossibile, un elemento costitutivo del reato (la tipicità cd. reale²⁶), mentre l'operatività della causa di non punibilità *ex art. 131 bis* presuppone che lo stesso sia già perfettamente integrato in tutti i suoi elementi essenziali²⁷. Il rapporto tra le due norme può essere ricostruito in termini di progressione piuttosto che di alterità, alla luce del quale la formula di proscioglimento "perché il fatto non sussiste" fondata sull'art. 49, co. 2, c.p., più favorevole al reo, dovrebbe essere

²³ In argomento v. G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dogmatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131 bis c.p.*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 968 ss.

²⁴ Sul punto G. AMARELLI, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Annali X – 2017, p. 561.

²⁵ Cass., Sezioni Unite, 6 aprile 2016, n. 13681, Tushaj, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 894 ss., con nota di G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità e Sez. un.*, 6 aprile 2016, n. 13682, Coccimiglio.

²⁶ Il riferimento è al recente arresto del 2016 in cui le Sezioni Unite hanno affermato che la tipicità è un aspetto interno alla tipicità, legato ad un giudizio relazionale e dinamico tra la condotta formalmente coincidente con quella descritta dalla fattispecie incriminatrice ed il bene giuridico da questa tutelato. Perciò ove si riscontri che il comportamento del reo è, in concreto, del tutto privo di una portata lesiva per l'interesse protetto, il fatto il fatto tipico non è integrato, registrandosi uno scarto incolmabile tra tipicità *apparente* e tipicità *reale* (così Cass., SS.UU., 6 aprile 2016, n. 13681, imp. Tushaj, cit.).

²⁷ Cass. Pen., Sez. III, 11 novembre 2017, n. 9072, ove la Suprema Corte ribadisce (in tema di responsabilità da reato degli enti) che la decisione *ex art. 131 bis* esprime pur sempre un'affermazione di responsabilità, pur senza condanna, lasciando intatto il reato nella sua esistenza, tanto da definire detta pronuncia una *"cripto condanna"*.

considerata prioritaria e prevalente rispetto a quella incentrata sull'art. 131 *bis* c.p. ("perché l'autore non è punibile"), la quale produce gli effetti di cui all'art. 651*bis* c.p.²⁸. La particolare tenuità rappresenta, quindi, una figura sussidiaria da adoperare una volta ravvisata la sussistenza di un fatto già tipico ed offensivo, ma riscontrata l'inopportunità della sua punizione all'esito di un giudizio olistico ed onnicomprensivo, che non si limita al disvalore dell'evento (come lo scrutinio sotteso all'applicazione dell'art. 49, co. 2), ma include anche il disvalore dell'azione e le componenti soggettive legate alla non abitudine del comportamento.

4. Questioni di legittimità subordinate.

Nel rigettare le questioni di legittimità costituzionale sollevate in via principale avverso l'art. 1, co. 1, lettera m), l. 67/2014 e l'art. 131 *bis*, co. 1 e 3, c.p., la Corte ha ritenuto "assorbite" le due ulteriori censure mosse dal Tribunale rimettente, logicamente connesse alla prima e perciò manifestamente inammissibili. Al contempo, l'analisi di tali questioni è utile non solo ai fini di completezza espositiva, ma soprattutto nell'ottica di un'anticipazione di tematiche che, con ogni probabilità (vista la giovinezza dell'istituto), potranno destare ulteriori perplessità dinanzi al Giudice delle leggi.

4.1. Esclusione del giudizio di bilanciamento delle circostanze.

Il Tribunale rimettente ha, in primo luogo, sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 *bis*, co. 4, c.p. in riferimento all'art. 76 Cost., per eccesso della delega contenuta nell'art. 1, co. 1, lettera m), l. 67/2014. La violazione dell'art. 76 Cost. (disciplinante i limiti di esercizio del potere legislativo delegato al Governo), sarebbe consistita nell'aver il legislatore delegato creato *ex novo* un criterio di calcolo della pena prescindendo dalle indicazioni della legge delega. Più nello specifico questa, alla lettera m), ha previsto che la causa di non punibilità da introdurre fosse applicabile alle sole condotte sanzionate con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, senza indicare alcun criterio di calcolo. Sicché il legislatore delegato nell'elaborare la nuova disposizione codicistica avrebbe dovuto, in mancanza di un'espressa indicazione della legge delega, fare ricorso agli ordinari canoni di cui agli artt. 4 e 278 c.p.p. La differenza è sostanziale: in via generale opera la disposizione *ex art.* 69 c.p. in tema di concorso di circostanze aggravanti e attenuanti, così ammettendo il possibile bilanciamento tra le stesse, a differenza di quanto espressamente previsto nella seconda parte dell'art. 131*bis*, co. 4 c.p. Tale disposizione esclude l'operatività del meccanismo di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. in presenza di circostanze speciali o ad effetto speciale.

²⁸ La disposizione, parimenti introdotta dal d.lgs. n. 28 del 2015, attribuisce alla sentenza di proscioglimento (pronunciata per particolare tenuità del fatto) efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno.

Ciò spiega anche la rilevanza della questione sollevata in quanto, qualora la Corte avesse accolto la censura mossa in via principale (elidendo il requisito della non abitudine della condotta), il Tribunale avrebbe potuto impiegare i criteri di individuazione ordinari bilanciando la circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, n. 4), c.p. in misura prevalente rispetto alle contestate aggravanti, così rientrando nella cornice edittale entro cui l'art. 131bis è applicabile.

L'inibizione al ricorso del bilanciamento tra circostanze, unitamente all'irrelevanza di qualsivoglia circostanza comune, comporta ad avviso del Giudice di primo grado un esercizio della delega al di fuori *"del perimetro imposto da una piana interpretazione della norma penalistica in stretto favor rei"*. Una prima evidenza dell'asserito eccesso di delega si evincerebbe dal raffronto della lettera m) dell'art. 1, con le lettere c) e g) della stessa legge delega, le quali richiamano espressamente l'operatività dei criteri di cui all'art. 278 c.p.p. Sicché il legislatore avrebbe chiarito, nella prima disposizione utile, le modalità di calcolo dei termini edittali, lasciando tale riferimento sottinteso nella successiva disposizione di cui alla lettera m). Al contempo, anche laddove si escluda siffatto implicito richiamo ai criteri precedentemente enunciati, il silenzio della legge delega dovrebbe in ogni caso essere interpretato quale rimando al criterio previsto in via generale dalla disciplina codicistica. Questa disciplina potrebbe, invero, essere derogata solo in presenza di una norma che autorizzi espressamente l'elaborazione di un criterio di calcolo con *"effetti abrogativi delle regole ordinarie"*, autorizzazione che qui manca.

Decisiva in tal senso è, conclude l'ordinanza di remissione, la circostanza che l'art. 131bis vigente contrasterebbe con la stessa *ratio* ispiratrice della legge delega, rendendo punibili condotte innocue e bagatellari per la mera ricorrenza di circostanze esterne alla condotta (es. la pluralità di soggetti di cui all'art. 625 n. 5 c.p., comporta già un aumento di pena cui consegue l'inoperatività dell'art. 131bis c.p.).

In termini indipendenti seppur collegati alla prospettata violazione dell'art. 76 Cost., il Tribunale rimettente ritiene che il divieto di bilanciamento delle circostanze sia confliggente con i principi di cui agli art. 3, 25 e 27 Cost. Ciò in virtù della duplice funzione assolta dal giudizio di bilanciamento: essenziale strumento di dosimetria sanzionatoria da un lato, baluardo del *favor rei* dall'altro, idoneo a *"stemperare"* gli effetti altrimenti incontrollabili del concorso di circostanze. In questa sede si ripropongono, com'è evidente, le censure mosse in via principale dal Giudice *a quo*, cui si aggiungono le specificità del meccanismo di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p.

Ed invero, l'incompatibilità con il principio di uguaglianza discenderebbe dall'automatica esclusione dei soggetti attinti da recidiva qualificata dalla fruizione della causa di non punibilità, in tal modo elidendo la possibilità che il giudice, vagliando le peculiarità del caso di specie, addivenga ad una diversa determinazione. A sostegno di questa impostazione è richiamata la giurisprudenza costituzionale²⁹ che, citando la già menzionata sent. n. 251/2012, afferma la centralità del principio di offensività non solo rispetto alla fattispecie base ed alle circostanze, ma anche rispetto a *"tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale"*, tale dovendosi

²⁹ Corte costituzionale, sent. n. 106/2014.

ritenere la recidiva reiterata. Ciò si tradurrebbe, sotto il profilo della materialità ed offensività della condotta, nella violazione dell'art. 25 Cost., in quanto si inibisce al giudice una valutazione del fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, giudizio indispensabile ai fini dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato. Deroghe al bilanciamento previsto dalla disciplina codicistica sono sì possibili, quale frutto di un'apposita scelta politico-criminale del legislatore, purché non trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, il che determinerebbe un'alterazione degli equilibri costituzionalmente sottesi al nostro sistema penale. Indebitamente "amputato" il vaglio giurisdizionale, la pena che ne consegue risulterebbe, inoltre, inevitabilmente sproporzionata rispetto alla effettiva portata lesiva della condotta tenuta, con evidente violazione del canone di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

In definitiva, l'eccessiva valorizzazione della recidiva e l'impraticabilità di qualsiasi bilanciamento di essa con altre circostanze concorrenti, proporrebbe un *"modello di perseguibilità del tutto discrezionale"* che lascerebbe, ancora una volta, trapelare un sistema penale modulato sul profilo soggettivo del prevenuto.

Siffatte argomentazioni si inseriscono nel più ampio contesto del controverso rapporto tra discrezionalità legislativa e giudiziale nell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, di cui l'istituto del bilanciamento delle circostanze è diretta espressione³⁰. Il problema nasce a monte, nell'individuazione della funzione del bilanciamento di circostanze nel sistema penale: se ad esso si attribuisce una funzione "paranormativa", di rideterminazione delle cornici edittali, il legislatore, derogandovi, non farebbe altro che esercitare una discrezionalità a lui spettante in base all'assetto costituzionale; se, invece, si assegna al bilanciamento di circostanze una funzione di individualizzazione e personalizzazione del trattamento sanzionatorio, deroghe al libero apprezzamento del giudice potrebbero, se irragionevoli, impedire una corretta valutazione globale del fatto, presupposto indefettibile per una funzione rieducativa della pena³¹. La Corte costituzionale, già nella citata sentenza n. 251/2012, ha mostrato di aderire a questa seconda ricostruzione, definendo l'istituto del bilanciamento di circostanze come strumento che consente al giudice *"di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la quantitas delicti, oppure soltanto di quelle che la diminuiscono"*, pur ammettendo la possibilità di deroghe ad opera del legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, purché queste non alterino la struttura della responsabilità penale, travalicando nella manifesta irragionevolezza. Al contempo siffatta impostazione non deve travalicare nell'eccesso opposto, vale a dire nell'indeterminatezza delle fattispecie sostanziali, lontane dal profilo della materialità ed offensività del fatto e soggette ad un'interpretazione spiritualizzante e spesso fortemente

³⁰ R. MUZZICA, *Giudizio di bilanciamento delle circostanze: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza degli artt. 609bis, terzo comma e 648, secondo comma, c.p. sulla recidiva reiterata*, in *Nel diritto.it*, 2013, in commento alle sentenze della Corte costituzionale nn. 105 e 106/2014.

³¹ D. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, n. 11/2007, pp. 4116 ss.

impregnata di simbolismo³². Norme di questo genere sono poco adatte ad essere implementate nel nostro sistema penale, finendo per ampliare eccessivamente la discrezionalità del giudicante e condurre, paradossalmente, ad indebite “reazioni” del potere legislativo intrusive di una sfera, quella di individualizzazione della pena, squisitamente giudiziale. A questa tendenza potrebbe ascriversi il divieto di bilanciamento di cui al quarto comma dell’art. 131bis, con il quale il legislatore sembra aver tentato di limitare quella sfera di discrezionalità giudiziale che esso stesso ha alimentato con una legge delega priva di univoci criteri di riferimento.

L’impostazione prospettata dal Tribunale rimettente, sebbene abbia il pregio di rafforzare la tenuta del principio di riserva di legge, rischia di vanificare gli intenti del legislatore del 2015 che, come chiarito a più riprese, ha subordinato l’applicabilità dell’art. 131bis ad un giudizio olistico, nell’ambito del quale la componente soggettiva assume un ruolo pregnante. Questa considerazione non sembra, tuttavia, sufficiente ad esaurire lo scrutinio costituzionale della norma in esame, in quanto è la stessa Corte costituzionale a sancire che, pur non essendo *tout court* illegittimi trattamenti *lato sensu* sanzionatori differenziati per i recidivi, “la legittimità, in via generale, di trattamenti differenziati per il recidivo, ossia per “un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l’insufficienza, in chiave dissuasiva, dell’esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale” (sentenza n. 249 del 2010), non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni”³³.

4.2. Irrilevanza delle circostanze attenuanti comuni; rapporto tra tenuità ‘attenuante’ e tenuità esimente.

L’ultima questione sollevata dalla difesa dell’imputata e recepita nell’ordinanza di remissione riguarda, come anticipato, il quarto comma dell’art. 131bis, secondo una duplice censura: sul versante del divieto di bilanciamento (affrontato nel paragrafo precedente) e su quello dell’irrelevanza della circostanza attenuante comune di cui all’art. 62, n. 4 c.p.

Sotto quest’ultimo profilo, se a confutare le paventate violazioni degli art. 25 e 27, co. 3, Cost. intervengono le già esposte argomentazioni della Corte riguardo la questione di legittimità avverso i commi primo e terzo dell’art. 131bis c.p., nuove perplessità prospetta il potenziale contrasto del quarto comma dello stesso articolo con il principio di cui all’art. 3 Cost. A tal proposito il Tribunale rimettente afferma l’incoerenza dei risultati applicativi derivanti dalla mancata considerazione di una circostanza, quella della tenuità del pericolo o del danno inflitto, che costituirebbe proprio il *Leitmotiv* della riforma del 2015. Ciò a maggior ragione in forza della disposizione di cui al quinto comma dell’art. 131bis c.p., a tenore del quale la causa di non punibilità opera anche in presenza di circostanze attenuanti relative alla “particolare

³² S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, pp. 46 ss.

³³ Corte costituzionale, sent. n. 106/2014.

tenuità del danno o del pericolo”. Il paradosso risiederebbe, dunque, nella rilevanza dell’attenuante quando si rientri nella soglia dei cinque anni di cui al primo comma, e nell’irrelevanza della stessa in punto di determinazione del limite edittale richiesto per la concedibilità dell’esimente.

Nel precisare i termini della questione, non può prescindersi dalle conclusioni di una recentissima pronuncia della Corte costituzionale³⁴ circa i rapporti intercorrenti tra esimente della particolare tenuità del fatto e figure circostanziate di tenuità. In estrema sintesi, la Corte ha chiarito che l’esistenza di una circostanza attenuante fondata sulla tenuità dell’offesa (quale quella di cui all’art. 62, co. 4, c.p.) “*di per sé non impedisce, ma neppure automaticamente comporta, l’applicazione della causa di non punibilità*”. In tal modo è segnato un chiaro *discrimen* tra la causa di non punibilità in esame e le attenuanti in parola: queste ultime hanno la funzione di mitigare la risposta sanzionatoria in situazioni di marginale gravità del fatto, sulla base di una valutazione meno complessa e più circoscritta di quella richiesta dall’art. 131*bis*. Ne deriva, secondo la Consulta, che non esiste alcun invariabile collegamento tra esistenza/applicabilità di una circostanza attenuante (riferita alla particolare tenuità del fatto) ed operatività della nostra causa di non punibilità. Siffatta conclusione induce a ritenere che la mancata considerazione delle attenuanti comuni ai fini della determinazione della forbice edittale, attiene ad un piano affatto sovrapponibile a quello della non punibilità della condotta, coerentemente a quanto previsto all’ultimo comma del 131*bis*.

Alla luce della suddetta impostazione si impone, dunque, un ripensamento delle censure mosse nell’ordinanza di rimessione, cui consegue un notevole ridimensionamento dei rilievi critici in essa enunciati.

5. Profili problematici. Conclusioni.

Così ricostruiti i termini della questione, persuasive risultano le argomentazioni della Corte in merito alla ragionevolezza della scelta legislativa di ancorare la non punibilità alla non abitudine della condotta.

La stessa ordinanza in commento lascia, tuttavia, aperto lo spiraglio alla formulazione di eventuali nuove questioni, relative ai criteri di commisurazione della soglia edittale rilevante ai fini dell’operatività dell’art. 131*bis* c.p. Se è vero che tali censure non sono state affrontate nel merito dalla Consulta perché ormai irrilevanti per il giudizio *a quo*, tuttavia le posizioni assunte a sostegno dell’infondatezza della questione principale non sciolgono tutti i nodi interpretativi.

E segnatamente, non sono del tutto fugati i dubbi circa il divieto di bilanciamento e l’inibizione alla valutazione delle circostanze attenuanti comuni, la cui possibile deriva consiste nella legittimazione di automatismi sanzionatori in grado di inasprire sensibilmente il trattamento del reo, in ragione del solo *status* di recidivo reiterato.

³⁴ Corte cost., sent. 24 maggio 2017 n. 207, in tema di applicabilità dell’art. 131 *bis* c.p. alle ipotesi attenuate di ricettazione (art. 648 cpv c.p.).

Meccanismo a fronte del quale nessun margine valutativo residuerebbe in capo al giudice, il solo in grado di prendere in debita considerazione le peculiarità dei singoli casi di specie.

Non è, pertanto, da escludere che la strada da percorrere sia quella del ripensamento dei criteri di calcolo della soglia edittale di cui all'art. 131 *bis* alla luce della consapevolezza maturata dalla Consulta (nelle già citate sentenze nn. 251/2012 e 105 e 106/2014) riguardo la cogenza, sia formale che sostanziale, del finalismo rieducativo della pena. Da questo punto di vista analogamente a quanto accaduto per il principio di offensività, che da timido *pendant* argomentativo è divenuto col tempo presupposto fondamentale di recenti declaratorie di incostituzionalità³⁵, una maggiore consapevolezza della portata fondamentale che il finalismo rieducativo svolge in una sistematica teleologica del reato dovrebbe indurre la Corte a valorizzarlo non più soltanto come principio argomentativo di politica criminale ma come principio *tout court* dimostrativo³⁶, in tutte le sue componenti, sì da evitare soluzioni disomogenee e profondamente distoniche rispetto ai principi costituzionali del diritto penale.

³⁵ Cfr., tra tutte, la sent. n. 249/2010 Corte Cost.

³⁶ Per una rinnovata lettura della tradizionale distinzione tra principi informativi e principi dimostrativi del diritto penale, cfr. M. DONINI, [*Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, p. 4 ss.

**RIFORMA GELLI-BIANCO E SEZIONI UNITE
NON PLACANO IL TORMENTO:
UNA PROPOSTA PER LIMITARE LA COLPA MEDICA**

di Roberto Bartoli

Abstract. *Se da un lato si può dire che esiste un consenso diffuso sulla necessità di limitare la colpa medica, dall'altro lato, però, le scelte di disciplina adottate fino ad oggi si sono rivelate inidonee a perseguire tale obiettivo. Anche la riforma Gelli-Bianco non sembra essere stata in grado di offrire indicazioni univoche, così come la recente sentenza delle Sezioni Unite presta il fianco ad alcune considerazioni critiche a cominciare dal recupero del concetto di colpa grave. Vero che una nuova riforma della colpa medica non è certo alle porte, è comunque possibile prospettare una nuova strada, forse già percorribile anche a livello ermeneutico (al netto dei problemi posti dal nuovo art. 618, comma 1-bis c.p.p.): ancorare l'esenzione della responsabilità alla colpa lieve individuando nel rispetto delle linee guida sufficientemente adeguate al caso concreto un indice basilare su cui fondare il giudizio di lievità. Si tratterebbe di una soluzione di equilibrio che nel ridurre lo spettro della responsabilità, sarebbe capace di coniugare le esigenze di flessibilità poste dall'attività medica con quelle di maggiore certezza al momento dell'imputazione della responsabilità colposa.*

SOMMARIO: 1. In origine era la colpa grave: la limitazione della responsabilità medica attraverso la colpevolezza. – 2. La riforma c.d. Balduzzi: dalla colpevolezza alla legalità nel contrasto alla medicina difensiva attraverso la valorizzazione del rispetto delle linee guida. – 3. La riforma Gelli-Bianco: imperizia, scomparsa delle gradazioni della colpa e adozione di raccomandazioni adeguate al caso concreto. – 3.1. La sentenza Tarabori: un'interpretazione costituzionalmente orientata che nel rispetto della lettera della legge valorizza la valutazione in concreto del giudice. – 3.2. La sentenza Cavazza: un'interpretazione letterale che pone problemi di legittimità costituzionale. – 3.3. La sentenza delle Sezioni Unite e il recupero della colpa grave. – 3.4. Alcune riflessioni critiche. – 4. Una proposta: dalla colpa grave alla colpa lieve valorizzando il rispetto delle raccomandazioni come indice di lievità.

1. In origine era la colpa grave: la limitazione della responsabilità medica attraverso la colpevolezza.

Si può considerare ormai un principio acquisito che aspetti peculiari di attività lecite ma rischiose rendono meritevole di considerazione un regime della responsabilità

colposa differenziato, basato cioè su un diverso equilibrio fra esigenze di protezione di chi è esposto al rischio ed esigenze di responsabilizzazione, nonché di personalizzazione della responsabilità, di chi esercita l'attività rischiosa¹.

Parimenti, al netto di proposte di portata generale volte a estendere il più possibile i casi di imputazione solo per colpa grave², e diversamente da quanto accade in altri settori, come ad esempio nella circolazione stradale e nella sicurezza nei luoghi di lavoro, dove si tende ad attribuire al fatto colposo un disvalore particolarmente rilevante (si pensi alla recente riforma dell'omicidio e delle lesioni stradali)³, nell'attività medica si è sempre avvertita un'esigenza di "limitare" e circoscrivere la responsabilità colposa⁴.

D'altra parte, il fondamento di tale esigenza non è stato sempre identico, ma si è andato trasformando nel tempo, sia per quanto riguarda la ragione sostanziale che vi sta alla base, sia per quanto concerne le scelte di disciplina normativa adottate per rispondere a tale esigenza.

In estrema sintesi, si può dire che "in origine" e cioè dal secondo dopoguerra fino alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, l'esigenza limitativa della responsabilità colposa in ambito medico è stata avvertita sul piano della colpevolezza, al fine di "personalizzare" il più possibile la responsabilità penale, ed è stata soddisfatta limitando la responsabilità alle ipotesi di colpa grave, in conformità a quanto previsto, in tema di responsabilità civile, dall'art. 2236 c.c. Inoltre, il limite della colpa grave è stato solitamente riferito alla sola imperizia, mentre rispetto alla negligenza e all'imprudenza si è ritenuto che la valutazione dell'attività del medico dovesse essere improntata a criteri di normale severità⁵.

Tale impostazione ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale che, chiamata anni addietro a stabilire se fosse conforme al principio di eguaglianza, ha affermato quanto segue: «solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, [può] nella indicata ipotesi rilevare

¹ F. GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi senesi*, 1994, p. 22 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 560 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali X*, Milano, 2017, p. 236 ss.

² M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 ss.

³ Con riferimento alla sicurezza nei luoghi di lavoro, v. F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 285 ss.; D. CASTRONUOVO, [Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, n. 3, p. 216 ss.; con riferimento alla circolazione stradale v. A. ROIATI, [L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione](#), in questa *Rivista*, 1° giugno 2016; A. MENGhini, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016.

⁴ A.R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 736 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come fosse diritto e di diritto come fosse matematica)*, in [www.archiviopenale.it](#), 2014, n. 1, p. 1 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 417 ss.

⁵ Per un quadro complessivo e completo della giurisprudenza penale fino alla riforma Balduzzi, cfr. D. CASTRONUOVO, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. Belvedere – S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 1011 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, p. 71 ss.

ai fini della responsabilità penale. Siffatta esenzione o limitazione di responsabilità, d'altra parte, secondo la giurisprudenza e dottrina, non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità»⁶.

La limitazione della colpa sul piano della colpevolezza attraverso la colpa grave aveva una sua razionalità. A ben vedere, infatti, questo modo di concepire la colpa medica era legato a un particolare momento storico, dove l'attività medica presentava caratteristiche del tutto peculiari. Sul piano del rapporto medico paziente, quest'ultimo tendeva ad affidarsi completamente al primo in una prospettiva che non si è esitato a definire paternalistica; alla scienza non veniva attribuita un'efficacia onnipotente, in quanto nella visione sociale era accettata e diffusa l'idea che non tutto fosse risolvibile attraverso il sapere scientifico; ma soprattutto, l'attività medica cominciava a conoscere quella complessità tecnica e quella articolazione organizzativa tipiche della modernità. In buona sostanza, in un momento in cui l'arte medica stava iniziando a trasformarsi sul piano della "complessità tecnica", l'idea di una responsabilità medica colposa connessa a situazioni particolarmente difficili e derivante da "ignoranza inescusabile" era perfettamente consentanea a questo periodo, visto che in definitiva al medico si mandava il seguente messaggio: "incrementa le tue competenze, aumenta le tue conoscenze, perché, se ti trovi a fronteggiare situazioni particolarmente complesse, andrai esente da responsabilità"; detto a contrario, "se non ti aggiorni e resti ignorante, la responsabilità scatta".

D'altra parte, è proprio sul finire degli anni Ottanta, nel momento in cui l'attività medica compie la sua definitiva trasformazione in termini di "complessità tecnica" che questo impianto della responsabilità colposa entra in crisi. E non è un caso che, nonostante la Corte costituzionale avesse riconosciuto la conformità di questa disciplina al principio di eguaglianza, agli inizi degli anni Novanta l'orientamento della colpa grave venga abbandonato dalla stessa giurisprudenza, vedendosi in esso il rischio di abbassare lo *standard* di pretesa normativa: «l'accertamento della colpa professionale del sanitario deve essere valutata con larghezza e comprensione per la peculiarità dell'esercizio dell'arte medica e per la difficoltà dei casi particolari, ma pur sempre nell'ambito dei criteri dettati per l'individuazione della colpa medica dall'art. 43 c.p.»⁷. Essendosi le conoscenze diffuse, non sembrava più aver senso mandare esente da responsabilità chi non utilizza al meglio tali conoscenze: insomma, per essere responsabili non bastava l'ignoranza inescusabile, ma era sufficiente – per così dire – quella scusabile.

Nonostante questa trasformazione, non si può fare a meno di osservare come tuttavia si continuasse comunque a vedere nella colpa medica una responsabilità bisognosa di una disciplina differenziata, in quanto è indiscutibile che la stessa attività

⁶ Corte cost., sentenza 22 novembre 1973, n. 166.

⁷ Cfr., per tutte, Cass., Sez. IV, 12 aprile 1991, Lazzeri, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2756.

medica presenti alcune peculiarità tali da ridurre il disvalore dell'evento derivante da colpa, e ciò per due ragioni fondamentali⁸. Da un lato, sono del tutto peculiari gli scopi dell'attività medica, che è volta a tutelare gli stessi beni che offende, nel senso che il suo rapporto con i beni del paziente non è disfunzionale-conflittuale come nel caso dell'attività d'impresa o della circolazione stradale, ma sintonico-funzionale: in sostanza, il medico "detentore" del rischio persegue gli stessi obiettivi perseguiti dal paziente esposto al rischio. Dall'altro lato, l'attività medica ha a che fare con beni che sono essi stessi a rischio (rischio patologico) e in virtù del suo carattere invasivo tale rischio viene fronteggiato incidendo sulla stessa incolumità e quindi nella sostanza creando un rischio aggiuntivo (rischio terapeutico). Ebbene, il medico deve essere fatto responsabile non per eventi connessi al rischio patologico di cui non può avere autentica responsabilità trattandosi di rischio – per così dire - naturalistico, ma per eventi connessi al rischio terapeutico che è nelle sue mani, con la conseguenza che là dove, a causa della complessità della situazione da fronteggiare, il rischio patologico risulta così preponderante da ridurre notevolmente quello terapeutico, la responsabilità può essere affermata soltanto quando il medico non ha dato il meglio di sé, non ha attivato tutte le conoscenze e competenze che erano in suo possesso. In sostanza, in presenza di casi particolarmente complessi nella stessa area di rischio terapeutico v'è uno spazio "fisiologico" per errori di valutazione ed esecuzione in definitiva inevitabili.

2. La riforma c.d. Balduzzi: dalla colpevolezza alla legalità nel contrasto alla medicina difensiva attraverso la valorizzazione del rispetto delle linee guida.

In un secondo momento, e più precisamente sul finire della prima decade del nuovo Millennio, l'esigenza di limitare la responsabilità colposa si è ripresentata, ma in termini decisamente diversi. Accanto all'idea "tradizionale" che il medico dovesse andare incontro a una responsabilità maggiormente individualizzata, e che quindi il deficitario coefficiente psichico caratterizzante i delitti colposi dovesse essere colmato da un grado di colpa significativo, si è fatta sempre più largo l'idea di limitare la responsabilità sul piano – per così dire – della legalità, al fine di contrastare il fenomeno della medicina difensiva. Il ragionamento compiuto può essere così sintetizzato: poiché il medico tende a compiere accertamenti ed attività diagnostico-terapeutiche dovute più al timore di incorrere in una responsabilità che per esigenze autenticamente diagnostico-terapeutiche (con rilevanti conseguenze ad esempio sul piano della spesa pubblica), per rassicurare il medico nell'esercizio delle sue attività occorre "standardizzare" il più possibile la sua attività ed eventualmente restringere, se non addirittura escludere, gli apprezzamenti *ex post* da parte del giudice⁹.

⁸ Spunti in tal senso in F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1231; nonché in R. BARTOLI, *Ancora difficoltà a inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 647.

⁹ Sui riflessi della medicina difensiva sulle problematiche della colpa medica, cfr. G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di*

È interessante osservare come questa istanza legalistica si presentasse in termini peculiari¹⁰. A ben vedere, infatti, ciò che si reclamava non era tanto una maggiore determinatezza-certezza per chi opera al momento dell'esercizio dell'attività, anche perché la stessa categoria dei medici è ben consapevole della necessità di adeguare costantemente la propria attività a un rischio che cambia. Piuttosto ciò che si richiedeva era una limitazione della discrezionalità del giudice al momento dell'accertamento della responsabilità. Insomma, il tentativo era di risolvere un problema che a ben vedere è tipico della colpa, ma che nella colpa medica tende a farsi particolarmente acuto, costituito dalla circostanza che il giudizio di colpa deve essere riferito al momento della condotta, ma viene realizzato *ex post*, con la conseguenza che "a bocce ferme", con il "senno di poi" il giudice tende spesso a individuare come pretendibile un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto dal medico. E nella attività medica questo problema si fa particolarmente acuto sia per il peculiare contesto che può venire in gioco, sempre in continua evoluzione (convulso, emergenziale, precipitato), sia per l'oggettiva difficoltà di stabilire quale fosse il comportamento tecnicamente corretto. In particolare, sotto quest'ultimo profilo non si può fare a meno di osservare come spesso nella comunità scientifica vi siano diversi approcci tecnico-scientifici rispetto ad una medesima questione; inoltre, lo standard della migliore scienza ed esperienza deve sempre fare i conti con la realtà, vale a dire con le "scuole di pensiero", gli assetti organizzativi, le prassi locali tutte elaborate "a fin di bene", gli strumentari a disposizione etc.¹¹.

Ed è proprio sulla base di queste istanze che nel 2012 viene varata la riforma c.d. Balduzzi, la quale ha configurato una disciplina che al fine di limitare la responsabilità colposa del medico non solo operava sul piano della legalità attribuendo rilevanza al rispetto delle linee guida, ma anche sul piano della colpevolezza, recuperando una valenza delle gradazioni della colpa mediante l'esclusione della responsabilità nell'ipotesi di colpa lieve: "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve" (art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189)¹².

riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione legato al rischio clinico, Pisa, 2010; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit.; R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, n. 4/5, p. 1107 ss.

¹⁰ Sul tema del ruolo delle linee guida e delle raccomandazioni nella colpa medica, v. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012; M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 875 ss.

¹¹ Sulla pluralità di alternative strumentali nell'esercizio dell'arte medica e le problematiche poste dalla relazione tra prospettiva *ex ante* e prospettiva *ex post*, v. le profonde considerazioni di G.A. DE FRANCESCO, [In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recentissime riforme](#), in www.lalegislazionepenale.eu, 2 maggio 2017, p. 4 ss.

¹² F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 819 ss.; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 218 ss.; G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione*

Com'è notissimo, la disposizione ha subito incontrato notevoli problemi interpretativi. Il primo ha riguardato la stessa operatività della nuova legge: «una prima lettura della norma induce a cogliervi una contraddizione: un terapeuta che rispetta le linee guida e che è al contempo in colpa»¹³. In buona sostanza, affermare che si è esenti da responsabilità se si è rispettato le linee guida ma la colpa è lieve è un controsenso, in quanto l'esenzione dalla responsabilità dovrebbe derivare semplicemente proprio dalla circostanza che rispettando le linee guida non si è in colpa. D'altra parte, tale problema è stato superato osservando che si può essere in colpa pur avendo rispettato le linee guida¹⁴. Da un lato, infatti, si può venire a creare una sorta di sovrapposizione di saperi rispetto alla medesima situazione di rischio, e questo concorso deve essere risolto nel senso che il sapere espresso dalle linee guida è destinato a soccombere rispetto a quello espresso dalle ulteriori regole cautelari, dovendosi tuttavia riconoscere una certa prevalenza alle linee guida che si sono comunque rispettate, al fine di escludere la responsabilità là dove la colpa risulti lieve. Dall'altro lato, si può determinare una sorta di concorso tra norme, per cui il medico ha rispettato determinate linee guida, ma ha anche violato ulteriori regole cautelari, e tuttavia tale concorso non verte sulla medesima situazione di rischio, ma su situazioni di rischio diverse. In buona sostanza, in questa seconda prospettiva la situazione che si viene a delineare finisce per essere identica a quella concernente l'assenza di colpa specifica (in virtù del rispetto di regole cautelari scritte identificate con le linee guida), con residuo di colpa generica (in virtù della violazione di regole cautelari non scritte): com'è noto, un residuo di colpa generica nonostante l'assenza di colpa specifica, può sussistere allorquando risulti mutata la situazione di rischio che si doveva fronteggiare.

Tuttavia, proprio questa seconda ipotesi ha aperto a un ulteriore problema: quando si è in colpa nonostante il rispetto delle linee guida e in virtù del mutamento della situazione di rischio che si deve fronteggiare, molto spesso si è in colpa grave, in quanto non si è stati in grado di riconoscere il mutamento della situazione di rischio: com'è stato efficacemente affermato, «nel caso in cui il terapeuta si attenga allo standard generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che giustifichino la necessità di discostarsi radicalmente dalla routine [...] potrà parlarsi di colpa grave solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino

del "decreto sanità"), in www.archiviopenale.it, 2013, n. 1, p. 1 ss.; G.M. CALETTI, *La riforma della responsabilità per colpa del sanitario*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, p. 51 ss.

¹³ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013-9 aprile 2013, Cantore, in *CED Cass.*, n. 16237/2013, con nota di D. PULITANÒ, [Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, p. 73 ss.

¹⁴ A. VALLINI, *L'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, in L. Risicato (a cura di), *La colpa medica "non lieve" dopo la legge Balduzzi*, *Giur. it.*, n. 8-9, 2014 p. 2057 ss.; ID., [Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies c.p.](#), in www.la-legislazione-penale.it, 7 dicembre 2017, p. 1 ss.

residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente»¹⁵.

Si tratta di un punto cruciale in quanto da esso emerge come proprio l'aver messo assieme esigenze di standardizzazione con esigenze di colpevolezza abbia creato una sorta di cortocircuito. La stessa attività medica necessita di un costante adeguamento alle caratteristiche del caso concreto, con la conseguenza che la dimensione colposa della responsabilità medica impone una valutazione sempre parametrata sulle caratteristiche del caso concreto¹⁶: secondo una formula felicissima per la sua espressività, in medicina non esistono malattie (astrattezza) ma malati (concretezza). Detto diversamente, irrigidire l'attività medica al rispetto di regole predefinite ed avulse dalle specificità del caso concreto potrebbe risultare addirittura "criminogeno", in quanto induce il medico a non adeguare la propria attività, con l'effetto paradossale di escludere una responsabilità proprio nel momento in cui si creano le condizioni addirittura per configurarla.

Ecco allora che l'ambito applicativo della normativa è stato spesso circoscritto alla prima ipotesi in cui esiste un concorso tra norme sulla stessa situazione di rischio¹⁷. D'altra parte, proprio perché il rischio resta identico a se stesso, ciò che viene in gioco è alla fin fine una sola regola cautelare, con la conseguenza che o si ritiene che il comportamento tenuto è pur sempre conforme a linee guida (si tratta dell'opinione contenuta nella stragrande maggioranza delle linee difensive) oppure risulta difficile, se non impossibile, individuare una linea guida capace di assumere rilevanza, soprattutto se poi si tratta di un errore di esecuzione (si tratta dell'opinione contenuta nella stragrande maggioranza delle sentenze). In buona sostanza, la norma finisce per trovare applicazione tutte le volte in cui, più che esserci un errore di valutazione, c'è un errore di esecuzione, venendosi a realizzare un erroneo adattamento della linea guida al caso concreto in virtù di manovre maldestre. Con il risultato finale che la disposizione ha avuto una scarsa applicazione.

Per concludere sulla riforma Balduzzi, non si può fare a meno di osservare come il legislatore avesse introdotto il concetto di colpa lieve, destinato a suscitare non poco interesse. A ben vedere, infatti, affermare che si va esenti da responsabilità per colpa

¹⁵ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013-9 aprile 2013, Cantore, in *CED Cass.*, n. 16237/2013. Cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, 19 gennaio 2015-6 marzo 2015, Donatelli, *ivi*, n. 9923/2015, in cui si è afferma che «può pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio e lesioni che si sia attenuta ad esse [alle linee guida], allorché avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e questo non abbia fatto per "colpa grave", quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato»; Cass. pen., Sez. IV, 8 luglio 2014-16 gennaio 2015, A.A., *ivi*, n. 2168/2015, dove si afferma che «è doveroso per il giudice censurare la condotta del medico ove egli si limiti ad attenersi alle linee guida nel caso in cui la particolarità della fattispecie concreta avrebbe potuto imporre o consigliare scelte difformi da quelle codificate». In dottrina, v. per tutti L. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 427 s.

¹⁶ F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1064.

¹⁷ Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2015-3 febbraio 2016, Siracusa, in *CED Cass.*, n. 4468/2016; Cass. pen., sez. IV, 1° luglio 2015-16 novembre 2015, Cerracchio, *ivi*, n. 45527/2015; Cass. pen., Sez. IV, 8 ottobre 2013-19 febbraio 2014, F.D., *ivi*, n. 7951/2014.

lieve non è il semplice contrario della affermazione che si è responsabili per colpa grave. Si tratta infatti di formule che sottendono visioni diverse. Se infatti nel caso della colpa grave, ci si rende responsabili per errori gravi, senza tuttavia interrogarsi su quello che si è realizzato, nel caso della colpa lieve il giudizio non può non soffermarsi su quello che è stato compiuto. In sostanza, il concetto di colpa grave, come abbiamo visto, è funzionale a una realtà di passaggio da un'arte semplice a un'arte complessa al fine di incentivare l'incremento delle conoscenze, mentre il concetto di colpa lieve è funzionale a un'arte medica divenuta strutturalmente complessa dove il medico va esente da responsabilità se l'errore ha – per così dire – scarso rilievo nel momento in cui il suo operato risponde comunque a una pretesa ragionevole. Ma sul punto torneremo alla fine di queste nostre riflessioni.

3. La riforma Gelli-Bianco: imperizia, scomparsa delle gradazioni della colpa e adozione di raccomandazioni adeguate al caso concreto.

Al fine di rimediare agli inconvenienti della legge Balduzzi, nel 2017 è entrata in vigore la riforma Gelli-Bianco che ha introdotto l'art. 590-*sexies*, comma 2, c.p., così formulato: “qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”¹⁸.

Tre le novità. Anzitutto, si restringe l'ambito applicativo dell'esenzione alle sole ipotesi di colpa per imperizia, risolvendo – per così dire – d'imperio il problema interpretativo che aveva tormentato la disciplina previgente, e cioè se l'esclusione della responsabilità potesse riguardare anche le ipotesi di colpa per imprudenza e negligenza. Si tratta di una scelta che nel recepire la giurisprudenza costituzionale consente di individuare un'ipotesi di colpa rispetto alla quale risulta ragionevole e giustificabile una differenziazione di disciplina: in presenza di una attività medica esercitata in contesti complessi, difficili, di urgenza, di comorbidità etc., il rischio patologico, lo ribadiamo, tende – per così dire – ad assorbire quello terapeutico.

In secondo luogo, scompare il riferimento non solo alla colpa lieve, ma anche a qualsiasi gradazione della colpa.

Infine, si precisa che le raccomandazioni adottate devono risultare adeguate alle specificità del caso concreto: il legislatore, cioè, si è fatto carico del problema derivante

¹⁸ L. RISICATO, *Il nuovo statuto della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7 giugno 2017, p. 1 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573 ss.; G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. contemp. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 84 ss.; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della Legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1765 ss.

dalla intrinseca, strutturale, fisiologica difficoltà, se non addirittura impossibilità a standardizzare l'attività medica (e, a dire il vero, non solo l'attività medica).

In buona sostanza, si potrebbe dire che il legislatore ha ridefinito la disciplina limitativa della responsabilità colposa in ambito medico abbandonando del tutto la strada della colpevolezza e imboccando quella della legalità, strada che tuttavia viene in un certo qual modo corretta e stemperata sotto il profilo della sua rigidità nel momento in cui si richiede un adeguamento delle raccomandazioni al caso concreto. Detto in altri termini: si abbandona la colpevolezza, ma nell'intraprendere la strada della legalità si abbandona anche l'eccesso di standardizzazione che caratterizzava la disciplina della legge Balduzzi, per indicare una parametrizzazione che sia in grado di valorizzare la standardizzazione ma in connessione con il caso concreto.

3.1. La sentenza Tarabori: un'interpretazione costituzionalmente orientata che nel rispetto della lettera della legge valorizza la valutazione in concreto del giudice.

Ed è proprio in considerazione di queste novità che la prima applicazione giurisprudenziale attribuisce alla norma un'interpretazione del tutto peculiare, volta a definire con estremo rigore i presupposti applicativi della norma e, al contempo, diretta a valorizzare il limite applicativo della adeguatezza e della attualizzazione al caso concreto¹⁹.

I passaggi in cui si snoda l'argomentazione possono essere così sintetizzati. Anzitutto, si osserva come stavolta risulti davvero difficile cogliere non solo la stessa *ratio* della novella, ma anche il suo ambito applicativo. Come a dire, se già rispetto alla Balduzzi era difficile dare un senso alla norma, rispetto alla Gelli-Bianco diventa ancora più difficile: «si legge che non è punibile l'agente che rispetta le linee guida accreditate [...] nel caso in cui esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto. L'enunciato [...] attinge alla sfera dell'ovvietà: non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l'autore che, avendo rispettato le raccomandazioni espresse da linee guida qualificate e pertinenti ed avendole in concreto attualizzate in un modo che "risulti adeguato" in rapporto alle contingenze del caso concreto, è evidentemente immune da colpa».

In secondo luogo, si mette in evidenza come seguendo un'interpretazione letterale si giungerebbe a dei risultati addirittura non conformi sul piano costituzionale. Da un lato, infatti, «la contraddizione potrebbe essere risolta sul piano dell'interpretazione letterale, ipotizzando che il legislatore abbia voluto escludere la punibilità anche nei

¹⁹ Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2017-7 giugno 2017, De Luca (ric. Tarabori), in questa *Rivista*, 13 giugno 2017, con nota di C. CUPELLI, [La Legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio](#) (fasc. 6/2017, p. 280 ss.); M. CAPUTO, "Promossa con riserva". La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre" per i decreti attuativi, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 724 ss.; G.M. CALETTI – M.L. MATTHEUDAKIS, La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco", in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1373 ss.; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica*, cit., p. 23 ss.; C. BRUSCO, [Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-sexies c.p.](#), in questa *Rivista*, fasc. 11/2017, p. 205 ss.

confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione ermeneutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento tipico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata». Dall'altro lato, si osserva come una tale interpretazione si porrebbe in contrasto con la Costituzione: «le incriminazioni di cui si discute costituiscono un primario, riconosciuto strumento di protezione dei beni della vita e della salute. È ben vero che l'ambito terapeutico è un contesto che giustifica, nell'ambito della normazione e dell'interpretazione, un peculiare governo del giudizio di responsabilità [...] Per contro la soluzione interpretativa sin qui esaminata, implicando un radicale esonero da responsabilità, è priva di riscontri in altre esperienze nazionali. Essa rischierebbe di vulnerare l'art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse dichiarate finalità della legge, di protezione del diritto alla salute».

Il terzo e ultimo passaggio è quello in cui si specifica la portata normativa della nuova disciplina, precisando sia un presupposto negativo che uno positivo. Sotto il primo profilo negativo, «la normativa si riferisce ad eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate [...] appropriate rispetto al caso concreto». Sotto il secondo profilo positivo, nel giudizio di pertinenza al caso concreto «si tratterà di valutare se esse "risultino adeguate" e siano cioè state attualizzate in forme corrette, nello sviluppo della relazione terapeutica, avuto naturalmente riguardo alle contingenze del caso concreto [...] Si tratta di una novità di non poco conto, se si considerano le divergenze di opinioni e di valutazioni solitamente espresse dagli esperti nei giudizi di merito, alimentate solitamente proprio da differenti approcci tecnico-scientifici ad una medesima questione. Insomma, il professionista si troverà ad agire in una situazione di maggiore determinatezza rispetto al passato; e sarà giudicato alla stregua dei medesimi, definiti, parametri che hanno regolato la sua attività».

Come accennato, l'interpretazione offerta finisce per attribuire al giudice soprattutto il compito della verifica della adeguatezza delle raccomandazioni rispetto al caso concreto, con la conseguenza che nella sostanza si finisce per recuperare un indirizzo giurisprudenziale che sotto traccia è sempre esistito, orientato ad una parametrizzazione individualizzata della colpa medica che valorizza le specificità del caso concreto²⁰.

3.2. La sentenza Cavazza: un'interpretazione letterale che pone problemi di legittimità costituzionale.

Com'è noto, a questo orientamento se n'è opposto un altro, che, valorizzando il dato letterale della novella, ha delineato un suo ambito applicativo assai più ampio di

²⁰ Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2007-26 ottobre 2007, in CED Cass., n. 39592/2007; Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 1997-11 febbraio 1998, n. 1693, Azzini, in *Riv. pen.*, 1998, p. 358.

quello della legge Balduzzi, facendo sorgere tuttavia dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina così interpretata²¹. Anzitutto, si chiarisce che «il legislatore, innovando rispetto alla legge Balduzzi, non attribuisce più alcun rilievo al grado della colpa, così che, nella prospettiva del *novum* normativo, alla colpa grave non potrebbe più attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell'ambito di operatività della causa di non punibilità», anche perché «sembrerebbe difficile conciliare il grave discostamento del sanitario dal *proprium* professionale con il rispetto delle buone pratiche clinico assistenziali, e, soprattutto, decisamente, che possa conciliarsi la colpa grave con un giudizio positivo di adeguatezza delle linee guida al caso concreto».

In secondo luogo, si precisa che il legislatore ha costruito una causa di non punibilità, come tale collocata al di fuori dell'area di operatività del principio di colpevolezza: «la rinuncia alla pena nei confronti del medico si giustifica nell'ottica di una scelta del legislatore di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della c.d. medicina difensiva».

Infine, si conclude che «l'unica ipotesi di permanente rilevanza penale della imperizia sanitaria può essere individuata nell'assestamento di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto; mentre non ci sono dubbi sulla non punibilità del medico che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una "imperita" applicazione di queste [con l'ovvia precisazione che tale imperizia non deve essersi verificata nel momento della scelta della linea guida – giacché non potrebbe dirsi in tal caso di essersi in presenza della linea guida adeguata al caso di specie, bensì nella fase "esecutiva" dell'applicazione]».

In sintesi si può dire che con questa sentenza la Corte finisce per compiere una distinzione fondamentale tra errore di valutazione, sempre coperto da colpa in considerazione della necessità che le linee guida siano adeguate al caso concreto, ed errore di esecuzione che invece è sempre coperto da esenzione.

3.3. La sentenza delle Sezioni Unite e il recupero della colpa grave.

Le Sezioni Unite affermano di seguire una terza via: l'affermazione è plausibile, ma necessita di precisazioni²². Se infatti ci si attiene alla soluzione interpretativa adottata,

²¹ Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017-31 ottobre 2017, Cavazza, in *CED Cass.*, n. 50078/2017, con nota di C. CUPELLI, [Quale \(non\) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite](#), in questa *Rivista*, fasc. 11/2017, p. 250 ss.; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica*, cit., p. 19 ss.; C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico*, cit., p. 209 ss.

²² Cass. pen., SS. UU., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, Mariotti, in *CED Cass.*, n. 8770/2018, con nota di C. CUPELLI, [L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica \(ancora\) punibile](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2018, p. 246 ss.; G.M. CALETTI – M.L. MATTHEUDAKIS, [La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2018, p. 25 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle*

essa muove da quella delineata dalla sentenza Cavazza con il correttivo della colpa grave. Se invece ci si concentra sulle argomentazioni, il quadro si rivela più articolato.

A ben vedere, infatti, la lettura della sentenza può essere compiuta su due livelli. Da un lato, v'è un livello – per così dire – costituzionale, dove le Sezioni Unite fanno propria l'istanza espressa dalla sentenza Tarabori di offrire un'interpretazione costituzionalmente conforme. Dall'altro lato, però, v'è un livello – per così dire – più esegetico, dove le Sezioni Unite abbandonano la soluzione Tarabori che aveva comunque tentato di non disattendere la lettera della legge, per adottare la soluzione Cavazza corretta con la valorizzazione della colpa grave, che, secondo le Sezioni Unite, consente di rispettare la Costituzione.

Secondo una felicissima sintesi, la decisione può essere così riassunta: «esclude l'operatività del co. 2 in situazioni contraddistinte da negligenza o imprudenza (in ordine alle quali varrà la disciplina generale degli artt. 43, 589 e 590 c.p., richiamata dal co. 2 dell'art. 590-sexies c.p.), mentre reintroduce, nelle situazioni caratterizzate da imperizia, una graduazione della colpa. A tale stregua, il medico risponderà della morte o delle lesioni derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica per imperizia sia grave sia lieve quando l'errore riguardi una prestazione svolta in difetto di linee guida accreditate (ovvero, in mancanza di queste, di nuove prassi clinico-assistenziali), come pure quando versi in un errore che cada sulla scelta di linee guida o buone pratiche, sì da renderle inadeguate alle specificità del caso concreto. Inoltre, il medico risponderà per imperizia, ma solo nei casi in cui questa si connoti di gravità, ovvero l'errore riguardi il momento dell'esecuzione delle raccomandazioni e sia preceduto dalla scelta corretta di linee-guida o buone pratiche adeguate al caso concreto»²³.

Quindi, in buona sostanza, perché possa trovare applicazione la disciplina sembrano necessari tre presupposti e una regola di giudizio. I presupposti sono: il trovarsi davanti a una situazione tecnicamente complessa; la regolazione del caso attraverso raccomandazioni; la presenza di un errore di esecuzione. È sufficiente che uno di questi tre presupposti venga meno perché l'esenzione non possa operare: evento verificato per colpa da negligenza o imperizia oppure caso concreto non regolato dalle raccomandazioni oppure errore di valutazione, relativo cioè alla individuazione e scelta delle raccomandazioni non adeguate alla specificità del caso concreto. La regola di giudizio è che l'evento si sia realizzato per colpa grave.

3.4. Alcune riflessioni critiche.

Anzitutto, si deve osservare come a ben vedere si siano delineate tre diverse interpretazioni caratterizzate dai seguenti aspetti. La sentenza Tarabori è contraddistinta non solo dalla finalità di ricondurre il sistema alla razionalità/legittimità costituzionale,

prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. (del dattiloscritto); C. BRUSCO, *Responsabilità penale medica: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2018, 646 ss.

²³ M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica*, cit., p. 3.

ma anche dalla finalità di rispettare il più possibile la lettera della legge, tant'è vero che essa non è volta a valorizzare la colpa grave come regola ermeneutica, ma ad attribuire al giudice il potere di scandagliare in concreto la vicenda al fine di individuare i margini di esenzione della responsabilità proprio alla luce del rispetto delle linee guida adeguate al caso o forse è meglio dire alla luce della adeguatezza delle linee guida al caso concreto. La sentenza Cavazza, invece, è rigorosamente schiacciata sulla lettera della legge, ma nel suggerire la distinzione tra valutazione ed esecuzione trascura completamente le problematiche di legittimità costituzionale derivanti da una esenzione nella sostanza estesa a tutte le ipotesi di errore in esecuzione. La sentenza delle Sezioni Unite se, da un lato, si orienta per una interpretazione costituzionalmente conforme, dall'altro lato, però, si pone in fortissima tensione con la legalità nel momento in cui torna ad attribuire un ruolo ermeneutico alle gradazioni della colpa.

In secondo luogo, e conseguentemente, è del tutto naturale che, su un piano – per così dire – delle regole ermeneutiche, ci si sia subito interrogati sulla opportunità di reintrodurre la gradazione della colpa: «il dubbio è se possa un'interpretazione “conforme a Costituzione” spingersi sino al punto di introdurre nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco (seppure di dubbia costituzionalità) un elemento nuovo e ulteriore (la distinzione tra gradi di imperizia), con effetti limitativi della punibilità (estendendo la punibilità a condotte di imperizia grave altrimenti esenti), in luogo della strada maestra, rappresentata dal contributo razionalizzante della Corte costituzionale»²⁴.

A dire il vero, da un punto di vista “rigorosamente ermeneutico”, la scelta di reintrodurre la colpa grave se si pone in forte tensione con la lettera della legge e soprattutto con l'eliminazione di ogni riferimento alle gradazioni della colpa avvenuto con la riforma del 2017, tuttavia non dovrebbe scandalizzare più di tanto, soprattutto se tale scelta fosse davvero in grado di riportare il sistema a legittimità costituzionale. Insomma, in un sistema costituzionale come quello attuale, fuori dall'ipotesi in cui l'interpretazione costituzionalmente orientata contraddica la lettera espressa della legge (ipotesi che impone di sollevare questione di legittimità costituzionale), la lettera della legge può essere sempre interpretativamente integrata, se tale integrazione consente di rendere il testo conforme a Costituzione.

Il punto vero è però che l'interpretazione adottata dalle Sezioni Unite è destinata a suscitare perplessità proprio dal punto di vista costituzionale, in quanto finisce per introdurre differenziazioni che non ci sembrano del tutto ragionevoli.

Prima questione: nel momento in cui ai fini dell'esenzione differenziata si assume come pilastro l'imperizia e si attribuisce rilevanza alla colpa grave, ha senso distinguere tra attività di valutazione ed attività di esecuzione? Da un lato, infatti, si deve osservare come rispetto alle due attività la problematicità tecnica non presenti differenze significative: vero che mentre l'errore di esecuzione è molto condizionato dal contesto “esterno” (ad esempio la straordinaria urgenza e concitazione), mentre quello di valutazione è molto condizionato dal contesto “interno” (condizioni patologiche

²⁴ C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite*, cit., p. 7.

particolarmente complesse), è anche vero che si tratta di una diversità che si apprezza solo su un piano estrinseco e fenomenologico, mentre dal punto di vista tecnico esprimono comunque identica complessità. Dall'altro lato, si deve osservare come un problematico rapporto di prospettiva *ex ante* ed *ex post* si ponga addirittura soprattutto nell'ambito dell'errore di valutazione. Nel caso di errore di tipo esecutivo, pur rendendosi necessaria una indagine relativa all'esigibilità del comportamento conforme, la violazione delle regole cautelari acquista – per così dire – una sicura evidenza; diversamente, è nel caso di errore di tipo valutativo che la violazione non risulta evidente, in quanto si viene a creare proprio quella discrasia tra valutazione *ex ante* del medico al momento dell'esercizio dell'attività e valutazione *ex post* del giudice nel momento dell'accertamento della responsabilità che si vorrebbe ridurre. Senza considerare che è proprio nell'attività valutativa particolarmente complessa che all'interno dell'area di rischio terapeutico si viene a creare fisiologicamente un margine di errore, visto che il rischio patologico è destinato – per così dire – a prendere il sopravvento.

Seconda questione: in termini ancora più generali, sempre proprio nel momento in cui ai fini della esenzione differenziata l'imperizia è il pilastro e la colpa grave la regola di giudizio, ha senso distinguere tra le ipotesi in cui sono presenti delle raccomandazioni e le ipotesi in cui invece esse sono assenti? A ben vedere, possono essere proprio le situazioni non governate da raccomandazioni che risultano essere quelle più complesse, con la conseguenza che escludere queste ipotesi dall'ambito di applicazione della norma risulta essere irragionevole.

Terza ed ultima questione: ma è davvero la colpa grave l'istituto che oggi può essere funzionale alla limitazione della colpa medica? Come abbiamo visto all'inizio di questo lavoro, il concetto di colpa grave si attagliava perfettamente a una fase storica in cui il progresso e la complessità della scienza medica si stavano affermando in termini diffusi. Tuttavia, oggi il contesto risulta essere completamente diverso, in quanto, progresso e complessità appartengono strutturalmente all'attività medica. In buona sostanza a noi pare che sia lo stesso concetto di colpa grave a non attagliarsi all'attuale stato dell'arte medica. Ma davvero oggi si è disposti a ritenere che la responsabilità del medico è da affermare solo quando si è in presenza di un errore inescusabile, grossolano, frutto di un atteggiamento soggettivo di superficialità, avventatezza, se non addirittura indifferenza? La risposta negativa a questa domanda si ricava proprio dalla soluzione adottata dalle Sezioni Unite, che per l'appunto attribuiscono rilevanza all'errore inescusabile (grave) solo per l'esecuzione e non anche per la valutazione.

4. Una proposta: dalla colpa grave alla colpa lieve valorizzando il rispetto delle raccomandazioni come indice di lievità.

Alcuni punti si possono ormai considerare fermi.

Fortissima è l'esigenza limitativa. Gli artt. 2236 c.c., 3 c.d. decreto Balduzzi e 590-sexies c.p. rivelano una continuità nel tempo della necessità di limitare la responsabilità colposa del medico.

Una disciplina differenziata si giustifica soltanto con riferimento alla colpa per imperizia e tale concetto deve essere inteso nel senso che la situazione oggettiva si è rivelata così complessa da giustificare eventuali errori da parte del medico. Si tratta di una base che dà ragionevolezza alla differenziazione.

Al contrario genera perplessità l'eventuale ulteriore distinzione tra errore di valutazione ed errore di esecuzione, anche perché si tratta di una differenziazione che si basa su aspetti del tutto estrinseci, soprattutto se poi si dà rilievo alla complessità tecnica.

Problematica è la regola di giudizio. Forse la strada maestra è quella indicata dalla sentenza Tarabori, allorché finisce per attribuire al giudice il potere di valutare la esigibilità del comportamento dovuto, senza alcuna distinzione tra errore esecutivo ed errore valutativo e senza alcuna indicazione in ordine ai parametri.

Tuttavia, sembra prevalere sia nella legislazione che nella giurisprudenza la volontà di precisare regole di giudizio.

La strada "rigida" della legalità, volta ad attribuire efficacia deresponsabilizzante al comportamento rispettoso di raccomandazioni, può considerarsi tramontata soprattutto se corretta dalla colpa lieve.

Ma anche la strada "casistica" della colpa grave non soddisfa, trattandosi di un criterio che non si attaglia alla moderna attività medica contraddistinta da diffusa complessità.

Una possibile via di uscita potrebbe essere quella di tornare ad operare sulla colpevolezza, dando tuttavia rilevanza alla colpa lieve piuttosto che alla colpa grave e soprattutto inducendo a riferirsi al rispetto delle raccomandazioni come espressione di colpa lieve²⁵. Da un lato, la colpa lieve si deve riscontrare positivamente, avuto riguardo all'attività effettivamente svolta. Dall'altro lato, si ha una notevole individualizzazione del giudizio di colpa che muove da un parametro oggettivo offerto dal rispetto delle raccomandazioni.

Una soluzione del genere sembra tuttavia difficile da adottare. Sul piano legislativo, infatti, risulta difficile che il legislatore intervenga di nuovo sulla materia a distanza di poco tempo rispetto a due riforme che a loro volta sono state realizzate in un breve lasso temporale. Sul piano ermeneutico, se da un lato si deve ritenere che vi siano margini interpretativi per adottare tale soluzione, dall'altro lato, però, risulta un ostacolo il nuovo articolo 618, comma 1-bis, c.p.p., che, com'è noto, impone alle sezioni "semplici" della Corte di Cassazione di rimettere il ricorso alle Sezioni Unite quando non condividono il principio di diritto da queste ultime precedentemente espresso. Inoltre,

²⁵ Nella stessa prospettiva sembra muoversi, già rispetto alla disciplina vigente, anche G.A. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recentissime riforme*, cit., p. 7, il quale afferma: «non sono le linee guida, per quanto accreditate e rafforzate da un più solido riconoscimento per legge, a segnare obiettivamente il percorso *non plus ultra*; piuttosto, ad evitare (tra l'altro) l'ossimoro di un'"imperizia" connessa all'osservanza di indicazioni che proprio la "perizia" nell'arte medica dovrebbero esprimere, risulta congruo riferire quest'ultime al momento della colpevolezza, e della colpa in particolare. Esse accrescono, secondo gli auspici della nuova legge, la possibilità di "discolparsi" (per chi vi abbia fatto affidamento), nonostante che, ad una valutazione obiettiva, la condotta possa rivelarsi non conforme a quella perizia che l'osservanza delle migliori *leges artis* avrebbe condotto a porre all'altezza del dovere terapeutico»; nonché A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica*, cit., p. 26 ss.

là dove si volesse tornare ad aprire margini per nuove soluzioni ermeneutiche, non è da escludere che a questo punto ci si possa rivolgere alla Corte costituzionale per saggiare la stessa legittimità della interpretazione adottata dalle Sezioni Unite.

Restano due questioni aperte. Anzitutto, il tema di quale disciplina applicare quando non ci sono raccomandazioni. In queste ipotesi potrebbe tornare in gioco la colpa grave, a conferma di come quest'ultima sia parametro da riferire a situazioni – per così dire – di passaggio e transizione sul piano della complessità tecnica. Risultando confermato il dato che la finalità di perseguire una limitazione della colpa medica, forse si raggiunge meglio sul piano interpretativo che legislativo.

In secondo luogo, resta il tema se la limitazione della responsabilità colposa possa essere generalizzata e quindi estesa anche ad altri settori. Recenti prese di posizione sono inequivocabili sul punto²⁶. A me pare che occorra aprire quanto prima un'attenta riflessione sulle principali attività rischiose di impresa, circolazione stradale e medica e compiere una rigorosa comparazione. Da un lato, infatti, decisamente diversi sono i rapporti tra i soggetti che esercitano le attività e quelli che subiscono il rischio. Così, ad esempio, se nell'attività medica, come abbiamo visto, si deve muovere dalla convergenza delle finalità del medico e del malato, nella attività lavorativa sussiste una indiscutibile posizione di forza del datore di lavoro, mentre nella circolazione stradale, non solo i soggetti si trovano in posizione di parità, ma si deve considerare anche l'auto-esposizione al rischio. Dall'altro lato, si devono affrontare i temi della causalità, delle regole cautelari, della colpevolezza, come anche, nel caso dell'attività medica e d'impresa, il tema della responsabilità da carenze organizzative, al fine di mettere in luce eventuali punti di contatto o di divergenza. Così, ad esempio, per accennare soltanto al tema della causalità: nella attività medica assumono grande rilevanza i fattori che invalidano il comportamento alternativo lecito; in quella di impresa diviene centrale il tema della concretizzazione del rischio soprattutto in considerazione delle ipotesi in cui assume rilevanza il comportamento del lavoratore che si espone a rischi del tutto estranei all'area di rischio; nella circolazione stradale di rilievo è il concorso causale di entrambi i soggetti che danno luogo al sinistro, risultando quindi di estremo interesse la nuova norma di cui all'art. 589-bis, comma 7, c.p. che prevede un'attuazione della responsabilità qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza della condotta del colpevole. Insomma, sembrano essere davvero maturi i tempi per una riflessione approfondita e sistematica sui reati colposi nei diversi settori, capace di individuare convergenze e divergenze e di delineare, là dove ragionevole, una disciplina differenziata.

²⁶ M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 419 ss.; C. BRUSCO, *Responsabilità penale medica: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, cit.